

**«Vom genetischen Fingerabdruck überführt:  
Die Phänotypisierung und der Suchlauf nach  
Verwandtschaftsbezug in der Strafverfolgung»**

**Eine kritische Analyse der neuen Gesetzgebung**

Bachelorarbeit an der ZHAW School of Management and Law  
im Studiengang Wirtschaftsrecht

vorgelegt von

Vanessa Studerus

Matrikel-Nr. 18876938

Eingereicht am 23. Mai 2022

betreut von

Simon Brun

## **Management Summary**

Auslöser für die Änderung des DNA-Profil-Gesetzes und der relevanten Bestimmungen in der StPO war der Fall Emmen, in welchem am 21. Juli 2015 eine 26-jährige Frau von einem unbekanntem Mann vom Velo gezerzt und vergewaltigt wurde. Trotz am Tatort sichergestellter DNA konnte der Täter bis heute nicht gefasst werden. Nationalrat Vitali nahm diesen Fall zum Anlass, um eine Motion einzureichen, mit der die gesetzliche Grundlage zur Einführung der Phänotypisierung von DNA-Analysen geschaffen werden sollte.

In der vorliegenden Bachelorarbeit wird untersucht, ob die Phänotypisierung und der Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug mit dem Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung vereinbar sind. Bei der Phänotypisierung werden persönlichkeitsbestimmende Merkmale wie die Augen-, Haar- und Hautfarbe, das Alter oder die Herkunft ausgewertet. Bei der Verwandtenrecherche wird in der DNA von verschiedenen Personen nach Ähnlichkeiten gesucht, die auf eine Verwandtschaft hindeuten.

Die Auswertung der Augen-, Haar- und Hautfarbe sowie die Durchführung der Verwandtenrecherche stellen aufgrund der Beschränkung der Anlasstat auf Verbrechen nach Deliktscatalog einen verhältnismässigen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar. Die Grundrechtseingriffe aufgrund der Verwendung der Merkmale des biologischen Alters und der biogeografischen Herkunft sind allerdings nicht zumutbar. Die Analyse der Herkunft ermöglicht keine signifikante Eingrenzung des Verdächtigenkreises und bei der Untersuchung des Alters können Überschussinformationen hinsichtlich unbekannter Krankheitsdispositionen anfallen. Zu Letzteren gibt es keine eindeutige Regelung im neuen Gesetz, weshalb den betroffenen Personen Einsicht in ihre Daten während eines laufenden Verfahrens verwehrt bleibt. Art. 3 E-DNA-Profil-Gesetz sollte deshalb entsprechend ergänzt werden und ein Einsichtsrecht nicht nur nach Verfahrensabschluss, sondern auch während eines laufenden Verfahrens gewähren.

Bei der Auseinandersetzung mit dem neuen Deliktscatalog für die Phänotypisierung und die Verwandtenrecherche wurde erkannt, dass dieser mit den Katalogen in der Niederlande und Frankreich weitgehend deckungsgleich ist. Der Katalog enthält die wichtigsten und schwerwiegendsten Delikte. Indem er sich zugleich auf das Wesentliche beschränkt, wird das Verhältnismässigkeitsprinzip gewahrt.

Wenig überzeugend ist die Argumentation des Bundesrates und des Parlaments zur Regel, dass DNA-Proben auch nach einem Freispruch weiterhin aufbewahrt werden dürfen. Dies widerspricht der Unschuldsvermutung im Strafrecht und ist mit der Rechtsprechung des EGMR nicht vereinbar. Auch in den Niederlanden und in Frankreich müssen DNA-Profile von verdächtigen Personen nach einem Freispruch umgehend gelöscht werden. Art. 16 Abs. 4 E-DNA-Profil-Gesetz sollte deshalb *de lege ferenda* angepasst werden. Bis dahin ist an die Behörden und die Rechtsprechung zu appellieren, die Aufbewahrung von DNA-Profilen nach einem Freispruch nur sehr restriktiv zuzulassen.

# Inhaltsverzeichnis

<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>VII</b>
<b>Materialienverzeichnis .....</b>	<b>XIII</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>XV</b>
<b>A. Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>B. Grundlagen .....</b>	<b>2</b>
1. Kurzer Überblick zur gesetzlichen Entwicklung .....	2
2. Definitionen .....	2
2.1. DNA-Profil .....	2
2.2. Standard DNA-Analyse .....	3
2.3. Phänotypisierung .....	4
2.4. Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug .....	4
3. Voraussetzungen für Zwangsmassnahmen nach Art. 197 StPO .....	4
3.1. Gesetzliche Grundlage .....	5
3.2. Hinreichender Tatverdacht .....	6
3.3. Erforderlichkeit .....	7
3.4. Zumutbarkeit .....	7
<b>C. Rechtslage de lege lata .....</b>	<b>8</b>
1. Voraussetzungen für die Probenahme nach Art. 255 StPO .....	8
1.1. Gegenwärtige Anlasstat .....	8
1.2. Künftige Anlasstat .....	9
1.3. Standard-DNA-Analyse nach Art. 2 DNA-Profil-Gesetz .....	11
1.4. Ablauf Standard-DNA-Analyse .....	11
2. Massenuntersuchung nach Art. 256 StPO .....	12
2.1. Anlasstat .....	13
2.2. Auswertbare Merkmale .....	13

<b>D. Rechtslage de lege ferenda .....</b>	<b>15</b>
1. Einführung von Art. 258a und Art. 258b E-StPO .....	15
2. Einführung von Art. 2a und Art. 2b E-DNA-Profil-Gesetz .....	16
2.1. Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug nach Art. 2a E-DNA-Profil-Gesetz	16
2.2. Phänotypisierung nach Art. 2b E-DNA-Profil-Gesetz .....	17
2.2.1. Augenfarbe.....	18
2.2.2. Haarfarbe .....	18
2.2.3. Hautfarbe .....	19
2.2.4. Biologisches Alter.....	20
2.2.5. Biogeografische Herkunft.....	20
2.3. Potential der Phänotypisierung.....	21
2.4. Änderung für die Probenahme nach Art. 255 StPO .....	22
2.5. Änderung für die Massenuntersuchung nach Art. 256 StPO.....	23
2.6. Zwischenfazit.....	24
3. Analyse des Deliktatalogs im Besonderen .....	25
3.1. Diskussion im Gesetzgebungsverfahren.....	25
3.1.1. Erstberatung im Nationalrat vom 4. Mai 2021 .....	25
3.1.2. Zweitberatung im Ständerat vom 22. September 2021.....	27
3.1.3. Differenzbereinigung im Nationalrat vom 29. November 2021 .....	28
3.1.4. Differenzbereinigung im Ständerat vom 8. Dezember 2021 .....	29
3.2. Kritische Betrachtung .....	29
4. Aufbewahrung der DNA-Profile bei Freispruch nach Art. 16 Abs. 4 E-DNA- Profil-Gesetz.....	31
4.1. Diskussion im Gesetzgebungsverfahren.....	31
4.2. Urteil des EGMR <i>S. und Marper gegen das Vereinigte Königreich</i> .....	32
4.3. Kritische Betrachtung .....	33

<b>E. Vereinbarkeit der Phänotypisierung und des Suchlaufs nach Verwandtschaftsbezug mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung.....</b>	<b>34</b>
1. Persönlicher Schutzbereich.....	34
2. Sachlicher Schutzbereich.....	34
3. Grundrechtsprüfung nach Art. 36 BV .....	36
3.1. Kerngehalt .....	36
3.2. Gesetzliche Grundlage.....	38
3.2.1. Normdichte .....	38
3.2.2. Normstufe .....	38
3.2.2.1. Eingriffsschwere bei der Standard-DNA-Analyse.....	39
3.2.2.2. Eingriffsschwere bei der Phänotypisierung und dem Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug .....	41
3.3. Öffentliches Interesse .....	43
3.4. Verhältnismässigkeit .....	43
3.4.1. Phänotypisierung .....	44
3.4.1.1. Eignung.....	44
3.4.1.2. Erforderlichkeit.....	48
3.4.1.3. Zumutbarkeit.....	50
3.4.1.4. Zwischenfazit.....	53
3.4.2. Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug .....	54
3.4.2.1. Eignung.....	54
3.4.2.2. Erforderlichkeit.....	55
3.4.2.3. Zumutbarkeit.....	56
3.4.2.4. Zwischenfazit.....	58
<b>F. Rechtsvergleich zur DNA-Analyse in der Strafverfolgung.....</b>	<b>59</b>
1. Niederlande.....	59
1.1. Gesetzliche Ausgestaltung.....	59
1.2. Rechtsprechung .....	61

2.	Frankreich.....	62
2.1.	Gesetzliche Ausgestaltung.....	63
2.2.	Rechtsprechung .....	64
3.	Zwischenfazit.....	64
<b>G.</b>	<b>Schlussfazit.....</b>	<b>66</b>

## Literaturverzeichnis

- ANGSTMANN RAFFAELA, Letzte DNS-Probe im Vergewaltigungsfall Emmen ist eingetroffen – auch sie führt nicht zum Täter, in: NZZ vom 8. Mai 2018, [www.nzz.ch](http://www.nzz.ch) (Suche/Letzte DNS-Probe im Vergewaltigungsfall Emmen ist eingetroffen – auch sie führt nicht zum Täter), besucht am: 03.05.2022.
- ASCHWANDEN ERICH, DNA-Tests für mehrere Hundert Luzerner, in: NZZ vom 23. Oktober 2015, [www.nzz.ch](http://www.nzz.ch) (Suche/DNA-Tests für mehrere Hundert Luzerner), besucht am: 03.05.2022.
- BAERISWYL BRUNO, Mehr Transparenz im neuen DSG, *digma* (2020) 6 ff.
- BALMER DOMINIK, «Kriminalpolitisch und grundrechtlich bedenklich», in: Tagesanzeiger, Sonntagszeitung vom 13. August 2017, [www.tagesanzeiger.ch](http://www.tagesanzeiger.ch) (Tagesanzeiger/Sonntagszeitung/Suche/«Kriminalpolitisch und grundrechtlich bedenklich»), besucht am: 18.04.2022.
- BECK MAREN, Die DNA-Analyse im Strafverfahren, *De lege lata et ferenda*, Diss. Münster, Baden-Baden 2015.
- BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD, Grundrechte I, Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021 (zit. BELSER/WALDMANN, Grundrechte I).
- BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD, Grundrechte II, Die einzelnen Grundrechte, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021 (zit. BELSER/WALDMANN, Grundrechte II).
- BETTICHER PASCAL, Überschussinformationen bei einer Phänotypisierung, *AJP* (2021) 1480 ff.
- BLONSKI DOMINIKA, Biometrische Daten als Gegenstand des informationellen Selbstbestimmungsrechts, Diss. Bern, Bern 2015.
- BRESLIN KRYSTAL et al., HIrisPlex-S system for eye, hair, and skin color prediction from DNA: Massively parallel sequencing solutions for two common forensically used platforms, *FSI Genetics* 43 (2019).

- Bundesamt für Polizei, Die DNA-Datenbank CODIS, in: [www.fedpol.admin.ch](http://www.fedpol.admin.ch) (Personenidentifikation/Revision des DNA-Profil-Gesetzes/Die DNA-Datenbank CODIS), besucht am: 18.04.2022 (zit. fedpol, CODIS).
- Bundesamt für Statistik, Demografisches Porträt der Schweiz, Bestand, Struktur und Entwicklung der Bevölkerung im Jahr 2020, in: [www.bfs.admin.ch](http://www.bfs.admin.ch) (Statistiken finden/01 – Bevölkerung/Demografisches Porträt der Schweiz 2020), besucht am: 18.04.2022 (zit. BFS, Bevölkerungszahlen).
- CHARVET SANDRA, Les conditions de mise en œuvre d’un prélèvement d’ADN lors d’enquêtes de grande envergure et recours contre cette décision (art. 256 CPP), in: Jusletter vom 21. September 2015, [www.weblaw.ch](http://www.weblaw.ch) (Jusletter/Archiv/Chronologie/2015/Jusletter 21. September 2015), besucht am: 05.04.2022.
- DONATSCH ANDREAS/LIEBER VIKTOR/SUMMERS SARAH/WOHLERS WOLFGANG (Hrsg.), Schulthess Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl., Zürich 2020 (zit. SK StPO-AUTOR, Art. ... StPO N ...).
- DONATSCH ANDREAS/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/WOHLERS WOLFGANG, Strafprozessrecht, in: Donatsch Andreas (Hrsg.), Zürcher Grundrisse des Strafrechts, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014.
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, Art. 1-80 BV, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. SGK BV-AUTOR, Art. ... BV N ...).
- FEY MARCO, Schweizerisches Bundesgericht; Urteil 1P.648/2001 vom 29. Mai 2002; <http://www.bger.ch> über Rechtsprechung I Urteile ab 2000, *digma* (2002) 146 ff.
- Gerechtshof Amsterdam, 19 jaar en 7 maanden cel voor verkrachting en doodslag Milica van Doorn, in: [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) (Organisatie en contact/Organisatie/Gerechthoven/Gerechtshof Amsterdam/Nieuws/19 jaar en 7 maanden cel voor verkrachting en doodslag Milica van Doorn), besucht am: 20.04.2022.
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.

- HAIMES ERICA, Social and Ethical Issues in the Use of Familial Searching in Forensic Investigations: Insights from Family and Kinship Studies, *The Journal of law, medicine & ethics* 34 (2006) 263 ff.
- HASSELBACH SABRINA, Die Novellierung der forensischen DNA-Analyse, Diss. Würzburg, Berlin 2009.
- JANSEN SCARLETT, Erweiterte DNA-Analyse in der Strafverfolgung, *ZIS* 5 (2020) 233 ff.
- JONG LISETTE/M'CHAREK AMADE, The high-profile case as “fire object”: Following the Marianne Vaatstra murder case through the media, *CMC* 14 (2018) 347 ff.
- KAYSER MANFRED, Forensic DNA Phenotyping: Predicting human appearance from crime scene material for investigative purposes, *FSI Genetics* 18 (2015) 33 ff.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, *Grundrechte*, 3. Aufl., Bern 2018.
- KIRKPATRICK BRIANNE E./RASHKIN MISHA D., Ancestry Testing and the Practice of Genetic Counseling, *Journal of Genetic Counseling* 26 (2016) 6 ff.
- KLUMPE BIRGIT, Der «genetische Fingerabdruck» im Strafverfahren, Rechtsprobleme bei der Anwendung genetischer Analysen in Grossbritannien und Deutschland, Diss. Freiburg im Breisgau, Freiburg im Breisgau 1993.
- KNODEL TANJA, Verdacht und Verdachtsgrade, *AWR* 8 (2019) 320 ff.
- KÜNZLI JÖRG et al., Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2013 und 2014, *ZBJV* 150 (2014) 777 ff.
- LANG ALEXANDER et al., Neue Anwendungen der DNA-Analyse: Chancen und Risiken, Interdisziplinäre Technikfolgenabschätzung, in: *TA-SWISS Publikationsreihe* (Hrsg.), TA 74/2020, Zürich 2020.
- LEHMANN JULIA, Phänotypisierung – Gesetzesentwurf eines grundrechtlich kontroversen Ermittlungsinstruments, *sui generis* (2021) 261 ff.
- LIPPHARDT VERONIKA, Vertane Chancen? Die aktuelle politische Debatte um Erweiterte DNA-Analysen in Ermittlungsverfahren, *Berichte zur Wissenschaftsgeschichte* 41 (2018) 279 ff.

- MAIRE DÉLIA/KUSTER SERAINA, Prävention durch die Ausweitung des DNA-Profil-Gesetzes, Beurteilung einer möglichen Ausweitung von Art. 2 DNA-Profil-Gesetz im Hinblick auf die Vermeidung von weiteren Straftaten, in: Coninx Anna/Ege Gian/Mausbach Julian (Hrsg.), Prävention und freiheitliche Rechtsordnung, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zürich/St. Gallen 2017, S. 81 ff.
- MARKERT LISA ALLEGRA, Die Forensische DNA-Phänotypisierung – die erweiterte DNA-Analyse, Diss. Hamburg, Berlin 2020.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 196-457 StPO, Art. 1-54 JStPO, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK StPO-AUTOR, Art. ... StPO N ...).
- NOVAK EVA, Phänotypisierung: Bundesrat will neue Methoden für Ermittlungen nutzbar machen, SJZ 117 (2021) 152.
- OBERHOLZER NIKLAUS, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4. Aufl., Bern 2020.
- PFLUGBEIL ANNE-MARIE/THIELE KARLHEINZ/LABUDDE DIRK, DNA-Phänotypisierung, in: Labudde Dirk/Spranger Michael (Hrsg.), Forensik in der digitalen Welt, Moderne Methoden der forensischen Fallarbeit in der digitalen und digitalisierten realen Welt, Berlin 2017, S. 89 ff.
- PHILLIPS CHRIS, Forensic genetic analysis of bio-geographical ancestry, FSI Genetics 18 (2015) 49 ff.
- PIEL SIMON, Comment l'enquête sur le meurtre d'Elodie Kulik a été relancée par l'ADN d'un parent, Après dix ans d'enquête, les gendarmes ont identifié l'un des meurtriers en utilisant une technique inédite de recherche génétique, in: Le Monde du 21 février 2012, [www.lemonde.fr](http://www.lemonde.fr) (Recherche/Comment l'enquête sur le meurtre d'Elodie Kulik a été relancée par l'ADN d'un parent), besucht am: 23.04.2022.
- PIETH MARK, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Aufl., Basel 2016.
- RACKOW PETER, Molekulargenetische Untersuchung im Strafverfahren, ZRP (2002) 236.
- RIEDO CHRISTOF/FIOLKA GERHARD/NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Schweizerisches Strafprozessrecht, sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011.

- RIKLIN FRANZ, Orell Füssli Kommentar zur StPO, Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, 2. Aufl., Zürich 2014 (zit. OFK StPO-RIKLIN, Art. ... StPO N ...).
- ROHMER SANDRINE, Spécificité des données génétiques et protection de la sphère privée, Les exemples des profils d'ADN dans la procédure pénale et du diagnostic génétique, Diss. Genf, Genf/Zürich/Basel 2006.
- RUCKSTUHL NIKLAUS/DITTMAN VOLKER/ARNOLD JÖRG, Strafprozessrecht, unter Einschluss der forensischen Psychiatrie und Rechtsmedizin sowie des kriminaltechnischen und naturwissenschaftlichen Gutachtens, Zürich/Basel/Genf 2011.
- RUSCH ARNOLD F., Filme (18): The Golden State Killer: It's Not Over, AJP (2019) 1384 f.
- SCHEFER MARKUS, Die Kerngehalte von Grundrechten, Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001.
- SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, Schweizerische Strafprozessordnung (StPO), Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018 (zit. Praxiskomm StPO-SCHMID/JOSITSCH, Art. ... StPO N ...).
- SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017 (zit. SCHMID/JOSITSCH, Handbuch StPO).
- SCHNEIDER PETER M./PRAINSACK BARBARA/KAYSER MANFRED, Erweiterte forensische DNA-Analyse zur Vorhersage von Aussehen und biogeografischer Herkunft, in: Deutsches Ärzteblatt 51-52/2019 vom 23. Dezember 2019, [www.aerzteblatt.de](http://www.aerzteblatt.de) (Archiv/DÄ-Titel/51-52/2019/Erweiterte forensische DNA-Analyse zur Vorhersage von Aussehen und biogeografischer Herkunft), besucht am: 02.03.2022.
- Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung, The Regulation of the Use of DNA in Law Enforcement, Austria, Belgium, Canada, Denmark, Espagne, France, Germany, Italy, The Netherlands, Slovakia, Sweden, Taiwan, United Kingdom, USA, European Union, ISDC 2020-02, Lausanne 2020 (zit. SIR, DNA in Law Enforcement).
- STADLER-BREHM ALEXANDRA, Verfassungsrechtliche, strafprozessuale und polizeirechtliche Probleme einer DNA-Analyse, Diss. Mannheim, Marburg 2006.

- STAUDINGER SINA, Wenn die Verwandtschaft zum Verhängnis wird – Neuerungen im DNA-Profil-Gesetz, *sui generis* (2020) 373 ff.
- VIDAKI ATHINA et al., DNA methylation-based forensic age prediction using artificial neural networks and next generation sequencing, *FSI Genetics* 28 (2017) 225 ff.
- VIDAKI ATHINA/KAYSER MANFRED, From forensic epigenetics to forensic epigenomics: broadening DNA investigative intelligence, *Genome Biology* 18, 238 (2017).
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Bundesverfassung*, Basel 2015, (zit. BSK BV-AUTOR, Art. ... BV N ...).
- WALSH SUSAN et al., IrisPlex: A sensitive DNA tool for accurate prediction of blue and brown eye colour in the absence of ancestry information, *FSI Genetics* 5 (2011), 170 ff.
- WEICHERT THILO, *Forensische DNA-Analysen und der Datenschutz*, *DuD* 42 (2018) 358 ff.
- WEST CHRISTIAN, *Der genetische Fingerabdruck als erkennungsdienstliche Standardmassnahme der Strafverfolgungsvorsorge und die Verwendung des genetischen Phantombildes im Strafverfahren, Eine verfassungsrechtliche Analyse der Möglichkeiten und Grenzen von molekulargenetischen Untersuchungen*, Diss. Freiburg im Breisgau, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 2007.
- WIDMANN ESTHER, *Behörden stellen Ermittlungen zur Vergewaltigung in Emmen ein*, in: *NZZ* vom 15. Januar 2018, [www.nzz.ch](http://www.nzz.ch) (Suche/Behörden stellen Ermittlungen zur Vergewaltigung in Emmen ein), besucht am: 03.05.2022.
- ZIEGER MARTIN, *Forensische DNA-Analyse: So viel wie nötig, so wenig wie möglich?*, in: *Jusletter* vom 12. Oktober 2020, [www.weblaw.ch](http://www.weblaw.ch) (Jusletter/Archiv/Chronologie/2020/Jusletter 12. Oktober 2020), besucht am: 26.02.2022.
- ZIEGER MARTIN/ROEWER LUTZ, *Plädoyer für eine nationale Ethikkommission für die erweiterte Forensische DNA-Analyse*, *Rechtsmedizin* (2019) 415 ff.

## **Materialienverzeichnis**

Botschaft zur Änderung des DNA-Profil-Gesetzes vom 4. Dezember 2020, BBl 2021 44  
(zit. Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz).

Botschaft zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerats, Anpassung der Strafprozessordnung) vom 28. August 2019, BBl 2019 6697 ff. (zit. Botsch. Änderung StPO).

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085 ff. (zit. Botsch. Vereinheitlichung StPO).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekanntem und vermissten Personen (DNA-Profil-Gesetz) vom 8. November 2000, BBl 2001 29 ff. (zit. Botsch. DNA-Profil-Gesetz).

Brief van de Minister van Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 31 maart 2008, Vergaderjaar 2007-2008, 31 415 DNA-onderzoek in strafzaken, Nr. 1 (zit. Brief Minister).

DNA-Profil-Gesetz. Änderung, AB N 2021 2169 ff.

DNA-Profil-Gesetz. Änderung, AB S 2021 1272 ff.

DNA-Profil-Gesetz. Änderung, AB S 2021 928 ff.

DNA-Profil-Gesetz. Änderung, AB N 2021 773 ff.

Entwurf für die Änderung des Bundesgesetzes über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekanntem oder vermissten Personen (Änderung DNA-Profil-Gesetz) vom 17. Dezember 2021, BBl 2021 2998 (zit. E-DNA-Profil-Gesetz).

Entwurf für die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG) vom 25. September 2020, BBl 2020 7639 (zit. E-DSG).

Erläuternder Bericht des EJPD zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zur Änderung des DNA-Profil-Gesetzes (Umsetzung der Motion 15.4150 Vitali «Kein Täterschutz für Mörder und Vergewaltiger» und des Postulats 16.3003 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates «Prüfung der Aufbewahrungsfristen für DNA-Profile») vom August 2019 (zit. Bericht EJPD).

Memorie van Toelichting, Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2009-2010, 32 168 Wijziging van het Wetboek van Strafvordering en de Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden in verband met de introductie van DNA-verwantschapsonderzoek en DNA-onderzoek naar uiterlijk waarneembare persoonskenmerken van het onbekende slachtoffer en de regeling van enige andere onderwerpen, Nr. 3 (zit. Memorie Toelichting).

Motion Mazzone (17.4230) «Verwandtenrecherche mittels DNA im Rahmen von Strafverfahren. Wird der Bundesrat darauf verzichten?» vom 15. Dezember 2017 (zit. Mo. Mazzone).

Motion Vitali (15.4150) «Kein Täterschutz für Mörder und Vergewaltiger» vom 16. Dezember 2015 (zit. Mo. Vitali).

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
AB	Amtliches Bulletin
Abs.	Absatz
AFIS	Automatisches Fingerabdruck-Identifikationssystem
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AWR	Anwaltsrevue
BBl	Bundesblatt
Besluit DNA-onderzoek in strafzaken	Besluit DNA-onderzoek in strafzaken van 27 augustus 2001 (BWBR0012791)
BFS	Bundesamt für Statistik
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizer Bundesgericht
BGH	Deutscher Bundesgerichtshof
Botsch.	Botschaft
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BStGer	Schweizer Bundesstrafgericht
bzgl.	bezüglich
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVerfG	Deutsches Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CD	Code de la défense (France) du 21 décembre 2004
CMC	Crime, Media, Culture: An International Journal
CODIS	Combined DNA Index System
CP	Code pénal (France) du 1 septembre 1990
CPP	Code de procédure pénale (France) du 8 avril 1958
CSI	Code de la sécurité intérieure (France) du 1 mai 2012
d.h.	das heisst

digma	Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit
Diss.	Dissertation
DNA	Desoxyribonukleinsäure (engl. desoxyribonucleic acid)
DNA-Profil-Gesetz	Bundesgesetz über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekanntem oder vermissten Personen vom 20. Juni 2003 (SR 363)
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (SR 235.1)
DuD	Zeitschrift für Datenschutz und Datensicherheit
E.	Erwägung
E-DNA-Profil-Gesetz	Entwurf für die Änderung des Bundesgesetzes über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekanntem oder vermissten Personen (DNA-Profil-Gesetz) vom 17. Dezember 2021 (BBl 2021 2998)
EDNA-Verordnung	Verordnung über das DNA-Profil-Informationssystem vom 31. Mai 2000 (SR 361.1)
E-DSG	Entwurf für die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG) vom 25. September 2020 (BBl 2020 7639)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
engl.	englisch
E-StPO	Entwurf für die Änderung des Bundesgesetzes über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekanntem oder vermissten Personen (DNA-Profil-Gesetz) vom 17. Dezember 2021, Anhang 1 Änderung anderer Erlasse (BBl 2021 2998)
et al.	und andere
EVC	External Visible Characteristics
f. / ff.	folgende / fortfolgende (Seite(n) / Ziffer(n))
fedpol	Bundesamt für Polizei

FMH	Foederatio Medicorum Helveticorum (lat. für den Berufsverband der Schweizer Ärztinnen und Ärzte)
FSI	Forensic Science International
ggf.	gegebenenfalls
gl.A.	gleicher Ansicht
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
inkl.	inklusive
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
JStPO	Schweizerische Jugendstrafprozessordnung vom 20. März 2009 (SR 312.1)
KGer BL	Kantonsgericht Basel-Land
lat.	lateinisch
lit.	litera
Mo.	Motion
N	Nationalrat; Randnote
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OFK	Orell Füssli Kommentar
PCN	Process-Control-Number
Praxiskomm	Praxiskommentar
Rz.	Randziffer
S	Ständerat
S.	Seite
SGK	St. Galler Kommentar
SIR	Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung
SJZ	Schweizerische Juristen Zeitung
SK	Schulthess Kommentar
SNP	Einzelnukleotid-Polymorphismus (engl. Single Nucleotide Polymorphism)
SR	Systematische Rechtssammlung
StBOG	Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes vom 19. März 2010 (SR 173.71)

StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
TA-SWISS	Stiftung für Technologiefolgen-Abschätzung
u.a.	unter anderem
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
Vor	Vorbemerkungen
WvStR	Wetboek van Strafrecht van 3 maart 1881 (BWBR0001854)
WvStV	Wetboek van Strafvordering van 15 januari 1921 (BWBR0001903)
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
Ziff.	Ziffer
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
zit.	zitiert
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

## A. Einleitung

Am 21. Juli 2015 wurde eine 26-jährige Frau in Emmen von einem unbekanntem Mann vom Velo gerissen und vergewaltigt. Später wurde bekannt, dass sie sich beim Sturz derart schwere Verletzungen zugezogen hat, dass sie seither querschnittgelähmt ist. Die Polizei konnte während ihrer Ermittlung DNA des mutmasslichen Täters beim Opfer sicherstellen.<sup>1</sup> Der Täter konnte jedoch trotz Durchführung einer Massenuntersuchung, bei der DNA-Proben von 372 Männern abgenommen wurden, die dem Täterprofil entsprachen, nicht überführt werden. Auch die Auswertung von 1'863 Handydaten blieb erfolglos.<sup>2</sup> Die Ermittlungen der Polizei wurden im Januar 2018 eingestellt.<sup>3</sup> Nicht untätig blieb hingegen Nationalrat Vitali, der noch im Dezember 2015 eine Motion einreichte, mit der die gesetzliche Grundlage zur Einführung der Phänotypisierung von DNA-Analysen geschaffen werden sollte, die auch die Auswertung persönlichkeitsbestimmender Merkmale ermöglichen würde.<sup>4</sup> Damit erhoffte sich Nationalrat Vitali u.a. eine Wiederaufrollung des Falls Emmen.

Im Rahmen der vorliegenden Bachelorarbeit soll untersucht werden, wie der Bundesrat und das Parlament die Motion Vitali umgesetzt haben. Konkret wird dazu in einem ersten Teil das bisherige Recht dargestellt. In einem zweiten Teil folgt eine Auseinandersetzung mit der geplanten Gesetzesrevision mit einem Fokus auf der Einführung der Phänotypisierung und der Normierung des bereits zulässigen Suchlaufs nach Verwandtschaftsbezug. Im Vordergrund steht die Untersuchung der Frage, ob die Phänotypisierung und die Verwandtenrecherche mit dem Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung vereinbar sind. Dies wird nicht nur unter Berücksichtigung von Lehre und Rechtsprechung in der Schweiz aufgearbeitet, sondern auch rechtsvergleichend mit der Praxis in der Niederlande und in Frankreich analysiert.

Schliesslich soll auf die etwas widersprüchliche Regelung zur Aufbewahrung von DNA-Proben bei einem Freispruch eingegangen werden. Da dies im Gesetzgebungsprozess nur flüchtig diskutiert wurde, wird diesbezüglich ebenso ein Rechtsvergleich mit der Niederlande und Frankreich durchgeführt.

---

<sup>1</sup> ASCHWANDEN, («Einleitung»).

<sup>2</sup> ANGSTMANN, («Massen-Test»); Mo. Vitali.

<sup>3</sup> WIDMANN, («Noch eine DNA-Auswertung im Ausland hängig»).

<sup>4</sup> Mo. Vitali.

## **B. Grundlagen**

Im Rahmen dieses Kapitels wird zunächst ein kurzer Überblick zur Entwicklung der Gesetzgebung betreffend die DNA-Analyse gegeben. Anschliessend werden mit der Erläuterung des DNA-Profiles und den verschiedenen Arten der DNA-Analyse die Grundlagen dieser Arbeit gelegt.

Schliesslich werden die allgemeinen Voraussetzungen für Zwangsmassnahmen nach Art. 197 StPO aufgezeigt, da die DNA-Analyse (Art. 255 ff. StPO) eine Zwangsmassnahme darstellt.

### **1. Kurzer Überblick zur gesetzlichen Entwicklung**

Vor ca. 40 Jahren wurde erkannt, dass mittels DNA-Analyse körperliche Rückstände, wie Sperma, Haare oder Speichel, die an einem Tatort gefunden wurden, mit hoher Wahrscheinlichkeit einer bestimmten Person zugerechnet werden können. Deshalb erarbeitete der Bundesrat im Jahr 1999 einen Entwurf für eine gesetzliche Grundlage für die Erhebung und Bearbeitung von DNA-Daten (EDNA-Verordnung).<sup>5</sup> Im Jahr 2003 wurde das DNA-Profil-Gesetz inkl. Verordnung verabschiedet und damit die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren ermöglicht. Dieses Gesetz findet gemäss Art. 259 StPO zusammen mit der StPO Anwendung. 10 Jahre nach dessen Inkrafttreten reichte Nationalrat Albert Vitali die Motion «Kein Täterschutz für Mörder und Vergewaltiger» ein, die von National- und Ständerat angenommen wurde. Mit dieser beantragte er, dass nebst der Standard-DNA-Analyse (wie im DNA-Profil-Gesetz geregelt) auch die erweiterte DNA-Analyse (Phänotypisierung) eingeführt werde.<sup>6</sup> Der Entwurf des Bundesrates zu einer entsprechenden Änderung des DNA-Profil-Gesetzes wurde im Dezember 2021 von National- und Ständerat angenommen.<sup>7</sup> Die Referendumsfrist lief am 7. April 2022 ab.<sup>8</sup>

### **2. Definitionen**

Im Folgenden werden das DNA-Profil, die Standard-DNA-Analyse, die erweiterte DNA-Analyse (Phänotypisierung) sowie der Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug definiert.

#### **2.1. DNA-Profil**

Die Desoxyribonukleinsäure (engl. desoxyribonucleic acid, kurz «DNA») ist der chemische Stoff, der sich als fadenförmiges Molekül in Form einer Doppelhelix in den

---

<sup>5</sup> SCHMID/JOSITSCH, Handbuch StPO, Rz. 1089; SK StPO-GRAF/HANSJAKOB, Art. 255 StPO N 1.

<sup>6</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 6; Mo. Vitali.

<sup>7</sup> Schlussabstimmung Nationalrat, AB N 2021 2756; Schlussabstimmung Ständerat, AB S 2021 1444.

<sup>8</sup> E-DNA-Profil-Gesetz, S. 1.

Zellkernen jedes Lebewesens befindet.<sup>9</sup> Sie enthält sämtliche menschlichen Erbinformationen.<sup>10</sup> Jedoch handelt es sich nur bei etwa 10% der DNA um codierte, «sprechende» Abschnitte, die Erbmerkmale wie z.B. die Augen- oder Haarfarbe enthalten.<sup>11</sup> Die restlichen 90% der DNA bestehen aus nicht-codierten, «stummen» Abschnitten mit persönlichkeitsneutralen Merkmalen, die aber bei jedem Menschen anders sind (mit Ausnahme von eineiigen Zwillingen).<sup>12</sup> Die Analyse dieser «stummen» Abschnitte ergibt eine Buchstaben-Zahlenkombination – das DNA-Profil –, die auch eine Unterscheidung zwischen den Geschlechtern zulässt und sich hervorragend für Identifizierungszwecke eignet.<sup>13</sup> In diesem Zusammenhang ist auch vom «genetischen Fingerabdruck» die Rede.<sup>14</sup>

Zur Identifizierung einer Person mittels DNA-Analyse gibt es zwei Möglichkeiten. Mit der Standard DNA-Analyse können einerseits die nicht-codierten Abschnitte und mit der erweiterten DNA-Analyse (Phänotypisierung) andererseits die codierten Abschnitte ausgewertet werden.<sup>15</sup> Werden mit der ersteren nicht nur exakte Treffer, sondern auch Ähnlichkeiten gesucht, ist ausserdem die Feststellung von Verwandtschaftsbeziehungen möglich.<sup>16</sup>

## 2.2. Standard DNA-Analyse

Da sich die Standard-DNA-Analyse auf die nicht-codierten Abschnitte der DNA beschränkt, können mit dieser Analyse nur persönlichkeitsneutrale Merkmale der betreffenden Person festgestellt werden. Dies erlaubt zwar eine Identifizierung, jedoch können damit keine Aussagen über Erbanlagen oder Rückschlüsse auf Krankheiten gemacht werden.<sup>17</sup> Zur Erstellung des DNA-Profiles eignet sich jedes biologische Material, das kernhaltige Zellen enthält wie z.B. Blut, Gewebe, Speichel, Knochen oder Sperma.<sup>18</sup>

---

<sup>9</sup> Botsch. DNA-Profil-Gesetz, S. 35; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Rz. 1846.

<sup>10</sup> BSK StPO-FRICKER/MAEDER, Vor Art. 255 StPO N 11.

<sup>11</sup> Botsch. DNA-Profil-Gesetz, S. 35; BSK StPO-FRICKER/MAEDER, Vor Art. 255 StPO N 11.

<sup>12</sup> BSK StPO-FRICKER/MAEDER, Vor Art. 255 StPO N 14: Diese können mit einer DNA-Analyse nicht unterschieden werden, dafür aber durch ihre Fingerabdrücke.

<sup>13</sup> Botsch. DNA-Profil-Gesetz, S. 35 f.; BSK StPO-FRICKER/MAEDER, Vor Art. 255 StPO N 11 ff.; Praxiskomm StPO-SCHMID/JOSITSCH, Vor Art. 255-259 StPO N 1; SK StPO-GRAF/HANSJAKOB, Art. 255 StPO N 3.

<sup>14</sup> RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Rz. 1848; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch StPO, Rz. 1089.

<sup>15</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 45 f.: Die Standard-Analyse ist bereits in Art. 2 DNA-Profil-Gesetz normiert. Dieser Art. soll mit dem E-DNA-Profil-Gesetz so angepasst werden, dass nicht mehr zwischen codierten und nicht-codierten Abschnitten unterschieden wird. Der Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug soll in Art. 2a E-DNA-Profil-Gesetz festgehalten werden und die Phänotypisierung in Art. 2b E-DNA-Profil-Gesetz.

<sup>16</sup> SK StPO-GRAF/HANSJAKOB, Art. 255 StPO N 3.

<sup>17</sup> BGE 128 II 259, E. 3.3; BSK StPO-FRICKER/MAEDER, Vor Art. 255 StPO N 14: Mögliche Ausnahme ist Trisomie 21.

<sup>18</sup> BSK StPO-FRICKER/MAEDER, Vor Art. 255 StPO N 13.

### **2.3. Phänotypisierung**

Mit der erweiterten DNA-Analyse, auch bekannt als forensische DNA-Phänotypisierung, können aus dem am Tatort gefundenem biologischem Material Erscheinungsmerkmale von unbekanntem Personen (Opfer oder Täter) herausgelesen werden.<sup>19</sup> Dafür werden jedoch nicht mehr, wie bei der Standard-Analyse, nur die nicht-codierten Abschnitte der DNA analysiert, sondern auch die codierten Abschnitte, die Erbinformationen enthalten.<sup>20</sup> Die äusserlichen Merkmale einer Person, so etwa die Körpergrösse, Statur, Augenfarbe und Haarfarbe fallen unter den Begriff des Phänotypen.<sup>21</sup> Gesprochen wird auch von den sogenannten EVCs.<sup>22</sup> Auf der Grundlage von EVCs kann ein «genetisches Phantombild» erstellt werden.<sup>23</sup> KAYSER beschreibt dies als «biologischen Zeugen», der möglicherweise sogar genauere Informationen liefern kann als menschliche Augenzeugen.<sup>24</sup>

### **2.4. Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug**

Wegen des biologischen Vererbungsprozesses weist die DNA von verwandten Personen gegenüber nicht verwandten Personen oft eine erhöhte Ähnlichkeit auf. Während bei der Standard-DNA-Analyse im CODIS nach exakten Treffern zwischen DNA-Profilen gesucht wird, wird mit dem erweiterten Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug nach Ähnlichkeiten gesucht, die auf eine Verwandtschaft hindeuten könnten.<sup>25</sup> Dabei werden die genetischen Daten einer Person mit denen anderer Personen in der Datenbank verglichen und Verwandtschaftsbeziehungen identifiziert.<sup>26</sup> Dieser Vergleich wird als «Verwandten-Abgleich» bezeichnet (engl. «matching»). Dabei sind Übereinstimmungen mit bisher unbekanntem genetischen Halbgeschwistern möglich oder es kann sein, dass keine Übereinstimmungen mit bisher angenommenen biologischen Verwandten vorliegen.<sup>27</sup>

## **3. Voraussetzungen für Zwangsmassnahmen nach Art. 197 StPO**

DNA-Analysen sind in der StPO unter dem Titel der Zwangsmassnahmen zu finden. Bereits aus Art. 196 StPO lässt sich entnehmen, dass sie in die Grundrechte der Betroffenen

---

<sup>19</sup> KAYSER, S. 33.

<sup>20</sup> Botsch. DNA-Profil-Gesetz, S. 35; HASSELBACH, S. 186.

<sup>21</sup> PFLUGBEIL/THIELE/LABUDDE, S. 95.

<sup>22</sup> KAYSER, S. 34.

<sup>23</sup> PFLUGBEIL/THIELE/LABUDDE, S. 95.

<sup>24</sup> KAYSER, S. 34.

<sup>25</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 16.

<sup>26</sup> LANG et al., S. 75.

<sup>27</sup> KIRKPATRICK/RASHKIN, («Introduction and Background»).

eingreifen.<sup>28</sup> Deshalb unterstehen sie der Schrankenregelung von Art. 36 BV, welche in Art. 197 StPO für strafprozessuale Zwangsmassnahmen konkretisiert wird.<sup>29</sup>

Erforderlich sind nach Art. 197 Abs. 1 StPO (i) eine gesetzliche Grundlage, (ii) ein hinreichender Tatverdacht, dass (iii) keine mildereren Massnahmen genügen und (iv) die Bedeutung der Straftat muss die Zwangsmassnahme rechtfertigen.<sup>30</sup> Ein öffentliches Interesse wird zwar nicht ausdrücklich erwähnt, ergibt sich aber aus dem hinreichenden Tatverdacht. Ist ein solcher gegeben, liegt die Aufklärung einer Straftat immer im öffentlichen Interesse.<sup>31</sup> Die Voraussetzungen werden hiernach kurz erläutert.

Angeordnet werden die Zwangsmassnahmen nach Art. 198 Abs. 1 StPO je nach Art entweder von der Staatsanwaltschaft oder vom Zwangsmassnahmengericht (insbesondere Massenuntersuchungen nach Art. 256 StPO).<sup>32</sup> Ist Gefahr im Zug kann auch die Polizei Zwangsmassnahmen anordnen, jedoch nur in den vom Gesetz ausdrücklich geregelten Fällen.<sup>33</sup>

### **3.1. Gesetzliche Grundlage**

Die gesetzliche Grundlage beinhaltet sowohl das Erfordernis einer genügenden Normdichte als auch einer genügenden Normstufe.<sup>34</sup> Erforderlich ist im Rahmen der Normstufe eine nach Art. 197 Abs. 1 lit. a StPO vom Parlament erlassene Norm auf Gesetzesstufe, d.h. ein Gesetz im formellen Sinn.<sup>35</sup> In der StPO finden sich die gesetzlichen Grundlagen für die meisten Zwangsmassnahmen. Art. 255 ff. StPO regelt insbesondere die DNA-Analysen. Auch das DNA-Profil-Gesetz ist ein Gesetz im formellen Sinn und somit als gesetzliche Grundlage ausreichend.<sup>36</sup>

Neben der genügenden Normstufe muss auch das Erfordernis der Normdichte erfüllt werden. D.h. die betreffende Rechtsnorm muss so präzise formuliert sein, dass die Betroffenen ihr Verhalten danach richten und die Rechtsfolgen eines rechtswidrigen Verhaltens

---

<sup>28</sup> BSK StPO-WEBER, Art. 197 StPO N 1; SK StPO-ZIMMERLIN, Art. 197 StPO N 1.

<sup>29</sup> BSK StPO-WEBER, Art. 197 StPO N 1; SK StPO-ZIMMERLIN, Art. 197 StPO N 1a: Art. 36 BV setzt für einen Grundrechtseingriff voraus, dass eine gesetzliche Grundlage vorliegt, der Eingriff im öffentlichen Interesse und verhältnismässig ist und der Kerngehalt gewahrt wird.

<sup>30</sup> RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Rz. 1499: Art. 197 StPO erwähnt zwar nicht, dass der Eingriff geeignet sein muss, dies heisst aber nicht, dass der Eingriff untauglich sein darf. Das würde Art. 36 BV widersprechen.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch StPO, Rz. 973 ff.

<sup>31</sup> SK StPO-ZIMMERLIN, Art. 197 StPO N 1a.

<sup>32</sup> DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, S. 182.

<sup>33</sup> DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, S. 183; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch StPO, Rz. 976.

<sup>34</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 307; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 BV N 14.

<sup>35</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 310; Praxiskomm StPO-SCHMID/JOSITSCH, Art. 197 StPO N 3.

<sup>36</sup> Praxiskomm StPO-SCHMID/JOSITSCH, Art. 197 StPO N 3; SK StPO-ZIMMERLIN, Art. 197 StPO N 3.

mit einem bestimmten Grad an Gewissheit erkennen können.<sup>37</sup> Es braucht eine in den wesentlichen Punkten klare, unzweideutige Grundlage in einem formellen Gesetz.<sup>38</sup> Für Zwangsmassnahmen heisst dies, dass ihre Anordnungsvoraussetzungen genau zu benennen sind.<sup>39</sup> Die Norm muss generell-abstrakt sein, d.h. sie muss sich an eine unbestimmte Anzahl von Personen richten und eine unbestimmte Zahl künftiger Sachverhalte regeln.<sup>40</sup>

### 3.2. Hinreichender Tatverdacht

Nach Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO braucht es auch einen hinreichenden Tatverdacht betreffend ein bereits begangenes Delikt.<sup>41</sup> Der erforderliche Verdachtsgrad richtet sich nach der Schwere des Eingriffs der Zwangsmassnahme.<sup>42</sup> Eine erste Differenzierung wird bei den zu verfolgenden Straftaten gemacht. So ist ein DNA-Profil nur bei Verbrechen und Vergehen, nicht aber bei Übertretungen erstellbar.<sup>43</sup>

Mit dem Erfordernis des Tatverdachts soll verhindert werden, dass Zwangsmassnahmen ohne begründeten Verdachtsmoment genutzt werden können, damit keine unzulässige Beweisausforschung, eine sogenannte «fishing expedition» erfolgt.<sup>44</sup> Eine Ausnahme ist die Massenuntersuchung nach Art. 256 StPO. Bei dieser können von all jenen Personen DNA-Proben analysiert werden, die einschlägige tatrelevante Merkmale aufweisen.<sup>45</sup>

Der Tatverdacht auf eine strafbare Handlung muss sich sodann aus Tatsachen ergeben, die erheblicher und konkreter Natur sind. Blosser Gerüchte oder Vermutungen reichen nicht.<sup>46</sup> Gemäss Bundesgericht lassen sich Zwangsmassnahmen auch nicht mit anderen, möglicherweise von der verdächtigen Person begangenen oder noch zu begehenden Straftaten begründen.<sup>47</sup> Ausserdem ist gerade eine Entnahme von DNA-Proben nach Art. 255 StPO nicht routinemässig bei jedem hinreichenden Tatverdacht möglich. Erforderlich ist eine Prüfung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalls.<sup>48</sup>

Schliesslich ist nach Art. 197 Abs. 2 StPO bei Zwangsmassnahmen, die nicht gegenüber beschuldigten Personen erfolgen, besondere Zurückhaltung geboten, da gerade diesen

---

<sup>37</sup> BGE 117 Ia 472, E. 3e; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 308.

<sup>38</sup> BGE 118 Ia 305, E. 2a; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 9 N 42.

<sup>39</sup> BSK StPO-WEBER, Art. 197 StPO N 5.

<sup>40</sup> BELSER/WALDMANN, Grundrechte I, S. 171.

<sup>41</sup> SCHMID/JOSITSCH, Handbuch StPO, Rz. 973.

<sup>42</sup> Praxiskomm StPO-SCHMID/JOSITSCH, Art. 197 StPO N 4.

<sup>43</sup> OBERHOLZER, Rz. 1125.

<sup>44</sup> OBERHOLZER, Rz. 1126; SK StPO-ZIMMERLIN, Art. 197 StPO N 4a.

<sup>45</sup> OBERHOLZER, Rz. 1126.

<sup>46</sup> Urteil BGer 6B\_830/2013 vom 10. Dezember 2013, E. 1.4.

<sup>47</sup> BGE 141 IV 87, E. 1.4.1.

<sup>48</sup> BGE 141 IV 87, E. 1.4.2.

gegenüber kein hinreichender Tatverdacht besteht, da der Tatverdacht sich nicht gegen die betroffene Drittperson richtet, sondern gegen den Tatverdächtigen.<sup>49</sup>

### **3.3. Erforderlichkeit**

In Art. 197 Abs. 1 lit. c StPO wird die Erforderlichkeit der Zwangsmassnahme i.S.v. Art. 36 Abs. 3 BV gefordert. Ein Grundrechtseingriff – wie bspw. eine Zwangsmassnahme – darf nicht weiter gehen, als es das öffentliche Interesse erfordert. Es muss die in zeitlicher, räumlicher, sachlicher und persönlicher Hinsicht mildeste Massnahme gewählt werden.<sup>50</sup> Folglich gilt das Subsidiaritätsprinzip, d.h. der Eingriff darf nicht über das angestrebte Ziel hinausgehen.<sup>51</sup> Die mildeste Massnahme ist nicht nur bei der Anordnung der Zwangsmassnahme zu wählen, sondern auch bei deren Vollzug.<sup>52</sup>

### **3.4. Zumutbarkeit**

Nach Art. 197 Abs. 1 lit. d StPO muss die Zwangsmassnahme zumutbar sein, d.h. sie darf nur angeordnet werden, wenn die Bedeutung der Straftat dies rechtfertigt. Es muss eine Abwägung des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung gegen die Beeinträchtigung der individuellen Grundrechte des Betroffenen vorgenommen werden. Das öffentliche Interesse an der Aufklärung muss dabei die individuellen Interessen des Betroffenen überwiegen.<sup>53</sup>

Schliesslich muss von einem Grundrechtseingriff abgesehen werden, wenn Eingriffszweck und Eingriffswirkung nicht in einer vernünftigen Relation stehen. Dies gilt selbst dann, wenn sich die Wahrheit nur mithilfe der Zwangsmassnahme ermitteln lässt. So kann bspw. bei vielen Vergehen keine verdeckte Ermittlung angeordnet werden, selbst wenn es dadurch nicht mehr möglich ist, eine strafbare Handlung nachzuweisen.<sup>54</sup>

---

<sup>49</sup> BSK StPO-WEBER, Art. 197 StPO N 15; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, S. 182.

<sup>50</sup> BSK StPO-WEBER, Art. 197 StPO N 9.

<sup>51</sup> BGE 146 I 70, E. 6.4.2; SK StPO-ZIMMERLIN, Art. 197 StPO N 17.

<sup>52</sup> BSK StPO-WEBER, Art. 197 StPO N 10; Urteil KGer BL 470 11 176 vom 10. Januar 2012, E. 2.7.1.

<sup>53</sup> BSK StPO-WEBER, Art. 197 StPO N 11; Urteil KGer BL 470 11 57 vom 27. September 2011, E. 3.

<sup>54</sup> BGE 113 I 77, E. 4.1; SK StPO-ZIMMERLIN, Art. 197 StPO N 20.

## **C. Rechtslage de lege lata**

Damit die einzelnen Änderungen des neuen DNA-Profil-Gesetzes besser nachvollzogen werden können, wird in diesem Kapitel die bisherige Rechtslage dargestellt. Dabei erfolgt eine Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen für die Probenahme nach Art. 255 StPO, der Standard-DNA-Analyse nach Art. 2 DNA-Profil-Gesetz und der Massenuntersuchung nach Art. 256 StPO. Insbesondere wird untersucht, welche Delikte die Anlasstat umfasst und wie sich die einzelnen Untersuchungsmittel unterscheiden. Gerade die Massenuntersuchung ist interessant, da der Gesetzgeber hier erstmalig die Analyse bestimmter Merkmale umschreibt. Dies spricht dafür, dass die Analyse dieser Merkmale im Rahmen der Massenuntersuchung, im Gegensatz zur Standard-DNA-Analyse, zulässig sein könnte.

### **1. Voraussetzungen für die Probenahme nach Art. 255 StPO**

Nach Art. 255 Abs. 1 StPO steht die Probenahme und die Erstellung von DNA-Profilen nur zur Aufklärung von Verbrechen oder Vergehen (Anlasstat) zur Verfügung. Eine Probe kann sowohl von beschuldigten als auch von anderen Personen, insbesondere von Opfern oder ggf. von Tatortberechtigten genommen werden. Nur, aber immerhin soll bei Letzteren, soweit notwendig, deren biologisches Material von jenem der beschuldigten Person unterschieden werden. Darüber hinaus ist auch die Probenahme von toten Personen und von tatrelevantem biologischen Material wie z.B. Sperma erlaubt.

Die einzigen Voraussetzungen für die Abnahme einer Probe sind demnach (i) ein Verbrechen oder Vergehen als Anlasstat und (ii) das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts i.S.v. Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO in Bezug auf diese Anlasstat. Eine Übertretung genügt nicht.<sup>55</sup> Auf die Voraussetzungen wird sogleich näher eingegangen.

#### **1.1. Gegenwärtige Anlasstat**

Als Verbrechen gelten gemäss Art. 10 Abs. 2 StGB alle Delikte, die mit Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren geahndet werden können. Vergehen sind diejenigen Delikte, bei denen eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren droht (Art. 10 Abs. 3 StGB). Relevant ist der abstrakte Strafrahmen und nicht das konkrete Strafmass im Einzelfall.

Wie erwähnt, muss in Bezug auf die Anlasstat ein hinreichender Tatverdacht bestehen. Dieser liegt vor, wenn die Anhaltspunkte hinsichtlich tat- und täterbezogenen Tatsachen derart konkret sind, dass von einem gegenwärtigen strafbaren Verhaltens ausgegangen werden kann und eine Verurteilung zu 40-60% wahrscheinlich ist. Nur dann ist eine

---

<sup>55</sup> OBERHOLZER, Rz. 1467; vgl. Hinreichender Tatverdacht.

Probenahme zulässig.<sup>56</sup> Blosser Gerüchte oder Vermutungen reichen nicht aus.<sup>57</sup> Gemäss Art. 255 Abs. 1 lit. a StPO kann primär von einer beschuldigten Person eine Probe genommen und ein DNA-Profil erstellt werden. Damit ist klar, dass DNA-Proben von beschuldigten Personen nach Art. 111 Abs. 1 StPO abgenommen werden können, d.h. von Personen, die in einer Strafanzeige, aufgrund eines Strafantrags oder von einer Strafbehörde in einer Verfahrenshandlung einer Straftat verdächtigt, beschuldigt oder angeklagt werden.<sup>58</sup>

Die gegenwärtige Anlasstat ist somit unter der bisherigen Gesetzgebung sehr breit gefasst. Ein bestimmter Schweregrad der Anlasstat wird nicht verlangt.<sup>59</sup> Ebenso wurde im ursprünglichen DNA-Profil-Gesetz auf einen Deliktskatalog verzichtet. Es wurde argumentiert, dass kriminologische Untersuchungen gezeigt hätten, dass die Täter schwerer Straftaten häufig wegen banalen Delikten vorbestraft sind. Mit diesem Gesetzesvorschlag erhoffte sich der Gesetzgeber eine grössere Erfolgsrate bei der Suche nach übereinstimmenden Personenprofilen im CODIS.<sup>60</sup> Andererseits hat die FMH bereits im Gesetzgebungsverfahren einen abschliessenden Deliktskatalog gefordert.<sup>61</sup>

## 1.2. Künftige Anlasstat

Die StPO dient hauptsächlich der Verfolgung begangener Straftaten. Es liegt deshalb nahe, dass das Ermittlungsinstrument des DNA-Profil-Vergleichs auch nur zur Aufklärung eines begangenen Verbrechens oder Vergehens genutzt werden darf.<sup>62</sup> Das Bundesgericht hielt jedoch fest, dass die Erstellung eines DNA-Profiles auch für künftige Anlasstaten zulässig ist. Es müssen jedoch «erhebliche und konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die beschuldigte Person in andere künftige Delikte verwickelt sein könnte».<sup>63</sup> Dabei muss es sich um Delikte einer gewissen Schwere handeln.<sup>64</sup> Zu denken ist an Delikte gegen Leib und Leben, das Vermögen (bspw. Raubüberfälle oder Einbruchdiebstähle) und die sexuelle Integrität.<sup>65</sup>

---

<sup>56</sup> KNODEL, S. 321.

<sup>57</sup> Urteil BGer 6B\_830/2013 vom 10. Dezember 2013, E. 1.4.

<sup>58</sup> OFK StPO-RIKLIN, Art. 111 StPO N 1; SK StPO-GRAF/HANSJAKOB, Art. 255 StPO N 14.

<sup>59</sup> OBERHOLZER, Rz. 1467.

<sup>60</sup> SK StPO-GRAF/HANSJAKOB, Art. 255 StPO N 10.

<sup>61</sup> Botsch. DNA-Profil-Gesetz, S. 33.

<sup>62</sup> OBERHOLZER, Rz. 1468.

<sup>63</sup> BGE 145 IV 263, E. 3.4.

<sup>64</sup> Urteil BGer 1B\_381/2015 vom 23. Februar 2016, E. 2.3; Urteil BGer 1B\_111/2015 vom 20. August 2015, E. 3.2.

<sup>65</sup> Urteil BGer 1B\_111/2015 vom 20. August 2015, E. 3.4.

Weiter zu berücksichtigen ist auch, ob der mutmassliche Täter vorbestraft ist.<sup>66</sup> Ist die Erstellung eines DNA-Profiles für die Aufklärung eines Delikts nicht notwendig, so hat sie zu unterbleiben.<sup>67</sup> Auch das Bundesgericht hält fest, dass eine routinemässige DNA-Profil-Erstellung von einer beschuldigten Person unzulässig ist, wenn diese einzig erstellt wird, weil die beschuldigte Person in ein Strafverfahren verwickelt ist.<sup>68</sup> Demgegenüber schliesst die Tatsache, dass der mutmassliche Täter nicht vorbestraft ist, die Erstellung eines DNA-Profiles nicht aus. Vielmehr sind die verschiedenen Verdachtsmomente, wie u.a. Hinweise auf die Begehung bandenmässiger Delikte, widersprüchliche Aussagen und mehrfache Eintragung eines Familienmitglieds im Strafregister, zu gewichten und in einer Gesamtschau gegeneinander abzuwägen.<sup>69</sup>

Somit verzichtet das Bundesgericht auf das Erfordernis eines hinreichenden Tatverdachts und stellt allein auf das Vorliegen einer Anlasstat ab. Deshalb ist die Erstellung eines DNA-Profiles nicht nur eine strafprozessuale Zwangsmassnahme, sondern zugleich auch ein polizeiliches Fahndungsinstrument.<sup>70</sup>

In diesem Zusammenhang sei noch erwähnt, dass auch der Bundesrat in der Botschaft zur Änderung der StPO eine präventive DNA-Profil-Erstellung befürwortet hat.<sup>71</sup> Darin unterscheidet er jedoch klar zwischen der Aufklärung begangener Delikte und der Prävention zukünftiger Delikte.<sup>72</sup> Denn bei zukünftigen Delikten handle es sich nur um eine Prognose, die nicht an einen konkreten Verdacht knüpft. Deshalb soll während einer Untersuchung nicht die Staatsanwaltschaft, sondern das urteilende Gericht diese Massnahme anordnen können. Denn erst am Ende der Hauptverhandlung lägen die zur Prognoseerstellung notwendigen Erkenntnisse vor.<sup>73</sup> Aus diesen Gründen sei Art. 257 StPO, der die

---

<sup>66</sup> Urteil BGer 1B\_381/2015 vom 23. Februar 2016, E. 3.5: Den Akten ist zu entnehmen, dass der Beschwerdegegner nicht vorbestraft ist. Es lassen sich auch keine konkreten Hinweise ableiten, wonach er in der Vergangenheit in Delikte einer gewissen Schwere involviert war oder dass er dies in Zukunft sein könnte. Es besteht immer noch der Schutz der Unschuldsvermutung, wonach jede Person bis zur rechtskräftigen Verurteilung unschuldig ist. Es ist deshalb davon auszugehen, dass er bisher keine massgebliche Straftat begangen hat.

<sup>67</sup> RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Rz. 793.

<sup>68</sup> Urteil BGer 1B\_185/2017, E. 3.

<sup>69</sup> Urteil BGer 1B\_13/2019 vom 12. März 2019, E. 2.2; OBERHOLZER, Rz. 1468.

<sup>70</sup> OBERHOLZER, Rz. 1468; gl.A. BSK StPO-FRICKER/MAEDER, Art. 255 StPO N 6a: Da auch Profile von neuen Spuren im CODIS abgeglichen werden, ist das System nicht nur vergangenheitsorientiert, sondern lässt auch die Zuordnung für Delikte zu, die eine Person in der Zukunft nach Erfassung ihres Profils begeht.; a.A. RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Rz. 786 gestützt auf Urteil BGer 6B\_849\_2010 vom 14. April 2011, E. 2.3.2: Die Ergebnisse einer unzulässigen Beweisausforschung ohne genügend dringenden Tatverdacht seien nicht verwertbar.

<sup>71</sup> Botsch. Änderung StPO, S. 6754.

<sup>72</sup> ZIEGER, Rz. 15.

<sup>73</sup> Botsch. Änderung StPO, S. 6754.

Voraussetzungen der Probenahme bei verurteilten Personen regelt, entsprechend anzupassen.<sup>74</sup>

### **1.3. Standard-DNA-Analyse nach Art. 2 DNA-Profil-Gesetz**

Neben Art. 255 Abs. 1 StPO ist für die Probenahme insbesondere Art. 2 DNA-Profil-Gesetz einschlägig. In der Botschaft zum DNA-Profil-Gesetz wird ausgeführt, dass nach der Probenahme zur Auswertung des DNA-Profiles nur die Standard-DNA-Analyse durchgeführt werden darf. Art. 2 Abs. 2 DNA-Profil-Gesetz verbietet sodann ausdrücklich die Erforschung des Gesundheitszustandes oder anderer persönlicher Merkmale. Zur Personenidentifikation darf nur das Geschlecht ermittelt werden.<sup>75</sup> Wie die Standard-DNA-Analyse abläuft, wird nachfolgend erläutert.

### **1.4. Ablauf Standard-DNA-Analyse**

Finden sich an einem Tatort Spuren von biologischem Material, werden diese gesichert und zur Analyse in ein forensisch-genetisches Labor gesandt. Auf der Basis der verwertbaren DNA wird daraufhin das DNA-Spurenprofil erstellt.<sup>76</sup> Dieses wird umgehend in die nationale-DNA-Profil-Datenbank CODIS eingelesen und mit den anderen Profilen abgeglichen.<sup>77</sup> Stimmt das Spurenprofil mit dem Profil einer bereits erfassten Person überein, stellt dies einen Spuren-Personen-Hit dar. Übereinstimmungen sind auch aufgrund eines Personen-Personen- oder Spuren-Spuren-Hits möglich.<sup>78</sup>

Um die Vergleichs-DNA einer verdächtigen Person analysieren zu können, wird die Probe meist nichtinvasiv, mittels Wangenschleimhautabstrich entnommen.<sup>79</sup> Bevor basierend darauf das DNA-Personenprofil erstellt und ins CODIS importiert wird, wird der Wangenschleimhautabstrich mit einer PCN anonymisiert.<sup>80</sup> Eine Verknüpfung der DNA-Profil-Daten aus dem CODIS mit den Personen- und Fall-Daten aus der Ermittlungsdatenbank erfolgt erst bei einem Hit.<sup>81</sup>

---

<sup>74</sup> Botsch. Änderung StPO, S. 6754.

<sup>75</sup> Botsch. DNA-Profil-Gesetz, S. 43.

<sup>76</sup> BSK StPO-FRICKER/MAEDER, Vor Art. 255 StPO N 18.

<sup>77</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 11; BSK StPO-FRICKER/MAEDER, Vor Art. 255 StPO N 18 ff; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Rz. 1853: Inhaber des CODIS ist das fedpol und betrieben wird es von einer Abteilung des fedpol, den AFIS DNA Services.; BGE 128 II 259, E. 3.4.1: Die AFIS DNA Services sind als einzige dazu befugt, die im CODIS registrierten DNA-Profile mit den in einer anderen Datenbank bearbeiteten Personalien der betreffenden Personen zu verknüpfen.

<sup>78</sup> RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Rz. 1849.

<sup>79</sup> BSK StPO-FRICKER/MAEDER, Vor Art. 255 StPO N 19.

<sup>80</sup> BSK StPO-FRICKER/MAEDER, Vor Art. 255 StPO N 17 ff.

<sup>81</sup> BSK StPO-FRICKER/MAEDER, Vor Art. 255 StPO N 21.

Liegt ein Hit vor, ist noch unklar woher das Spurenprofil kommt. Oftmals ist unbekannt, wie die Spur an den Tatort gelangt ist.<sup>82</sup> Ebenso hielt das Bundesstrafgericht in einem Entscheid von 2015 fest, dass DNA-Spuren auch von anderen Personen am Tatort hinterlegt werden können.<sup>83</sup> Wer der Täter ist, muss schlussendlich in der strafrechtlichen Ermittlung bewiesen oder entkräftet werden.<sup>84</sup>

## 2. Massenuntersuchung nach Art. 256 StPO

Nach Art. 256 StPO kann das Zwangsmassnahmengericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft zur Aufklärung eines Verbrechens (Anlasstat) die Entnahme von Proben und die Erstellung von DNA-Profilen gegenüber Personen anordnen, die bestimmte, in Bezug auf die Tatbegehung festgestellte Merkmale aufweisen.

Als Beispiel für ein solches Verbrechen nennen SCHMID/JOSITSCH schwere Sexualdelikte, bei denen DNA-Spuren gefunden wurden. In solchen Fällen wird nun basierend auf den Merkmalen des ermittelten Täterprofils eine Massenuntersuchung bei Personen einer bestimmten Altersgruppe durchgeführt, die eine bestimmte Automarke fährt und an einem bestimmten Ort wohnt bzw. sich zu einem bestimmten Zeitpunkt am Tatort aufgehalten hat.<sup>85</sup> Oftmals wird unter Zuhilfenahme eines Robotbilds versucht, einen Straftäter aufgrund seines Aussehens ausfindig zu machen. Bereits eine leichte Ähnlichkeit mit dem Robotbild reicht grundsätzlich aus, dass gegen die entsprechende Person eine Untersuchungshandlung durchgeführt werden kann.<sup>86</sup>

Die Voraussetzungen für eine Massenuntersuchung sind (i) neben denjenigen in Art. 197 Abs. 1 StPO, darunter insbesondere die Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit, dass (ii) es sich bei der Anlasstat um ein Verbrechen handelt und (iii) die Massenuntersuchung vom Zwangsmassnahmengericht angeordnet wird.

Nachfolgend wird näher auf die Gründe für eine restriktive Auslegung der Art der Anlasstat und auf die Merkmale, die nach bisherigem Recht ausgewertet werden dürfen, eingegangen.

---

<sup>82</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 11; gl.A. SK StPO-GRAF/HANSJAKOB, Art. 255 StPO N 6: «Ein DNA-Profil des Verdächtigen am Tatort eines Einbruchs beweist nicht einmal, dass der Verdächtige dort war; in seltenen Fällen kann es sich um eine Spurenübertragung handeln.»

<sup>83</sup> Urteil BStGer SK.2015.4 vom 18. März 2015, E. 2.3.3a.

<sup>84</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 11.

<sup>85</sup> Praxiskomm StPO-SCHMID/JOSITSCH, Art. 256 StPO N 1.

<sup>86</sup> BGE 125 I 80, E. 2d.

## 2.1. Anlasstat

Im Gegensatz zu im Einzelfall angeordneten Probenahmen nach Art. 255 StPO muss bei der Massenuntersuchung kein hinreichender Tatverdacht gegenüber einer bestimmten Person vorliegen. Damit greift die Massenuntersuchung bedeutend stärker in die Grundrechte von nicht beschuldigten Personen ein.<sup>87</sup> Folgerichtig ist die Massenuntersuchung nur bei Verbrechen zulässig. GRAF/HANSJAKOB sind der Meinung, dass die generelle Anknüpfung der Anlasstat an ein Verbrechen problematischer ist als die Anlasstaten in einem positiven Deliktskatalog abschliessend zu regeln. So sind Massenuntersuchungen z.B. für die Aufklärung von Diebstählen nach Art. 139 StGB zulässig, nicht jedoch zur Aufklärung von fahrlässigen Tötungen nach Art. 117 StGB.<sup>88</sup> Aus diesem Grund muss vielmehr in jedem Fall individuell geprüft werden, ob die Verhältnismässigkeit angesichts der Schwere des Verbrechens gewahrt ist. Die Massenuntersuchung soll für Ausnahmefälle vorbehalten bleiben.<sup>89</sup>

Wurden die erfassten Personen als Täter ausgeschlossen, werden ihre DNA-Profile nach Art. 11 DNA-Profil-Gesetz nicht ins zentrale Informationssystem aufgenommen.<sup>90</sup>

## 2.2. Auswertbare Merkmale

Da sich die Massenuntersuchung auf Personen beschränkt, welche bestimmte, in Bezug auf die Tatbegehung festgestellte Merkmale aufweisen, stellt sich die Frage, welche Merkmale ausgewertet werden dürfen. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund, dass Art. 2 Abs. 2 DNA-Profil-Gesetz ausdrücklich festhält, dass weder nach dem Gesundheitszustand noch nach anderen persönlichen Eigenschaften, mit Ausnahme des Geschlechts, geforscht werden darf, von eminenter Bedeutung.<sup>91</sup> Als zulässiges Merkmal kommt deshalb nur das Geschlecht in Frage.<sup>92</sup> Denn andere persönliche Merkmale wie z.B. die Augen-, Haut- und Haarfarbe werden durch den Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 DNA-Profil-Gesetz explizit ausgeschlossen.

Weitere Differenzierungsmerkmale dürfen sich deshalb nicht aus der Analyse des DNA-Profiles, sondern nur aus der Art der Tatbegehung ergeben. So kann der Kreis der

---

<sup>87</sup> ZIEGER, Rz. 16.

<sup>88</sup> SK StPO-GRAF/HANSJAKOB, Art. 256 StPO N 4.

<sup>89</sup> BSK StPO-FRICKER/MAEDER, Art. 256 StPO N 6 f.

<sup>90</sup> OBERHOLZER, Rz. 1742; PIETH, S. 155.

<sup>91</sup> SK StPO-GRAF/HANSJAKOB, Art. 256 StPO N 6.

<sup>92</sup> SK StPO-GRAF/HANSJAKOB, Art. 256 StPO N 6; a.A. BSK StPO-Fricker/Maeder, Art. 256 StPO N 10: Eine Auswertung nach einer gewissen Altersgruppe, Personen mit einer bestimmten Automarke und einer bestimmten Herkunft ist denkbar, ebenso eine Auswertung nach Ähnlichkeiten, die zu einem Robotbild bestehen (was vor allem das Aussehen einer Person betrifft).; Praxiskomm StPO-SCHMID/JO-SITSCH, Art. 256 StPO N 1.

Verdächtigen auf Personen, die zum Tatzeitpunkt mutmasslich am Tatort waren, eingegrenzt werden und anhand von Opfer- und Zeugenaussagen sowie Bildmaterial noch weiter verfeinert werden.<sup>93</sup> Um die Verhältnismässigkeit der Massnahme zu gewährleisten, müssen die infrage stehenden für die Tatbegehung relevanten Merkmale genügend sicher und genügend einschränkend definiert werden. D.h. im besten Fall sollten sowohl Grösse, Statur, Haar- und Hautfarbe und Gesichtszüge festgelegt werden können. Es reicht z.B. nicht aus, wenn die Täter mehrerer unaufgeklärter Vergewaltigungen von den Opfern einzig mit dem äusseren Merkmal «dunkle Haut» beschrieben werden.<sup>94</sup> Dies hält auch der Bundesrat in der Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts explizit fest. «Die Merkmale müssen einen Bezug zur Tatbegehung haben, was etwa das blosses Abstellen auf die Hautfarbe ausschliesst.»<sup>95</sup>

Somit werden bei der Massenuntersuchung keineswegs, wie bei der Phänotypisierung, nur äussere Merkmale verlangt. Es geht vielmehr darum, dass, anhand von Tatumständen ein Profil konstruiert wird, das den Kreis der Betroffenen so klein wie möglich hält und das sich durch deutliche Merkmale von der Restbevölkerung abhebt.<sup>96</sup> Ist das Profil erstellt, wird bei allen Betroffenen im Verdächtigenkreis einzig eine Standard-DNA-Analyse durchgeführt, welche mit den Spuren vom Tatort abgeglichen wird.<sup>97</sup>

---

<sup>93</sup> SK StPO-GRAF/HANSJAKOB, Art. 256 StPO N 7.

<sup>94</sup> RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Rz. 796.

<sup>95</sup> Botsch. Vereinheitlichung StPO, S. 1242.

<sup>96</sup> SK StPO-GRAF/HANSJAKOB, Art. 256 StPO N 7.

<sup>97</sup> SK StPO-GRAF/HANSJAKOB, Art. 256 StPO N 9 f.

## **D. Rechtslage de lege ferenda**

Nachdem im vorherigen Kapitel das aktuelle Recht erläutert wurde, wird an dieser Stelle ein Blick auf das künftige, kürzlich vom Parlament verabschiedete, neue Recht geworfen. Einerseits wurde das DNA-Profil-Gesetz einer Revision unterzogen. Andererseits hat der Gesetzgeber aber auch neue Bestimmungen in der StPO vorgesehen. Die im Hinblick auf die Phänotypisierung und den Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug wichtigsten Neuerungen aus beiden Gesetzen werden hiernach einzeln diskutiert. Dabei wird auch eingehend auf die äusseren Merkmale eingegangen, die der Bundesrat im Rahmen der Phänotypisierung zur Analyse zulassen will.

Der Gesetzgeber hat insbesondere die Beschränkung der beiden Analysen auf Delikte eines abschliessenden, positiven Katalogs kontrovers debattiert. Die wichtigsten Argumente der Diskussionen in den beiden Räten werden dargelegt und kritisch beurteilt.

Schliesslich wird die Diskussion um die Löschfristen bei einem Freispruch behandelt. Mit dieser Regelung scheint sich das Parlament zu wenig auseinandergesetzt zu haben.

### **1. Einführung von Art. 258a und Art. 258b E-StPO**

Ergänzend zur bisherigen Regelung der DNA-Analyse in Art. 255 ff. StPO sollen mit der Änderung des DNA-Profil-Gesetzes Art. 258a und Art. 258b E-StPO eingeführt werden. Art. 258a E-StPO regelt die Voraussetzungen für den Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug und Art. 258b E-StPO jene für die Phänotypisierung.

Gemäss Art. 258a E-StPO soll der Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug nur angeordnet werden dürfen, wenn die bisherigen Untersuchungsmassnahmen erfolglos geblieben sind oder die Ermittlungen sonst aussichtslos oder unverhältnismässig wären. Demgegenüber stellt die Phänotypisierung in Art. 258b E-StPO e contrario keine *ultima ratio* dar. Beide Ermittlungsinstrumente dürfen nur noch zur Aufklärung von Verbrechen gemäss Deliktskatalog eingesetzt werden. Die Anlasstat wird in diesem Sinne noch weiter eingegrenzt, als dies bei der Massenuntersuchung nach Art. 256 StPO der Fall ist.<sup>98</sup>

Um ein besseres Verständnis für die Gründe der vom Parlament gewählten Lösung zu erlangen, wird im Folgenden vertiefter auf die Phänotypisierung und den Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug eingegangen.

---

<sup>98</sup> Vgl. Massenuntersuchung nach Art. 256 StPO.

## 2. Einführung von Art. 2a und Art. 2b E-DNA-Profil-Gesetz

Der Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug ist bereits heute zulässig, da das Bundesstrafgericht im Entscheid vom 6. Oktober 2015 dessen Rechtmässigkeit anerkannte.<sup>99</sup> Das bisherige DNA-Profil-Gesetz und die StPO würden dies nicht ausdrücklich verbieten und der Bundesrat habe bei der Einführung des DNA-Profil-Vergleichs eine möglichst breite Anwendung vorgesehen, um die Wirksamkeit der Strafverfolgung zu erhöhen.<sup>100</sup>

Da es im bisherigen Recht keine spezifische Regelung zum Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug gibt, soll eine solche mit Art. 2a E-DNA-Profil-Gesetz eingeführt werden.<sup>101</sup>

Die Rechtsgrundlage für die Phänotypisierung, d.h. der Analyse äusserer Merkmale (EVCs) einer Person aus deren DNA-Profil, soll mit Art. 2b E-DNA-Profil-Gesetz geschaffen werden.<sup>102</sup>

### 2.1. Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug nach Art. 2a E-DNA-Profil-Gesetz

Der Bundesrat erläutert in der Botschaft zur Änderung des DNA-Profil-Gesetzes, dass vor der Durchführung eines erweiterten Suchlaufs nach Verwandtschaftsbezug gemäss Art. 2a E-DNA-Profil-Gesetz immer zuerst im Rahmen der Standard-Analyse ein regulärer Suchlauf nach exakten Treffern durchgeführt werden soll. Erst wenn damit kein Treffer erzielt wird, soll ein erneuter Suchlauf nach Verwandtschaftsverhältnissen erfolgen.<sup>103</sup> Es handelt sich dabei um eine sogenannte Nachtypisierung, deren gesetzliche Grundlage sich neu in Art. 9a E-DNA-Profil-Gesetz befindet.<sup>104</sup>

Stammt die Spur am Tatort von einer männlichen Person wird im Rahmen der Nachtypisierung das Y-DNA-Profil analysiert, während dies bei einer weiblichen Person die mitochondriale DNA ist.<sup>105</sup>

Mit diesem Suchlauf lässt sich bestimmen, ob zwei Personen auf der väterlichen Linie (Y-DNA-Profil) oder auf der mütterlichen Linie (mitochondriale DNA) miteinander verwandt sind. Handelt es sich um verwandte Personen, dann wird die Liste der infrage kommenden Personen (anonymisiert mit einer PCN) via fedpol der auftraggebenden Behörde zugestellt.<sup>106</sup> Die Zustellung der Liste hat jedoch nicht zur Folge, dass die darin

---

<sup>99</sup> Urteil BStGer BB.2015.17 vom 6. Oktober 2015, E. 2.4.

<sup>100</sup> Zum Ganzen Urteil BStGer BB.2015.17 vom 6. Oktober 2015.

<sup>101</sup> NOVAK, S. 152.

<sup>102</sup> KAYSER, S. 33.

<sup>103</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 17.

<sup>104</sup> ZIEGER, Rz. 93.

<sup>105</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 17; vgl. für weitere Ausführungen Biogeografische Herkunft.

<sup>106</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 17 f.

aufgeführten Personen tatverdächtig sind, denn sonst hätte bereits die Standard-Analyse zu einem Treffer geführt. Es steht einzig fest, dass diese Personen einen Verwandtschaftsbezug zum Spurenprofil vom Tatort aufweisen.<sup>107</sup>

Die Ermittlungsbehörde verknüpft die PCN mit den DNA-Profilen und erstellt mithilfe von Datenbanken, wie dem Einwohnerregister, einen Stammbaum zur Überprüfung von Verwandtschaftsbeziehungen.<sup>108</sup> Wurde der Stammbaum zusammengestellt, wird näher untersucht, ob die eruierten Personen überhaupt als Spurenleger in Frage kommen oder, ob sie z.B. aufgrund ihres Alters oder Aufenthaltsortes nicht in Betracht kommen können.<sup>109</sup> Ergibt sich nach diesen Nachforschungen ein Anfangsverdacht und entwickelt sich dieser nach weiteren Nachforschungen zu einem hinreichenden Tatverdacht, ordnet die Staatsanwaltschaft die Erstellung des Standard-DNA-Profiles nach Art. 255 Abs. 1 lit. a StPO an. Dieses wird dann mit dem Spurenprofil vom Tatort verglichen. Stimmen beide Profile überein, handelt es sich bei der mittels Verwandtschaftsbezug ermittelten Person höchstwahrscheinlich um die Spurengeberin.<sup>110</sup>

## **2.2. Phänotypisierung nach Art. 2b E-DNA-Profil-Gesetz**

Die einzigen EVCs, welche in der bisherigen Praxis regelmässig für eine DNA-Phänotypisierung verwendet wurden, sind diejenigen der Pigmentierung der Augenfarbe, der Haarfarbe und der Hautfarbe. Da diese EVCs genetisch am wenigsten komplex sind, hat die Forschung in diesem Bereich die grössten Fortschritte erzielt. Deshalb ist heute eine verlässliche Vorhersage über die Farbe dieser EVCs möglich.<sup>111</sup> Äussere Merkmale werden jedoch nicht nur durch den genetischen Code bestimmt, sondern auch durch Umweltfaktoren und den Lebensstil einer Person beeinflusst.<sup>112</sup>

Der Bundesrat will die Auswertung der in Art. 2b Abs. 2 E-DNA-Profil-Gesetz abschliessend aufgezählten EVCs zulassen: Augen-, Haar- und Hautfarbe, Alter und biogeografische Herkunft.<sup>113</sup>

Im Folgenden wird der Forschungsstand zu diesen einzelnen EVCs kurz dargestellt. An dieser Stelle ist jedoch anzufügen, dass ein exaktes «Phantombild», wie es sich der Leser vorstellt und wie es für die Ermittler ideal wäre, nach dem heutigen Stand der Technik nicht erstellt werden kann. Dafür sind die einzelnen äusseren Merkmale noch nicht

---

<sup>107</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 18.

<sup>108</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 18.

<sup>109</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 18.

<sup>110</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 19.

<sup>111</sup> KAYSER, S. 34; LANG et al., S. 228.

<sup>112</sup> VIDAĞI/KAYSER, S. 2.

<sup>113</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 32.

genügend erforscht.<sup>114</sup> Es können lediglich wahrscheinlichkeitsbasierte Vorhersagen gemacht werden.<sup>115</sup> D.h., die Phänotypisierung kann nicht mit Bestimmtheit gewisse EVCs vorhersagen, sondern nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit.<sup>116</sup> Wenn sich jedoch diese Wahrscheinlichkeiten summieren, können sie der Wahrheit sehr nahekommen.<sup>117</sup>

### **2.2.1. Augenfarbe**

Für die verschiedenen EVCs sind die SNPs ursächlich.<sup>118</sup> So wurde u.a. festgestellt, dass ein einzelnes SNP ausschlaggebend dafür sein kann, ob die Augenfarbe blau oder braun pigmentiert ist.<sup>119</sup> Mit IrisPlex, dem Analysekit zur Vorhersage der Augenfarbe aus DNA, konnte eine Testgenauigkeit von mehr als 90% erreicht werden.<sup>120</sup> Eine zuverlässige Vorhersage für eine Augenfarbe zwischen blau und braun, wie z.B. grau oder grün, gestaltet sich schwieriger. Derartige DNA-Analysen sind noch nicht ausgereift.<sup>121</sup> Des Weiteren können sich Probleme bei der endgültigen Interpretation der forensischen Ergebnisse durch die Ermittler ergeben, da jede Person unterschiedliche Farbnuancen wahrnimmt. So kann z.B. die Analyse des Forensikers ergeben, dass der mutmassliche Täter blaue Augen hat. Es könnte dann sein, dass Ermittler 1 von einem hellblau ausgeht, während Ermittler 2 jedoch ein hellgrau annimmt. Die beiden Ermittler würden deshalb nicht nach dem gleichen Verdächtigen suchen. Ein Lösungsansatz wäre der Gebrauch einer spezifischen Farbtabelle für Forensiker und Ermittler, die verschiedene Farbinterpretationen verhindert.<sup>122</sup>

### **2.2.2. Haarfarbe**

Hinsichtlich der Haarfarbe können bereits die folgenden Haarfarbekategorien unterschieden werden: Blond, dunkelblond/hellbraun, dunkelbraun, braunrot/rotbraun, rotblond, rot und schwarz. Mit der Weiterentwicklung des IrisPlex-Systems, dem HIrisPlex, wurde in

---

<sup>114</sup> MARKERT, S. 65.

<sup>115</sup> LANG et al., S. 229.

<sup>116</sup> LEHMANN, Rz. 3.

<sup>117</sup> MAIRE/KUSTER, S. 90.

<sup>118</sup> MARKERT, S. 44 f; PFLUGBEIL/THIELE/LABUDDE, S. 95.

<sup>119</sup> LANG et al., S. 229; ZIEGER, Rz. 31.

<sup>120</sup> WALSH et al., S. 170: Es wurden die sechs aussagekräftigen SNPs gefunden, die eine Vorhersagegenauigkeit von über 90% für blaue und braune Augenfarbe bei 6'168 Niederländern zuließen.

<sup>121</sup> KAYSER, S. 37; gl.A. WEICHERT, S. 362: Es trifft zu, dass bei einigen Menschen mit eindeutigen genetischen Markern mit grosser Wahrscheinlichkeit auf ihre äusserlichen Merkmale geschlossen werden kann. Bei den meisten sind aber selbst die Augen-, Haar- oder Hautfarbe genetisch viel komplexer angesiedelt, insbesondere wenn es sich um vermischte Farben handelt, wie z.B. bei grauen oder grünen Augenfarben.

<sup>122</sup> KAYSER, S. 37.

einer Studie eine Testgenauigkeit von mehr als 70% erreicht.<sup>123</sup> Bei roten Haaren gelang sogar eine Testgenauigkeit von 93%.<sup>124</sup>

Da sich die Haarfarbe jedoch mit dem Alter oft verändert, so z.B. von rot zu blond, kann dies zu Ungenauigkeiten führen.<sup>125</sup> Es ist erwiesen, dass hormonelle Änderungen für diese Veränderung ursächlich sind. Die genauen Umstände und der Zeitpunkt für eine hormonell bedingte Änderung sind allerdings noch weitgehend unerforscht, was die Testgenauigkeit der Analyse wiederum erschwert.<sup>126</sup> Darüber hinaus kommt auch – gleich wie bei der Bestimmung der Augenfarbe – die Problematik der unterschiedlichen Wahrnehmung der Haarfarbe durch Forensiker und Ermittler erschwerend hinzu, was zu Interpretationsschwierigkeiten der Vorhersageergebnisse in der polizeilichen Ermittlung führen kann.<sup>127</sup>

Schliesslich darf nicht vergessen werden, dass eine verdächtige Person ihre Haare jederzeit färben kann. Damit würde eine DNA-Phänotypisierung der Haarfarbe ins Leere laufen. Das Gleiche gilt in Bezug auf Farblinsen zur Änderung der Augenfarbe.<sup>128</sup>

Weitere DNA-basierte Vorhersagen für Merkmale wie die Haarstruktur, genetisch bedingter Haarausfall, die Gesichtsbehaarung und ergraute Kopfhare sind aufgrund zusätzlicher externer Faktoren weniger akkurat möglich.<sup>129</sup>

### **2.2.3. Hautfarbe**

In Bezug auf die Hautfarbe wurden mit dem HIrisPlex-S-System folgende Vorhersagegenauigkeiten erzielt:<sup>130</sup>

- 83% für sehr blasse Haut;
- 76% für blasse Haut;
- 78% für mediterrane Haut (Mischtyp) und
- 98% für dunkle bis schwarze Haut

---

<sup>123</sup> PFLUGBEIL/THIELE/LABUDDE, S. 97 f.: 22 SNPs lassen sich mit der Haarfarbe assoziieren. Dabei erreichte man bei 1'551 Personen aus Polen, Irland und Griechenland eine Vorhersagegenauigkeit von mehr als 70%.

<sup>124</sup> BRESLIN et al., S. 2.

<sup>125</sup> LANG et al., S. 230.

<sup>126</sup> PFLUGBEIL/THIELE/LABUDDE, S. 98.

<sup>127</sup> KAYSER, S. 41.

<sup>128</sup> ZIEGER, Rz. 42.

<sup>129</sup> LANG et al., S. 228.

<sup>130</sup> BRESLIN et al., S. 2.

Anders als bei der Augen- und Haarfarbe sind in Bezug auf die Hautfarbe hingegen nur wenige verantwortliche SNPs bekannt. Auch über die Relevanz von Umwelteinflüssen wie die Sonneneinstrahlung ist sich die Forschung nicht einig.<sup>131</sup>

#### **2.2.4. Biologisches Alter**

Neben der Augen-, Haar- und Hautfarbe lässt sich mit der DNA-Phänotypisierung auch das biologische Alter einer Person bestimmen. Dieses ist im Gegensatz zum chronologischen Alter abhängig von Umweltfaktoren und dem Gesundheitszustand einer Person.<sup>132</sup>

Die Vorhersage des Alters ist jedoch noch nicht ausreichend erforscht.<sup>133</sup> Es gibt Menschen, die schneller zu altern scheinen als andere. Dies trifft besonders auf ältere Personen zu, die im Laufe ihres Lebens mehr Umwelteinflüssen ausgesetzt waren. Auch Faktoren wie Diäten, der Lebensstil, Rauchen und Vorfahren können das biologische Alter beeinflussen.<sup>134</sup> In Blutspuren konnte darüber hinaus festgestellt werden, dass das biologische Alter bei Personen mit schweren Krankheitsverläufen oft höher ist als das chronologische Alter.<sup>135</sup>

#### **2.2.5. Biogeografische Herkunft**

Bei der Analyse der biogeografischen Herkunft handelt es sich nicht um eine Phänotypisierung im eigentlichen Sinne, denn aus den biogeografischen Wurzeln einer Person kann nur bedingt auf ihr Äusseres geschlossen werden.<sup>136</sup> Die biogeografische Herkunft entspricht auch nicht der Ethnie oder «Rasse» eines Menschen und gibt deshalb auch keine Auskunft über dessen Sprache, Religion, Kultur oder Tradition. Mit der biogeografischen Herkunft wird nur die geografische Region beschrieben, aus denen die Vorfahren einer Person stammen.<sup>137</sup>

Je nach Herkunftsregion gibt es andere DNA-Marker, sogenannte herkunftsinformative DNA-Marker (engl. ancestry-informative-markers).<sup>138</sup> Diese können auf drei Arten unabhängig voneinander vererbt werden:<sup>139</sup>

1. Auf den Autosomen lokalisierte Marker werden von beiden Elternteilen vererbt und zeigen die geografische Herkunft der Vorfahren beider Eltern gemeinsam an.

---

<sup>131</sup> PFLUGBEIL/THIELE/LABUDDE, S. 98.

<sup>132</sup> ZIEGER, Rz. 50.

<sup>133</sup> LANG et al., S. 234.

<sup>134</sup> VIDAHI, S. 231 ff; VIDAHI/KAYSER, S. 4.

<sup>135</sup> VIDAHI, S. 231.

<sup>136</sup> ZIEGER, Rz. 32.

<sup>137</sup> SCHNEIDER/PRAINSACK/KAYSER, («DNA-Vorhersage von biogeografischer Herkunft»).

<sup>138</sup> PHILLIPS, S. 49.

<sup>139</sup> SCHNEIDER/PRAINSACK/KAYSER, («DNA-Vorhersage von biogeografischer Herkunft»).

2. Auf dem Y-Chromosom lokalisierte Marker werden nur väterlicherseits vererbt und zeigen deshalb auch nur die geografische Herkunft der Vorfahren des Vaters an.
3. In den Mitochondrien lokalisierte Marker werden nur mütterlicherseits vererbt und zeigen nur deren Vorfahren an.

Die Analyse der biogeografischen Herkunft sollte alle drei herkunftsinformativen DNA-Marker enthalten, um ein möglichst zuverlässiges Bild erlangen zu können. Stammen die Vorfahren einer Person aus derselben geografischen Weltregion, liefern die Marker im Idealfall eine übereinstimmende Aussage.<sup>140</sup> Nur wenn alle drei Marker auf dieselbe kontinentale Herkunft hinweisen, ermöglicht dies Rückschlüsse auf äussere Merkmale wie z.B. das Vorliegen schwarzer, glatter Haare und heller Haut in Ostasien. Ein Rückschluss auf die Nationalität ist nicht möglich.<sup>141</sup> Demgegenüber kann eine Person auf der Detailebene der Kontinentalregionen Europa, Afrika südlich der Sahara, Ostasien, Südasien, Ozeanien und Amerika zugeordnet werden.<sup>142</sup> Bei unterschiedlicher Herkunft von Vater und Mutter ist die Vorhersage aufgrund einer Vermischung von Vorfahren aus verschiedenen geografischen Regionen, die viele Generationen zurückliegt, meist nur eingeschränkt möglich.<sup>143</sup> Rückschlüsse auf äussere Merkmale sind hier unmöglich.<sup>144</sup>

### **2.3. Potential der Phänotypisierung**

In der Zukunft will die Forschung neben den EVCs und der biogeografischen Herkunft auch weitere Informationen aus der DNA lesen können. Es wird bereits darüber geforscht, was für Auswirkungen das Rauchen auf die DNA hat und wie es z.B. das biologische Alter erhöhen kann. Vorhersagen über Rauchgewohnheiten könnten auch bei der Suche nach einem unbekanntem Täter von Nutzen sein. Das Gleiche gilt für den Alkohol- und Drogenkonsum. Wäre es möglich aus der DNA bereits abzulesen, ob jemand alkohol- oder drogenabhängig ist, schränkt dies die Suche auf relevante Tatverdächtige signifikant ein.<sup>145</sup>

Einige Forschungen gehen sogar noch weiter und untersuchen die Ablesbarkeit verschiedener Diäten, z.B. den Umstand, ob jemand Vegetarier ist. Diese Informationen könnten zukünftig auch Rückschlüsse auf geografische Herkunft, Traditionen und Religion ermöglichen. Ähnlich sieht es mit Informationen über die physikalische Aktivität,

---

<sup>140</sup> SCHNEIDER/PRAINSACK/KAYSER, («DNA-Vorhersage von biogeografischer Herkunft»).

<sup>141</sup> LIPPARDT, S. 291.

<sup>142</sup> SCHNEIDER/PRAINSACK/KAYSER, («DNA-Vorhersage von biogeografischer Herkunft»).

<sup>143</sup> SCHNEIDER/PRAINSACK/KAYSER, («DNA-Vorhersage von biogeografischer Herkunft»).

<sup>144</sup> LIPPARDT, S. 291.

<sup>145</sup> VIDAKI/KAYSER, S. 5 f.

Körpergrösse und Körperbau aus. Wüssten die Ermittler, ob jemand besonders aktiv, gross und sportlich gebaut ist, könnten sie nach einem präziseren Täterprofil suchen.<sup>146</sup>

Der Bundesrat hält sich gemäss Art. 2b Abs. 4 E-DNA-Profil-Gesetz vor, dass er in Abhängigkeit vom technischen Fortschritt weitere äusserlich sichtbare Merkmale festlegen kann. Somit ist es möglich, dass das Potential der Phänotypisierung in Zukunft noch mehr ausgeschöpft wird. In Art. 2b Abs. 3 E-DNA-Profil-Gesetz macht der Gesetzgeber allerdings klar, dass gesundheitsbezogene oder persönliche Eigenschaften wie Charakter, Verhalten und Intelligenz keinesfalls ausgewertet werden dürfen.<sup>147</sup>

Ob Informationen über den Alkohol- und Drogenkonsum, die physikalische Aktivität, den Körperbau und dergleichen zu gesundheitsbezogenen Eigenschaften zu zählen sind und deswegen auch zukünftig nicht ausgewertet werden dürfen, müssen Lehre und Rechtsprechung noch festlegen. Falls dies angenommen würde, so stünde dies allerdings im Widerspruch zum mit der Einführung der Phänotypisierung in der Strafverfolgung beabsichtigten Fortschritt.

#### **2.4. Änderung für die Probenahme nach Art. 255 StPO**

Mit der Einführung von Art. 258a und Art. 258b E-StPO ändern sich die Voraussetzungen für die Probenahme zur Standard-DNA-Analyse nach Art. 255 Abs. 1 StPO nicht. Dies deshalb, weil die Phänotypisierung nur subsidiär angewendet werden soll, nämlich dann, wenn nach der Ermittlung des Standard-DNA-Profiles und einem Abgleich im CODIS kein Hit erzielt wurde.<sup>148</sup> Erst dann muss sich die Staatsanwaltschaft die Frage stellen, ob eine Phänotypisierung nach Art. 258b E-StPO angeordnet werden soll.<sup>149</sup> Entscheidet sie sich dafür, muss eine Anlasstat in Form eines Verbrechens oder Vergehens gemäss Deliktskatalog vorliegen.<sup>150</sup>

Ferner möchte der Gesetzgeber einen Art. 255 Abs. 3 E-StPO einführen. Demgemäss soll aus tatrelevantem biologischen Material, aus welchem lediglich das Y-DNA-Profil erstellt werden konnte, auf Antrag der Staatsanwaltschaft zur Aufklärung eines Verbrechens auch ein Abgleich mit anderen Y-DNA-Profilen im CODIS erfolgen können.<sup>151</sup> Denn unabhängig vom Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug kann ein Abgleich des Y-

---

<sup>146</sup> VIDA/KAYSER, S. 6 f.

<sup>147</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 32.

<sup>148</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 11.

<sup>149</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 11.

<sup>150</sup> Praxiskomm StPO-SCHMID/JOSITSCH, Art. 255 StPO N 1; Schlussabstimmung Nationalrat, AB N 2021 2756; Schlussabstimmung Ständerat, AB S 2021 1444.

<sup>151</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 64.

DNA-Profiles für die strafrechtlichen Ermittlungen von spezifischem Nutzen sein.<sup>152</sup> So kann damit die Zuordnung einer bestimmten väterlichen Verwandtschaftslinie ermöglicht und der Kreis der tatverdächtigen Personen eingegrenzt werden.<sup>153</sup> In der Praxis wurden Y-DNA-Profile nach einem erfolgreichen Abgleich bisher in den Fallakten abgelegt und nicht ins CODIS eingelesen. Damit gerade bei sich überlagernden Spurenprofilen die Ermittlungen vorangetrieben werden können, sollen künftig neben den Standard-DNA-Profilen auch die Y-DNA-Profile eingelesen werden. Damit erhofft sich der Gesetzgeber eine schnellere Aufklärung von regionalen und überregionalen Tatzusammenhängen.<sup>154</sup>

Da mit der Speicherung der Y-DNA-Profile auch unbeteiligte Dritte involviert werden können, muss ein Suchlauf nach gleichen Profilen, wie in Art. 255 Abs. 3 E-StPO vorgesehen, immer von der Staatsanwaltschaft speziell angeordnet werden.<sup>155</sup>

## **2.5. Änderung für die Massenuntersuchung nach Art. 256 StPO**

Bei der Massenuntersuchung nach Art. 256 StPO ist neu vorgesehen, dass der Kreis der Personen, die bestimmte, in Bezug auf die Tatbegehung festgestellte Merkmale aufweisen, mittels einer Phänotypisierung nach Art. 258b E-StPO näher eingegrenzt werden kann. So soll sichergestellt werden, dass weniger unbeteiligte Personen in ihren Grundrechten eingeschränkt werden und die Massenuntersuchung noch gezielter eingesetzt wird.<sup>156</sup>

Sind die Ergebnisse der Phänotypisierung allerdings zu unsicher, können sie für das Aufgebot der relevanten Personen zur Massenuntersuchung auch nicht oder nur reduziert berücksichtigt werden. Es soll damit verhindert werden, dass eine Person, die in Bezug auf die Tatbegehung bestehende Merkmale aufweist, nur wegen der fehlenden übereinstimmenden EVCs nicht aufgeboden wird.<sup>157</sup>

---

<sup>152</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 40 ff.: Die Erstellung des Y-DNA-Profiles gehörte in der Schweiz von Anfang an zu den Routine-Analysen. Dies vor allem bei Sexualdelikten oder Gewalt- und Tötungsdelikten mit weiblichen Opfern, in denen die DNA des Opfers von derjenigen des mutmasslichen männlichen Täters überlagert wurde. Es wird dabei auch von einer Mischspur gesprochen. Es ist in so einem Fall kaum möglich, von der männlichen Spurenkomponente ein Standard-DNA-Profil zu erstellen. Mit der Y-DNA-Analyse ist es aber möglich einen Teil der DNA der männlichen Person unabhängig von der DNA des weiblichen Opfers zu erfassen und zu typisieren. Mit dem Y-DNA-Profil kann anschliessend ebenfalls ein gezielter Abgleich mit bestimmten tatverdächtigen Personen vorgenommen werden.

<sup>153</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 64; vgl. Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug nach Art. 2a E-DNA-Profil-Gesetz.

<sup>154</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 41.

<sup>155</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 64.

<sup>156</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 65.

<sup>157</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 65.

Ergänzt wird die Bestimmung im Entwurf auch durch einen neuen Abs. 2. Entsprechend kann das Zwangsmassnahmengericht, wenn der Profilvergleich nach Abs. 1 zu keiner Übereinstimmung geführt hat, auf Antrag der Staatsanwaltschaft anordnen, dass als Grundlage für die weiteren Ermittlungen auch eine Verwandtschaft mit dem Spurenprofil überprüft wird. Denn nach Abgleich der DNA-Profile kann sich ergeben, dass zwar keine exakte Übereinstimmung, jedoch eine Ähnlichkeit zwischen den Profilen vorliegt.<sup>158</sup> Es handelt sich dabei um die gleiche Ähnlichkeit wie nach einem Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug.<sup>159</sup> Dies soll hingegen gleich wie in Art. 258a E-StPO geregelt, die *ultima ratio* bleiben.<sup>160</sup>

## 2.6. Zwischenfazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sowohl die Phänotypisierung als auch der Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug subsidiär zur Standard-DNA-Analyse vorgesehen sind. Der Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug kommt nur als *ultima ratio* in Betracht. Hinzu kommt, dass beide Analysemittel nach Art. 258a und Art. 258b E-StPO nur bei Verbrechen nach Deliktskatalog zulässig sind, wodurch die Anlasstat noch weiter eingegrenzt wird als dies für die Massenuntersuchung nach Art. 256 StPO bereits nach bisherigem Recht der Fall ist. Für die Massenuntersuchung ändert sich insofern nur, dass der für die Untersuchung vorgesehene Personenkreis mittels Phänotypisierung weiter eingegrenzt werden kann, was einen geringeren Eingriff in die Grundrechte unbeteiligter Personen darstellt.

Schliesslich hat der Bundesrat in Art. 2b Abs. 2 E-DNA-Profil-Gesetz die Auswertung der Augen-, Haar- und Hautfarbe, des biologischen Alters und der biogeografischen Herkunft mittels Phänotypisierung vorgesehen. Zu jedem dieser äusseren Merkmale können nur wahrscheinlichkeitsbasierte Vorhersagen gemacht werden. Bei der Augen-, Haar- und Hautfarbe gibt es bereits eine Vorhersagewahrscheinlichkeit um die 90%. Jedoch sind gerade diese EVCs leicht manipulierbar, was die Phänotypisierung diesbezüglich bis zu einem gewissen Grad relativiert. Zum biologischen Alter ist hervorzuheben, dass sich dieses je nach Umwelteinflüssen und Krankheitsdispositionen erheblich vom chronologischen Alter unterscheiden kann. Deshalb ist auch dieses Merkmal nur beschränkt phänotypisierungsfähig. Im Rahmen der Analyse zur biogeografischen Herkunft ist

---

<sup>158</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 65.

<sup>159</sup> Vgl. Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug nach Art. 2a E-DNA-Profil-Gesetz.

<sup>160</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 66.

schliesslich keine nationale Einordnung möglich, sondern nur eine Verortung auf der Detailebene von Kontinentalregionen.

### **3. Analyse des Deliktkatalogs im Besonderen**

Die Phänotypisierung und der Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug stellen weitgehende Eingriffe in die Persönlichkeit dar. Ausserdem weisen sie eine Vielzahl von Unsicherheitsfaktoren auf, so etwa das Auffinden von Mischspuren am Tatort. Dies kann zu Schwierigkeiten bei den Ermittlungen und zu falschen Tatverdächtigungen führen. Auch Verunreinigungen bei der Analyse können fehlerhafte Resultate hervorrufen, die für die Ermittlungen verheerende Folgen haben können. Deshalb müssen die Phänotypisierung und der Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug möglichst streng geregelt werden.<sup>161</sup> Die Anwendung dieser beiden Analysemittel darf nicht zu Auswüchsen führen. Es ist darauf zu achten, dass deren Einsatz auf die wirklich schweren Delikte beschränkt wird. Aus diesem Grund hat sich die ständerätliche Kommission für Rechtsfragen für einen Deliktkatalog entschieden.<sup>162</sup> Anzumerken ist zudem, dass es sich bei den Delikten im Katalog nur um Verbrechen und nicht um Vergehen handelt. Nur in Bezug auf solche Anlasstaten dürfen die Phänotypisierung und die Verwandtenrecherche angewandt werden.

Der finale Deliktkatalog wird in Anhang 2 aufgelistet.<sup>163</sup> Nachstehend wird auf die wichtigsten Punkte in der parlamentarischen Debatte bei der Festlegung des Deliktkatalogs eingegangen. Anschliessend folgt eine kritische Betrachtung aller Argumente.

#### **3.1. Diskussion im Gesetzgebungsverfahren**

Der Gesetzesentwurf zur Änderung des DNA-Profil-Gesetzes wurde zuerst vom Nationalrat und anschliessend vom Ständerat besprochen. Im Folgenden werden die Argumente der Minder- und Mehrheiten in den beiden Räten für und gegen die Aufnahme bestimmter Delikte in den Deliktkatalog sowie deren Differenzbereinigung dargelegt.

##### **3.1.1. Erstberatung im Nationalrat vom 4. Mai 2021**

Ursprünglich hatte der Bundesrat in der Botschaft die Phänotypisierung und den Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug noch für alle Verbrechen vorgesehen.<sup>164</sup> Bei der Erstberatung im Nationalrat wurde von der Minderheit kritisiert, dass ein schwerer

---

<sup>161</sup> Votum Rieder (Kommissionssprecher), AB S 2021 929.

<sup>162</sup> Votum Rieder (Kommissionssprecher), AB S 2021 929.

<sup>163</sup> Vgl. Anhang 2: Deliktkatalog Schweiz.

<sup>164</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 68.

Grundrechtseingriff wie die Phänotypisierung auch eine restriktive Regelung verlange. Vorstösse möglicher Einschränkungen wurden jedoch allesamt von der Kommission abgewiesen.<sup>165</sup>

Sie begründeten weiter, dass in der Motion Vitali die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die Verfolgung von Tätern schwerer Gewalttaten wie Mord und Vergewaltigung gefordert wurde. Das Betrugsdelikt, das ebenfalls ein Verbrechen ist, gehöre gemäss dem Motionstext allerdings nicht zu den schweren Gewalttaten. Aus diesem Grund sollte ein konkreter, abschliessender Deliktskatalog, wie er in Art. 269 Abs. 2 lit. a StPO zur Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs oder in Art. 66a Abs. 1 StGB zu den Zwangsausschaffungen verankert ist, geschaffen werden.<sup>166</sup>

Die Mehrheit des Nationalrats argumentierte demgegenüber, dass bei der Aufklärung von Verbrechen das Recht auf Privatsphäre mutmasslicher Täter eingeschränkt werden können sollte. Begehe jemand ein Verbrechen, habe er nicht mehr die gleichen Rechte wie eine unschuldige Person. Deshalb sollten Mittel zur effizienteren Strafverfolgung auch genutzt werden können, wenn sie zur Verfügung stünden. Dies trage zur Sicherheit bei und unbeteiligte Dritte würden dadurch schneller von den Ermittlungen ausgeschlossen werden. Aus diesem Grund sollte der Gesetzesentwurf mit der Eingrenzung auf alle Verbrechen angenommen werden.<sup>167</sup> Zudem könnte ein Deliktskatalog unvollständig sein und die breite Ermittlung mittels Phänotypisierung verunmöglichen.<sup>168</sup> Schliesslich sei der vorgeschlagene Deliktskatalog zu breit. Er enthalte auch Verbrechen wie die Veruntreuung, wo es doch schwierig sei, DNA-Proben zu finden.<sup>169</sup>

Bezüglich des Suchlaufs nach Verwandtschaftsbezug wurde von einer Minderheit zu bedenken gegeben, dass wenn ein Verwandter bereits im CODIS verzeichnet sei, eine höhere Chance auf die Beschuldigung eines Verbrechens bestehe. Es entstünde der falsche Eindruck, dass es ein Verbrecher-Gen gäbe. Deshalb sollte die Verwandtensuche nur als *ultima ratio* eingesetzt werden. Es wurde vorgeschlagen, den gleichen Deliktskatalog wie bei der Phänotypisierung basierend auf Art. 269 Abs. 2 lit. a StPO und Art. 66a StGB zu gebrauchen.<sup>170</sup>

---

<sup>165</sup> Votum Schlatter (Minderheit), AB N 2021 776.

<sup>166</sup> Votum Porchet (Minderheit III), AB N 2021 790.

<sup>167</sup> Votum Glanzmann-Hunkeler (Mehrheit), AB N 2021 778.

<sup>168</sup> Votum Gmür (Mehrheit), AB N 2021 791.

<sup>169</sup> Votum Riniker (Mehrheit), AB N 2021 792.

<sup>170</sup> Votum Fivaz (Minderheit I), AB N 2021 783.

### 3.1.2. Zweitberatung im Ständerat vom 22. September 2021

Anders als die Mehrheit im Nationalrat hatte sich der Ständerat klar für einen Deliktskatalog ausgesprochen und auch bereits einen entsprechenden Entwurf erstellt.<sup>171</sup> Der Gesetzesentwurf vom Bundesrat würde nur die Fortschritte in der DNA-Forschung umsetzen, jedoch die Grundrechtseinschränkungen, die diese bewirken, nicht beachten. Es fehle auch eine sorgfältige Abwägung der verschiedenen Interessen. Die Phänotypisierung und der Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug würden auf Delikte ausgedehnt, die schlicht irrelevant seien.<sup>172</sup> Damit will der Ständerat wohl aussagen, dass Delikte, die sich nicht gegen Leib und Leben einer Person richten, nicht schwer genug sind, um eine Phänotypisierung oder eine Verwandtschaftsrecherche zu rechtfertigen.

Wie die Mehrheit im Nationalrat hatte jedoch auch eine Minderheit im Ständerat argumentiert, dass ein Deliktskatalog gefährlich sei, weil sich im Nachhinein beim Einsatz des entsprechenden Verfolgungsmittels herausstellen könnte, dass der Katalog unvollständig ist bzw. hätte erweitert werden sollen. Dies gerade deshalb, weil viele Straftatbestände nicht im StGB, sondern in Spezialgesetzen normiert seien.<sup>173</sup> Ausserdem gäbe es aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips ohnehin eine Einschränkung für die Nutzung von vorsorglichen Massnahmen. Trotzdem könne der Mehrheit zugestimmt werden, dass der Gesetzgeber eine gewisse Sicherheit benötige, damit die Phänotypisierung und der Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug nicht ausufern würden. Die Minderheit schlug deshalb einen Deliktskatalog vor, wie er schon in Art. 286 Abs. 2 lit. a StPO für die verdeckte Ermittlung gilt.<sup>174</sup> Ein Rückgriff auf diesen Katalog wäre erfolgsversprechend, da dieser Katalog seit seiner Einführung bereits sechsmal geändert wurde und so die Gefahr geringer sei, dass wichtige Delikte Vergessen gehen würden. Ausserdem gehe die verdeckte Ermittlung wesentlich weiter als die Phänotypisierung oder der Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug, was für die Gewährleistung in Bezug auf die Verhältnismässigkeit spreche.<sup>175</sup>

Die Mehrheit des Ständerates wich hingegen vom Vorschlag der Minderheit Jositsch ab. Sie schlugen für den Deliktskatalog die Bestimmungen vor, welche schliesslich auch vom Parlament verabschiedet wurden.<sup>176</sup> Zur Begründung hielten sie fest, dass es politisch keinen Sinn mache, wenn der Katalog so breit gefasst sei, dass es gar keine Eingrenzung

---

<sup>171</sup> Votum Rieder (Kommissionssprecher), AB S 2021 928.

<sup>172</sup> Votum Zopfi (Minderheit), AB S 2021 930.

<sup>173</sup> Votum Jositsch (Minderheit), AB S 2021 936 f.

<sup>174</sup> Votum Jositsch (Minderheit), AB S 2021 936.

<sup>175</sup> Votum Jositsch (Minderheit), AB S 2021 936.

<sup>176</sup> AB S 2021 936; vgl. Anhang 2: Deliktskatalog Schweiz.

mehr gäbe.<sup>177</sup> Ebenso wenig ergebe es einen Sinn, sich auf den Deliktskatalog der verdeckten Ermittlung abzustützen, denn diese habe ein völlig anderes Ziel.<sup>178</sup>

Schliesslich dürfe nicht vergessen werden, dass sich der Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug auf Personen richte, die nicht einmal verdächtigt würden, eine Straftat begangen zu haben, sondern die lediglich eine potenzielle DNA aufwiesen, die derjenigen des Täters gleiche.<sup>179</sup> Die Rechte von nicht verdächtigen Personen auf ihre genetischen Informationen würden massiv beschränkt. Deshalb sei der Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug nur bei Schwerstdelikten anzuwenden, da er sich sonst nicht rechtfertigen liesse.<sup>180</sup>

### **3.1.3. Differenzbereinigung im Nationalrat vom 29. November 2021**

In der Differenzbereinigung hatte sich die Mehrheit im Nationalrat der Mehrheit im Ständerat angeschlossen und sich für den neuen Deliktskatalog ausgesprochen.<sup>181</sup> Die Minderheit I unterstützte die Schaffung eines Deliktkatalogs, sie wollte diesen aber nicht so eng wie der Ständerat fassen. Wie auch die Minderheit im Ständerat befürwortete die Minderheit I die Übernahme des Katalogs der verdeckten Ermittlung nach Art. 286 Abs. 2 lit. a StPO, da die Räte danach noch über die einzelnen Tatbestände diskutieren könnten.

Die Minderheit II war vollständig gegen die Schaffung eines Deliktskatalogs, sie war sowohl gegen den Vorschlag des Ständerats als auch die Übernahme des Deliktkatalogs der verdeckten Ermittlung. Letzterer sei unvollständig. Dies zeige sich gerade im Vorschlag des Ständerates, der auf dem Katalog der verdeckten Ermittlung basiere, jedoch unter Vornahme der Streichung gewisser Tatbestände. So waren z.B. Pornografie, vorsätzliche Gefährdung durch Sprengstoff, vorsätzliche Störung des öffentlichen Verkehrs mit wissentlicher Gefährdung vieler Menschen an Leib und Leben nicht mehr im ständerätlichen Vorschlag enthalten.<sup>182</sup>

Dem entgegnete die Mehrheit, dass die Minderheit II die Wirkung der echten Konkurrenz zwischen verschiedenen Straftaten vergessen habe. So sei es meist der Fall, dass eine Straftat nicht nur einen Straftatbestand erfülle. In diesem Fall bestehe die Möglichkeit, dass zur Durchführung einer Phänotypisierung auch ein anderer Straftatbestand herbeigezogen werden könne. Zwar sei z.B. Pornographie nicht erfasst, dafür jedoch alle Straftaten im Zusammenhang mit Pädophilie.<sup>183</sup> Schliesslich müsste immer noch darauf

---

<sup>177</sup> Votum Zopfi (Mehrheit), AB S 2021 937.

<sup>178</sup> Votum Zopfi (Mehrheit), AB S 2021 938.

<sup>179</sup> Votum Bauer (Mehrheit), AB S 2021 939.

<sup>180</sup> Votum Rieder (Kommissionssprecher), AB S 2021 939.

<sup>181</sup> AB N 2021 2170; vgl. Anhang 2: Deliktskatalog Schweiz.

<sup>182</sup> Votum Hurter (Minderheit II), AB N 2021 2170.

<sup>183</sup> Votum Flach (Mehrheit), AB N 2021 2171.

geachtet werden, dass die Datenbanken nicht mit Daten aus Analysen von Bagatelldelikten wie bspw. kleinsten Sachbeschädigungen gefüllt würden. Denn Informationen aus diesen Datenbanken würden zu kriminalistischen Zwecken verwendet, was durch eine allzu allgemeine Anwendung der Phänotypisierung zu Verfälschungen führen könnte.<sup>184</sup>

#### **3.1.4. Differenzbereinigung im Ständerat vom 8. Dezember 2021**

Da der Nationalrat den Vorschlag des Ständerates angenommen hat, wurde über den Deliktskatalog nicht mehr debattiert.<sup>185</sup>

### **3.2. Kritische Betrachtung**

Die Autorin bestreitet nicht, dass es sich bei der Phänotypisierung und dem Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug um schwere Grundrechtseingriffe handelt. Diesbezüglich sind sich auch der National- und Ständerat einig. Die Mehrheit im Nationalrat hatte sich allerdings zuerst auf den Standpunkt gestellt, dass das Recht eines Täters auf Privatsphäre nicht unermesslich sei. Denn derjenige, der ein Verbrechen begeht, müsse auch mit den Konsequenzen und den Einschränkungen leben, die die Ermittlungen mit sich brächten.

Dieses Argument ist schon deshalb nicht überzeugend, weil i.d.R. erst mit der Verurteilung feststeht, wer der Täter ist. An dieser Stelle fragt sich überdies, ob dabei das Kernprinzip im Strafrecht – «*in dubio pro reo*» – vergessen wurde. Denn aus der Botschaft und dem Gesetzesentwurf ist klar ersichtlich, dass die Phänotypisierung nur subsidiär durchgeführt werden soll und nur bei unbekanntem Tatortspuren. D.h. sie findet nur Anwendung, wenn die Standard-DNA-Analyse zu keinem Treffer geführt hat. Sie soll also ein Täterbild liefern, für das nicht einmal konkrete Beschuldigte vorhanden sind. Es ist also fraglich, wieso für eine Analyse, die sich nicht einmal gegen konkrete Täter richtet, die Unschuldsvermutung von unbekanntem Personen ausgehebelt werden soll und diese Personen darüber hinaus leichtfertig auf ihr Recht auf Privatsphäre verzichten müssen.

Sowohl im Nationalrat als auch im Ständerat wurde der Vorschlag der Übernahme eines bereits bestehenden Deliktskatalogs gemacht. Es stimmt, dass die vorgeschlagenen Deliktskataloge einerseits breit sind, aber andererseits lückenhaft sein können. Diese Unsicherheit reicht aber nicht als Begründung aus, um gänzlich auf einen Deliktskatalog zu verzichten. Es kann zwar nicht ausgeschlossen werden, dass Straftatbestände vergessen gingen, doch ist der Gesetzesentwurf auch nicht in Stein gemeißelt. Zeigt die Praxis, dass

---

<sup>184</sup> Votum Flach (Mehrheit), AB N 2021 2171.

<sup>185</sup> Votum Rieder (Kommissionssprecher), AB S 2021 1272.

auch die Aufnahme weiterer Straftatbestände sinnvoll wäre, könnte der Katalog im Rahmen einer Gesetzesrevision erweitert werden.

Auch das Argument der Minderheit im Ständerat, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip von Art. 197 StPO schon Einschränkung genug sei, überzeugt nicht. Denn in Art. 197 StPO wird für die Anordnung einer Zwangsmassnahme klar ein hinreichender Tatverdacht gefordert. Ein solcher besteht aber weder bei der Durchführung der Phänotypisierung noch bei derjenigen des Suchlaufs nach Verwandtschaftsbezug. Denn bei beiden Analysen werden nur unbekannte Spurenproben vom Tatort ausgewertet. Die Massnahmen richten sich folglich gegen Personen, gegen die gar kein hinreichender Tatverdacht besteht, sondern die lediglich ein DNA-Profil aufweisen, das dem des mutmasslichen Täters gleicht. Die betroffenen Personen stehen demzufolge in keinem Verhältnis zur Straftat. Gerade deshalb sollte eine klare gesetzliche Regelung die Anwendung dieser beiden Analysen auf schwere Delikte beschränken.

Schliesslich ist auf den Vorschlag Jositsch noch näher einzugehen. Nach seinem Vorschlag sei für die Phänotypisierung und den Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug ebenso der Deliktskatalog der verdeckten Ermittlung heranzuziehen, da sich dieser bewährt habe. Dem ist entgegenzuhalten, dass die verdeckte Ermittlung und die beiden DNA-Analysen unterschiedliche Ziele verfolgen. So wird nach Art. 285a StPO bei der verdeckten Ermittlung ein Angehöriger der Polizei unter falscher Identität in eine kriminelle Gruppierung eingeschleust, wobei die mutmasslichen Täter meist schon bekannt sind. Bei den beiden DNA-Analysen soll hingegen eine unbekannte Täterschaft ausfindig gemacht werden. Von einer DNA-Analyse sind deshalb tendenziell mehr unbeteiligte Personen betroffen als bei einer verdeckten Ermittlung. Deshalb ist es auch nicht unbegründet, dass der finale Deliktskatalog des Ständerates weniger Delikte umfasst als derjenige der verdeckten Ermittlung. Da DNA-Analysen mehr «Kollateralschäden» als verdeckte Ermittlungen verursachen, sollten zum Schutz der Grundrechte von Unbeteiligten, DNA-Analysen auf die wirklich schwerwiegenden Delikte beschränkt werden.

Angesichts dessen, dass der Katalog der verdeckten Ermittlung bereits sechsmal angepasst wurde, kann auch das Argument entkräftet werden, dass die Gefahr bestehe, wichtige Delikte würden vergessen werden. Wie das Beispiel dieses Katalogs gezeigt hat, ist eine nachträgliche Anpassung sehr wohl möglich.

Schliesslich ist nochmals auf die Motion Vitali zurückzukommen. Mit ihr wurde «kein Täterschutz für Mörder und Vergewaltiger» gefordert. Dieser Forderung wurde mit dem Deliktskatalog vollumfänglich entsprochen.

#### **4. Aufbewahrung der DNA-Profile bei Freispruch nach Art. 16 Abs. 4 E-DNA-Profil-Gesetz**

Art. 16 Abs. 1 lit. c E-DNA-Profil-Gesetz hält fest, dass das DNA-Profil einer beschuldigten Person gelöscht wird, sobald das Verfahren mit einem Freispruch rechtskräftig abgeschlossen worden ist. Dies trifft auch auf das bisherige Recht zu. Gemäss Art. 16 Abs. 2 DNA-Profil-Gesetz ist zurzeit eine Aufbewahrung der DNA-Profile nur gerechtfertigt, wenn der Freispruch oder die Verfahrenseinstellung wegen Schuldunfähigkeit des Täters erfolgte.

Dies soll nun mit Art. 16 Abs. 4 E-DNA-Profil-Gesetz angepasst werden. Der Gesetzgeber hat hier ein Recht auf Aufbewahrung von DNA-Profilen nach Freispruch statuiert. Ist zu erwarten, dass das DNA-Profil der freigesprochenen Person zur Aufklärung künftiger Straftaten dienen könnte, so darf es mit Zustimmung der Verfahrensleitung während höchstens zehn Jahren nach Rechtskraft des Freispruchs bzw. der Einstellung oder Nichtanhandnahme des Verfahrens aufbewahrt und verwendet werden.

Art. 16 Abs. 4 E-DNA-Profil-Gesetz widerspricht somit offensichtlich der Unschuldsvermutung im Strafrecht. Es wird daher nachstehend analysiert, was der Bundesrat und das Parlament im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses zur Änderung des DNA-Profil-Gesetzes zu dieser Bestimmung diskutiert haben und was eine allfällige Rechtfertigung für den Paradigmenwechsel ist. Im Anschluss wird auf einen Entscheid des EGMR eingegangen, der sich zur Rechtmässigkeit dieses Sachverhalts bereits eindeutig geäussert hat. Zuletzt folgt eine kritische Betrachtung der Autorin.

##### **4.1. Diskussion im Gesetzgebungsverfahren**

In der Botschaft zum DNA-Profil-Gesetz verlangte der Bundesrat, dass gerade wegen der Unschuldsvermutung eine Löschung der DNA-Profile bei einem Freispruch erfolgen soll.<sup>186</sup> Als einzige Ausnahme durften die Profile von schuldunfähigen Tätern aufbewahrt werden, da bei ihnen, wenn sie bspw. aus der Verwahrung entfliehen, eine Wiederholungsgefahr besteht. Weiter argumentierte der Bundesrat, dass sich eine erneute Bearbeitung des DNA-Profiles von freigesprochenen Personen rechtfertige, sobald neue Beweise

---

<sup>186</sup> Botsch. DNA-Profil-Gesetz, S. 54.

vorliegen würden.<sup>187</sup> Er hielt aber auch eindeutig fest, dass an die Begründung der Wiederholungsgefahr sehr hohe Anforderungen gestellt werden müssten. Vorausgesetzt wären z.B. die schwere oder wiederholte Begehung von Sexualdelikten oder das Vorliegen zahlreicher Vorstrafen und Rückfälle.<sup>188</sup> In der Botschaft zur Änderung des DNA-Profil-Gesetzes hat sich der Bundesrat diesbezüglich nicht weiter geäußert. Es wurde aber bemerkt, dass die Unschuldsvermutung «einzig Personen schützt, denen gegenüber keine strafrechtliche Verurteilung ausgesprochen worden ist», also auch Personen, die freigesprochen wurden.<sup>189</sup>

Im Parlament wurde einzig darüber diskutiert, wer den Antrag zur Aufbewahrung der DNA-Profile nach einem Freispruch stellen muss. Der Ständerat wollte eine Prüfung des Antrags der Staatsanwaltschaft durch das Zwangsmassnahmengericht.<sup>190</sup> Der Nationalrat entgegnete jedoch, dass dies nur Sinn mache, wenn der Richter über genug Informationen verfüge, um eine Interessensabwägung im Einzelfall vorzunehmen. In der Realität kenne jedoch der zuständige Staatsanwalt die Details des Falles genauer und eine Prüfung durch das Zwangsmassnahmengericht hätte deshalb keinen Mehrwert.<sup>191</sup>

#### **4.2. Urteil des EGMR *S. und Marper gegen das Vereinigte Königreich***

Der EGMR hat im Urteil *S. und Marper gegen das Vereinigte Königreich* vom 4. Dezember 2008 ausdrücklich hervorgehoben, dass Personen, die nicht wegen einer Straftat verurteilt wurden und die Anspruch auf die Unschuldsvermutung haben, nicht gleichbehandelt werden dürfen wie verurteilte Personen.<sup>192</sup> So darf nach einem Freispruch des Angeklagten kein Verdacht mehr hinsichtlich seiner Unschuld geäußert werden. Eine Aufbewahrung von DNA-Profilen hat zwar keine Verdächtigung der betroffenen Person zur Folge. Dennoch kann eine Art Verdacht angenommen werden, da die Daten auf unbestimmte Zeit aufbewahrt werden, wo hingegen die Daten von Personen, die nie einer Straftat verdächtigt wurden, vernichtet werden müssen.<sup>193</sup>

Der EGMR hat unmissverständlich festgehalten, dass die Aufbewahrung von DNA-Profilen nach einem Freispruch nicht durch das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung

---

<sup>187</sup> Botsch. DNA-Profil-Gesetz, S. 54.

<sup>188</sup> Botsch. DNA-Profil-Gesetz, S. 54.

<sup>189</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 12 f.

<sup>190</sup> Votum Rieder (Mehrheit), AB S 2021 935.

<sup>191</sup> Votum de Quattro (Kommissionssprecherin), AB N 2021 2174.

<sup>192</sup> Urteil des EGMR *S. und Marper gegen das Vereinigte Königreich* (Nr. 30562/04 und 30566/04) vom 4. Dezember 2008, Rz. 122.

<sup>193</sup> Urteil des EGMR *S. und Marper gegen das Vereinigte Königreich* (Nr. 30562/04 und 30566/04) vom 4. Dezember 2008, Rz. 122.

gerechtfertigt werden kann, weil Letzteres durch das Recht auf Schutz der Privatsphäre der betroffenen Person aufgewogen wird.<sup>194</sup>

### **4.3. Kritische Betrachtung**

Der Bundesrat hat in seiner Botschaft zur Änderung des DNA-Profil-Gesetzes festgehalten, dass die Unschuldsvermutung gegenüber denjenigen Personen gilt, die freigesprochen wurden. Deshalb ist es unverständlich, dass der Bundesrat diesen Grundsatz in der Folge nicht mehr weiterverfolgt hat. Der Umstand, dass das Parlament nur die Frage der Antragstellung zur Aufbewahrung nach einem Freispruch diskutiert hat, ist unbefriedigend. Dies gerade unter dem Aspekt, dass es ein einschlägiges Urteil des EGMR zu diesem Sachverhalt gibt.

Dem EGMR ist zuzustimmen, dass durch die Aufbewahrung der DNA-Profile von freigesprochenen Personen der Verdacht erhärtet wird, dass sich diese Personen trotzdem noch einer Straftat schuldig machen werden. Denn würde nicht an ihrer Unschuld gezweifelt werden, müssten ihre Profile auch nicht weiter im CODIS gespeichert werden.

Im Urteil des EGMR heisst es, dass die Daten der freigesprochenen Personen auf unbestimmte Zeit aufbewahrt werden. Nach Art. 16 Abs. 4 E-DNA-Profil-Gesetz ist dies in der Schweiz aber nur während höchstens zehn Jahren möglich. Eine beschränkte Aufbewahrungszeit kann jedoch die massive Grundrechtseinschränkung, die damit bewirkt wird, nicht verharmlosen. Diese Kritik ist erst recht angebracht, weil die Daten von Personen, die im Verlaufe des Verfahrens als Täter ausgeschlossen werden, nach Art. 16 Abs. 1 lit. a E-DNA-Profil-Gesetz sofort nach Ausschluss gelöscht werden. Meines Erachtens sollte deshalb die Aufbewahrungsmöglichkeit nach einem Freispruch wieder aus dem Gesetz gestrichen oder zumindest sehr restriktiv ausgelegt werden.

---

<sup>194</sup> Urteil des EGMR *S. und Marper gegen das Vereinigte Königreich* (Nr. 30562/04 und 30566/04) vom 4. Dezember 2008, Rz. 125.

## **E. Vereinbarkeit der Phänotypisierung und des Suchlaufs nach Verwandtschaftsbezug mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung**

Wie bereits dargelegt, werden die Grundrechte der Betroffenen tangiert, wenn eine DNA-Analyse als strafprozessuales Instrument eingesetzt wird. Da mittels Phänotypisierung und dem Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug persönliche Merkmale ausgewertet werden, ist vor allem das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) betroffen.<sup>195</sup> Art. 13 BV entspricht im Wesentlichen Art. 8 EMRK.<sup>196</sup> Im Folgenden wird jedoch nur eine spezifische Grundrechtsprüfung nach der BV vorgenommen. Da die beiden Normen grundsätzlich deckungsgleich sind, würde eine Verletzung von Art. 13 Abs. 2 BV auch eine Verletzung von Art. 8 EMRK darstellen. Aus diesem Grund wird für die Auslegung von Art. 13 Abs. 2 BV auch die Rechtsprechung des EGMR berücksichtigt.

Im Übrigen beschränkt sich die Prüfung auf Art. 13 Abs. 2 BV. Der Schutzbereich von Abs. 1 wird nicht behandelt, da er für die vorliegende Arbeit nicht relevant ist.

### **1. Persönlicher Schutzbereich**

Das Recht auf Privatsphäre steht allen natürlichen Personen zu. Dazu gehören insbesondere auch Personen in besonderen Rechtsverhältnissen wie Angehörige der Armee oder Straf- und Administrativhäftlinge.<sup>197</sup> Ebenso können sich juristische Personen oder Personenvereinigungen auf dieses Grundrecht berufen.<sup>198</sup> Damit sind alle von einer DNA-Analyse betroffenen Personen vom persönlichen Schutzbereich erfasst.

### **2. Sachlicher Schutzbereich**

Art. 13 Abs. 2 BV hält fest, dass jede Person Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten hat. Dies beinhaltet gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht nur ein Recht auf Datenschutz, sondern auch ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung.<sup>199</sup> Demnach hat jede Person in Bezug auf die Bearbeitung und Speicherung persönlicher Daten von Seiten des Staates oder Privaten, die staatliche Aufgaben ausführen, ein Selbstbestimmungsrecht, d.h. sie kann darüber bestimmen, was mit den

---

<sup>195</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 72.

<sup>196</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 389.

<sup>197</sup> KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 14 N 4.

<sup>198</sup> BGE 141 I 201, E. 4.1; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 13 BV N 73.

<sup>199</sup> BGE 120 II 118, E. 3a; BGE 128 II 259, E. 3.2; BGE 133 I 77, E. 5.3.

persönlichen Daten geschehen soll.<sup>200</sup> Bereits die blosser Aufbewahrung von Daten ist hiervon erfasst.<sup>201</sup>

Schutzobjekt sind alle persönlichen und personenbezogenen Daten.<sup>202</sup> Dazu gehören insbesondere physische und psychische Eigenschaften, soziale und wirtschaftliche Verhältnisse oder politische Anschauungen. Da die Verknüpfung von Daten mit Personen aufgrund des Internets und dem technologischen Fortschritt stark zugenommen hat, gehören auch folgende Informationen zu den erwähnten, geschützten Daten:<sup>203</sup>

- Krankengeschichten;
- weitere medizinische Informationen;
- Leumundszeugnisse;
- Daten über Massnahmen der sozialen Hilfe und
- Daten über administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen.

In den Schutzbereich von Art. 13 Abs. 2 BV fällt insbesondere auch die Bearbeitung und Speicherung von DNA-Profilen.<sup>204</sup> Zur Erstellung eines Standard-DNA-Profiles hat das Bundesgericht entschieden, dass es sich dabei um die Erhebung von persönlichen Daten im Sinne von Art. 13 Abs. 2 BV handelt, auch wenn die Profile basierend auf nicht-co-dierter DNA erstellt werden, die mit Ausnahme des Geschlechts keine persönlichkeitsprägenden Erbmerkmale enthalten.<sup>205</sup> Denn bereits das Standard-DNA-Profil ermöglicht eine Identifizierung mit hoher Wahrscheinlichkeit.<sup>206</sup>

*A fortiori* und wie es auch der Bundesrat in der Botschaft festhält, ist bei der Phänotypisierung und dem Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug der sachliche Schutzbereich von Art. 13 Abs. 2 BV offensichtlich tangiert.<sup>207</sup> Nachfolgend wird deshalb eine Grundrechtsprüfung vorgenommen.

---

<sup>200</sup> BGE 140 I 2, E. 9.1; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 14 N 55 ff.: Grundsätzlich fällt jegliche Bearbeitung von Daten unter Art. 13 Abs. 2 BV, d.h. ein Erheben, Sammeln, Verarbeiten, Aufbewahren und Weitergeben von personenbezogenen Daten.

<sup>201</sup> SGK BV-SCHWEIZER, Art. 13 BV N 74.

<sup>202</sup> BSK BV-DIGGELMANN, Art. 13 BV N 33; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 14 N 56.

<sup>203</sup> KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 14 N 56; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 13 BV N 75; BGE 138 II 346, E. 6.1: Auch Bilder, die auf Google Street View verwendet werden, enthalten Angaben, die sich auf bestimmte oder bestimmbar Personen beziehen können.; BGE 136 II 508, E. 3.1: Auch IP-Adressen können bestimmten Personen zugeordnet werden.

<sup>204</sup> BGE 137 I 167, E. 3.2; BGE 128 II 259, E. 3.2.

<sup>205</sup> BGE 128 II 259, E. 3.2.

<sup>206</sup> BGE 128 II 259, E. 3.2.

<sup>207</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 72.

### 3. Grundrechtsprüfung nach Art. 36 BV

Die Rechtmässigkeit eines Grundrechtseingriffs beurteilt sich nach Art. 36 BV. Damit der Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung rechtmässig ist, muss er sich (i) auf eine genügend gesetzliche Grundlage stützen (Art. 36 Abs. 1 BV), (ii) im öffentlichen Interesse liegen (Art. 36 Abs. 2 BV), (iii) verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 3 BV) und (iv) den Kerngehalt wahren (Art. 36 Abs. 4 BV).<sup>208</sup> Diese Voraussetzungen werden für die Zwangsmassnahmen auf Gesetzesstufe in Art. 197 StPO konkretisiert.<sup>209</sup> Sie werden an dieser Stelle nochmals kurz zusammengefasst, der Schwerpunkt liegt jedoch auf der Subsumtion. Die Prüfung des Kerngehalts erfolgt als erstes, weil bei einer Verletzung des Kerngehalts ohne Weiteres ein unrechtmässiger Eingriff vorliegt und sich eine weitere Prüfung erübrigt. Andernfalls sind die restlichen Voraussetzungen von Art. 36 BV zu prüfen.

#### 3.1. Kerngehalt

Nach Art. 36 Abs. 4 BV ist der Kerngehalt eines jeden Grundrechts unantastbar. Zur Konkretisierung des Kerngehalts kann das Verbot der Verletzung der Menschenwürde (Art. 7 BV) herangezogen werden.<sup>210</sup> Denn die Menschenwürde ist der Ausgangspunkt aller Grundrechte und bildet eine unverletzliche Grenze.<sup>211</sup>

Der Kerngehalt von Art. 13 Abs. 2 BV umfasst die Freiheit, selbst bestimmen zu können, welche Informationen über die eigene Persönlichkeit an die Öffentlichkeit gelangen sollen.<sup>212</sup> Er beinhaltet insbesondere das Recht auf Zugang zu den eigenen Daten und das Recht, keine «durchsichtige Person» zu werden, d.h., dass nicht zu viele Daten über eine Person erhoben werden dürfen.<sup>213</sup>

Das Bundesgericht setzt die Grenze des Kerngehalts in Bezug auf die DNA-Analyse bei der «zwangsweisen Ausforschung des genetischen Programms eines Menschen» an.<sup>214</sup> Es hat bereits entschieden, dass die Erstellung, Speicherung und auch die künftige Verwendung eines DNA-Profiles den Kerngehalt der informationellen Selbstbestimmung nicht verletzen, wenn nur die nicht-codierten Abschnitte der DNA analysiert werden.<sup>215</sup>

---

<sup>208</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 304.

<sup>209</sup> Vgl. Voraussetzungen für Zwangsmassnahmen nach Art. 197 StPO.

<sup>210</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 325.

<sup>211</sup> BSK BV-EPINEY, Art. 36 BV N 63.

<sup>212</sup> SCHEFER, S. 447.

<sup>213</sup> SGK BV-SCHWEIZER, Art. 13 BV N 83; gl.A. BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, S. 92: Der Kerngehalt wäre verletzt, wenn die Datenbearbeitung zu einer Person ein Ausmass erreichen würde, dass sie zu einer «gläsernen Bürgerin» machen würde.

<sup>214</sup> BGE 128 II 259, E. 3.7.

<sup>215</sup> BGE II 259, E. 3.7.

Grund dafür ist, dass es sich bei den darin enthaltenen Erbinformationen nur um persönlichkeitsneutrale Merkmale handelt.<sup>216</sup>

Informationen aus dem codierten Bereich können allerdings sehr wohl persönlichkeitsbestimmend sein, da sie ein Stück der Individualität jeder Person ausmachen. Dabei ist es wichtig zwischen äusserlich sichtbaren Merkmalen und anderen verborgenen Informationen wie Krankheitsdispositionen und Charaktereigenschaften zu unterscheiden, die der Intimsphäre eines jeden Menschen zuzurechnen sind.<sup>217</sup> Nur letztere gehören zum unantastbaren Kernbereich. Deshalb ist eine Analyse von Tatortspuren, die sich auf äusserliche Merkmale beschränkt, zwar nicht persönlichkeitsneutral, der Kernbereich der individuellen Selbstbestimmung ist jedoch mangels Eingriff in die Intimsphäre der Betroffenen nicht tangiert.<sup>218</sup>

Demgegenüber hat der Bundesrat eingeräumt, dass sich die Phänotypisierung auf das gesamte Genom eines Menschen erstreckt und damit eine Analysetiefe erreicht wird, die weit über jene des Standard-DNA-Profiles hinausgeht.<sup>219</sup> Trotzdem sei der absolut geschützte Kernbereich der Persönlichkeit nicht berührt, da die Phänotypisierung nur biologisches Spurenmaterial unbekannter Herkunft analysiere. Die Erkenntnisse seien nie individual-, sondern nur gruppenspezifisch. Ausserdem würden nur äusserlich sichtbare Merkmale ausgewertet, die der Öffentlichkeit vorher bereits bekannt geworden seien.<sup>220</sup>

Dieser Argumentation kann in dieser Absolutheit nicht zugestimmt werden. Zwar sind die Spurenprofile in einer ersten Phase tatsächlich von unbekannter Herkunft und sie werden anonymisiert untersucht. Nichtsdestotrotz können sie bei einer Verknüpfung mit einem bereits registrierten Personen- oder Spurenprofil einer bestimmten Person zugeordnet werden. Ausserdem ist fraglich, ob das biologische Alter und die biogeografische Herkunft wirklich zu den äusseren Merkmalen gezählt werden können und deshalb der Öffentlichkeit bereits offenbart wurden. Auf diesen Punkt wird im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung näher eingegangen.<sup>221</sup>

---

<sup>216</sup> KLUMPE, S. 134.

<sup>217</sup> KLUMPE, S. 134 f.

<sup>218</sup> KLUMPE, S. 135; gl.A. BECK, S. 91: Werden ausschliesslich persönlichkeitsneutrale Merkmale der DNA analysiert, kann der Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung gerechtfertigt sein. Sind es aber persönlichkeitsrelevante Merkmale oder Krankheitsdispositionen, liegt ein Eingriff in den Kernbereich des Rechts auf Schutz der Privatsphäre vor.

<sup>219</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 73.

<sup>220</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 73.

<sup>221</sup> Vgl. Verhältnismässigkeit.

Trotz der berechtigten Kritik an der Auffassung des Bundesrats liegt jedoch kein Eingriff in den Kerngehalt von Art. 13 Abs. 2 BV vor. Denn auch wenn sich die Merkmale nicht nur auf solche beschränken, die der Öffentlichkeit bereits offenbart wurden, wird das genetische Programm eines Menschen in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht «zwangsweise ausgeforscht», denn es wird nicht in die Intimsphäre der Betroffenen eingegriffen. Damit einstimmig sieht Art. 2b Abs. 3 E-DNA-Profil-Gesetz explizit vor, dass weder gesundheitsbezogene noch persönliche Eigenschaften wie Charakter, Verhalten und Intelligenz ausgewertet werden dürfen.

### **3.2. Gesetzliche Grundlage**

Gemäss Art. 36 Abs. 1 BV braucht es zur Einschränkung eines Grundrechts eine gesetzliche Grundlage.<sup>222</sup> Diese beinhaltet sowohl das Erfordernis einer genügenden Normdichte als auch einer genügenden Normstufe.<sup>223</sup> In Bezug auf die Voraussetzungen kann auf die obigen Ausführungen zu den Zwangsmassnahmen verwiesen werden.<sup>224</sup> Im Rahmen der Untersuchung der erforderlichen Normstufe wird ausführlich auf die Schwere des Eingriffs durch die Phänotypisierung und den Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug eingegangen.

#### **3.2.1. Normdichte**

Sowohl Art. 255 ff. E-StPO als auch das E-DNA-Profil-Gesetz sind genügend präzise formuliert. So weiss ein durchschnittlicher Bürger genau, in welchen Fällen von ihm ein DNA-Profil erstellt werden kann. Mit dem Deliktskatalog von Art. 258a und Art. 258b E-StPO wird neuerdings spezifisch festgehalten, bei welchen Delikten eine Phänotypisierung oder ein Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug durchgeführt werden können. Wie ausgeführt, ist dies jedoch nur subsidiär erlaubt, wenn die Standard-DNA-Analyse nicht zu einem Hit geführt hat.<sup>225</sup> Ebenso hält Art. 2b E-DNA-Profil-Gesetz fest, welche äusseren Merkmale untersucht werden dürfen.

*In casu* bilden deshalb Art. 255 ff. E-StPO und das E-DNA-Profil-Gesetz hinsichtlich der Normdichte je eine genügende gesetzliche Grundlage.

#### **3.2.2. Normstufe**

Für das Erfordernis der Normstufe bestehen je nach Intensität des Grundrechtseingriffs unterschiedliche Anforderungen. Für schwerwiegende Eingriffe braucht es eine

---

<sup>222</sup> BSK BV-EPINEY, Art. 36 BV N 29.

<sup>223</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 307; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 BV N 14.

<sup>224</sup> Vgl. Gesetzliche Grundlage.

<sup>225</sup> Vgl. Änderung für die Probenahme nach Art. 255 StPO.

Grundlage in einem formellen Gesetz. Für leichte Eingriffe reicht eine Grundlage in einer Verordnung.<sup>226</sup>

Zur Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten wie DNA-Profilen hält das Bundesgericht sodann fest, dass diese nur bearbeitet werden dürfen, wenn die entsprechende Behörde in einem formellen Gesetz dazu ermächtigt wird oder es zur Erfüllung einer gesetzlich klar umschriebenen Aufgabe unentbehrlich ist.<sup>227</sup>

Im Folgenden wird die Schwere des Eingriffs in das Recht der informationellen Selbstbestimmung bei der Standard-DNA-Analyse und in einem weiteren Schritt bei der Phänotypisierung und dem Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug untersucht. Bereits bei der Standard-DNA-Analyse wurde die Eingriffsintensität kontrovers diskutiert. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Standard-DNA-Analyse ermöglicht deshalb auch ein besseres Verständnis bei der Beurteilung der Eingriffsintensität der Phänotypisierung und der Verwandtenrecherche.

### **3.2.2.1. Eingriffsschwere bei der Standard-DNA-Analyse**

Da die Standard-DNA-Analyse gerade nur nicht-codierte Abschnitte der DNA analysiert und sich dabei auf die persönlichkeitsneutralen Merkmale beschränkt, die keine Aussagen über die Erbanlagen oder Rückschlüsse auf Krankheiten zulassen, handelt es sich bei der Erstellung eines DNA-Profiles und dessen Bearbeitung im CODIS gemäss Bundesgericht nur um leichte Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.<sup>228</sup> Es argumentiert, dass die Bearbeitung im CODIS weitgehend in anonymisierter Form erfolgt. Zudem muss der Betroffene nach der Registrierung seines Profils damit rechnen, dass er aufgrund eines späteren Abgleichs wieder in ein Strafverfahren verwickelt werden könnte, was jedoch auch bei der Aufbewahrung von erkennungsdienstlichen Unterlagen wie Fotografien der Fall ist. Bei Fotografien könne die betroffene Person aber bereits bei einer gewissen leichten äusserlichen Ähnlichkeit wieder in ein Strafverfahren gezogen werden, bei einem DNA-Profil ist dies hingegen nur bei praktisch sicherer Übereinstimmung möglich.<sup>229</sup> An dieser Rechtsprechung hat das Bundesgericht seither unverändert festgehalten.<sup>230</sup>

In der Lehre wurde diese Rechtsprechung kritisiert. So hat FEY festgehalten, dass ein Eingriff nicht allein deswegen als leicht einzustufen ist, weil die Folgen und die

---

<sup>226</sup> BSK BV-EPINEY, Art. 36 BV N 33; BELSER/WALDMANN, Grundrechte I, S. 174 f.

<sup>227</sup> Urteil BGer 1P.71/2006 vom 23. April 2007, E. 5.2.

<sup>228</sup> BGE 128 II 259, E. 3.3.

<sup>229</sup> BGE 128 II 259, E. 3.3.

<sup>230</sup> BGE 145 IV 263, E. 3.4; BGE 144 IV 127, E. 2.1.

Ausgestaltung verhältnismässig sind. Handelt es sich um einen schwerwiegenden Eingriff, so ist dieser von Anfang an als schwer einzustufen und erst in einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob die Anforderungen von Art. 36 BV eingehalten wurden. Ausserdem ist, wenn selbst die DNA-Analyse als Eingriff in die innerste materielle Substanz einer Person nicht als schwerer Eingriff qualifiziert wird, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nichts mehr wert.<sup>231</sup>

KÜNZLI et al. beanstanden in erster Linie, dass das Bundesgericht gänzlich unterschiedliche Massnahmen als leichte Eingriffe qualifiziert hat.<sup>232</sup> In einem zitierten Entscheid wurde etwa der Wangenschleimhautabstrich zur Feststellung der Vaterschaft als leichter Eingriff bezeichnet.<sup>233</sup> Der Sachverhalt bei einer DNA-Analyse zu Strafverfolgungszwecken ist hingegen ein anderer, weshalb für KÜNZLI et al. hier ein schwerer Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung vorliegt. Staatliche Biometriedatenbanken würden ein «tatsächliches und (noch stärker) ein psychologisch wirkendes Kontrollpotenzial erzeugen». Die Betroffenen hätten ein Gefühl von staatlicher Kontrolle, was gegenteilig zum Sinn und Zweck der informationellen Selbstbestimmung ist.<sup>234</sup>

CHARVET nimmt zum Vergleich mit den Fotografien Stellung und weitet diesen auf Fingerabdrücke aus. Sie hält fest, dass dieser Vergleich ungenügend ist, denn weder eine Fotografie noch ein Fingerabdruck enthalten codierte Abschnitte wie ein DNA-Profil. Deshalb sollten die Beeinträchtigungsgrade der beiden Identifizierungsmassnahmen differenziert werden. Bei der Analyse von DNA-Profilen liegt folglich eher ein schwerer Eingriff vor.<sup>235</sup>

BLONSKI führt zudem aus, dass bei der Entnahme von Proben zur DNA-Analyse besonders schützenswerte Daten gesammelt werden. Um diese zu erkennen, müssen nicht nur die codierten Abschnitte der DNA ausgewertet werden, sondern gewisse Daten wie die ethische Zugehörigkeit oder Veranlagungen wie Trisomie 21 und das Down-Syndrom können bereits aus den nicht-codierten Abschnitten herausgelesen werden.<sup>236</sup> Die

---

<sup>231</sup> FEY, S. 147.

<sup>232</sup> KÜNZLI et al., S. 807 f.

<sup>233</sup> BGE 134 III 241, E. 5.4.3.

<sup>234</sup> KÜNZLI et al., S. 808.

<sup>235</sup> CHARVET, Rz. 30; a.A. ROHMER, S. 80 f.: Bezüglich der Analyse von nicht-codierter DNA kann dem Bundesgericht gefolgt werden, weshalb der Vergleich mit einem Fingerabdruck, der ebenfalls keine sensiblen Daten über die Gesundheit, Abstammung oder Nachkommen liefert, zulässig ist. Es liegt folglich nur ein leichter Eingriff vor. In Bezug auf die Analyse von codierter DNA liegt der Fall aber anders, hier handelt es sich um eine schwerwiegende Beeinträchtigung, da der Zugriff auf sensible Daten besteht.

<sup>236</sup> BLONSKI, S. 19.

Bearbeitung der DNA-Profile führt bei den Betroffenen zu Verunsicherung, weil ihnen nicht bekannt ist, was mit ihren Daten geschieht.<sup>237</sup>

In Bezug auf anonymisierte Daten wird zuletzt festgehalten, dass auch diese zu den personenbezogenen Daten im Sinne von Art. 13 Abs. 2 BV gehören, da sie die Identifikation der betreffenden Person ermöglichen.<sup>238</sup>

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichts durchaus berechtigt ist. Die Vergleiche mit dem Vaterschaftstest, den Fotografien und Fingerabdrücken überzeugen nicht, denn auch wenn nur die nicht-codierten Abschnitte der DNA untersucht werden, beinhalten sie trotzdem besonders schützenswerten Daten. Deshalb ist die DNA-Profil-Erstellung entgegen der Ansicht des Bundesgerichts als schwerer Eingriff zu qualifizieren.

### **3.2.2.2. Eingriffsschwere bei der Phänotypisierung und dem Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug**

Der Gesetzgeber hat in Bezug auf die Phänotypisierung argumentiert, dass auch bei der erweiterten DNA-Analyse der Grundrechtseingriff nicht schwerwiegend sei, weil keine bestimmte Einzelperson ins Visier genommen werde. Es werden lediglich anonyme Spuren ausgewertet und keine Beweismittel beschafft. Die Merkmale, die ausgewertet werden, seien äusserlich für jedermann, wie für einen Augenzeugen, sichtbar.<sup>239</sup> Dass die äusseren Merkmale vom Grundrechtsträger selbst nach aussen getragen werden, kann aber gemäss BLONSKI die Bedeutung der DNA-Analyse nicht mindern.<sup>240</sup> So führte sie bereits zur Einführung der Standard-DNA-Analyse aus, dass gerade die unsichtbaren Merkmale anderen Personen unzugänglich bleiben müssen, solange der Grundrechtsträger nicht einwilligt. Denn bei allen Daten, die aus den codierten Abschnitten der DNA gelesen werden können, handelt es sich um besonders schützenswerte Daten.<sup>241</sup>

Derselben Ansicht wie BLONSKI ist auch der EGMR. In Anbetracht der Art und des Umfangs der in den Zellproben enthaltenen personenbezogenen Informationen muss deren Aufbewahrung als solche als Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung angesehen

---

<sup>237</sup> BECK, S. 87; BLONSKI, S. 220.

<sup>238</sup> STADLER-BREHM, S. 29.

<sup>239</sup> Votum Keller-Sutter (Bundesrätin), AB N 2021 782; Votum Jositsch (Minderheit), AB S 2021 931.

<sup>240</sup> BLONSKI, S. 218.

<sup>241</sup> BLONSKI, S. 219; gl.A. MARKERT, S. 150 f.: Jede Form der Analyse von persönlichen Daten stellt einen Eingriff dar, denn auf diese Weise wird dem Betroffenen die Freiheit genommen, über die Bearbeitung und Speicherung seiner Daten zu entscheiden. Dies ist insbesondere bei sensiblen Daten wie der DNA der Fall. Dieses Recht kann auch nicht durch das Begehen einer Straftat verloren gehen. Ausserdem führt die vorerst bestehende Anonymität der Betroffenen nicht dazu, dass nicht in ihre Rechte eingegriffen wird.

werden.<sup>242</sup> Zusätzlich hielt der EGMR zum Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug fest, dass es sich bei den dadurch gewonnenen Informationen um solche hochsensibler Natur handelt, die eine strenge Kontrolle notwendig machen. Allein die Möglichkeit, eine genetische Verwandtschaft festzustellen, stellt einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar. Wie häufig eine solche Suche durchgeführt wird, wie hoch die Erfolgchancen und die Wahrscheinlichkeit einer Beeinträchtigung der Betroffenen in einem konkreten Fall sind, ist dabei unerheblich.<sup>243</sup>

Dass der Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug eine gravierende Verletzung der Privatsphäre der Betroffenen darstellt, wurde bereits in der Motion zur Verwandtenrecherche thematisiert.<sup>244</sup> Einer der Hauptkritikpunkte war, dass mit der Verwandtenrecherche verwandte Personen einzig aufgrund ihrer Verwandtschaftsbeziehung in ein Strafverfahren involviert werden.<sup>245</sup> RUSCH kritisiert weiter, es werden Daten von Verwandten preisgegeben, von denen diese gar nichts wissen, wie bspw. Daten über bisher unbekannte Verwandtschaftsbeziehungen oder Krankheitsdispositionen.<sup>246</sup>

Überdies zählen seit der Revision des DSG neu auch die genetischen und biometrischen Daten zu den besonders schützenswerten Personendaten (Art. 5 lit. c Ziff. 3 und 4 E-DSG).<sup>247</sup> Dies bedeutet, dass deren Bearbeitung für die betroffenen Personen transparent sein muss. Deshalb wird in Art. 6 Abs. 7 lit. a E-DSG eine ausdrückliche Einwilligung für deren Bearbeitung verlangt. Art. 34 Abs. 2 lit. a E-DSG setzt für die Bearbeitung von besonders schützenswerten Daten durch Bundesorgane – bspw. die Strafbehörden – ein Gesetz im formellen Sinn voraus, weil eine solche Datenbearbeitung einen schwerwiegenden Eingriff in die Rechte der Betroffenen darstellt.<sup>248</sup>

Schliesslich hat das deutsche Bundesverfassungsgericht festgehalten, dass der absolut geschützte Kernbereich der Persönlichkeit nicht betroffen ist, wenn der Eingriff die nicht-codierten Anteile der DNA, die zu etwa 30% aus Wiederholungseinheiten bestehen, umfasst. Entscheidend ist jedoch, dass das Probematerial anschliessend wieder vernichtet wird, damit Rückschlüsse auf persönlichkeitsrelevante Merkmale wie Erbanlagen,

---

<sup>242</sup> Urteil des EGMR *S. und Marper gegen das Vereinigte Königreich* (Nr. 30562/04 und 30566/04) vom 4. Dezember 2008, Rz. 73; Urteil des EGMR *Aycaguer gegen Frankreich* (Nr. 8806/12) vom 22. Juni 2017, Rz. 33.

<sup>243</sup> Urteil des EGMR *S. und Marper gegen das Vereinigte Königreich* (Nr. 30562/04 und 30566/04) vom 4. Dezember 2008, Rz. 75.

<sup>244</sup> Mo. Mazzone.

<sup>245</sup> Zum Ganzen Mo. Mazzone.

<sup>246</sup> RUSCH, S. 1384.

<sup>247</sup> BAERISWYL, S. 7.

<sup>248</sup> BAERISWYL, S. 7.

Charaktereigenschaften oder Krankheiten nicht ermöglicht werden.<sup>249</sup> Daraus kann geschlossen werden, dass das deutsche Recht die Standard-DNA-Analyse zwar als einen leichten Eingriff einordnet, die Phänotypisierung hingegen als schweren. Dies stimmt auch mit der Rechtsauffassung in der Schweiz überein.

*In casu* stellen die Phänotypisierung und der Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug gleichermassen einen schweren Eingriff in Art. 13 Abs. 2 BV dar. Sowohl Art. 255 ff. E-StPO als auch das E-DNA-Profil-Gesetz sind formelle Bundesgesetze. Damit liegt auch hinsichtlich der Normstufe eine genügende gesetzliche Grundlage vor. Es ist im Folgenden zu prüfen, ob ein öffentliches Interesse besteht.

### **3.3. Öffentliches Interesse**

Zusätzlich zur gesetzlichen Grundlage braucht es für eine Grundrechtseinschränkung auch ein öffentliches Interesse. Darunter fällt insbesondere der Schutz von Polizeigütern wie die öffentliche Sicherheit und Ordnung.<sup>250</sup>

Bereits hinsichtlich der Aufbewahrung von erkennungsdienstlichem Material hat das Bundesgericht festgehalten, dass dies auch der Bekämpfung von zukünftigen Verbrechen und Vergehen dient. Dies erleichtert einen wirksamen Schutz der Allgemeinheit und dient der Aufklärung von Straftaten. Die Verhinderung künftiger und die Aufklärung begangener Straftaten liegt immer im öffentlichen Interesse.<sup>251</sup> Deshalb stellt die Strafverfolgung als Ausfluss der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ein öffentliches Interesse dar.

Dieser Argumentation ist der Bundesrat gefolgt und hat präzisierend ergänzt, dass die Phänotypisierung und der Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug sowie die daraus gewonnenen Erkenntnisse die Aufklärung eines Verbrechens unterstützen können.<sup>252</sup> Dieser Auffassung kann zugestimmt werden.

### **3.4. Verhältnismässigkeit**

Nach Art. 36 Abs. 3 BV muss eine Grundrechtseinschränkung nicht nur auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen und im öffentlichen Interesse liegen, sondern im Rahmen der Verhältnismässigkeit auch geeignet, erforderlich und zumutbar sein.<sup>253</sup> Dabei muss das

---

<sup>249</sup> Urteil BVerfG 1741/99 vom 14. Dezember 2000, Rz. 48.

<sup>250</sup> BSK BV-EPINEY, Art. 36 BV N 49; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 315; KIENER/KÄLLIN/WYTTENBACH, § 9 N 109; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 BV N 31 f.

<sup>251</sup> BGE 120 Ia 147, E. 2d; gl.A. SGK BV-SCHWEIZER, Art. 10 BV N 57: Zu den öffentlichen Interessen gehören auch das Interesse der Allgemeinheit an der Aufklärung schwerer Delikte oder das Interesse an der Wahrheitsfindung im Zivilprozess.

<sup>252</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 72 f.

<sup>253</sup> BSK BV-EPINEY, Art. 36 BV N 53 ff; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 320 ff; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 BV N 37.

öffentliche Interesse gegen den grundrechtsbeeinträchtigenden Eingriff abgewogen werden.<sup>254</sup> Das öffentliche Interesse muss die im konkreten Einzelfall infrage stehende Einschränkung des Grundrechts rechtfertigen.<sup>255</sup>

Ob der Eingriff durch die Phänotypisierung und den Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug verhältnismässig ist, wird im Folgenden separat geprüft. Der besseren Übersicht halber erfolgt zuerst die Prüfung der Phänotypisierung und danach diejenige des Suchlaufs nach Verwandtschaftsbezug.

### **3.4.1. Phänotypisierung**

Nachstehend wird geprüft, ob die durch die Phänotypisierung verursachte Einschränkung in die informationelle Selbstbestimmung der Betroffenen (i) geeignet, (ii) erforderlich und (iii) zumutbar ist. Zuerst wird das jeweilige Prüfungskriterium definiert, worauf eine kurze Darlegung der Ansicht des Bundesrates zu diesen Prüfungskriterien folgt. Anschliessend erfolgt eine allgemeine Beurteilung der Phänotypisierung hinsichtlich Geeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit, die dann in Bezug auf die verschiedenen EVCs unter der Berücksichtigung der unterschiedlichen Lehrmeinungen im Rahmen der Geeignetheit und Zumutbarkeit vertieft wird. Begonnen wird mit der Augen-, Haar- und Hautfarbe, gefolgt von den EVCs des biologischen Alters und der biogeografischen Herkunft.

#### **3.4.1.1. Eignung**

Im Rahmen der Eignung ist festzustellen, ob die erweiterte DNA-Analyse ein geeignetes Mittel zur Befriedigung des öffentlichen Interesses an der Aufklärung bereits begangener und der Verhinderung künftiger Straftaten ist.<sup>256</sup> Eine absolute Eignung wird nicht verlangt. Es reicht gemäss Bundesgericht aus, wenn die «streitigen Massnahmen mit Blick auf den angestrebten Zweck Wirkungen zu entfalten vermögen und nicht gänzlich daran vorbei zielen».<sup>257</sup>

Für den Bundesrat ist erwiesen, dass es mit den heute zur Verfügung stehenden forensischen Analysen möglich ist aus Personen- oder Spurenprofilen eines Tatorts Erkenntnisse zum äusseren Erscheinungsbild eines mutmasslichen Täters zu gewinnen. Deshalb ist die

---

<sup>254</sup> BELSER/WALDMANN, S. 183.

<sup>255</sup> KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 9 N 119.

<sup>256</sup> BSK BV-EPINEY, Art. 36 BV N 55; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 321.

<sup>257</sup> BGE 144 I 126, E. 8.1.

Phänotypisierung geeignet, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu gewährleisten.<sup>258</sup>

Für eine sorgfältige Beurteilung der Eignung bedarf es jedoch einer Untersuchung aller EVCs, die mit der Phänotypisierung analysiert werden sollen. Vorab sei nochmals daran erinnert, dass die Erstellung eines exakten «Phantombilds» mit den heute zur Verfügung stehenden forensischen Methoden nicht möglich ist.<sup>259</sup> Zu allen EVCs können nur wahrscheinlichkeitsbasierte Aussagen gemacht werden.<sup>260</sup>

Darüber hinaus ist das Manipulationsrisiko zu erwähnen. Es ist möglich, dass gezielt fremde DNA an einem Tatort hinterlassen wird. Dies ist vor allem deshalb kein realitätsfernes Szenario, weil für eine DNA-Analyse mit fortlaufender Forschung immer geringere Mengen DNA gebraucht werden. Diese Gefahr ist jedoch auch anderen Verfolgungsmassnahmen inhärent. Es handelt sich deshalb nicht um ein massnahmenspezifisches, sondern um ein allgemeines Risiko. So könnten auch Kleider einer Person am Tatort hinterlassen werden, um eine falsche Fährte zu legen.<sup>261</sup>

Nachfolgend wird auf die Frage der Geeignetheit der Augen-, Haar- und Hautfarbe eingegangen. Die Wahrscheinlichkeit der Vorhersage dieser drei Merkmale ist hoch, was für ihre Geeignetheit spricht, das öffentliche Interesse zu erfüllen.<sup>262</sup> Auch die Problematik der unterschiedlichen Wahrnehmung der Farbnuancen durch die Ermittler vermag die Geeignetheit nicht in Frage zu stellen, da es bereits Ansätze zu dessen Lösung gibt.<sup>263</sup> Gegen eine Eignung kann ins Feld geführt werden, dass hormonelle Änderungen zu einer Veränderung der Haarfarbe im Alter führen, was die Aussagekraft bzw. Geeignetheit der Phänotypisierung relativiert.<sup>264</sup> Weitere Ungenauigkeiten können sich dadurch ergeben, dass der Beschuldigte seine Haare färben, Kontaktlinsen oder Perücken tragen könnte.<sup>265</sup>

RACKOW kann dieser Argumentationslinie nicht folgen. Wäre dem so, dann müsste auch die Eignung der Öffentlichkeitsfahndung angezweifelt werden, da auch dort äussere Merkmale bekannt gegeben werden, die der Beschuldigte ohne Weiteres verändern

---

<sup>258</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 73.

<sup>259</sup> MARKERT, S. 65.

<sup>260</sup> LANG et al., S. 229.

<sup>261</sup> MARKERT, S. 166; Urteil BStGer SK.2015.4 vom 18. März 2015, E. 2.3.3a.

<sup>262</sup> Vgl. Augenfarbe; Haarfarbe; Hautfarbe.

<sup>263</sup> Zum Ganzen vgl. Augenfarbe.

<sup>264</sup> PFLUGBEIL/THIELE/LABUDDE, S. 98; LANG et al., S. 230.

<sup>265</sup> MARKERT, S. 173; WEICHERT, S. 362; ZIEGER, Rz. 42.

könnte.<sup>266</sup> Dem hält MARKERT entgegen, dass eine Veränderung des äusseren Erscheinungsbildes des Täters nicht zwangsläufig die Ermittlungen erschwert, sondern vielmehr auch zusätzliche Hinweise liefern kann, die sich ohne Veränderung des Erscheinungsbildes nicht ergeben hätten.<sup>267</sup> Zu denken ist etwa an Rückstände von Haarfärbemittel an einer Raststätte, die den Behörden als Anhaltspunkte für einen möglichen Fluchtweg dienen können. Aus diesem Grund und auch in Anbetracht dessen, dass es gemäss Bundesgericht genügt, wenn die infrage stehenden Massnahmen überhaupt eine Wirkung entfalten, kann die Phänotypisierung bezüglich Augen-, Haar- und Hautfarbe als geeignetes Mittel angesehen werden. Dies gilt auch für Augen-, Haar- und Hautfarben mit einer tieferen Wahrscheinlichkeit der Vorhersehbarkeit.<sup>268</sup>

Als nächstes wird das Merkmal des biologischen Alters beurteilt. Dieses lässt sich durch die jeweilige Person nur beschränkt verändern, so z.B. durch Kosmetik oder plastische Chirurgie. Es erscheint somit für die Ermittlungsarbeit grundsätzlich geeignet.<sup>269</sup> Zu beachten ist jedoch, dass es, wie anfangs aufgezeigt, auch Menschen gibt, die schneller altern als andere.<sup>270</sup> Darüber hinaus können auch äussere Faktoren das biologische Alter beeinflussen und insbesondere bei Krankheiten ist das biologische oft höher als das chronologische Alter.<sup>271</sup> Es ist deshalb möglich, dass durch die Bestimmung des biologischen Alters medizinisch relevante Überschussinformationen entstehen, die der betroffenen Person nicht bekannt sind, geschweige denn der Öffentlichkeit.<sup>272</sup> Ob die Auswertung des biologischen Alters zuverlässig möglich ist, scheint daher fraglich.

Schliesslich folgt die Beurteilung der biogeografischen Herkunft. Diese zählt nicht zu den äusseren Merkmalen.<sup>273</sup> Nach WEST stellt die biogeografische Herkunft kein besonderes persönliches Merkmal dar, da sie für jedermann erkennbar ist. Für die Ermittlungsarbeit ist sie ein hilfreiches Mittel zur Vervollständigung eines genetischen Phantombildes.<sup>274</sup>

---

<sup>266</sup> RACKOW, S. 236; gl.A. WEST, S. 284: Das Problem, dass der Tatverdächtige sein Äusseres verändern kann, besteht nicht nur bei der Phänotypisierung, sondern auch im Rahmen der Öffentlichkeitsfahndung. Ebenso betroffen sind Zeugenaussagen sowie die Abnahme von Fingerabdrücken. Der Täter könnte sich einen Bart wachsen lassen, eine Brille anziehen oder bei der nächsten Tat Handschuhe tragen. Sollte deshalb z.B. auf die Abnahme von Fingerabdrücken verzichtet werden?.

<sup>267</sup> MARKERT, S. 174; gl.A. WEST, S. 285: Gerade bei äusseren Merkmalen wie der Augen-, Haar- und Hautfarbe wird eine Veränderung durch das Umfeld leicht wahrgenommen. Der Täter fällt auf, was zu einer schnelleren Ergreifung beitragen kann.

<sup>268</sup> Vgl. Augenfarbe; Haarfarbe; Hautfarbe.

<sup>269</sup> MARKERT, S. 175.

<sup>270</sup> Vgl. Biologisches Alter.

<sup>271</sup> VIDAHI, S. 231.

<sup>272</sup> LEHMANN, Rz. 35.

<sup>273</sup> Vgl. Biogeografische Herkunft.

<sup>274</sup> WEST, S. 282.

ZIEGER zeigt sodann auf, dass alle bereits heute zulässigen Analysen zur Untersuchung der Abstammung einer Person (z.B. mittels Vaterschaftstest) einen verlässlichen Schluss auf die Abstammung und geografische Herkunft ermöglichen. Diese Analysen sind im Gegensatz zur Analyse der biogeografischen Herkunft bereits erlaubt. Auch ein Standard-DNA-Profil enthält Informationen zur Herkunft und lässt Rückschlüsse zu, ob zwei Personen miteinander verwandt sind.<sup>275</sup> Dies spricht für die Eignung der biogeografischen Herkunft.

Anders sieht dies MARKERT, da mit der biogeografischen Herkunft eben gerade keine Rückschlüsse auf die Nationalität oder das Aussehen einer Person möglich sind.<sup>276</sup> Es kann nicht festgestellt werden, dass jemand z.B. aus Afrika kommt und folglich «afrikanisch» aussieht. Es stellt sich dann auch die Frage, ab wann jemand als «afrikanisch» gilt. Ist es erforderlich, dass die Eltern an einem bestimmten Ort geboren wurden, oder reicht es aus, wenn die Grosseltern oder andere Verwandte aus dieser bestimmten Gegend stammen? Weiter stelle sich auch das Problem von Stereotypen, wenn nach der Herkunft von Tatverdächtigen geforscht wird.<sup>277</sup> D.h. Personen einer bestimmten Herkunft werden allein aufgrund ihrer Herkunft, ohne individuelle Auswertung derselben, wie dies bei der Berücksichtigung anderer äusserer Merkmale der Fall ist, kategorisiert.<sup>278</sup> So geraten Tatverdächtige einer bestimmten Herkunft ungerechtfertigt tendenziell stärker in den Fokus, was einer Diskriminierung gleichkommt.<sup>279</sup>

Abschliessend lässt sich sagen, dass die Geeignetheit der biogeografischen Herkunft am stärksten kritisiert wird. In der Praxis kann es aber für die Ermittlungsbehörden dennoch hilfreich sein, die regionale Herkunft einer verdächtigen Person ermitteln zu dürfen, da auch diese gewisse, limitierte erste Anhaltspunkte liefern kann. Deshalb ist die Auswertung der biogeografischen Herkunft an diesem Punkt als geeignet anzusehen.

---

<sup>275</sup> ZIEGER, Rz. 46.

<sup>276</sup> MARKERT, S. 177; gl.A. WEICHERT, S. 362: Die biogeografische Herkunft lässt keine Rückschlüsse auf die wirkliche Herkunft einer Person zu. Es kommt auch immer darauf an, welche Grundlagen für eine Untersuchung bestehen. Auch eine Verbindung mit dem Aussehen ist nicht möglich.

<sup>277</sup> MARKERT, S. 177; gl.A. LEHMANN, Rz. 32: Es bestehe die Gefahr, dass Stereotypen über ethnische Minderheiten in der Gesellschaft verstärkt werden.

<sup>278</sup> MARKERT, S. 177.

<sup>279</sup> LANG et al., S. 245.

### 3.4.1.2. Erforderlichkeit

Im Rahmen der Erforderlichkeit soll geprüft werden, ob der Grundrechtseingriff in sachlicher, räumlicher, persönlicher und zeitlicher Hinsicht das mildeste, noch geeignete Mittel darstellt.<sup>280</sup>

In sachlicher Hinsicht ist der Eingriff nur gerechtfertigt, wenn es keine mildere Massnahme gibt, die das öffentliche Interesse ebenfalls zu erfüllen vermag. Die Massnahme darf auch räumlich nicht mehr als nötig ausgedehnt werden, persönlich nicht mehr Personen involvieren und zeitlich nicht länger dauern soll als nötig.<sup>281</sup>

Grundsätzlich ist darauf zu achten, dass sich Massnahmen, die verschiedene Personen adressieren, hauptsächlich an jene Personen zu richten haben, die zu deren Einsatz Anlass gegeben haben.<sup>282</sup>

In gewissen Fällen kann es hingegen zur Aufklärung eines Verbrechens unabdingbar sein, auf die Phänotypisierung zurückzugreifen. Dies insbesondere dann, wenn die herkömmlichen Ermittlungsinstrumente keine Erkenntnisse zum mutmasslichen Täter beitragen können.<sup>283</sup> Die Phänotypisierung ist diesfalls nicht nur erforderlich, sondern auch gerechtfertigt, da mit den gewonnenen Erkenntnissen nie ein direkter Bezug zu einer bestimmten Person hergestellt werden kann.<sup>284</sup> Ausserdem wird in der Botschaft zur Änderung des DNA-Profil-Gesetzes klar festgehalten, dass der Phänotypisierung immer die Erstellung und der Abgleich des Standard-DNA-Profiles vorauszugehen hat.<sup>285</sup> Auch MARKERT betont, dass zur Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips zuvor stets eine Standard-DNA-Analyse durchgeführt werden muss.<sup>286</sup> So können eine nicht erforderliche Analyse und die Offenlegung persönlicher Merkmale verhindert werden, auch wenn diese Merkmale ohne Abgleich nicht einer bestimmten Person zugeordnet werden können.<sup>287</sup>

Die Möglichkeiten der Standard-DNA-Analyse sind zum Zeitpunkt der Nutzung der Phänotypisierung bereits ausgeschöpft. Das einzige alternative Mittel zur Phänotypisierung für die Untersuchung der DNA wäre die Massenuntersuchung nach Art. 256 StPO. Diese muss jedoch für Ausnahmefälle vorbehalten bleiben, da sie mangels Erfordernis eines

---

<sup>280</sup> BSK BV-EPINEY, Art. 36 BV N 56; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 322; vgl. Erforderlichkeit.

<sup>281</sup> BELSER/WALDMANN, S. 185 f.; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 9 N 133 ff.; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 BV N 39.

<sup>282</sup> KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 9 N 137; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 BV N 39.

<sup>283</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 73.

<sup>284</sup> Votum Keller-Sutter (Bundesrätin), AB N 2021 782.

<sup>285</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 8.

<sup>286</sup> MARKERT, S. 168.

<sup>287</sup> MARKERT, S. 169.

hinreichenden Tatverdachts viel stärker in die Grundrechte von unbeteiligten Dritten eingreift als die Phänotypisierung. Weitere alternative Mittel, ausser die der herkömmlichen Ermittlungsinstrumente, wie bspw. das Sichten von Überwachungskameras oder der Aufnahme von Zeugenaussagen, sind nicht ersichtlich. Sie scheinen in Anbetracht der Tatsache, dass die Behörden erst dann auf eine DNA-Analyse zurückgreifen, wenn sie bei der Aufklärung des Falles nicht mehr weiterkommen, auch nicht zielführend. Somit besteht in sachlicher Hinsicht kein milderes Mittel zum Einsatz als die Phänotypisierung.

Eine Einschränkung in räumlicher Hinsicht ist nicht möglich, ohne dass der Zweck der Phänotypisierung vereitelt wird. Generell ist der räumliche Anwendungsbereich gleich wie bei anderen Ermittlungsinstrumenten. Eine Beschränkung z.B. auf den Kanton Zürich würde eine grosse Einschränkung des Adressatenkreises in persönlicher Hinsicht bewirken. Der Adressatenkreis ist ohnehin bereits auf das Nötigste beschränkt, da mit der Phänotypisierung lediglich Spuren untersucht werden dürfen, die sich am Tatort eines Verbrechens nach dem Deliktskatalog von Art. 258b E-StPO befinden. JANSEN bringt in diesem Zusammenhang vor, dass nach erfolgter Phänotypisierung der in Frage kommende Personenkreis teilweise bereits derart stark eingegrenzt werden konnte, dass sich eine Massenuntersuchung nach Art. 256 StPO, die viel stärker in die Rechte unbeteiligter Drittpersonen eingreifen würde, erübrigt.<sup>288</sup>

Die Aufbewahrungsdauer der Personen- und Spurenprofile wird in Art. 16 E-StPO geregelt. Da die Phänotypisierung nur bei Verbrechen nach Deliktskatalog eingesetzt werden kann, beträgt die Frist zur Löschung der gewonnenen DNA-Profile nach Art. 16 Abs. 2 lit. c und d E-StPO 30 bzw. 40 Jahre, wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als zehn Jahren zu verbüssen ist. In Anbetracht der einerseits besonders schützenswerten Daten, die mit der Phänotypisierung gewonnen und anschliessend im CODIS gespeichert werden, und andererseits der vielen Personen, die ohne oder nur mit einem geringen Verdachtsmoment in ein Verfahren involviert werden können, erscheinen kürzere Aufbewahrungsfristen angemessener zu sein. Auf der anderen Seite handelt es sich bei den Delikten, bei denen die Phänotypisierung angewendet wird, nur um Schwerstverbrechen nach Deliktskatalog, die eine Aufbewahrungsdauer von 30 bzw. 40 Jahren zu rechtfertigen scheinen. Das öffentliche Interesse an Aufklärung solcher Schwerstverbrechen rechtfertigt jedoch die Aufbewahrung solcher Daten. Deshalb ist eine Verkürzung der Fristen zur Löschung der Einträge nicht denkbar. Damit gibt es in zeitlicher Hinsicht kein milderes Mittel.

---

<sup>288</sup> JANSEN, S. 237.

Nach dem Gesagten kann festgehalten werden, dass die Phänotypisierung in sachlicher, räumlicher, persönlicher und zeitlicher Hinsicht erforderlich ist.<sup>289</sup>

### 3.4.1.3. Zumutbarkeit

Bei der Prüfung der Zumutbarkeit erfolgt eine Abwägung zwischen den infrage stehenden öffentlichen Interessen an der Strafverfolgung und den Interessen der am Grundrechtseingriff betroffenen Personen.<sup>290</sup> Es muss eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation bestehen, damit der Eingriff für den Einzelnen zumutbar erscheint. Die negativen Auswirkungen des Eingriffs dürfen für die betroffene Person nicht stärker ins Gewicht fallen als die Auswirkungen auf das öffentliche Interesse, wenn die Massnahme unterbliebe.<sup>291</sup>

Der Bundesrat stellte sich auf den Standpunkt, dass die Phänotypisierung für den Einzelnen zumutbar sei. Dies sei insbesondere deshalb zutreffend, da die Phänotypisierung nur zur Bekämpfung von Verbrechen eingesetzt werde und dies auch nur dann, wenn die anderen Ermittlungsinstrumente ausgeschöpft seien. Nur die Phänotypisierung würde die Ermittlungen noch voranbringen.<sup>292</sup> Auch unter dem Gesichtspunkt, dass nur äusserlich sichtbare Merkmale ausgewertet werden würden, wäre der Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung der Betroffenen zumutbar. Denn die Analyse von gesundheitsbezogenen Eigenschaften oder von Charakter, Verhalten und Intelligenz werde mit Art. 2b Abs. 3 E-DNA-Profil-Gesetz ausdrücklich ausgeschlossen.<sup>293</sup>

Vorab muss hierzu bemerkt werden, dass das öffentliche Strafverfolgungsinteresse umso höher wiegt, je schwerer die aufzuklärende Straftat ist.<sup>294</sup> Da im Parlament die Anwendung der Phänotypisierung auf einen Deliktskatalog beschränkt wurde, der nur schwerwiegende Verbrechen wie Mord, Verstümmelung weiblicher Genitalien, Menschenhandel, sexuelle Handlungen mit Kindern oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit umfasst, ist das Interesse der Strafverfolgung entsprechend als sehr hoch einzustufen.

Gerade die Ausweitung der DNA-Analysen auf die Prävention künftiger Delikte wurde allerdings auch kritisiert. So halten MAIRE/KUSTER fest, dass nicht alle Ersttäter von der Begehung eines Delikts abgehalten werden können. Es ist auch nicht sicher, ob Ersttäter eine zweite Tat verüben werden. Es bleibt somit fraglich, ob sich die präventive

---

<sup>289</sup> So auch der Bundesrat.

<sup>290</sup> BSK BV-EPINEY, Art. 36 BV N 57.

<sup>291</sup> BELSER/WALDMANN, S. 187; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 323; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 9 N 139; vgl. Zumutbarkeit.

<sup>292</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 73.

<sup>293</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 73.

<sup>294</sup> MARKERT, S. 170.

Aufnahme der DNA-Profile ins CODIS überhaupt durch ein öffentliches Interesse rechtfertigen lässt.<sup>295</sup>

Der Kritik, dass Ersttäter nicht zwangsläufig Wiederholungstäter werden, ist beizupflichten. Dem kann aber entgegengehalten werden, dass die DNA-Profile im CODIS je nach Verurteilung gemäss Art. 16 Abs. 2 E-DNA-Profil-Gesetz nach 10-40 Jahren wieder gelöscht werden. Begeht ein Ersttäter innerhalb dieses Zeitraumes keine weitere Straftat, ist sein Profil nicht mehr auffindbar. Die präventive Wirkung besteht deshalb nur für eine beschränkte Zeit. Nachdem die Phänotypisierung und der Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug nur bei Verbrechen gemäss Deliktskatalog angewendet werden dürfen, scheint ein öffentliches Interesse doch gerechtfertigt zu sein.

Nachfolgend ist spezifisch auf die äusseren Merkmale der Augen-, Haar- und Hautfarbe einzugehen. Alle drei gibt der Einzelne seinem Umfeld jeden Tag preis. Auch eine künstliche Veränderung ist für jedermann erkennbar. Somit gehören diese EVCs nicht zum Geheimbereich einer Person, sie sind vielmehr Informationen der Öffentlichkeit.<sup>296</sup> Eine Analyse derselben scheint deshalb für die Aufklärung von Verbrechen nach Deliktskatalog zumutbar. Denn eine möglichst umfassende Aufklärung wiegt bei weitem schwerer als das Interesse des Einzelnen, seine natürlichen äusseren Merkmale zu verbergen.<sup>297</sup> Ausserdem kann die Aufklärung besonders dann vorangetrieben werden, wenn seltene EVCs von Minderheiten gefunden werden. So wird z.B. in einem Land wie der Schweiz oder Deutschland der Kreis der Verdächtigen weit mehr eingeschränkt, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit feststeht, dass der Spurengabe sehr dunkle Haut hat, als dies bei einem Verdächtigen mit heller Haut der Fall ist.<sup>298</sup> Oft ist es auch möglich, dass Minderheiten durch die Phänotypisierung sogar entlastet werden können.<sup>299</sup>

Zum biologischen Alter kann ausgeführt werden, dass dieses den staatlichen Behörden ohnehin wegen regelmässigen Abfragen des Geburtsdatums bekannt ist. Somit scheint es auf den ersten Blick zumutbar, dass es ebenso mittels Phänotypisierung analysiert werden

---

<sup>295</sup> MAIRE/KUSTER, S. 96.

<sup>296</sup> WEST, S. 283.

<sup>297</sup> WEST, S. 284; ZIEGER, Rz. 42.

<sup>298</sup> JANSEN, S. 239: Eine Ungleichbehandlung liegt bei einem solchen Ermittlungserfolg hingegen nicht vor. Denn die Phänotypisierung wird auf alle Spuren gleichermassen angewendet. Erst die weiteren Ermittlungsmassnahmen beschränken sich auf eine bestimmte Personengruppe. Sofern dann noch von einer Ungleichbehandlung gesprochen werden kann, beruht diese auf einem sachlichen Grund. Es wäre hingegen unverhältnismässig, wenn, um eine potenzielle Diskriminierung zu vermeiden, auch noch Personen mit hellerer Haut zu weiteren Untersuchungen gebeten werden würden.; a.A. LEHMANN, Rz. 29: Die Phänotypisierung stellt gewisse Minderheiten systematisch unter Tatverdacht. Es ist gerade in Verbindung mit der Massenuntersuchung künftig mit institutionellem Rassismus zu rechnen.

<sup>299</sup> JANSEN, S. 239 f.

darf.<sup>300</sup> Wegen des durch Krankheiten verursachten Unterschiedes zwischen dem chronologischen und biologischen Alter und den Überschussinformationen, die durch eine Analyse entstehen können, ist es fraglich, ob das biologische Alter überhaupt zuverlässig festgestellt werden kann.<sup>301</sup> Es stellt sich insbesondere die Frage, ob die Verwertung von Überschussinformationen überhaupt erlaubt ist, da Art. 2b Abs. 3 E-DNA-Profil-Gesetz explizit vorsieht, dass gesundheitsbezogene Eigenschaften nicht ausgewertet werden dürfen. Art. 3 E-DNA-Profil-Gesetz bestimmt ferner, dass Überschussinformationen, wenn möglich, zu vermeiden sind. Falls sie trotzdem anfallen, haben sie beim Labor zu verbleiben und dürfen weder an die auftraggebende Behörde noch an Dritte weitergegeben werden. Das Gesetz ist deshalb lückenhaft. So hält auch ZIEGER fest, dass beim derzeitigen Wissenstand besser auf die genetische Altersbestimmung verzichtet werden sollte. Erst wenn eine Vorhersage unabhängig vom Gesundheitszustand möglich sei, wäre sie gerechtfertigt.<sup>302</sup>

Dem stimmt die Autorin zu. Dass weder vom Bundesrat noch vom Parlament eine eindeutige Regelung zu Überschussinformationen diskutiert wurde, ist zu bedauern. Die Bestimmung des Alters scheint nach dem Gesagten für die Betroffenen unzumutbar, da, Stand heute, nicht ausgeschlossen werden kann, dass auch Überschussinformationen zu noch unbekanntem Krankheiten gewonnen werden. In jedem Fall stellt sich auch die Frage, ob diese Informationen der betroffenen Person mitgeteilt werden müssen oder ob sie ein Recht auf Nichtwissen hat, das sich ebenfalls aus Art. 13 Abs. 2 BV ableitet.<sup>303</sup> Unbestritten ist, dass sie darüber informiert werden muss, dass überhaupt solche Überschussinformationen angefallen sind. Dies ergibt sich auch aus Art. 95 Abs. 2 StPO.<sup>304</sup> Ansonsten besteht die Gefahr, dass sie ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht wirksam durchsetzen kann.<sup>305</sup> Sie muss sodann auch die Entscheidungsmacht darüber haben, ob sie Einsicht in die angefallenen Informationen nehmen möchte oder nicht.<sup>306</sup> Da aber weder in der E-StPO noch im E-DNA-Profil-Gesetz eine gesetzliche Grundlage für ein solches Einsichtsrecht geschaffen wurde, kann der Betroffene in einem laufenden Strafverfahren auch keine Einsicht nehmen. Erst wenn das Verfahren abgeschlossen ist, kann er gestützt auf Art. 8 DSGVO beim zuständigen Labor ein schriftliches

---

<sup>300</sup> JANSSEN, S. 236.

<sup>301</sup> LEHMANN, RZ. 35; VIDAKI, S. 231.

<sup>302</sup> ZIEGER, RZ. 50.

<sup>303</sup> LEHMANN, RZ. 38.

<sup>304</sup> BETTICHER, S. 1486.

<sup>305</sup> BETTICHER, S. 1486.

<sup>306</sup> LEHMANN, RZ. 38; ZIEGER, RZ. 57.

Gesuch stellen.<sup>307</sup> Diese Einsichtsmöglichkeit ist ungenügend und in Anbetracht der lückenhaften Regelung im Zusammenhang mit Überschussinformationen wird die Analyse des biologischen Alters als unzumutbar erachtet.

An dieser Stelle wird nochmals auf das Merkmal der biogeografischen Herkunft eingegangen. Dieses wird dem Staat im Gegensatz zum Alter nicht regelmässig offenbart und es handelt sich auch nicht um ein äusseres Merkmal im engeren Sinne. Es ist sogar möglich, dass eine Person ihre kontinentale Herkunft nicht kennt. Deshalb ist die Eingriffintensität erhöht.<sup>308</sup> Wie bereits erwähnt, lassen sich jedoch mit der biogeografischen Herkunft weder die Nationalität noch das Aussehen eruieren. Auch ist deren Feststellung wegen der Wanderbewegungen unserer Vorfahren zwischen den einzelnen Kontinenten nicht immer eindeutig.<sup>309</sup> Eine Einschränkung des Kreises der Verdächtigen ist damit schwierig bzw. teilweise gar nicht möglich, da im Voraus nur selten überprüft werden kann, woher die Vorfahren einer Person stammen.<sup>310</sup> Die Auswertung dieses Merkmals ist mithin nur minim gewinnbringend und rechtfertigt einen schweren Eingriff in die Persönlichkeit des Einzelnen nicht.

Schliesslich sei noch der Vorschlag von ZIEGER/ROEWER einer nationalen Ethikkommission für die Phänotypisierung erwähnt. Diese könnte insbesondere bzgl. den EVCs, deren Analyse für den Einzelnen nicht zumutbar ist, Anwendung finden. So hätten Juristen Polizeivertreter, Ethiker und Genetiker zusammen die Möglichkeit, über die Verhältnismässigkeit im Einzelfall zu entscheiden.<sup>311</sup> Dies hat den Vorteil, dass nicht ein Richter oder die Staatsanwaltschaft allein, sondern die ganze Kommission zusammen unter Abwägung aller Umstände des konkreten Falls einen Entschluss treffen könnte.<sup>312</sup> Eine solche Kommission hat auch den Vorzug, dass sie im Mittelpunkt der forensischen Entwicklungen steht und frühzeitig einen Vorstoss für die Analyse weiterer äusserlicher Merkmale wie die Grösse, Haarstruktur oder Gesichtsform einer Person einreichen könnte.<sup>313</sup>

#### **3.4.1.4. Zwischenfazit**

Zusammenfassend wird festgestellt, dass es sich bei der Phänotypisierung um einen schweren Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung handelt. Es gibt ein

---

<sup>307</sup> BETTICHER, S. 1487.

<sup>308</sup> JANSEN, S. 240; gl.A. MARKERT, S. 178: Die biogeografische Herkunft prägt die Identität eines Menschen stärker als seine Augen- oder Haarfarbe. Sie ist ein höchstpersönliches Recht.

<sup>309</sup> JANSEN, S. 240.

<sup>310</sup> JANSEN, S. 240.

<sup>311</sup> ZIEGER/ROEWER, S. 416.

<sup>312</sup> ZIEGER/ROEWER, S. 416.

<sup>313</sup> ZIEGER/ROEWER, S. 417.

öffentliches Interesse an der Aufklärung begangener und der Verhinderung künftiger Straftaten. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung wurde erkannt, dass sowohl die Augen-, Haar- und Hautfarbe als auch das biologische Alter und die biogeografische Herkunft dazu geeignet sind, das öffentliche Interesse zu wahren.

Auch in sachlicher, räumlicher, persönlicher und zeitlicher Hinsicht ist die Phänotypisierung das mildeste Mittel. Bei der Prüfung der Zumutbarkeit ergab sich hingegen, dass die Analyse der Augen-, Haar- und Hautfarbe zwar als zumutbar angesehen werden kann, da es sich bei diesen EVCs um Informationen der Öffentlichkeit handelt, diejenige des biologischen Alters und der biogeografischen Herkunft jedoch nicht. Bei der Auswertung des biologischen Alters können Überschussinformationen anfallen, zu deren Verwendung es keine eindeutige Regelung gibt. Stand heute kann deshalb eine betroffene Person in einem laufenden Verfahren keine Einsicht in die über sie erhobenen Daten nehmen. Ein Eingriff in das Grundrecht von Art. 13 Abs. 2 BV lässt sich diesbezüglich nicht rechtfertigen.

Schliesslich wird die Auswertung der biogeografischen Herkunft als unzumutbar angesehen, da mit ihr keine signifikante Eingrenzung des Verdächtigenkreises möglich ist. Mit einer Analyse, die nicht wirklich effektiv ist, kann ein schwerer Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung nicht gerechtfertigt werden.

### **3.4.2. Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug**

Nachfolgend wird geprüft, ob der durch den Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug verursachte Eingriff in Art. 13 Abs. 2 BV (i) geeignet, (ii) erforderlich und für die Betroffenen (iii) zumutbar ist, um das öffentliche Interesse der Strafverfolgung zu garantieren.<sup>314</sup>

#### **3.4.2.1. Eignung**

In der Botschaft zur Änderung des DNA-Profil-Gesetzes äusserte sich der Bundesrat nicht zur Verhältnismässigkeit des Suchlaufs nach Verwandtschaftsbezug. Dies ist zu kritisieren, denn nur weil das Bundesstrafgericht ihn als zulässig erachtet hat, ist es nicht auszuschliessen, dass der Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug unverhältnismässig ist.<sup>315</sup>

Wie bereits erläutert, soll mit der Verwandtenrecherche im CODIS nach ähnlichen Personenprofilen gesucht werden, wenn die Standard-DNA-Analyse zu keinem Treffer geführt hat.<sup>316</sup> Werden ähnliche Profile gefunden, wird anhand dieser ein Stammbaum

---

<sup>314</sup> Für die einzelnen Definitionen vgl. Phänotypisierung.

<sup>315</sup> Zum Ganzen Urteil BStGer BB.2015.17 vom 6. Oktober 2015, E. 2.4.

<sup>316</sup> ZIEGER, Rz 28.

erstellt. Personen, die aufgrund Abwesenheiten oder Alter nicht als Spurenleger in Frage kommen, werden von der weiteren Auswertung ausgeschlossen.<sup>317</sup> Nachdem ähnliche Profile zusammengetragen wurden, ist im besten Fall ein Rückschluss auf den Spurenleger möglich. Ist dies der Fall, wird mittels Standard-DNA-Analyse die Identität des Spurenlegers bestätigt.<sup>318</sup>

Können mit der Verwandtenrecherche tatsächlich ähnliche Profile gefunden werden, scheint diese Analyse geeignet zu sein, um die Strafverfolgung effizienter voranzutreiben.

#### **3.4.2.2. Erforderlichkeit**

Wie sich aus Art. 258a E-StPO ergibt, darf die Verwandtenrecherche erst angewendet werden, wenn die bisherigen Untersuchungsmassnahmen erfolglos geblieben sind oder die Ermittlungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig würden. Darüber hinaus wird ihr Gebrauch auf Delikte nach Deliktskatalog beschränkt. In sachlicher Hinsicht kann der Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug deshalb als mildeste Massnahme wahrgenommen werden. Auch in räumlicher Hinsicht ist er das mildeste Mittel, da eine vorgängige geografische Eingrenzung – wie bereits bei der Phänotypisierung – seinen Zweck vereiteln würde.<sup>319</sup>

Was sich aus dem Wortlaut von Art. 258a E-StPO und Art. 2a E-DNA-Profil-Gesetz nicht klar ergibt, ist, dass mit dem Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug nicht jegliche zum Spurenprofil verwandte Person gesucht werden kann, sondern nur jene Personen, die rechtmässig als Tatverdächtige oder als verurteilte Personen im CODIS gespeichert sind.<sup>320</sup> Der Adressatenkreis der Analyse ist deshalb beschränkt und wird durch den Ausschluss der Personen, die aufgrund ihres Alters oder Abwesenheit nicht als Spurenleger in Frage kommen, noch weiter eingeschränkt.<sup>321</sup>

Damit kann auch Wind aus den Segeln jener Kritiker genommen werden, die vorbringen, dass mit dem mutmasslichen Täter verwandte Personen einzig aufgrund ihrer Verwandtschaftsbeziehung in ein Strafverfahren involviert werden würden.<sup>322</sup> Es kann zwar sein, dass die betroffenen Personen bei dem in Frage stehenden Delikt nicht involviert waren, doch sind diese Personen trotzdem rechtmässig aufgrund eines anderen Verfahrens ins CODIS aufgenommen worden. Darüber hinaus wird der Eingriff für die betroffenen

---

<sup>317</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 18.

<sup>318</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 19.

<sup>319</sup> Vgl. Erforderlichkeit.

<sup>320</sup> Bericht EJPD, S. 44; Votum Keller-Sutter (Bundesrätin), AB N 2021 786.

<sup>321</sup> Bericht EJPD, S. 44; Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 18.

<sup>322</sup> Mo. Mazzone.

Personen im Gegensatz zum primären Eingriff, der die Aufnahme ins CODIS zur Folge hatte, als geringfügig angesehen.<sup>323</sup> In persönlicher Hinsicht ist deshalb *de facto* kein milderes Mittel vorhanden. Des Weiteren rechtfertigt die Aufklärung von schwerstverbrechen – wie bei der Phänotypisierung – auch die Aufbewahrung von Daten über einen längeren Zeitraum.<sup>324</sup> Somit ist der Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug das in sachlicher, räumlicher, persönlicher und zeitlicher Hinsicht mildeste Mittel.

### 3.4.2.3. Zumutbarkeit

Beim Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug handelt es sich um eine Zwangsmassnahme, die keiner Zustimmung der betroffenen Person bedarf.<sup>325</sup> Jedoch sollte, wie bei der Phänotypisierung, im Rahmen der Zumutbarkeit auch geregelt werden, inwiefern die Betroffenen Einsicht in die gewonnenen Informationen nehmen können, ohne dass ihr Recht auf Nichtwissen tangiert wird.<sup>326</sup> Denn mit dieser Suche können nicht nur bereits bekannte Verwandtschaften, sondern vielmehr auch unbekannt genetische Verbindungen aufgedeckt werden. Darüber hinaus kann festgestellt werden, dass zwischen zwei Personen, entgegen der bisherigen Annahme, keine Verwandtschaft besteht.<sup>327</sup> Werden solche Familiengeheimnisse aufgedeckt, kann das zu grosser Unsicherheit und Destabilisierung im sozialen Umfeld führen.<sup>328</sup> Hier darf allerdings nicht vergessen werden, dass auch ausserhalb der Strafverfolgung bisher unbekannt Verwandtschaftsverhältnisse aufgedeckt werden können. Das ist bspw. bei der Identifizierung von unbekannt Leichen oder mittels Abstammungstests, die in der Bevölkerung eine breite Anwendung genies- sen, der Fall.<sup>329</sup> Diese Begründung allein genügt jedoch nicht, um bei der Verwandten- recherche von einem unzumutbaren Eingriff auszugehen.

Personen, die ins CODIS aufgenommen werden, sollten in jedem Fall über die Möglich- keit informiert werden, dass im Rahmen der Aufklärung von Verbrechen nach Deliktsska- talog eine Verwandtenrecherche durchgeführt wird. So könnten sich die Betroffenen noch zur Erhebung eines Rechtsmittels gegen die Anordnung entscheiden.<sup>330</sup> Für diese Infor- mationspflicht muss allerdings erst noch eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, denn Art. 2a E-DNA-Profil-Gesetz erwähnt sie nicht.

---

<sup>323</sup> Bericht EJPD, S. 44.

<sup>324</sup> Vgl. Erforderlichkeit.

<sup>325</sup> STAUDINGER, Rz. 19.

<sup>326</sup> Vgl. Zumutbarkeit.

<sup>327</sup> HAIMES, S. 264.

<sup>328</sup> HAIMES, S. 269 f.

<sup>329</sup> STAUDINGER, Rz. 26.

<sup>330</sup> STAUDINGER, Rz. 19.

Auch ungeklärt ist, wie weit das Zeugnisverweigerungsrecht reicht, das Verwandten im Strafverfahren zusteht.<sup>331</sup> So haben nach Art. 168 Abs. 1 lit. c und d StPO die in gerader Linie stehenden Verwandten der beschuldigten Person sowie ihre Geschwister das Recht, ihr Zeugnis zu verweigern. Damit soll das Familienleben und der familiäre Privat- und Geheimbereich geschützt und verhindert werden, dass es zu strafbaren falschen Zeugnisaussagen nach Art. 307 StGB kommt.<sup>332</sup> Der deutsche Bundesgerichtshof hat in diesem Zusammenhang jedoch entschieden, dass eine zeugnisverweigerungsberechtigte Person nicht aktiv zur Überführung der verwandten Person beitrage, wenn ihr DNA-Profil im Rahmen einer Ähnlichkeitsanalyse untersucht werde. Aus diesem Grund sei auch ihr Zeugnisverweigerungsrecht nicht verletzt.<sup>333</sup> Demgegenüber kann gemäss ZIEGER nicht erwartet werden, dass potenzielle Verwandte beim Erstellen eines Stammbaumes zum Ausschluss von nicht infrage kommenden Personen mithelfen.<sup>334</sup>

Da die Verwandtenrecherche bereits angewendet wird, muss schliesslich auch noch ihre Erfolgsquote angeschaut werden. In der Schweiz wurde sie bisher erst 15-mal durchgeführt. Ein wirklicher Durchbruch konnte allerdings nicht erzielt werden.<sup>335</sup> Auch unter Berücksichtigung der 190'286 Personenprofile, die Ende 2020 im CODIS erfasst waren, was 2.19% der 8'670'300 Einwohner in der Schweiz ausmacht, ist die Chance, dass mit dem Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug eine mögliche Täterschaft ermittelt werden kann, relativ klein.<sup>336</sup>

Trotzdem dient die Verwandtenrecherche als unverzichtbares Ermittlungsinstrument. So dürfen auch die Opfer eines schweren Delikts in der Gesamtbetrachtung nicht ausser Acht gelassen werden. Bleibt ihr Fall ungeklärt, können sie grosse psychische Schäden davontragen und auch haftungsrechtliche Ansprüche können ungelöst bleiben.<sup>337</sup> Ausserdem hat

---

<sup>331</sup> BALMER, («Die Verwandtensuche ist seit 2015 möglich»).

<sup>332</sup> BSK StPO-VEST/HORBER, Art. 168 StPO N 1.

<sup>333</sup> Urteil BGH 324/18 vom 1. August 2018, Rz. 64; gl.A. STAUDINGER, Rz. 21: Der Konflikt, den das Zeugnisverweigerungsrecht umgehen soll (strafbare Falschaussagen zugunsten von verwandten Personen), besteht im Fall der DNA-Analyse gar nicht. Ausserdem kann die beschuldigte Person ihr Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht nach Art. 113 StPO geltend machen. Schliesslich können die konkret ermittelten verwandten Personen, die nach Ausschluss der nicht infrage kommenden Personen übrigbleiben, sich immer noch auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht nach Art. 168 StPO berufen.; Urteil BGer 1B\_361/2016 vom 21. November 2016, E. 2: Ein blosses Erdulden erfordert keine aktive Mitwirkung. Es besteht deshalb kein Konfliktpotenzial.

<sup>334</sup> ZIEGER, Rz. 90.

<sup>335</sup> Bericht EJPD, S. 27.

<sup>336</sup> BFS, Bevölkerungszahlen; fedpol, CODIS.

<sup>337</sup> STAUDINGER, Rz. 31.

das Bundesgericht mehrfach klargestellt, dass eine routinemässige Erstellung und Analyse von DNA-Profilen unzulässig bleibt.<sup>338</sup> Die Zumutbarkeit ist folglich zu bejahen.

#### **3.4.2.4. Zwischenfazit**

Zusammengefasst ist unbestritten, dass der Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug für die bereits im CODIS erfassten Personen ein schwerer Eingriff darstellt. Er ist allerdings zur effizienteren Strafverfolgung geeignet und sowohl in sachlicher, räumlicher, persönlicher als auch zeitlicher Hinsicht das mildeste Mittel.

Nach den obigen Ausführungen ist, unter der Bedingung, dass alle Personen, die im CODIS erfasst werden, über die Möglichkeit einer Verwandtenrecherche informiert werden, auch die Zumutbarkeit zu bejahen. Für letzteres und den Umgang mit bei der Verwandtenrecherche anfallenden Überschussinformationen muss jedoch noch eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden.

---

<sup>338</sup> BGE 147 I 372, E. 4.5; BGE 141 IV 87, E. 1.4.2; Urteil BGer 1B\_274/2017 vom 6. März 2018, E. 2.1; Urteil BGer 1B\_381/2015 vom 23. Februar 2016, E. 3.5 f.; BGE 128 II 259, E. 3.4; Urteil BGer 1B\_17/2019 vom 24. April 2019, E. 3.4.

## **F. Rechtsvergleich zur DNA-Analyse in der Strafverfolgung**

In Europa gibt es einige Länder, die die Phänotypisierung und den Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug bereits in ihr Strafprozessrecht aufgenommen haben. So unter anderem Grossbritannien, das über die grösste Erfahrung mit der Verwandtenrecherche verfügt, da sie diese bereits seit 2003 anwendet.<sup>339</sup> Auch Länder wie Deutschland und die Slowakei nutzen zumindest die Phänotypisierung.<sup>340</sup>

Da ein umfassender Rechtsvergleich mit zahlreichen ausländischen Jurisdiktionen den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde, beschränkt sich der Rechtsvergleich auf die Niederlande und Frankreich. Beide Länder haben in ihren Gesetzen einen Deliktskatalog, was eine vertiefte Auseinandersetzung mit unserem Deliktskatalog ermöglicht. Des Weiteren gibt es in beiden Ländern über die Landesgrenzen hinaus bekannte Fälle, die anhand von DNA-Analysen aufgeklärt werden konnten.

### **1. Niederlande**

Die Niederlande sind Pioniere, was die Regelung der Phänotypisierung in der Strafverfolgung angeht. Bereits seit dem Jahr 2003 haben sie diese in ihrem WvStV normiert.<sup>341</sup> Der Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug wurde 2012 eingeführt.<sup>342</sup> Gerade aufgrund ihrer mehrjährigen Erfahrung mit beiden Analysen, soll deren gesetzliche Ausgestaltung sowie die Frage der Löschung der Profile bei einem allfälligen Freispruch näher angeschaut werden. Im Übrigen sollen die beiden prominentesten Fälle durchleuchtet werden.

#### **1.1. Gesetzliche Ausgestaltung**

In Art. 151d Abs. 2 WvStV wird festgehalten, dass die Phänotypisierung nur zur Feststellung des Geschlechts, der Rasse und anderer durch Verordnung äusserlich erkennbarer persönlicher Merkmale durchgeführt werden darf. Art. 1b Besluit DNA-onderzoek in strafzaken zählt zu den weiteren äusseren Merkmalen die Augen-, Haar- und Hautfarbe auf. Der Minister spricht im Zusammenhang mit der Rasse auch vom geografischen Ursprung einer Person, insbesondere der kontinentalen Herkunft.<sup>343</sup>

Zur Analyse des biologischen Alters wird ausgeführt, dass dieses noch tiefer erforscht werden muss und deshalb noch nicht in die Verordnung aufgenommen wurde.<sup>344</sup> Das SIR hat festgehalten, dass es gemäss niederländischem Recht in jedem Fall zu verhindern sei,

---

<sup>339</sup> Bericht EJPD, S. 31.

<sup>340</sup> SIR, DNA in Law Enforcement, S. 6 ff.

<sup>341</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 26.

<sup>342</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 30.

<sup>343</sup> Brief Minister, S. 38.

<sup>344</sup> Brief Minister, S. 38.

dass tatverdächtige Personen oder deren Umfeld aufgrund eines Strafverfahrens über sensible Daten wie Erbkrankheiten informiert würden. Das Recht auf Nichtwissen wiege hier schwerer.<sup>345</sup>

Zulässig ist die Phänotypisierung nach Art. 195f Abs. 4 WvStV nur bei Verdacht auf eine Straftat im Sinne von Art. 67 Abs. 1 WvStV, für die eine Untersuchungshaft angeordnet werden kann. Nach Art. 67 Abs. 1 lit. a WvStV betrifft dies alle Straftaten, für die eine Freiheitsstrafe von mehr als vier Jahren angedroht wird. Ähnlich wie in der Schweiz beschränken die Niederlande die Ermittlung mittels Phänotypisierung auf die Aufklärung von Verbrechen (wohl auch i.S.d. niederländischen Rechts).

In Art. 67 Abs. 1 lit. b WvStV werden sodann einzelne Straftaten aufgezählt, bei denen die DNA-Analyse zusätzlich durchgeführt werden darf. Dies betrifft nicht mehr ausschliesslich Straftaten gegen Leib und Leben oder die sexuelle Integrität einer Person, wie dies beim schweizerischen Deliktskatalog der Fall ist, sondern auch z.B. den

- Aufruf zu Gewalttätigkeiten gegen die öffentliche Gewalt;
- Hacking;
- Abhören und Aufzeichnen von fremder Telekommunikation;
- Aufruf zu Hass oder Diskriminierung von Personengruppen wegen ihrer Rasse, Religion, sexueller Orientierung, Behinderung oder Gewohnheiten;
- Stalking;
- Verletzung von Amts- und Berufsgeheimnissen usw.

In Art. 67 Abs. 1 lit. c WvStV werden ausserdem noch einige Nebenerlasse mit weiteren Delikten aufgezählt.

Ähnlich wie in der Schweiz ist ein Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug nach Art. 151da Abs. 1 WvStV nur zulässig, wenn die Standard-DNA-Analyse nicht bereits zu einer Übereinstimmung geführt hat und es nur wenige Hinweise auf die Identität des Täters gibt.<sup>346</sup>

Die Anwendung der Verwandtenrecherche wurde in der Niederlande im Unterschied zur Phänotypisierung auf einen Deliktskatalog beschränkt. Gemäss Art. 151da Abs. 3 WvStV ist sie nur bei Straftaten zulässig, die mit einer Freiheitsstrafe von mehr

---

<sup>345</sup> SIR, DNA in Law Enforcement, S. 78.

<sup>346</sup> Memorie Toelichting, S. 6.

als acht Jahren bedroht sind und bei den im Katalog abschliessend aufgezählten Delikten.<sup>347</sup>

Damit ist der niederländische Deliktskatalog grundsätzlich deckungsgleich mit jenem in der Schweiz, allerdings gibt es leichte Abweichungen bei den Handlungen gegen die sexuelle Integrität. So sind z.B. sexuelle Handlungen mit Abhängigen (Art. 188 StGB) in der Schweiz nicht vom Katalog erfasst.

Schliesslich wird in Art. 16 Abs. 1 und 2 Besluit DNA-onderzoek in strafzaken festgehalten, dass das DNA-Profil einer Person, die nicht mehr verdächtig ist, umgehend gelöscht wird. Gleich verhält es sich bei einem Freispruch oder der Einstellung des Verfahrens. Nach Art. 16 Abs. 3 Besluit DNA-onderzoek in strafzaken kann das DNA-Profil nur weiterhin aufbewahrt werden, wenn es mit dem Profil eines unbekanntes Verdächtigen in einem anderen Fall übereinstimmt.

## **1.2. Rechtsprechung**

Der bekannteste Fall in der Niederlande ist der von Marianne Vaatstra. Sie wurde am 1. Mai 1999 vergewaltigt und ermordet aufgefunden. Der Täter konnte erst 13 Jahre später überführt werden.<sup>348</sup>

Zuerst wurde ein Bewohner des Asylheims in der unmittelbaren Nähe des Tatorts verdächtig.<sup>349</sup> Er konnte jedoch nicht überführt werden. Am Tatort konnte allerdings ein Spurenprofil abgenommen werden.<sup>350</sup> Dieses wurde im Jahr 2000, als die Phänotypisierung noch nicht gesetzlich zulässig war, auf die biogeografische Herkunft des Täters analysiert. Das zuständige Labor kam zum Schluss, dass der Täter höchstwahrscheinlich ein Mann nordwesteuropäischer Abstammung war. Gleichzeitig hatten sechs Verhaltensexperten ihre Analyseergebnisse veröffentlicht, die ergaben, dass der Täter höchstwahrscheinlich in einem Umkreis von 15 Kilometern vom Tatort wohnte. Der zunächst verdächtige Bewohner des Asylheims konnte so von den Untersuchungen endgültig ausgeschlossen werden. Da aber mit dem Merkmal der nordwesteuropäischen Herkunft der Kreis der Verdächtigen nicht verkleinert, sondern vergrössert wurde, konnte der Täter immer noch nicht gefunden werden.<sup>351</sup>

---

<sup>347</sup> Vgl. Anhang 3: Deliktskatalog Niederlande.

<sup>348</sup> JONG/M'CHAREK, S. 347 f.

<sup>349</sup> JONG/M'CHAREK, S. 356.

<sup>350</sup> JONG/M'CHAREK, S. 357.

<sup>351</sup> JONG/M'CHAREK, S. 358.

Erst im Jahr 2012, als die Verwandtenrecherche eingeführt wurde, hat die Polizei den Fall nochmals neu aufgerollt. 8'080 Männer wurden zur Teilnahme an einem Massenscreening aufgeboten. Ende 2012 konnte dann Jasper S. als Täter überführt werden, da seine DNA vollständig mit der des Spurenprofils vom Tatort übereinstimmte.<sup>352</sup>

Der Fall von Vaatstra zeigt eindrücklich auf, wie ein Zusammenspiel der Phänotypisierung und dem Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug die Ermittlungen weiterführen können, wenn die herkömmlichen Ermittlungsmethoden und die Standard-DNA-Analyse nicht zum Ziel führen. Es muss aber auch bedacht werden, dass die Analyse der biogeografischen Herkunft, die grundrechtlich eher unzumutbar erscheint, zwar den potenziellen Verdächtigen entlasten konnte, jedoch nicht zur Überführung des Täters geführt hat.

Ein weiterer Fall, der in der Niederlande für Aufsehen sorgte, war die Vergewaltigung und der qualifizierte Totschlag von Milica van Doorn, die am 8. Juni 1992 halbbekleidet und leblos aufgefunden wurde.<sup>353</sup> Im Abstrich vom Anus konnte Sperma gefunden werden, aus dem neben dem DNA-Profil von van Doorn auch das Profil des unbekanntes Täters gewonnen werden konnte. Der unbekanntes Täter konnte allerdings trotzdem jahrelang nicht identifiziert werden. Bei einer erneuten Untersuchung im Jahr 2015 konnten auch in den Abstrichen der Vagina und des Gebärmutterhalskanals fremde DNA-Profile sichergestellt werden, die mit demjenigen aus dem Anus übereinstimmten. Anhand dieser drei Spurenprofile wurde 2017 eine gross angelegte Verwandtenrecherche durchgeführt, aufgrund derer dann ein Verdächtiger verhaftet und schliesslich überführt werden konnte.<sup>354</sup>

Im Fall von van Doorn dauerte es ganze 25 Jahre, bis überhaupt ein Täter gefunden und weitere 5 Jahre, bis das Urteil in zweiter Instanz rechtskräftig ausgesprochen wurde. Ihr Fall ist ein gutes Beispiel dafür, dass ein Täter oft nicht wie in einem Kriminalroman innert kürzester Zeit gefunden werden kann, sondern dass dies, wie auch hier, Jahrzehnte dauern kann. Wiederrum führte der Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug zum Erfolg. Somit zeigt sich der Nutzen dieser Analyse bei langjährigen ungeklärten Fällen klar.

## **2. Frankreich**

In Frankreich wurde der Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug – anders als in der Niederlande – vor der Phänotypisierung das erste Mal angewendet.<sup>355</sup> Frankreich ist ausserdem

---

<sup>352</sup> JONG/M'CHAREK, S. 359.

<sup>353</sup> Gerichtshof Amsterdam, («Cold case»).

<sup>354</sup> Urteil Gerichtshof Amsterdam 23-004643-18 vom 10. Februar 2022, E. 5.

<sup>355</sup> Bericht EJPD, S. 31; Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 27.

eines der einzigen Länder, dass für die Verwandtenrecherche von Anfang an einen abschliessenden Deliktskatalog eingeführt hat.<sup>356</sup> Nachfolgend wird deshalb auch ihre gesetzliche Ausgestaltung der DNA-Analyse näher betrachtet. Als Beispiel aus der Rechtsprechung wird der Fall Elodie Kulik erläutert.

## **2.1. Gesetzliche Ausgestaltung**

Das französische Strafprozessrecht enthält keine Bestimmung zur Phänotypisierung von DNA-Profilen.<sup>357</sup> In einem Urteil hat der oberste Gerichtshof jedoch entschieden, dass die Analyse von Spurenprofilen am Tatort bzgl. der Merkmale, die einen offensichtlichen morphologischen Charakter haben, zulässig ist, da anhand der genetischen Fingerabdrücke keine Identifizierung des Täters möglich war.<sup>358</sup> Das Merkmal der biogeografischen Herkunft wurde hingegen nicht zugelassen.<sup>359</sup> Es wird deshalb vermutet, dass mit den offensichtlichen Merkmalen die Augen-, Haar- und Hautfarbe gemeint sind.

Art. 706-56-1-1 CPP regelt die Anordnung des Suchlaufs nach Verwandtschaftsbezug. Gemäss diesem kann bei einem unbekanntem Spurenprofil eine Verwandtenrecherche durchgeführt werden, jedoch nur bei den in Art. 706-54 Abs. 1 und 2 CPP genannten Personen. Diese Bestimmung verweist auf Art. 706-55 CPP, der einen Katalog aller Delikte aufführt, bei denen genetische Fingerabdrücke und Spuren erfasst werden dürfen.<sup>360</sup>

Die erfassten Delikte widerspiegeln im Grossen und Ganzen unseren Deliktskatalog. Auffallend ist nur, dass in Frankreich auch der Handel mit Betäubungsmitteln, die Förderung von Prostitution, Diebstahl, Vergiftung, Geldfälschung sowie die Herstellung von und der Handel mit Waffen aufgelistet werden. In diesem Sinne ist der französische Katalog etwas breiter gefasst.

Zur Aufbewahrung der Personen- und Spurenprofile hält Art. 706-54 CPP fest, dass alle Profile, die mit einer Straftat nach Art. 706-55 CPP in Zusammenhang stehen, zentral gespeichert werden. Art. R53-10 Abs. 2 Ziff. 1 CPP präzisiert sodann, dass genetische Fingerabdrücke nur gespeichert werden dürfen, wenn die betroffenen Personen auch schuldig gesprochen wurden.

---

<sup>356</sup> Botsch. Änderung DNA-Profil-Gesetz, S. 28.

<sup>357</sup> SIR, DNA in Law Enforcement, S. 47.

<sup>358</sup> Urteil Cour de cassation – Chambre criminelle 13-87.493 vom 25. Juni 2014.

<sup>359</sup> MARKERT, S. 96.

<sup>360</sup> Vgl. Anhang 4: Deliktskatalog Frankreich.

## 2.2. Rechtsprechung

In Frankreich gab es ebenfalls einen Fall, der für Aufsehen sorgte. So wurde Elodie Kulik am 12. Januar 2002 auf einem verlassenen Militärgelände tot aufgefunden. Die Ermittler hatten aus einem am Tatort gefundenen Kondom Sperma gewinnen können, jedoch ergab sich für das eruierte Spurenprofil keine Übereinstimmung mit einem in der nationalen Datenbank gespeicherten Personenprofil.<sup>361</sup>

Erst im Jahr 2011 konnte einer ihrer Mörder identifiziert werden. Mittels Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug wurde eine Person gefunden, die bereits in der nationalen DNA-Datenbank erfasst war und die eine genetische Gemeinsamkeit mit dem Mörder aufwies.<sup>362</sup> Der Mann sass bereits seit 2001 wegen sexuellen Übergriffen im Gefängnis, weshalb das Spurenprofil vom Tatort auch mit dem Profil seiner Ehefrau verglichen wurde. Das Ergebnis war, dass das Spurenprofil vom Tatort zum Profil einer ihrer Kinder gehören musste. Kurz darauf wurde eine Übereinstimmung mit der DNA von einem ihrer Söhne, Grégory Wiart, gefunden. Dieser war jedoch 2003 bei einem Verkehrsunfall ums Leben gekommen. Nach der Exhumierung seiner Leiche konnte festgestellt werden, dass es sich bei Grégory Wiart tatsächlich um einen der Täter handelte.<sup>363</sup>

Auch dieser Fall zeigt anschaulich, dass der Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug ein zielführendes Mittel darstellen kann, wenn die bisherig genutzten Ermittlungsmethoden zu keiner Aufklärung führen konnten. Er ist ausserdem ein gutes Beispiel für die praktische Umsetzung der Verwandtschaftsrecherche.

## 3. Zwischenfazit

Rekapitulierend kann bemerkt werden, dass sowohl in der Niederlande als auch in Frankreich die Auswertung der Augen-, Haar- und Hautfarbe gesetzlich erlaubt ist. Des Weiteren wurde in der Niederlande die Analyse der biogeografischen Herkunft zugelassen. Sie haben sich allerdings gegen eine Analyse des biologischen Alters ausgesprochen, da es unter allen Umständen zu verhindern ist, dass eine verdächtige Person oder ihr Umfeld im Rahmen eines Strafverfahrens von allfälligen Krankheitsdispositionen erfährt. Diese Begründung ist einleuchtend und unterstützt auch die Stimmen in der Lehre, die gegen eine Auswertung des biologischen Alters in der Schweiz sind. Meines Erachtens sollte zuerst geregelt werden, wie die anfallenden Überschussinformationen gehandhabt

---

<sup>361</sup> PIEL, («Introduction»).

<sup>362</sup> PIEL, («Une approche inédite»).

<sup>363</sup> PIEL, («Une approche inédite»).

werden sollen und wie die betroffenen Personen in einem laufenden Verfahren Einsicht in ihre Daten nehmen können, bevor die Analyse des biologischen Alters erlaubt wird.

In der Niederlande und in Frankreich kann der Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug nur bei Verbrechen nach Deliktskatalog angeordnet werden. Der niederländische Katalog ist grundsätzlich deckungsgleich mit jenem in der Schweiz. Auch in Frankreich sind Verbrechen wie die Förderung der Prostitution, Diebstahl oder die Herstellung von und der Handel mit Waffen erfasst. Somit ist der französische Katalog zwar breiter gefasst, jedoch sind im Katalog der Schweiz die schwersten Verbrechen eingeschlossen. Es entspricht auch dem Verhältnismässigkeitsprinzip, wenn bei der erstmaligen Einführung eines Deliktskatalogs für die Phänotypisierung und den Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug eine Beschränkung auf das Wesentliche erfolgt. Da es sich beim Diebstahl und dem Handel mit Waffen nicht um Kapitalverbrechen handelt, rechtfertigt sich deren Nichtaufnahme in den Katalog. Solche Verbrechen können im Gegensatz zu bspw. einer Vergewaltigung mit Todesfolge auch mit anderen Ermittlungsmethoden aufgeklärt werden. Dies haben auch die Fälle Vaatstra, van Doorn und Kulik deutlich aufgezeigt.

Schliesslich müssen die DNA-Profile von verdächtigen Personen in beiden Ländern nach einem Freispruch umgehend gelöscht werden bzw. dürfen erst gespeichert werden, wenn auch ein Schuldspruch erfolgt ist. Dies stellt die geplante Regelung in der Schweiz in ein noch schlechteres Licht. Dies nicht nur, weil zwei Vorreiterjurisdiktionen bei der Anwendung von DNA-Analysen in der Strafverfolgung eine eindeutige Regelung zum Freispruch vorsehen, sondern auch aufgrund der präjudiziellen Wirkung eines Urteils des EGMRs. In diesem hat der EGMR entschieden, dass eine Aufbewahrung von DNA-Profilen nach einem Freispruch unverhältnismässig ist. Wer freigesprochen wurde, ist zumindest hinsichtlich des aufzuklärenden Delikts unschuldig. Deshalb ist der Schweizer Weg in diesem Punkt nicht nachvollziehbar und sollte nach Auffassung der Autorin *de lege ferenda* angepasst werden. Bis dahin ist an die Behörden und die Rechtsprechung zu appellieren, die Aufbewahrung von DNA-Profilen nach einem Freispruch nur mit äusserster Zurückhaltung zuzulassen.

## G. Schlussfazit

Mit der Phänotypisierung können nicht nur persönlichkeitsneutrale, sondern auch persönlichkeitsbestimmende Merkmale der DNA ausgewertet werden. Im Rahmen der Grundrechtsprüfung wurde festgestellt, dass es sich dabei um einen schweren Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung handelt. Auch beim Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug handelt es sich für die bereits im CODIS erfassten Personen um einen schweren Eingriff in das Grundrecht von Art. 13 Abs. 2 BV. Der Eingriff lässt sich allerdings hinsichtlich der Auswertung der Augen-, Haar- und Hautfarbe sowie der Verwandtenrecherche mit dem öffentlichen Interesse an der Aufklärung begangener und der Verhinderung künftiger Straftaten rechtfertigen. Dies insbesondere deshalb, weil die Zulässigkeit auf Verbrechen nach Deliktskatalog beschränkt wurde. Die Analyse und Auswertung des biologischen Alters und der biogeografischen Herkunft werden hingegen als unzumutbar gewertet.

Zur Begründung wird einerseits argumentiert, dass mit der Auswertung der biogeografischen Herkunft keine signifikante Eingrenzung des Verdächtigenkreises möglich ist. Dies kann auch damit bekräftigt werden, dass sowohl bei den Fällen Vaatstra und van Doorn in der Niederlande als auch beim Fall Kulik in Frankreich keine wirklichen Erfolge mit der biogeografischen Herkunft erzielt werden konnten. Zum biologischen Alter wird andererseits ausgeführt, dass Überschussinformationen hinsichtlich unbekannter Krankheitsdispositionen anfallen können, zu deren Handhabung es keine eindeutige Regelung gibt. Den betroffenen Personen bleibt es sogar verwehrt während eines laufenden Verfahrens Einsicht in die über sie erhobenen Daten zu nehmen. Deshalb ist die Auswertung des Alters unzumutbar. Im Übrigen haben sich auch die Niederlande gegen eine Analyse des biologischen Alters ausgesprochen.

Hinsichtlich der Überschussinformationen sollte Art. 3 E-DNA-Profil-Gesetz angepasst werden. Ein Vorschlag wäre deshalb der folgende Zusatz:

### *Art. 3 Überschussinformationen*

*<sup>3</sup> Den Personen, bei denen eine DNA-Analyse durchgeführt wurde, ist jedoch auf Gesuch hin sowohl in einem laufenden Verfahren als auch nach Verfahrensabschluss Einsicht in die über sie gewonnenen Überschussinformationen zu gewähren.*

Des Weiteren sollte auch Personen, die im Rahmen eines Suchlaufs nach Verwandtschaftsbezug gesucht werden, hinsichtlich der über sie gewonnen

Überschussinformationen Einsicht gewährt werden. Ausserdem sollten sie vor ihrer Erfassung ins CODIS über die Möglichkeit einer Verwandtenrecherche informiert werden. In diesem Sinne könnte ein Art. 2a Abs. 2 E-DNA-Profil-Gesetz eingefügt werden:

*Art. 2a            Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug*

*<sup>2</sup> Alle Personen, die im Informationssystem erfasst werden, müssen vor ihrer Erfassung über die Möglichkeit der Durchführung eines Suchlaufs nach Verwandtschaftsbezug informiert werden.*

Zum verabschiedeten Deliktskatalog kann festgehalten werden, dass der niederländische mit dem schweizerischen Deliktskatalog weitgehend deckungsgleich ist. In Frankreich ist er zwar etwas breiter gefasst, jedoch sind auch in unserem Katalog die schwersten Verbrechen eingeschlossen. Es ist verhältnismässig, wenn bei der erstmaligen Einführung eines Deliktskatalogs für die Phänotypisierung und den Suchlauf nach Verwandtschaftsbezug eine Beschränkung auf die wesentlichen Verbrechen erfolgt. Dies kann auch nicht mit dem Votum umgestossen werden, dass der Deliktskatalog breiter gefasst oder ein sich bewährter, bereits bestehender Katalog wie derjenige der verdeckten Übermittlung übernommen werden sollte. Denn die verdeckte Ermittlung verfolgt ein anderes Ziel als die DNA-Analyse.

Im Übrigen überzeugt auch die Argumentation, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip in Art. 197 StPO bereits eine genügende Einschränkung darstelle, nicht. Schliesslich besteht weder bei der Durchführung der Phänotypisierung noch bei der Verwandtenrecherche ein hinreichender Tatverdacht bezüglich einer bestimmten Person. Konkret werden nur unbekannte Spurenproben vom Tatort ausgewertet. *De facto* kann auch die Bemerkung, dass der vorgeschlagene Katalog lückenhaft sein könnte, insofern entkräftet werden, als dass eine nachträgliche Anpassung immer möglich ist. Dies hat das Beispiel des Katalogs der verdeckten Ermittlung, der sechsmal geändert wurde, bewiesen. Deshalb ist der verabschiedete Deliktskatalog nicht weiter zu beanstanden.

An dieser Stelle soll nochmals die Regelung zur Aufbewahrung von DNA-Proben bei einem Freispruch angesprochen werden. Weder der Bundesrat noch das Parlament haben sich im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses damit auseinandergesetzt, ob und wie eine Aufbewahrung nach einem Freispruch mit der Unschuldsvermutung zu vereinbaren ist. Der EGMR hat zu diesem Sachverhalt festgehalten, dass die Aufbewahrung des DNA-Profiles einer freigesprochenen Person den Verdacht erhärtet, dass sich diese Person trotzdem noch einer Straftat schuldig machen könnte. Deshalb sei die weitere Aufbewahrung

unverhältnismässig. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Daten in der Schweiz nur während höchstens zehn Jahren gespeichert werden. So werden die DNA-Profile von Personen, die im Laufe des Verfahrens als Täter ausgeschlossen werden, sofort nach Abschluss gelöscht. Auch in der Niederlande und in Frankreich müssen die DNA-Profile nach einem Freispruch gelöscht werden. Art. 16 Abs. 4 E-DNA-Profil-Gesetz sollte deshalb vollumfänglich aus dem Gesetz gestrichen oder durch die Rechtsprechung sehr restriktiv ausgelegt werden.

Zu guter Letzt kann festgehalten werden, dass den Fortschritten bei den forensischen DNA-Analysen auch in der Schweiz Rechnung getragen werden sollte, solange sie noch verhältnismässig sind. Ein Zusammenspiel der Phänotypisierung und des Suchlaufs nach Verwandtschaftsbezug hat bereits in anderen Ländern zur Aufklärung von jahrzehntelang ungelösten Fällen geführt. Mit der neuen Gesetzgebung keimt etwa auch eine kleine Hoffnung auf, dass auch der Fall Emmen nochmals aufgerollt und mit einer Verurteilung abgeschlossen werden kann. So hält uns dieser doch vor Augen, dass neben den von der DNA-Analyse betroffenen Personen auch an die Opfer gedacht werden muss. Letztendlich sind es sie, die ohne endgültigem Schuldspruch nie zur Ruhe kommen können.

## **Anhang 1: Eigenständigkeitserklärung**

Ich erkläre hiermit, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig, ohne Mithilfe Dritter und nur unter Benützung der angegebenen Quellen verfasst habe.

Gleichzeitig nehme ich zur Kenntnis, dass die ausschliesslichen Verwendungsbefugnisse dieser Arbeit bei der ZHAW liegen. Das Recht auf Nennung der Urheberschaft bleibt davon unberührt.

Winterthur, 25. Mai 2022

Vanessa Studerus

## Anhang 2: Deliktskatalog Schweiz

<b>Art.</b>	<b>Delikt</b>
Art. 111 StGB	Vorsätzliche Tötung
Art. 112 StGB	Mord
Art. 113 StGB	Totschlag
Art. 118 Abs. 2 StGB	Schwangerschaftsabbruch ohne Einwilligung der schwangeren Frau
Art. 122 StGB	Vorsätzliche schwere Körperverletzung
Art. 124 StGB	Verstümmelung weiblicher Genitalien
Art. 140 StGB	Raub
Art. 156 Ziff. 2 und 4 StGB	Qualifizierte Erpressung (gewerbsmässige und fortgesetzte Tatbegehung und Bedrohung vieler Menschen/schwere Sachbeschädigung)
Art. 182 StGB	Menschenhandel
Art. 184 StGB	Qualifizierte Freiheitsberaubung und Entführung
Art. 185 StGB	Geiselnahme
Art. 187 StGB	Sexuelle Handlungen mit Kindern
Art. 189 Abs. 1 und 3 StGB	Sexuelle Nötigung inkl. grausamer Tatbegehung
Art. 190 Abs. 1 und 3 StGB	Vergewaltigung inkl. grausamer Tatbegehung
Art. 191 StGB	Schändung
Art. 260ter StGB	Delikte krimineller Organisationen
Art. 264 StGB	Völkermord
Art. 264a StGB	Verbrechen gegen die Menschlichkeit
Art. 264b-264j StGB	Kriegsverbrechen
Art. 264k StGB	Strafbarkeit des Vorgesetzten bei Kriegsverbrechen
Art. 264l StGB	Handeln auf Befehl oder Anordnung bei Kriegsverbrechen

### Anhang 3: Deliktskatalog Niederlande

Art.	Delikt <sup>364</sup>
Art. 109 WvStR	Tätlicher Angriff auf den König
Art. 110 WvStR	Tätlicher Angriff auf die Ehegattin des Königs oder seine Nachfolgen
Art. 141 Abs. 2 Ziff. 1 WvStR	Begehen einer Gewalttat oder Zerstörung einer Sache mit Körperverletzung als Folge
Art. 181 Ziff. 2 WvStR	Schwere Körperverletzung
Art. 182 WvStR	Ausübung oder Androhung von Gewalt gegen einen Beamten mit Körperverletzung oder Tod als Folge
Art. 247 WvStR	Sexuelle Handlungen mit bewusstlosen, geistig behinderten Personen oder Personen unter 16 Jahren
Art. 248a WvStR	Täuschung einer minderjährigen Person oder Missbrauch einer beherrschenden Stellung zur Durchführung von unzüchtigen Handlungen mit derselben
Art. 248b WvStR	Sexuelle Handlungen mit Minderjährigen gegen Entgelt
Art. 249 WvStR	Sexuelle Handlungen mit Kindern, Schülern oder anderen in der Obhut stehenden Personen, sexuelle Handlungen mit Patienten, Anstaltspfleglingen, Gefangenen, Beschuldigten, Waisenkindern
Art. 281 Abs. 1 Ziff. 1 WvStR	Entführung einer minderjährigen Frau, um sich ihr Vermögen zu verschaffen
Art. 290 WvStR	Kindestötung
Art. 300 Abs. 2 und 3 WvStR	Schwere Körperverletzung und Körperverletzung mit Todesfolge
Art. 301 Abs. 2 WvStR	Vorsätzlich begangene Straftat mit schwerer Körperverletzung als Folge

<sup>364</sup> Im WvStR werden die einzelnen Straftaten nur umschrieben und nicht wie in unserem StGB unter einen Begriff subsumiert. Bei den aufgezählten Straftaten handelt es sich deshalb nur um Annahmen aus den jeweiligen Beschrieben des WvStR.

#### Anhang 4: Deliktskatalog Frankreich

Art.	Delikt <sup>365</sup>
Art. 222-32 CP	Sexuelle Zurschaustellung an einem für die Öffentlichkeit zugänglichen Ort
Art. 222-26-2 CP	Vergewaltigung unter übermässigem Konsum von psychoaktiven Substanzen
Art. 227-22-2 CP	Aufforderung von Minderjährigen zu sexuellen Handlungen über elektronische Kommunikationsmittel
Art. 227-23-1 CP	Aufforderung von Minderjährigen zur Verbreitung oder Übertragung von pornografischen Inhalten
Art. 221-1 bis Art. 221-5 CP	Vorsätzliche Angriffe auf das Leben einer Person
Art. 222-1 bis Art. 222-18 CP	Vorsätzliche Angriff auf die körperliche Unversehrtheit einer Person
Art. 222-34 bis Art. 222-40 CP	Handel mit Betäubungsmitteln
Art. 224-1 bis Art. 224-8 CP	Verletzung der Freiheiten einer Person
Art. 225-4-1 bis Art. 225-4-4 CP	Menschenhandel
Art. 225-5 bis Art. 225-10 CP	Zuhälterei und damit zusammenhängende Straftaten
Art. 225-12-1 bis Art. 225-12-3 CP	Förderung der Prostitution
Art. 225-12-5 bis Art. 225-12-7 CP	Ausbeutung von Bettelei
Art. 227-18 bis Art. 227- CP	Gefährdung der Gesundheit und der Sittlichkeit von Minderjährigen
Art. 221-5-6 CP	Bedrohung des Lebens einer Person durch vorsätzliche Vergiftung
Art. 222-18-4 CP	Verletzung der körperlichen Unversehrtheit einer Person durch vorsätzliche Vergiftung
Art. 311-1 bis Art. 311-13 CP	Einfacher und schwerer Diebstahl
Art. 312-1 bis Art. 312-9 CP	Erpressung

<sup>365</sup> Im CP werden nicht alle Straftaten, wie in unserem StGB, unter einen Begriff subsumiert. Einzelne werden nur umschrieben. Bei diesen handelt es sich deshalb nur um Annahmen aus den jeweiligen Beschreibungen des CP.

Art. 313-2 CP	Schädigung einer Person, die besonders schutzbedürftig ist, unter Ausübung einer Aufgabe der öffentlichen Gewalt oder Vortäuschung einer solchen
Art. 322-1 bis Art. 322-14 CP	Zerstörung, Beschädigung oder Verstümmelung des Eigentums anderer
Art. 410-1 bis Art. 413-12 CP	Angriffe auf die grundlegenden Interessen der Nation
Art. 421-1 bis Art. 421-6 CP	Terroristische Handlungen
Art. 442-1 bis Art. 442-5 CP	Fälschung von französischen Münzen oder Banknoten; Transport, Inverkehrbringen oder Besitz von Falschgeld; Fälschung von französischen oder ausländischen Münzen oder Banknoten, die nicht mehr als Zahlungsmittel zugelassen sind; Inverkehrbringen eines nicht genehmigten Währungszeichens; Herstellung, Besitz oder Verwendung von Materialien und Instrumenten zur Herstellung von Falschgeld
Art. 450-1 CP	Kriminelle Organisation
Art. 461-1 bis Art. 461-31 CP	Kriegsverbrechen und -vergehen
Art. 222-52 bis Art. 222-59 CP	Waffenhandel
Art. L. 2339-2 bis Art. L. 2339-4-1 CD	Herstellung von und Handel mit Waffen und Kriegsmaterial
Art. L. 2339-10 bis Art. L. 2339-11-2 CD	Einfuhr, Ausfuhr und Transfer von Waffen und Kriegsmaterial
Art. L. 2353-4 CD	Unerlaubte Herstellung von Spreng- oder Brandsätzen oder von Sprengstoffen
Art. L. 2353-13 CD	Unerlaubter Erwerb, Besitz, Transport oder Tragen von Sprengstoffen oder Sprengkörpern
Art. L. 317-1-1 bis Art. L. 317-9 CSI	Herstellung von und Handel mit Waffen und Kriegsmaterial
Art. 321-1 bis Art. 321-7 CP	Hehlerei
Art. 324-1 bis Art. 324-6 CP	Einfache und schwere Geldwäscherei