

Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: UH120024-O/U/br

Mitwirkend: der Oberrichter lic. iur. K. Balmer, Präsident, der Ersatzoberrichter lic. iur. A. Schärer und die Ersatzoberrichterin lic. iur. M. Bertschi sowie der Gerichtsschreiber Dr. T. Graf

Beschluss vom 6. Juli 2012

in Sachen

X.

Beschwerdeführer

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt ...

gegen

1. **Kantonspolizei Zürich**, Kasernenstr. 29, 8004 Zürich,
2. **Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich**, Florhofgasse 2,
8001 Zürich,

Beschwerdegegnerinnen

sowie

Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich, Molkenstr. 15/17, 8004 Zürich,

Verfahrensbeteiligte

betreffend **DNA-Profil**

Beschwerde gegen die Verfügung der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich vom 17. Januar 2012 (Konkretisierung der Allgemeinverfügung vom 19. Juli 2011)

Erwägungen:

1. Die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich führt gegen X. (Beschwerdeführer) eine Strafuntersuchung wegen sexueller Handlungen mit Kindern (Urk. 14). Dem Beschwerdeführer wurde am 17. Januar 2012 gestützt auf eine Anordnung der Kantonspolizei Zürich (Beschwerdegegnerin 1) vom gleichen Tag ein Wangenschleimhautabstrich (WSA) zwecks DNA-Profilerstellung abgenommen (Urk. 14/9/1 bzw. 5). Diese Anordnung stand im Kontext mit einer dem Beschwerdeführer am genannten Tag ausgehändigten Verfügung der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Beschwerdegegnerin 2) vom 19. Juli 2011 (Urk. 14/9/2 bzw. 4).

2. Mit Eingabe vom 27. Januar 2012 liess der Beschwerdeführer durch seinen Verteidiger gegen die "Verfügung der Beschwerdegegnerin 2 vom 17. Januar 2012" Beschwerde erheben (Urk. 2). Darin wird der Hauptantrag auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung, Vernichtung des abgenommenen WSA sowie des allenfalls bereits erstellten DNA-Profiles und Unterlassung bzw. Löschung eines Eintrags im DNA-Profil-Informationssystem gestellt; im Sinne eines Eventualantrags wird die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Anordnung der Unterlassung eines Eintrags in das DNA-Profil-Informationssystem beantragt (Urk. 2 S. 2).

Die beiden Beschwerdegegnerinnen beantragen vollumfängliche Abweisung der Beschwerde (Urk. 11/12). In der Replik wird an den gestellten Anträgen festgehalten (Urk. 26). Die Beschwerdegegnerin 2 verzichtete auf eine Duplik (Urk. 30). Die Duplik der Beschwerdegegnerin 1 (Urk. 31) wurde dem Beschwerdeführer bzw. seinem Verteidiger zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 33). Weitere Eingaben gingen nicht mehr ein. Die Sache erweist sich demnach als spruchreif.

3. Der gestellte Antrag auf Bestellung des Verteidigers als Offizialanwalt des Beschwerdeführers ist mittlerweile gegenstandslos geworden, weil der Anwalt mit Wirkung ab dem Datum der Gesuchsstellung (27. Januar 2012) - welches Datum auch die Beschwerde trägt - von der Beschwerdegegnerin 2 zum amtlichen Verteidiger bestellt wurde (Urk. 10).

Der Beschwerde wurde mit Präsidialverfügung vom 13. Februar 2012 insofern aufschiebende Wirkung verliehen, als das allenfalls bereits erstellte DNA-Profil des Beschwerdeführers einstweilen nicht in das Informationssystem gemäss Art. 11 DNA-Profilgesetz aufzunehmen ist (Urk. 7).

4. Hinsichtlich des Anfechtungsobjektes der Beschwerde ist Folgendes festzuhalten:

In der Beschwerde wird zusammengefasst geltend gemacht, die Voraussetzungen für die Erstellung eines DNA-Profiles seien nicht gegeben, weshalb das allenfalls bereits erstellte Profil sowie der zu diesem Zweck abgenommene WSA zu vernichten seien. Die nicht invasive Probenahme bei Personen, somit auch die Abnahme eines WSA, kann von der Polizei angeordnet werden (Art. 255 Abs. 2 lit. a StPO). Die Anordnung der Analyse der Probe bzw. der Erstellung eines DNA-Profiles bezüglich einer bestimmten beschuldigten Person darf hingegen - anders als bei tatrelevantem biologischem Material (Art. 255 Abs. 2 lit. b StPO) - im Untersuchungsverfahren nur von der (Ober-)Staatsanwaltschaft angeordnet werden (Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, S. 1241 f.; Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 235 N 13 f.; ders., Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, Rz. 1094; Fricker/Maeder, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Schweizerische Strafprozessordnung, Basler Kommentar, Basel 2011, [BSK StPO], Art. 255 N 25 und 29). In der erwähnten Verfügung der Beschwerdegegnerin 2 vom 19. Juli 2011 wird unter anderem in abstrakter Weise festgelegt, bei welchen Delikten unter welchen Voraussetzungen bei einem von der Polizei bei einem Beschuldigten abgenommenen WSA ein DNA-Profil zu erstellen sei. Es handelt sich mit anderen Worten um eine (nur der Polizei mitgeteilte) Allgemeinverfügung (vgl. auch Disp.-Ziff. 5 a.E. der Verfügung), die einen konkreten Sachverhalt regelt, der sich auf einen im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung noch nicht konkret-individuell hinreichend bestimmten (offenen bzw. unbestimmten) Personenkreis bezieht (vgl. zur Thematik auch den Beschluss der Kammer vom 5. September 2011, Erw. II/2.2-3 [Proz.-Nr. UH110165], teilw. publ. in Entscheidsammlung [www.gerichte-zh.ch]). Ein einzel-

ner Angehöriger des in der Verfügung bezeichneten (abstrakt bestimmbar, jedoch nicht individuell-konkret bestimmten) Personenkreises ist durch die Verfügung solange nicht unmittelbar konkret betroffen, als sie bezüglich ihm nicht im Sinne der Anordnung der Erstellung eines DNA-Profiles umgesetzt wird. Gemäss Disp.-Ziff. 4 erfolgt die Mitteilung der Verfügung an die beschuldigte Person durch die Polizei. Im vorliegenden Fall wurde die vom 19. Juli 2011 datierte Verfügung dem Beschwerdeführer am 17. Januar 2012 ausgehändigt (Urk. 4 S. 2 unten). Damit wurde ihm gegenüber die in der Allgemeinverfügung abstrakt angeordnete Zwangsmassnahme am 17. Januar 2012 konkret verfügt. Die nicht invasive Probenentnahme bei Personen und die (konkrete) Anordnung der Erstellung eines DNA-Profiles sind beschwerdefähig im Sinne von Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO (Patrick Guidon, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, N 58; Schmid, Handbuch, a.a.O., Rz. 1094 FN 327; Stephenson/Thiriet, BSK StPO, a.a.O., Art. 393 N 10). Daher wird in der Beschwerde zu Recht als Anfechtungsobjekt die Verfügung der Beschwerdegegnerin 2 vom 17. Januar 2012 (Konkretisierung der Allgemeinverfügung vom 19. Juli 2011 gegenüber dem Beschwerdeführer) bezeichnet. Zumindest im Ergebnis wird jedoch auch die Verfügung der Beschwerdegegnerin 1 insoweit beanstandet, als darin die Abnahme eines WSA zwecks DNA-Profilerstellung angeordnet wurde.

5. Der Beschwerdeführer wird gemäss Rapport der Kantonspolizei Zürich vom 8. Dezember 2011 im Wesentlichen verdächtigt, der auf einem Bett unter einer Decke liegenden Geschädigten Y. (geb. 1998) anlässlich deren gemeinsamen Ferienaufenthalts mit der Familie des Beschwerdeführers in Z. (Italien) am 12. Oktober 2011 zuerst über der Decke mit dem Ellenbogen gegen deren Scheide gedrückt sowie ihr danach durch Griff unter die Decke in deren Hose die Scheide ausgegriffen und gestreichelt zu haben (Urk. 14/1, insb. S. 3; vgl. auch Urk. 14/4/1). Der Beschwerdeführer stellt diesen Vorwurf entschieden in Abrede (Urk. 14/7). Der Klarheit halber ist festzuhalten, dass das dem Beschwerdeführer vorgeworfene Verhalten in der Schweiz verfolgbar ist, weil er sich in der Schweiz befindet, er ohne seine Zustimmung nicht ausgeliefert wird (Art. 7 IRSG) und die Geschädigte im massgebenden Zeitpunkt weniger als 14 Jahre alt war (Art. 5 Abs. 1 Ingress und lit. b StGB).

6.1 Zur Begründung, wonach die Voraussetzungen für die Abnahme des WSA und die Erstellung eines DNA-Profiles in der gegen den Beschwerdeführer geführten Strafuntersuchung nicht gegeben seien, wird zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes vorgebracht: Die Abnahme von Biomaterial für die DNA-Profilierung sei im vorliegenden Fall völlig untauglich für die Aufklärung des zur Anzeige gebrachten Sachverhalts, da selbst das Auffinden von Biomaterial des Beschwerdeführers für die Beurteilung des angeblichen Tathergangs überhaupt nicht aussagekräftig sei; damit sei eines der in Art. 255 Abs. 1 StPO und in Art. 3 Abs. 1 DNA-Profil-Gesetz statuierten Erfordernisse nicht gegeben. Eine erkennungsdienstliche Behandlung des Beschwerdeführers und die Erstellung eines DNA-Profiles sei auch deshalb für die Strafuntersuchung zwecklos und daher unnötig, weil unbestritten sei, dass sich dieser im Zeitpunkt des zur Diskussion stehenden Vorfalls auf dem selben Bett wie die Geschädigte befunden habe; daher habe sich naturgemäss sein DNA-Material auf den damals von der Geschädigten getragenen Kleidern befunden und habe via Kleidung auf deren Haut gelangen können, weshalb dieser Umstand nichts zur Abklärung des Vorfalls beitragen könne. Die Erstellung eines DNA-Profiles werde missbraucht, um künftige Strafuntersuchungen zu erleichtern, was unzulässig sei. Der Beschwerdeführer habe einen Anspruch auf die Berichtigung falscher Daten, auf Löschung ungeeigneter und nicht mehr benötigter Daten (Urk. 2 Ziff. 6-11 und Urk. 26 Ziff. III). Ferner wird mit verschiedenen Argumenten geltend gemacht, es liege ohnehin kein hinreichender Tatverdacht vor (Urk. 2 Ziff. 11 und Urk. 26 Ziff. I) und der Beschwerdeführer habe nicht freiwillig in die Abgabe eines WSA eingewilligt bzw. sei über die ihm insofern zustehenden Rechte getäuscht worden (Urk. 2 Ziff. 4/5 und Urk. 26 Ziff. II).

6.2 Die Beschwerdegegnerin 2 ist hingegen der Auffassung, die Voraussetzungen für die Abnahme eines WSA und die Erstellung eines DNA-Profiles seien vorliegend erfüllt. Den Einwand in der Beschwerde, das DNA-Profil sei zur Abklärung des zur Anzeige gebrachten Sachverhalts sinnlos, erachtet sie für unbehelflich und verweist dazu insbesondere auf den Beschluss der hiesigen Kammer vom 10. Januar 2012, UH110285 (Urk. 11). Die Beschwerdegegnerin 1 führt aus, der Einwand, der Beschwerdeführer habe nicht freiwillig in die Abgabe eines WSA

eingewilligt bzw. sei über die ihm insofern zustehenden Rechte getäuscht worden, sei unzutreffend. Zudem liege entgegen der Beschwerdevorbringen ein hinreichender Tatverdacht vor (Urk. 12 und 31).

7.1 Es kann aus den nachfolgenden Gründen offen bleiben, ob von einem hinreichender Tatverdacht auszugehen ist. Das Gleiche gilt für die Frage, ob der Beschwerdeführer auf seine Rechte bezüglich der Abnahme des WSA zwecks DNA-Profilherstellung hingewiesen wurde bzw. ob er sich dieser Abnahme freiwillig unterzog; die Frage der Rechtmässigkeit einer Zwangsmassnahme kann auch dann mittels Beschwerde von der beschuldigten Person aufgeworfen werden, wenn sie zur Durchsetzung der Massnahme ihre Einwilligung abgegeben hat.

7.2 Im genannten Beschluss der Kammer vom 10. Januar 2012 (publ. in Entscheidsammlung [www.gerichte-zh.ch]) wurde in Erw. II/5.4 vorerst festgehalten, es sei nicht davon auszugehen, dass das DNA-Profil etwas zur Aufklärung der zur Diskussion stehenden Tat beitragen könne; zudem hätten allfällige DNA-Spuren seit dem Vorfall verändert werden können. Unmittelbar anschliessend erwog die Kammer (wie auch im Beschluss vom 29. Februar 2012, UH110278, in Erw. II/4.4 sowie in Grundzügen in demjenigen vom 13. April 2012, UH120012, in Erw. II/2.3) Folgendes:

"Die Einschränkung 'zur Aufklärung von Verbrechen oder Vergehen' in Art. 255 StPO bedeutet jedoch nicht, dass einem Verdächtigen nur eine DNA-Probe abgenommen werden darf, wenn vom Anlassdelikt eine DNA-haltige Spur vorliegt, sondern nur, dass die Anlasstat ein Verbrechen oder Vergehen sein muss. Die DNA-Analyse als erkennungsdienstliche Massnahme soll ausdrücklich auch der Aufklärung bereits früher begangener Verbrechen und Vergehen dienen (Hansjakob, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 255 N 10 m.w.H.). Einerseits kann nicht sein, dass eine wegen Einbruchdiebstahls verhaftete und überführte Person sich der Probenahme widersetzen kann, weil das Delikt bereits aufgeklärt ist. Andererseits kann demgemäss auch eine Probe genommen werden, wenn im konkret zu untersuchenden Delikt keine verwertbaren Spuren vorliegen bzw. zur Aufklärung des fraglichen Delikts ungeeignet sind, die Probe hingegen bei einem allenfalls begangenen oder künftigen Delikt der beschuldigten Person bedeutsam werden kann (Fricker/Maeder, a.a.O., Art. 255 N 8; Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, N 1093 FN 323). Die Probenahme und Analyse wird in einem solchen Fall nämlich gerade deshalb angeordnet, weil bei Personen, die sich eines strafrechtlichen

Delikts von einer gewissen Schwere schuldig gemacht haben, gegenüber dem Durchschnittsbürger eine leicht erhöhte Wahrscheinlichkeit besteht, sie könnten auch in Zukunft in ein Delikt verwickelt werden oder bereits ein solches begangen haben, und eben gerade nicht nur, um diese Anlasstat aufzuklären (Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, N 2 zu Art. 255; Fricker/Maeder, a.a.O., Art. 255 N 8 m.w.H.). Daraus folgt, dass Proben auch bei Personen aufgrund einer bereits aufgeklärten Straftat entnommen werden können, selbst wenn die Probenahme zur Beweisführung bezüglich des konkreten Tatvorwurfs nicht (mehr) notwendig und bzw. oder nicht mehr tauglich sind. DNA-Proben werden in der Regel sogar dann entnommen, wenn sich der Tatverdacht auf ein Delikt ohne DNA-Spuren bezieht. In der Lehre wird – unter Hinweis auf die Zielsetzung der Art. 255 ff. StPO und des DNA-Profil-Gesetzes sowie auf die bisherige Praxis und Lehre – ausdrücklich festgehalten, dass einzig hinsichtlich der "Anlasstat" ein hinreichender Tatverdacht Voraussetzung sei, nicht jedoch bezüglich einer bereits begangenen oder zukünftigen Straftat (Fricker/Maeder a.a.O., Art. 255 N 8 m.w.H.). Die Abnahme von DNA zum Zeitpunkt, wo der Tatverdacht noch besteht, ist zulässig; die spätere Einstellung des Verfahrens oder der Freispruch führen nicht zu einer nachträglichen Widerrechtlichkeit des rechtmässig erstellten DNA-Profiles, sondern verleihen nur einen Anspruch auf Löschung im Informationssystem (Hansjakob, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 255 N 11 m.w.H.).

Eine erhöhte Wahrscheinlichkeit für die Begehung weiterer Delikte wird von der Lehre gefordert, um den Erfordernissen von Art. 197 lit. c und d StPO genüge zu tun, wonach eine Massnahme erforderlich (Subsidiaritätsprinzip) und verhältnismässig sein muss (Fricker/Mäder, a.a.O., Art. 255 N 9)."

7.3 Der Beschluss der Kammer vom 10. Januar 2012 wurde dem Verteidiger des Beschwerdeführers in anonymisierter Fassung am 7. März 2012 zugesandt (Prot. S. 5 und Urk. 18 S. 2 unten). In Kenntnis dieses Beschlusses bzw. der obzitierten Erwägungen wird in der Replik an der Auffassung, im vorliegenden Fall sei die Abnahme des WSA zwecks Erstellung einer DNA-Analyse unverhältnismässig und damit unzulässig, festgehalten (Urk. 26 Ziff. III). Die Beschwerdegegnerin 2 hingegen stützt ihren Antrag auf Abweisung der Beschwerde - wie erwähnt - auf die genannten Erwägungen. Die zur Diskussion stehende Thematik ist daher - unter Einbezug der bundesgerichtlichen Praxis - näher zu beleuchten.

a) Die genannten drei Entscheide der Kammer stützen sich auf die Lehre. Im Zeitpunkt der damaligen Beschlussfassung hatte sich das Bundesgericht - anders als zwischenzeitlich - noch nicht zum Anwendungsbereich von Art. 255 Abs. 1 StPO geäußert.

Vorab ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall die DNA-Profilerstellung für die Abklärung des dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Verhaltens untauglich ist, was von den Beschwerdegegnerinnen denn auch nicht in Frage gestellt wird. Aus den Akten geht nämlich nicht hervor, dass die Geschädigte körperlich untersucht worden ist oder ihre Kleider oder die Bettdecke, unter welcher sie anlässlich des zur Diskussion stehenden Vorfalls lag, sichergestellt worden sind. Vielmehr wird im Polizeirapport vom 8. Dezember 2011 festgehalten, aufgrund der Zeitspanne zwischen Tat- und Anzeigezeit habe keine Spurensicherung mehr vorgenommen werden können (Urk. 14/1 S. 3 unten). Zudem ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass Kleider und Bettdecke in der Zwischenzeit mehrfach gewaschen wurden, weshalb selbst eine nachträglich noch vorzunehmende Untersuchung auf relevante Spuren ergebnislos verlief.

b) Im Urteil vom 23. Februar 2012 (1B_685/2011 und 1B_693/2011) erwog das Bundesgericht in Erw. 3.4 zum Anwendungsbereich von Art. 255 StPO, ein DNA-Profil dürfe nicht nur berücksichtigt werden, wenn es um die Abklärung des Tatvorwurfs gehe, in dessen Kontext die Probe abgenommen worden sei, sondern auch um bereits begangene und den Strafverfolgungsbehörden bekannte Straftaten zu klären, was sich klar aus Art. 1 Abs. 2 DNA-Profil-Gesetz ergebe; zudem dürfe das Profil auch für die Täteridentifikation bezüglich begangener oder zukünftiger Vergehen und Verbrechen erstellt werden, die den Strafverfolgungsbehörden noch nicht bekannt seien; die Profilerstellung sei zulässig, wenn aufgrund einer gewissen Wahrscheinlichkeit das Risiko bestehe, dass die beschuldigte Person an anderen Straftaten beteiligt sei. In Erw. 3.5 hielt das Bundesgericht fest, der Beschwerdeführer sei mehrfach einschlägig verurteilt worden, und aufgrund seines Verhaltens im neuen Verfahren hätten die Strafverfolgungsbehörden zu Recht den Verdacht weiterer von ihm begangener Straftaten gehabt; das DNA-Profil habe daher für die Abklärung anderer Delikte als diejenigen des neuen Verfahrens herangezogen werden können.

Im Urteil vom 25. Oktober 2011 (2C_257/2011) - das einen Staatshaftungsfall betraf - hielt das Bundesgericht in Erw. 6.7.4 fest, erkenntungsdienstliche Massnahmen wie namentlich auch DNA-Analysen könnten gerechtfertigt sein, um eine Tä-

terschaft ausfindig zu machen sowie um Delikte präventiv zu vermeiden und so Rechte und Freiheiten Dritter zu schützen; zudem bestehe in einem Strafverfahren ein besonderes Interesse daran, Personenverwechslungen zu vermeiden und dadurch letztlich auch zu verhindern, dass allenfalls die falschen Personen verurteilt würden; dieser Zweck, der auch bei Wirtschaftsdelikten bestehe, bedinge, dass auch Daten, welche die Identifikation mit hoher Zuverlässigkeit ermöglichten, wie namentlich die DNA, erhoben würden, so dass deren Erfassung als verhältnismässig zu betrachten sei. Aus diesen Erwägungen ist zu schliessen, dass im damaligen - anders als im vorliegenden - Fall die DNA-Analyse zur Klärung der Anlasstat angeordnet wurde.

In BGE 128 II 271 Erw. 3.4.1 erwog das Bundesgericht bezüglich einer angefochtenen Abgabe eines WSA zwecks Erstellung eines DNA-Profiles, erkennungsdienstliche Massnahmen verfolgten das doppelte Ziel, einerseits aufgrund der erfassten Merkmale nicht aufgeklärte Straftaten bestimmten Person zuzuordnen und andererseits bei künftigen Taten eine Wiedererkennung zu ermöglichen. In Erw. 3.4.2 hielt das Bundesgericht fest, der damalige Beschwerdeführer sei zwischen 1973 und 1984 fünf Mal wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern verurteilt worden; das neue Strafverfahren, in welchem ihm ein WSA abgenommen worden sei, sei eingeleitet worden, weil der Verdacht bestanden habe, er habe sich möglicherweise erneut an Kindern sexuell vergangen oder zu vergehen versucht; vor dem Hintergrund der einschlägigen Vorstrafen hätten für die Strafverfolgungsbehörden ernst zu nehmende Hinweise, dass sich der Beschwerdeführer möglicherweise wieder in sexueller Absicht Kindern genähert habe, bzw. das Risiko bestanden, dass er dies in näherer Zukunft tun werde; daher seien die angeordneten Massnahmen zur Erforschung strafbarer Handlungen - auch noch nicht bekannter bzw. in der Zukunft liegender - erkennungsdienstlich angezeigt gewesen.

In BGE 120 Ia 147 ff. ging es um die Frage, ob die langjährige Aufbewahrung erkennungsdienstlich erstellter Fotografien, welche im Kontext mit einem Strafverfahren wegen Anstiftung zu vorsätzlicher Tötung und weiteren Delikten von der damaligen Beschuldigten angefertigt worden waren und die in einem neuen Straf-

verfahren berücksichtigt wurden, verhältnismässig gewesen war. In Erw. 2.d (S. 151) hielt das Bundesgericht zunächst fest, da die Verhinderung zukünftiger und die Aufklärung geschehener Straftaten immer im öffentlichen Interesse sei, lägen erkennungsdienstliche Massnahmen und die Aufbewahrung sowie die Bearbeitung der Ergebnisse solcher Massnahmen grundsätzlich im öffentlichen Interesse. In Erw. 2.e (S. 152) hielt es betreffend der Frage der Aufbewahrung erkennungsdienstlicher Unterlagen fest, solche Unterlagen würden von der Polizei über den Abschluss des Strafverfahrens, in welchem sie erstellt worden seien, hinaus aufbewahrt, weil bei Personen, die sich eines strafrechtlichen Delikts von einer gewissen Schwere schuldig gemacht hätten, gegenüber dem Durchschnittsbürger eine leicht erhöhte Wahrscheinlichkeit bestehe, sie könnten auch in Zukunft in ein Delikt verwickelt werden.

c) Aus diesen Urteilen ist Folgendes zu schliessen: Angesichts dessen, dass die Verhinderung zukünftiger und die Aufklärung erfolgter Straftaten immer im öffentlichen Interesse liegt, kann im Rahmen einer gegen eine beschuldigte Person wegen des hinreichenden Verdachts eines begangenen Vergehens oder Verbrechens geführten Untersuchung grundsätzlich auch dann ein DNA-Profil erstellt werden, wenn dieses - wie im vorliegenden Fall - für die Klärung des zu untersuchenden Tatvorwurfs untauglich bzw. ungeeignet ist (so auch die in den vorgenannten Beschlüssen der Kammer zitierte Lehre; a.M. wohl Riklin, StPO Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 255 N 1). Voraussetzung ist allerdings, dass aufgrund einer gewissen bzw. erhöhten Wahrscheinlichkeit die Möglichkeit besteht bzw. ernst zu nehmende Hinweise vorliegen, dass die beschuldigte Person an anderen Straftaten beteiligt war oder sein wird. Mit anderen Worten muss die beschuldigte Person früher oder im laufenden Strafverfahren in irgendeiner Weise hinreichend Anlass für die Annahme der Beteiligung an unaufgeklärten oder zukünftigen Straftaten geben, damit sich die Probeentnahme und Profilerstellung rechtfertigt. Diese Voraussetzung ist dann erfüllt, wenn sich die beschuldigte Person früher eines strafrechtlichen Delikts von einer gewissen Schwere schuldig gemacht hat oder wenn aus anderen Umständen auf die erhöhte Wahrscheinlichkeit der früheren oder zukünftigen Beteiligung an Straftaten zu schliessen ist. Letzteres kann z.B. dann der Fall sein, wenn im

Rahmen der Untersuchung abgenommene Beweise, ein Geständnis oder die Persönlichkeitsstruktur der beschuldigten Person oder andere aktenkundige Umstände des zu untersuchenden Anlasstatvorwurfs hinreichend vermuten lassen, dass die Person noch nicht aufgeklärte Straftaten begangen hat oder inskünftig Straftaten begehen wird. Ist die erwähnte Voraussetzung jedoch nicht gegeben, darf kein DNA-Profil erstellt werden. Auch wenn die Abnahme eines WSA zwecks Erstellung eines DNA-Profiles einen leichten Eingriff in die Grundrechte darstellt (BGE vom 25. Oktober 2011 Erw. 6.7.3 m.H., 2C_257/2011), handelt es sich gleichwohl um eine Zwangsmassnahme, die den in Art. 197 Abs. 1 StPO statuierten Einschränkungen unterliegt. Allein das öffentliche Interesse an der Aufklärung von erfolgten Straftaten und am präventiven Vermeiden von Delikten - auf welches die Beschwerdegegnerin 2 verweist (Urk. 11 Ziff. 3) - genügt nicht, was sich auch aus den zitierten Bundesgerichtsentscheiden entnehmen lässt; dies anders zu betrachten, würde Raum lassen, dass bei Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts bezüglich irgend eines Vergehens - z.B. eines Strassenverkehrsdelikts - mit dem Hinweis auf das öffentliche Interesse ein DNA-Profil erstellt werden könnte, obwohl dieses für die Abklärung des Gegenstand der laufenden Untersuchung bildenden strafrechtlich relevanten Vorwurfs untauglich bzw. ungeeignet ist (dieser Problematik teilweise Rechnung tragend die Verfügung der Beschwerdegegnerin 2 vom 19. Juli 2011). Es wird in der Doktrin denn auch ausgeführt, dass Probeentnahme und Erstellung eines DNA-Profiles im Strafverfahren alle Voraussetzungen des Grundrechtseingriffs erfüllen müssten; das Gesetz biete keine Rechtsgrundlage für eine routinemässige (selbst nicht invasive) Probeentnahme (Pieth, Schweizerisches Strafprozessrecht, Grundriss für Studium und Praxis, Basel 2009, S. 122 unten; ähnlich wohl auch Riklin, a.a.O., Art. 255 N 1). Zudem wird in der Lehre - wie auch in den Bundesgerichtsentscheiden und in den genannten Beschlüssen der Kammer - ausdrücklich festgehalten, es bedürfe einer erhöhten Wahrscheinlichkeit der Beteiligung der beschuldigten Person an früheren oder zukünftigen Straftaten, um den Erfordernissen von Art. 197 Abs. 1 lit. c und d StPO genüge zu tun (Fricker/Mäder, a.a.O., Art. 255 N 9).

Die Argumentation der Beschwerdegegnerin 2, bei den dem Beschwerdeführer vorgeworfenen sexuellen Handlungen handle es sich um ein schweres Delikt,

weshalb bei ihm gegenüber dem Durchschnittsbürger eine erhöhte Wahrscheinlichkeit bestehe, er könnte auch in Zukunft in ein Delikt verwickelt werden oder bereits ein solches begangen haben (Urk. 11 Ziff. 3), greift zu kurz. Zwar kann, wie vorstehend dargelegt, im Einzelfall aus aktenkundigen Umständen auf die erhöhte Wahrscheinlichkeit der früheren oder zukünftigen Beteiligung der beschuldigten Person an Straftaten geschlossen werden. Alleine aus dem Tatvorwurf bzw. abstrakt aus der Schwere des zur Diskussion stehenden Delikts eine solche Annahme abzuleiten, geht nicht an. Wenn eine beschuldigte Person im Untersuchungsverfahren steht, ist deren Täterschaft - jedenfalls im Anfangsstadium der Untersuchung und bei vollständiger Bestreitung des Tatvorwurfs - noch nicht geklärt; zudem gilt die Unschuldsvermutung. Damit kann nicht von einem "Delikt" bzw. "von einem Delikt, dessen sich die beschuldigte Person schuldig gemacht hat" (vgl. die Formulierung in BGE 120 Ia 152 Erw. 2.e), ausgegangen werden. Hierzu ist auch zu bemerken, dass die Kammer im erwähnten Beschluss vom 10. Januar 2012 deshalb die Anordnung der für die damalige (wegen mehrfacher Drohung und Tötlichkeiten geführte) Strafuntersuchung untaugliche DNA-Profilierung für rechtmässig erachtete, weil gegen den damaligen Beschwerdeführer nach Abschluss der Untersuchung ein (von ihm jedoch angefochtener) Strafbefehl erlassen worden war, und der Beschwerdeführer das Ausstossen einer Drohung zumindest sinngemäss eingestanden hatte und sich bezüglich der beanzeigten Tötlichkeiten Fotografien in den Akten befanden. Aus diesen Gründen (und nicht bereits abstrakt wegen der Schwere der zur Diskussion stehenden Delikte) bestand beim Beschwerdeführer gegenüber einem Durchschnittsbürger eine leicht erhöhte Wahrscheinlichkeit, er könnte auch in Zukunft in ein Delikt verwickelt werden oder bereits ein solches begangen haben. Im Beschluss vom 13. April 2012 verneinte die Kammer bezüglich des damaligen Beschwerdeführers - obwohl er den ihm in der Untersuchung vorgeworfenen Sachverhalt anerkannt hatte - eine erhöhte Wahrscheinlichkeit für die Begehung weiterer Delikte, weshalb die angeordnete, für die Aufklärung der damaligen Anlassdelikt ungeeignete DNA-Profilierung als unrechtmässig erachtet wurde.

7.4 Im Lichte der unter vorstehender lit. c dargelegten Schlussfolgerungen ist nachfolgend zu prüfen, ob im vorliegenden Fall die Abnahme eines WSA und die

Anordnung einer (für die Abklärung des dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Verhaltens untaugliche) DNA-Profilerstellung zulässig ist bzw. war.

Die gegen den Beschwerdeführer geführte Untersuchung steht im Anfangsstadium. Bisher wurde er sowie die Geschädigte und deren Mutter (polizeilich) befragt (Urk. 14/3, 14/4/1 und 14/7). Der Beschwerdeführer ist nicht vorbestraft (Urk. 14/11/1), und den Akten sind keine Anhaltspunkte für die Annahme zu entnehmen, er sei zuvor als Beschuldigter in eine Strafuntersuchung involviert gewesen. Gemäss Polizeirapport vom 20. Januar 2012 ist in der polizeilichen Geschäftskontrolle zwar vermerkt, dass die Geschädigte Y. bereits am 8. Dezember 2009 Opfer eines ähnlich gelagerten "Sexualdelikts" gewesen sei (Urk. 14/6 S. 5 oben), doch ergeben sich aus den Akten keinerlei Hinweise darauf, dass insofern der Beschwerdeführer der Tat bezichtigt wurde; weder die Geschädigte selbst, noch ihre Mutter (vgl. Urk. 14/3), noch der Beschwerdeführer und der ihn zum Vorfall befragende Polizist haben Entsprechendes erwähnt. Den Akten ist auch im Übrigen nichts Nachteiliges über den Beschwerdeführer zu entnehmen. Dass er eine spezielle Affinität für Mädchen haben und regelmässig deren Nähe suchen sollte, ergibt sich aus den Akten nicht. Er selbst führte aus, er habe regelmässigen Geschlechtsverkehr mit seiner Frau und sei mit der ehelichen sexuellen Beziehung zufrieden (Urk. 14/7 S. 4); er fühle sich sexuell nicht zu Mädchen hingezogen, sei nicht pädophil veranlagt und habe keinerlei sexuelle Kontakte zu Kindern gehabt (Urk. 14/7 S. 5). Das von der Geschädigten beschriebene Verhalten stellt der Beschwerdeführer - wie erwähnt - mit Vehemenz in Abrede (Urk. 14/7 passim). Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass aufgrund der jetzigen Aktenlage kein hinreichender Anlass für die Annahme besteht, beim Beschwerdeführer würde gegenüber einem Durchschnittsbürger eine erhöhte Wahrscheinlichkeit der Verübung früherer oder zukünftiger Delikte vorliegen; alleine die Schwere des zur Diskussion stehenden Delikts genügt nach dem Gesagten nicht zur Begründung einer solchen Annahme. Damit erweist sich die DNA-Profilerstellung und damit der zu diesem Zweck abgenommene WSA - jedenfalls im gegenwärtigen Zeitpunkt - als nicht rechtmässig. Die Beschwerde erweist sich somit als berechtigt.

7.5 Zuzolge der Gutheissung der Beschwerde ist die angefochtene Verfügung ersatzlos aufzuheben. Damit ist auch die Verfügung der Beschwerdegegnerin 1 vom 17. Januar 2012, soweit darin die Abnahme eines WSA angeordnet wurde, aufzuheben, und der abgenommene WSA ist zu vernichten. Sollte allenfalls bereits ein DNA-Profil erstellt worden sein, wäre auch dieses zu vernichten (und dürfte selbstredend nicht in das entsprechende Informationssystem eingetragen werden bzw. müsste wieder gelöscht werden).

8. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen (Art. 422 f. und Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Entschädigung des amtlichen Verteidigers des Beschwerdeführers wird durch die das Verfahren abschliessende Behörde festzusetzen sein (Art. 135 Abs. 2 StPO).

Es wird beschlossen:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich vom 17. Januar 2012 (Konkretisierung der Allgemeinverfügung vom 19. Juli 2011 gegenüber dem Beschwerdeführer) ersatzlos aufgehoben. Diejenige der Kantonspolizei Zürich gleichen Datums wird insoweit aufgehoben, als darin die Abnahme eines Wangenschleimhautabstrichs zwecks DNA-Profilierung angeordnet wurde. Wangenschleimhautabstrich und allenfalls bereits erstelltes DNA-Profil sind zu vernichten.
2. Auf den Antrag auf Bestellung des Verteidigers des Beschwerdeführers zum Offizialanwalt wird zuzolge Gegenstandslosigkeit nicht eingetreten.
3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Schriftliche Mitteilung an:
 - den amtlichen Verteidiger des Beschwerdeführers, zweifach, für sich und für den Beschwerdeführer, per Gerichtsurkunde
 - die Beschwerdegegnerin 1, gegen Empfangsbestätigung

- die Beschwerdegegnerin 2, ad sb/2012/321, gegen Empfangsbestätigung
 - die Verfahrensbeteiligte, unter Rücksendung der beigezogenen Akten (Urk. 14), gegen Empfangsbestätigung.
5. Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden. Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang an gerechnet, bei der Ersten öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen. Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Zürich, 6. Juli 2012

Obergericht des Kantons Zürich
III. Strafkammer

Präsident:

Gerichtsschreiber:

lic. iur. K. Balmer

Dr. T. Graf