



August 2019

Änderung des DNA-Profil-Gesetzes (Umsetzung der Motion 15.4150 Vitali «Kein Täter- schutz für Mörder und Vergewaltiger» und des Pos- tulats 16.3003 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates «Prüfung der Aufbewahrungsfristen für DNA-Profile»)

Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens

Inhaltsverzeichnis

Übersicht

1	<i>Ausgangslage</i>	5
1.1	Handlungsbedarf und Ziele	5
1.1.1	Die Regelung der DNA-Analyse im DNA-Profil-Gesetz und in der Strafprozessordnung	5
1.1.2	Postulat 16.3003, Prüfung der Aufbewahrungsfristen für DNA-Profile und Motion 15.4150 Vitali, Kein Täterschutz für Mörder und Vergewaltiger.....	5
1.1.3	Zusätzliche Regelungsthemen	6
1.1.4	Das DNA-Profil als erkennungsdienstliches Instrument und Mittel für die Zuordnung von Tatortspuren zu spurenlegenden Personen.....	8
1.2	Verhältnis zur Legislaturplanung sowie zu Strategien des Bundesrates	12
1.3	Erledigung parlamentarischer Vorstösse	12
2	<i>Grundzüge der Vorlage</i>	13
2.1	Die beantragte Neuregelung	13
2.1.1	Phänotypisierung	13
2.1.2	Prüfung der Aufbewahrungsfristen für DNA-Profile (Berichterstattung in Umsetzung des Postulats 16.3003).....	18
2.1.3	Erweiterter Suchlauf mit Verwandtschaftsbezug.....	27
3	<i>Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln</i>	32
3.1	DNA-Profil-Gesetz	32
3.2	StPO (Anhang: Änderung anderer Erlasse, Ziffer 1)	39
3.3	MStP (Änderung anderer Erlasse, Ziffer 2)	40
4	<i>Auswirkungen</i>	42
4.1	Auswirkungen auf den Bund	42
4.2	Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden	42
5	<i>Rechtliche Aspekte</i>	43
5.1	Verfassungsmässigkeit	43
5.1.1	Gesetzgebungskompetenz	43
5.1.2	Grundrechtskonformität.....	43
5.2	Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	47
5.3	Erlassform	48
5.4	Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen	48
	<i>Verwendete Literatur</i>	49
	<i>Materialien</i>	49

<i>Bundesgesetz über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekannten oder vermissten Personen (Vorentwurf)</i>	51
--	-----------

Übersicht

Seit rund 30 Jahren wird das aus der DNA erstellte Profil eines Menschen auch in der Strafverfolgung eingesetzt, mit dem Ziel, die an einem Tatort gefundenen DNA-Spuren zuverlässig einem Spurenleger zuzuordnen und damit allenfalls den möglichen Täter oder die mögliche Täterin zu identifizieren. Aus dem DNA-Material, das an einem Tatort gefunden wird, darf nach geltendem Recht als äusserlich sichtbares Merkmal lediglich das Geschlecht herausgelesen werden. Seit dem Inkrafttreten des DNA-Profil-Gesetzes im Jahr 2005 hat die Wissenschaft enorme Fortschritte gemacht. Heute lassen sich aus einer DNA-Spur mittels der sogenannten Phänotypisierung weitere äusserliche Merkmale herauslesen. Mit der vorliegenden Gesetzesrevision erfüllt der Bundesrat den Auftrag der Motion 15.4150, dieses neue Instrument auch der Strafverfolgung in der Schweiz zur Verfügung zu stellen. Gleichzeitig wird in Umsetzung des Postulats 16.3003 eine Neuregelung der Aufbewahrungsfristen für die DNA-Profile vorgeschlagen. Schliesslich wird der heute im Rahmen des geltenden Rechts bereits angewendete erweiterte Suchlauf mit Verwandtschaftsbezug neu gesetzlich verankert und näher geregelt.

Phänotypisierung

An jedem Tatort befinden sich Spuren: Haare, Blut, Fingernägel, Taschentücher, Zigarettenstummel. Aus einer Spur kann ein DNA-Profil erstellt werden. Heute darf rechtlich aus der DNA-Spur nur das DNA-Profil und als einziges äusserlich sichtbares Merkmal das Geschlecht bestimmt werden. Durch die sogenannte Phänotypisierung wäre es in Zukunft erlaubt, weitere äusserliche Merkmale aus dieser DNA-Spur herauszulesen. So könnten die Wahrscheinlichkeit der Augen-, der Haar-, und der Hautfarbe sowie der biogeografischen Herkunft und das ungefähre Alter einer Person ermittelt werden. Dank Phänotypisierung kann die Polizei ihre Ermittlungsarbeit und insbesondere die Fahndung fokussieren. Die Ergebnisse der Phänotypisierung ergeben zusammen mit weiteren ermittlungsrelevanten Hinweisen, wie etwa Zeugenaussagen oder der Auswertung von digitalen Daten, ein Gesamtbild. Der Kreis der potenziellen Spurenleger kann so eingegrenzt und Unbeteiligte können ausgeschlossen werden. Die Methode darf nur bei Verbrechen, nicht aber bei Vergehen angewendet werden. Als Verbrechen gelten alle Straftaten, welche mit Freiheitsstrafen von 3 Jahren oder mehr bestraft werden – wie beispielsweise Vergewaltigung, Mord, schwerer Raub oder Geiselnahme. Die Phänotypisierung wird durch die Staatsanwaltschaft angeordnet. Das Analyseergebnis der Phänotypisierung darf nur für die Fahndung verwendet werden und wird nicht in der DNA-Datenbank gespeichert.

Vereinfachung der Löschregelung

Die Rechtskommission des Nationalrates hat ihrerseits in einem Postulat den Bundesrat aufgefordert, die geltende Regelung zur Löschung der DNA-Profile in der Datenbank zu evaluieren. Heute ist die Löschregelung von DNA-Profilen kompliziert und mit einem hohen administrativen Aufwand verbunden. So ist zum Beispiel die Löschfrist abhängig vom Verlauf des Strafvollzugs. Ändert sich die Länge einer Haftstrafe oder wird ein Täter rückfällig, so muss die Löschfrist seines DNA-Profils in der DNA-Datenbank nachträglich angepasst werden. Dies soll künftig vereinfacht werden: Die Aufbewahrungsdauer der DNA-Profile in der DNA-Datenbank wird einmalig im Urteil festgelegt und ändert sich später nicht mehr.

Gesetzliche Regelung des erweiterten Suchlaufs mit Verwandtschaftsbezug

Gestützt auf einen Entscheid des Bundesstrafgerichts dürfen in der Schweiz seit 2015 erweiterte Suchläufe mit Verwandtschaftsbezug durchgeführt werden (allgemein auch als Verwandtenrecherche bekannt). Es wird dabei in einem ersten Schritt in der DNA-Datenbank nach Personen gesucht, deren Profil eine so hohe Ähnlichkeit mit jenem der Spurengeberin oder des Spurengebers aufweist, dass sie mit dieser oder diesem verwandt sein könnten. In einem zweiten Schritt können die Strafverfolgungsbehörden die Verwandten des Spurenlegers kontaktieren, mit dem Ziel, den Spurenleger ausfindig zu machen. Diese Ermittlungsmethode wird im Gesetz neu ausdrücklich verankert.

1 Ausgangslage

1.1 Handlungsbedarf und Ziele

1.1.1 Die Regelung der DNA-Analyse im DNA-Profil-Gesetz und in der Strafprozessordnung

Das DNA-Profil-Gesetz ist seit seinem Inkrafttreten am 1. Januar 2005 nur punktuell angepasst worden. Die Änderungen betrafen überwiegend den Katalog der Löschereignisse gemäss Artikel 16 DNA-Profil-Gesetz: Im Rahmen von Teilrevisionen anderer Bundesgesetze wurden neue, zusätzliche Löschereignisse geschaffen, die auch in den obgenannten Artikel 16 aufzunehmen waren. Die 2007 neu geschaffene Strafprozessordnung (StPO)¹ übernahm ihrerseits in ihrem Kapitel «DNA-Analysen» (Art. 255 ff.) für das bürgerliche Strafverfahren grundsätzlich die strafprozessualen Regelungen, wie sie im DNA-Profil-Gesetz getroffen worden waren. Die gesetzliche Regelung der DNA-Analyse zu den Zwecken der Strafverfolgung erfährt mit der jetzigen Vorlage somit die ersten grundsätzlichen Neuerungen in den rund 14 Jahren ihres Bestehens.

Der Rechtsstaat muss über eine funktionstüchtige und effiziente Strafrechtspflege verfügen. Insgesamt sind die nachfolgend aufzuzeigenden Neuerungen im Lichte des allgemeinen Auftrags des Strafprozessrechts zu sehen, «die prozessualen Behelfe zur Verfügung zu stellen, die notwendig sind, um die Durchsetzung des sich aus dem materiellen Strafrecht ergebenden staatlichen Strafanspruchs und der weiteren Rechtsfolgen zu ermöglichen».² Mit der Einführung der Phänotypisierung soll das Instrument der DNA-Analyse um diesen wichtigen jüngeren Entwicklungsschritt im Bereich der forensischen Genetik erweitert werden. Eine teilweise neu konzipierte Löschregelung soll die Effizienz der Bearbeitung der DNA-Profile steigern. Damit wird einer Zielsetzung des DNA-Profil-Gesetzes entsprochen, wonach dieses die «Effizienz der Strafverfolgung» verbessern soll (Art. 1 Abs. 2).

1.1.2 Postulat 16.3003, Prüfung der Aufbewahrungsfristen für DNA-Profile und Motion 15.4150 Vitali, Kein Täterschutz für Mörder und Vergewaltiger

Am 3. März 2016 überwies der Nationalrat das *Postulat 16.3003* seiner Rechtskommission, Prüfung der Aufbewahrungsfristen für DNA-Profile. Der Vorstoss beauftragt den Bundesrat mit der Vorlage eines Berichts, «welcher die Nichtlöschung der DNA-Profile von verurteilten Straftätern prüft sowie eine Evaluation der verschiedenen Löschfristen im DNA-Profil-Gesetz vornimmt».³

Am 18. März 2016 (Nationalrat) bzw. am 14. Dezember 2016 (Ständerat) wurde die *Motion 15.4150 Vitali*, Kein Täterschutz für Mörder und Vergewaltiger, überwiesen. Sie verlangt die Schaffung der gesetzlichen Grundlagen, «damit der Strafverfolgungsbehörde erlaubt wird, Täter von schwerwiegend gewalttätigen Straftaten wie beispielsweise Mord oder Vergewaltigung durch die Auswertung der codierenden Abschnitte und somit der persönlichen Eigenschaften gezielter zu verfolgen». Das Verfahren zur Feststellung äusserlich sichtbarer (morphologischer) Merkmale einer bestimmten Person wird in der forensischen Molekulargenetik als Phänotypisierung bezeichnet.⁴

¹ SR 312.0

² Schmid/Jositsch-Handbuch, Rz. 6.

³ Die Rechtskommission des Nationalrates (RK-N) hatte vorgängig, am 22. Januar 2016, ein Expertenhearing zur Frage einer Überprüfung der DNA-Löschfristen durchgeführt, anlässlich dessen Vertreter der Strafverfolgung und des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) wie auch Fachleute aus dem EJPD angehört wurden.

⁴ Der *Genotyp* ist die Gesamtheit der in den Genen festgelegten Erbinformationen eines Organismus'. Als *Phänotyp* wird demgegenüber dessen äusseres Erscheinungsbild bezeichnet.

Damit sich die Vernehmlassungsteilnehmer wie später die eidgenössischen Räte nicht in kurzen Abständen mit zwei separaten Vorlagen zu demselben Gesetz befassen müssen und im Interesse einer inhaltlichen Kohärenz der gesetzlichen Anpassungen, unterbreitet der Bundesrat seine Vorschläge zur Umsetzung der beiden Vorstösse in *einer* umfassenden Vorlage. Die Grundlagen hierzu wurden in einer vom Bundesamt für Polizei (fedpol) gebildeten Arbeitsgruppe ausgearbeitet. Diese umfasste Vertreterinnen und Vertreter seitens Polizei (einschliesslich Kriminaltechnik) und Staatsanwaltschaft wie auch der Rechtsmedizin (Forensische Genetik), die Präsidentin der Expertenkommission für genetische Untersuchungen beim Menschen GUMEK⁵ sowie Mitarbeitende des EDÖB, des Bundesamtes für Justiz und von fedpol. Die Arbeitsgruppe schloss ihre Arbeiten im Oktober 2017 ab.

1.1.3 Zusätzliche Regelungsthemen

In der Praxis hat sich seit dem Inkrafttreten des DNA-Profil-Gesetzes weiterer Anpassungsbedarf oder Bedarf für Neuregelungen gezeigt, der zusätzlich in die Gesetzesvorlage aufgenommen werden soll.

Erweiterter Suchlauf mit Verwandtschaftsbezug

Das Bundesstrafgericht hat mit einem Urteil vom 6. Oktober 2015 entschieden, dass das geltende DNA-Profil-Gesetz – ohne dies ausdrücklich vorzusehen – auch dazu befugt, erweiterte Suchläufe mit Verwandtschaftsbezug durchzuführen, also das, was im französischen Sprachraum als *recherche en parentèle* oder auch *recherche familiale*, englisch als *familial search* und deutsch gemeinhin als *Verwandtenrecherche* bezeichnet wird.⁶ In der schweizerischen gesetzlichen Regelung soll indessen von der Verwendung des Begriffs «Verwandtenrecherche» abgesehen werden, da er missverständlich sein kann. Bei diesem speziellen Suchlauf wird im DNA-Profil-Informationssystem nach Personen gesucht, deren DNA-Profil dem Profil der am Tatort gefundenen Spur ähnlich ist, also nach Personen, die mit der Spurengeberin oder dem Spurengeber verwandt sein könnten. Die anschliessenden Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden basieren auf dem Ergebnis dieses Abgleichs als Ausgangspunkt. Solche Ermittlungen erfolgen im Weiteren immer einzelfallbezogen, richten sich also wie bei jedem anderen Strafverfahren nur gegen Personen, gegen die auch tatsächlich ein Tatverdacht besteht. Dieser «erweiterte Suchlauf mit Verwandtschaftsbezug» soll im Interesse der Rechtssicherheit in der StPO und im Militärstrafprozess vom 23. März 1979 (MStP)⁷ neu ausdrücklich geregelt werden. Der Bundesrat hat die Prüfung einer solchen gesetzlichen Regelung in seiner Stellungnahme zur Interpellation 17.4230 Mazzone «Verwandtenrecherche mittels DNA im Rahmen von Strafverfahren. Wird der Bundesrat darauf verzichten?» in Aussicht gestellt.

Inhaltliche Abgrenzung zwischen DNA-Profil-Gesetz und StPO

Die StPO regelt in ihrem 5. Titel die strafprozessualen Zwangsmassnahmen. Die DNA-Analyse ist eine dieser Massnahmen. Ihre erstmalige formell-gesetzliche Regelung erfuhr die forensische DNA-Analyse jedoch bereits mit dem DNA-Profil-Gesetz vom 20. Juni 2003. Im Jahre 2000, als der Bundesrat die Botschaft zur Schaffung des DNA-Profil-Gesetzes vorlegte, war noch offen, ob diese Materie zum gege-

⁵ Albertini Nicola, Leiter Forensik, Kantonspolizei VD, Vertreter der Vereinigung der Schweizerischen Kriminalpolizeichefs (VSKC); Cossu Christian, Institut für Rechtsmedizin St. Gallen, Vorsitzender der Sektion Forensische Genetik der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin (SGRM); Gallati Sabina, Präsidentin der GUMEK; Kratzer Adelgunde, Leiterin Forensische Genetik, Institut für Rechtsmedizin, Universität Zürich; Meier Marcel, Staatsanwalt, Kt. BE, Vertreter der Schweizerischen Staatsanwälte-Konferenz (SSK); Sollberger Thomas, Chef Kriminalabteilung, Kantonspolizei BE, Vertreter der Konferenz der kantonalen Polizeikommandanten der Schweiz (KKPKS); Voegeli Pamela, Stv. Leiterin Forensische Genetik, Institut für Rechtsmedizin, Universität Zürich, Leiterin der EDNA-Koordinationsstelle); Vogt Nicole, wissenschaftliche Mitarbeiterin, Kantonspolizei BE, Vertreterin KKPKS.

⁶ Bundesstrafgericht, Urteil BB.2015.17.

⁷ SR 322.1

benen Zeitpunkt in die künftige StPO überführt werden oder aber das DNA-Profil-Gesetz auch nach Inkrafttreten der StPO dereinst als eigenständiges Spezialgesetz fortbestehen soll.⁸ In der Folge entschied sich der Gesetzgeber bei der Schaffung der StPO für die letztere Variante.⁹

Im Einzelnen regelt die geltende StPO die unterschiedlichen Zuständigkeiten zur Anordnung der Erstellung eines DNA-Profiles im Verhältnis zwischen Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht (Art. 255) sowie als Spezialfälle die Massenuntersuchung (Art. 256) und die Speicherung des DNA-Profiles verurteilter Personen (Art. 257). Demgegenüber regelt das DNA-Profil-Gesetz die Anwendung der DNA-Analyse in den «Strafverfahren, die von der Schweizerischen Strafprozessordnung nicht geregelt werden»¹⁰ – womit *de facto* in erster Linie der MStP gemeint ist. Für diese Strafverfahren ausserhalb der StPO regelt somit das DNA-Profil-Gesetz die Anordnungszuständigkeit (Art. 7) und die Massenuntersuchung (Art. 3 Abs. 2 und Art. 7 Abs. 3 Bst. a). Weiter enthält das DNA-Profil-Gesetz Bestimmungen zur DNA-Analyse ausserhalb von Strafverfahren (Art. 6), zum behördlichen Prozess bei der Erstellung und Auswertung eines DNA-Profiles (Art. 8 f., 13 und 14), zum DNA-Profil-Informationssystem (Art. 10–12) und zur Löschung der Profile in diesem System (Art. 15 ff.) sowie zum Datenschutz.¹¹

Das geltende DNA-Profil-Gesetz enthält also gleichzeitig Bestimmungen verwaltungsrechtlichen und strafprozessualen Inhalts. Die Doppelspurigkeiten zwischen DNA-Profil-Gesetz und StPO sollen beseitigt werden. Es wird damit dieselbe Trennung von verwaltungsrechtlichen (DNA-Profil-Gesetz) und strafprozessualen (StPO) Inhalten vorgenommen, wie sie mit der Totalrevision des Bundesgesetzes vom 18. März 2016 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF)¹² im Verhältnis zwischen BÜPF und StPO umgesetzt wurde.¹³ Der Inhalt des DNA-Profil-Gesetzes soll neu eingegrenzt sein auf die Definition des DNA-Profiles, auf die Regelungen des Bearbeitungsprozesses der DNA-Analyse und des DNA-Profil-Informationssystems, einschliesslich der Löschfristen, sowie auf den Datenschutz. Demgegenüber soll Regelungsort für die unmittelbaren strafprozessualen Aspekte der DNA-Analyse neu einzig und abschliessend die StPO sein. Soweit die DNA-Analyse in Strafverfahren ausserhalb der StPO zur Verfügung stehen soll, ist dies im entsprechenden strafprozessualen Spezialgesetz so vorzusehen. Dies wird – mit der vorliegenden Neuregelung – einzig für den MStP der Fall sein.

In der Arbeitsgruppe zur vorliegenden Änderung des DNA-Profil-Gesetzes (siehe vorne, *Ziff. 1.1.2*) wurde auch die Frage der Voraussetzungen thematisiert, unter denen ein DNA-Profil erstellt werden darf, wenn es zur Aufklärung der Anlasstat nicht erforderlich ist, jedoch zur Aufklärung anderer begangener oder zukünftiger Straftaten gebraucht werden könnte, dies vor dem Hintergrund der jüngsten Praxis des Bundesgerichts in diesem Bereich. Dieses vor allem seitens der Kantone eingebrachte Anliegen wird nicht in dieser Vorlage behandelt, sondern in der Botschaft des Bundesrates zur Änderung der StPO in Umsetzung der Motion 14.3383 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats (Anpassung der Strafprozessordnung).

Ergänzung des Militärstraftprozesses

Vom Geltungsbereich der StPO ist u.a. der Militärstraftprozess ausgenommen (vgl. Art. 1 Abs. 2 StPO). Im Unterschied zur StPO enthält der geltende MStP keine ausdrückliche Regelung der DNA-Analyse. Bis anhin hat die Militärjustiz in den einzelnen Fällen, die die Erstellung eines DNA-Profiles oder die Durchführung einer Massenuntersuchung erforderten, das DNA-Profil-Gesetz angewendet. Mit der oben

⁸ Siehe Botschaft DNA-Profil-Gesetz, BBl **2001** 41.

⁹ Die beiden Gesetze enthalten je eine spezielle Norm zur gegenseitigen Abgrenzung ihres jeweiligen sachlichen Anwendungsbereichs: Artikel 259 StPO zur Abgrenzung gegenüber dem DNA-Profil-Gesetz und umgekehrt Artikel 1a DNA-Profil-Gesetz zur Abgrenzung gegenüber der StPO.

¹⁰ Botschaft StPO, BBl **2006** 1241.

¹¹ Die genetischen Untersuchungen ausserhalb des Bereichs der Strafverfolgung, also im medizinischen Bereich sowie im Arbeits-, Versicherungs- und Haftpflichtbereich, und die Erstellung von DNA-Profilen zur Klärung der Abstammung oder zur Identifizierung in einem Zivil- oder Verwaltungsverfahren regelt das Bundesgesetz vom 8. Oktober 2004 über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG; SR **810.12**).

¹² SR **780.1**

¹³ Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 27. Februar 2013 zum Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF), BBl **2013** 2748.

dargestellten Entflechtung von DNA-Profil-Gesetz und StPO wird dies künftig nicht mehr möglich sein. Abgesehen davon rechtfertigt es sich aus rechtsstaatlichen Gründen, die DNA-Analyse im MStP in derselben Regelungsdichte zu regeln, wie dies die StPO tut. Insgesamt soll der MStP künftig über die Erstellung des herkömmlichen DNA-Profiles und der Massenuntersuchung hinaus über das gesamte Instrumentarium der DNA-Analyse verfügen, das auch im bürgerlichen Strafprozessrecht zur Verfügung steht. Der Katalog der Zwangsmassnahmen des MStP wird somit ergänzt mit einem neuen Abschnitt «DNA-Analysen». In diesen werden die strafprozessualen Massnahmen der DNA-Analyse aufgenommen, wie sie bereits die geltende StPO kennt, und im gleichen Zug – parallel zu den inhaltlich deckungsgleichen Anpassungen in der StPO – die mit dieser Vorlage neu geregelte Phänotypisierung und der erweiterte Suchlauf mit Verwandtschaftsbezug.

1.1.4 Das DNA-Profil als erkennungsdienstliches Instrument und Mittel für die Zuordnung von Tatortspuren zu spurenlegenden Personen

Überblick

Das DNA-Profil enthält «Informationen über spezifische Eigenschaften einer Person», die zur «Identifizierung dieser Person verwendet werden» (Art. 2 Abs. 1 DNA-Profil-Gesetz und VE-DNA-Profil-Gesetz). Diese Information besteht – ausschliesslich – aus einer abschliessenden Buchstaben-Zahlen-Kombination (so auch die Formulierung in Art. 2 Abs. 1 DNA-Profil-Gesetz).¹⁴ Diese Buchstaben-Zahlen-Kombination lässt sich entweder für den lokalen Vergleich eines Profils mit einem bestimmten anderen solchen Profil verwenden (Vergleich 1:1) oder aber unter Verwendung eines speziellen Informationssystems für den Abgleich mit potentiell unbeschränkt vielen anderen solchen Profilen (Abgleich 1:n). Das biologische Material, aus dem das Profil erstellt wird, stammt entweder aus der Probenahme bei einer bestimmten Person, dies in der Regel nicht-invasiv durch einen Wangenschleimhautabstrich, in besonderen Einzelfällen auch invasiv, vor allem durch Abnahme einer Blutprobe (Personenprofil). Oder es wird von den Fachleuten der Kriminaltechnik am Tatort, an der Tatwaffe, am Opfer etc. als sog. Spur sichergestellt (Spurenprofil).¹⁵ Im Zuge der Analyse zur Erstellung des Standard-DNA-Profiles wird im Übrigen jeweils auch gleich das Geschlecht festgestellt.¹⁶

Die molekulargenetischen Grundlagen des DNA-Profiles

Die im Zellkern enthaltene DNA (Desoxyribonukleinsäure, engl. **deoxyribonucleic acid**) beinhaltet die genetische Information eines Menschen. Die DNA ist ein Molekül in Form einer Kette, deren Glieder aus Nukleotiden bestehen. Die 23 Chromosomen-Ketten des Menschen sind je zu einem Doppelstrang nach Art einer Strickleiter verknüpft. Die Sprossen werden durch Basenpaare gebildet, wobei sich von den vier Basen Adenin (A), Cytosin (C), Guanin (G) und Thymin (T) A jeweils mit T und C jeweils mit G verbindet.¹⁷ Nur rund zwei Prozent der DNA bestehen aus Abfolgen von Nukleotiden, die genetische Information enthalten, also Information zur Herstellung eines Proteins. Die übrigen 98 Prozent der DNA bestehen aus Nukleotiden, die keinerlei solche Information aufweisen. Zwecks Erstellung des DNA-Profiles werden innerhalb eines bestimmten Chromosoms wiederum ganz bestimmte Stellen oder Genorte (*Loci*, engl. *marker*) ausgewertet, deren Besonderheit darin besteht, dass sie eine bestimmte Anzahl von Wiederholungen von Basenpaar-Einheiten (z. B. ATCG) aufweisen. Diese Genorte werden entsprechend *Short Tandem Repeats (STR)* genannt. Die Anzahl der Wiederholungen und damit die Länge der einzelnen Loci sind von Mensch zu Mensch verschieden (sog. *Längen-Polymorphismus*¹⁸). Dieser Umstand

¹⁴ Die Zahlen bezeichnen die spezifischen DNA-Merkmale (Allele), die Buchstaben das Geschlecht der Person (XX bei der Frau, XY beim Mann; Botschaft DNA-Profil-Gesetz, BBl 2001 37).

¹⁵ Solche Spuren bzw. Spurenmaterial können sein: Blutspuren, Speichel, Hautabriebspuren, Spermaspuren, Vaginalepithelzellen, Haare, Knochen, Zähne (*Pflugbeil et al.*, S. 89 f.; *Wirth/Schmeling*, S. 330 f.).

¹⁶ Die Geschlechtsbestimmung erfolgt mittels Auswertung des Locus «Amelogenin» (vgl. DNA-Analyselabor-Verordnung EJPd vom 8. Oktober 2014 [SR 363.11], Liste der Loci im Anhang; *Wirth/Schmeling*, S. 326).

¹⁷ Siehe für diese wissenschaftlichen Grundlagen: Botschaft DNA-Profil-Gesetz, BBl 2001 35 ff.

¹⁸ *Wirth/Schmeling*, S. 324.

ermöglicht es, die STRs für Identifizierungszwecke zu verwenden. Der Buchstaben-Zahlen-Code, aus dem das DNA-Profil besteht (siehe vorne, *Überblick*), ist das Resultat der Messung der Länge der STRs, mit der Anzahl der Wiederholungen der Basenpaar-Einheiten als Masseinheit. Für sich allein, also ausserhalb der Durchführung von Vergleichen des DNA-Profiles mit anderen solchen Profilen, ist das DNA-Profil nutzlos.¹⁹ Es enthält insbesondere keinerlei persönlichkeitsrelevante Information.

Die Analyselabors sind verpflichtet, bei einer DNA-Analyse zwecks Profilerstellung 16 bestimmte STR-Loci zu analysieren (Art. 1 Abs. 5 DNA-Analyselabor-Verordnung EJPD). Wenn zwei Profile in allen 16 STR-Loci mit ihren je zwei Allelen oder Merkmalen (je eines von jedem Elternteil) übereinstimmen, also in allen 32 Merkmalen, kann mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass diese Profile von derselben Person stammen. Eine zufällige Übereinstimmung kann so gut wie ausgeschlossen werden. Eine Ausnahme gilt für eineiige Zwillinge, die identische DNA-Profile besitzen.

Gegenwärtig verfügen in der Schweiz sieben DNA-Analyselabors über die für die Erstellung von DNA-Profilen erforderliche Anerkennung durch das EJPD.²⁰ Der Profilvergleich im DNA-Profil-Informationssystem (siehe hinten, *Ziff. 2.1.2*) wird auf gesamtschweizerischer Ebene von Koordinationsstelle nach Art. 9a DNA-Profil-Verordnung²¹ vorgenommen.²²

Die praktische Bedeutung des DNA-Profil-Abgleichs

Im Rahmen der erkennungsdienstlichen Erfassung nach Artikel 260 StPO werden von der tatverdächtigen Person – neben der Erfassung des Signalements – Finger- und Handballenabdrücke abgenommen. Diese Massnahme wird von der Polizei angeordnet.²³ Wenn dies zur Aufklärung der Anlasstat erforderlich ist, ordnet die Staatsanwaltschaft an, dass von der tatverdächtigen Person zusätzlich das DNA-Profil erstellt wird (Art. 255 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 198 Abs. 1 Bst. a StPO). Wenn die tatverdächtige Person *in flagranti* gestellt wurde, die Aufklärung der Anlasstat also an und für sich keine Profilerstellung erfordert, ist die Erstellung und Aufbewahrung eines DNA-Profiles gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann verhältnismässig, wenn «erhebliche und konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die beschuldigte Person in andere – bereits begangene oder künftige – Delikte von gewisser Schwere verwickelt sein könnte.»²⁴

Zeigt sich beim Vergleich oder Abgleich des DNA-Profiles aus einer Spur unbekannter Herkunft mit dem DNA-Profil einer bestimmten Person eine Übereinstimmung, so ist die Spurengeberin oder der Spurengeber dadurch identifiziert. In diesem Sinne ist das aufgefundene DNA-Profil ein Beweismittel. Ob es sich bei dieser Person auch um die Täterin oder den Täter handelt, ist Gegenstand der Erforschung der materiellen Wahrheit im Rahmen des Strafverfahrens.²⁵

In der Schweiz können täglich mittels Abgleich im Informationssystem durchschnittlich fünfzehn Tatortspuren der spurengibenden Person zugeordnet werden, und mehr als vier DNA-Spuren erzielen einen Treffer auf andere Spuren und belegen damit einen Tatzusammenhang – beispielsweise zwischen verschiedenen Tatorten.²⁶

¹⁹ Butler, S. 9.

²⁰ Siehe für die Liste der vom EJPD anerkannten Analyselabors: www.fedpol.admin.ch/fedpol/de/home/sicherheit/personenidentifikation/dna-profile/die_dna-analyselabors.html.

²¹ SR 363.1

²² Mit dem Inkrafttreten des totalrevidierten GUMG vom 15. Juni 2018 wird die Koordinationsstelle mit dem neuen Artikel 10 Absatz 2 und 3 DNA-Profil-Gesetz eine formell-gesetzliche Grundlage erhalten (BB1 2018 3533 [Referendumsvorlage]).

²³ Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe g der Verordnung vom 6. Dezember 2013 über die Bearbeitung biometrischer erkennungsdienstlicher Daten (SR 361.3); vgl. auch BSK StPO-Bruno Werlen, Art. 260 N 3.

²⁴ Urteil 1B_185/2017, E. 3, vom 21.8.2017.

²⁵ AB 2002 N 1230 (Votum Vorsteherin EJPD, Bundesrätin Ruth Metzler). Vgl. weiter Voser, DNA-Analysen (Art. 255–259), in: Albertini Gianfranco/Fehr Bruno/Voser Beat, Polizeiliche Ermittlung – Ein Handbuch der Vereinigung der Schweizerischen Kriminalpolizeichefs zum polizeilichen Ermittlungsverfahren gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2008, S. 379.

²⁶ fedpol, Biometrische Identifikation, Statistik für das Jahr 2018, auf: www.fedpol.admin.ch/fedpol/de/home/sicherheit/personenidentifikation/dna-profile/anzahl_identifikationen.html.

Die häufigsten Anlasstaten (Straftatbestände) für die Erstellung von DNA-Profilen sind Diebstahl (Art. 139 StGB²⁷) und «Einbruchdiebstahl» (Verbindung von Diebstahl und Hausfriedensbruch nach Art. 186 StGB, allenfalls verbunden mit Sachbeschädigung nach Art. 144 StGB). Auf Diebstahl entfielen 2018 16% der Spur-Person-Treffer im Informationssystem, auf Einbruchdiebstahl 51%. Schwere Gewalttaten werden deutlich seltener begangen, entsprechend tiefer ist die Anzahl Treffer: vorsätzliche Tötung/Tötungsdelikte (Art. 111 StGB und einzelne weitere Straftatbestände): 1,5%; Raub (Art. 140 StGB): 3,0%; Vergewaltigung (Art. 190 StGB) und weitere strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität: 2,1%.²⁸

In der Botschaft zur Schaffung des DNA-Profil-Gesetzes zeigte der Bundesrat im Jahr 2000 gestützt auf die Erfahrungen im Ausland mit der damals seit rund 15 Jahren eingeführten forensischen DNA-Analyse auf, in welchen Bereichen dieses Instrument hauptsächlich von Bedeutung ist:

- «Bei schweren Straftaten gegen Leib, Leben und körperliche Integrität, bei denen Täter und Opfer im eigentlichen Sinn gewaltsam aufeinandertreffen und sich gegenseitig und das Umfeld mit Spuren versehen.
- Bei Straftaten gegen das Eigentum, bei denen die Täter Spuren hinterlassen, sei es durch die Gewaltanwendung an Sachen oder durch Unachtsamkeit.
- Bei der wiederholten Begehung der oben erwähnten Straftaten durch den gleichen Täter (Serien- bzw. Wiederholungstäter) oder durch die gleiche Tätergruppe (Einbrecherbanden).»²⁹

Der besondere Nutzen der DNA-Analyse für die Strafverfolgung war in den eidgenössischen Räten bei der Schaffung des DNA-Profil-Gesetzes unbestritten.³⁰ Nach über achtzehn Jahren der Verwendung der DNA-Analyse in der Schweiz kann diese Einschätzung nur bestätigt werden.³¹ Die DNA-Analyse ist aus der Strafverfolgung nicht mehr wegzudenken.

Zusatzanalysen: Bestimmung des Y-DNA-Profiles und der mitochondrialen DNA

Mittels der Bestimmung des Y-DNA-Profiles und der mitochondrialen DNA lassen sich unter anderem Ahnenlinien feststellen, und zwar beim Y-DNA-Profil die väterliche und bei der mitochondrialen DNA die mütterliche Linie.³² Diese beiden Arten von Zusatzanalysen spielen bei der «klassischen» DNA-Analyse zur Täteridentifikation eine Rolle, vor allem dadurch, dass sie es ermöglichen, für ein bestimmtes Spurenprofil einen Tatbezug auszuschliessen. Sie ermöglichen es aber auch, bei der Durchführung einer Massenuntersuchung und eines erweiterten Suchlaufs mit Verwandtschaftsbezug dank der Kenntnis von Verwandtschaftsverhältnissen den zu untersuchenden Personenkreis näher einzugrenzen.

- ***Y-DNA-Profil***

Männer besitzen ein X-Chromosom von ihrer Mutter und ein Y-Chromosom von ihrem Vater. Frauen erhalten sowohl ein X-Chromosom von ihrer Mutter als auch eines von ihrem Vater. Im Zuge der Erstellung des Standard-DNA-Profiles lässt sich mittels Typisierung eines einzelnen, bestimmten Bereichs der Geschlechtschromosomen der Spurengeberin oder des Spurengebers (Fragmentlängenbereich) dessen Geschlecht bestimmen (vgl. vorne, *Übersicht*). Entscheidend ist vorliegend: Nur männliche Personen verfügen über ein Y-Chromosom. Das Y-Chromosom wird 1:1 vom Vater an seine Söhne vererbt.³³ Das bedeutet, dass alle männlichen Personen aus der

²⁷ SR 311.0

²⁸ fedpol, Biometrische Identifikation, Statistik für das Jahr 2018, auf: www.fedpol.admin.ch/fedpol/de/home/sicherheit/personenidentifikation/dna-profile/anzahl_identifikationen.html.

²⁹ Botschaft DNA-Profil-Gesetz, BBl 2001 32.

³⁰ Vgl. die Voten in der Eintretensdebatte im Nationalrat (Erstrat) in: AB 2002 N 1224 ff.

³¹ Vgl. etwa: BSK StPO-Christoph Fricker/Stefan Maeder, Vor Art. 255 N 2. Am 1. Juli 2000 nahm das DNA-Profil-Informationssystem seinen Betrieb auf, gestützt auf die bis 31. Dezember 2004 befristete Verordnung vom 31. Mai 2000 über das DNA-Profil-Informationssystem (EDNA-Verordnung; AS 2000 1715). DNA-Analysen waren aber schon vor der Schaffung der Datenbank durchgeführt worden.

³² Butler, S. 363. Diese Marker werden deshalb als «lineage markers» bezeichnet (a.a.O.).

³³ Dies im Unterschied zu den STR-Loci, auf deren Grundlage das DNA-Profil erstellt wird: Diese ändern sich aufgrund der Erbgesetze von Generation zu Generation.

gleichen väterlichen Linie (Vater, Söhne, Brüder etc.) unabhängig vom Verwandtschaftsgrad über alle Generationen hinweg das gleiche Y-DNA-Profil aufweisen. Mit dem Abgleich dieser Profile lassen sich somit keine Einzelpersonen identifizieren. Der spezifische Nutzen der Y-DNA-Analyse besteht vielmehr darin, (männliche) Personen einer bestimmten Ahnenlinie zuzuordnen.³⁴

Die Erstellung von Y-DNA-Profilen gehört zum Standard-Leistungsangebot eines forensischen DNA-Labors. Die Fähigkeit hierzu ist eine der Voraussetzungen für die Akkreditierung eines solchen Labors (Art. 7 i.V.m. Art. 1 Abs. 2 DNA-Analyselabor-Verordnung EJPD). Mit der Y-DNA-Analyse werden ausschliesslich Merkmale auf dem männlichen Y-Chromosom nachgewiesen, wobei es sich bei diesen Merkmalen um dieselbe Art von *Short Tandem Repeats* handelt wie bei den 16 Standard-Loci.

Eine Y-DNA-Analyse wird bereits heute regelmässig vorgenommen als Ergänzung und Absicherung bei der Interpretation eines schwierigen Mischprofils. Vor allem bei Sexualdelikten, aber auch Gewalt- und Tötungsdelikten mit einem weiblichen Opfer kommt es nicht selten vor, dass die DNA des Opfers jene der männlichen Person überlagert. Es liegt somit eine Mischspur mit einem Überschuss an DNA der weiblichen Person vor, aus der sich kein Standard-DNA-Profil erstellen lässt. Hier ermöglicht es die Y-DNA-Analyse, den DNA-Anteil der männlichen Person in der Spur unabhängig von der DNA der weiblichen Person zu untersuchen und zu typisieren. Die Y-DNA-Analyse gelangt weiter bei der Identifizierung unbekannter Leichen zur Anwendung.

- *Analyse der mitochondrialen DNA*

Die mitochondriale DNA befindet sich ausserhalb des Zellkerns in den Mitochondrien, die für die Energieversorgung einer Zelle zuständig sind. Ihre Analyse ist mit erhöhtem Aufwand verbunden.

Im Unterschied zum Y-DNA-Profil ist die Analyse der mitochondrialen DNA nicht Gegenstand der geltenden DNA-Analyselabor-Verordnung EJPD. Sie ist somit auch nicht im Leistungskatalog enthalten, den die Labors erfüllen müssen, um akkreditiert werden zu können (für diesen Katalog: Art. 2–8 i.V.m. Art. 1 Abs. 2 DNA-Analyselabor-Verordnung EJPD). Dies erklärt sich dadurch, dass im Jahr 2005, bei der erstmaligen Schaffung dieser Verordnung, solche Analysen in der Schweiz noch kaum vorgenommen wurden. Auch heute bieten unter den anerkannten DNA-Analyselabors in der Schweiz nur jene von Lausanne und Zürich die Durchführung solcher Analysen an. Bei der Verordnungsanpassung im Zuge der Schaffung des Ausführungsrechts zur vorliegenden Änderung des DNA-Profil-Gesetzes wird diese Analyseverfahren neu in den Erlass aufgenommen werden.

Im forensischen Bereich, konkret: bei der Untersuchung täterischer Spuren, gelangt die Analyse der mitochondrialen DNA nur in Ausnahmefällen zur Anwendung. Sie ist hier jedoch von ganz spezifischem Nutzen. Die mitochondriale DNA ist in jeder Zelle in grosser Zahl vorhanden. Dies hat zur Folge, dass sie sich häufig auch dann noch typisieren lässt, wenn die Kern-DNA selbst nur in ungenügender Menge oder nur schwer beschädigt (degradiert) vorhanden ist. Weist bspw. ein am Opfer sichergestelltes Haar keine Wurzel mehr auf, kann immer noch die ausserhalb des Kerns in den Mitochondrien enthaltene DNA untersucht werden. Weiter lassen sich mit der mitochondrialen DNA Verwandtschaftskonstellationen feststellen. Denn die mitochondriale DNA wird als ganzes Molekül über die mütterliche Linie vererbt, also von der Mutter an ihre Kinder (Söhne und Töchter; maternaler Erbgang). Aus diesem Grund eignet sich die Analyse der mitochondrialen DNA speziell für Geschwisterabklärungen, da Geschwister, egal ob männlich oder weiblich, von der Mutter die gleiche mitochondriale DNA vererbt erhalten. Es besitzt also eine

³⁴ Zum Ganzen: *Coquoz et al.*, S. 159 ff.

Frau dieselbe mitochondriale DNA wie ihre Kinder, wie die Kinder ihrer Töchter und so weiter von Generation zu Generation, bis dann allenfalls eine Mutation eintritt. So wird es ermöglicht, «zur Feststellung der Identität einer unbekannten weiblichen Person auch entfernte Verwandte in mütterlicher Linie heranzuziehen».³⁵ Der Wahrscheinlichkeitsberechnung gestützt auf eine bestimmte Sequenz mitochondrialer DNA kommt Beweiswert zu. Speziell relevant ist diese Eigenschaft der mitochondrialen DNA bei der Durchführung von erweiterten Suchläufen mit Verwandtschaftsbezug, wenn das Spurenprofil von einer weiblichen Person stammt (siehe hierzu näher hinten, Ziff. 2.1.3).

Das Ergebnis der Analyse der mitochondrialen DNA ist die Bestimmung des sog. Haplotyps (verkürzt aus «haploider Genotyp»). Der Haplotyp einer bestimmten Person ergibt sich aus den positionsbezogenen Unterschieden zur revidierten Cambridge Referenz Sequenz (rCRS) in der Kontrollregion der mitochondrialen DNA.

Der eruierte Haplotyp wird für 1:1-Vergleiche verwendet. Im Unterschied zum Y-DNA-Profil hat er nicht die Form eines einfachen Zahlencodes, sondern wird durch das Analyselabor in Berichtsförmigkeit aufgezeigt. Aus diesem äusserlichen Grund eignet er sich nicht für den Abgleich in einem Informationssystem. Weil zudem diese spezielle Analyse der DNA in der Praxis nur selten vorgenommen wird, würde es auch an der für regelmässige Abgleiche relevanten Vergleichsmenge von Daten fehlen. Es wird somit davon abgesehen, das Ergebnis der Analysen der mitochondrialen DNA in das Informationssystem nach Artikel 10 DNA-Profil-Gesetz aufzunehmen.

1.2 Verhältnis zur Legislaturplanung sowie zu Strategien des Bundesrates

Die Vorlage ist weder in der Botschaft vom 27. Januar 2016³⁶ zur Legislaturplanung 2015–2019 noch im Bundesbeschluss vom 14. Juni 2016³⁷ über die Legislaturplanung 2015-2019 angekündigt. Sie setzt entsprechende parlamentarische Vorstösse um (siehe nachfolgend Ziff. 1.3).

Es bestehen keine Schnittstellen zu einer geltenden Strategie des Bundesrates.

1.3 Erledigung parlamentarischer Vorstösse

Mit dieser Gesetzesvorlage werden die Motion 15.4150 Vitali, Kein Täterschutz für Mörder und Vergewaltiger, und das Postulat 16.3003 der Rechtskommission des Nationalrates, Prüfung der Aufbewahrungsfristen für DNA-Profile, erfüllt.

³⁵ Wirth/Schmeling, S. 328. Zur mitochondrialen DNA generell: Beck, S. 61 f.; Butler, S. 363 und 375; Coquoz et al., S. 31 f. und 151 ff.;

³⁶ BBl 2016 1105

³⁷ BBl 2016 5183

2 Grundzüge der Vorlage

2.1 Die beantragte Neuregelung

2.1.1 Phänotypisierung

Überblick

Als Phänotypisierung wird das spezifische Verfahren bezeichnet, bei dem mittels molekulargenetischer Untersuchung von DNA-Spurenmaterial mit hoher Verlässlichkeit Feststellungen zum äusseren Erscheinungsbild einer Spurengabe oder eines Spurengabers getroffen werden, wie etwa die Haar-, Augen- oder Hautfarbe, um damit die Fahndung nach dem Täter oder der Täterin zu unterstützen. Die Phänotypisierung unterscheidet sich dabei grundsätzlich – qualitativ – vom DNA-Profil: Die mittels einer Phänotypisierung aus der DNA eruierten äusserlich sichtbaren Merkmale einer vorderhand noch unbekannten Person sind *nicht individualspezifisch*, können also nicht eindeutig einer bestimmten einzelnen Person zugewiesen werden. Wurde aus der DNA etwa eine grünblaue Farbe der Augen eruiert, so ist klar, dass dieses Merkmal auch zahlreiche weitere Menschen in der Gesellschaft aufweisen. Falls Aussagen von Zeugen zum äusseren Erscheinungsbild des mutmasslichen Täters oder der mutmasslichen Täterin fehlen oder diese widersprüchlich oder mit Unsicherheit behaftet sind und auch keine Aufzeichnungen von Überwachungskameras etc. vorliegen, so kann eine Phänotypisierung der einzige verbleibende Weg sein, um konkrete Ansatzpunkte für die Durchführung einer Fahndung zu gewinnen. Durch sie können auch vorliegende Information bestätigt oder ergänzt werden. Die Phänotypisierung ist dabei im Unterschied zum individualspezifischen DNA-Profil kein Beweismittel, sondern «lediglich» ein Fahndungsinstrument.

Der Bundesrat hatte bereits im Entwurf des DNA-Profil-Gesetzes gemäss Botschaft vom 8. November 2000 vorgeschlagen, es sollten «ausnahmsweise» aus der DNA auch persönliche Merkmale eruiert werden dürfen.³⁸ Die eidgenössischen Räte strichen jedoch die entsprechende Klausel aus dem Gesetzesentwurf. Es bestanden datenschutzrechtliche Bedenken, auch die Auswertung hierfür erforderlicher codierender DNA-Abschnitte zuzulassen. Zudem wurde festgestellt, dass – zum damaligen Zeitpunkt – keine ausgereiften technischen Verfahren für die Durchführung von Phänotypisierungen zur Verfügung standen.³⁹ Bezüglich beider dieser Punkte besteht heute eine neue Ausgangslage: Solche Verfahren stehen inzwischen zur Verfügung. Und mit einer strikten Regelung der Phänotypisierung mit Schranken, die dem mit dem Instrument verbundenen Grundrechtseingriff Rechnung tragen, kann das Risiko unzulässiger persönlichkeitsrelevanter Ausforschungen der DNA durch die Strafverfolgungsbehörden ausgeschlossen werden.

Die molekulargenetischen Grundlagen der Phänotypisierung

Die Phänotypisierung zu Zwecken der Strafverfolgung macht sich den Umstand zunutze, dass das äussere Erscheinungsbild einer Person zu einem grossen Teil in den Genen codiert ist.

Das einzige phänotypische Merkmal, das bereits nach geltendem Recht bestimmt werden darf, ist das Geschlecht (Art. 2 Abs. 2 DNA-Profil-Gesetz; siehe hierzu vorne, Ziff. 1.1.4., *Überblick*).

³⁸ Artikel 2 Absatz 2 E-DNA-Profil-Gesetz aus dem Jahr 2000 hatte folgenden Wortlaut: «Bei der DNA-Analyse darf weder nach dem Gesundheitszustand, noch nach anderen persönlichen Eigenschaften mit Ausnahme des Geschlechtes der betroffenen Person geforscht werden. Ausnahmsweise können für die Aufklärung von Verbrechen auch codierende Abschnitte der DNA untersucht werden, wenn dies zur Identifizierung der Täterschaft oder zur Beweisführung erforderlich ist.» (BBl 2001 58 f.). Welche einzelnen Merkmale eruiert werden dürfen, lässt der Gesetzestext offen. In der Botschaft DNA-Profil-Gesetz legte der Bundesrat jedoch dar, es seien «[f]ür die Identifizierung interessant ... zum Beispiel Angaben über die Augen-, Haar- oder Hautfarbe, mit denen die visuelle Identifizierung unterstützt werden kann» (BBl 2001 43).

³⁹ Vgl. zur Thematik des Ausschlusses einer Analyse der codierenden DNA-Abschnitte folgende Voten im Rahmen der parlamentarischen Beratung: AB 2002 N 1224 (Votum Lauper), 1225 (Aeppli Wartmann), 1227 (Gutzwiller), 1229 (de Dardel).

Neben den STR-Loci, die bezüglich ihrer Länge variieren (siehe vorne, Ziff. 1.1.4, *Die molekulargenetischen Grundlagen des DNA-Profiles*), findet sich in der DNA eine weitere Art von Polymorphismus, die in der Variation eines einzelnen Basenpaars besteht: Eine der vier Basen A, C, G und T ist innerhalb einer Sequenz ausgetauscht (also bspw. A statt G) – deshalb: *Sequenz-Polyphormismus*⁴⁰. Solche Varianten werden entsprechend als *Single Nucleotide Polymorphisms (SNPs)*, ausgesprochen «Snip») bezeichnet.

In umfangreichen Populationsstudien mit einer hohen Zahl von Probanden, sogenannten genomweiten Assoziationsstudien, wurde und wird weiterhin erforscht, welche SNPs mit einem bestimmten Körpermerkmal wie zum Beispiel der Augenfarbe häufiger vorkommen und somit mit diesem Körpermerkmal korrelieren. Für Körpermerkmale, die von nur wenigen Genen bestimmt werden, wie zum Beispiel die Augenfarbe, sind solche korrelierenden SNPs relativ leicht zu finden. Bei vielen Körpermerkmalen ist die genetische Grundlage aber weitaus komplexer und es können mehrere hundert Gene einen Einfluss haben. In einem von der EU finanzierten europaweiten Projekt (VISible Attributes Through Genomics [VISAGE] Consortium) wird aktuell an der Optimierung bestehender und der Etablierung neuer Verfahren zur Vorhersage von weiteren äusserlich sichtbaren Körpermerkmalen, der biogeografischen Herkunft auf kontinentaler und auch subkontinentaler Ebene sowie des Alters gearbeitet.

Die einzelnen persönlichen Merkmale für eine Phänotypisierung

Die Augenfarbe einer Spurengerbin oder eines Spurengebers war das erste persönliche Merkmal, für dessen Analyse – im Jahre 2011 – Technologien und Methoden entwickelt werden konnten. Inzwischen stehen für weitere Körpermerkmale Analyse-Verfahren zur Verfügung, die für die forensische Anwendung validiert sind.

- *Augenfarbe*

Für die Bestimmung der Augenfarbe existiert aktuell ein Verfahren (IrisPlex), mit dem simultan sechs informative SNPs typisiert werden. Blaue oder dunkelbraune Augenfarben können mit diesen sechs SNPs mit einer Vorhersagegenauigkeit von ca. 90-95% bestimmt werden. Zwischenfarben wie z.B. grüne oder graue Mischfarben sind schwieriger vorherzusagen.

- *Haarfarbe*

Durch die Typisierung von insgesamt 24 bestimmten SNPs mit einem weiterentwickelten Verfahren (Hirisplex) ist es möglich, Augen- und Haarfarbe simultan aus einer biologischen Spur zu untersuchen. Die Haarfarben rot, blond, braun oder schwarz lassen sich mit hoher Zuverlässigkeit vorhersagen (blond: rund 69%, braun: 78%, rot: 80%, schwarz: 87%). Bei blonder Haarfarbe ist zu berücksichtigen, dass bei einem Teil der blondhaarigen Bevölkerung während der Adoleszenz eine Veränderung der Haarfarbe zu dunkelblond/braun auftritt.

- *Hautfarbe*

Die jeweils extremen Ausprägungen weisse oder schwarze Hautfarbe können mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit vorhergesagt werden. Mit den derzeit zur Verfügung stehenden Tests können inzwischen auch Klassifikationen der unterschiedlichen intermediären Hautfarben zwischen dunkel und hell vorgenommen werden. Im Einzelnen liegt die Vorhersagewahrscheinlichkeit aktuell für die weisse Hautfarbe bei 98%, für die schwarze Hautfarbe bei 95% und für Mischformen bei 84%. Der oben erwähnte Analysekit Hirisplex ist inzwischen zum Hirisplex-S weiterentwickelt worden, der es ermöglicht, durch die Typisierung von 41 SNPs simultan die Augen, Haar- und Hautfarbe zu analysieren.

⁴⁰ Butler, S. 342; Wirth/Schmeling, S. 324.

- *Biogeografische Herkunft einer Person*

Anhand spezifischer Merkmale der DNA lässt sich vorhersagen, ob eine Person aus einer der Weltregionen Europa, Afrika, Ostasien, Südasien, Südwestasien oder ob sie der indigenen Bevölkerung in Ozeanien oder Amerika entstammt. Für die Strafverfolgung ist dieses Merkmal von besonderer praktischer Bedeutung, denn auf allen Kontinenten leben bspw. Personen mit schwarzen Haaren und braunen Augen. Gegenüber diesen Personen lässt sich einzig mittels Herkunftsanalyse die erforderliche nähere geografische Eingrenzung vornehmen. Auch kann etwa das Analyseergebnis «braune Hautfarbe» zwei sehr unterschiedliche Ursachen haben: Die Eltern der Person können aus verschiedenen Kontinenten stammen (z.B. Afrika - schwarz, Europa - weiss) oder die Person stammt aus einer Region, in der die Bevölkerung mehrheitlich brauner Hautfarbe ist (z.B. Indien). Erst die Analyse der biogeografischen Herkunft schafft Klarheit, welche der beiden Varianten vorliegt. In den Niederlanden, einem der Pionierländer der Phänotypisierung, war die biogeografische Herkunft (neben dem Merkmal des Geschlechts) das erste äusserlich sichtbare persönliche Merkmal, dessen Eruierung für die Zwecke der Strafverfolgung gesetzlich vorgesehen wurde (vgl. hinten, *Rechtsvergleich*).

- *Alter*

Während des Lebens können sich die Gen-Aktivitäten verändern, dies je nach Genort durch eine zu- oder eine abnehmende chemische Modifikation (Methylierung) bestimmter Abschnitte der DNA. Die DNA-Sequenz (Basenpaar-Abfolge) bleibt dabei jedoch unverändert. Die Veränderung des Methylierungsmusters ermöglicht es, das Alter einer Person abzuschätzen. Die Methylierungsanalyse ist aktuell die erfolgversprechendste Methode für die Altersbestimmung. Sie ermöglicht es, für den Altersbereich von ca. 20 bis 60 Jahren das Alter der Spurengabein oder des Spurengabers mit einer Genauigkeit von plus/minus 4 bis 5 Jahren einzugrenzen. Bei jüngeren oder älteren Personen kann es z.B. aufgrund von Wachstumsprozessen oder Krankheiten zu grösseren Abweichungen kommen.

Die Phänotypisierung als Instrument der Strafverfolgung

Kann an einem Tatort, am Opfer etc. Spurenmaterial sichergestellt werden, bei dem davon ausgegangen werden kann, dass es taterischen Ursprungs ist, wird immer als erster Schritt gestützt auf Artikel 255 StPO ein DNA-Spurenprofil erstellt und dieses im Informationssystem nach Artikel 10 DNA-Profil-Gesetz abgeglichen. Von allen Anwendungen der DNA-Analyse resultiert einzig beim regulären Suchlauf im Informationssystem mit dem Standard-DNA-Profil innert kurzer Frist ein eindeutiges Ergebnis (Treffer/Nicht-Treffer). Im Idealfall erzielt das Spurenprofil dabei einen Treffer auf das Profil einer im Informationssystem bereits mit Namen erfassten Person, womit die Spur aufgelöst bzw. die Spurengabein oder der Spurengabe identifiziert ist. Ergibt der Suchlauf hingegen einen «No-Hit», muss auf der Grundlage eines allfällig vorhandenen Signalements und/oder weiterer sachdienlicher Hinweise nach der unbekannten Taterschaft gefahndet werden.⁴¹ Dies ist generell nach Artikel 306 Absatz 2 Buchstabe b StPO Aufgabe der Polizei im Ermittlungsverfahren (Ermittlung tatverdächtiger Personen).⁴² Es sind diese Fahndungsmassnahmen, die künftig mittels Phänotypisierung unterstützt werden sollen.

Die Phänotypisierung wird somit zur unmittelbaren Unterstützung der Ermittlungen eingesetzt. Sie ermöglicht eine Fokussierung bezüglich des potentiellen Täterkreises und ist entsprechend auch als «accélérateur d'enquête»⁴³ bezeichnet worden. In der Regel dürften dabei die durch Phänotypisierung gewonnenen Erkenntnisse nicht die alleinige Grundlage für eine Fahndung sein, sondern zusammen mit weiteren ermittlungsrelevanten Hinweisen wie etwa Aussagen von Augenzeugen, Bildern aus Überwachungskameras etc. zu einem Gesamtbild kombiniert werden. Die Phänotypisierung unterliegt dabei der

⁴¹ So verfügt das automatisierte Polizeifahndungssystem RIPOL über die Kategorie «ungeklärte Straftaten», worin «Signalemente unbekannter Taterschaft» ausgeschrieben werden können (Art. 3 Bst. h RIPOL-Verordnung; SR 361.0).

⁴² Schmid/Jositsch-Praxiskommentar, Art. 210 N 4.

⁴³ Dr. Vincent Castella, RTS, «La matinale», 21. Mai 2019

Subsidiarität: Sie gelangt nur zur Anwendung, wenn die Erkenntnisse aus den «klassischen» Quellen von Fahndungsangaben wie Zeugenaussagen, Bilder einer Überwachungskamera etc. für zielführende Ermittlungen nicht ausreichen, widersprüchlich sind oder sogar gänzlich fehlen. In solchen Fällen kann die Phänotypisierung umgekehrt ihr volles Potential zur Wirkung bringen. Im Unterschied zu den Aussagen von Augenzeugen, die mit Unsicherheiten aufgrund subjektiver Wahrnehmung belastet sein können, liegen der Phänotypisierung wissenschaftliche und damit überprüfbare Verfahren zugrunde. Diese unterliegen allerdings den oben erwähnten, je nach untersuchtem Merkmal unterschiedlichen Wahrscheinlichkeitswerten. Zudem wird zu berücksichtigen sein, dass die betroffene Person einzelne ihrer äusserlichen Merkmale eigenhändig verändert haben könnte, um unerkannt zu bleiben (so etwa die Haarfarbe).

Der praktische Nutzen der Phänotypisierung lässt sich am Fall der Vergewaltigung und Ermordung der 16jährigen Marianne Vaatstra im Jahre 1999 in den Niederlanden aufzeigen: Der erste Tatverdacht fiel auf die Bewohner eines nahegelegenen Asylbewerberheims. Eine erste DNA-Massenuntersuchung im Gebiet um den Tatort verlief ergebnislos. In dieser Situation entschlossen sich die Strafverfolgungsbehörden zum allerersten Mal überhaupt, eine Phänotypisierung der am Tatort sichergestellten Blut- und Spermaspuren vorzunehmen. Es stellte sich heraus: Beim Täter muss es sich um einen Westeuropäer handeln. Damit liessen sich die folgenden Ermittlungen eingrenzen. Der Täter konnte schliesslich im Jahre 2012 aufgrund eines Treffers im Zuge einer DNA-Massenuntersuchung ermittelt werden.

Die Phänotypisierung kann weiter die Identifizierung von unbekannten oder auf das Skelett reduzierten Leichen von Opfern wie auch von vermissten Personen (Art. 6 Abs. 3 DNA-Profil-Gesetz) unterstützen, indem sie Anhaltspunkte liefert, wie die betroffene Person ausgesehen haben bzw. aussehen muss.⁴⁴ Einen besonderen Nutzen bietet die Phänotypisierung schliesslich im Zusammenhang mit der Massenuntersuchung nach Artikel 256 StPO bzw. Artikel 3 Absatz 2 DNA-Profil-Gesetz: Sie ermöglicht es, den Kreis der Personen, von denen ein DNA-Profil erstellt werden soll, näher einzugrenzen, dies vor allem gestützt auf das Merkmal des Alters der Spurengeberin oder des Spurengebers. Teilweise wird darin sogar das grösste Potential des neuen Analyseverfahrens gesehen.⁴⁵ Wie erwähnt (siehe vorne, *Ziff. Überblick*), sind die gewonnenen Erkenntnisse nicht individualspezifisch. Sie haben somit bezüglich des Nachweises einer Täterschaft keinen Beweiswert, sondern stellen lediglich, aber immerhin Indizien für weitere Ermittlungshandlungen dar.

In der Praxis sind der Phänotypisierung im Übrigen faktische Grenzen gesetzt: Die Spur, die entsprechend analysiert werden soll, muss in ausreichender Menge DNA von guter Qualität enthalten. Wie die Erfahrung zeigt, fällt Spurenmaterial in der Regel aber nur in begrenzter Menge an. Oftmals ist die DNA nach der Erstellung des Standard-DNA-Profiles bereits aufgebraucht. Relevante Erkenntnisse lassen sich zudem nur aus Einzelspuren gewinnen. Mischspuren, die sich aus DNA mehrerer Personen zusammensetzen, können für eine Phänotypisierung nicht verwendet werden.

Rechtliche Schranken gemäss vorgeschlagener Regelung

Die Phänotypisierung wird wie das DNA-Profil nach Artikel 255 StPO durch die Staatsanwaltschaft angeordnet. Sie steht aber im Unterschied zum DNA-Profil zur Aufklärung einzig von Verbrechen zur Verfügung (Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren; Art. 10 Abs. 2 StGB) und somit nicht auch zur Verfolgung von Vergehen (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahre oder Geldstrafe; Art. 10 Abs. 3 StGB). Damit ist dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 197 Abs. 1 Bst. d StPO) entsprochen, wonach die Schwere des Grundrechtseingriffs, den eine Zwangsmassnahme bewirkt, der Schwere des Delikts entspricht, zu dessen Aufklärung das Instrument eingesetzt werden darf. Für die überwiegende Zahl der Vergehen ist die für eine Phänotypisierung verlangte Schwere der Rechtsgutverletzung nicht gegeben.

⁴⁴ Pflugbeil et al., S. 95.

⁴⁵ So bei Maren Beck, Forensic DNA-Phenotyping – Bestimmung äusserer Merkmale aus der DNA, Kriminalpolitische Zeitschrift 3/2017, S. 160 ff., 163, auf: <http://kripoz.de/wp-content/uploads/2017/05/beck-forensic-dna-phenotyping.pdf>.

Die gesetzliche Regelung umfasst zusätzlich die folgenden besonderen Eckpunkte:

- Es dürfen nur Merkmale einer Person eruiert werden, die äusserlich sichtbar und damit auch von einem jeden Augenzeugen festgestellt werden könnten.
- Diese Merkmale werden im Gesetz einzeln und in einem abschliessenden Katalog festgehalten.
- Solche Merkmale sind: die Augen-, Haar- und Hautfarbe, die biogeografische Herkunft sowie das biologische Alter.
- Das Analyseergebnis dient ausschliesslich den Zwecken der Fahndung. Es steht einmalig und abschliessend einzig für das jeweilige Strafverfahren zur Verfügung. Es gelangt in keines der polizeilichen Informationssysteme und insbesondere nicht in das DNA-Profil-Informationssystem nach Artikel 10 DNA-Profil-Gesetz.

Zu ergänzen ist dies durch eine Regelung bezüglich allfälliger sog. Überschussinformationen, also von Erkenntnissen aus dem Erbgut, die im Zuge einer Eruiierung von SNPs anfallen können, nach denen aber nicht gesucht wurde. Zu denken ist etwa an Informationen, die bspw. auf ein erhöhtes Krebsrisiko der betroffenen Person hindeuten.

Ausblick: Weiterentwicklung der Phänotypisierung

Es ist davon auszugehen, dass sich die DNA-Analyse insgesamt in den kommenden Jahren stark fortentwickeln wird. Es ist hier vor allem auf die in der medizinischen Genomanalyse bereits weit verbreitete, ebenso aber auch für die forensische Molekulargenetik relevante Hochdurchsatzsequenzierung (*Next Generation Sequencing*, *NGS*) zu verweisen.⁴⁶ Im Bereich der Phänotypisierung werden auf der Grundlage genomweiter Assoziationsstudien Marker für zusätzliche phänotypische Merkmale entwickelt werden, etwa für Körpergrösse oder Gesichtsform (Gesichtsmorphologie).

Rechtsvergleich

Als erstes Land schufen die *Niederlande* im Jahr 2003 eine ausdrückliche rechtliche Regelung der Phänotypisierung in ihrer Strafprozessordnung.⁴⁷ Der entsprechende Gesetzeserlass nennt als Merkmale die festgestellt werden dürfen, ausdrücklich jene des Geschlechts und der biogeografischen Herkunft (Zum damaligen Zeitpunkt waren dies die einzigen Merkmale, für die wissenschaftlich-technisch ausgereifte Analyseverfahren für die Zwecke der Strafverfolgung vorlagen.). Das Gesetz sieht gleichzeitig generell vor, dass äusserlich sichtbare Merkmale ausgewertet werden dürfen, unter der Voraussetzung, dass alle weiteren solchen Merkmale einzelfallweise ein spezielles Genehmigungsverfahren durchlaufen haben. Die entsprechenden Nachträge zum Gesetz müssen von der Zweiten Kammer des Parlaments (in der Schweiz entspräche dies dem Nationalrat) auf Antrag des Justizministeriums verabschiedet werden. Nach diesem Vorgehen hat die Zweite Kammer im Jahr 2012 das Merkmal Augenfarbe genehmigt und 2017 das Merkmal Haarfarbe. Für das Merkmal Hautfarbe ist das Genehmigungsverfahren 2018 eingeleitet worden. Die Phänotypisierung ist inzwischen in mehr als 30 Fällen angewendet worden. Seit Mai 2018 ist in der *Slowakei* eine gesetzliche Regelung der Phänotypisierung in Kraft. Sie sieht vor, dass mittels DNA-Analyse äusserlich sichtbare persönliche Merkmale ausgewertet werden dürfen, dies zur Aufklärung besonders schwerer Delikte gegen Leib und Leben, die Freiheit und die menschliche Würde sowie zur Identifizierung einer Leiche oder abgetrennter Körperteile.⁴⁸

Eingesetzt wird das Instrument weiter in *Grossbritannien* und in den *USA*, die beide keine ausdrücklichen Regelungen kennen, aus denen ein Verbot der Phänotypisierung resultiert. Ähnlich ist in *Frankreich*,

⁴⁶ Vgl. zum *Next Generation Sequencing*: Botschaft GUMG, BBl 2017 5605.

⁴⁷ Gesetz vom 8. Mai 2003 zur Feststellung äusserlich wahrnehmbarer Personenmerkmale aus Zellmaterial (informelle deutsche Übersetzung) (Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung [SIR], Avis 17-028 vom 28. September 2017, S. 60); Beck, S. 55.

⁴⁸ Informelle deutsche Übersetzung basierend auf einer informellen englischen Übersetzung der relevanten slowakischen Gesetzesbestimmung; vgl. für letztere: *Gabrielle Samuel/Barbara Prainsack*, The regulatory landscape of forensic DNA phenotyping in Europe VISAGE, November 2018, S. 3, auf: www.visage-h2020.eu/ > Reports.

dessen Gesetzgebung die DNA-Analyse nicht ausdrücklich auf nicht-codierende DNA-Abschnitte begrenzt, der entsprechenden Auslegungsspielraum genutzt worden, um die Phänotypisierung aufgrund eines Gerichtsentscheids zuzulassen.⁴⁹ Dort ist inzwischen gefordert worden, es sei dieses Instrument in eine formelle gesetzliche Regelung zu fassen.⁵⁰

Demgegenüber wird für *Österreich* davon ausgegangen, dass die enge Umschreibung des Verwendungszwecks der DNA-Analyse in der geltenden Strafprozessordnung eine Ausweitung auf die Phänotypisierung nicht zulässt. Auch in *Deutschland* lässt das geltende Recht dieses Instrument nicht zu, die Debatte zu einer allfälligen Gesetzesänderung ist jedoch eröffnet: 2017 reichte das Bundesland Baden-Württemberg einen Gesetzesantrag zur Einführung der Phänotypisierung im Parlament (Bundesrat) ein.⁵¹ Inzwischen schlägt die Bundesregierung im Rahmen einer Unterrichtung des Bundestags zu «Eckpunkten zur Modernisierung des Strafverfahrens» eine Anpassung der Strafprozessordnung dahingehend vor, dass künftig «molekulargenetische Untersuchungen an aufgefundenem, sichergestelltem oder beschlagnahmtem Material auch hinsichtlich der wahrscheinlichen Haar-, Augen- und Hautfarbe sowie des Alters des Spurenlegers erlaubt» sein sollen.⁵²

2.1.2 Prüfung der Aufbewahrungsfristen für DNA-Profile (Berichterstattung in Umsetzung des Postulats 16.3003)

Die Grundzüge der geltenden Regelung

Der Regelung für die Löschung der DNA-Profile nach geltendem Gesetz liegt folgender Grundsatz zugrunde: «[B]reite Aufnahme von entsprechenden DNA-Profilen, gleichzeitig aber sehr klare Löschregeln, die dem individuellen Datenschutz Rechnung tragen».⁵³ Mit «breiter Aufnahme» ist gemeint: Die Erstellung und Aufbewahrung des DNA-Profiles ist für alle Straftatbestände der Deliktskategorien Verbrechen und Vergehen zulässig und unterliegt nicht etwa einem Deliktskatalog. Dies aufgrund der unverändert gültigen Erkenntnis, dass DNA-Spuren aus schweren Straftaten wiederholt durch Treffer auf Personen identifiziert werden können, von denen zuvor aufgrund eines vergleichsweise geringen Delikts ein Profil erstellt und in das Informationssystem aufgenommen worden war.⁵⁴ Ein zentrales Element der klaren Löschregelung ist, dass das Personenprofil nicht erst auf Gesuch der betroffenen Person gelöscht wird, sondern von Amtes wegen.

Das DNA-Profil-Informationssystem und das Verfahren zur Einspeisung und Löschung der Daten

Die DNA-Profile von Personen und Spuren werden in der Form einer Buchstaben-Zahlen-Kombination (siehe vorne, *Ziff. 1.1.4, Überblick*) im DNA-Profil-Informationssystem nach Artikel 10 DNA-Profil-Gesetz bearbeitet. Das Informationssystem arbeitet mit der Software CODIS (Combined DNA Index System). Die einem DNA-Profil zugehörigen Personen- oder (bei einer Spur) Falldaten werden in einem eigenständigen, physisch getrennten Informationssystem gespeichert, dem Informatisierten Personennachweis-, Aktennachweis- und Verwaltungssystem im Bundesamt für Polizei fedpol (IPAS) nach Artikel 19 des Bundesgesetzes vom 13. Juni 2008⁵⁵ über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes (BPI). Dass die DNA-Profile und die dazugehörigen Personen- und Falldaten strikt voneinander getrennt aufbewahrt werden, ist datenschutzrechtlich begründet. Es geht davon aber auch eine qualitätssichernde

⁴⁹ Entscheid der *Cour de cassation (Chambre criminelle)* vom 25. Juni 2014, zu finden auf: www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000029152345&fastReqId=1622039649&fastPos=1.

⁵⁰ Vgl. *Claudia Riccardi* und *Ludvine Richefeu*, Les nouvelles utilisations de la génétique dans le cadre de la procédure pénale, in: *RSC Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, April-Juni 2018, S. 331 ff., 335.

⁵¹ Antrag des Landes Baden-Württemberg vom 03.02.2017 für den Entwurf eines Gesetzes zur Erweiterung des Umfangs der Untersuchungen von DNA-fähigem Material, Bundesrat, Drucksache 117/17, auf: www.bundesrat.de/SharedDocs/beratungsvorgaenge/2017/0101-0200/0117-17.html.

⁵² Bundestags-Drucksache 19/10388 vom 16.05.2019. Zu erwähnen ist hier auch, dass das Bundesland Bayern mit Gesetz vom 18. Mai 2018 die Phänotypisierung der Merkmale Haar-, Augen- und Hautfarbe sowie Alter zu Zwecken der *Gefahrenabwehr* eingeführt hat.

⁵³ AB 2002 N 1227 und 1249 (Voten Gutzwiller).

⁵⁴ Vgl. hierzu: AB 2002 N 1243 (Votum Gutzwiller).

⁵⁵ SR 361

Wirkung aus: Bei der Profilbearbeitung im DNA-Analyse-Labor werden allfällige Fehlinterpretationen durch Voreingenommenheit oder unnötiger Kenntnis von Fallinformation verhindert. Verknüpft sind die DNA-Profile im CODIS und die Personen-/Falldaten im IPAS mit einer eindeutigen Erkennungsnummer (Process Control Number, PCN). Einzig fedpol ist befugt (und auch technisch in der Lage), die DNA-Profile mit den dazugehörigen Personen- und Falldaten zu verknüpfen (Art. 10 Abs. 5 DNA-Profil-Verordnung).

Der Bearbeitungsprozess eines DNA-Profils umfasst von seiner Erstellung über die Bearbeitung im Informationssystem bis zu seiner Löschung in diesem System folgende Schritte:

- (1) Die gemäss geltendem Recht zur Erstellung von DNA-Profilen zuständigen Behörden, also die Polizei und die Staatsanwaltschaft,⁵⁶ das Grenzwachtkorps⁵⁷ und die zuständige Behörde des Fürstentums Liechtenstein⁵⁸ (nachfolgend zusammengefasst: anordnende Behörden), entnehmen der betroffenen Person das Probematerial bzw. stellen dieses als Spur am Tatort etc. sicher. Das Probematerial wird mit einer PCN versehen.
- (2) Die anordnende Behörde stellt das Probematerial einem der vom EJPD anerkannten Labors mit dem Auftrag zu, daraus das DNA-Profil zu erstellen. Gleichzeitig meldet sie fedpol die Erteilung dieses Analyseauftrags einschliesslich der dazugehörigen PCN. Sie übermittelt fedpol zudem die mit diesem Auftrag verbundenen Personen- und Falldaten zwecks Speicherung im IPAS. Das Profil wird im IPAS sicherheitshalber mit der Auffang-Löschfrist nach Artikel 16 Absatz 3 DNA-Profil-Gesetz von 30 Jahren versehen.
- (3) Das Labor erstellt aus der Probe das DNA-Profil (Person oder Spur). Das Profil übermittelt es (immer mit der PCN gekennzeichnet) an die Koordinationsstelle beim Institut für Rechtsmedizin (IRM) der Universität Zürich. Es vernichtet die einer Person genommene Probe, sobald das Personenprofil erstellt ist, spätestens aber nach drei Monaten (Art. 9 Abs. 2 DNA-Profil-Gesetz). Im Falle einer Spur bewahrt es die bei der DNA-Analyse nicht verbrauchte DNA während grundsätzlich 15 Jahren als Beweismaterial auf (Art. 6 Abs. 2 DNA-Profil-Verordnung).
- (4) Die Koordinationsstelle führt den Suchlauf mit dem DNA-Profil im Informationssystem durch. Das Ergebnis des Abgleichs (Treffer/Nicht-Treffer) meldet sie fedpol. Einen Treffer lässt sie vorgängig durch das Labor überprüfen.
- (5) fedpol verknüpft das Profil mittels PCN mit den Personen- und Falldaten im IPAS. Das gesamte Ergebnis des Profilabgleichs – Treffer (mit den Personen- und Falldaten) oder Nicht-Treffer – meldet es der anordnenden Behörde.
- (6) Die anordnende Behörde wird von fedpol aufgefordert, die 30jährige Standard-Löschfrist (siehe oben, Prozessschritt 2) mit einer auf den Einzelfall bezogenen Löschfrist zu versehen, eine Aufforderung, die als Unterstützung dieser Behörden im Löschprozess verstanden sein soll. Falls eine solche Frist gemeldet wird, wird diese im IPAS vorgemerkt. Die DNA Profile, zu denen fedpol von der zuständigen Behörde noch kein Löschdatum gemeldet erhalten hat, werden den entsprechenden Behörden nach Ablauf eines Jahres gemeldet, verbunden mit der Aufforderung, das fehlende Löschdatum nachzuliefern. Die für den gesamten gesicherten Informationsverkehr zwischen den beteiligten Behörden verwendete webbasierte Kommunikationsplattform (*jMessage Handler*) generiert in regelmässigem Abstand weitere solche Aufforderungen, bis die erforderliche Angabe gemacht ist.
- (7) Die anordnende Behörde hat die Aufgabe, über den gesamten «Lebenszyklus» des Profils – von der Phase des Ermittlungsverfahrens über jene der justiziellen Beurteilung über alle Instanzen

⁵⁶ Gestützt auf Art. 255 i.V.m. Art. 198 StPO und Art. 7 DNA-Profil-Gesetz.

⁵⁷ Gestützt auf Art. 103 Zollgesetz (SR 631.0) i.V.m. Art. 226 Abs. 3 Bst. a und Bst. b Ziff. 1 Zollverordnung (SR 631.01).

⁵⁸ Gestützt auf den Vertrag vom 15. Dezember 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein über die Zusammenarbeit im Rahmen der schweizerischen Informationssysteme für Fingerabdrücke und DNA-Profile (SR 0.360.514.1).

hinweg bis zum Abschluss des Vollzugs der Sanktion – zu verfolgen, ob sich eines der Löschergebnisse nach den Artikeln 16–19 DNA-Profil-Gesetz verwirklicht hat. Ist dies der Fall, hat sie dies fedpol innerhalb von 30 Tagen zu melden.

- (8) fedpol löscht auftragsgemäss das DNA-Profil im CODIS und die Personen-/Falldaten im IPAS. Damit ist der Bearbeitungsprozess eines DNA-Personen- oder Spurenprofils definitiv abgeschlossen. Die anordnende Behörde erhält eine Bestätigung der Löschung der Daten.

Das DNA-Profil-Informationssystem nach Artikel 10 DNA-Profil-Gesetz enthält aktuell 193'857 Personenprofile und 84'139 Spurenprofile.⁵⁹ Im Jahr 2018 wurden 5'054 Treffer Spur/Person und 1'517 Treffer Spur/Spur erzielt.

Teilauftrag 1 gemäss Postulat 16.3003: Prüfung einer Nichtlöschung der DNA-Profile von verurteilten Straftätern

Das geltende Recht sieht vor, dass die DNA-Profile verurteilter Straftäter nach abgestuften Fristen zu löschen sind (Art. 16 Abs. 1 Bst. e–l und Abs. 4 DNA-Profil-Gesetz). Grundsätzlich muss ein DNA-Profil nach 30 Jahren gelöscht sein (Art. 16 Abs. 3 DNA-Profil-Gesetz). Daran soll festgehalten werden, eine Nichtlöschung der Profile verurteilter Straftäter also auch künftig ausgeschlossen sein.

Dies verlangt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Der Bundesrat unterstützt in diesem Punkt die Argumentation, die die Rechtskommissionen sowohl des Nationalrates wie auch des Ständerates in den jeweiligen Räten anlässlich der Behandlung der Parlamentarischen Initiative 13.408 Geissbühler Andrea Martina, «Beschränkung der Löschung der DNA-Profile von Personen», vertreten haben. Die Bearbeitung des DNA-Profils im Informationssystem stellt einen Eingriff in die Privatsphäre dar, die durch Artikel 13 der Bundesverfassung⁶⁰ (BV) wie durch Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950⁶¹ (EMRK) geschützt ist. Dieser Eingriff ist unter der Voraussetzung verhältnismässig, dass er – in Abhängigkeit von der Schwere der Tat – zeitlich begrenzt ist. Verurteilte Personen haben insofern einen Anspruch auf das Vergessen bzw. eben auf Löschung ihres Profils im Informationssystem. Dies gilt insbesondere gegenüber jugendlichen Straftätern. Um die Aufklärung künftiger Delikte zu ermöglichen, sollen die DNA-Profile im Informationssystem gespeichert bleiben können, aber eben nur während einer gewissen, gesetzlich klar geregelten Dauer und nicht dauerhaft.⁶² Mit einer dauerhaften Aufbewahrung der Profile verurteilter Straftäter würde allerdings nicht gegen die Unschuldsvermutung (Art. 10 Abs. 1 StPO) verstossen, da diese einzig Personen schützt, denen gegenüber keine strafrechtliche Verurteilung ausgesprochen worden ist.⁶³

Generell ist ein Eingriff in ein Grundrecht verhältnismässig, wenn er zur Erreichung des Zieles «geeignet und erforderlich» ist.⁶⁴ Eine empirische Studie der Universität Lausanne zeigt zwar auf, dass die Zahl der zusätzlichen DNA-Treffer mit der Dauer der Aufbewahrung von DNA-Personenprofilen erwartungsgemäss steigt. Allerdings nimmt die Zunahme längerfristig deutlich ab und kann aufgrund des begrenzten Datenmaterials der Studie nicht quantifiziert werden.⁶⁵ Entsprechend erweist sich die zeitlich unbeschränkte Aufbewahrung des DNA-Profils eines verurteilten Täters oder einer verurteilten Täterin als nicht erforderlich, mithin unverhältnismässig.

⁵⁹ Stand: 31. Dezember 2018.

⁶⁰ SR 101

⁶¹ SR 0.101

⁶² Nationalrätlicher Kommissionsbericht auf: www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2013/Kommissionsbericht_RK-N_13.408_2014-01-23.pdf; ständerätlicher Bericht auf: www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2013/Kommissionsbericht_RK-S_13.408_2014-10-23.pdf (beide zuletzt abgefragt am 10. April 2018).

⁶³ Vgl. EGMR, Urteil *S. und Marper gegen Vereinigtes Königreich* vom 4. Dezember 2008, § 12. Das Bundesgericht folgert aus diesem Entscheid eine Anerkennung des EGMR, «dass die Aufbewahrung personenbezogener Daten nicht einem strafrechtlichen Vorwurf gleichgestellt werden kann» (Urteil 1C_598/2016 vom 2. März 2018, E. 4.2).

⁶⁴ BGE 120 Ia 147, E. 2.e.

⁶⁵ *Giulia Cinaglia*, Effacement des profils ADN des personnes prévenues. Garantie au droit à l'oubli ou entrave à l'identification des récidivistes ?, travail de mémoire, Université de Lausanne, Ecole des sciences criminelles, August 2016. Anmerkung: Aufgrund der begrenzten Datenmenge – das DNA-Profil-Gesetz ist vor 14 Jahren in Kraft getreten – können derzeit noch keine gesicherten Angaben für Löschrfristen gemacht werden, die eine Dauer von 15 Jahren übersteigen.

Teilauftrag 2 gemäss Postulat 16.3003: Evaluation der verschiedenen Löschrfristen im DNA-Profil-Gesetz

- *Löschrfrist für die DNA-Spurenprofile*

Für die (anonymen) DNA-Spurenprofile kann sich bereits das geltende Recht mit einer knappen, einheitlich für Verbrechen wie Vergehen geltenden Löschrregelung begnügen: Die Spur wird gelöscht, sobald sie mittels eines Treffers im Informationssystem auf eine bestimmte Person identifiziert ist, spätestens aber nach 30 Jahren (ausgenommen bei unverjährbaren Straftaten; Art. 18 DNA-Profil-Gesetz). Diese Löschrfrist für die Spurenprofile ist weiterhin zweckmässig. Diesbezüglich besteht kein Änderungsbedarf.

- *Löschrregelung für die DNA-Personenprofile*

Beurteilung der Dauer der Aufbewahrung der DNA-Profile im Informationssystem unter dem Blickwinkel der Effizienz der Strafverfolgung

Eine Regelung der Aufbewahrungsdauer von Daten in einem Informationssystem ist dann korrekturbedürftig, wenn sich erweist, dass sie so bemessen ist, dass der Zweck des Informationssystems nicht erreicht werden kann. Die geltende Regelung der Aufbewahrungsdauer der DNA-Profile müsste also angepasst – verlängert – werden, sollte sich aus der bisherigen Praxis ergeben, dass die einzelnen Aufbewahrungsfristen so kurz bemessen sind, dass der Strafverfolgung in hohem Mass Treffer entgehen, die sich bei längerer Aufbewahrung ergeben hätten. Dies ist indessen nicht der Fall. Die Evaluation der Löschrfristen hat ergeben, dass diese in ihrer Gesamtheit dem Interesse der Strafverfolgung entsprechen.

Äusserst detaillierte Normierung des Artikels 16 DNA-Profil-Gesetz

Die Aufbewahrungsdauer bzw. die Löschrfristen für die DNA-Personenprofile sind in den Artikeln 16 und 17 DNA-Profil-Gesetz geregelt.

Kern der Löschrregelung für die Personenprofile ist der Katalog einzelner Löschrfristen des Artikels 16. Dieser sieht für nicht weniger als 18 verschiedene Sachverhalte eine spezifische Löschrfrist vor. Innerhalb der Bandbreite dessen, was als verhältnismässig gelten kann, erreicht diese Regelung mit ihrem äusserst hohen Detaillierungsgrad wohl weitgehend das Maximum des grundsätzlichen Erfordernisses, dass die Aufbewahrungsdauer der Information nach der Schwere der Tat abgestuft sein muss.

Hoher Verwaltungsaufwand bei der Umsetzung der Löschrregelung

In den vergangenen Jahren hat sich bestätigt, dass die Umsetzung der geltenden Löschrregelung in Verbindung mit der Pflicht zur Löschrung von Amtes wegen mit einem enormen Verwaltungsaufwand verbunden ist. Die eidgenössischen Räte waren sich dessen bei der Beratung des DNA-Profil-Gesetzes bewusst.⁶⁶

Die Gründe für den erhöhten Verwaltungsaufwand

Einige wenige der Löschrfristen nach Artikel 16 DNA-Profil-Gesetz sind mit *definitiven und unabänderlichen Löschrereignissen* verbunden. Hier kann die mit der Umsetzung der Löschrregelung betraute Behörde im Zeitpunkt, zu dem das Löschrereignis bekannt ist, das Datum der Löschrung des Profils aus dem Informationssystem bereits definitiv festlegen. Solche Löschrereignisse sind: Ausschluss als Täter, Freispruch (jeweils umgehende Löschrung), definitive Einstellung des Strafverfahrens (Löschrung nach Ablauf eines Jahres) und Tod der betroffenen Person («nach» dem Eingang der Meldung des Todesfalls, ohne nähere Terminierung; Art. 16 Abs. 1 Bst. a–d DNA-Profil-Gesetz). Diese vier Löschrfristen sind bezüglich des Verwaltungsaufwands unproblematisch.

⁶⁶ Vgl. den entsprechenden Hinweis von Bundesrätin Metzler bei der Behandlung des DNA-Profil-Gesetzes im Nationalrat (AB 2002 N 1249).

Demgegenüber sind zahlreiche der Löschfristen des Artikels 16 Absatz 1 vom *Verlauf des Vollzugs der Sanktion* abhängig, die gegenüber der betroffenen Person ausgesprochen worden ist:

- *Bst. f*: 5 Jahre nach der Zahlung einer Geldstrafe, nach der Beendigung einer gemeinnützigen Arbeit oder nach dem Vollzug einer entsprechenden Umwandlungsstrafe;
- *Bst. g*: 5 Jahre fünf Jahre nach der Bezahlung einer Busse oder der Beendigung einer persönlichen Leistung nach den Artikeln 23–24 Jugendstrafgesetz (JStG)⁶⁷;
- *Bst. i*: 5 Jahre nach dem Vollzug einer Schutzmassnahme gemäss den Artikeln 12–14 JStG;
- *Bst. j*: 10 Jahre nach dem Vollzug eines Freiheitsentzuges nach Artikel 25 JStG;
- *Bst. k*: 10 Jahre nach der Beendigung des Vollzugs einer Unterbringung nach Artikel 15 JStG;
- *Bst. l*: 10 Jahre nach dem Ende eines Tätigkeitsverbots oder eines Kontakt- und Rayonverbots nach Artikel 67 beziehungsweise 67b StGB, Artikel 50 beziehungsweise 50b des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927⁶⁸ oder Artikel 16a JStG, unter Vorbehalt einer späteren Löschung nach Absatz 4.
- *Abs. 4*: 20 Jahre nach der Entlassung aus der Freiheitsstrafe oder der Verwahrung beziehungsweise nach dem Vollzug der therapeutischen Massnahme oder der Landesverweisung.

Bei diesen Löschereignissen ist es der für die Löschung verantwortlichen Behörde nicht möglich, das DNA-Profil der Person X. im Zeitpunkt des Urteils auch bereits mit einer definitiven Löschfrist zu versehen. Denn je nach Verlauf des Vollzugs der Sanktion verschiebt sich der zeitliche Ausgangspunkt, von dem an die Löschfrist zu berechnen ist. Die Löschfrist eines einzelnen Personenprofils kann sich im Verlaufe seiner «Lebensdauer» im Informationssystem sogar mehrmals ändern.

Dies sei an einem fiktiven Beispiel aufgezeigt: Die Staatsanwaltschaft lässt vom mutmasslichen Täter X. ein DNA-Profil erstellen. Die für die administrativen Prozesse im jeweiligen Kanton zuständige Behörde meldet fedpol für dieses Profil die Standard-Löschfrist von 30 Jahren, gerechnet ab Datum der erkennungsdienstlichen Behandlung.⁶⁹ In erster Instanz wird X. vom Gericht zu einer bedingten Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt. Die ursprüngliche, einheitliche Standard-Löschfrist kann nun für den Einzelfall festgelegt werden: Die Behörde meldet fedpol als neue Löschfrist: Datum des Ablaufs der Probezeit plus fünf Jahre.⁷⁰ X. wird rückfällig, die bedingte Strafe wird vom Gericht widerrufen. Im Zeitpunkt des Antritts der Freiheitsstrafe meldet die Behörde die neue Löschfrist von 22 Jahren (2 + 20 Jahre).⁷¹ X. tritt die Freiheitsstrafe an und wird nach zwei Dritteln, also nach 16 Monaten, bedingt entlassen. Daraus ergibt sich wiederum eine neue Löschfrist: 20 Jahre, gerechnet ab Datum der Entlassung aus dem Strafvollzug. Nach Ablauf dieser 20 Jahre fragt die Behörde das zuständige Gericht an, ob das Profil des X. definitiv gelöscht werden kann.⁷² Stimmt das Gericht zu, wird das Profil definitiv gelöscht. Lehnt das Gericht eine Löschung ab, weil bspw. eine Wiederholungstat befürchtet wird,⁷³ wird das Profil für eine bestimmte weitere Zeit von bspw. fünf Jahren aufbewahrt. Die Behörde meldet fedpol diese neue Aufbewahrungsfrist. Nach Ablauf der fünf Jahre fragt fedpol die zuständige Behörde an, ob das Profil gelöscht werden kann.

Der Umstand, dass die oben genannten Löschfristen Anpassungen an spätere Entwicklungen unterliegen, sie also gewissermassen «dynamisch» ausgestaltet sind, macht diese anspruchsvoll für

⁶⁷ SR 311.1

⁶⁸ SR 321.0

⁶⁹ Gemäss Art. 16 Abs. 3 DNA-Profil-Gesetz (Löschfrist von 30 Jahren); Art. 14 DNA-Profil-Verordnung.

⁷⁰ Art. 16 Abs. 1 Bst. e DNA-Profil-Gesetz.

⁷¹ Art. 16 Abs. 4 DNA-Profil-Gesetz.

⁷² Art. 15 DNA-Profil-Verordnung.

⁷³ Art. 17 Abs. 1 DNA-Profil-Gesetz.

die praktische Umsetzung. Denn in den Bearbeitungsprozess ist eine Abfolge von Behörden von Polizei und Staatsanwaltschaft über die Gerichte über alle Instanzen hinweg bis zu jenen des Straf- und Massnahmenvollzugs einbezogen. Diese Behörden müssen in ein lückenloses Meldesystem eingebunden sein, in das Anpassungen von Löschfristen eingespeist und von der zuständigen zentralen Behörde bearbeitet werden können. Jeder Kanton muss über eine zentrale Koordinationsstelle verfügen, die fedpol den jeweiligen Löschauftrag für ein Profil erteilt. Von dieser Behörde ist verlangt, dass sie für jedes einzelne Personenprofil im Informationssystem, über das «ihr» Kanton die Datenherrschaft ausübt, ein permanentes Controlling führt, das ihr mitteilt, wenn im Verlauf des Vollzugs der Sanktion ein löschrelevantes Ereignis eingetreten ist.⁷⁴

Gesamtbeurteilung

Die Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips erfordert es, die Aufbewahrungsdauer der Personenprofile im Informationssystem nach Art bzw. Schwere der Sanktion abzustufen. Dadurch kann auf die unterschiedliche Deliktsschwere Rücksicht genommen werden. Die geltende Löschregelung setzt diesen Grundsatz in höchst ausdifferenzierter Form um.

Weiter ergibt es bei der Berechnung der Aufbewahrungsdauer *a priori* Sinn, auf den Vollzug der Sanktion abzustellen, vor allem bei freiheitsentziehenden Sanktionen. Denn die weitere Aufbewahrung des Profils einer verurteilten Person im Informationssystem dient ja dem Zweck, Rückfalltaten rasch zu erkennen.⁷⁵ Diese präventive Wirkung kann die Speicherung des Profils erst vom Moment an entfalten, da sich die verurteilte Person wieder auf freiem Fuss befindet.

Die geltende Löschregelung muss indessen als *Gesamtsystem* gewürdigt werden. Dieses ist dadurch geprägt, dass eine Mehrzahl von Behörden mit eigenständiger organisationsrechtlicher Stellung (Polizei/Staatsanwaltschaft, Gericht, Strafvollzug) einen umfangreichen Katalog einzelner, vielfach vollzugsabhängiger Löschfristen umsetzen muss. Die überaus detaillierte Löschregelung in Verbindung mit komplexer Behördenstruktur macht das Löschprozedere ressourcenintensiv, ebenso aber auch fehleranfällig.

Massgeblich aber ist das Recht der betroffenen Person auf Löschung ihres Profils, sobald die gesetzliche Aufbewahrungsdauer abgelaufen ist. Ebenso sind die Strafverfolgungsbehörden an einem Löschverfahren interessiert, das so ausgestaltet ist, dass eine gegen Null tendierende Fehlerquote in der Praxis auch tatsächlich verwirklicht werden kann. Denn eine fehlerhafte Datenbearbeitung kann in zweierlei Hinsicht gravierende Folgen haben: Die Nichtlöschung eines Profils kann vor Gericht die Nicht-Verwertbarkeit des Beweismittels bewirken. Und die zu frühe Löschung eines Profils kann zur Folge haben, dass DNA-Spuren, die in der Zukunft gesichert werden, nicht mehr zum Treffer führen, den sie eigentlich erzielen sollten, wenn das Profil innerhalb seiner gesetzlichen Aufbewahrungsdauer im Informationssystem noch vorhanden gewesen wäre – womit in diesem Fall die rasche Aufklärung eines Verbrechens oder Vergehens erschwert, wenn nicht verhindert wird.

⁷⁴ Vgl. Art. 12 Abs. 1 zweiter Satz DNA-Profil-Verordnung: «[Die Kantone] bestimmen eine zentrale Stelle, welche für die Meldung verantwortlich ist.» Dadurch ist sichergestellt, dass fedpol pro Kanton nur einen Ansprechpartner hat. Es ist darauf hinzuweisen, dass sich die Informationslage der zentralen kantonalen Koordinationsstellen ab Inkrafttreten des StReG insoweit verbessern wird, als diese Stellen neu Zugang zum sog. «Behördenauszug 2» erhalten. Aus diesem Auszug können sie Daten über hängige Strafverfahren und Einstellungsverfügungen ansehen (vgl. Art. 46 Bst. n StReG; BBl 2016 4903 [Referendumsvorlage]).

⁷⁵ Vgl. Botschaft DNA-Profil-Gesetz, BBl 2001 45.

Die Kerninhalte der Neuregelung

- *Beibehaltung der beiden Grundpfeiler der geltenden Regelung*

Wie weiter vorne dargelegt (vgl. vorne, *Die Grundzüge der geltenden Regelung*), basiert die geltende Regelung auf dem Prinzip der Löschung von Amtes wegen und auf einem differenzierten Katalog von Löschfristen je nach Art und Schwere der Sanktion. Diese Grundpfeiler werden beibehalten.

- *Beibehaltung der geltenden Regelung für die Löschereignisse «Ausschluss als Täter», «Freispruch» und «Verfahrenseinstellung»*

Die drei Löschfristen nach Artikel 16 Absatz 1 Buchstaben a, c und d DNA-Profil-Gesetz werden unverändert beibehalten.

- *Beibehaltung einer besonderen Berücksichtigung der Sanktionen gemäss Jugendstrafrecht*

Dem Jugendstrafrecht liegt der Kerngedanke zugrunde, dass die persönliche Entwicklung Jugendlicher nicht abgeschlossen ist und ihnen gerade deshalb Handlungen nicht bis weit ins Erwachsenenalter hinein vorgehalten werden sollen.⁷⁶ Für die jugendlichen Straftäter gilt, dass «ihre Entwicklung und Integration in die Gesellschaft» besonders wichtig sind.⁷⁷ Auch der Vorschlag zur Neuregelung der Aufbewahrungsfristen differenziert somit weiterhin nach erwachsenen und jugendlichen Straftätern.

- *Neu – Grundsatz einer einmaligen und definitiven Festlegung der Löschfrist – keine nachträglichen Anpassungen*

Als erster Kerninhalt der Neuregelung soll die Aufbewahrungsfrist grundsätzlich ab einem präzisen Zeitpunkt – durch das Gericht im Zeitpunkt des Urteils – einmal und unabänderlich festgelegt werden. Die Aufbewahrungsdauer soll nicht (mehr) vom zeitlichen Vollzug der Sanktion abhängig sein, oder präziser: Sie soll nicht aufgrund des zeitlich nicht exakt vorhersehbaren Verlaufs des Vollzugs nachträglich angepasst werden müssen.

- *Neu – Vereinfachte Regelung der einzelnen Aufbewahrungsfristen*

Der Umfang der einzelnen in Artikel 16 DNA-Profil-Gesetz aufgelisteten Löschregeln bleibt in etwa gleich. Hingegen können als zweiter Kerninhalt der Neuregelung die einzelnen Aufbewahrungsfristen einfacher formuliert werden. Statt einer Normierung einzelner Löschereignisse («Ablauf der Probezeit», «Zahlung einer Geldstrafe» etc.) werden – weiterhin sehr differenzierte – Kategorien von Sanktionen festgelegt, die je mit einer pauschalen Aufbewahrungsdauer verknüpft sind.

- *Neu – Aufbewahrung des Profils einer verstorbenen Person während einer begrenzten Zeit*

Gemäss geltendem Artikel 16 Absatz 1 Buchstabe b DNA-Profil-Gesetz muss das Profil einer Person «nach» ihrem Tod gelöscht werden. Es wird also keine exakte Löschfrist vorgegeben, aber doch eine zeitnahe Löschung verlangt. Es ist nun aber so, dass auch nach dem Tod einer bestimmten Person innerhalb eines Zeitrahmens, der verhältnismässig sein muss, ein objektives Strafverfolgungsinteresse an der Kenntnis ihres DNA-Profiles fortbesteht. Offene Delikte sollen auch nach dem Tod der Person noch aufgeklärt und damit insbesondere zu Unrecht Verdächtige vom Tatvorwurf befreit werden können. Eine Anpassung der Löschfrist nach Artikel 16 Absatz 1 Buchstabe b DNA-Profil-Gesetz ist zuletzt bei den parlamentarischen Beratungen (Vorprüfung)

⁷⁶ Vgl. die Darstellung in der Botschaft zum Strafrechtsregistergesetz (StReG), wonach dem Schutz der Persönlichkeit „im Jugendstrafrecht namentlich aufgrund der oftmals bloss episodenhaften Delinquenz grössere Bedeutung zukommt als im Erwachsenenstrafrecht“ (BBl 2014 5752).

⁷⁷ EGMR, Urteil *S. und Marper gegen Vereinigtes Königreich* vom 4. Dezember 2008, § 124.

zur bereits erwähnten Parlamentarischen Initiative 13.408 Geissbühler thematisiert worden.⁷⁸ Angesichts des Umstands, dass der Individualschutz «mit dem Tod eines Menschen» endet,⁷⁹ beurteilt es der Bundesrat als vertretbar, das Profil einer toten bzw. im Lauf eines Strafverfahrens oder eines Straf- oder Massnahmenvollzugs verstorbenen Person über dieses Ereignis hinaus für eine begrenzte Zeit von 10 Jahren im Informationssystem zu belassen.

- *Beibehaltung des Grundsatzes der Einheitlichkeit der Löschfristen für alle Kategorien erkennungsdienstlicher Daten*

Gegenstand des Postulats 16.3003 ist die Löschregelung für die DNA-Profile. Es ist dabei zu beachten, dass die DNA-Löschregelung seit dem 1. September 2014 (Inkrafttreten der totalrevidierten Verordnung vom 6. Dezember 2013 über die Bearbeitung biometrischer erkennungsdienstlicher Daten) auch für die im Informationssystem AFIS gespeicherten Daten massgeblich ist, konkret: für die Fingerabdrücke und Fotografien (vgl. Art. 17 dieser Verordnung). Und ab Inkrafttreten des Strafregistergesetzes vom 17. Juni 2016 (StReG) – Grössenordnung 2023 – wird die DNA-Löschregelung schliesslich auch für die kantonalen erkennungsdienstlichen Unterlagen gelten.⁸⁰ Damit werden ab diesem Zeitpunkt die Löschfristen sämtlicher erkennungsdienstlicher Unterlagen harmonisiert sein. Dass die Aufbewahrungsfristen für die Fingerabdrücke mit jenen für die DNA-Profile identisch sein müssen, hat im Übrigen auch einen sachlichen Grund: Die Fingerabdrücke werden benötigt, um DNA-Treffer zu überprüfen.⁸¹

Rechtsvergleich

In *Deutschland* fehlen spezialgesetzliche Aufbewahrungsfristen für die erkennungsdienstlichen Daten. Deren Bearbeitung in den polizeilichen Informationssystemen richtet sich «nach den allgemeinen Regeln über die polizeiliche Informationsverarbeitung».⁸² Die Befugnis zur Erstellung und dem Abgleich von DNA-Personenprofilen regelt § 81e Absatz 1 der Strafprozessordnung (StPO⁸³; Molekulargenetische Untersuchung). Demgegenüber regelt § 81g StPO (DNA-Identitätsfeststellung) die Probenahme und Analyse des biologischen Materials speziell gegenüber dem Beschuldigten. Ein Profil darf erstellt werden unter der Voraussetzung, dass der Beschuldigte «einer Straftat von erheblicher Bedeutung oder einer Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung verdächtig» ist und dass «wegen der Art oder Ausführung der Tat, der Persönlichkeit des Beschuldigten oder sonstiger Erkenntnisse Grund zu der Annahme besteht, dass gegen [den Beschuldigten] künftig Strafverfahren wegen einer Straftat von erheblicher Bedeutung zu führen sind» (sog. Negativprognose).⁸⁴ Als Straftat «von erheblicher Bedeutung» gelten Verbrechen, also Straftaten, für die das Gesetz eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr vorsieht, und schwerwiegende Vergehen⁸⁵. Das DNA-Informationssystem wird vom Bundeskriminalamt (BKA) geführt (§ 11 Abs. 4 Ziff. 3 Bundeskriminalamtgesetz [BKA-Gesetz]⁸⁶). Die Löschregelung dieses Gesetzes gilt für alle Kategorien von Personendaten, zu deren Bearbeitung das BKA zur Erfüllung seiner Aufgaben befugt ist (siehe § 32 BKAG). Diese Daten – und damit (auch) die DNA-Profile – sind zu löschen bei Freispruch

⁷⁸ Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates hielt in ihrem Bericht vom 23. Januar 2014 zur Parlamentarischen Initiative 13.408 Geissbühler – die sie insgesamt mehrheitlich ablehnte – fest: «Die in der Initiative vorgesehene Möglichkeit, die Daten von verstorbenen Personen ein paar Jahre über den Tod hinaus aufzubewahren, findet im Grundsatz eine gewisse Zustimmung.» Bericht auf: www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2013/Kommissionsbericht_RK-N_13.408_2014-01-23.pdf (zuletzt abgefragt am 10. April 2018).

⁷⁹ René Rhinow/Markus Schefer, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. A., Basel 2009, N 1110.

⁸⁰ Vgl. StReG, Anhang 1, Änderung anderer Erlasse, Ziff. 3 (Anpassung von Art. 354 StGB [Daten im Informationssystem AFIS]) und Ziff. 5 (Anpassung von Art. 261 StPO), BBl 2016 4915 f. bzw. 4917 (Referendumsvorlage).

⁸¹ So können eineiige Zwillinge – die über dasselbe DNA-Profil verfügen – nur durch ihre Fingerabdrücke unterschieden werden (vgl. BSK StPO-Christoph Fricker/Stefan Maeder, Vor Art. 255 N 14).

⁸² Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, Rz. 236.

⁸³ Gesetzestext auf: www.gesetze-im-internet.de/stpo/ (21.9.2017).

⁸⁴ Eine parallele, inhaltlich deckungsgleiche Regelung enthält das BKA-Gesetz im Zusammenhang mit dem Betrieb seiner Informationssysteme (§ 8 Abs. 2).

⁸⁵ Als schwerwiegende Vergehen wurden von der Rechtsprechung bspw. anerkannt: Vergehen nach dem Betäubungsmittelgesetz, nach dem Aufenthaltsgesetz, dem Waffengesetz, Hehlerei, gewerbsmässige Steuerhehlerei oder –hinterziehung (SIR, Länderbericht Deutschland, Fn. 9).

⁸⁶ Gesetzestext auf: www.gesetze-im-internet.de/bkag_1997/BJNR165010997.html (21.9.2017).

und definitiver Einstellung des Verfahrens (§ 8 Abs. 3). Abgesehen davon sieht das Gesetz keine einzelnen, differenzierten Löschfristen vor. § 32 Absatz 2 erster Satz legt einzig fest, dass Daten zu löschen sind, wenn «ihre Kenntnis für die Aufgabenerfüllung nicht mehr erforderlich ist». Diese Erforderlichkeit muss vom BKA nach § 32 Absatz 3 BKAG innerhalb gesetzlich festgelegter Fristen geprüft werden (sog. Aussonderungsprüffristen):

«(3) Das Bundeskriminalamt prüft bei der Einzelfallbearbeitung und nach festgesetzten Fristen, ob gespeicherte personenbezogene Daten zu berichtigen oder zu löschen sind. Die [...] Aussonderungsprüffristen dürfen bei Erwachsenen zehn Jahre, bei Jugendlichen fünf Jahre und bei Kindern zwei Jahre nicht überschreiten, wobei nach Zweck der Speicherung sowie Art und Schwere des Sachverhalts zu unterscheiden ist.»

Gemäss Entscheidung des deutschen Bundesverwaltungsgerichts wird bei Ablauf der Fristen in der Regel eine weitere Speicherung der Daten nicht mehr erforderlich sein.⁸⁷

In *Frankreich* kann von Personen, gegen die ein Strafverfahren geführt wird oder die aufgrund eines Delikts verurteilt worden sind, das DNA-Profil gespeichert werden, wenn eine Katalogstraftat gemäss Code de procédure pénale (nachfolgend informell: CPP)⁸⁸ vorliegt.⁸⁹ Der umfangreiche Deliktskatalog umfasst Sexualstraftaten, schwere Gewaltverbrechen, schwere Vermögensdelikte, Delikte gegen fundamentale Interessen des Staats, Terrorismus, Geldfälschung, Kriegsverbrechen (Art. 706-55 CPP). Bearbeitet werden die DNA-Profile (neben Tatortspuren) im *Fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG)*.⁹⁰ Die Profile von Tatverdächtigen werden von Amtes wegen oder auf Ersuchen der betroffenen Person gelöscht, «lorsque leur conservation n'apparaît plus nécessaire compte tenu de la finalité du fichier» (Art. 706-54 CPP). Im Einzelnen gilt für Personen- und Spurenprofile eine generelle Löschfrist von 40 Jahren (Art. R53-14 CPP). Die Löschfrist beginnt zu laufen ab dem Datum des Antrags auf Aufnahme in den FNAEG oder ab Rechtskraft des Urteils (Art. R53-14 CPP). Für Personenprofile, die wegen Verdachts auf Begehung eines der Delikte nach Art. 706-55 erstellt und gespeichert worden sind,⁹¹ gilt eine spezielle Löschfrist von 25 Jahren für alle Profile, die nicht bereits durch den procureur de la République von Amtes wegen oder auf Ersuchen der betroffenen Person gelöscht worden sind, weil der Zweck des Informationssystems ihre weitere Aufbewahrung nicht mehr rechtfertigte (Art. R53-14 CPP). Der EGMR beanstandete im Urteil *Aycaguer gegen Frankreich* die französische Regelung, weil «le régime actuel de conservation des profils ADN dans le FNAEG n'offre pas, en raison tant de sa durée que l'absence de possibilité d'effacement, une protection suffisante à l'intéressé.»⁹²

In *Grossbritannien* ist der hier zentrale gesetzliche Erlass der Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE).⁹³ In der *National DNA Database (NDNAD)* dürfen DNA-Profile gespeichert werden, die im Zusammenhang mit einer der Art. 65A PACE aufgelisteten «qualifying offences» erstellt worden sind. Gemäss behördlicher Darstellung sind als «qualifying offences» insgesamt über 400 Straftatbestände eingestuft, darunter Mord, Totschlag, Vergewaltigung, schwere Körperverletzung, Raub, Einbruchdiebstahl sowie Tatbestände aus dem Sexualstrafrecht oder etwa auch aus dem Waffenrecht. Es gilt folgende Aufbewahrungsregelung: Von einer wegen einer «qualifying offence» verurteilten (erwachsenen oder jugendlichen) Person darf das Profil lebenslänglich («indefinite») gespeichert werden. Für eine wegen einer «minor offence» verurteilten erwachsenen Person bleibt das Profil ebenfalls lebenslänglich im Informationssystem. Für das Profil einer Person unter 18 Jahren, die wegen einer «minor offence» verurteilt wor-

⁸⁷ SIR, Länderbericht Deutschland, Ziff. 3.2.

⁸⁸ Gesetzeswortlaut auf: www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154 (26.09.2017).

⁸⁹ Zudem werden die Profile toter Personen gespeichert, deren Todesursache zu klären oder deren Identität unbekannt ist.

⁹⁰ Der FNAEG wird vom Innenministerium betrieben, und dort von der „direction centrale de la police judiciaire“ (Art. R53-10 CPP).

⁹¹ Es geht um „personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55“.

⁹² EGMR, Urteil *Aycaguer gegen Frankreich* vom 22. Juni 2017, § 45, auf: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-174441>.

⁹³ Gesetzeswortlaut auf: www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/contents (25.09.2017).

den ist, gilt bei der Erstverurteilung eine Aufbewahrungsdauer von fünf Jahren, bei einer weiteren, zweiten Verurteilung hingegen eine lebenslängliche Aufbewahrung. Für die Profile von Personen jeglichen Alters, bei denen es nicht zu einer gerichtlichen Verurteilung, aber immerhin zu einer Anklage wegen einer «qualifying offence» kam («unconvicted individuals»), gilt eine Aufbewahrungsdauer von grundsätzlich drei Jahren. Die DNA-Profile von Personen jeglichen Alters schliesslich, die wegen einer «qualifying offence» lediglich verhaftet, aber einer solchen Tat nicht angeklagt worden sind, können auf spezielle Anordnung des Biometrics Commissioners während dreier Jahre gespeichert werden.⁹⁴

In Österreich dürfen gemäss § 75 Absatz 4 der Strafprozessordnung 1975 (StPO)⁹⁵ Daten aus einer erkennungsdienstlichen Behandlung, einschliesslich solchen aus einer molekulargenetischen Untersuchung, «nur so lange verwendet werden, als wegen der Art der Ausführung der Tat, der Persönlichkeit der betroffenen Person oder auf Grund anderer Umstände zu befürchten ist, dass diese Person eine strafbare Handlung mit nicht bloss leichten Folgen begehen werde». Vorbehalten bleiben die Bestimmungen des Sicherheitspolizeigesetzes (SPG)⁹⁶, womit im Ergebnis der Löschregelung nach StPO «keine grosse praktische Bedeutung» zukommt.⁹⁷ Bei rechtskräftigem Freispruch oder definitiver Verfahrenseinstellung sind die Daten sofort zu löschen (a.a.O.). Voraussetzung für eine DNA-Untersuchung nach § 67 SPG ist, dass die betroffene Person «im Verdacht steht, eine strafbare Handlung gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung oder eine mit mindestens einjähriger Freiheitsstrafe bedrohte vorsätzliche gerichtlich strafbare Handlung begangen zu haben und wegen der Art oder Ausführung der Tat oder der Persönlichkeit des Betroffenen zu befürchten ist, er werde gefährliche Angriffe begehen und dabei Spuren hinterlassen, die seine Wiedererkennung auf Grund der ermittelten genetischen Informationen ermöglichen würden» (§ 67 Abs. 1). Gemäss § 73 SPG sind alle Kategorien erkennungsdienstlicher Daten einschliesslich der DNA-Profile zu löschen bei einem Ausschluss als Täter, «es sei denn, weiteres Verarbeiten wäre deshalb erforderlich, weil auf Grund konkreter Umstände zu befürchten ist, der Betroffene werde gefährliche Angriffe begehen»; bei Vollendung des 80. Altersjahrs (wenn seit der letzten erkennungsdienstlichen Behandlung fünf Jahre verstrichen sind); bei einem Strafunmündigen drei Jahre nach einer erkennungsdienstlichen Behandlung, wenn es seither zu keiner neuerlichen solchen Behandlung gekommen ist; fünf Jahre nach dem Tod der betroffenen Person.

2.1.3 Erweiterter Suchlauf mit Verwandtschaftsbezug

Ausgangslage

Im Oktober 2015 hat das Bundesstrafgericht entschieden, dass die Staatsanwaltschaft gestützt auf das geltende DNA-Profil-Gesetz (auch) den erweiterten Suchlauf mit Verwandtschaftsbezug anordnen kann (siehe vorne, *Ziff. 1.1.3, Erweiterter Suchlauf mit Verwandtschaftsbezug*). Dieses Instrument wird nun im Gesetz ausdrücklich geregelt.

Seit dem Urteil des Bundesstrafgerichts sind rund fünfzehn erweiterte Suchläufe mit Verwandtschaftsbezug durchgeführt worden. Direkte Ermittlungserfolge konnten damit bislang, soweit ersichtlich, nicht erzielt werden. Erfolge in anderen Ländern belegen jedoch den grundsätzlichen Nutzen des Instruments. Es muss den Strafverfolgungsbehörden somit weiterhin zur Verfügung stehen. Denn im Einzelfall, wenn alle anderen Ermittlungsansätze ergebnislos ausgeschöpft sind, kann es den einzigen verbleibenden Weg bieten, um gestützt auf einen Abgleich von DNA-Profilen eine Straftat aufzuklären.

Vorgehen bei der Durchführung des erweiterten Suchlaufs

⁹⁴ Siehe für eine Übersicht über die einzelnen Löschfristen den Jahresbericht 2015/2016 des „National DNA Database Strategy Board“ (S. 29 f.), zu finden auf: www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/594185/58714_Un-Num_Nat_DNA_DB_Accessible.pdf (26.09.2017).

⁹⁵ Gesetzeswortlaut auf: www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002326 (26.09.2017). Die molekulargenetische Untersuchung als strafprozessuale Zwangsmassnahme wird in § 124 StPO geregelt.

⁹⁶ Gesetzeswortlaut auf: www.ris.bka.gv.at/Bundesrecht/ → Suchbegriff „Sicherheitspolizeigesetz“ (26.09.2017).

⁹⁷ SIR, Länderbericht Österreich, S. 8.

Mit dem erweiterten Suchlauf wird mittels Abgleichs im DNA-Profil-Informationssystem nach Artikel 10 DNA-Profil-Gesetz die Basis-Information gewonnen, auf deren Grundlage die Ermittlungsbehörden die weiteren Arbeitsschritte aufbauen können mit dem Ziel, die Spurengeberin oder den Spurengeber zu identifizieren.

Erster Schritt bei der Nutzung eines DNA-Spurenprofils zur Aufklärung einer Straftat ist immer der Abgleich dieses Profils im DNA-Profil Informationssystem. Bei diesem Suchlauf meldet das Informationssystem als Treffer nur eine exakte Übereinstimmung des abzugleichenden Profils mit den im Informationssystem bereits vorhandenen Personen- oder Spurenprofilen. Dieser Suchlauf arbeitet somit mit dem Parameter «high stringency». Ist das Ergebnis dieses regulären Suchlaufs ein «No-Hit», wird auf besondere Anordnung der Staatsanwaltschaft – Schritt (1) – ein weiterer Suchlauf im Informationssystem durchgeführt, und zwar mit einem erweiterten Suchparameter («low stringency»): Gesucht wird nun nicht mehr nach Profilen, die mit dem abgeglichenen Spurenprofil exakt übereinstimmen, sondern nach all jenen Profilen, die mit dem Spurenprofil Ähnlichkeiten aufweisen aufgrund derer auf eine Verwandtschaft mit der Spurengeberin oder dem Spurengeber geschlossen werden kann. Das Ergebnis dieses erweiterten Suchlaufs im Informationssystem ist eine Liste der PCNs derjenigen Profile, die diese spezielle Eigenschaft der möglichen Verwandtschaft mit der Spurengeberin oder dem Spurengeber aufweisen (technisch als «Kandidaten» bezeichnet).

Die Liste mit den «Kandidaten» wird dem DNA-Analyselabor übermittelt. Dieses nimmt – Schritt (2) – zusätzliche Analysen vor mit dem Ziel, aus dem – weiterhin anonymen – Kreis der «Kandidaten» möglichst alle Profile zu eliminieren, deren Ähnlichkeit mit dem Spurenprofil rein zufällig ist. Von besonderem Nutzen hierfür sind das Y-DNA-Profil und die mitochondriale DNA (siehe hierzu vorne *Ziff. 1.1.4*). Diese eingegrenzte, reduzierte «Kandidaten»-Liste wird via fedpol der verfahrensleitenden Behörde zugestellt. Damit ist der allein innerhalb des Informationssystems erfolgende erweiterte Suchlauf mit Verwandtschaftsbezug im engeren Sinn abgeschlossen.

Die nun einsetzende zweite Phase erfolgt im Aufgabenbereich der Staatsanwaltschaft bzw. der Polizei, gestützt auf die Ermittlungsinstrumente und –befugnisse gemäss geltender StPO.⁹⁸ Als Erstes werden – Schritt (3) – zu jedem «Kandidaten»-DNA-Profil, gestützt auf die PCN, aus dem Informationssystem IPAS die dazugehörigen Personendaten abgerufen. Nun ist erstmals namentlich bekannt, um welche Personen es sich bei den «Kandidaten» handelt.

Als Nächstes – Schritt (4) – eruieren die Ermittlungsbehörden die Verwandtschaftsbeziehungen der einzelnen «Kandidaten», also dessen Eltern, Kinder und Geschwister. Sie nutzen hierzu die verfügbaren öffentlichen Register (Einwohnerregister etc.) und sonstige öffentliche Quellen. Soweit sie zur Erstellung des Stammbaums darauf angewiesen sind, Personen zu befragen, haben diese strafprozessual grundsätzlich den Status einer Auskunftsperson (Art. 178 ff. StPO), wenn sie von der Polizei einvernommen werden (Art. 142 StPO). Wird die Einvernahme von der Staatsanwaltschaft durchgeführt, haben sie den Status eines Zeugen, mit entsprechendem Zeugnisverweigerungsrecht (Art. 168 StPO). Gegenüber den einzelnen Personen, die allein deshalb in den Fokus der Ermittlungsbehörden fallen, weil sie im Stammbaum aufgeführt werden, besteht zu diesem Zeitpunkt noch nicht einmal ein Anfangsverdacht. Anschliessend – Schritt (5) – ist für jede Person des Stammbaums herauszufinden, ob sie bezüglich Alter, Wohnort und weiterer Eigenschaften als Spurengeberin oder als Spurengeber in Frage kommen könnte. (Dies selbstredend mit Ausnahme der Person, die als «Kandidat» den Ausgangspunkt für die Erstellung des Stammbaums bildete: Diese war ja mit Sicherheit nicht der Spurengeber, da sie ansonsten bereits beim ersten «high stringency»-Suchlauf einen exakten Treffer auf das Spurenprofil erzielt hätte). Es geht mit anderen Worten um die «Individualisierung und Identifizierung der Täterschaft».⁹⁹ Die eine Person wird etwa

⁹⁸ Vgl. Bundesstrafgericht, Urteil BB.2015.17 vom 6. Oktober 2015, E. 2.4.

⁹⁹ Diese Formulierung verwendet das Bundesgericht im BGE 137 IV 340, E. 6.3, im Zusammenhang mit dem diesbezüglich vergleichbaren Vorgehen der Ermittlungsbehörden bei der Erhebung von Verbindungs-Randdaten per Antennensuchlauf im Rahmen einer Rasterfahndung gegen Unbekannt.

wegen ihres Alters als Täter ausgeschlossen werden können (Ausschluss von Säuglingen, von hochbetagten Personen etc.), eine andere, weil sie aufgrund ihres Aufenthaltsorts kaum als Täterin oder Täter in Frage kommt (Distanz des Wohn- oder Arbeitsortes zum Tatort, also etwa Ausschluss eines Verwandten, der sich zum Tatzeitpunkt nachweislich in Übersee aufhielt) etc. Einbezogen werden alle weiteren allenfalls vorliegenden Hinweise zur Täterschaft, etwa bezüglich des *modus operandi*.¹⁰⁰

Diese Ermittlungen können zum Ergebnis führen, dass sich gegenüber einzelnen Personen ein Anfangsverdacht ergibt. Sollte sich dieser Verdacht aufgrund weiterer Abklärungen zum hinreichenden Tatverdacht verdichten (Art. 197 Abs. 1 Bst. b StPO), so wird die Staatsanwaltschaft gegenüber dieser Person – abschliessender Schritt (6) – gestützt auf Artikel 255 Absatz 1 Buchstabe a StPO die Erstellung eines DNA-Profiles anordnen. Dieses DNA-Profil wird anschliessend mit dem Spurenprofil verglichen. Wird eine Übereinstimmung erzielt, so ist die Person als Spurengeberin oder als Spurengeber identifiziert. Stimmen die Profile hingegen nicht exakt überein, kann sie als Spurengeber ausgeschlossen werden.

Als praktisches Beispiel eines erfolgreichen erweiterten Suchlaufs mit Verwandtschaftsbezug sei der Fall der 24-jährigen Elodie Kulik geschildert, die im Jahre 2002 in Nordfrankreich vergewaltigt und anschliessend ermordet wurde: Die Tat geschah des Nachts in ländlich-abgelegenem Gebiet, jegliche Zeugenaussagen fehlten. Auf der Grundlage des aus der sichergestellten Spermaspur erstellten DNA-Profiles wurde als Erstes eine Massenuntersuchung im Gebiet um den Tatort durchgeführt. Dieser Abgleich wie auch die Überprüfung von mehreren Tausend weiteren DNA-Profilen im französischen DNA-Profil-Informationssystem (das wie die Schweiz die Software CODIS verwendet) wie auch – über Interpol – auf europäischer Ebene verliefen ergebnislos. In dieser Situation entschloss sich die *Gendarmerie Nationale* zum ersten Mal überhaupt zum Einsatz des erweiterten Suchlaufs. Gestützt u.a. auf praktische Erfahrung aus den USA, wo kurz zuvor mittels *familial searching* ein Serienmörder überführt werden konnte, wurde im Informationssystem ein *low stringency*-Suchlauf durchgeführt. Auf diese Weise sties- sen die Strafverfolgungsbehörden auf eine männliche Person X., dessen Familie in der Nähe des Tatorts lebte. Gestützt auf herkömmliche Ermittlungsmethoden, u.a. Auskünfte aus öffentlichen Registern, wurde ein Stammbaum von X. erstellt. Es erwies sich, dass X. einen Vater hatte sowie zwei Söhne. Der erstere konnte angesichts seines fortgeschrittenen Alters als Täter ausgeschieden werden, einer der Söhne wegen seines jungen Alters zum Tatzeitpunkt. Der ältere Sohn war kurz nach dem Zeitpunkt der Tat verstorben (was erklärt, weshalb die Massenuntersuchung ergebnislos verlaufen war). Der Leichnam wurde exhumiert – das DNA-Profil stimmte mit dem Spurenprofil überein. So war neun Jahre nach der Tat der Täter identifiziert.¹⁰¹

Die molekulargenetischen Grundlagen

In der direkten Linie erbt ein Kind die Hälfte seines Erbguts von seiner Mutter und die andere Hälfte vom Vater. Das heisst, die DNA-Profile eines Kindes und eines Elternteils weisen pro DNA-Locus jeweils mindestens ein gemeinsames Allel auf. Diese Regel kann im Informationssystem als Suchkriterium vorgegeben werden. Die DNA-Profile von Geschwistern, die von den gleichen Eltern abstammen und somit aus dem gleichen begrenzten Genpool stammen, weisen ihrerseits in der Regel eine Ähnlichkeit auf, die höher ist als die durchschnittliche Ähnlichkeit der Profile in der Gesamtbevölkerung. Aufgrund der rein zufälligen Vererbung der DNA-Merkmale der Eltern an ihre Kinder besteht jedoch keine feste Regel, wie sich die DNA-Profile von Geschwistern zueinander verhalten. Ihre Profile können deshalb pro Locus zwei gemeinsame Allele oder nur ein gemeinsames Allel oder gar keine gemeinsamen Allele aufweisen. Bei der Suche nach möglichen Geschwistern werden in der Datenbank somit nicht nur die im Einzelfall konkret vorliegenden Merkmale der DNA-Profile verglichen, sondern es wird basierend auf diesen Merk-

¹⁰⁰ Vuille et al., S. 150.

¹⁰¹ Für die Einzelheiten: Pham-Hoai Emmanuel/Crispino Frank/Hampikian Greg, The First Successful Use of a Low Stringency Familial Match in a French Criminal Investigation, in: Journal of Forensic Sciences, Mai 2014, Vol. 59, Nr. 3, S. 816 ff., auf: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/1556-4029.12372>.

malen und der Häufigkeit, mit der diese in der Bevölkerung vorkommen, zusätzlich die Wahrscheinlichkeit berechnet, dass es sich bei der Spurengerbin oder beim Spurengerber und dem «Kandidaten» um Geschwister handelt.

Folgender Umstand erschwert im Rahmen des geltenden Rechts die Durchführung des erweiterten Suchlaufs mit Verwandtschaftsbezug: Je nach Ausschnitt des DNA-Profiles können auch die Profile genetisch nicht verwandter Personen Ähnlichkeiten aufweisen, wie sie in der Regel nur bei Verwandten vorkommen. Insgesamt hat dies zur Folge, dass das Ergebnis des erweiterten Suchlaufs – dies zeigen die bisher in der Schweiz durchgeführten Suchläufe – eine Liste von in der Regel 50–200 «Kandidaten» ergibt. Es ist naheliegend, dass die Ermittlungsbehörden vor einer gewaltigen Herausforderung stehen, für eine derart hohe Zahl von Personen die Verwandtschaftskreise zu eruieren. Wirklich effizient (und grundrechtsschonend) lässt sich der erweiterte Suchlauf somit nur einsetzen, wenn der Kreis der «Kandidaten» näher eingegrenzt werden kann. Dies lässt sich erzielen, wenn für jeden einzelnen «Kandidaten» zusätzlich zu den 16 Standard-Loci weitere Loci und zudem das Y-DNA-Profil (väterliche Linie) oder das Ergebnis der Analyse der mitochondrialen DNA (mütterliche Linie) vorliegen und diese in die Berechnung der Wahrscheinlichkeit einer verwandtschaftlichen Nähe zwischen «Kandidat» und Spurengerbin oder Spurengerber einbezogen werden können. Mittels dieser Zusatzanalysen lassen sich all jene «Kandidaten» aussondern, die ausserhalb dieser Verwandtschaftslinien zur Spurengerbin oder zum Spurengerber liegen. In der Regel lässt sich dadurch die Zahl der «Kandidaten» auf ein paar wenige verbleibende Profile zu reduzieren, wenn nicht sogar auf null – was bedeutet, dass den Strafverfolgungsbehörden nur wenige oder sogar gar keine Personen für Nachforschungen der Phase 2 gemeldet werden (müssen).¹⁰²

Kerninhalte der gesetzlichen Regelung

- *Beschränkung der Verwendung des Instruments auf die Aufklärung von Verbrechen; Anordnungszuständigkeit bei der Staatsanwaltschaft*

Die bisherige Praxis des erweiterten Suchlaufs mit Verwandtschaftsbezug im Rahmen des geltenden DNA-Profil-Gesetzes zeigt, dass die Staatsanwaltschaften dieses Instrument nur zur Aufklärung schwerer Delikte einsetzen. Neu wird im Gesetz ausdrücklich festgeschrieben, dass der erweiterte Suchlauf nur zur Aufklärung von Verbrechen zur Verfügung steht, nicht aber zur Aufklärung von Vergehen. Damit ist dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV; Art. 197 Abs. 1 Bst. d StPO) entsprochen, wonach die Schwere des Grundrechtseingriffs, den eine Zwangsmassnahme bewirkt, der Schwere des Delikts entspricht, zu dessen Aufklärung das Instrument eingesetzt werden darf.

In seinem Leitentscheid aus dem Jahre 2015 hat das Bundesstrafgericht entschieden, dass sich der erweiterte Suchlauf mit Verwandtschaftsbezug bezüglich seiner Wirkungen nicht von anderen strafprozessualen Zwangsmassnahmen wie etwa dem Augenschein (Art. 193 StPO), der polizeilichen Anhaltung (Art. 215 StPO) oder der Durchsuchung von Personen, Räumlichkeiten, Gegenständen und Aufzeichnungen (Art. 241 StPO) unterscheidet.¹⁰³ Die Zuständigkeit für die Anordnung von Zwangsmassnahmen liegt gemäss Konzeption der StPO grundsätzlich bei der Staatsanwaltschaft. Entsprechend wird dieser Behörde auch die Zuständigkeit zur Anordnung des erweiterten Suchlaufs mit Verwandtschaftsbezug übertragen, so, wie dies – gestützt auf das oben genannte Urteil des Bundesstrafgerichts – bereits in der geltenden Praxis gehandhabt wird.

¹⁰² Gemäss *Michael Chamberlain* zeigt die Praxis des Bundesstaates Kalifornien, dass bei einem Abgleich mit dem Y-Profil in rund neun von zehn Fällen kein einziger «Kandidat» mehr übrigbleibt (Familial DNA Searching: A Proponent's View, in: Criminal Justice, Vol. 27, Nr. 1, Frühjahr 2012, zu finden auf: www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/criminal_justice_magazine/sp12_dna_search_proponents.authcheckdam.pdf).

¹⁰³ Bundesstrafgericht, Urteil BB.2015.17 vom 6. Oktober 2015, E. 2.4.

- *Verpflichtung zur Durchführung eingrenzender Zusatzanalysen*

Die Zahl der «Kandidaten» als Ergebnis des speziellen Suchlaufs lässt sich deutlich verringern, wenn zusätzlich ihr Y-DNA-Profil vorliegt oder – was in der Praxis seltener erforderlich ist – ihr mittels Analyse der mitochondrialen DNA eruiertes Haplotyp. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt, dass diese Zusatzanalysen regelmässig durchgeführt werden. Dies wird im DNA-Profil-Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben.

- *Verlängerung der Aufbewahrung des Probematerials von Personen*

Die bisherige Praxis im Ausland wie in der Schweiz zeigt, dass der erweiterte Suchlauf oftmals erst lange nach der ursprünglichen Eröffnung des Strafverfahrens zur Anwendung gelangt, als letztes Mittel, wenn alle übrigen Ermittlungsinstrumente ergebnislos ausgeschöpft worden sind. Damit die Ermittlungsbehörden der obgenannten Verpflichtung zur Vornahme von Zusatzanalysen nachkommen können, muss das für die Zusatzanalysen erforderliche biologische Material im Zeitpunkt der Anordnung des erweiterten Suchlaufs auch tatsächlich noch vorhanden sein. Und dies verlangt nach einer verhältnismässigen Verlängerung der Aufbewahrung des Probematerials von Personen beim Labor über die heute geltenden drei Monate (Art. 9 Abs. 2 DNA-Profil-Gesetz) hinaus.

Rechtsvergleich

Über die grösste Erfahrung mit erweiterten Suchläufen mit Verwandtschaftsbezug verfügt *Grossbritannien*, dort wird dieses Verfahren seit 2003 angewendet. In *Frankreich* ist das Verfahren erstmals im Jahr 2011 angewendet worden, aufgrund eines Entscheids der *Direction des affaires criminelles et des grâces* des französischen Justizministeriums im Rahmen eines Strafverfahrens wegen Vergewaltigung und Mordes einer jungen Frau (hierzu näher vorne, Ziff. 2.1.3, *Vorgehen bei der Durchführung des erweiterten Suchlaufs*).¹⁰⁴ Inzwischen ist das Verfahren im Code de procédure pénale ausdrücklich geregelt.¹⁰⁵ In den *Vereinigten Staaten* ist die Zuständigkeit zur gesetzlichen Regelung des speziellen Suchlaufs den einzelnen Bundesstaaten übertragen.¹⁰⁶ Über eine besonders ausformulierte rechtliche Regelung verfügt Kalifornien, das das Verfahren im Jahr 2008 als erster Bundesstaat eingesetzt hat: Die CODIS-Suchläufe mit Verwandtschaftsbezug werden durch das Department of Justice (DoJ) des Staates Kalifornien durchgeführt. Die rechtlichen Voraussetzungen für die Durchführung eines solchen Suchlaufs sind aufgelistet in einer Standard-Vereinbarung (*Memorandum of Understanding*), die vom DoJ und der zuständigen Staatsanwaltschaft unterzeichnet werden muss. Zu erwähnen ist insbesondere die gesetzliche Verpflichtung, die Zahl der «Kandidaten» mittels zusätzlicher Analyse des Y-DNA-Profiles weitestmöglich zu reduzieren.¹⁰⁷ In *Deutschland* darf nach § 81 h StPO im Rahmen einer DNA-Reihenuntersuchung (Massenuntersuchung nach schweizerischer StPO) mittels des DNA-Profiles untersucht werden, ob das Spurenmaterial von der betroffenen Person stammt «oder von ihren Verwandten in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grad».¹⁰⁸

¹⁰⁴ Siehe *Le Monde* vom 21. Februar 2012, Comment l'enquête sur le meurtre d'Elodie Kulik a été relancée par l'ADN d'un parent, auf: www.lemonde.fr/societe/article/2012/02/21/comment-l-enquete-sur-le-meurtre-d-elodie-kulik-a-ete-relancee-par-l-adn_1642851_3224.html, sowie: *Pham-Hoai Emmanuel/Crispino Frank/Hampikian Greg*, The First Successful Use of a Low Stringency Familial Match in a French Criminal Investigation, in: *Journal of Forensic Sciences*, Mai 2014, Vol. 59, Nr. 3, S. 816 ff., auf: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/1556-4029.12372>.

¹⁰⁵ Art. 706-56-1-1 CPP, eingefügt mit der Loi no. 2016-731 vom 3. Juni 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

¹⁰⁶ Vgl. www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis#CODIS-Brochure (zuletzt abgefragt am 10. April 2018). Zulässig ist der Suchlauf in Kalifornien, Colorado, Texas und Virginia, während er in Maryland und Washington, D.C., ausdrücklich verboten ist (Kim Joyce/Mammo Danny/Siegel Marni B./Katsanis Sara H., Policy implications for familial searching, 1. November 2011, S. 2 f., veröffentlicht auf: www.investigativegenetics.com).

¹⁰⁷ Wortlaut dieser Vereinbarung auf: <https://oag.ca.gov/sites/all/files/agweb/pdfs/bfs/fsc-mou-06142011.pdf> (zuletzt abgefragt am 25.4.2018).

¹⁰⁸ Änderung vom 17. August 2017. Mit dieser Anpassung wurde auf einen Entscheid des Bundesgerichtshofs reagiert, wonach der (damals geltende) § 81 h eine Verwertung sog. Beinahetreffer verbiete (BGH, Urteil vom 20. Dezember 2012, Az. 3 StR 117/12, BGHSt 58, 84 ff., Rn. 20 ff.).

3 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln

3.1 DNA-Profil-Gesetz

Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe d

In die Aufzählung der Regelungsinhalte des DNA-Profil-Gesetzes wird neu die im anschliessenden Artikel 2 definierte Phänotypisierung aufgenommen.

Artikel 1a (Aufgehoben)

Der Artikel 1a wurde in der Folge des Inkrafttretens der StPO (1. Januar 2011) zur inhaltlichen Abgrenzung gegenüber diesem Erlass nachträglich in das DNA-Profil-Gesetz aufgenommen. Die Gesetzesbestimmung kann im Zuge der neu vorzunehmenden inhaltlichen Abgrenzung zur StPO (siehe vorne, Ziff. 1.1.3) aufgehoben werden. Denn das DNA-Profil-Gesetz soll überhaupt keine Bestimmungen strafprozessualen Inhalts mehr enthalten, also auch keine solchen Bestimmungen mehr zu Strafverfahren ausserhalb der StPO.

Artikel 2 DNA-Profil, Phänotypisierung und Verwendungszweck

Absatz 1

Mit der Totalrevision des Bundesgesetzes über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG) vom 15. Juni 2018 ist die gesetzliche Definition des DNA-Profiles im GUMG und gleichzeitig auch in Artikel 2 Absatz 2 DNA-Profil-Gesetz dahingehend angepasst worden, dass nicht mehr nach codierenden und nicht-codierenden DNA-Abschnitten unterschieden wird. Damit hat der Gesetzgeber die jüngere wissenschaftliche Erkenntnis umgesetzt, dass auch die bislang als nicht-codierend eingestuften Bereiche der DNA (zuweilen als «Junk-DNA» bezeichnet) vielfältige Funktionen aufweisen und die Herstellung von Proteinen unterstützen können. Die frühere Annahme einer eindeutigen Abgrenzung zwischen «nicht-codierenden» und «codierenden» Bereichen der DNA ist deshalb in der Molekulargenetik und in der Folge nun auch im geltenden Recht aufgegeben worden.¹⁰⁹ Das totalrevidierte GUMG und damit auch die eingangs erwähnte Neufassung von Artikel 2 Absatz 2 DNA-Profil-Gesetz sind im heutigen Zeitpunkt noch nicht in Kraft getreten.

Mit der vorliegenden, erstmaligen gesetzlichen Regelung der Phänotypisierung ergibt sich eine neue Ausgangslage für die Definition des DNA-Profiles: Diese muss gegenüber der Fassung gemäss GUMG vom 15. Juni 2018 enger gefasst werden, damit die Abgrenzung des DNA-Profiles gegenüber der Phänotypisierung klarer sichtbar wird. Es wird aus diesem Grund gegenüber der Legaldefinition gemäss GUMG teilweise zur geltenden Fassung zurückgekehrt, die das DNA-Profil als die «für ein Individuum spezifische Buchstaben-Zahlen-Kombination» charakterisiert. Zusätzlich wird die «Identifizierung von Personen» als der spezifische Zweck der Erstellung des DNA-Profiles in den Gesetzeswortlaut aufgenommen. Diese beiden Elemente der Legaldefinition – äussere Form des Analyseergebnisses (Buchstaben-Zahlen-Kombination) und Zweck (Identifizierung) – weisen die Besonderheit des DNA-Profiles gegenüber der Phänotypisierung aus. Festgehalten wird hingegen an der zentralen Neuerung der Definition des DNA-Profiles gemäss GUMG vom 15. Juni 2018, nämlich am Verzicht auf die Unterscheidung «codierend»/«nicht-codierend» (*erster Satz*).

Unverändert gilt die Vorgabe von Artikel 2 Absatz 2 des geltenden DNA-Profil-Gesetzes wie derselben Norm dieses Gesetzes in der Fassung vom 15. Juni 2018, dass bei der Erstellung des DNA-Profiles «weder

¹⁰⁹ Siehe GUMG, Anhang, Ziffer II.1, Änderung des DNA-Profil-Gesetzes, BBl 2018 3533 (Referendumsvorlage). Für die entsprechende, parallele Anpassung der Legaldefinition im GUMG siehe Art. 3 Bst. j dieses Gesetzes (BBl 2018 3511). Die Gründe für die Aufgabe der Unterscheidung nach «codierend» und «nichtcodierend» in der Legaldefinition des DNA-Profiles werden dargelegt in: Botschaft GUMG, BBl 2017 5613 f. und 5654 f.

nach dem Gesundheitszustand noch nach anderen persönlichen Eigenschaften mit Ausnahme des Geschlechts der betroffenen Person geforscht» werden darf (*zweiter Satz*).

Absatz 2

Nach Artikel 36 BV bedarf eine Einschränkung von Grundrechten einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Dies verlangt für die Phänotypisierung eine hinreichend klare Grundlage im formellen Gesetz.

Nach Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a Ziffer 3 des Bundesgesetzes vom 28. September 2018¹¹⁰ über den Datenschutz im Rahmen der Anwendung des Schengen-Besitzstands in Strafsachen (SDSG) sind genetische Daten besonders schützenswerte Personendaten, deren Bearbeitung besonderen Anforderungen zu genügen hat. Ebenso gelten nach dem Bundesgesetz vom 19. Juni 1992¹¹¹ über den Datenschutz (DSG) Daten über die Gesundheit, die Intimsphäre oder Rassenzugehörigkeit sowie solche über strafrechtliche Verfolgungen als besonders schützenswerte Personendaten (Art. 3 Abs. c). Die genetischen Daten, die bei einer Phänotypisierung bearbeitet werden, fallen somit unter diese Kategorie. Zwar sind beide Gesetze auf hängige Strafverfahren vor eidgenössischen Gerichten nicht anwendbar, aber es sollen in Strafverfahren in der Schweiz die gleichen datenschutzrechtlichen Standards gelten wie nach dem DSG und dem SDSG.

Auf formell-gesetzlicher Ebene ist einerseits der Verwendungszweck der Phänotypisierung zu definieren: die Feststellung äusserlich sichtbarer Merkmale der Spurengeberin oder des Spurengebers zu Zwecken der Strafverfolgung (*erster Satz*). Ebenso sind auf dieser gesetzeshierarchischen Ebene abschliessend die einzelnen persönlichen Merkmale anzuführen, die mittels Phänotypisierung festgestellt werden dürfen. Vorliegend sind dies: Augen-, Haar- und Hautfarbe, biogeografische Herkunft und biologisches Alter (*zweiter Satz*).

Während damit im DNA-Profil-Gesetz die sachlichen Inhalte der Phänotypisierung festgelegt werden, regelt das Strafprozessrecht (Art. 258b VE-StPO und 73x VE-MStP) diejenigen Aspekte, die unmittelbaren strafprozessualen Charakters sind, vor allem: welche Behörde zur Aufklärung welcher Deliktskategorien das Instrument anwenden darf.

Gliederungstitel vor Art. 3 (Aufgehoben)

Der Inhalt des geltenden *Artikels 3 Absatz 1 und 2* DNA-Profil-Gesetz ist vollständig abgedeckt durch die Artikel 255 und 256 StPO, weshalb diese Bestimmung hier aufgehoben werden kann. Der geltende *Artikel 3 Absatz 3* regelt eine strafprozessuale Materie und wird entsprechend als neuer Absatz 3 bei Artikel 255 VE-StPO eingefügt. Die Inhalte der *Artikel 4, 5 und 7* des geltenden DNA-Profil-Gesetzes finden sich heute parallel auch in den Artikeln 255 und 257 StPO. Im Zuge der neu vorzunehmenden inhaltlichen Abgrenzung zur StPO (siehe vorne, *Ziff. 1.1.3*) können diese drei Artikel somit im DNA-Profil-Gesetz aufgehoben werden. Die Artikelnummern 3 und 4 erhalten neue Inhalte (Überschussinformationen bzw. Eingrenzung des Personenkreises). Als Folge dieser Anpassungen wird der bestehende Gliederungstitel (2. Abschnitt: «Probenahme und DNA-Analyse») gestrichen. Für den *Artikel 6* als die einzige verbleibende Bestimmung dieses Abschnitts wird weiter unten ein neuer, eigenständiger Gliederungstitel geschaffen (2. Abschnitt: «Identifizierung ausserhalb von Strafverfahren»).

Artikel 3 Überschussinformationen

Zum Begriff der Überschussinformation kann auf die Ausführungen in der Botschaft GUMG im Zusammenhang mit der DNA-Analyse im medizinischen Bereich verwiesen werden:

¹¹⁰ SR 235.3

¹¹¹ SR 235.1

Es «müssen an der Durchführung der Untersuchung Beteiligte darauf achten, dass die Entstehung von Überschussinformationen so weit als möglich vermieden wird. Dies betrifft verschiedene Arbeitsschritte, namentlich die Sequenzierung, die technische Auswertung und die Interpretation der Daten. Die Vermeidung der Erhebung nicht benötigter genetischer Daten ergibt sich bereits aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip des Datenschutzrechts.»¹¹²

Absatz 1 lehnt sich bezüglich seines Wortlauts an Artikel 9 GUMG in der Fassung vom 15. Juni 2018 (Vermeidung von Überschussinformationen) an.¹¹³

Absatz 2 regelt den Umgang mit Überschussinformationen. In der DNA-Profil-Verordnung wird näher festzulegen sein, welche Angaben die Analyselabors gegenüber der Verfahrensleitung im gutachterlichen Analysebericht machen dürfen. Allfällige Überschussinformationen, also alle Erkenntnisse, die ausserhalb dieser Vorgaben anfallen, dürfen darin nicht enthalten sein.

Artikel 4 Eingrenzung des Personenkreises

Im Zusammenhang mit der Erhebung von Verbindungs-Randdaten per Antennensuchlauf im Rahmen einer Rasterfahndung gegen Unbekannt verlangt das Bundesgericht, dass die Zahl der Personen, die zur «verdächtigen Schnittmenge» gehören, «klein» sein müsse; es seien die «eigentlichen Ermittlungen auf einige wenige konkrete Zielpersonen bzw. individualisierte Verdächtige» zu beschränken.¹¹⁴ Ähnlich werden hier die Strafverfolgungsbehörden verpflichtet, im Falle einer Verwandtschaftsabklärung bei der Durchführung einer Massenuntersuchung nach Artikel 256 Absatz 2 VE-StPO und 73t Absatz 2 VE-MStP sowie der Durchführung eines erweiterten Suchlaufs mit Verwandtschaftsbezug nach Artikel 258a VE-StPO und 73w VE-MStP den Kreis der näher abzuklärenden Personen einzugrenzen. Dies verlangt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV; Art. 197 Abs. 1 Bst. c StPO). Erzielt wird dies, je nach Fall, mittels zusätzlicher Analyse des Y-DNA-Profiles oder der mitochondrialen DNA. Angesichts dessen, dass die Täter im Bereich der Verbrechen als der vorliegend geltenden Deliktskategorie überwiegend männlichen Geschlechts sind, wird in der Praxis die zusätzliche Analyse des Y-DNA-Profiles der «Kandidaten» am häufigsten zu Anwendung gelangen.

Artikel 5 (Aufgehoben)

Siehe hierzu die Erläuterungen vorne bei *Gliederungstitel vor Art. 3 (Aufgehoben)*.

Gliederungstitel vor Artikel 6 (2. Abschnitt: Identifizierung ausserhalb von Strafverfahren)

Siehe hierzu die Erläuterungen vorne bei *Gliederungstitel vor Art. 3 (Aufgehoben)*.

Artikel 6 Sachüberschrift (Aufgehoben) und Absatz 1

Als einzige Norm dieses Abschnitts wird deren *Sachüberschrift* neu zum Abschnittstitel erhoben (vgl. die unmittelbar vorangehenden Erläuterungen).

Absatz 1

Die Regelung der Zuständigkeiten bei der Anordnung zur Probenahme und Erstellung eines DNA-Profiles im Rahmen eines Strafverfahrens findet sich neu ausschliesslich in der StPO (Art. 255 ff.). Das DNA-Profil-Gesetz bleibt hingegen der Ort, um die Zuständigkeit für diese Anordnungen im Fall der Identifizierung ausserhalb von Strafverfahren zu regeln, also wenn keinerlei Verdacht auf eine Straftat vorliegt (vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. c DNA-Profil-Gesetz). Der geltende *Artikel 6 Absatz 1* wird gegenüber seiner geltenden Fassung einzig dahingehend angepasst, dass neu auch die Anordnungszuständigkeit genannt wird («zuständige Behörde des Kantons oder des Bundes»).

¹¹² BBl 2017 5622; vgl. weiter die Erläuterungen zu Art. 3 Bst. n E-GUMG (Überschussinformation), BBl 2017 5656.

¹¹³ Für den Wortlaut von Artikel 9 GUMG: BBl 2018 3513 (Referendumsvorlage)

¹¹⁴ BGE 137 IV 340, E. 6.1.

Artikel 7 (Aufgehoben)

Der geltende Artikel 7 kann im Zuge der neu vorzunehmenden inhaltlichen Abgrenzung zur StPO (siehe vorne, Ziff. 1.1.3) aufgehoben werden: Der Inhalt seines Absatzes 1 ist vollständig abgedeckt durch Artikel 255 StPO. Für die Regelung des Absatzes 2 besteht seit dem Inkrafttreten der StPO und ihrer generell für alle Zwangsmassnahmen geltenden Artikel 199 (Eröffnung der Anordnung) und 393 Absatz 1 Buchstabe a (Beschwerde gegen Verfügungen von Polizei und Staatsanwaltschaft) kein Bedarf mehr. Der Inhalt des Absatzes 3 und 4 ist durch die Artikel 255 und 256 StPO abgedeckt. Der Inhalt des geltenden Absatzes 5 schliesslich ist neu durch *Artikel 6 Absatz 1* abgedeckt.

Vorbemerkung zu den Artikeln 9 und 9a

Der Regelungsinhalt des geltenden Artikels 9 (Vernichtung der Proben) wird einerseits materiell angepasst (Verlängerung der Aufbewahrung des Probematerials) und andererseits zur besseren Übersichtlichkeit neu gegliedert nach der sachlichen Abfolge Aufbewahrung – Verwendung während der Aufbewahrung (*neuer Artikel 9*) – Vernichtung des Probematerials (*neuer Artikel 9a*).

Artikel 9 Aufbewahrung der Proben und Verwendung während der Aufbewahrung

Absatz 1

Nach geltendem Artikel 9 Absatz 2 DNA-Profil-Gesetz muss die einer Person abgenommene Probe drei Monate nach Eingang im Labor vernichtet werden. Mit dieser strikten Regelung der Aufbewahrungsdauer verfolgte der Gesetzgeber im Jahr 2003 denselben Zweck wie beim Verbot der Auswertung codierender DNA-Abschnitte nach Artikel 2 Absatz 2 DNA-Profil-Gesetz: allfällige missbräuchliche Verwendungen des biologischen Materials, also eine unzulässige Ausforschung persönlicher Merkmale der betroffenen Person, zu verunmöglichen.¹¹⁵

Es hat sich indessen gezeigt, dass es eine auf drei Monate begrenzte Aufbewahrungsdauer allzu häufig verunmöglicht, das biologische Spurenmaterial, das bereits zur Erstellung des DNA-Profiles gedient hatte, zu einem späteren Zeitpunkt erneut zu analysieren, um nun auch das Y-DNA-Profil zu erstellen oder die mitochondriale DNA zu analysieren (sog. Nachtypisierung). Eine solche Nachtypisierung erweist sich vor allem bei der Aufklärung von Gewalt-/Sexualdelikten regelmässig als notwendig. Ebenso muss die Möglichkeit zur Vornahme der beiden genannten Zusatzanalysen bei der Durchführung einer Massensuntersuchung (Art. 256 Abs. 2 VE-StPO) und eines erweiterten Suchlaufs mit Verwandtschaftsbezug gegeben sein (Art. 258a VE-StPO und 73w VE-MStP; vgl. hierzu vorne, Ziff. 1.1.4, *Zusatzanalysen: Bestimmung des Y-DNA-Profiles und der mitochondrialen DNA*, sowie Ziff. 2.1.3, *Die molekulargenetischen Grundlagen*). Auf technischer Ebene schliesslich werden Nachtypisierungen erforderlich, wenn der Katalog der Loci, die die Labors bei der Erstellung eines DNA-Profiles analysieren müssen, um neue, zusätzliche Loci erweitert wird. Solche Ergänzungen der Liste der erforderlichen Loci erfolgen aufgrund neuer internationaler Standards erfahrungsgemäss in Abständen von rund zehn Jahren. In der Schweiz wurde ursprünglich mit einem Datenbank-Set von 10 Loci gearbeitet.¹¹⁶ Aktuell gilt gemäss Anhang zur DNA-Analyselabor-Verordnung EJPd ein Set von 16 Loci. Als Folge davon befinden sich heute im schweizerischen DNA-Profil-Informationssystem sowohl Profile, die auf 10 und solche, die auf 16 Loci basieren. Soweit zu den «alten» Profilen das biologische Material inzwischen vernichtet ist, lassen sich diese nicht mehr auf den aktuellen Standard nachtypisieren. Diese Uneinheitlichkeit der Datensätze wirkt sich aber bei der Durchführung der Suchläufe im Informationssystem aus verschiedenen Gründen nachteilig aus.

Die Aufbewahrungsdauer für die beim DNA-Analyselabor gelagerten Personenproben wird nun deshalb verlängert, weil sich in der Praxis die Notwendigkeit einer Nachtypisierung regelmässig erst zu einem Zeitpunkt erweist, da die dreimonatige Aufbewahrungsdauer für das Probematerial gemäss geltendem

¹¹⁵ Dieser Zusammenhang ergibt sich aus: AB 2002 N 1225 (Votum Aeppli Wartmann) und AB 2002 N 1229 (Votum Cina).

¹¹⁶ Siehe Art. 1 Abs. 5 der per 1. Januar 2015 aufgehobenen DNA-Analyselabor-Verordnung EJPd vom 29. Juni 2005 (AS 2005 3341).

Artikel 9 Absatz 2 DNA-Profil-Gesetz längst abgelaufen ist. Mit einer Verlängerung der Aufbewahrungsdauer auf 15 Jahre kann dieses Problem gelöst werden. Dieselbe Aufbewahrungsdauer gilt bereits nach geltendem Recht für das Probematerial aus einer Spur (Art. 6 Abs. 2 zweiter Satz DNA-Profil-Verordnung).

Absatz 2

Als der Gesetzgeber die Aufbewahrung des Personen-Probematerials 2003 auf kurze drei Monate festlegte, wollte er das mit der Aufbewahrung einhergehende Missbrauchspotential möglichst begrenzen (vgl. vorne, Erläuterungen zu *Absatz 1*). Diesem unverändert zentralen Anliegen wird dadurch Nachachtung verschafft, dass die Zwecke, zu denen das Probematerial während der Dauer seiner Aufbewahrung verwendet werden dürfen, abschliessend festgelegt werden.

Artikel 9a Vernichtung der Proben

Absatz 1

Die Norm definiert als Zeitpunkt, ab dem die durch Artikel 9 Absatz 1 festgelegte Aufbewahrungsdauer von 15 Jahren zu laufen beginnt, wie im geltenden Recht jenen des Eingangs der Probe im Labor.

Absatz 2

Der Wortlaut der Norm ist inhaltlich deckungsgleich mit dem geltenden Artikel 9 Absatz 2.

Absatz 3

Der Wortlaut der Norm ist identisch mit jenem des geltenden Artikels 9 Absatz 1.

Artikel 10 Absatz 1 (betrifft nur den deutschen Text)

Der Wortlaut des geltenden Artikels 10 Absatz 1 wird dahingehend angepasst, dass im Interesse einer einheitlichen Terminologie «Vergleich» (von DNA-Profilen) durch «Abgleich» ersetzt wird. Seit der Schaffung des DNA-Profil-Gesetzes hat sich im Bundesrecht im Bereich der forensischen DNA-Analyse folgende Terminologie etabliert: Ein DNA-Profil wird «abgeglichen», wenn es in einem Informationssystem einer nach oben offenen Anzahl anderer DNA-Profile gegenübergestellt wird (1:n). Der «Vergleich» bezeichnet demgegenüber die lokale Gegenüberstellung zweier DNA-Profile (1:1). Dieser Terminologie folgen bereits die DNA-Profil-Verordnung, die DNA-Analyselabor-Verordnung EJPd und – für den Bereich der Fingerabdrücke – auch die Verordnung vom 6. Dezember 2013¹¹⁷ über die Bearbeitung biometrischer erkennungsdienstlicher Daten.

Diese Anpassung betrifft nur den deutschen Gesetzestext; die französische und die italienische Fassung verwenden einheitlich den Begriff «comparaison» bzw. «confronto».

Artikel 11 Absatz 3^{bis} und 4 Bst. c

Absatz 3^{bis}

Vor allem bei Sexual- wie auch Gewalt- und Tötungsdelikten mit einem weiblichen Opfer lässt sich aus einer täterischen Spur häufig kein Standard-DNA-Profil erstellen, sondern einzig ein Y-DNA-Profil (vgl. vorne, Ziff. 1.1.4.). Um auch in diesen Fällen Spurenzusammenhänge zwischen verschiedenen Tatorten erkennen zu können, wird die Möglichkeit geschaffen, einzelfallweise auch ein Y-DNA-Profil in das DNA-Profil-Informationssystem nach Artikel 10 DNA-Profil-Gesetz aufzunehmen. Wurde bspw. im Kanton A ein Vergewaltigungsdelikt begangen und später ein ebensolches Delikt im Kanton B und liess sich in beiden Fällen einzig ein Y-DNA-Profil erstellen, so kann ein Abgleich im Informationssystem mit Treffer auf eines der gespeicherten Y-DNA-Profile die für die Ermittlungen wichtige Erkenntnis liefern, dass zwischen den beiden Tatorten eine Spur-Spur-Verbindung besteht. In der Regel wird *a priori* von einer Serientäterschaft ausgegangen, im Bewusstsein allerdings, dass sich allein mit dem Y-Profil noch

nicht eindeutig nachweisen lässt, dass es sich in beiden Fällen um dieselbe Person handelt – es könnte sich theoretisch auch um zwei verschiedene Personen handeln, zwischen denen eine Verwandtschaftsbeziehung besteht. Die Y-DNA-Profile werden dabei nicht in die regelmässig erfolgenden Standard-Suchläufe einbezogen, sondern nur auf besonderen Antrag im Informationssystem gegeneinander abgeglichen.

Absatz 4 Bst. c

Mit der Aufhebung der Regelung zur Massenuntersuchung im DNA-Profil-Gesetz (siehe vorne, *Aufhebung von Artikel 3*) wird neu auf die entsprechende Norm in der StPO und im MStP verwiesen.

Artikel 13 Absatz 1

Diese Bestimmung wird einzig redaktionell angepasst: Die Verweise auf das StGB werden durch die jeweiligen aktuellen Artikelnummern ersetzt. Zudem wird der volle Titel des Strafgesetzbuches eingeführt. Denn dieser Erlass wird mit der Aufhebung des geltenden Artikel 5 DNA-Profil-Gesetz hier zum ersten Mal erwähnt.

Artikel 16 Löschung der DNA-Profile von Personen

Absatz 1

Die in diesem Absatz geregelten Löschereignisse entsprechen jenen des geltenden Artikels 16 Absatz 1 Buchstaben a–d. Auch die Löschfristen gelten grundsätzlich unverändert. Eine Neuerung enthält einzig die Regelung des *Buchstabens b* betreffend das Profil einer verstorbenen Person. Dieses soll aus den vorne dargelegten Gründen (*Ziff. 2.1.2, Die Kerninhalte der Neuregelung*) nicht mehr umgehend, sondern erst nach Ablauf von zehn Jahren gelöscht werden.

Absatz 2

Dieser Absatz beinhaltet die zentralen Neuerungen dieser Vorlage bezüglich der Löschung der DNA-Profile (vgl. vorne, *Ziff. 2.1.2, Die Kerninhalte der Neuregelung*).

Im Einzelnen ist Folgendes anzumerken: Der Begriff des «Urteils» umfasst auch den Strafbefehl. Denn wenn gegen einen Strafbefehl keine Einsprache erhoben wird, wird dieser zum Urteil (Art. 354 Abs. 3 StPO). Weiter ist es der Zeitpunkt der Urteilsfällung, von dem an die Aufbewahrungsfristen nach Artikel 16 Absatz 2 zu laufen beginnen, und gerade nicht – im Falle eines Weiterzugs des Urteils an eine Rechtsmittelinstanz – der Zeitpunkt, in dem dieses in Rechtskraft erwächst. Nachträgliche Anpassungen einer Löschfrist können also erforderlich sein, wenn ein Urteil aufgrund des Entscheids einer Rechtsmittelinstanz abgeändert wird und dies die Festlegung einer neuen Löschfrist zur Folge hat.

Die Festlegung des internen Prozesses zur Anpassung der Löschfrist im IPAS fällt in den Zuständigkeitsbereich des jeweiligen Kantons bzw. anordnenden Behörde des Bundes (Bundesanwaltschaft, Obergericht, Eidgenössische Zollverwaltung).

Die vorgeschlagene Neuregelung führt teils zu einer Verlängerung, teils zu einer Verkürzung der Aufbewahrungsdauer der Profile im Informationssystem. So wird etwa nach geltendem Recht bei einer Geldstrafe (bedingt oder unbedingt) das Profil fünf Jahr nach der Zahlung gelöscht (Art. 16 Abs. 1 Bst. f DNA-Profil-Gesetz). Zögert die betroffene Person die Zahlung hinaus oder verweigert sie diese, verlängert sich die Speicherung im Informationssystem um diese Zeitspanne. Unter der Neuregelung nach *Artikel 16 Absatz 2 Buchstabe a und b* VE-DNA-Profil-Gesetz, dem Grundsatz «keine Vollzugsabhängigkeit» folgend, ist der Zeitpunkt der Zahlung unerheblich: Es wird (allein) auf den Zeitpunkt des Urteils abgestellt als dem Ausgangspunkt für einen weiteren Verbleib des DNA-Profils im Informationssystem während der fixen Dauer von 10 bzw. 20 Jahren. Diese – längere – pauschale Frist ist so bemessen, dass auch bei einer verzögerten Zahlung der Geldstrafe das Profil immer noch während einer verhältnismässigen Dauer über den Zeitpunkt der Zahlung der Geldstrafe hinaus im Informationssystem erhalten bleibt. Bei einer Verurteilung zu einer unbedingten Freiheitsstrafe bis und mit drei Jahren (*Bst. b*), um ein anderes Beispiel

anzuführen, ergibt sich Folgendes: Das Profil der betroffenen Person wird 20 Jahre nach der Urteilsfällung gelöscht, unabhängig vom Zeitpunkt des Antritts des Strafvollzugs, unabhängig allerdings auch vom Zeitpunkt einer allfälligen bedingten Entlassung nach einer Verbüßung von zwei Dritteln der Strafe nach Artikel 86 StGB. Bei der Busse und dem Freiheitsentzug nach Jugendstrafrecht (*Bst. e und f*) verkürzt sich im Ergebnis die Aufbewahrungsdauer im Vergleich zur geltenden Regelung: Die Löschfrist beträgt aktuell wie neu 5 bzw. 10 Jahre, ist jedoch neu zu berechnen ab dem Urteilszeitpunkt und nicht erst ab dem Zeitpunkt der Bezahlung der Busse bzw. dem Vollzug des Freiheitsentzugs.

Absatz 3

Der Absatz entspricht dem geltenden Artikel 16 Absatz 2 DNA-Profil-Gesetz.

Absatz 4

Der Absatz entspricht inhaltlich dem geltenden Artikel 16 Absatz 3 DNA-Profil-Gesetz.

Absatz 5

Dieser Absatz entspricht im wesentlichen dem geltenden Artikel 16 Absatz 4 DNA-Profil-Gesetz. Einzig die Löschfrist «Vollzug einer Freiheitsstrafe» ist neu nicht mehr in diesem Absatz, sondern in Absatz 2 Buchstaben b–d geregelt.

Artikel 17 Löschung des Y-DNA-Profiles

Mit dem geltenden Artikel 17 wird die anordnende Behörde verpflichtet, in bestimmten Fällen für eine vorgesehene Löschung die Zustimmung der zuständigen richterlichen Behörde einzuholen (Art. 17 DNA-Profil-Gesetz i.V.m. Art. 15 DNA-Profil-Verordnung). Um eine weitere Vereinfachung des Löschverfahrens zu erzielen, wird diese Regelung aufgehoben.

Der Artikel 17 regelt neu die Aufbewahrungsfrist des Y-DNA-Profiles im Informationssystem.

Artikel 18 Einleitungssatz

Mit der Aufhebung des geltenden Artikel 4 DNA-Profil-Gesetz (siehe vorne, *Gliederungstitel vor Art. 3*) wird neu auf die entsprechende Norm in der StPO und im MStP verwiesen.

Artikel 22 Bst. g

Die im schweizerischen Recht völlig neue Phänotypisierung wird gesetzessergänzende Umsetzungsnormen i.S.v. Artikel 182 BV zu Bereichen wie technische Anforderungen an das Analyseverfahren, Qualitätsanforderungen, Inhalt des Laborgutachtens an die Staatsanwaltschaft, Kontrollmechanismen, Informationssicherheit etc. erfordern. Die Rechtsetzung auf Ebene Vollziehungsverordnung wird es ermöglichen, die entsprechenden «Regelungen der raschen wissenschaftlichen und technischen Entwicklung im Bereich der forensischen Genetik» anzupassen – eine unverändert gültige Notwendigkeit, auf die der Bundesrat bereits in der Botschaft zum DNA-Profil-Gesetz hingewiesen hatte.¹¹⁸

Artikel 23 (Aufgehoben)

Die Absätze 2 und 3 haben bereits deshalb keine normative Bedeutung mehr, weil sie Übergangsfristen vorsehen, die seit 14 bzw. 15 Jahren abgelaufen sind. Ebenso kann auch Absatz 1 ersatzlos gestrichen werden. Er wurde geschaffen, damit die mit dem Gesetz neu eingeführte Löschung von Amtes wegen auch für die im Probebetrieb, also gestützt auf die EDNA-Verordnung, aufgenommenen DNA-Personenprofile angewendet werden kann (Erfassungsjahre 2000 – 2004¹¹⁹). Die aus dieser Zeit stammenden DNA-Profile sind inzwischen bezüglich ihrer Löschdaten nacherfasst worden. Der Artikel 23 kann damit insgesamt aufgehoben werden.

¹¹⁸ Botschaft DNA-Profil-Gesetz, BBl 2001 47.

¹¹⁹ Vgl. vorne, Anm. 31.

3.2 StPO (Anhang: Änderung anderer Erlasse, Ziffer 1)

Gliederungstitel nach Kapitel 5 (DNA-Analysen)

Dem grundsätzlichen Unterschied zwischen DNA-Profil und Phänotypisierung wird dadurch Rechnung getragen, dass für die beiden Regelungsbereiche je ein eigener Abschnitt im Gesetz geschaffen wird.

Artikel 255 Absatz 3

Diese Regelung ist aktuell Inhalt von Artikel 3 Absatz 3 DNA-Profil-Gesetz. Sie steht indessen in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Regelung der Anordnung zur Erstellung eines DNA-Profiles, die ihrerseits strafprozessualer Natur ist. Sie wird deshalb mit unverändertem Wortlaut aus dem DNA-Profil-Gesetz als neuer *Absatz 3* in Artikel 255 VE-StPO verschoben (siehe auch vorne die Erläuterungen zu Art. 3 VE-DNA-Profil-Gesetz [Aufgehoben]).

Artikel 256

Absatz 1

Der *erste Satz* entspricht dem geltenden Absatz 1 dieser Norm. Danach wird der für eine Massenuntersuchung vorzusehende Personenkreis aufgrund von Merkmalen festgelegt, «die bestimmte, in Bezug auf die Tatbegehung festgestellte Merkmale aufweisen». Mit dieser Vorgabe soll «etwa das blosses Abstellen auf die Hautfarbe» ausgeschlossen werden.¹²⁰ Es soll aber auch bereits nach geltendem Recht zulässig sein, in die Massenuntersuchung Personen einzubeziehen, «die auf Grund eines Robotbildes Ähnlichkeiten mit dem Täter aufzuweisen scheinen».¹²¹ Ein wesentlicher Nutzen der Phänotypisierung besteht darin, dass sich der Kreis der zu untersuchenden Personen gestützt auf die Erkenntnisse zum äusseren Erscheinungsbild des Spurengabers oder der Spurengabein zusätzlich eingrenzen lässt (vgl. vorne, *Ziff. 2.1.1, Die Phänotypisierung als Instrument der Strafverfolgung*). Diese Verwendungsmöglichkeit der Phänotypisierung wird in einem neu angefügten *zweiten Satz* ausdrücklich vorgesehen. Die Massenuntersuchung lässt sich dadurch grundrechtsschonender anwenden. Durch die Verkleinerung des zu untersuchenden Personenkreises erhöht sich aber auch die Effizienz des Ermittlungsverfahrens (geringerer polizeilicher Ressourceneinsatz).

Absatz 2

Bei einer Massenuntersuchung kann es sich ergeben, dass keines der Profile der Personen, die zur Erstellung ihres DNA-Profiles aufgebeten worden sind, exakt mit dem Spurenprofil des mutmasslichen Täters übereinstimmt, aber eines der Profile eine Ähnlichkeit dazu aufweist.¹²² Es handelt sich dabei um dieselbe Ähnlichkeit, die die im Rahmen eines erweiterten Suchlaufs mit Verwandtschaftsbezug im Informationssystem eruierten «Kandidaten» mit dem Profil des Spurengabers oder der Spurengabein aufweisen. M.a.W.: Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Teilnehmer der Massenuntersuchung mit dem Spurengabein verwandt ist. Solche Ähnlichkeiten von DNA-Profilen können neu nach demselben Vorgehen wie beim erweiterten Suchlauf mit Verwandtschaftsbezug (siehe hierzu generell vorne, *Ziff. 2.1.3, Vorgehen bei der Durchführung des erweiterten Suchlaufs*, Schritte 4–6) ausgewertet werden. Gemäss Artikel 4 VE-DNA-Profil-Gesetz muss dabei der Kreis dieser Personen, die solche Ähnlichkeiten aufweisen, durch eine zusätzliche Analyse des Y-DNA-Profiles oder der mitochondrialen DNA näher eingegrenzt werden.

¹²⁰ Botschaft StPO, BBl 2006 1242.

¹²¹ Schmid/Jositsch-Praxiskommentar, Art. 256 N 1.

¹²² Diese Konstellation liegt dem Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs in Strafsachen vom 20. Dezember 2012 zugrunde (BGH 3 StR 117/12; Verwertbarkeit der Erkenntnis einer wahrscheinlichen Verwandtschaft des Täters mit einem Untersuchungsteilnehmer; «Beinahetreffer»).

Artikel 258a Erweiterter Suchlauf mit Verwandtschaftsbezug

Aus den bereits dargelegten Gründen (vgl. vorne, *Ziff. 2.1.1, Rechtliche Schranken gemäss vorgeschlagener Regelung*) steht der erweiterte Suchlauf allein zur Aufklärung von Verbrechen zur Verfügung. Nach der allgemeinen Regelung von Artikel 198 Absatz 1 Buchstabe a StPO liegt die Zuständigkeit zur Anordnung von Zwangsmassnahmen bei der Staatsanwaltschaft. Diese allgemeine Regelung soll auch auf den erweiterten Suchlauf anwendbar sein. Dass die Staatsanwaltschaft die rechtsstaatlich adäquate Anordnungsbehörde ist, wird durch das Urteil des Bundesstrafgerichts vom 6. Oktober 2015 bestätigt.¹²³ Der Kreis der im Informationssystem eruierten «Kandidaten» (siehe hierzu vorne, *Ziff. 2.1.3, Vorgehen bei der Durchführung des erweiterten Suchlaufs*) muss gemäss Artikel 4 VE-DNA-Profil-Gesetz durch eine zusätzliche Analyse des Y-DNA-Profiles oder der mitochondrialen DNA näher eingegrenzt werden.

Im Übrigen müssen die Strafverfolgungsbehörden situativ entscheiden können, ob im Einzelfall zuerst eine Massenuntersuchung durchgeführt werden soll oder ein erweiterter Suchlauf. Kann der Personenkreis für eine Massenuntersuchung auf einige wenige Personen eingegrenzt werden (bspw. Bewohner einer bestimmten Liegenschaft), dürfte zuerst diese Massnahme zur Anwendung gelangen. Geht der Personenkreis hingegen in die Hunderte, wäre der erweiterte Suchlauf dasjenige Instrument, das die Verhältnismässigkeit besser wahrt. Es wird deshalb im Gesetz keine starre Abfolge bezüglich der Anwendung der beiden Massnahmen festgelegt.

Gliederungstitel nach Artikel 258a

Siehe hierzu die Erläuterungen vorne, *Gliederungstitel nach Kapitel 5*.

Artikel 258b Phänotypisierung

Diese Bestimmung regelt die auf der Analyse von Spuren-DNA basierende Feststellung äusserlich sichtbarer persönlicher Merkmale der Spurengeberin oder des Spurengebers – oder eben: die Phänotypisierung – als strafprozessuales Instrument. Sie steht allein zur Aufklärung von Verbrechen zur Verfügung (vgl. vorne, *Ziff. 2.1.1, Rechtliche Schranken gemäss vorgeschlagener Regelung*). Nach der allgemeinen Regelung von Artikel 198 Absatz 1 Buchstabe a StPO liegt die Zuständigkeit zur Anordnung von Zwangsmassnahmen bei der Staatsanwaltschaft. Diese allgemeine Regelung ist auch auf die Phänotypisierung anwendbar.

3.3 MStP (Änderung anderer Erlasse, Ziffer 2)

Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe d^{bis}

Der Katalog der Massnahmen nach Artikel 15 Absatz 3 MStP, zu deren Anordnung der vom Präsidenten des Militärkassationsgerichts als seinem Stellvertreter ernannte Offizier befugt ist, wird mittels des neu eingefügten *Buchstabens d^{bis}* um die «DNA-Analysen» erweitert.

Gliederungstitel nach Artikel 73r

Wie vorne bei *Ziff. 1.1.3* dargelegt, steht für die Regelung der Verwendung der DNA-Analyse in Strafverfahren ausserhalb der StPO nicht mehr das DNA-Profil-Gesetz zur Verfügung. Dies ist neu vielmehr im jeweiligen Spezialgesetz vorzunehmen. Vorliegend also im MStP, in den entsprechend ein neuer *Zehnter d Abschnitt: DNA-Analysen* eingefügt wird.

¹²³ BB.2015.17, E. 2.4 f.

Artikel 73s 1. DNA-Profil. Voraussetzungen im Allgemeinen

Der Wortlaut von *Absatz 1* ist identisch mit jenem von Artikel 255 Absatz 1 StPO. Es wird entsprechend *mutatis mutandis* auf die Erläuterung dieser Norm in der Botschaft StPO verwiesen.¹²⁴

Der Wortlaut von *Absatz 2* ist identisch mit jenem von Artikel 255 Absatz 3 VE-StPO. Es wird somit auf die obigen Erläuterungen zu dieser letzteren Bestimmung verwiesen.

Artikel 73t Massenuntersuchungen

Der Wortlaut des *Artikels 73t* ist grundsätzlich identisch mit jenem von Artikel 256 VE-StPO. Insofern wird auf die obigen Erläuterungen zu dieser letzteren Bestimmung verwiesen. Angepasst wird im *Absatz 1* einzig die Anordnungszuständigkeit: Dem zivilen Zwangsmassnahmengericht entspricht im Bereich des militärischen Strafverfahrens die Anordnungsbefugnis des Präsidenten des Militärkassationsgerichts, und die Berechtigung zur Antragstellung ist dem (militärischen) Untersuchungsrichter zuzuweisen als dem Gegenüber zur zivilen Staatsanwaltschaft.

Artikel 73u Bei verurteilten Personen

Der *Artikel 73u* übernimmt unverändert den Wortlaut des geltenden Artikels 257 StPO. Es wird entsprechend auf die Erläuterung dieser Norm in der Botschaft StPO verwiesen.¹²⁵

Artikel 73v Durchführung der Probenahme

Der *Artikel 73v* übernimmt unverändert den Wortlaut des geltenden Artikels 258 StPO. Es wird entsprechend auf die Erläuterung dieser Norm in der Botschaft StPO verwiesen.¹²⁶

Artikel 73w Erweiterter Suchlauf mit Verwandtschaftsbezug

Der Wortlaut des *Artikels 73w* ist identisch mit jenem von Artikel 258a VE-StPO. Es wird somit auf die obigen Erläuterungen zu dieser letzteren Bestimmung verwiesen. Die Zuständigkeit für die Anordnung der Massnahme ist gemäss der generellen Regelung von Artikel 62 MStP dem Untersuchungsrichter (Art. 4a MStP) übertragen.

Artikel 73x 2. Phänotypisierung

Der Wortlaut des *Artikels 73x* ist identisch mit jenem von Artikel 258b VE-StPO. Es wird somit auf die obigen Erläuterungen zu dieser letzteren Bestimmung verwiesen. Die Zuständigkeit für die Anordnung der Massnahme ist gemäss der generellen Regelung von Artikel 62 MStP dem Untersuchungsrichter (Art. 4a MStP) übertragen.

Artikel 73y 3. Anwendbarkeit des DNA-Profil-Gesetzes

Der *Artikel 73y* übernimmt unverändert den Wortlaut von Artikel 259 StPO. Es wird somit auf die Erläuterung dieser Norm in der Botschaft StPO verwiesen.¹²⁷

¹²⁴ BBl 2006 1241 (Art. 254)

¹²⁵ BBl 2006 1242 (Art. 256)

¹²⁶ BBl 2006 1242 (Art. 257)

¹²⁷ BBl 2006 1243 (Art. 258)

4 Auswirkungen

4.1 Auswirkungen auf den Bund

Die durch Phänotypisierung festgestellten Merkmale werden ausserhalb des vom Bund betriebenen Informationssystems nach Artikel 10 DNA-Profil-Gesetz (CODIS) bearbeitet, wie auch ausserhalb von IPAS (vgl. vorne, Ziff. 2.1.1, *Rechtliche Schranken gemäss vorgeschlagener Regelung*). Es resultiert aus der Anwendung dieser strafprozessualen Massnahme somit kein zusätzlicher Aufwand für den Bund. Die erweiterten Suchläufe mit Verwandtschaftsbezug können seitens des Bundes mit der bestehenden technischen Infrastruktur (DNA-Profil-Informationssystem) umgesetzt werden. Für fedpol ist ein geringer zusätzlicher personeller Aufwand bei der Verfahrenskoordination und der internationalen Polizeikoope-ration zu erwarten. Dieser kann mit den bestehenden Ressourcen bewältigt werden.

Mit der Neuregelung der Löschfristen und dem damit einhergehenden vereinfachten Löschverfahren ist für den laufenden Betrieb eine Reduktion des Verwaltungsaufwands zu erwarten, denn der Kontrollaufwand im Zuständigkeitsbereich von fedpol sollte tendenziell abnehmen. Es erfordern die Neuerungen beim Löschprozess aber Anpassungen der webbasierten Kommunikationsplattform (*jMessage Handler*) sowie am Informationssystem IPAS (siehe für beide Systeme vorne, Ziff. 2.1.2, *Das DNA-Profil-Informationssystem und das Verfahren zur Einspeisung und Löschung der Daten*). Die einmaligen Kosten hierfür werden im heutigen Zeitpunkt auf rund 50'000 Fr. quantifiziert.

4.2 Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden

Für die Erstellung eines Personen-Profiles stellen die Labors der anordnenden Behörde durchschnittlich rund 200 Franken und für ein Spurenprofil rund 400-500 Franken in Rechnung. Demgegenüber wird die Phänotypisierung einer DNA-Spur voraussichtlich teurer zu stehen kommen. Hier werden grossenteils die neuen Verfahren der sog. Hochdurchsatz-DNA-Sequenzierungen (*Next Generation Sequencing*) zur Anwendung gelangen. Es wird davon ausgegangen, dass nur wenige Labors die Möglichkeit haben werden, die erforderlichen Geräte und Analysekits mit Anschaffungskosten in der Grössenordnung von 300'000 bis 500'000 Fr. zu beschaffen. Gleichzeitig dürfte die Zahl der Phänotypisierungen, die pro Jahr angeordnet werden, insgesamt eher gering bleiben, einerseits wegen der einschränkenden rechtlichen Anwendungsvoraussetzungen, andererseits wegen der praktischen Grenzen bei der Durchführbarkeit einer solchen speziellen Analyse (siehe vorne, Ziff. 2.1.1, *Die Phänotypisierung als Instrument der Strafverfolgung*). Aus dem Umstand, dass die Phänotypisierung effizientere Ermittlungsverfahren ermöglichen wird, werden demgegenüber für die Ermittlungsbehörden im Einzelfall (nicht bezifferbare) indirekte Einsparungen resultieren.

Alle bisherigen erweiterten Suchläufe mit Verwandtschaftsbezug sind von kantonalen Strafverfolgungsbehörden durchgeführt worden und betrafen überwiegend schwere Delikte gegen Leib und Leben. Kosten generiert dieses Instrument ganz überwiegend in der Ermittlungsphase, die ausserhalb des Informationssystems des Bundes und der Tätigkeit der Labors im alleinigen Zuständigkeitsbereich der – kantonalen – Strafverfolgung erfolgt. Auch hier gilt, dass die Kantone die Höhe dieses Aufwands bis zu einem gewissen Grad selbst steuern können, je nachdem, wie häufig sie diese Instrumente einsetzen. Gleichzeitig ist darauf hinzuweisen, dass sich dank der neu möglichen Zusatzanalysen der heute teilweise enorme Ermittlungsaufwand (siehe vorne, Ziff. 2.1.3, *Die molekulargenetischen Grundlagen*) künftig deutlich reduzieren lassen sollte.

Es kann davon ausgegangen werden, dass sich aus der Neuregelung der DNA-Löschfristen und dem damit einhergehenden vereinfachten Löschprozess auf der Ebene der Kantone eine Reduktion des Verwaltungsaufwands ergeben wird. Dabei ist zu beachten, dass dieser verminderte Verwaltungsaufwand umso erheblicher sein wird, als er nicht nur bei der Bearbeitung der DNA-Profile durchschlagen wird, sondern

dank der rechtlich bereits bewerkstelligten Harmonisierung der Löschfristen (siehe vorne, Ziff. 2.1.2, *Die Kerninhalte der Neuregelung*) auch bei allen in AFIS bearbeiteten Daten (vor allem Fingerabdrücke).

5 Rechtliche Aspekte

5.1 Verfassungsmässigkeit

5.1.1 Gesetzgebungskompetenz

Nach Artikel 123 BV ist der Bund zur Gesetzgebung im Bereich des Strafrechts und des Strafprozessrechts befugt.

5.1.2 Grundrechtskonformität

Gesetzliche Anpassungen im Bereich der DNA-Analyse

Überblick

Die Phänotypisierung, der erweiterte Suchlauf mit Verwandtschaftsbezug und die Aufbewahrung des Probematerials von Personen im Labor bewirken Eingriffe in die Grundrechte gemäss Artikel 10 Absatz 2 BV (persönliche Freiheit) sowie Artikel 8 Ziffer 1 EMRK und Artikel 13 BV (Schutz der Privatsphäre). Artikel 13 Absatz 2 BV garantiert im Besonderen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

Mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf ist die Anforderung der formell-gesetzlichen Grundlage erfüllt. Weiter ist festzustellen, dass die «Verhinderung zukünftiger und Aufklärung geschehener Straftaten» gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts «immer» im öffentlichen Interesse liegt.¹²⁸

Phänotypisierung (Art. 258b VE-StPO; Art. 73x VE-MStP)

Für die Phänotypisierung gilt wie bereits für das DNA-Profil nach Artikel 255 StPO, dass sie eine schwerwiegende Einschränkung von Grundrechten im Sinne von Artikel 36 Absatz 1 zweiter Satz BV bewirkt und entsprechend auf der Ebene des formellen Gesetzes vorzusehen ist.

Die Qualität des Grundrechtseingriffs unterscheidet die Phänotypisierung indessen klarerweise vom herkömmlichen DNA-Profil. Im Leitentscheid BGE 128 II 259 (E. 3.3) qualifiziert das Bundesgericht die Erstellung (und Bearbeitung) von DNA-Profilen zur Täteridentifikation nach geltendem Recht als «leichte Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV)». Das DNA-Profil sei mit einem «klassischen Fingerabdruck» zu vergleichen, würden doch «ausschliesslich nicht-codierende Abschnitte der DNA» untersucht, um «persönlichkeitsneutrale Merkmale des betreffenden Menschen festzustellen» (a.a.O.). Die Merkmale, die mit der Phänotypisierung festgestellt werden, sind demgegenüber nicht «persönlichkeitsneutral», sondern in diesem Sinn persönlichkeitsrelevant.

Dass die Strafverfolgungsbehörden gestützt auf Erkenntnisse zum äusseren Erscheinungsbild einer Person nach der Täterschaft fahnden, ist nicht neu: Die Informationen, die etwa aus Zeugenaussagen oder den Aufzeichnungen einer Überwachungskamera gewonnen werden, stellen bereits heute die Grundlage für Fahndungen nach Artikel 306 Absatz 1 Buchstabe c StPO dar. Zu diesen «klassischen» Mitteln kommt mit der Phänotypisierung eine neue Quelle von Erkenntnissen zu äusserlichen Merkmalen der mutmasslichen Täterschaft hinzu. Unter einem grundrechtlichen Blickwinkel ist die Phänotypisierung dabei nicht vergleichbar mit der Aussage einer glaubwürdigen Zeugin oder mit Aufnahmen von Überwachungskameras. Diese geben wieder, was tatsächlich wahrnehmbar ist und bleiben an der sichtbaren Oberfläche. Das Resultat der Phänotypisierung ist zwar eine Information zum äusseren Erscheinungsbild einer Person. Der Prozess aber, der zu diesem Ergebnis führt, greift auf die Erbanlagen zu. Da die gesuchten Merkmale nicht einfach an einem bestimmten Ort der DNA zu finden sind, sondern über mehrere Orte

¹²⁸ BGE 120 Ia 147, E. 2.d.

verteilt sind, an denen gleichzeitig auch Informationen über weitere Merkmale zu finden sind (so genannte Überschussinformationen). Der mit der Phänotypisierung bewirkte Eingriff in die persönliche Freiheit und in die informationelle Selbstbestimmung wiegt damit ungleich schwerer als die Beobachtungen eines Zeugen oder die Aufnahme eines Fotos.

Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass das Ergebnis der Phänotypisierung einmalig und abschliessend einzig für das Strafverfahren zur Verfügung steht, in dessen Rahmen diese von der Staatsanwaltschaft angeordnet worden ist. Es gelangt in keines der polizeilichen Informationssysteme und steht somit für keine weiteren polizeirechtlichen oder strafprozessualen Verwendungen zur Verfügung. Sobald die Täterschaft identifiziert ist und das Analyseergebnis somit nicht weiter benötigt wird, unterliegt dieses als Teil der Verfahrensakten der Vertraulichkeit.

Erweiterter Suchlauf mit Verwandtschaftsbezug (Art. 258a VE-StPO; Art. 73w VE-MStP)

Wie vorne dargestellt (Ziff. 2.1.3, *Vorgehen bei der Durchführung des erweiterten Suchlaufs*), erfolgt der erweiterte Suchlauf mit Verwandtschaftsbezug in zwei Phasen. Entsprechend ist auch die rechtliche Herausforderung dieses Instruments eine doppelte:

- (a) Im ersten Arbeitsschritt wird *im Informationssystem (CODIS)* nach Personen gesucht, von denen zwar von vornherein klar ist, dass sie nicht die Spurengerbin oder der Spurengeber sind, doch aber, dass sie mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit dem Spurengeber verwandt sind. Diese Personen sind rechtmässig – als Tatverdächtige oder als verurteilte Personen – im Informationssystem gespeichert. Nun werden sie völlig unabhängig davon zusätzlich der Prüfung unterzogen, ob sie mit dem Geber oder der Geberin einer tatrelevanten Spur verwandt sein könnten. Dieser zusätzliche Eingriff erweist sich indessen als geringfügig im Vergleich zum primären, mit der Aufnahme ins Informationssystem erfolgten Eingriff. Es ist ja auch so, dass diese Personen, sind sie einmal rechtmässig im Informationssystem aufgenommen, gegen jedes neu dazukommende DNA-Profil systematisch abgeglichen werden.
- (b) In der zweiten, *ausserhalb des Informationssystems* erfolgenden Bearbeitungsphase erfolgen zwar Grundrechtseingriffe gegenüber bestimmten, tatverdächtigen Personen, konkret: gegenüber den Personen, die die zuständige Strafverfolgungsbehörde gestützt auf die Stammbäume der in CODIS gespeicherten Personen als Verwandte und damit als potentielle Spurengerinnen oder Spurengeber eruiert hat. Aber diese Grundrechtseingriffe erfolgen gestützt auf das geltende Strafprozessrecht. Der strafprozessuale Status der eruierten Personen ist vergleichbar mit jenem der Personen, von denen im Rahmen einer Massenuntersuchung nach Artikel 256 StPO ein DNA-Profil erstellt wird: Diese Personen sind nicht unmittelbar Tatverdächtige, und entsprechend liegt auch kein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung vor. Der Grundrechtseingriff erfolgt vielmehr, um überhaupt erst Tatverdächtige zu gewinnen.¹²⁹ Die Strafverfolgungsbehörden wissen, dass sich von allen in ihren Fokus gelangten Personen höchstens deren eine als Spurengerbin oder der Spurengeber herausstellen wird, während alle übrigen Personen nachträglich als möglicher Täter oder mögliche Täterin ausgeschlossen werden können. Im Übrigen ist auch weiteren strafprozessualen Zwangsmassnahmen eigen, dass sie Zwang gegenüber Personen beinhalten, bei denen von vornherein ausgeschlossen oder immerhin wenig wahrscheinlich ist, dass sie in die Tat involviert sind, wie dies etwa bei der polizeilichen Anhaltung nach Artikel 215 StPO der Fall ist, insbesondere bei der sog. Razzia (Art. 215 Abs. 2 StPO).

Der Anforderung der Verhältnismässigkeit (Art. 36 BV und Art. 197 Abs. 1 Bst. c StPO) wird einerseits dadurch Rechnung getragen, dass der erweiterte Suchlauf auf die Aufklärung von Verbrechen beschränkt

¹²⁹ Die grundrechtliche Problematik besteht bei der Massenuntersuchung darin, dass sie «Personen in die Untersuchung einbezieht, gegen welche kein Tatverdacht besteht» (Botschaft StPO, BBl 2006 1242). Christoph Gusy spricht – im Zusammenhang mit der DNA-Massenuntersuchung – von einem «weit in das Vorfeld der Aufklärung verlagerten Eingriff» mit dem Ziel, «überhaupt erst Tatverdächtige zu finden», oder kurz von einem «Verdächtigengewinnungseingriff» (Polizei- und Ordnungsrecht, 10. A., Tübingen 2017, N 243).

wird. Andererseits sind die Strafverfolgungsbehörden verpflichtet, mittels Zusatzanalysen den Kreis der Personen, die im Informationssystem gespeichert und mit der gesuchten Person verwandt sind, so weit wie möglich einzugrenzen.

Verlängerung der Aufbewahrungsdauer der Personenproben im Labor (Art. 9 und 9a VE-DNA-Profil-Gesetz)

Im Leiturteil *S. und Marper gegen Vereinigtes Königreich* verweist der EGMR auf die grundrechtliche Bedeutung der Aufbewahrung biologischen Materials, gerade auch «angesichts der denkbaren Möglichkeiten der künftigen Verwendung dieses Materials». Denn es würden diese «Zellproben nicht nur einen in hohem Masse persönlichen Charakter haben, sondern darüber hinaus auch zahlreiche sensible Informationen über eine Person enthalten».¹³⁰ Entsprechend stellt die Aufbewahrung von Zellproben gemäss Rechtsprechung des EGMR im Sinne von Artikel 8 Ziffer 1 EMRK einen Eingriff in das Recht der betroffenen Person auf Achtung ihres Privatlebens dar.¹³¹

Dieser Eingriff ist indessen als verhältnismässig (Art. 36 Abs. 3 BV) zu beurteilen. Die vorliegend neu eingeführten Ermittlungsinstrumente im Bereich der DNA-Analyse – Phänotypisierung, erweiterter Suchlauf mit Verwandtschaftsbezug – verfolgen beide das Ziel nach Artikel 1 Absatz 2 DNA-Profil-Gesetz, die «Effizienz der Strafverfolgung» zu erhöhen. Die beiden Instrumente ermöglichen es den Strafverfolgungsbehörden, in bestimmten Fällen, die Tätersuche gezielter zu gestalten. Im Hinblick auf eine Massenuntersuchung kann ausserdem der Kreis der Personen, die einbezogen werden sollen, möglichst klein gehalten werden. Dank verlängerter Aufbewahrungsdauer des Probematerials von Personen können künftig Nachtypisierungen vorgenommen werden, die ihrerseits eine grundrechtsschonendere Anwendung von Massenuntersuchung und erweitertem Suchlauf ermöglichen.

Neue Löschregelung

Allgemeines

DNA-Profile sind besonders schützenswerte Daten i.S.v. Art. 3 Datenschutzgesetz (DSG)¹³². Ihre Bearbeitung erfordert damit eine formell-gesetzliche Grundlage (Art. 17 Abs. 2 DSG). Diese ist mit der entsprechenden Regelung im DNA-Profil-Gesetz gegeben.

Die Erhebung und Bearbeitung erkennungsdienstlicher Daten und damit von DNA-Profilen tangiert das Recht auf persönliche Freiheit gemäss Artikel 10 Absatz 2 BV¹³³ und das das Recht auf Achtung der Privatsphäre gemäss Artikel 13 Absatz 1 BV und Artikel 8 Ziffer 1 EMRK¹³⁴. Die Aufbewahrung solcher Daten betrifft in erster Linie den Anspruch auf Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten gemäss Artikel 13 Absatz 2 BV bzw. unter dem Blickwinkel des Datenschutzes das verfassungsmässige Recht auf informationelle Selbstbestimmung.¹³⁵ Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts bewirkt die Aufbewahrung erkennungsdienstlichen Materials «keinen schweren Eingriff» in die persönliche Freiheit.¹³⁶ Eine Einschränkung von Grundrechten – und die genannte Datenbearbeitung stellt eine solche dar – ist allgemein (nur) zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist; sie darf zudem den Kerngehalt des betroffenen Grundrechts nicht beeinträchtigen (Art.

¹³⁰ Urteil *S. und Marper gegen Vereinigtes Königreich* vom 4. Dezember 2008, § 70 f.

¹³¹ Urteil *S. und Marper gegen Vereinigtes Königreich* vom 4. Dezember 2008, § 70–77 sowie 120. Auf die Grundrechtsrelevanz (Recht auf informationelle Selbstbestimmung) der Aufbewahrung des Probematerials wird auch eingegangen bei *Blonski*, S. 225.

¹³² SR 235.1

¹³³ BGE 120 Ia 147, E. 2.a. Der BGE 128 II 259 führt näher aus: «Die Blutentnahme [zwecks Erstellung eines DNA-Profiles] und der [Wangenschleimhautabstrich] stellen Eingriffe in die körperliche Integrität dar» (E. 3.2).

¹³⁴ BGE 120 Ia 147, E. 2.a.

¹³⁵ Bundesgericht, Urteil 1C_598/2016 vom 2. März 2018, E. 4.1; BGE 136 I 87, E. 5.1; weiter auch: BGE 128 II 259, E. 3.2.

¹³⁶ BGE 120 Ia 147, E. 2.b. Vgl. auch: Bundesgericht, Urteil 1B_185/2017, E. 3.

36 BV).¹³⁷ Im Bereich des Strafprozessrechts wird diese Anforderung für den Bereich der Zwangsmassnahmen durch Artikel 197 Absatz 1 StPO konkretisiert.¹³⁸

Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage ist, wie oben bereits erwähnt, erfüllt. Die «Verhinderung zukünftiger und Aufklärung geschehener Straftaten» liegen weiter «immer» im öffentlichen Interesse.¹³⁹ Ebenso anerkennt der EGMR, so zusammenfassend das Bundesgericht, «dass an der mit der Kriminalitätsbekämpfung bezweckten Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ein erhebliches Interesse besteht, weshalb sich eine Erfassung und Aufbewahrung von Informationen als notwendig erweisen kann».¹⁴⁰ Im Besonderen gilt dies grundsätzlich auch für die Aufbewahrung und Bearbeitung der Ergebnisse erkennungsdienstlicher Massnahmen.¹⁴¹ Denn:

«Erkennungsdienstliche Unterlagen werden von der Polizei über den Abschluss des Strafverfahrens, in welchem sie erstellt worden sind, hinaus aufbewahrt, weil bei Personen, die sich eines strafrechtlichen Deliktes 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. Bestehen über eine bestimmte Person erkennungsdienstliche Unterlagen, so fällt auf diese Person [...] immer ein Verdacht, wenn eine Straftat begangen wird, an welcher jemand mit ähnlichen erkennungsdienstlichen Merkmalen beteiligt ist.»¹⁴²

Es verbleibt die Frage nach der Verhältnismässigkeit gesetzlich vorgesehener Aufbewahrungsfristen für erkennungsdienstliche Daten. Das Strafverfolgungsinteresse nach Fortdauer der Kenntnis der Daten der betroffenen Person muss gegenüber dem Interesse der betroffenen Person nach Löschung ihrer Daten im Informationssystem abgewogen werden.

Rechtsprechung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht war bislang nicht veranlasst, sich zu den Regelungen der Aufbewahrung erkennungsdienstlicher Daten im Bundesrecht, also konkret in der Verordnung über die Bearbeitung biometrischer erkennungsdienstlicher Daten und im DNA-Profil-Gesetz, zu äussern. Hingegen beurteilte es im BGE 120 Ia 147 eine solche Regelung im kantonalen Recht und gelangte dabei im Einzelnen zu folgenden Schlussfolgerungen:

- Es ist «unverhältnismässig, erkennungsdienstliches Material über lange oder gar unbegrenzte Zeit aufzubewahren, selbst wenn die betroffene Person begründeten Anlass für die Erstellung des Materials gegeben [hat]»;
- «In leichteren Fällen [scheint] es vernünftig, erkennungsdienstliche Unterlagen nach fünf Jahren zu vernichten.»
- Die Verfolgungsverjährung begründet «eine angemessene Frist für die Aufbewahrung der erkennungsdienstlichen Unterlagen, wenn die betroffene Person wegen der ihr vorgeworfenen Tat verurteilt oder wenn sonstwie durch Gerichtsentscheid rechtskräftig festgestellt worden ist, dass die Person die Taten begangen hat». (Die Verfolgungsverjährung tritt gemäss Artikel 97 StGB abgestuft nach Schwere der Sanktion nach 30, 15, 10 oder 7 Jahren ein.)
- Erweist sich die betroffene Person als unschuldig, sind die erkennungsdienstlichen Daten «sofort» zu löschen bzw. zu vernichten.¹⁴³

¹³⁷ Vgl. für eine Beurteilung des durch eine Erhebung sowie Aufbewahrung und Bearbeitung erkennungsdienstlicher Daten bewirkten Eingriffs in die Grundrechte nach Artikel 10 Absatz 2 (persönliche Freiheit) und 13 Absatz 2 BV (Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten) nach den Kriterien der Verhältnismässigkeit und Erforderlichkeit: BGE 133 I 77, E. 4 und 5.

¹³⁸ Bundesgericht, Urteil 1B_185/2017, E. 3.

¹³⁹ BGE 120 Ia 147, E. 2.d.

¹⁴⁰ Bundesgericht, Urteil 1C_598 vom 2. März 2018, E. 8.3.1.

¹⁴¹ BGE 120 Ia 147, E. 2.d.

¹⁴² BGE 120 Ia 147, E. 2.e.

¹⁴³ BGE 120 Ia 147, E. 2.e und 2.f.

Der Bundesrat sieht diese Anforderungen auch für die vorgeschlagene Neuregelung als erfüllt. Denn diese weicht bezüglich der einzelnen Aufbewahrungsfristen im Ergebnis nur geringfügig von der geltenden Regelung ab.

Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

Ebenso kann davon ausgegangen werden, dass die Neuregelung den Anforderungen des Artikels 8 EMRK entspricht. Generell gewährt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) den Einzelstaaten in der Frage der Aufbewahrung erkennungsdienstlicher Daten einen beträchtlichen Regelungsspielraum. Eine Grenzziehung hat er im Urteil *S. und Marper gegen Vereinigtes Königreich* vom 4. Dezember 2008 dahingehend gezogen, dass eine zeitlich unbeschränkte Aufbewahrung von DNA-Profilen in einem Informationssystem von bloss verdächtigen, nicht aber verurteilten Personen unverhältnismässig sei und damit gegen Artikel 8 EMRK verstosse.¹⁴⁴ Im Urteil *Aycaguer gegen Frankreich* beanstandete der EGMR eine pauschale Aufbewahrungsdauer von maximal 40 Jahren für die Profile von Personen als unvereinbar mit Artikel 8 EMRK, weil diese keine Abwägung der widerstreitenden öffentlichen und privaten Interessen erlaube.¹⁴⁵

Die schweizerische Lehre hat sich mit der Frage der Verfassungs- und EMRK-Konformität der bundesrechtlichen Aufbewahrungsregelungen soweit ersichtlich bislang nicht näher auseinandergesetzt. Es liegt einzig eine – kurze – Analyse vor, deren Autorin zum Schluss gelangt, dass diese Regelungen konform seien mit der Rechtsprechung des EGMR und der Vorgabe von Artikel 8 EMRK.¹⁴⁶

Ergebnis

Auch die neu vorgeschlagene Löschregelung ist in einem so hohen Mass ausdifferenziert, dass sie sich klar innerhalb des Bereichs der Verhältnismässigkeit bewegt. Dies bestätigt sich nicht zuletzt bei einem Vergleich der vorgeschlagenen Neuregelung mit den vielfach pauschaleren Regelungen anderer Staaten (siehe hierzu vorne, *Ziff. 2.1.2, Rechtsvergleich*). Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewährt bei der näheren Festlegung der Aufbewahrungsfristen einen gewissen Beurteilungsspielraum. Die graduelle Reduktion an Differenzierung, die sich aus der Reduktion des Katalogs der Löschereignisse ergibt, wird nach Ansicht des Bundesrates mehr als aufgewogen durch den Gewinn an Einfachheit der Löschregelung in der praktischen Anwendung und deren in gleichem Masse erhöhten Zuverlässigkeit. Diese erhöhte Zuverlässigkeit – und das ist entscheidend – erhöht den Grundrechtsschutz: Das Risiko von Grundrechtsverletzungen dadurch, dass ein DNA-Profil trotz abgelaufener Aufbewahrungsdauer versehentlich im Informationssystem verbleibt, sinkt. Ebenso sinkt aber auch das Risiko unrechtmässig erzielter Treffer auf Profile, die im Informationssystem gar nicht mehr vorhanden sein dürften, mit der Folge, dass sich vor Gericht die Frage stellt, ob der Treffer überhaupt verwertet werden darf.

5.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

Zahlreiche im Rahmen des Europarates und der UNO ausgearbeitete Instrumente befassen sich mit Fragen strafprozessualer Natur. Im Vordergrund stehen der Internationale Pakt vom 16. Dezember 1966¹⁴⁷ über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR, UN-Pakt II) und, auf europäischer Ebene, die EMRK.

¹⁴⁴ EGMR, Urteil *S. und Marper gegen Vereinigtes Königreich* vom 4. Dezember 2008, auf: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90051>. Er anerkenne, so der EGMR in diesem Urteil, gegenüber den einzelnen Staaten einen «Beurteilungsspielraum» bei der Festlegung der Aufbewahrungsfristen (a.a.O., § 125). Siehe für einen jüngsten Verweis des Bundesgerichts auf die einschlägige Judikatur des EGMR: Urteil 1C_598/2016 vom 2. März 2018, E. 8.3.1.

¹⁴⁵ EGMR, Urteil *Aycaguer gegen Frankreich* vom 22. Juni 2017, §§ 42-47, auf: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-174441>.

¹⁴⁶ *Blonski*, S. 223/224, sowie dieselbe Autorin, Bemerkungen zum EGMR-Entscheid in Sachen *S. und Marper gegen Vereinigtes Königreich* vom 4. Dezember 2008, in: *AJP* 3/2009, S. 363 ff., 368.

¹⁴⁷ SR 0.103.2.

Die vorgeschlagene Regelung ist vereinbar mit dem Recht auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK, Art. 17 IPBPR; vgl. vorne, *Ziff. 5.1.2*).

Der IPBPR und die EMRK enthalten eine Reihe weitgehend übereinstimmender Garantien, die im Strafverfahren zu beachten sind. Dabei hat bis heute die EMRK für die strafprozessuale Gesetzgebung und Praxis in Bund und Kantonen die grössere Bedeutung erlangt. Die mit dieser Gesetzesvorlage vorgeschlagenen Neuerungen und Anpassungen bestehenden Rechts sind mit den genannten internationalen Verpflichtungen vereinbar (vgl. vorne, *Ziff. 5.1.2*).

5.3 Erlassform

Die Änderungen des DNA-Profil-Gesetzes, der StPO und des MStP sind in Form eines Bundesgesetzes zu erlassen (Art. 164 Abs. 1 Bst. c BV).

5.4 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen

Mit Artikel 22 Buchstabe g VE-DNA-Profil-Gesetz erhält der Bundesrat die Kompetenz, im Bereich der Phänotypisierung die technischen Anforderungen an das Analyseverfahren, Qualitätsanforderungen, Inhalt des Laborgutachtens an die Staatsanwaltschaft, Kontrollmechanismen, Informationssicherheit etc. näher zu regeln.

Verwendete Literatur

BECK MAREN, Die DNA-Analyse im Strafverfahren. De lege lata et ferenda. Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft – Neu Folge, Bd. 35, Baden-Baden 2015 (zit. *Beck*).

BLONSKI DOMINIKA, Biometrische Daten als Gegenstand des informationellen Selbstbestimmungsrechts, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Band/Nr. 816, 2015 (zit. *Blonski*).

BUTLER JOHN M., Fundamentals of Forensic DNA Typing, San Diego 2010 (zit. *Butler*).

COQUOZ RAPHAËL, COMTE JENNIFER, HALL DIANA, HICKS TACHA, TARONI FRANCO, Preuve par l'ADN. 3. A., Lausanne 2013 (zit. *Coquoz et al.*)

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. A., Basel 2014 (zit. BSK StPO-Bearbeiter/in, Art. N.).

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, Springer-Spektrum, 2017 (zit. *Pflugbeil et al.*)

SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. A., Zürich/St. Gallen 2017 (zit. *Schmid/Jositsch-Handbuch*).

SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, Praxiskommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 3. A., Zürich/St. Gallen 2018 (zit. *Schmid/Jositsch-Praxiskommentar*, Art. N.).

VUILLE JOËLLE, HICKS TACHA, KUHN ANDRÉ, Les recherches familiales basées sur les profils d'ADN (ou recherches en parentèle) en droit suisse, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Band 131/2013, S. 141 ff. (zit. *Vuille et al.*).

WIRTH INGO/SCHMELING ANDREAS, Rechtsmedizin. Grundwissen für die Ermittlungspraxis, 3. A., Heidelberg 2012 (zit. *Wirth/Schmeling*).

Materialien

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

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

Botschaft des Bundesrates vom 5. Juli 2017 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über genetische Untersuchungen beim Menschen, BBl **2017** 5597 (zit. *Botschaft GUMG*).

