

Universität St. Gallen
Hochschule für Wirtschafts-,
Rechts- und Sozialwissenschaften sowie
Internationale Beziehungen

**Die Anwendungspraxis der DNA-Analysen in Strafverfahren mit
besonderem Augenmerk auf den Einsatz des Instruments
der Phänotypisierung**

Alberite Krasniqi
Gsellstrasse 25
9015 St. Gallen
+41 (0)76-371 4535
alberite.krasniqi@student.unisg.ch
13-617-253

Masterarbeit MLaw
Universität St. Gallen
Referent: Prof. Dr. Marc Forster
Koreferentin: Prof. Dr. Nora Markwalder
Einreichtermin: 16. November 2020

Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis	III
Literaturverzeichnis	IV
Internetverzeichnis	VIII
Materialienverzeichnis	XIII
Rechtsprechungsverzeichnis	XV
Abkürzungsverzeichnis	XVI
I. Einleitung	1
II. Begriff der DNA	3
A. Definition der DNA	3
B. DNA-Analyse und DNA-Profil	4
III. Grundlagen der DNA-Analysen in Strafverfahren	6
A. Gesetzliche Grundlagen	6
B. Rechtsprechung des Bundesgerichts	9
C. Zuständigkeiten	11
D. Verfahren der DNA-Analysen in Strafverfahren	12
E. Anwendungspraxis der DNA-Analysen auf kantonaler Ebene	14
IV. Medizinische Möglichkeiten	19
V. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf	22
A. Motion 15.4150 „Kein Täterschutz für Mörder und Vergewaltiger“	22
B. Regelungsthemen der neuen Vorlage	22
C. Phänotypisierung im Besonderen	24
1. Ausgangslage.....	25
2. Die einzelnen persönlichen Merkmale.....	26
a) Geschlecht.....	26
b) Augenfarbe	27
c) Haarfarbe	28
d) Hautfarbe	28
e) Biogeografische Herkunft	29
f) Alter	30
3. Phänotypisierung in Strafverfahren	30
4. Exkurs: Rechtsvergleich am Beispiel der Niederlande.....	32
D. Zwischenfazit	34

VI. Gesetzgeberischer Lösungsvorschlag	35
A. Überblick	35
1. Bestimmungen des DNA-Profil-Gesetzes	35
2. Bestimmungen der Schweizerischen Strafprozessordnung	36
B. Erläuterungen zu Art. 2 VE-DNA-Profil-Gesetz	37
C. Chancen der neuen gesetzlichen Grundlage	39
D. Gefahren der neuen gesetzlichen Grundlage	41
1. Grundrechtliche Aspekte	41
2. Datenschutzrechtliche Aspekte	44
3. Diskriminierungspotential	46
4. Beweiswert	47
E. Änderungsvorschläge zur Gesetzesvorlage	48
VII. Schlussbetrachtung	52
VIII. Anhang	XIX

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Entwicklung der Anwendungspraxis der DNA-Analysen im Allgemeinen	14
Abbildung 2: Erstellte Personenprofile in ausgewählten Kantonen.....	16

Literaturverzeichnis

Die Zitierweise im Text wird jeweils am Ende des entsprechenden Literaturverweises aufgeführt.

BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID/BERNHARD WALDMANN, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht (Bern 2011). [zit.: BEARBEITER/IN, N].

BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (2.A. Zürich 2017). [zit.: BIAGGINI, Komm. BV, Art. N].

BLONSKI DOMINIKA, Biometrische Daten als Gegenstand des informationellen Selbstbestimmungsrechts, in: Hausheer Heinz (Hrsg.), ASRA – Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Band/Nr. 816 (Bern 2015). [zit.: BLONSKI, S.].

BOMMER FELIX, DNA-Analyse zu Identifizierungszwecken im Strafverfahren, ZStrR 118/2000, S. 131 ff. [zit.: BOMMER, S.].

BRODERSEN KILIAN/ANSLINGER KATJA/ROLF BURKHARD, DNA-Analyse und Strafverfahren (München 2003). [zit.: BORDERSEN/ASLINGER/ROLF, S.].

CHAITANYA LAKSHMI *et al.*, The Hirisplex-S system for eye, hair and skin colour prediction from DNA: Introduction and forensic developmental validation, Forensic Science International: Genetics Vol. 35 (2018), S. 123 ff. [zit.: CHAITANYA *et al.*, S.].

DONATSCH ANDREAS/HANSJAKOB THOMAS/LIEBER VIKTOR (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), (2.A. Zürich/Base/Genf 2014). [zit.: BEARBEITER, StPO Komm., Art. N].

EGGER SIMON *et al.*, Fehlerhafte Geschlechtsbestimmung aufgrund partieller Deletion des Y-Chromosoms, Rechtsmedizin 30, S. 94 ff. [zit.: EGGER *et al.*, S.].

FORNITO ROBERTO, Beweisverbote im schweizerischen Strafprozess (Diss. St. Gallen 2000). [zit.: FORNITO, S.].

HADORN SANDRA, Gesetzgebung, *forum*poenale 6/2019, S. 480 ff. [zit.: HADORN, S.].

HANSJAKOB THOMAS, Kritik am Urteil des Bundesstrafgerichts BB.2015.17 vom 6. Oktober 2015, *forum*poenale 3/2016, S. 157 ff. [zit.: HANSJAKOB, S.].

HORVATH STEVE, DNA methylation age of human tissues and cell types, Genome Biology 14 (2013). [zit.: HORVATH, S.].

- KAYSER MANFRED, Forensic DNA Phenotyping: Predicting human appearance from crime scene material for investigative purposes, *Forensic Science International: Genetics* Vol. 18 (2015), S. 33 ff. [zit.: KAYSER, S.].
- KAYSER MANFRED/DE KNIJFF PETER, Improving human forensics through advances in genetics, genomics and molecular biology, *Nature Reviews Genetics* Vol. 12 (2011), S. 179 ff. [zit. KAYSER/DE KNIJFF, S.].
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, *Grundrechte* (3.A. Bern 2015). [zit.: KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S.].
- KILLIAS MARTIN/KUHN ANDRÉ/AEBI MARCELO F., *Grundriss der Kriminologie, Eine europäische Perspektive* (2.A. Bern 2011). [zit.: KILLIAS/KUHN/AEBI, N].
- LIPPHARDT ANNA/LIPPHARDT VERONIKA, Risiken massiv unterschätzt, *Bioskop* 78/2017, S. 3 ff. [zit.: LIPPARDT/LIPPHARDT, S.].
- LUDEWIG REVITAL/TAVOR DAPHNA/BAUMER SONJA, Wie können aussagepsychologische Erkenntnisse Richtern, Staatsanwälten und Anwälten helfen?, *AJP/PJA* 11/2011, S. 1415 ff. [zit.: LUDEWIG/TAVOR/BAUMER, Ziff.].
- MADEA BURKHARD, *Praxis Rechtsmedizin* (Berlin/Heidelberg 2003). [zit.: MADEA, S.].
- MAEDER STEFAN, Bemerkungen zu BGer, StrA 10.12.2014,6B_718/2014, X. gegen Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern (zur Publikation vorgesehen), *AJP* 2015, S. 530 ff. [zit.: MAEDER, S.].
- MAIRE DÉLIA/KUSTER SEREINA, Prävention und individuelle Freiheit/Prävention durch die Auswertung des DNA-Profil-Gesetzes, in: Coninx Anna/Ege Gian/Mausbach Julian (Hrsg.), *Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich*, (Zürich 2017) S. 79 ff. [zit.: MAIRE/KUSTER, S.].
- MARONAS OLALLA *et al.*, Development of a forensic skin colour predictive test, *Forensic Sciences International: Genetics* Vol. 13 (2014), S. 33 ff. [zit.: MARONAS, S.].
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, *Grundrechte in der Schweiz* (4.A. Bern 2008). [zit.: MÜLLER/ SCHEFER, S.].
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), *Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 196–457 StPO, Art. 1–54 JStPO*, (2.A. Basel 2014). [zit.: BEARBEITER/IN, BSK StPO, Art. N].

- PFLUGBEIL ANNE-MARIE/THIELE KARL/LABUDDE DIRK, DNA-Phänotypisierung, in: Labudde Dirk/Spranger Michael (Hrsg.), Forensik in der digitalen Welt, (Berlin/Heidelberg 2017) S. 89 ff. [zit.: PFLUGBEIL/THIELE/LABUDDE, S.].
- PHILIPS CRIS, Forensic genetic analysis of bio-geographical ancestry, *Forensic Science International: Genetics* 18 (2015), S. 49 ff. [zit.: PHILIPS, S.].
- PITTELOUD JO, Code de procédure pénale suisse, Commentaire à l'usage des praticiens (Zürich/St. Gallen 2012). [zit.: PITTELOUD, N].
- RIKLIN FRANZ, Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren, *Pipette* Nr. 2, Juni 2005, S. 12 ff. [zit.: RIKLIN, S.].
- RITZ-TIMME STEFANIE *et al.*, Altersschätzung auf Basis der DNA-Methylierung: Reif für den Einsatz zur „Feststellung“ des chronologischen Lebensalters von jungen Migranten ohne valide Identitätsdokumente?, *Rechtsmedizin* 3/018 (3), S. 202 ff. [zit.: RITZ-TIMME *et al.*, S.].
- ROSENTHAL DAVID/JÖHRI YVONNE, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen (2.A. Zürich 2018). [zit.: ROSENTHAL/JÖHRI, Handkomm. DSG, Art. N].
- RUCKSTUHL NIKLAUS/DITTMANN VOLKER/ARNOLD JÖRG, Strafprozessrecht unter Einschluss der forensischen Psychiatrie und Rechtsmedizin sowie des kriminaltechnischen und naturwissenschaftlichen Gutachtens, (Zürich/Basel/Genf 2011). [zit.: RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N].
- SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, (3.A. Zürich/St. Gallen 2018). [zit.: SCHMID/JOSITSCH, Praxiskomm. StPO, Art. N].
- SCHNEIDER PETER M./PRAINSACK BARBARA/KAYSER MANFRED, Erweiterte forensische DNA-Analyse zur Vorhersage von Aussehen und biogeografischer Herkunft, *Deutsches Ärzteblatt*, Heft 51, 23. Dezember 2019, S. 873 ff. [zit.: SCHNEIDER/PRAINSACK/KAYSER, S.].
- SCHNELL BEAT/STEFFEN SIMONE, Schweizerischer Strafprozess in der Praxis, (Bern 2019). [zit.: SCHNELL/STEFFEN, S.].
- STAUDINGER SINA, Wenn die Verwandtschaft zum Verhängnis wird – Neuerungen im DNA-Profil-Gesetz, *sui generis* 2020, S. 373 ff. [zit.: STAUDINGER, S.].

- SULEM PATRICK *et al.*, Genetic determinants of hair, eye and skin pigmentation in europeans, *Nature Genetics* Vol. 39 (2007), S. 1443 ff. [zit.: SULEM *et al.*, S.].
- VALENZUELA ROBERT K. *et al.*, Predicting phenotype from genotype: normal pigmentation, *Journal of Forensic Sciences* 55 (2010), S. 315 ff. [zit.: VALENZUELA *et al.*, S.].
- VERVAELE JOHN A.E./DE GRAAF FANNY C.W./TIELEMANS NOORTJE, The Dutch Focus on DNA in the Criminal Justice System: Net-Widening of Judicial Data?, *International Review of Penal Law* 2012, S. 459 ff. [zit.: VERVAELE/DE GRAAF/TIELEMANS, S.].
- VOSER BEAT, DNA-Analysen (Art. 255–259), in: Albertini Gianfranco/Fehr Bruno/Voser Beat (Hrsg.), *Polizeiliche Ermittlung – Ein Handbuch der Vereinigung der Schweizerischen Kriminalpolizeichefs zum polizeilichen Ermittlungsverfahren gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung* (Zürich 2008), S. 370 ff. [zit.: VOSER, S.].
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), *Basler Kommentar Bundesverfassung* (Basel 2015). [zit.: BEARBEITER/IN, BSK BV, Art. N].
- WEICHERT THILO, Forensische DNA-Analysen und der Datenschutz, *Datenschutz und Datensicherheit (DuD)*, Ausgabe 6/2018, S. 358 ff. [zit.: WEICHERT, S.].
- ZIEGER MARTIN, Forensische DNA-Analyse: So viel wie nötig, so wenig wie möglich?, *Jusletter* vom 12. Oktober 2020. [zit.: ZIEGER, N].
- ZUBAKOV DIMITRY *et al.*, Human age estimation from blood using mRNA, DNA methylation, DNA rearrangement, and telomere length, *Forensic Science International: Genetics* Vol. 24 (2016), S. 33 ff. [zit.: ZUBAKOV *et al.*, S.].

Internetverzeichnis

Die Zitierweise im Text wird jeweils am Ende des entsprechenden Internetverweises aufgeführt.

ASCHWANDEN ERICH, Das Gesicht des Täters zu DNA und Fingerabdrücken fehlt noch, NZZ-Online vom 18. Februar 2016, online abrufbar: <<https://www.nzz.ch/panorama/ungluecksfaelle-und-verbrechen/ermittlungen-im-vierfachmord-100000-franken-belohnung-im-fall-rupperswil-ld.5495>> (zuletzt besucht am 05.11.2020). [zit.: ASCHWANDEN, NZZ-Online vom 18.02.2016].

ASCHWANDEN ERICH, DNA-Test für mehrere hundert Luzerner, NZZ-Online vom 23. Oktober 2015, online abrufbar: <<https://www.nzz.ch/panorama/ungluecksfaelle-und-verbrechen/dna-test-fuer-mehrere-hundert-luzerner-ld.2710>> (zuletzt besucht am 05.11.2020). [zit.: ASCHWANDEN, NZZ-Online vom 23.10.2015].

Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich, Sitzung vom 20. November 2019, 1079. Bundesgesetz über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekanntem oder vermissten Personen (DNA-Profil-Gesetz), Teilrevision (Vernehmlassung), online abrufbar: <<https://www.zh.ch/bin/zhweb/publish/regierungsratsbeschluss-unterlagen./2019/1076/RRB-2019-1076.pdf>> (zuletzt besucht am 05.11.2020). [zit.: Regierungsrat des Kantons Zürich, Vernehmlassungsantwort, S.].

BALMER DOMINIK, Höhere Hürden für DNA-Analysen, Sonntagszeitung vom 17. Februar 2018, online abrufbar: <<https://www.tagesanzeiger.ch/sonntagszeitung/hoehere-huerde-fuer-dnaanalysen/story/12470283>> (zuletzt besucht am 05.11.2020). [zit.: BALMER, Sonntagszeitung vom 17.02.2018].

Biorespect, Vernehmlassungsantwort, Änderung: Bundesgesetz über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekanntem oder vermissten Personen (DNA-Profil-Gesetz), online abrufbar: <https://www.biorespect.ch/files/7115/7502/3477/biorespect_DNAProfilGesetz.pdf> (zuletzt besucht am 05.11.2020). [zit.: Biorespect, Vernehmlassungsantwort, S.].

DJS, Vernehmlassungsverfahren: Änderung des DNA-Profil Gesetzes, online abrufbar: <https://www.djs-jds.ch/images/2019-11_DJS-Stellungnahme-DNA-Gesetz.pdf> (zuletzt besucht am 05.11.2020). [zit.: DJS, Vernehmlassungsantwort, S.].

Eidgenössische Kommission für genetische Untersuchungen beim Menschen, Vernehmlassung zur Änderung des DNA-Profil-Gesetzes, Stellungnahme der eidgenössischen

Kommission für genetische Untersuchungen beim Menschen, online abrufbar: <<https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/biomed/gumek/stellungnahmen-gumek/vnl-dna-profil-gesetz-stellungnahme-gumek.pdf.download.pdf/vnl-dna-profil-gesetz-stellungnahme-gumek.pdf>> (zuletzt besucht am 05.11.2020). [zit.: Eidgenössische Kommission für genetische Untersuchungen beim Menschen, Vernehmlassungsantwort, S.].

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, 27. Tätigkeitsbericht 2019/20, online abrufbar: <<https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/dokumentation/taetigkeitsberichte/27--taetigkeitsbericht-2019-2020/epaper-tb-27.html>> (zuletzt besucht am 05.11.2020). [zit.: Tätigkeitsbericht des EDÖB, S.].

FDP, Änderung des DNA-Profil-Gesetzes (Umsetzung der Motion 15.4150 Vitali „Kein Täterschutz für Mörder und Vergewaltiger“ und des Postulats 16.3003 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates „Prüfung der Aufbewahrungsfristen für DNA-Profile“), Vernehmlassungsantwort der FDP. Die Liberalen, online abrufbar: <https://www.fdp.ch/fileadmin/documents/fdp.ch/pdf/DE/Positionen/Vernehmlassungen/2019/Dezember/20191202_VL_DNA_Phaenotypisierung_d.pdf> (zuletzt besucht am 05.11.2020). [zit.: FDP, Vernehmlassungsantwort, S.].

GERNY DANIEL, DNA-Spuren sollen der Polizei bald Hautfarbe und Herkunft verraten, NZZ – Online vom 07. August 2019, online abrufbar: <<https://www.nzz.ch/schweiz/dna-spuren-sollen-der-polizei-bald-hautfarbe-und-herkunft-verraten-id.1498187>> (zuletzt besucht am 05.11.2020). [zit.: GERNY, NZZ-Online vom 07.08.2019].

Grundrechte.ch, Vernehmlassungsantwort zum Entwurf des «Bundesgesetz über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekanntem oder vermissten Personen (DNA-Profil Gesetz)», online abrufbar: <<https://www.grundrechte.ch/bundesgesetz-ueber-die-verwendung-von-dna-profilen.html>> (zuletzt besucht am 05.11.2020). [zit.: Grundrechte.ch, Vernehmlassungsantwort, S.].

Grünliberale, Stellungnahme der Grünliberalen zur Änderung des DNA-Profil-Gesetzes, online abrufbar: <https://grunliberale.ch/dam/jcr:3a056b42-181e-4a13-804f-99436b4f91ab/191126_Vernehmlassung_DNA-Profil-Gesetz_de.pdf> (zuletzt besucht am 05.11.2020). [zit.: Grünliberale, Vernehmlassungsantwort, S.].

HEIN TILL, Aktenzeichen XY gelöst, Das Magazin 24/2016, online abrufbar: <<https://www.albert-vitali.ch/assets/Publikationen/2016/Aktenzeichen-XY-ungeloest-Magazin-Juni-2016.pdf>> (zuletzt besucht am 05.11.2020). [zit.: HEIN, S.].

Institut für Rechtsmedizin Bern, Änderung des DNA-Profil-Gesetzes (Umsetzung der Motion 15.4150 Vitali „Kein Täterschutz für Mörder und Vergewaltiger“ und des Postulats 16.3003 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates „Prüfung der Aufbewahrungsfristen für DNA-Profile“), online abrufbar: <https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/3076/Loi_profils_ADN_Avis.pdf> (zuletzt besucht am 05.11.2020). [zit.: Institut für Rechtsmedizin Bern, Vernehmlassungsantwort, S.].

Interkantonale Kriminalpolizeiliche Arbeitsgruppe Kriminaltechnik, Vernehmlassung zur Änderung des DNA-Profil-Gesetzes (Umsetzung der Motion 15.4150 Vitali „Kein Täterschutz für Mörder und Vergewaltiger“ und des Postulats 16.3003 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates „Prüfung der Aufbewahrungsfristen für DNA-Profile“): Stellungnahme der interkantonale Kriminalpolizeiliche Arbeitsgruppe Kriminaltechnik (AG KT), online abrufbar: <https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/3076/Loi_profils_ADN_Avis.pdf> (zuletzt besucht am 05.11.2020). [zit.: Interkantonale Kriminalpolizeiliche Arbeitsgruppe Kriminaltechnik, Vernehmlassungsantwort, S.].

KILLIAS MARTIN *et al.*, DNA-Analysen in Strafverfahren: Entwicklung, Umfang und Wirkungen, Bericht vom 27. November 2018, online abrufbar: <<https://www.parlament.ch/centers/documents/de/gpk-s-expertenbericht-2018-11-27.pdf>> (zuletzt besucht am 05.11.2020). [zit.: KILLIAS *et al.*, S.].

KKJPD, Vernehmlassungsantwort der KKJPD zum DNA-Profil-Gesetz (Umsetzung der Motion 15.450 Vitali "Kein Täterschutz für Mörder und Vergewaltiger" und des Postulats 16.3003 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates "Prüfung der Aufbewahrungsfristen für DNA- Profile"), Änderung, online abrufbar: https://www.kkjpd.ch/prises-de-position.html?file=files/Dokumente/Stellungnahmen/2019/191112%20Vernehmlassungsantwort%20KKJPD%20zur%20DNA%20Gesetzgebung_unterzeichnet.pdf (zuletzt besucht am 05.11.2020). [zit.: KKJPD, Vernehmlassungsantwort, S.].

LAHRTZ STEPHANIE, Mit DNA ein Phantombild zeichnen, NZZ-Online vom 07. Januar 2017, online abrufbar: <<https://www.nzz.ch/wissenschaft/medizin/forensik-mit-dna-ein-phantombild-zeichnen-ld.138223>> (zuletzt besucht am 05.11.2020). [zit.: LAHRTZ, NZZ-Online vom 07.01.2017].

LANDOLT NOEMI LEA, Ein Phantombild aus dem Labor, Aargauer Zeitung vom 20.05.2016, online abrufbar: <<https://www.albert-vitali.ch/assets/Publikationen/2016/Ein-phantombild-aus-dem-labor>>

Phantombild-aus-dem-Labor-AZ-20.05.2016.pdf> (zuletzt besucht am 05.11.2020). [zit.: LANDOLT, Aargauer Zeitung vom 20.05.2016].

PFAFFELHUBER PETER, Hohe Wahrscheinlichkeiten?, Freispruch, Heft 11, September 2017, online abrufbar: <<https://www.strafverteidigervereinigungen.org/freispruch/texte/pfaffelhuber%20Heft11.pdf>> (zuletzt besucht am 05.11.2020). [zit.: PFAFFELHUBER, S.].

SAV, Stellungnahme zur Änderung des DNA-Profil-Gesetzes (Umsetzung der Motion 15.4150 Vitali „Kein Täterschutz für Mörder und Vergewaltiger“ und des Postulats 16.3003 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates „Prüfung der Aufbewahrungsfristen für DNA-Profile“), Vernehmlassungsantwort SAV, online abrufbar: <https://www.sav-fsa.ch/de/documents/dynamiccontent/312_stellungnahme-sav_fsa_aenderung-dna-profil-gesetz_20191129_web.pdf> (zuletzt besucht am 05.11.2020). [zit.: SAV, Vernehmlassungsantwort, S.].

Schweizerische Staatsanwälte-Konferenz, Vernehmlassung zum DNA-Profil-Gesetz (Umsetzung der Motion 15.450 Vitali "Kein Täterschutz für Mörder und Vergewaltiger" und des Postulats 16.3003 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates "Prüfung der Aufbewahrungsfristen für DNA-Profile"), Änderung, online abrufbar: <https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/3076/Loi_profils_ADN_Avis.pdf> (zuletzt besucht am 05.11.2020). [zit.: Schweizerische Staatsanwälte-Konferenz, Vernehmlassungsantwort, S.].

Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung, The regulation of the use of DNA in law enforcement, E-Avis 2020-02 vom 20. August 2020, online abrufbar: <<https://www.isdc.ch/media/1953/e-2020-02-20-016-use-of-dna.pdf>> (zuletzt besucht am 05.11.2020). [zit.: SIR, S.].

Spurenkommission, Stellungnahme der Spurenkommission zu den Möglichkeiten und Grenzen der DNA-gestützten Vorhersage äußerer Körpermerkmale, der biogeographischen Herkunft und des Alters unbekannter Personen anhand von Tatortspuren im Rahmen polizeilicher Ermittlungen, Pressemitteilung der Spurenkommission vom 14. Dezember 2016, online abrufbar: <https://www.gednap.org/wp-content/uploads/2016/12/Stellungnahme_DNA-Vorhersage_Spurenkommission_2016-12-141.pdf> (zuletzt besucht am 05.11.2020). [zit.: Pressemitteilung der Spurenkommission, S.].

TA-Swiss, Ausschreibungs-Unterlagen zur Studie „Neue Anwendungen der DNA-Analyse“, online abrufbar: <https://www.ta-swiss.ch/DNA-Analyse_Ausschreibungsunterlagen_f.pdf> (zuletzt besucht am 05.11.2020). [zit.: TA Swiss, S.].

Materialienverzeichnis

Die Zitierweise im Text wird jeweils am Ende des entsprechenden Materialverweises aufgeführt.

Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 27. August 2019. DNA-Analysen in Strafverfahren, BBI 2019 7120 ff. [zit.: Bericht der GPK-S, S.].

Bericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 14. Februar 2019, DNA-Analysen im Strafverfahren, BBI 2019 7140 ff. [zit.: Bericht der PVK, Ziff.].

Botschaft zum Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF) vom 27. Februar 2013, BBI 2013 2683 ff. [zit.: Botsch. BÜPF, S.].

Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23. März 1988, BBI 1988 II 414 ff. [zit.: Botsch. DSG, S.].

Botschaft zum Bundesgesetz über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekanntem und vermissten Personen vom 8. November 2000, BBI 2001 29 ff. [zit.: Botsch. DNA-Profil-Gesetz, S.].

Botschaft zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 5. Juli 2017, BBI 2017 5597 ff. [zit.: Botsch. GUMG, S.].

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBI 2006 1085 ff. [zit.: Botsch. Vereinheitlichung Strafprozessrecht, S.].

Entwurf zum Bundesgesetz über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekanntem und vermissten Personen im Strafverfahren mit DNA-Profilen (DNA-Profil-Gesetz), BBI 2001 59 ff. [zit.: BBI 2001, S.].

Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, Änderung des DNA-Profil-Gesetzes (Umsetzung der Motion 15.4150 Vitali «Kein Täterschutz für Mörder und Vergewaltiger» und des Postulats 16.3003 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates «Prüfung der Aufbewahrungsfristen für DNA-Profile»), online abrufbar:

<<https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/fedpol/sicherheit/personenidentifikation/dna/ber-d.pdf>> (zuletzt besucht am 05.11.2020). [zit.: Erläuternder Bericht, Ziff.].

Medienkonferenz des Bundesrates vom 28. August 2019, online abrufbar: <<https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2019/2019-08-28.html>> (zuletzt besucht am 05.11.2020). [zit.: Medienkonferenz des Bundesrates vom 28. August 2019].

Medienmitteilung des Bundesrates vom 28. August 2019, Phänotypisierung: Neues Instrument für die Strafverfolgung, online abrufbar: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-76207.html>> (zuletzt besucht am 05.11.2020). [zit.: Medienmitteilung Bundesrat, Phänotypisierung].

Motion Vitali (15.4150) „Kein Täterschutz für Mörder und Vergewaltiger“ vom 16. Dezember 2015, online abrufbar: <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20154150>> (zuletzt besucht am 05.11.2020). [zit.: Mo. Vitali].

Rechtsprechungsverzeichnis

Amtlich publizierte Entscheide:

BGE 120 Ia 147	Urteil vom 15. Juni 1994
BGE 124 I 80	Urteil vom 20. März 1998
BGE 128 II 259	Urteil vom 29. Mai 2002
BGE 141 IV 87	Urteil vom 10. Dezember 2014

Nicht amtlich publizierte Entscheide:

BGer 1P.648/2001	Urteil vom 29. Mai 2002
BGer 5P.466/2001	Urteil vom 20. Februar 2002
BGer 6B_889/2020	Urteil vom 28. September 2020
BStGer BB.2015.17	Urteil vom 06. Oktober 2015
OGer ZH UH 170138	Urteil vom 03. November 2017

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
AJP	aktuelle juristische Praxis
Art.	Artikel
BBl	Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
Botsch.	Botschaft
bp	Basenpaar
BSK	Basler Kommentar
BStGer	Bundesstrafgericht
BÜPF	Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 6. Oktober 2000 (SR 780.1)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
CODIS	Combined DNA Index System
d. h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DJS	Demokratische Juristinnen und Juristen der Schweiz
DNA	Desoxyribose Nucleic Acid
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (SR 235.1)
E.	Erwägung
EDNA	Verordnung vom 31. Mai 2000 über das DNA-Profil-Informationssystem (EDNA-Verordnung) (SR 361.1)
EDÖB	Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)

et al.	et alii = und weitere
f./ff.	und folgende
FDP	Freisinnig Demokratische Partei
gem.	gemäss
gl. M.	gleicher Meinung
GPK-S	Geschäftsprüfungskommission des Ständerates
GUMG	Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 8. Oktober 2004 (SR 810.12)
Hrsg.	Herausgeber
i. d. R	in der Regel
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
IPAS	informatisiertes Personennachweis-, Aktennachweis- und Verwaltungssystem
KKJPD	Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren
Komm.	Kommentar
lit.	Litera
Mo.	Motion
mRNA	Ribonukleinsäure
N	Randnote
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OGer	Obergericht
PCN	Process Control Number
Praxiskomm.	Praxiskommentar
PVK	Parlamentarische Verwaltungskontrolle
S.	Seite
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
SDSG	Bundesgesetz über den Datenschutz im Rahmen der Anwendung des Schengen-Besitzstands in Strafsachen vom 28. September 2018 (SR 235.3)
SIR	Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung

SNP	Single Nucleotide Polymorphism
sog.	sogenannt
SP	Sozialdemokratische Partei der Schweiz
StBOG	Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes vom 19. März 2010 (SR 173.71)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
TA-Swiss	Technologiefolgen-Abschätzung-Schweiz
UNO	United Nations Organization
usw.	und so weiter
VE	Vorentwurf
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
WSA	Wangenschleimhautabstrich
z. B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

I. Einleitung¹

„Damit können Täter überführt werden, aber auch unschuldige Personen entlastet werden.“²

Mit diesem Satz begann die Bundesrätin Karin Keller-Sutter ihre Ausführungen zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zur Revision des DNA-Profil-Gesetzes. Gemeint sind die DNA-Analysen in Strafverfahren, insbesondere das neue Instrument der Phänotypisierung. Erstere werden seit vielen Jahren auch in der Strafverfolgung eingesetzt, um anhand von am Tatort gefundenen DNA-Spuren die mögliche Täterschaft zu identifizieren. Seit dem Inkrafttreten des DNA-Profil-Gesetzes im Jahr 2005 wurden in der Forschung enorme technische Fortschritte erreicht. Im Rahmen der Revision des DNA-Profil-Gesetzes soll eine Rechtsgrundlage geschaffen werden, durch welche der Einsatz bereits existierender Techniken in der Strafverfolgung ermöglicht wird.

Das Instrument der Phänotypisierung stellt einen solchen technischen Fortschritt dar, welcher den Strafverfolgungsbehörden bei den Fahndungs- und Ermittlungsarbeiten dient. Bei der Phänotypisierung handelt es sich um ein spezifisches molekulargenetisches Vorhersageverfahren, anhand dessen Aussagen über die Wahrscheinlichkeiten des äusseren Erscheinungsbildes, der biogeografischen Herkunft und des Alters getroffen werden können.³ Auf der einen Seite eröffnen technische Fortschritte neue Wege und dienen der präziseren Strafverfolgung. Auf der anderen Seite bergen sie auch Gefahren, welche oft zu politischen Diskussionen führen. Aufgrund des hohen Aktualitätsgrades dieser Revision und der medialen Debatten erscheint eine Analyse der gemachten Regelungsvorschläge, deren Nutzens sowie deren verfassungsrechtlicher Gefahren sinnvoll. Ziel in der vorliegenden Arbeit ist es deshalb, einerseits den Einsatz von DNA-Analysen in Strafverfahren aufzuzeigen und andererseits das Instrument der Phänotypisierung zu untersuchen sowie in diesem Zusammenhang die hierzu vorgeschlagene Gesetzesgrundlage zu analysieren und potentiell resultierende Chancen und Gefahren des Einsatzes der Phänotypisierung in der Strafverfolgung darzulegen.

Dazu werden im ersten Teil der Arbeit die Grundlagen der DNA-Analysen in Strafverfahren aufgeführt. Ferner werden das Verfahren und die Zuständigkeiten dargelegt sowie die massgeblichen rechtlichen Grundlagen aufgezeigt. In einem weiteren Schritt wird ein Überblick über die medizinisch-technischen Möglichkeiten der DNA-Analysen verschaffen.

Im eigentlichen Hauptteil der Arbeit wird auf den gesetzgeberischen Handlungsbedarf eingegangen. Dabei steht in der vorliegenden Arbeit die Ausweitung des Art. 2 des DNA-Profil-Gesetzes im Fokus, durch welchen die Phänotypisierung in der Schweiz geregelt werden

¹ Im Folgenden wird aus Gründen der Lesbarkeit auf die geschlechtsspezifische Differenzierung verzichtet, wobei die entsprechenden Begriffe im Sinne der Gleichbehandlung grundsätzlich für beide Geschlechter gelten.

² Medienkonferenz des Bundesrates vom 28. August 2019.

³ Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.1.

soll, um einen schnelleren Fahndungserfolg zu erzielen. Es wird in der Arbeit auf die einzelnen persönlichen Merkmale eingegangen, die aus der DNA eruiert werden sollen, und anschliessend die Phänotypisierung als Instrument der Strafverfolgung vorgestellt. Weiter folgen Ausführungen zum gesetzgeberischen Lösungsvorschlag, welche aufzeigen, inwiefern die Phänotypisierung gestützt auf Art. 2 VE-DNA-Profil-Gesetz im Strafverfahren eingesetzt werden kann, welcher Nutzen dabei erhofft wird und worin die Grenzen des Einsatzes des neuen Instruments liegen. In einem letzten Schritt werden Änderungsvorschläge zum gesetzgeberischen Lösungsvorschlag unter Berücksichtigung der potentiellen Chancen und Gefahren aufgeführt.

II. Begriff der DNA

Bevor auf die rechtlichen Grundlagen, die medizinischen Möglichkeiten und den Einsatz der Phänotypisierung in Strafverfahren eingegangen werden kann, werden vorerst die relevanten Begriffe definiert.

A. Definition der DNA

Die Abkürzung DNA steht für den englischen Fachausdruck Desoxyribose Nulceic Acid (DNA), im Deutschen Desoxyribonukleinsäure (DNS), wobei sich international die Abkürzung DNA durchgesetzt hat und auch in der Schweiz verwendet wird.⁴ Dabei handelt es sich um eine biochemisch definierte Substanz, die als Speicher der Erbinformationen dient. Sie befindet sich als ein fadenförmiges Molekül im Kern jeder menschlichen Zelle. Bildlich gesprochen kann das DNA-Molekül mit einer in sich gedrehten Sprossenleiter verglichen werden.⁵ Nur ein kleiner Prozentanteil des DNA-Moleküls enthält die heute bekannten Erbfaktoren, die Gene. Die Erbinformation ist in 3–5 % der DNA verpackt. Diese Abschnitte werden als codierende Abschnitte bezeichnet, während bei den übrigen 95 % der DNA von nichtcodierenden oder stummen Sequenzen gesprochen wird.⁶ Die codierenden Abschnitte der DNA beinhalten die Informationen, welche die Eigenschaften des jeweiligen Menschen definieren und sind somit für die Erbinformationen verantwortlich. Die nichtcodierenden Abschnitte der DNA haben zwar keine unmittelbare Funktion für die Erbvorgänge, dienen jedoch in der DNA-Analyse zu Identifizierungszwecken.⁷ In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass im Rahmen der Revision des Bundesgesetzes über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 8. Oktober 2004 (GUMG) nicht mehr von einer vermeintlich klaren Grenze von codierenden und nichtcodierenden Abschnitten der DNA ausgegangen wird.⁸ Nach neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen kann nicht mehr angenommen werden, dass nichtcodierende Abschnitte keine Funktionen haben, da sie die Herstellung von Proteinen unterstützen sowie gesundheitsrelevante Informationen enthalten können.⁹ Aus diesem Grund wird eine abgeänderte Definition von DNA-Profilen im Gesetz angestrebt.¹⁰

Bei der derzeitigen Nutzung der DNA-Analysen in Strafverfahren werden bestimmte Abschnitte auf der DNA untersucht, diese werden short tandem repeats (STR) genannt, da sie

⁴ Botsch. DNA-Profil-Gesetz, S. 36.

⁵ Botsch. DNA-Profil-Gesetz, S. 36.

⁶ Botsch. DNA-Profil-Gesetz, S. 35; FRIKER/MAEDER, BSK StPO, Vor Art. 255 N 11.

⁷ Botsch. DNA-Profil-Gesetz, S. 35; FRIKER/MAEDER, BSK StPO, Vor Art. 255 N 11; MAIRE/KUSTER, S. 84.

⁸ Botsch. GUMG, S. 5613 f.

⁹ Botsch. GUMG, S. 5613.

¹⁰ Vgl. Botsch. GUMG, S. 5613. In der vorliegenden Arbeit wird nach der noch geltenden Gesetzesgrundlage an der Differenzierung zwischen codierenden und nichtcodierenden Abschnitten der DNA festgehalten, da sich auch die verwendete Literatur auf diese Unterscheidung bezieht. Bei den Ausführungen zum gesetzgeberischen Lösungsvorschlag wird auf die Abänderung der Definition eingegangen.

sich wiederholende Abschnitte mit bestimmten Abfolgen der Grundsubstanzen aufweisen.¹¹ Zwar reproduzieren die nichtcodierenden Abschnitte der DNA keine Eiweisssubstanzen – wie es bei den codierenden Abschnitten der Fall ist – jedoch sind sie bei jedem Individuum unterschiedlich und lassen sich in einer Buchstaben-Zahlen-Kombination, dem DNA-Identifizierungsmuster, ausdrücken, was eine zuverlässige Zuordnung einer Spur zu einer anderen Spur oder Person zulässt.¹²

Das DNA-Profil wird somit nach der noch geltenden Gesetzesgrundlage aus Teilen der nichtcodierenden Abschnitte der DNA erstellt. Hierzu kommen die meisten biologischen Materialien in Frage, z. B. Speichel, Blut, Gewebe etc.

B. DNA-Analyse und DNA-Profil

Bei einem DNA-Profil handelt es sich nach dem DNA-Profil-Gesetz um eine für ein Individuum spezifische Buchstaben-Zahlen-Kombination, die mittels molekularbiologischer Techniken aus den nichtcodierenden Abschnitten der Erbsubstanz DNA herausgeschnitten wird.¹³ Nach dem geltenden Recht wird bei der Erstellung eines DNA-Profils zur Identifizierung ausschliesslich auf die nichtcodierenden Sequenzen zurückgegriffen.¹⁴ Weil diese Unterscheidung aber nach dem aktuellen Stand der Forschung nicht mehr eindeutig vorgenommen werden kann, wird im Rahmen der Totalrevision des GUMG bei der Definition des DNA-Profils nicht mehr zwischen den codierenden und den nichtcodierenden Abschnitten der DNA differenziert.¹⁵

Die Strafverfolgungsbehörden können zur Aufklärung von Straftaten DNA-Analysen einsetzen, um dadurch Personen zu identifizieren und deren DNA-Profile mit am Tatort gefundenen DNA-Spuren zu vergleichen. Es wird bei DNA-Profilen zwischen Personen- und Spurenprofilen unterschieden. Erstere werden durch Proben gewonnen, welche von Tatverdächtigen entnommen werden, z. B. durch Wangenschleimhautabstrich (WSA). Bei Letzteren werden die Profile anhand von Spuren an einem Tatort erstellt – z. B. Körperflüssigkeiten oder Gewebeteile.¹⁶ Das neu erstellte Profil wird, unabhängig davon, ob es sich um ein Personen- oder Spurenprofil handelt, in die zentrale DNA-Datenbank Combined DNA Index System (CODIS) aufgenommen und mit den darin gespeicherten Profilen abgeglichen.¹⁷ Resultiert beim Abgleich eine Übereinstimmung, dann wird in Fachkreisen von einem Treffer bzw. Hit

¹¹ BOMMER, S. 133.

¹² Botsch. DNA-Profil-Gesetz, S. 35; FRIKER/MAEDER, BSK StPO, Vor Art. 255 N 11; BLONSKI, S. 31; BOMMER, S. 133.

¹³ Vgl. Art. 2 Abs. 1 DNA-Profil-Gesetz; Erläuternder Bericht, Ziff. 1.1.4.

¹⁴ Botsch. DNA-Profil-Gesetz, S. 35; Botsch. GUMG, S. 5613.

¹⁵ Botsch. GUMG, S. 5613 f.

¹⁶ Bericht der PVK, Ziff. 2.1.

¹⁷ Bericht der PVK, Ziff. 2.1.

gesprochen.¹⁸ Hierbei werden verschiedene Arten von Hits unterschieden. Einerseits kann eine Übereinstimmung des neu erstellten Personenprofils mit einem existierenden Spurenprofil resultieren, hier wird von einem Personen-auf-Spur-Treffer gesprochen. Andererseits kann es zu einem Treffer zwischen einem neu erstellten Spurenprofil und einem bereits gespeicherten Personenprofil kommen, sog. Spur-auf-Person-Treffer. Des Weiteren besteht die Möglichkeit eines Spur-Spur-Treffers, welcher auf einen Zusammenhang zwischen verschiedenen Delikten hindeutet, da sie die gleiche DNA-Tatortspur aufweisen. Ein sog. Person-Person-Treffer hingegen ist nur bei eineiigen Zwillingen möglich und erscheint dementsprechend selten.¹⁹ Die Zuständigkeit für die Datenbank liegt beim Bundesamt für Polizei (fedpol).²⁰ Die Anordnung einer DNA-Analyse sowie deren Verwendung ist gesetzlich im DNA-Profil-Gesetz und in der StPO geregelt.

Im Rahmen der erkennungsdienstlichen Erfassung gestützt auf Art. 260 StPO werden von einer tatverdächtigen Person die Signalements erfasst sowie Finger- und Handballenabdrücke abgenommen.²¹ Die Anordnung dieser Massnahmen erfolgt durch die Polizei.²² Die Staatsanwaltschaft kann zusätzlich anordnen, dass von der tatverdächtigen Person das DNA-Profil erstellt wird, wenn dies zur Aufklärung der Anlasstat erforderlich ist.²³

¹⁸ Bericht der PVK, Ziff. 2.1.

¹⁹ Vgl. Bericht der PVK, Ziff. 2.1.

²⁰ Bericht der GPK-S, S. 4 ff.

²¹ Vgl. Art. 260 Abs. 1 StPO; Erläuternder Bericht, Ziff. 1.1.4.

²² WERLEN, BSK StPO, Art. 260 N 3; Erläuternder Bericht, Ziff. 1.1.4.

²³ Vgl. Art. 255 Abs. 1 i. V. m. Art. 198 Abs. 1 lit. a StPO; Erläuternder Bericht, Ziff. 1.1.4.

III. Grundlagen der DNA-Analysen in Strafverfahren

A. Gesetzliche Grundlagen

In den 90er Jahren konnten DNA-Analysen in vielen Kantonen gestützt auf die gesetzlichen Bestimmungen über körperliche Untersuchungen angeordnet werden. Jedoch war diese Rechtsgrundlage dann ungenügend, wenn bei unbekannter Täterschaft auch Nichtbeschuldigte in die Untersuchungen einzubeziehen waren. Denn es wurden bei schwersten Verbrechen teilweise auch Blutentnahmen für DNA-Vergleichsanalysen nicht beschuldigter Personen als zulässig betrachtet.²⁴

Am 25. November 1997 setzte der damalige Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD), Bundesrat Arnold Koller, im Einvernehmen mit der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) eine Expertenkommission zur Errichtung einer gesamtschweizerischen DNA-Profil-Datenbank ein. Es gehörten ihr Vertretungen von Bund und Kantonen, Gerichtsmedizin, Humangenetik und Moraltheologie an.²⁵ Die Expertenkommission schlug mit ihrem Bericht vom 18. Dezember 1998 vor, auf der Grundlage einer Verordnung als Übergangslösung eine DNA-Profil-Datenbank im Probebetrieb zu errichten und im Anschluss eine Rechtsgrundlage auf Gesetzesstufe zu erarbeiten. Der Bundesrat verabschiedete die Verordnung über das DNA-Profil-Informationssystem EDNA am 31. Mai 2000, welche befristet vom 1. Juli 2000 bis Ende 2004 in Kraft und ausschliesslich für den ebenfalls befristeten Probebetrieb des DNA-Profil-Informationssystems konzipiert war. Die EDNA-Verordnung sollte durch ein Bundesgesetz abgelöst werden, um den dauerhaften Betrieb einer DNA-Profil-Datenbank zu ermöglichen. Am 8. November 2000 verabschiedete der Bundesrat die entsprechende Botschaft zum Bundesgesetz über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung unbekannter und vermisster Personen.²⁶ Der Gesetzesentwurf enthielt Regelungen zur Bearbeitung der DNA-Profile im Informationssystem sowie zum gesamten Verfahren von den Probenahmen bis zur Auswertung und Löschung der Profile. Die Bundesversammlung verabschiedete das Gesetz am 20. Juni 2003.²⁷ Die Thematik der DNA-Analysen wurde somit für Strafverfahren erstmals einheitlich im DNA-Profil-Gesetz vom 20. Juni 2003 geregelt. Dieses wurde vom Bundesrat per 1. Januar 2005 zusammen mit der dazugehörigen DNA-Profil-Verordnung in Kraft gesetzt.²⁸ Die für den Strafprozess wesentlichen Normen des Gesetzes wurden mittels Anpassungen in die StPO übernommen.²⁹ Im fünften Titel der StPO sind die Bestimmungen zu den strafprozessualen Zwangsmassnahmen enthalten.

²⁴ FRICKER/MAEDER, BSK StPO, Vor Art. 255 N 5.

²⁵ FRICKER/MAEDER, BSK StPO, Vor Art. 255 N 7.

²⁶ FRICKER/MAEDER, BSK StPO, Vor Art. 255 N 6 ff.

²⁷ FRICKER/MAEDER, BSK StPO, Vor Art. 255 N 8.

²⁸ FRICKER/MAEDER, BSK StPO, Vor Art. 255 N 8.

²⁹ SCHMID/JOSITSCH, Praxiskomm. StPO, Vor Art. 255–259 N 3 f.

Gemäss Art. 196 lit. a StPO sind Zwangsmassnahmen Verfahrenshandlungen der Strafbehörden, die in die Grundrechte der Betroffenen eingreifen und zur Sicherung von Beweisen dienen. Die Entnahme sowie die Auswertung einer DNA-Probe ist als eine solche Zwangsmassnahme zu qualifizieren.³⁰ In Art. 197 ff. StPO sind die Grundlagen zur Anwendung von Zwangsmassnahmen normiert. So müssen Zwangsmassnahmen gesetzlich vorgesehen sein, ein hinreichender Tatverdacht wird vorausgesetzt, mildere Massnahmen müssen unzureichend sein und die Bedeutung der Straftat muss die Massnahme rechtfertigen.³¹ Diese Punkte finden Anwendung auf alle Zwangsmassnahmen i. S. v. Art. 196 ff. StPO. Nach Art. 255 Abs. 1 StPO dürfen von der beschuldigten Person, von anderen Personen, soweit notwendig, um von ihnen stammendes biologisches Material von dem der beschuldigten Person zu unterscheiden, von toten Personen sowie bei tatrelevantem biologischem Material Proben genommen und ein DNA-Profil erstellt werden. Dabei erfolgt die Probenentnahme bei Personen grundsätzlich mittels WSA und somit nicht invasiv.³² Handelt es sich um Spuren wie Finger- oder Fussabdrücke, die z. B. an einem Tatort gefunden werden, erfolgt eine Erhebung tatrelevanten biologischen Materials, die nicht als Zwangsmassnahme gilt und keiner Genehmigung durch die Staatsanwaltschaft bedarf.³³

Das DNA-Profil-Gesetz gilt weiterhin für die Organisation der DNA-Analysen, das DNA-Profil-Informationssystem sowie für Strafverfahren, welche nicht in der StPO geregelt sind.³⁴ Auch wenn die rechtlichen Grundlagen zum Betrieb einer DNA-Datenbank anfangs auf vier Jahre begrenzt waren, bestand Einigung, dass die DNA-Analyse breit eingesetzt werden sollte, um eine hohe Aufklärungsquote und die damit einhergehende Steigerung des Sicherheitsgefühls der Bevölkerung sowie das präventive Ziel der Abschreckung zu erreichen. Mit dem am 20. Juni 2003 beschlossenen Gesetz wurde eine Datenbank geschaffen, welche Tatortspuren und Personenprofile enthält.³⁵ Aufgrund der grossen Effizienz der Spurensammlung hat die DNA-Analyse eine hohe Bedeutung erlangt. Durch das DNA-Profil-Gesetz werden die Verwendung von DNA-Profilen in Strafverfahren sowie die Bearbeitung von DNA-Profilen in einem Informationssystem des Bundes und die Identifizierung von unbekanntem, vermissten oder toten Personen ausserhalb von Strafverfahren mit Hilfe des Vergleichs von DNA-Profilen geregelt.³⁶ Das bei der DNA-Analyse erstellte DNA-Profil wird aufgrund der Lesbarkeit und Aussagekraft mit dem klassischen Fingerabdruck verglichen, da die für ein Individuum spezifische Buchstaben-Zahlen-Kombination, welche mit Hilfe molekularbiologischer

³⁰ RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 785.

³¹ Vgl. Art. 197 Abs. 1 StPO.

³² SCHMID/JOSITSCH, Praxiskomm. StPO, Vor Art. 255–259 N 2; MAIRE/KUSTER, S. 85.

³³ SCHMID/JOSITSCH, Praxiskomm. StPO, Art. 260 N 2; MAIRE/KUSTER, S. 85.

³⁴ SCHMID/JOSITSCH, Praxiskomm. StPO, Vor Art. 255–259 N 3 f.

³⁵ Botsch. DNA-Profil-Gesetz, S 29, 39 & 42.

³⁶ Vgl. Art. 1 Abs. 1 DNA-Profil-Gesetz.

Techniken aus der DNA gewonnen wird, die Identifizierung einer Person erlaubt.³⁷ Bei der Untersuchung des nichtcodierenden Abschnitts der DNA kann, im Gegensatz zu anderen genetischen Untersuchungen auf dem codierenden Teil der DNA, nicht nach dem Gesundheitszustand oder nach der Veranlagung zu bestimmten Krankheiten geforscht werden.³⁸ Gemäss Art. 2 Abs. 1 DNA-Profil-Gesetz dürfen DNA-Profile sodann nur aus den nichtcodierenden Abschnitten der DNA gewonnen werden. Persönlichkeitsbestimmende Merkmale wie Haar-, Haut- und Augenfarbe, krankheitsbedingte Merkmale oder die Herkunft werden aber mehrheitlich aus den codierenden Abschnitten gewonnen.³⁹

Im Fokus der vorliegenden Arbeit steht folgender Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 DNA-Profil-Gesetz: „Bei der DNA-Analyse darf weder nach dem Gesundheitszustand noch nach anderen persönlichen Eigenschaften mit Ausnahme des Geschlechtes der betroffenen Person geforscht werden.“ Das Geschlecht lässt sich als einziges Merkmal aus den nichtcodierenden Abschnitten bestimmen.⁴⁰ Mit dieser Bestimmung werden die medizinischen Möglichkeiten der Analyse persönlichkeitsbestimmender Eigenschaften aufgrund der DNA rechtlich eingeschränkt. Dies wird insbesondere mit dem Interesse der Personen an der absoluten Geheimhaltung ihrer Erbinformationen gerechtfertigt.⁴¹ In der Botschaft zum DNA-Profil-Gesetz wurde festgehalten, dass eine Untersuchung der codierenden Abschnitte der DNA für die Identifizierung von Personen interessant sein könnte, um ein sogenanntes Robot-Bild zu erstellen, welches die visuelle Identifizierung unterstützen würde.⁴² Im Jahr 2001 hatte der Bundesrat in Art. 2 Abs. 2 des Entwurfs zum DNA-Profil-Gesetz noch vorgesehen, für die Aufklärung von Verbrechen ausnahmsweise die Untersuchung codierender Abschnitte zu erlauben, wenn dies zur Identifizierung der Täterschaft oder zur Beweisführung erforderlich sei.⁴³ Diese Norm wurde jedoch vom Parlament gestrichen.⁴⁴

In Art. 2 Abs. 3 DNA-Profil-Gesetz ist festgelegt, dass das gewonnene DNA-Profil sowie das zugrundeliegende Analysematerial nur zu den in Art. 1 DNA-Profil-Gesetz vorgesehenen Zwecken verwendet werden darf. Namentlich wird mit dem Gesetz die Verbesserung der Effizienz der Strafverfolgung durch den Vergleich von DNA-Profilen bezweckt, was der Identifizierung der verdächtigen Person dient, aber auch eine andere tatverdächtige Person entlasten kann. Zudem sollen organisiert operierende Tätergruppen sowie Serien- und Wieder-

³⁷ Botsch. DNA-Profil-Gesetz, S. 43.

³⁸ Botsch. DNA-Profil-Gesetz, S. 43; MAIRE/KUSTER, S. 87.

³⁹ KAYSER, S. 33 & 46; MAIRE/KUSTER, S. 87.

⁴⁰ HANSJAKOB, StPO Komm., Art. 255 N 4.

⁴¹ HANSJAKOB, StPO Komm., Art. 255 N 4; Vgl. FORNITO, S. 191.

⁴² Botsch. DNA-Profil-Gesetz, S. 29, 37 & 43; MAIRE/KUSTER, S. 87.

⁴³ BBI 2001, S. 59; HANSJAKOB, StPO Komm., Art. 255 N 5.

⁴⁴ Vgl. HANSJAKOB, StPO Komm., Art. 255 N 5; Siehe auch: MAIRE/KUSTER, S. 87 f.

holungstäter rascher erkannt und gleichzeitig eine Erleichterung der Beweisführung erzielt werden.⁴⁵

Die Bestimmungen des zweiten Abschnittes des DNA-Profil-Gesetzes sind nicht anwendbar, wenn die Verfolgung oder Beurteilung einer Straftat durch die Strafprozessordnung geregelt ist.⁴⁶ Auf diese Bestimmungen wird in der Arbeit nur punktuell eingegangen.

B. Rechtsprechung des Bundesgerichts

Gestützt auf die geltenden gesetzlichen Grundlagen ist es den Behörden erlaubt, grundsätzlich bei allen Personen, die eines Vergehens oder Verbrechens verdächtigt werden, ein DNA-Profil zu erstellen, um dieses mit Tatortspuren zu vergleichen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird durch die Erhebung, Aufbewahrung sowie Bearbeitung ererkennungs-dienstlicher Daten in das Recht auf die persönliche Geheimsphäre eingegriffen.⁴⁷ Die Entnahme der für eine DNA-Analyse notwendigen körpereigenen Vergleichsproben, namentlich die Blutentnahme sowie der WSA, stellen einen Eingriff in die körperliche Integrität gem. Art. 10 Abs. 2 BV dar. Die Erstellung eines DNA-Profiles und dessen Bearbeitung durch staatliche Behörden fallen in den Schutzbereich des informationellen Selbstbestimmungsrechts gem. Art. 13 Abs. 2 BV.⁴⁸ Das Bundesgericht (BGer) taxiert jedoch die Entnahme einer DNA-Probe durch den üblichen WSA nicht als schweren Eingriff in die körperliche Integrität, da hier im Vergleich zur Blutentnahme keine Verletzung der Haut erfolgt.⁴⁹ Die Erstellung und Speicherung eines DNA-Profiles stellt nach dem BGer ebenfalls einen leichten Eingriff in den Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten dar. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist entscheidend, dass das DNA-Profil anonymisiert registriert wird und nur die zur Identifizierung erforderlichen Elemente aus den nichtcodierenden Abschnitten der DNA umfasst.⁵⁰ Ähnlich wie bei einem klassischen Fingerabdruck darf es sich nur um persönlichkeitsneutrale Merkmale der betroffenen Person handeln, welche die Identifizierung erlauben, jedoch keine Aussagen über Erbanlagen oder Rückschlüsse auf Krankheiten zulassen.⁵¹

Einschränkungen der genannten Grundrechte sind zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sind und den Kerngehalt des Grundrechts nicht verletzen.⁵² Das öffentliche Interesse liegt hier in der Aufklä-

⁴⁵ Vgl. MAIRE/KUSTER, S. 88.

⁴⁶ Vgl. Art. 1a DNA-Profil-Gesetz.

⁴⁷ BGE 128 II 259, E. 3.2; BGE 120 Ia 147, E. 2a.

⁴⁸ BGE 124 I 80, E. 2c; Urteil des BGer 5P.466/2001, E. 5b; BGE 128 II 259, E. 3.2.

⁴⁹ BGE 128 II 259, E. 3.3.

⁵⁰ BGE 128 II 259, E. 3.3; Urteil des BGer 1P.648/2001, E. 3.2; Bericht der PVK, Ziff. 2.3.

⁵¹ Vgl. BGE 128 II 259, E. 3.3.

⁵² Art. 36 BV; BGE 128 II 259, E. 3.3.

rung von Verbrechen und Vergehen. Die Verhältnismässigkeit der Massnahme ist gegeben, wenn DNA-Analysen für die damit verfolgten Zwecke geeignet und erforderlich sind.⁵³

Das BGer beurteilte in Einzelfällen die Entnahme einer DNA-Probe und die Erstellung von DNA-Profilen jedoch als unverhältnismässig und grenzte die Anwendungspraxis der DNA-Analysen mit dem Leitentscheid BGE 141 IV 87 ein.⁵⁴ Nach dem Wortlaut von Art. 255 Abs. 1 StPO sind Probenahmen und DNA-Analysen in jenen Fällen unzulässig, wo sie zur Aufklärung der Anlasstat untauglich sind. Jedoch legt die herrschende Lehre sowie die bundesgerichtliche und teilweise die kantonale Rechtsprechung die Bestimmung über ihren Wortlaut hinaus: „Das Beweismittel soll in einem weiteren Sinn zur Abklärung von gegenwärtig zu untersuchenden wie auch von anderen zukünftigen Verbrechen oder Vergehen der wegen dringenden Tatverdachts in ein Strafverfahren verwickelten Person – oder allgemein ausgedrückt für strafprozessuale Zwecke – entnommen werden können.“⁵⁵ Nach dieser Auslegung sind DNA-Analysen auch zu präventiven Zwecken zulässig und ermöglichen sog. cold hits.⁵⁶ Namentlich hielt das BGer fest, dass eine DNA-Probenahme unzulässig ist, welche nicht zur Aufklärung der Anlasstat, sondern nur zur Aufklärung möglicherweise begangener oder noch zu begehender Straftaten erfolgt.⁵⁷ Weiter stellt das BGer klar, dass die DNA-Analyse nur dann auch zur Aufklärung anderer Delikte als des ursprünglichen Delikts, in dessen Rahmen eine DNA-Probe entnommen wird, angeordnet werden darf, wenn hinreichender Tatverdacht i. S. v. Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO vorliegt.⁵⁸ Mit dem Erfordernis eines hinreichenden Tatverdachts ist nun geklärt, dass die Erfassung eines DNA-Profils aus Präventionsgründen nicht gestützt auf Art. 255 StPO erfolgen kann.⁵⁹

Zudem hielt das Gericht bezüglich der Kompetenzzuteilung fest, dass die Polizei zwar die nicht invasive Probenahme bei Personen anordnen kann, jedoch nicht die Erstellung eines Personenprofils, da hierzu eine Einzelfallprüfung durch die Staatsanwaltschaft notwendig ist. Dabei darf die Anordnung für eine Profilerstellung nicht generell mit einer Allgemeinverfügung an die Polizei erfolgen, sondern mittels einer Einzelverfügung.⁶⁰

⁵³ BGE 128 II 259, E. 3.3; Bericht der PVK, Ziff. 2.3.

⁵⁴ BGE 141 IV 87, E. 1.4 ff.

⁵⁵ FRICKER/MAEDER, BSK StPO, Art. 255 N 7c.

⁵⁶ FRICKER/MAEDER, BSK StPO, Art. 255 N 7c; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 779: Die Autoren sprechen dabei von *fishing expedition*. Es handelt sich hierbei um Hits bzw. Übereinstimmungen, welche eine Person mit einem Delikt in Verbindung bringen, ohne einen vorherigen Tatverdacht.

⁵⁷ BGE 141 IV 87, E. 1.4.1; FRICKER/MAEDER, BSK StPO, Art. 255 N 7c; MAEDER, S. 532.

⁵⁸ BGE 141 IV 87 E. 1.4.1; Bericht der PVK, Ziff. 2.3.

⁵⁹ Vgl. MAEDER, S. 532.

⁶⁰ BGE 141 IV 87, E. 1.4.2; FRICKER/MAEDER, BSK StPO, Art. 255 N 29; Bericht der PVK, Ziff. 2.3.

C. Zuständigkeiten

Die Schweizerische Bundesverfassung ordnet die Strafjustizorganisation und die Rechtsprechung in Strafsachen hauptsächlich in den Kompetenzbereich der Kantone ein.⁶¹ Ausnahmefälle, in denen die Behörden des Bundes zuständig sind, bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Somit sind grundsätzlich die Kantone für die Verfolgung und gerichtliche Beurteilung von Straftaten sowie die damit verbundenen Ermittlungen zuständig, sofern in der StPO nichts anderes vorgesehen ist.⁶² Beim Einsatz der DNA-Analysen als Ermittlungsinstrument im Rahmen von Strafverfahren spielen die kantonalen Behörden wie die Polizei, die Staatsanwaltschaft und die kantonalen Strafgerichte eine bedeutende Rolle. Die Zuständigkeiten zur Anordnung der Massnahmen sind abhängig vom Verfahrensstadium sowie der Intensität des Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte.

Nach Art. 255 Abs. 2 lit. a StPO kann die Polizei die nicht invasive Probenahme bei Personen anordnen, wobei die Staatsanwaltschaft oder das Gericht die Kompetenz besitzt, die Analyse einer so erhobenen Probe zu verfügen.⁶³ Des Weiteren ist die Polizei für die Anordnung eines DNA-Spurenprofils zuständig. Diese Anordnungskompetenz ergibt sich einerseits aus dem Grundauftrag und andererseits aus dem Umstand, dass die Täterschaft im Rahmen des Ermittlungsverfahrens insbesondere mit der Spurenauswertung festgestellt werden soll.⁶⁴

Die Staatsanwaltschaft sowie die Gerichte können nebst der nicht invasiven Probenahme bei Beschuldigten, anderen Personen, Toten und Spuren zusätzlich die Auswertung der von der Polizei genommenen Probe zur Erstellung eines DNA-Profiles anordnen.⁶⁵ Aus dem allgemeinen Grundsatz für die Zuständigkeit zur Anordnung von Zwangsmassnahmen⁶⁶ ergibt sich zudem die Befugnis der Staatsanwaltschaft für die Anordnung einer invasiven Probenahme.⁶⁷ Diese Kompetenzaufteilung ist für Strafverfolgungsbehörden nicht von Vorteil, welche die DNA-Erfassung routinemässig betreiben wollen. Häufig – wie auch im bereits besprochenen Leitentscheid – ordnet die Oberstaatsanwaltschaft sog. DNA-Generalverfügungen für jene Fälle an, in denen die Auswertung der nicht invasiv entnommenen Probe als notwendig erachtet wird. Unter solchen Umständen soll die Polizei die Analyse ohne Einzelverfügung der Staatsanwaltschaft anordnen können.⁶⁸ In einigen Kantonen⁶⁹ ist ein Deliktskatalog mit

⁶¹ Vgl. Art. 123 Abs. 2 BV; KIPFER, BSK StPO, Art. 22 StPO N 1.

⁶² Vgl. Art. 123 Abs. 2 BV; Art. 22 StPO; Bericht der PVK, Ziff. 2.4.

⁶³ Botsch. Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, S. 1241; VOSER, S. 388; MAEDER, S. 533.

⁶⁴ VOSER, S. 387 f.

⁶⁵ VOSER, S. 388.

⁶⁶ Vgl. Art. 198 Abs. 1 StPO.

⁶⁷ VOSER, S. 388; Botsch. Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, S. 1241.

⁶⁸ MAEDER, S. 533.

⁶⁹ Nach MAEDER sind das die Kantone Solothurn, Freiburg und Zürich; MAEDER, S. 533.

jenen Delikten vorhanden, für welche die Erstellung des DNA-Profiles als angeordnet gilt. In anderen Kantonen ist vorgesehen, dass von jedem WSA ein DNA-Profil zu erstellen ist, welcher auf polizeiliche Anordnung hin aufgrund eines Verbrechens oder Vergehens von der beschuldigten Person abgenommen wird.⁷⁰

Handelt es sich um eine Massenuntersuchung, dann hat das Zwangsmassnahmengericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft die DNA-Analyse zu verfügen.⁷¹ Der betroffene Personenkreis hat in solchen Fällen nicht selbst durch eine strafrechtlich relevante Handlung Anlass zur Durchführung der Massnahme gegeben. Deshalb drängt sich hier die Prüfung der Verhältnismässigkeit der Einschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung in besonderem Masse auf.⁷²

Die Zuständigkeit des Bundes ist im Bereich der DNA-Analysen in Strafverfahren beschränkt. Auf Bundesebene erfolgt die Regelung der gesetzlichen Rahmenbedingungen für die Anordnung und Verwendung von DNA-Analysen in Strafverfahren.⁷³ Zudem zählen die Anerkennung und Aufsicht der DNA-Analyselabors sowie die Beauftragung der Koordinationsstellen zum Aufgabenbereich der Bundesbehörden. So müssen DNA-Analyselabors vom EJPD anerkannt sein. Wobei das fedpol die Kompetenz zur Kontrolle und Beaufsichtigung der anerkannten DNA-Analyselabors sowie die Gesamtverantwortung für die DNA-Datenbank trägt.⁷⁴ Hinsichtlich der Bundesbehörden gilt, dass neben der Militärjustiz auch die Bundespolizei und die Bundesanwaltschaft zu den Strafverfolgungsbehörden des Bundes zählen. Gerichtliche Befugnisse in zivilen Strafverfahren des Bundes haben dabei das Bundesstrafgericht und das Bundesgericht sowie kantonale Gerichte, wenn sie für den Bund tätig sind.⁷⁵ So können sie im Rahmen ihrer Zuständigkeiten ebenfalls DNA-Analysen einsetzen.⁷⁶

D. Verfahren der DNA-Analysen in Strafverfahren

Anhand der im vorherigen Kapitel erläuterten Kompetenzen wird im Folgenden auf die verschiedenen Schritte der DNA-Analyse in Strafverfahren eingegangen.

In einem ersten Schritt entnehmen die nach dem geltenden Recht zur Erstellung von DNA-Profilen zuständigen Behörden der betroffenen Person das Probematerial bzw. stellen dieses als Spur am Tatort sicher.⁷⁷ Das entnommene DNA-Material wird mit einer Prozesskon-

⁷⁰ PITTELOUD, N 606; MAEDER, S. 533.

⁷¹ Vgl. Art. 256 StPO.

⁷² VOSER, S. 389.

⁷³ Bericht der PVK, Ziff. 2.4.

⁷⁴ Vgl. Art. 2 Abs. 2, Art. 3 & 8 Abs. 1 DNA-Profil-Verordnung; Bericht der PVK, Ziff. 2.4.

⁷⁵ Art. 2 StBOG.

⁷⁶ Bericht der PVK, Ziff. 2.4.

⁷⁷ Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.2.

trollnummer⁷⁸ versehen, welche bei jedem einzelnen WSA sowie bei jeder einzelnen Spur eine zweifelsfreie Rückverfolgbarkeit von der Materialerfassung bis zur Datenlöschung bzw. Vernichtung des Materials und die Anonymisierung des Ablaufs ermöglicht.⁷⁹

Das entnommene DNA-Material wird zusammen mit der PCN von der anordnenden Behörde an ein vom Bund anerkanntes DNA-Analyselabor zur Typisierung in Auftrag gegeben. In der Schweiz gibt es sechs durch den Bund zugelassene forensisch-genetische Labors, welche solche Proben analysieren, nämlich die Institute für Rechtsmedizin von St. Gallen, Zürich, Basel, Bern, Lausanne und Genf.⁸⁰ Gleichzeitig meldet die anordnende Behörde fedpol die Erteilung des Analyseauftrags und übermittelt die mit diesem Auftrag verbundenen Personen- und Falldaten zwecks Speicherung im informatisierten Personennachweis-, Aktennachweis- und Verwaltungssystem (IPAS).⁸¹

Im Labor wird aus der Probe das DNA-Profil erstellt. Dieses wird vom Labor mit der PCN gekennzeichnet an die Koordinationsstelle beim Institut für Rechtsmedizin der Universität Zürich übermittelt. Die der Person entnommene Probe wird vernichtet, sobald das Personenprofil erstellt ist, spätestens jedoch nach Ablauf von drei Monaten.⁸² Im Falle einer Spur wird die bei der DNA-Analyse nicht verbrauchte DNA 15 Jahre lang als Beweismaterial aufbewahrt.⁸³

Die Koordinationsstelle führt den Suchlauf mit dem DNA-Profil im Informationssystem durch. Sie speichert das neu erstellte Profil in der Datenbank CODIS und vergleicht das DNA-Profil mit den bereits erfassten Profilen. Bei einem Treffer lässt die Koordinationsstelle das Ergebnis durch das Analyselabor überprüfen und leitet es an die Abteilung Biometrische Identifikation von fedpol weiter.⁸⁴

Fedpol verknüpft das Profil mittels der PCN mit den Personen- und Falldaten im IPAS. Das gesamte Ergebnis des Profilabgleichs wird der anordnenden Behörde gesendet.⁸⁵

Die DNA-Profile müssen von Gesetzes wegen nach gewissen Fristen gelöscht werden.⁸⁶ Dabei erfolgt der Antrag zur Löschung von DNA-Profilen durch die Kantone, sofern es sich um ein kantonales Strafverfahren handelt. Durch die Kantone erfolgt die Meldung an die Abteilung Biometrische Identifikation von fedpol, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für die Löschung erfüllt sind.⁸⁷ Damit der Bearbeitungsprozess eines DNA-Personen- oder Spu-

⁷⁸ Process Control Number (PCN) genannt.

⁷⁹ Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.2; Bericht der PVK, Ziff. 2.4.

⁸⁰ Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.2; Bericht der PVK, Ziff. 2.4.

⁸¹ Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.2.

⁸² Art. 9 Abs. 2 DNA-Profil-Gesetz.

⁸³ Art. 6 Abs. 2 DNA-Profil-Verordnung.

⁸⁴ Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.2; Bericht der PVK, Ziff. 2.5.

⁸⁵ Bericht der PVK, Ziff. 2.5.

⁸⁶ Vgl. Art. 16–19 DNA-Profil-Gesetz.

⁸⁷ Art. 12 DNA-Profil-Verordnung; Bericht der PVK, Ziff. 2.5.

renprofils definitiv abgeschlossen ist, löscht fedpol nicht nur das DNA-Profil im CODIS, sondern auch die Personen- bzw. Falldaten im IPAS. Anschliessend erhält die Behörde eine Bestätigung der Löschung der Daten.⁸⁸

E. Anwendungspraxis der DNA-Analysen auf kantonaler Ebene

Weil die Mehrheit der Strafverfahren von den Kantonen geführt wird, entscheiden diese über die Anwendung der DNA-Analysen. Eine vom Bund in Auftrag gegebene Evaluation zu den DNA-Analysen in Strafverfahren zeigt auf, dass die starke Ausweitung der Anwendungspraxis der DNA-Analyse seit dem Leitentscheid des BGer im Jahr 2014 gestoppt wurde.⁸⁹ Aus den Angaben der Evaluation ergibt sich eine Reduktion der Anzahl erstellter DNA-Profile nach dem Entscheid des BGer.⁹⁰

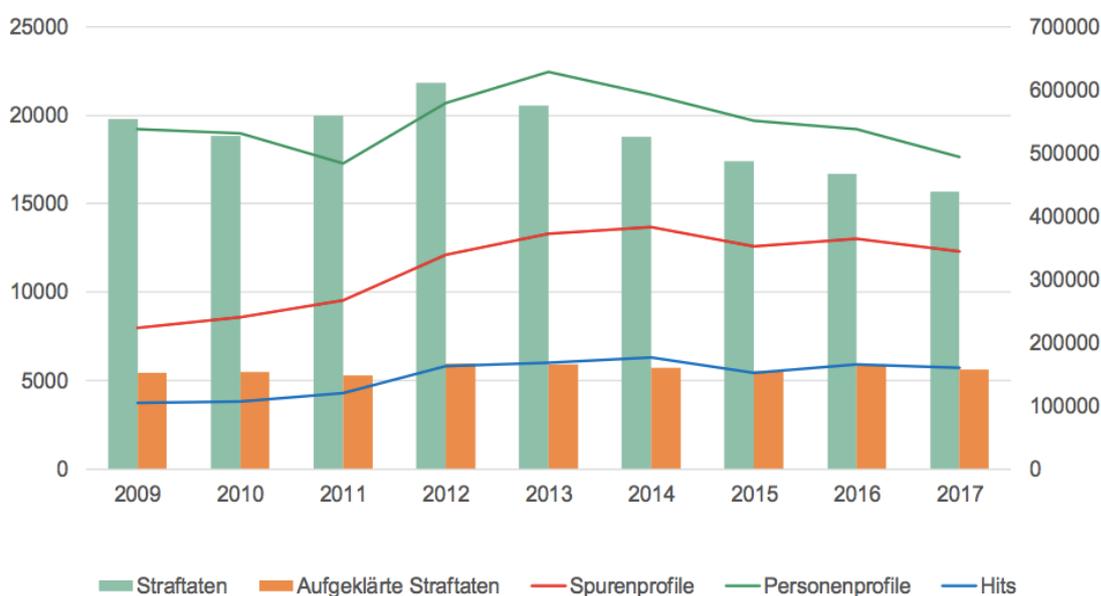


Abbildung 1: Entwicklung der Anwendungspraxis der DNA-Analysen im Allgemeinen⁹¹

⁸⁸ Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.2; Bericht der PVK, Ziff. 2.5.

⁸⁹ Die Geschäftsprüfungskommissionen der eidgenössischen Räte (GPK) beauftragten die Parlamentarische Verwaltungskontrolle (PVK) im Januar 2017 mit einer Evaluation zu den DNA-Analysen in Strafverfahren. Die PVK hat in der Folge ein Expertenmandat an Killias Research & Consulting vergeben. Im Rahmen der Evaluation wurden die DNA-Profile, die in der nationalen DNA-Datenbank CODIS gespeichert sind, analysiert. Zudem wurde die Anwendungspraxis der DNA-Analysen auch nach der Deliktart untersucht und die kantonale Anwendungspraxis beleuchtet; Vgl. Bericht der PVK, Ziff. 1.1 ff; KILLIAS *et al.*, S. 1 ff.

⁹⁰ Bericht der PVK, Ziff. 3.2; KILLIAS *et al.*, S. 18.

⁹¹ Abbildung 1: KILLIAS *et al.*, DNA-Analysen in Strafverfahren: Entwicklung, Umfang und Wirkungen, Bericht vom 27. November 2018, S. 18, online abrufbar: <<https://www.parlament.ch/centers/documents/de/gpk-s-expertenbericht-2018-11-27.pdf>> (zuletzt besucht am 05.11.2020). Die Grafik konnte anhand der Daten der polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) des Bundesamtes für Statistik sowie der internen Statistik von fedpol vom Mai 2018 erstellt werden.

Anhand der statistischen Analysen zu den DNA-Analysen in Strafverfahren, welche im Rahmen der Evaluation in Auftrag der PVK von KILLIAS *et al.* durchgeführt wurden, ist eine Reduktion der erstellten Personenprofile erkennbar. In Abbildung 1 ist der zeitliche Verlauf der jährlich erstellten Personen- und Spurenprofile dargestellt. Auf der rechten Skala ist die Anzahl der Straftaten abgebildet, wobei die linke Skala auf die erstellten Personen- und Spurenprofile sowie Hits bezogen ist.⁹²

Während im Jahr 2013 die Zahl der Neuerfassungen bei rund 22 450 Personenprofilen lag, waren es im Jahr 2017 insgesamt noch 17 650, die erstellt wurden.⁹³ Jedoch fällt auf, dass bereits im Jahr 2014 ein Rückgang erkennbar ist und dieser somit vor dem massgeblichen Entscheid des BGer eingetreten ist.⁹⁴ Zudem wird in der Grafik die Entwicklung der Kriminalität aufgezeigt und es ist mit der Abnahme der erstellten Personenprofile ebenfalls eine rückläufige Kriminalität erkennbar. Nach dem Entscheid des BGer wurde in den einzelnen Kantonen von Polizeikreisen und Strafverfolgungsbehörden kritisiert, dass die Rechtsprechung eine Einschränkung der Zweckmässigkeit der DNA-Analyse als Instrument der Strafverfolgung zur Folge hatte, weil nach der Umsetzung der Rechtsprechung eine Abnahme der DNA-Auswertungen festgestellt wurde.⁹⁵ Unter Berücksichtigung der abnehmenden Kriminalität ist jedoch der Rückgang der erstellten Personenprofile zu relativieren, wobei ein Effekt der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf den Rückgang nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann.⁹⁶

Nach dem Leitentscheid des BGer, welcher einen Fall im Kanton Bern betraf, wurde in diesem Kanton eine bemerkenswerte Abnahme der erstellten Personenprofile festgestellt.⁹⁷ Jedoch ist nicht in allen Kantonen ein gleicher Rückgang erkennbar.⁹⁸ Im Rahmen der Zuständigkeit wurde aufgeführt, dass die Anwendung der DNA-Analyse mehrheitlich auf kantonaler Ebene stattfindet. So wurden im Jahr 2017 rund 99 % aller in der DNA-Datenbank CODIS erfassten Personenprofile im Auftrag der Kantone erstellt.⁹⁹ Im Rahmen der Untersuchung wurde deshalb die Praxis von sieben Kantonen genauer analysiert.¹⁰⁰ Anhand der

⁹² KILLIAS *et al.*, S. 18.

⁹³ KILLIAS *et al.*, S. 18; Vgl. Bericht der PVK, Ziff. 3.2.1.

⁹⁴ Bericht der PVK, Ziff. 3.2.1.

⁹⁵ Vgl. BALMER, Sonntagszeitung vom 17.02.2018; Bericht der PVK, Ziff. 3.2.

⁹⁶ Vgl. Bericht der PVK, Ziff. 3.2.1.

⁹⁷ Vgl. KILLIAS *et al.*, S. 95. In der Evaluation wurde zudem untersucht, wie sich die Anzahl der DNA-Analysen zur Aufklärungsrate bestimmter Deliktarten verhält. Je nach Deliktart unterscheidet sich auch die Häufigkeit von erzielten Treffern in der DNA-Datenbank. Es hat sich gezeigt, dass nicht allgemein gesagt werden kann, dass mehr DNA-Profile auch zu mehr Treffern führen würden; Siehe auch: Bericht der PVK, Ziff. 3.3.1.

⁹⁸ Vgl. KILLIAS *et al.*, S. 96; Bericht der GPK-S, S. 11.

⁹⁹ Bericht der PVK, Ziff. 3.4.

¹⁰⁰ Es wurden die Kantone Aargau, Bern, Freiburg, Graubünden, Tessin, Waadt und Zürich untersucht. Die Kantone sind so ausgewählt worden, dass alle Sprachregionen, grosse und mittelgrosse Kantone sowie Kantone mit und ohne DNA-Analyselabors berücksichtigt werden. Dabei gilt die Anwendungspraxis der Kan-

Daten des fedpol zeigt sich im Rahmen der Evaluation eine unterschiedliche Entwicklung in den erstellten DNA-Personenprofilen.

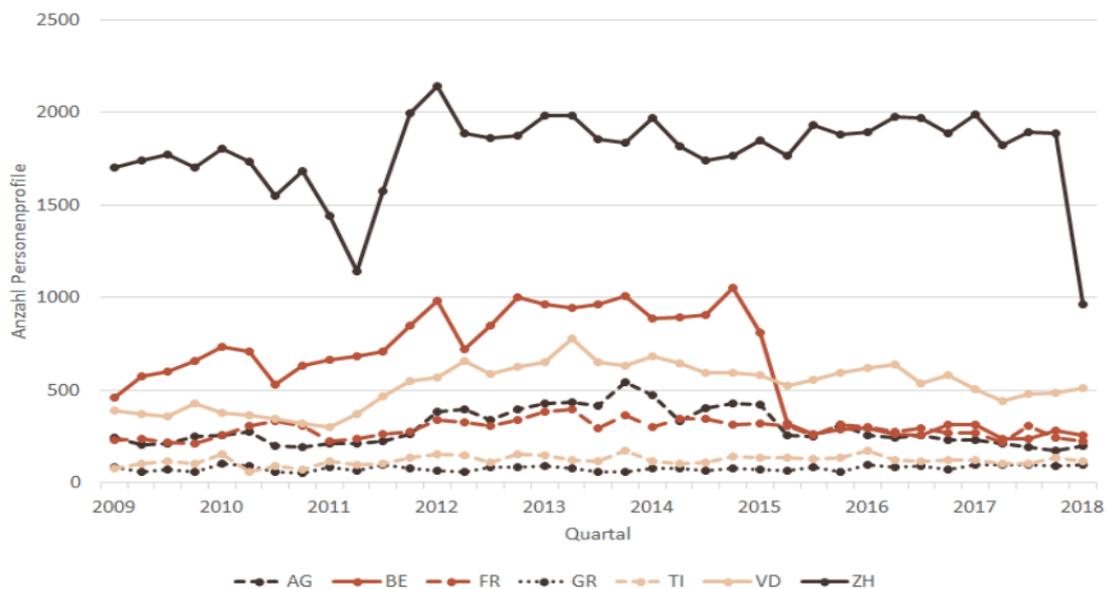


Abbildung 2: Erstelte Personenprofile in ausgewählten Kantonen¹⁰¹

Die Abnahme der erstellten Personenprofile im Kanton Bern infolge der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist in Abbildung 2 klar ersichtlich. Im Anschluss an den Entscheid passte der Kanton die Anwendungspraxis an, indem die Allgemeinverfügung für die Erstellung von Personenprofilen aufgehoben wurde und neu eingeführt wurde, dass für jeden Einzelfall eine Einzelverfügung erforderlich ist. Zudem ist die Erstellung von DNA-Profilen nicht mehr zulässig, wenn sie für die Aufklärung des konkreten Falles nicht notwendig ist und die Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann, dass die beschuldigte Person in andere vergangene oder künftige Verbrechen oder Vergehen verwickelt sein könnte, zu deren Aufklärung die Erstellung eines DNA-Profiles beitragen könnte.¹⁰² Ein Rückgang der Personenprofile ist im gleichen Zeitraum auch im Kanton Aargau erkennbar. Wobei dieser ebenfalls mit dem Effekt der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu begründen ist.¹⁰³ Bei den restlichen Kan-

tone als angemessen, wenn die Zahlen der erstellten DNA-Profile der Häufigkeit der Straftaten im jeweiligen Kanton entsprechen; Vgl. Bericht der PVK, Ziff. 3.4.

¹⁰¹ Abbildung 2: Bericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 14. Februar 2019, DNA-Analysen im Strafverfahren, BBl 2019 7140 ff., Ziff. 3.4.1; online abrufbar: <<https://www.parlament.ch/centers/documents/de/bericht-pvk-dna-analysen-in-strafverfahren-d.pdf>> (zuletzt besucht am 05.11.2020). Die Abbildung zeigt die in ausgewählten Kantonen erstellten DNA-Personenprofile pro Quartal. Dazu zählen neu erstellte sowie bestehende Profile, die durch die Kantone weiterverwendet wurden. Die Statistik wurde von der PVK im Rahmen der Evaluation anhand der Daten von fedpol vom Mai 2018 erstellt.

¹⁰² Bericht der PVK, Ziff. 3.4.1; Bericht der GPK-S, S. 10.

¹⁰³ Vgl. KILLIAS *et al.*, S. 96.

tonen ergibt sich aus der Statistik bis Ende 2017 keine vergleichbare Abnahme der Personenprofilerstellung. Im nachfolgenden Jahr zeigt sich dann ein auffallender Rückgang der Anzahl erstellter DNA-Profile. Vorweg ist festzuhalten, dass im Kanton Zürich im Zeitraum von 2009 bis 2017 deutlich mehr Personenprofile erstellt wurden, als in den anderen Kantonen, was jedoch mit der Bevölkerungsgrösse des Kantons und dem internationalen Flughafen auf dem Kantonsgebiet zusammenhängt.¹⁰⁴ Der Rückgang im Jahr 2018 erfolgte aufgrund einer Praxisänderung im Kanton Zürich, welche wiederum Folge eines Entscheids des Obergerichts des Kantons Zürich war.¹⁰⁵ Der Kanton Zürich erliess für die Personenprofilerstellung ebenfalls eine Allgemeinverfügung, wobei gestützt auf den besprochenen Entscheid des BGer eine Prüfung des Einzelfalls mittels Einzelverfügung durch die Staatsanwaltschaft erforderlich ist. Ausgehend von der dargestellten Entwicklung in den einzelnen Kantonen kann festgehalten werden, dass nicht in allen als Folge der Rechtsprechung eine Praxisänderung erfolgt ist und somit die Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht in allen im gleichen Masse erfolgt.

Im Rahmen der Evaluation wurde eine detaillierte Untersuchung durchgeführt, die nicht nur auf die ausgewählten Kantone, sondern zusätzlich auf bestimmte Deliktsarten fokussiert war. Auf deliktspezifischer Ebene ergibt sich, dass z. B. bei der einfachen Körperverletzung in den Kantonen St. Gallen, Zürich, Waadt und Genf keine Veränderung der Entwicklung der Personenprofile erkennbar ist. Wobei in den Kantonen Bern und Aarau bei der einfachen Körperverletzung die Zahlen der erstellten Personenprofile markant abgenommen haben.¹⁰⁶ Ebenfalls sind diese in den beiden Kantonen bei den Diebstählen erkennbar zurückgegangen.¹⁰⁷ Diese Entwicklung ist wiederum auf die Rechtsprechung des BGer zurückzuführen. Wobei dieser Effekt im Kanton Zürich, der entsprechend BGE ebenfalls eine Abnahme der Anzahl erstellter Personenprofile verursachte, nur während einer kurzen Zeitspanne vorhanden war, da die Anzahl der erstellten Personenprofile wiederum stark anstieg.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Vgl. Bericht der PVK, Ziff. 3.4.1.

¹⁰⁵ Urteil des OGer ZH, UH 170138; Der Kanton Zürich kannte die Praxis, wonach Zuwiderhandlungen gegen das Ausländerrecht als Vergehen eingestuft werden und somit eine DNA-Analyse möglich wäre und die Polizei deshalb aufgrund der Allgemeinverfügung eine DNA-Analyse i. d. R. vornehmen lassen hat. Jedoch wird oft am Ende des betreffenden Strafverfahrens nur eine Busse ausgesprochen und somit die Straftat als Übertretung taxiert. Indem mit einer Einzelverfügung im Einzelfall die Anordnung der DNA-Analyse geprüft werden muss, wird in solchen Fällen heute keine DNA-Analyse mehr angeordnet, weil die Übertretung als Anlasstat für die Profilerstellung unzulässig ist; Vgl. Bericht der PVK, Ziff. 3.4.1.

¹⁰⁶ KILLIAS *et al.*, S. 95; Bericht der GPK-S, S. 11.

¹⁰⁷ KILLIAS *et al.*, S. 92.

¹⁰⁸ Vgl. KILLIAS *et al.*, S. 83 & 96.

Im Bereich der Sachbeschädigungen wurde ein instabiler Verlauf der Anzahl neu erstellter Personenprofile in den Kantonen Zürich, St. Gallen, Aargau, Waadt und Genf festgestellt.¹⁰⁹ Wobei sich wiederum einzig im Kanton Bern ab dem Jahr 2015 ein markanter Rückgang der erstellten Personenprofile zeigte.¹¹⁰

Diese Unterschiede der Anwendungspraxis der DNA-Analysen in den ausgewählten Kantonen in Bezug auf verschiedene Deliktarten zeigen auf, dass die Kantone keine einheitliche Praxis kennen. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung führte in einigen Kantonen zum Rückgang der Anzahl der erstellten Personenprofile, jedoch wurde damit insgesamt keine einheitliche Anwendungspraxis der DNA-Analysen erzielt. Diese Differenzen in den einzelnen Kantonen sind kritisch zu betrachten, insbesondere unter den Gesichtspunkt der Bestrebungen des Gesetzgebers, welche im Rahmen der Phänotypisierung die Analyse spezieller Genorte zum Ziel haben und damit zu weitergehenden Grundrechtseingriffen als nach der aktuellen Gesetzesgrundlage führen. Deshalb erscheint hier eine Harmonisierung der Anwendungspraxis umso notwendiger.

¹⁰⁹ Im Bericht der GPK-S wird festgehalten, dass sich diese schwankende Entwicklung der Anzahl neuerstellter Personenprofile auf einem konstanten Niveau eingependelt hat; Vgl. Bericht der GPK-S, S. 11.

¹¹⁰ KILLIAS *et al.*, S. 89–94 & 96.

IV. Medizinische Möglichkeiten

Die mediale Aufmerksamkeit des Vergewaltigungsfalles in Emmen im Juli 2015 führte in der Öffentlichkeit zur Diskussion über die Ausweitung des Einsatzbereichs der DNA-Analysen in Strafverfahren.¹¹¹ Zwar wurden in diesem Fall DNA-Spuren des mutmasslichen Täters sichergestellt, jedoch erlaubt die heute noch aktuelle Gesetzesgrundlage nur das Geschlecht als einziges äusserlich sichtbares Merkmal herauszulesen. Wenn kein Treffer durch einen Abgleich mit der DNA-Datenbank erfolgt und auch durch eine DNA-Massenuntersuchung kein Treffer resultiert, besteht in solchen Fällen ein grosses Interesse, die technischen Möglichkeiten auszuschöpfen, um die Täterschaft ausfindig zu machen. Hinsichtlich der medizinischen Möglichkeiten zur Bestimmung äusserer Merkmale aus der DNA gilt, dass eine erweiterte DNA-Analyse eine Einschätzung über das Erscheinungsbild möglich macht, jedoch nicht dazu geeignet ist, eine einzelne Person zu identifizieren, da die Eigenschaften nicht individualspezifisch sind und nur durch Angabe einer bestimmten Wahrscheinlichkeit für ihr Vorliegen beschrieben werden können.¹¹²

Aufgrund solcher technischer Möglichkeiten wird nicht nur in der Schweiz, sondern auch in Deutschland über die erweiterte forensische DNA-Analyse diskutiert, wobei diese bereits in anderen Ländern praktiziert wird.¹¹³ Diese Diskussionen sind das Resultat langjähriger Forschungen zu den genetischen Grundlagen des Aussehens und der biologischen Herkunft des Menschen sowie zur Entwicklung forensisch geeigneter Analyseverfahren.¹¹⁴ Es handelt sich um die Methode der Phänotypisierung, welche zum Einsatz kommen soll, wenn an einem Tatort DNA-Spuren gefunden werden, jedoch kaum Anhaltspunkte über mögliche Täterschaft sowie kein Erfolg bei der Suche in der DNA-Datenbank erzielt werden können. Deshalb sollen anhand der gefundenen Erbsubstanz zukünftig Aussagen über das Erscheinungsbild der Täterschaft hergeleitet werden.¹¹⁵ Jene phänotypischen Merkmale, welche mit einer relativ hohen Genauigkeit bestimmt werden können, enthalten eine Pigmentierung, d. h. insbesondere die Augenfarbe, die Haarfarbe sowie die Hautfarbe.¹¹⁶ Grund dafür ist, dass die Pigmentierung verglichen mit anderen phänotypischen Merkmalen durch wenige Gene definiert wird und es somit einfacher ist, die relativen Gene bzw. DNA-Marker zu bestimmen. Denn je mehr Gene in ein bestimmendes Merkmal involviert sind, desto komplexer ist es, die relevanten DNA-Marker für die DNA-Analyse herauszulesen.¹¹⁷ Zudem ist

¹¹¹ Vgl. ASCHWANDEN, NZZ-Online vom 18.02.2016.

¹¹² Biorespect, Vernehmlassungsantwort, S. 4.

¹¹³ SCHNEIDER/PRAINSACK/KAYSER, S. 873 f.

¹¹⁴ SCHNEIDER/PRAINSACK/KAYSER, S. 873 f.

¹¹⁵ TA Swiss, S. 4.

¹¹⁶ KAYSER, S. 33.

¹¹⁷ KAYSER, S. 33 f; Siehe auch: MAIRE/KUSTER, S. 89.

zu berücksichtigen, dass gewisse phänotypische Merkmale auch von äusseren Einflüssen abhängig sein können und deshalb eine grosse Menge an DNA-Proben notwendig ist, damit die relevanten DNA-Marker gefunden werden können.¹¹⁸ In der Forschung wird zukünftig die Erhöhung der Genauigkeit der Analysen angestrebt, wobei auch die Ermöglichung der Bestimmung weiterer phänotypischer Merkmale, wie der Körpergrösse oder der Glatzköpfigkeit, im Fokus der Forschung und Entwicklung stehen.¹¹⁹

Im Strafrecht besteht zudem grosses Interesse an Methoden zur Altersbestimmung. Insbesondere in der Rechtsmedizin wurde die Altersbestimmung vorwiegend auf Funde unbekannter Leichen und Leichenteile angewendet, um deren Identität klären zu können. Jedoch spielt die Altersbestimmung auch bei Lebenden eine grosse Rolle, so z. B. im Asylbereich oder in Strafverfahren.¹²⁰ Mittels DNA-Analysen können ferner bestimmte Aussagen zum Alter getätigt werden.¹²¹ Das Alter von Personen, bei denen es unbekannt ist, wird insbesondere durch eine Knochenanalyse oder die Morphologie der Zähne bestimmt.¹²² Jedoch besteht eine grössere Wahrscheinlichkeit, an einem Tatort DNA-Spuren zu finden als Bestandteile von Zähnen oder allenfalls Knochen der Täterschaft, weshalb eine Altersbestimmung mittels DNA-Analysen ebenfalls ein relevantes Thema in der Forschung ist. Ausgehend von der derzeitigen medizinischen Technologie besteht die Möglichkeit, eine Blutspur mittels spezifischer Analysemethoden einer von vier Alterskategorien zuzuordnen.¹²³ Eine Bestimmung des Alters durch eine DNA-Analyse kombiniert mit dem Profiling, welches heute schon angewandt wird, ermöglicht präzisierte Aussagen zur Täterschaft und beschleunigt damit die Ermittlungsarbeit. Es ist aber zu bemerken, dass viele Ermittlungsmethoden – so auch das Profiling – auf Wahrscheinlichkeitsaussagen gestützt sind, jedoch in der Summe der Wahrheit Schritt für Schritt näher kommen.¹²⁴

Des Weiteren können Angaben zur geografischen Herkunft oder Körpergrösse bei den Fahndungs- und Ermittlungsarbeiten hilfreich sein. Jedoch lassen sich diese nur grob aus den genetischen Daten herleiten. Bei der geografischen Herkunft können die Algorithmen zurzeit einzelne Regionen wie Eurasien, Afrika oder Ostasien vorhersagen.¹²⁵ Bei der Bestimmung der geografischen Herkunft einer Person stehen die in der DNA einer Person gefundenen Bevölkerungsmerkmale im Fokus, aus welchen versucht wird, die Herkunftsregion abzuleiten. Die Problematik besteht jedoch darin, dass es in der Forschung noch nicht ge-

¹¹⁸ KAYSER, S. 33 f.; SCHNEIDER/PRAINSACK/KAYSER, S. 876.

¹¹⁹ KAYSER, S. 33 ff; Vgl. MAIRE/KUSTER, S. 89; Siehe auch: LANDOLT, Aargauer Zeitung vom 20.05.2016.

¹²⁰ MADEA, S. 288.

¹²¹ ZUBAKOV *et al.*, S. 34 f.

¹²² ZUBAKOV *et al.*, S. 34 f; MAIRE/KUSTER, S. 90.

¹²³ ZUBAKOV *et al.*, S. 33.

¹²⁴ Vgl. MAIRE/KUSTER, S. 90.

¹²⁵ LAHRTZ, NZZ-Online vom 07.01.2017.

lungen ist, die relevanten Marker genügend einzugrenzen und aktuell noch wenig bevölkerungstechnische Referenzdaten vorhanden sind.¹²⁶

¹²⁶ PHILIPS, S. 49 & 63; MAIRE/KUSTER, S. 90.

V. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf

A. Motion 15.4150 „Kein Täterschutz für Mörder und Vergewaltiger“

Im Juli 2015 wurde in Luzern eine Frau auf einem Waldweg von einem unbekanntem Täter überfallen und vergewaltigt. Ihre Verletzungen waren so schwerwiegend, dass daraus eine Tetraplegie resultierte. Die einzige Spur, welche zur Aufklärung dieses Verbrechens führen konnte, war der genetische Fingerabdruck des Täters auf der Kleidung des Opfers. Aus diesem Grund ordnete das Luzerner Zwangsmassnahmengericht eine DNA-Massenuntersuchung an, welcher sich mehr als 300 Männer unterziehen mussten.¹²⁷ Vor dem Hintergrund dieses schweren Vergewaltigungsfalls und der nachfolgenden DNA-Massenuntersuchung forderte Nationalrat Albert Vitali mit der Motion „Kein Täterschutz für Mörder und Vergewaltiger“, dass die wissenschaftlichen Möglichkeiten in der Strafverfolgung bei schweren Gewalttaten ausgeschöpft werden. Mit der Motion wird die Schaffung der gesetzlichen Grundlagen verlangt, damit spezielle Genorte analysiert und ausgewertet werden dürfen, um Täter schwerwiegender gewalttätiger Straftaten, wie Mord oder Vergewaltigung, gezielter zu verfolgen und kostenaufwändige DNA-Massenuntersuchungen einzuschränken.¹²⁸

Gleichzeitig hat die Rechtskommission des Nationalrates den Bundesrat ihrerseits in einem Postulat mit der Evaluation der geltenden gesetzlichen Normen bezüglich der Löschfristen der DNA-Profile in der Datenbank beauftragt. Damit die Vernehmlassungsteilnehmer sowie die eidgenössischen Räte sich nicht innerhalb einer kurzen Zeitspanne mit zwei separaten Vorlagen zum selben Gesetz befassen müssen und um eine inhaltliche Einheit der gesetzlichen Anpassungen zu erzielen, unterbreitete der Bundesrat seine Vorschläge zur Umsetzung der beiden Vorstösse in einer umfassenden Vorlage.¹²⁹ Die Vernehmlassung zur Bundesvorlage endete im November 2019. Politische Parteien, Dachverbände sowie weitere interessierte Kreise reichten Stellungnahmen zur Revision des DNA-Profil-Gesetzes ein, welche nun auf Bundesebene ausgewertet werden.¹³⁰

B. Regelungsthemen der neuen Vorlage

Das DNA-Profil-Gesetz wurde seit dem Inkrafttreten im Jahr 2005 lediglich punktuell angepasst. In den vergangenen Jahren wurde in der Praxis weiterer Bedarf für Anpassungen sowie Neuregelungen deutlich. Deshalb werden mit der Revision des DNA-Profil-Gesetzes, welche mit der Motion „Kein Täterschutz für Mörder und Vergewaltiger“ in Gang gesetzt wurde, weitere Regelungsthemen besprochen. Neben der Einführung der Phänotypisierung, welche in der vorliegenden Arbeit im Fokus steht, werden die Vereinfachung der Löschrege-

¹²⁷ ASCHWANDEN, NZZ-Online vom 23.10.2015.

¹²⁸ Mo. Vitali.

¹²⁹ Vgl. Erläuternder Bericht, Ziff. 1.1.2 ff.

¹³⁰ Vgl. Medienmitteilung Bundesrat, Phänotypisierung.

lungen von DNA-Profilen sowie die gesetzliche Verankerung der Recherche mit Verwandtschaftsbezug angestrebt.¹³¹

Die Aufbewahrungsdauer bzw. die Löschfristen für die DNA-Personenprofile sind in Art. 16 und 17 DNA-Profil-Gesetz normiert. Darin sind für verschiedene Sachverhalte spezifische Löschfristen vorgesehen. Letztere sind somit grundsätzlich von der Art und Schwere der Sanktion abhängig und entsprechen aufgrund des hohen Detaillierungsgrades dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Bei der Vereinfachung der Regelung über die Aufbewahrungsdauer von DNA-Profilen soll die Löschfrist nach den neuen Bestimmungen nicht abhängig vom Verlauf des Strafvollzugs sein.¹³² Denn in der bisherigen Gesetzesgrundlage ist die Löschfrist an die Dauer einer Haftstrafe geknüpft. Bei einer allfälligen Änderung der Dauer einer Haftstrafe oder einer Rückfälligkeit der Täterschaft ist jeweils eine nachträgliche Anpassung der Löschfrist eines DNA-Profiles in der DNA-Datenbank erforderlich. Künftig soll einmalig im Urteil die Festlegung der Aufbewahrungsdauer der DNA-Profile in der DNA-Datenbank erfolgen.¹³³ Dabei ist vorliegend festzuhalten, dass unter den Begriff des Urteils auch der Strafbefehl zu subsumieren ist, da dieser ohne gültige Einsprache zum rechtskräftigen Urteil erwächst.¹³⁴ Weiter ist es die Urteilsfällung, welche den Zeitpunkt bestimmt, von dem an die Aufbewahrungsfristen zu laufen beginnen, und nicht der Zeitpunkt, indem dieses in Rechtskraft erwächst.¹³⁵ Damit soll die Aufbewahrungsfrist grundsätzlich ab einem präzisen Zeitpunkt unabänderlich festgelegt werden.

Mit der geplanten Revision des DNA-Profil-Gesetzes soll ebenfalls die Recherche mit Verwandtschaftsbezug gesetzlich verankert werden. Anhand Letzterer soll in der DNA-Datenbank nach Personen gesucht werden, deren DNA-Profil Ähnlichkeiten mit dem Profil der spurengibenden Person aufweist.¹³⁶ Die gesetzliche Verankerung der DNA-Recherche mit Verwandtschaftsbezug beruht auf einer Entscheidung des Bundesstrafgerichts (BStGer) vom 6. Oktober 2015.¹³⁷ In einem unaufgeklärten Mordfall aus dem Jahr 1988 in Genf wurde die DNA der mutmasslichen Täterschaft sichergestellt, jedoch ergab ein Abgleich mit der Datenbank des fedpols sowie mit ausländischen Datenbanken keinen Treffer. Die Staatsanwaltschaft Genf beantragte einige Jahre später im Rahmen der Rechtshilfe beim fedpol eine Ausweitung des DNA-Abgleichs auf Verwandte der mutmasslichen Täterschaft. Aufgrund des Fehlens einer entsprechenden Gesetzesgrundlage wurde die Recherche mit Verwandtschaftsbezug verweigert. Die Staatsanwaltschaft gelangte mit Beschwerde an das BStGer.

¹³¹ Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1; Mo. Vitali.

¹³² Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.2.

¹³³ Vgl. Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.2.

¹³⁴ Vgl. Art. 354 Abs. 3 StPO.

¹³⁵ Erläuternder Bericht, Ziff. 3.1.

¹³⁶ Vgl. Erläuternder Bericht, Ziff. 1.1.3; STAUDINGER, S. 375.

¹³⁷ Vgl. Urteil des BStGer BB.215.17.

Dieses ging nicht wie die Vorinstanz von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers aus, sondern stützte sich auf die Botschaft zum DNA-Profil-Gesetz, welche für einen breiten Einsatz der DNA-Analyse plädiert, um das Ziel einer hohen Aufklärungsquote zu verfolgen.¹³⁸ Der erweiterte Suchverlauf mit Verwandtschaftsbezug dient laut dem BStGer der Verbesserung der Effizienz der Strafverfolgung, weshalb der Gesetzgeber die DNA-Analyse im Strafverfahren nicht habe einschränken wollen, um möglichst viele Vergehen und Verbrechen aufzuklären.¹³⁹ Deshalb erachtete das BStGer die Recherche mit Verwandtschaftsbezug als zulässig, was jedoch aufgrund der kurzgefassten Begründung in der Lehre kritisiert wurde.¹⁴⁰

Der erweiterte Suchlauf soll lediglich zur Aufklärung von Verbrechen zur Verfügung stehen und nur auf Anordnung durch die Staatsanwaltschaft erfolgen.¹⁴¹ Ergibt ein Abgleich mit dem Profil der spurengibenden Person in der DNA-Datenbank CODIS keinen Treffer, wird nach Profilen von Personen gesucht, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der spurengibenden Person verwandt sind.¹⁴² Diese sind rechtmässig als Tatverdächtige oder als Verurteilte in der DNA-Datenbank CODIS gespeichert. Sie werden somit der Prüfung unterzogen, ob sie mit der spurengibenden Person verwandt sein können.¹⁴³ In einem weiteren Schritt ist eine zusätzliche Analyse notwendig, um die anonyme Liste potentieller verwandter Personen weiter einzugrenzen. Es sind dabei insbesondere jene Personenprofile zu eliminieren, welche rein zufällig Ähnlichkeiten mit dem Spurenprofil aufweisen. Diesbezüglich soll offenbleiben, ob zuerst eine Massenuntersuchung oder ein erweiterter Suchlauf durchgeführt wird.¹⁴⁴ Bei einem Treffer können die Strafverfolgungsbehörden zur Ermittlung der mutmasslichen Täterschaft mithilfe des öffentlichen Registers den Verwandtenkreis der spurengibenden Person kontaktieren, um dadurch die tatverdächtige Person innerhalb der Familie ausfindig zu machen.¹⁴⁵

C. Phänotypisierung im Besonderen

In Europa ist einzig in den Niederlanden die Anwendung der Phänotypisierung gesetzlich zugelassen. Anlass der Anwendung dieses Verfahrens gab der Fall der 16-jährigen Marianne Vaatstra, welche nachts brutal vom Fahrrad gerissen sowie anschliessend vergewaltigt und ermordet wurde. Weil sich in der Nähe des Tatorts ein Asylzentrum befand, fiel der Ver-

¹³⁸ Urteil des BStGer, BB.2015.17, E. 2.1; STAUDINGER, S. 376.

¹³⁹ Urteil des BStGer, BB.2015.17, E. 2.3; Botsch. DNA-Profil-Gesetz, S. 35; Siehe auch: SCHNELL/STEFFEN, S. 278.

¹⁴⁰ Vgl. HANSJAKOB, S. 157.

¹⁴¹ Erläuternder Bericht, Ziff. 1.1.3.

¹⁴² Erläuternder Bericht, Ziff. 5.1.2.

¹⁴³ Erläuternder Bericht, Ziff. 5.1.2; STAUDINGER, S. 377.

¹⁴⁴ Erläuternder Bericht, Ziff. 3.2; STAUDINGER, S. 377.

¹⁴⁵ STAUDINGER, S. 377; HADORN, S. 483.

dacht auf die dort untergebrachten Flüchtlinge. Die Polizei geriet unter massiven Druck und griff zu einer neuartigen Methode, welche damals in ganz Europa verboten war. Sie nahm eine Phänotypisierung der am Tatort sichergestellten Blut- und Spermaspuren vor und stellte fest, dass die mutmassliche Täterschaft nordwesteuropäischer Abstammung gewesen sein muss. Dieser Mordfall liegt nun zwanzig Jahre zurück, jedoch führte er insbesondere in den Niederlanden, aber auch in ganz Europa zu Diskussionen darüber, die Effizienz der Strafverfolgung mittels der Phänotypisierung zu steigern.¹⁴⁶ In der Schweiz gab der Vergewaltigungsfall in Emmen Anstoss zur Motion des Nationalrats Albert Vitali unter dem Titel „Kein Täterschutz für Vergewaltigter und Mörder“. Dies ist nicht zuletzt aufgrund des grossen Entsetzens der Bevölkerung über die ungeklärte Täterschaft in diesem Fall erfolgt. Die gesetzliche Verankerung der Phänotypisierung erscheint als politische Reaktion auf die Unzufriedenheit der Bevölkerung nach der medialen Brisanz dieses Vergewaltigungsfalles.

1. Ausgangslage

Bei der Phänotypisierung handelt es sich um ein spezifisches Verfahren, bei welchem DNA-Spurenmaterial molekulargenetisch untersucht wird, um Informationen zu äusserlich sichtbaren Körpermerkmalen der spurengibenden Person zu erhalten. Mittels Analyse der speziellen Genorte sollen mit hoher Wahrscheinlichkeit zutreffende Feststellungen zum äusseren Erscheinungsbild der Täterschaft, insbesondere zur Haar-, Augen- und Hautfarbe, der biogeografischen Herkunft sowie zum Alter getroffen werden.¹⁴⁷ Bereits in der Botschaft zum DNA-Profil-Gesetz hatte der Bundesrat eine Untersuchung der hierzu notwendigen Abschnitte der DNA zwecks Identifizierung von Personen in Betracht gezogen. „Für die Identifizierung wären unter Umständen auch codierende Abschnitte interessant, z. B. die Gene, welche die Augen-, Haar- oder Hautfarbe bestimmen. Es würden damit nicht nur DNA-Profile verglichen, sondern ein teilweises Robot-Bild geschaffen, das die visuelle Identifizierung ermöglichen oder unterstützen würde“¹⁴⁸, hiess es in der Botschaft zum DNA-Profil-Gesetz. Im damaligen Gesetzesentwurf wurde die Ausweitung der Analyse auf die codierenden Abschnitte weitestgehend ausgeschlossen, weil diese Informationen für eine Identifizierung nicht notwendig waren und Missbräuche nicht gänzlich ausgeschlossen werden konnten.¹⁴⁹ Jedoch wurde in Art. 2 Abs. 2 des damaligen Entwurfs des DNA-Profil-Gesetzes festgehalten, dass in Ausnahmefällen auch eine Untersuchung codierender Abschnitte zulässig sein sollte, insbesondere in Fällen, in denen für die Beweisführung in einem Strafverfahren weitere genetische Informationen notwendig sind.¹⁵⁰ Dabei sollte diese Ausnahme besonders bei schweren Verbrechen und einer Wahrscheinlichkeit von Folgetaten durch den Richter angeordnet werden

¹⁴⁶ GERNY, NZZ-Online vom 07.08.2019.

¹⁴⁷ Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.1; STAUDINGER, S. 374.

¹⁴⁸ Botsch. DNA-Profil-Gesetz, S. 37.

¹⁴⁹ Botsch. DNA-Profil-Gesetz, S. 37.

¹⁵⁰ BBI 2001, S. 59; Botsch. DNA-Profil-Gesetz, S. 37 & 43; Siehe auch: MAIRE/KUSTER, S. 87.

können, um eine Spur auf bestimmte Persönlichkeitsmerkmale hin zu untersuchen und damit eine Fahndung nach der Täterschaft zu ermöglichen.¹⁵¹ Das Parlament hatte jedoch bei der Beratung die Untersuchung codierender Abschnitte der DNA aus Gründen des Datenschutzes und der Verhältnismässigkeit gestrichen.¹⁵²

Als Reaktion auf den Vergewaltigungsfall in Emmen erfolgte die Motion des Nationalrats Albert Vitali, durch welche die Phänotypisierung wieder auf die politische Agenda gesetzt wurde.¹⁵³ Mit einer strikten Regelung soll der Einsatz dieses neuen Instruments in Strafverfahren ermöglicht und gleichzeitig den damit verbundenen Grundrechtseingriffen Rechnung getragen werden.¹⁵⁴ Auch stehen heute im Vergleich zum damaligen Zeitpunkt, als die Untersuchung codierender Abschnitte der DNA in der Schweizer Politik erstmals zur Diskussion stand, ausgereifere technische Verfahren für die Durchführung von Phänotypisierungen zur Verfügung.¹⁵⁵ Die Phänotypisierung zu Zwecken der Strafverfolgung macht sich den Umstand zunutze, dass äussere Körpermerkmale einer Person zum grossen Teil in den Genen codiert sind. Als einziges phänotypisches Merkmal darf nach dem geltenden Recht das Geschlecht bestimmt werden.¹⁵⁶ Neu soll die Feststellung der Augen-, Haar- und Hautfarbe, der biogeografischen Herkunft sowie des biologischen Alters der spurengibenden Person erlaubt sein.¹⁵⁷ Ausgehend vom heutigen Stand der Technik können die einzelnen äusserlich sichtbaren Merkmale jedoch nicht gleich verlässlich bestimmt werden.¹⁵⁸

2. Die einzelnen persönlichen Merkmale

Während die forensische Identifizierung mittels DNA-Analysen zum heutigen Zeitpunkt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit möglich ist, erfolgt die Feststellung der einzelnen Merkmale bei der Phänotypisierung technisch durch Wahrscheinlichkeitsaussagen. Die geltende Gesetzeslage erlaubt als einziges persönliches Merkmal die Bestimmung des Geschlechts.¹⁵⁹ Aufgrund wissenschaftlicher Fortschritte lassen sich auch die Farbe von Haaren, Augen und Haut, die biogeografische Herkunft sowie das Alter einer unbekannt Person anhand von DNA-Analysen ermitteln.

a) Geschlecht

Die Bestimmung des Geschlechts einer spurengibenden Person ist im Bereich der Strafverfolgung von grosser Bedeutung. In der forensischen Molekularbiologie wird das genetische

¹⁵¹ Botsch. DNA-Profil-Gesetz, S. 38.

¹⁵² Botsch. DNA-Profil-Gesetz, S. 38.

¹⁵³ Vgl. Mo. Vitali.

¹⁵⁴ Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.1.

¹⁵⁵ Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.1.

¹⁵⁶ Art. 2 Abs. 2 DNA-Profil-Gesetz.

¹⁵⁷ Vgl. Art. 2 Abs. 2 VE-DNA-Profil-Gesetz; Vgl. Erläuternder Bericht, Ziff. 3.1.

¹⁵⁸ Vgl. KAYSER, S. 34 & 41; Vgl. HEIN, S. 24.

¹⁵⁹ Art. 2 Abs. 2 DNA-Profil-Gesetz.

Geschlecht i. d. R. mit der DNA-Profil-Erstellung mituntersucht. Das Amelogenin ist ein Protein, das eine wesentliche Rolle bei der Bildung des Zahnschmelzes spielt. Das dazugehörige Gen befindet sich zufällig auf den X- und Y-Chromosomen, welche das biologische Geschlecht beim Menschen bestimmen. Jedoch unterscheidet sich das Gen in der Länge eines Introns. Deshalb wird dieser Längenunterschied bei der Geschlechtsbestimmung genutzt.¹⁶⁰ Durch diese Abweichung kann das Amelogenin auf dem X- und auf dem Y-Chromosom anhand der Längen der Fragmente unterschieden werden, welche mit spezifischen Primern in einer PCR-Amplifikation erzeugt werden. In der Praxis ist ein Untersuchungssystem üblich, das je nach Amplifikation Fragmente von 106bp für das X- und 112bp für das Y-Chromosom liefert. Wenn also bei der Untersuchung einer Spur nur Amplifikate einer Länge von 106bp enthalten sind, ist von einer weiblichen Spurengerberin auszugehen. Umgekehrt deutet das Vorhandensein längerer Amplifikate auf eine männliche Person hin. Ob die Täterschaft männlich oder weiblich ist, lässt sich somit anhand der DNA mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bestimmen.¹⁶¹

b) Augenfarbe

Für die Bestimmung der Augenfarbe existiert aktuell eine bekannte wissenschaftliche Methode, welche Irisplex genannt wird.¹⁶² In diesem Verfahren werden sechs genetische Marker auf fünf verschiedenen Chromosomen untersucht. Die Marker sind Single Nucleotide Polymorphisms (SNP), bei welchen zwei unterschiedliche Ausprägungen auf jedem Chromosom vorhanden sind. Für die sechs Marker und die resultierenden 729 Möglichkeiten¹⁶³ erfolgt durch die Irisplex eine Vorhersage für die Augenfarben blau und braun sowie die Gemischtfarben.¹⁶⁴ Anhand der sechs SNPs können blaue oder dunkelbraune Augenfarben mit einer Vorhersagegenauigkeit von etwa 90–95 % bestimmt werden.¹⁶⁵ Diese Prozentzahl wird durch die sog. Area under the Curve (AUC) gewonnen. Damit ist eine Kurve gemeint, welche falsch-positive (z. B. Blauäugige, die aber durch die Methode als nichtblauäugig klassifiziert werden) gegen richtig-positive (z. B. Blauäugige, die auch als solche klassifiziert werden) aufträgt. Das Ziel der Methode liegt darin, wenig falsch-positive und viele richtig-positive zu liefern.¹⁶⁶

¹⁶⁰ BRODERSEN/ANSLINGER/ROLF, S. 113 f.

¹⁶¹ EGGER *et al.*, S. 94.

¹⁶² KAYSER, S. 35; PFAFFELHUBER, S. 19; Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.1.

¹⁶³ An jedem der sechs Marker kann ein Individuum homozygot für einen der beiden Möglichkeiten, oder aber heterozygot sein. Deshalb resultieren $3^6 = 729$ Möglichkeiten; Vgl. PFAFFELHUBER, S. 19.

¹⁶⁴ Vgl. PFAFFELHUBER, S. 18; KAYSER, S. 36 f.

¹⁶⁵ Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.1; KAYSER, S. 37.

¹⁶⁶ PFAFFELHUBER, S. 18.

c) Haarfarbe

Der Molekulargenetiker MANFRED KAYSER entwickelt an der Erasmus Universität in Rotterdam Analysemethoden, welche bei der Aufklärung von Straftaten herbeigezogen werden sollen. Bereits im Jahr 2011 setzte KAYSER mit seinem Team mit der Veröffentlichung der wissenschaftlichen Methode Irisplex zur Vorhersage der Augenfarbe anhand von DNA-Spuren einen Meilenstein. Eine Weiterentwicklung des Irisplex stellt das Verfahren Hirisplex dar, welches im Jahr 2013 ebenfalls von KAYSER und seinem Team vorgestellt wurde. Mit diesem ist die Vorhersage der Augen- und Haarfarbe aus einer biologischen Spur möglich.¹⁶⁷ Es bestanden bereits vor diesem Zeitpunkt Arbeiten von Wissenschaftlern, welche die Grundlagen und Möglichkeiten für eine Unterscheidung der Haarfarbe auf genetischer Ebene vorstellten.¹⁶⁸ Jedoch wiesen diese Verfahren eine geringe Praktikabilität sowie einen eingeschränkten Detaillierungsgrad der spezifischen Farbausprägungen auf.¹⁶⁹ Das Hirisplex-Verfahren basiert auf Informationen von insgesamt 24 SNPs aus elf Genen.¹⁷⁰ Es bestehen je nach Haarfarben unterschiedliche Vorhersagegenauigkeiten, wobei sich die Haarfarben rot, blond, braun und schwarz mit hoher Wahrscheinlichkeit vorhersagen lassen. Die Vorhersagegenauigkeit liegt für blond bei 69 %, für braun bei 79 %, für schwarz bei 87 % und für rot bei 80 %.¹⁷¹ Die geringere Vorhersagegenauigkeit für die blonde und braune Haarfarbe wird damit begründet, dass im Kindes- und Jugendalter eine Verdunkelung der blonden Haarfarbe erfolgen kann. Einige Erwachsene mit brauner Haarfarbe, welche im Kindesalter blond waren, erzielen einen hohen Wahrscheinlichkeitswert für braun, andere für blond.¹⁷²

d) Hautfarbe

Im Vergleich zur Vorhersage von Augen- und Haarfarben gibt es zum aktuellen Zeitpunkt weniger genetisches Wissen über die Variation der Hautfarbe. Grund dafür ist die globale Verteilung der Hautfarbenvariation im Vergleich zur meist europäischen Verteilung der Augen- und Haarfarbenvariation.¹⁷³ Zudem sind, verglichen mit der Augen- und Haarfarbe, bezüglich der Hautfarbe nur wenige verantwortliche SNP-Variationen bekannt.¹⁷⁴ Im Jahr 2014 wurde von MAURONAS *et al.* die erste umfassende Studie zur Vorhersage der Hautfarbe ver-

¹⁶⁷ PFLUGBEIL/THIELE/LABUDDE, S. 99; KAYSER, S. 39.

¹⁶⁸ Vgl. SULEM *et al.*, S. 1443 ff; VALENZUELA *et al.*, S. 315 ff; PFLUGBEIL/THIELE/LABUDDE, S. 97.

¹⁶⁹ PFLUGBEIL/THIELE/LABUDDE, S. 97.

¹⁷⁰ PFLUGBEIL/THIELE/LABUDDE, S. 97.

¹⁷¹ KAYSER, S. 39; Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.1.

¹⁷² SCHNEIDER/PRAINSACK/KAYSER, S. 876. Es ist darauf hinzuweisen, dass bei einem Testergebnis mit hoher Wahrscheinlichkeit für blond stets zwei Interpretationen vorhanden sind: Entweder ist der Erwachsene blond, oder er ist braunhaarig und war als Kind blond.

¹⁷³ Vgl. KAYSER, S. 40.

¹⁷⁴ PFLUGBEIL/THIELE/LABUDDE, S. 98.

öffentlich.¹⁷⁵ Es wurden genetische Unterschiede zwischen Bevölkerungsgruppen aus Afrika, Europa und zusätzlich einer gemischten biogeografischen Bevölkerungsgruppe mit afrikanischen und europäischen Vorfahren auf genetischer Ebene untersucht und entsprechende Allelfrequenzen der SNP-Variationen verglichen. Aus 59 untersuchten SNPs, die auf DNA-Ebene mit der Hautfarbe in Beziehung stehen, wurden zehn stark mit dem Merkmal korrelierende SNPs aus acht Pigmentierungsgenen identifiziert.¹⁷⁶ Im Einzelnen liegt die Voraussagewahrscheinlichkeit nach dem heutigen Stand der Technik für die helle Hautfarbe bei 98 %, für die dunkle Hautfarbe bei 95 % und für Mischformen bei 84 %.¹⁷⁷ Aufgrund von Weiterentwicklungen ausgehend vom Irisplex-Verfahren ist inzwischen das Verfahren Hirisplex-S vorgestellt worden, welches die Analyse von Augen-, Haar- und Hautfarbe durch die Typisierung von 41 SNPs ermöglichen soll.¹⁷⁸

e) Biogeografische Herkunft

Die biogeografische Herkunft entspricht nicht den Begriffen der Ethnie oder Rasse, da diese vielmehr Aspekte beinhalten, welche im Vergleich zur biogeografischen Herkunft nicht genetisch manifestiert sind. Aus diesem Grund ist die biogeografische Herkunft nicht mit Sprache, Religion oder anderen Formen von Kultur und Tradition gleichzusetzen.¹⁷⁹ Jedoch ist es schwierig zu definieren, was mit der biogeografischen Herkunft einer Person gemeint ist.¹⁸⁰ Nach SCHNEIDER/PRAINSACK und KAYSER werden mit der biogeografischen Herkunft allein die geografischen Regionen beschrieben, aus welchen die biologischen Vorfahren einer Person stammen. Dabei beruhen Vorhersagen zur biogeografischen Herkunft einer Person, welche aus einer DNA-Analyse erfolgen, auf deren genetischen Wurzeln, welche sie mit ihren biologischen Vorfahren teilt.¹⁸¹ Jedoch wird die Qualität der Voraussage der biogeografischen Herkunft in der Lehre oft kritisiert.¹⁸² Einerseits hängen die Wahrscheinlichkeitsaussagen zur geografischen Herkunft stark davon ab, welche Referenzdatenbank als Grundlage für eine Untersuchung genommen wird.¹⁸³ Mit einer Vorhersage, welche auf einer DNA-Analyse basiert, kann somit nur das geografische Herkunftsspektrum einer getesteten Person beschrieben werden, das in den als Referenz verwendeten genetischen Populationsdaten hinreichend klar abgebildet ist.¹⁸⁴ Andererseits ist festzuhalten, dass die biogeografische

¹⁷⁵ MARONAS *et al.*, S. 33 ff; KAYSER, S. 40.

¹⁷⁶ Vgl. KAYSER, S. 40 m. w. H. auf MARONAS *et al.*, S. 33 ff; PFLUGBEIL/THIELE/LABUDDE, S. 98.

¹⁷⁷ KAYSER, S. 40; Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.1.

¹⁷⁸ CHAITANYA *et al.*, S. 123 ff; Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.1.

¹⁷⁹ SCHNEIDER/PRAINSACK/KAYSER, S. 877.

¹⁸⁰ Siehe hierzu: PFAFFELHUBER, S. 18.

¹⁸¹ SCHNEIDER/PRAINSACK/KAYSER, S. 877.

¹⁸² Vgl. WEICHERT, S. 6; Biorespect, Vernehmlassungsantwort, S. 5; PFAFFELHUBER, S. 18.

¹⁸³ WEICHERT, S. 6.

¹⁸⁴ SCHNEIDER/PRAINSACK/KAYSER, S. 877.

Herkunft einer Person aus wissenschaftlicher Sicht anhand von DNA-Analysen auf der Detailebene der Kontinentalregionen Europa, Afrika, Ostasien, Südasien, Ozeanien und Amerika vorausgesagt werden kann.¹⁸⁵ Jedoch sinkt die Aussagekraft, wenn die subkontinentale Herkunft beschrieben werden soll. Grund dafür sind die Auswirkungen innerkontinentaler Wanderungsbewegungen.¹⁸⁶ Insbesondere innerhalb von Europa ist dies als problematisch zu erachten, bezüglich der hohen Anzahl von Wanderungsbewegungen.¹⁸⁷

f) Alter

Zur Bestimmung des chronologischen Alters einer Person wurde im Jahr 2013 durch den Humangenetiker STEVE HORVARTH eine Methode vorgestellt, durch welche anhand der Veränderung der Zellen während des Alterungsprozesses Aussagen zum Alter einer Person möglich sind.¹⁸⁸ Im Verlaufe des Lebens können sich die Gen-Aktivitäten je nach Genort durch eine zu- oder abnehmende chemische Modifikation bestimmter Abschnitte der DNA verändern. Die Altersbestimmung basiert dabei auf chemischen Veränderungen der DNA, sog. Methylierungsmustern, welche sich im Alter ändern.¹⁸⁹ Die Methylierungsanalyse wird in der politischen Diskussion im Zusammenhang mit der Phänotypisierung als die aktuell erfolgversprechendste Methode für die Altersbestimmung aufgeführt.¹⁹⁰ Denn durch sie ist es möglich, das Alter der spurengibenden Person für den Altersbereich von zwanzig bis sechzig Jahren mit einer mittleren Abweichung von etwa vier bis fünf Jahren vorauszusagen.¹⁹¹

3. Phänotypisierung in Strafverfahren

Wird an einem Tatort oder am Opfer Spurenmaterial sichergestellt, bei dem davon ausgegangen werden kann, dass dieses von der Täterschaft stammt, erfolgt in einem ersten Schritt gestützt auf Art. 255 StPO die Erstellung eines DNA-Profiles. Dieses wird anschliessend mit dem DNA-Profil-Informationssystem abgeglichen. Beim Einsatz von DNA-Analysen nach dem geltenden Recht verhält es sich ähnlich wie beim Abgleich eines Fingerabdrucks. Letzterer wird erst durch den Vergleich mit einem zweiten Abdruck interessant und ist für sich allein genommen zunächst wertlos. Dasselbe gilt bei der DNA-Analyse, welche erst durch den Vergleich eine Bedeutung in der Strafverfolgung erhält, da erst durch diesen bewiesen werden kann, dass die spurengibende und verdächtige Person identisch sind.¹⁹²

¹⁸⁵ SCHNEIDER/PRAINSACK/KAYSER, S. 877; Im Erläuternden Bericht werden die Weltregionen Europa, Afrika, Ostasien, Südasien, Südwestasien, Ozeanien und Amerika genannt; Vgl. Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.1.

¹⁸⁶ SCHNEIDER/PRAINSACK/KAYSER, S. 877.

¹⁸⁷ Biorespect, Vernehmlassungsantwort, S. 5.

¹⁸⁸ HORVATH, S. 1 ff; RITZ-TIMME *et al.*, S. 202.

¹⁸⁹ RITZ-TIMME *et al.*, S. 202.

¹⁹⁰ Vgl. Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.1.

¹⁹¹ Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.1; Vgl. Pressemitteilung der Spurenkommission, S. 4.

¹⁹² Vgl. SAV, Vernehmlassungsantwort, S. 2.

Neu ist, dass eine DNA-Analyse nicht nur zu Vergleichszwecken erfolgen, sondern Aussagen über das Erscheinungsbild der Täterschaft erlauben soll. Die Phänotypisierung soll zur unmittelbaren Unterstützung der Fahndungen und Ermittlungen eingesetzt werden. Dabei dürfen die durch die Phänotypisierung gewonnenen Erkenntnisse nicht die alleinige Grundlage für eine Fahndung sein, sondern müssen im Zusammenhang mit weiteren ermittlungsrelevanten Hinweisen, wie Zeugenaussagen, Bildern aus Überwachungskameras usw., zu einem Gesamtbild kombiniert werden.¹⁹³ Zudem soll die Phänotypisierung subsidiär zum Einsatz kommen, nämlich nur dann, wenn andere Fahndungsmittel nicht ausreichen.¹⁹⁴ Somit liegt der primäre Zweck des Einsatzes der Phänotypisierung in der Präzisierung der Fahndung, um damit die Erfolgchancen in ermittlungstechnischer Hinsicht zu verbessern. Zeugenaussagen können aufgrund subjektiver Wahrnehmung oftmals mit Unsicherheiten belastet sein und somit kann nicht in allen Fällen von ihrer Zuverlässigkeit ausgegangen werden.¹⁹⁵ Hinsichtlich des Einsatzes der Phänotypisierung wird hierzu festgehalten, dass sie in einem wissenschaftlichen und damit überprüfbareren Verfahren erfolgen.¹⁹⁶ Wobei zu bemerken ist, dass je nach untersuchtem Merkmal die unterschiedlichen Wahrscheinlichkeitswerte der Voraussagen zu berücksichtigen sind.

Das Instrument der Phänotypisierung ermöglicht es, den von einer DNA-Massenuntersuchung betroffenen Personenkreis und damit auch den Kreis der Personen, von denen ein DNA-Profil erstellt werden soll, einzugrenzen.¹⁹⁷ Vor diesem Hintergrund erfolgt mittels der Phänotypisierung im Zusammenhang mit der DNA-Massenuntersuchung eine Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips, indem der Kreis der unschuldigen Personen, welche einer Zwangsmassnahme unterworfen werden, näher eingegrenzt wird. Im Fall der Vergewaltigung und Ermordung der 16-jährigen Marianne Vaatstra in den Niederlanden konnte anhand der am Tatort sichergestellten Blut- und Spermaspuren im Rahmen der Phänotypisierung festgestellt werden, dass die Täterschaft aus Westeuropa stammt. Dadurch konnten die Ermittlungen eingegrenzt und die Täterschaft schliesslich ermittelt werden.¹⁹⁸

Das Instrument der Phänotypisierung in Strafverfahren hat somit einen schnelleren Fahndungserfolg zum Ziel und soll eine präzisere Fahndung ermöglichen. Zudem kann der Kreis der verdächtigen Personen anhand dieses vor dem Hintergrund der Zweckmässigkeit eingeschränkt werden, was insbesondere im Zusammenhang mit DNA-Massenuntersuchungen erfolgsversprechend ist. In den Stellungnahmen verschiedener Fachkreise wird der Einsatz

¹⁹³ Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.1.

¹⁹⁴ Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.1.

¹⁹⁵ Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.1.

¹⁹⁶ Vgl. Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.1.

¹⁹⁷ Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.1.

¹⁹⁸ Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.1.

der Phänotypisierung mehrheitlich begrüsst, wobei auch Bedenken aufgeführt werden, welche beim gesetzgeberischen Lösungsvorschlag miteinzubeziehen sind.¹⁹⁹

4. Exkurs: Rechtsvergleich am Beispiel der Niederlande

Auf internationaler Ebene nehmen die Niederlande eine Vorreiterposition hinsichtlich der Verwendung von DNA-Analysen zu Strafverfolgungszwecken ein.²⁰⁰ Als erstes Land schafften sie eine rechtliche Grundlage für die Phänotypisierung in Strafverfahren und ermöglichen dadurch die Feststellung äusserlich wahrnehmbarer Personenmerkmale aus dem Zellmaterial.²⁰¹ Mit der Einführung des Instruments der Phänotypisierung in die niederländische Strafprozessordnung erfolgt eine Zweckänderung der DNA-Untersuchung. Während der Zweck dieser altrechtlich im Vergleich von DNA-Profilen lag, soll mit ihr seit 2003 auch auf die Feststellung äusserlich wahrnehmbarer Personenmerkmale des nicht identifizierten Tatverdächtigen abgezielt werden. Eine DNA-Analyse zur Feststellung der äusserlich erkennbaren Merkmale einer Person erfolgt nur nach einem ergebnislosen Suchlauf in der DNA-Datenbank. Dabei soll die Phänotypisierung zur Eingrenzung der Personengruppe eingesetzt werden, welche zur freiwilligen Teilnahme an einer DNA-Massenuntersuchung ersucht wird.²⁰² Zur Zeit des Gesetzgebungsverfahrens im Jahr 2003 wurde festgehalten, dass nach dem damaligen Stand der Technik lediglich das Geschlecht und die biogeografische Herkunft als Persönlichkeitsmerkmale festgestellt werden konnten und somit deren Analyse rechtlich zugelassen wurde.²⁰³ Bereits zu diesem Zeitpunkt wies die gesetzliche Grundlage ein angemessenes Mass an Flexibilität auf, indem die Möglichkeit offen gelassen wurde, sich an wissenschaftliche Fortschritte anzupassen und damit die Feststellung weiterer äusserlich wahrnehmbarer Merkmale zu erlauben. Für alle weiteren Personenmerkmale war einzelfallweise ein spezielles Genehmigungsverfahren vorgesehen.²⁰⁴ Die entsprechenden Nachträge zum Gesetz müssen dabei von der Zweiten Kammer des Parlaments²⁰⁵ auf Antrag des Justizministeriums verabschiedet werden.²⁰⁶ So hat die Zweite Kammer im Jahr 2012 das Merkmal der Augenfarbe genehmigt und im Jahr 2017 das der Haarfarbe. Für das Merkmal der Hautfarbe ist das Genehmigungsverfahren im Jahr 2018 eingeleitet worden.²⁰⁷ Eine Phänotypisierung erfolgt nach niederländischem Recht nur bei Vorliegen eines Verdachts auf

¹⁹⁹ Vgl. FDP, Vernehmlassungsantwort, S. 1 ff; Kritisch hingegen äussern sich die SP sowie Biorespect in ihrer Vernehmlassungsantwort und fordern eine gesetzlich geregelte Einschränkung des Einsatzes der Phänotypisierung; Vgl. SP, Vernehmlassungsantwort, S. 1 ff; Biorespect, Vernehmlassungsantwort, S. 1 ff.

²⁰⁰ VERVAELE/DE GRAAF/TIELEMANS, S. 459 ff; SIR, S. 74.

²⁰¹ SIR, S. 74; Art. 151d, 195 f der niederländischen Strafprozessordnung (Sv).

²⁰² SIR, S. 74.

²⁰³ SIR, S. 74. Im Gesetz wurden die Begriffe *Geschlecht* und *Rasse* aufgenommen.

²⁰⁴ SIR, S. 74.

²⁰⁵ Entspricht in der Schweiz dem Nationalrat.

²⁰⁶ Vgl. Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.1; SIR, S. 77.

²⁰⁷ Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.1.

eine Straftat, für welche die Untersuchungshaft angeordnet werden kann.²⁰⁸ Die niederländische Strafprozessordnung enthält eine Auflistung von Verbrechen, bei denen eine Untersuchungshaft angeordnet wird.²⁰⁹ Dabei handelt es sich mehrheitlich um Taten, welche mit einer Freiheitsstrafe von höchstens vier Jahren sanktioniert werden.²¹⁰ Neben den Niederlanden wird das Instrument der Phänotypisierung auch in Grossbritannien, den USA sowie Frankreich eingesetzt.²¹¹

²⁰⁸ Ist in der Niederländischen Strafprozessordnung in Art. 151d Abs. 4, 195f Abs. 1 i.V.m. 67 Abs. 1 Sv geregelt; SIR, S. 79.

²⁰⁹ Art. 67 Abs. 1 lit. a Sv; SIR, S. 79.

²¹⁰ SIR, S. 79.

²¹¹ Vgl. Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.1.

D. Zwischenfazit

Es kann festgehalten werden, dass der Einsatz des Instruments der Phänotypisierung in Strafverfahren bereits beim Erlass des DNA-Profil-Gesetzes diskutiert wurde, jedoch aufgrund fehlender, wissenschaftlich etablierter technischer Möglichkeiten abgelehnt wurde. Zudem besteht die Vermutung, dass auch aus Gründen des Daten- sowie Persönlichkeitsschutzes auf eine gesetzliche Verankerung der Phänotypisierung verzichtet wurde.²¹²

Als Reaktion auf medienbrisanter schwere Straftaten, in denen die Täterschaft gesucht wird, erhält die Phänotypisierung erneut Aufmerksamkeit. In der Schweiz gab der Vergewaltigungsfall in Emmen Anlass für die Einreichung der Motion des Nationalrats Albert Vitali. Das Ziel der Motion liegt darin, die Auswertung spezieller Genorte auf Gesetzesstufe zu erlauben und damit einerseits die Strafverfolgung zu verbessern sowie andererseits teure DNA-Massenuntersuchungen einzuschränken. Dabei soll die Phänotypisierung zur Aufklärung schwerwiegend gewalttätiger Straftaten dienen. Nach dem aktuellen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse sollen anhand der DNA-Analyse neben dem Geschlecht als weitere äusserlich sichtbare Merkmale zusätzlich die Augen-, Haar- und Hautfarbe sowie die biogeografische Herkunft und das Alter festgestellt werden. Wissenschaftler haben in der Zwischenzeit zahlreiche Analysemethoden entwickelt, welche Wahrscheinlichkeitsaussagen zu den einzelnen äusserlich sichtbaren Merkmalen zulassen.

Mit der Vernehmlassungsvorlage möchte der Bundesrat den wissenschaftlichen Fortschritt zu Strafverfolgungszwecken nutzen und den Vorsprung der Technologie gegenüber der Gesetzgebung aufholen.

²¹² SAV, Vernehmlassungsantwort, S. 3.

VI. Gesetzgeberischer Lösungsvorschlag

Mit der am 16. Dezember 2015 eingereichten Motion wird die Auswertung der codierenden Abschnitte der DNA zur Aufschlüsselung von Tätermerkmalen für schwere Gewaltverbrechen verlangt, damit die Strafverfolgungsbehörden künftig mehr Informationen aus einer DNA-Spur herauslesen dürfen. Der Bundesrat hatte am 28. August 2019 einen Vorentwurf für die Anpassung des DNA-Profil-Gesetzes in die Vernehmlassung geschickt. Die Vernehmlassungsfrist dauerte bis am 30. November 2019 und gab vielen ihrer Adressaten die Möglichkeit, sich zur Vorlage zu äussern. Nun werden die Vernehmlassungsergebnisse zusammengestellt und ausgewertet.

Im Zentrum der Vorlage steht die Einführung der Phänotypisierung in das Schweizerische Strafprozessrecht, wobei die Vernehmlassungsvorlage auch die Neuregelung der Löschfristen für die DNA-Personenprofile sowie des erweiterten Suchlaufs mit Verwandtschaftsbezug enthält. Im Folgenden wird auf jene Artikel der Vernehmlassung eingegangen, welche die Normierung der Phänotypisierung betreffen.

A. Überblick

1. Bestimmungen des DNA-Profil-Gesetzes

Mit der Einführung des Instruments der Phänotypisierung erfolgt eine Änderung des Gegenstands und Zwecks des DNA-Profil-Gesetzes. Neu wird Art. 1 Abs. 1 mit lit. d ergänzt, in welchem festgehalten wird, dass das Gesetz auch die Phänotypisierung in Strafverfahren regelt.²¹³

Mit der Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die Phänotypisierung erfolgt gleichzeitig mit Art. 2 Abs. 1 VE-DNA-Profil-Gesetz eine neue Ausgangslage für die Definition des DNA-Profiles. Letzteres wird als für ein Individuum spezifische Buchstaben-Zahlen-Kombination festgelegt, dessen Zweck in der Identifizierung der Personen liegt, die anhand der Erstellung des DNA-Profiles erfolgt.²¹⁴ Dabei stellen diese zwei Bestandteile der Legaldefinition dar: einerseits die äussere Form des Analyseergebnisses, nämlich die Buchstaben-Zahlen-Kombination, und andererseits der Identifizierungszweck, die Besonderheit des DNA-Profiles gegenüber der Phänotypisierung.²¹⁵ Die in der noch aktuellen Fassung in Art. 2 Abs. 2 DNA-Profil-Gesetz festgehaltene Vorgabe, dass bei der Erstellung des DNA-Profiles nicht nach dem Gesundheitszustand sowie nach persönlichen Eigenschaften mit Ausnahme des Geschlechts der betroffenen Person geforscht werden darf, soll unverändert in Abs. 1 verschoben werden. Mit diesem Verbot wird entsprechend der noch heute gültigen Gesetzesgrundlage dem Interesse der betroffenen Person an der absoluten Geheimhaltung ihrer Erbinfor-

²¹³ Vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. d VE-DNA-Profil-Gesetz.

²¹⁴ Erläuternder Bericht, Ziff. 3.1.

²¹⁵ Erläuternder Bericht, Ziff. 3.1.

mationen Rechnung getragen.²¹⁶ Inwiefern eine im Wortlaut unveränderte Übernahme dieses Satzes in der Revision des DNA-Profil-Gesetzes erfolgen kann, erscheint vor dem Hintergrund der Phänotypisierung fraglich, zumal mit diesem Instrument der Strafverfolgung gerade die Feststellung weiterer persönlichkeitsbezogener Merkmale angestrebt wird.

In Art. 2 Abs. 2 DNA geht es nun explizit um die Phänotypisierung. Mit diesem Absatz soll vor dem Hintergrund von Art. 36 BV eine hinreichend klare Grundlage im formellen Gesetz für den Einsatz der Phänotypisierung in der Strafverfolgung aufgestellt werden.²¹⁷ In einem ersten Satz erfolgt eine Definition des Verwendungszwecks der Phänotypisierung. Dabei handelt es sich um die Feststellung äusserlich sichtbarer Merkmale der spurengibenden Person zu Zwecken der Strafverfolgung. In einem zweiten Satz wird eine Aufzählung der einzelnen persönlichen Merkmale aufgeführt, welche mittels der Phänotypisierung festgestellt werden dürfen. Dies sind nach der Vorlage Augen-, Haar- und Hautfarbe, die biogeografische Herkunft sowie das biologische Alter.²¹⁸

Die Art. 3 Abs. 1 und 2 DNA-Profil Gesetz sind bereits vollständig durch Art. 255 und 256 StPO abgedeckt, weshalb sie ersatzlos aufgehoben werden. Weil Art. 3 Abs. 3 DNA-Profil-Gesetz eine strafprozessuale Materie regelt, wird dieser in die StPO nämlich in Art. 255 Abs. 3 VE-StPO verschoben.²¹⁹

Es wird mit der Revision des DNA-Profil-Gesetzes grundsätzlich eine Separierung der verwaltungsrechtlichen und strafprozessualen Inhalte angestrebt, wie dies mit der Totalrevision des BÜPF im Verhältnis zwischen BÜPF und StPO umgesetzt wurde.²²⁰ Nach den aktuellen Gesetzesversionen sind in der StPO die unterschiedlichen Zuständigkeiten zur Anordnung der Erstellung eines DNA-Profiles geregelt, während das DNA-Profil-Gesetz gleichzeitig Bestimmungen zum Verwaltungs- und Strafprozessrecht enthält.²²¹ Somit sollen im DNA-Profil-Gesetz die sachlichen Inhalte der Phänotypisierung normiert werden, während durch das Strafprozessrecht geregelt werden soll, für welche Deliktskategorien und von welchen Behörden das Instrument der Phänotypisierung eingesetzt werden kann.²²²

2. Bestimmungen der Schweizerischen Strafprozessordnung

Weil es sich bei der Einführung des Instruments der Phänotypisierung um die Ausweitung der Zulässigkeit von DNA-Analysen im Hinblick auf persönlichkeitsbestimmende Merkmale in der Strafverfolgung handelt, erfolgt im Rahmen der Revision des DNA-Profil-Gesetzes auch

²¹⁶ HANSJAKOB, StPO Komm., Art. 255 N 4; FORNITO, S. 191; MAIRE/KUSTER, S. 86.

²¹⁷ Erläuternder Bericht, Ziff. 3.1.

²¹⁸ Erläuternder Bericht, Ziff. 3.1.

²¹⁹ Erläuternder Bericht, Ziff. 3.1.

²²⁰ Botsch. BÜPF, S. 2748.

²²¹ Erläuternder Bericht, Ziff. 3.1.

²²² Erläuternder Bericht, Ziff. 3.1.

eine Änderung der StPO. Die Normen zu den DNA-Analysen sind im fünften Kapitel in Art. 255 ff. StPO geregelt. Die neuen Normierungen zur Phänotypisierung führen insbesondere im Rahmen der DNA-Massenuntersuchungen gem. Art. 256 StPO zu Änderungen. Grund dafür ist der Einsatz der Phänotypisierung zur Eingrenzung des Personenkreises, welcher sich einer DNA-Massenuntersuchung zu unterziehen hat. Der Kreis der zu untersuchenden Personen lässt sich gestützt auf die Erkenntnisse zum äusseren Erscheinungsbild der spurgebenden Person zusätzlich eingrenzen.²²³ Deshalb wird diese Verwendungsmöglichkeit der Phänotypisierung in Art. 256 VE-StPO gesetzlich verankert und ausdrücklich vorgesehen. Dadurch kann eine DNA-Massenuntersuchung künftig grundrechtsschonender erfolgen und ein geringerer polizeilicher Ressourceneinsatz erzielt werden.²²⁴

Neu wird im zweiten Abschnitt in Art. 258b VE-StPO aufgeführt, dass zur Aufklärung eines Verbrechens eine Phänotypisierung nach dem DNA-Profil-Gesetz angeordnet werden kann. Mit dieser Norm erfolgt die Regelung der Phänotypisierung auf gesetzlicher Stufe in der Strafprozessordnung. Aus der Vorlage ergibt sich, dass dieses Instrument allein zur Aufklärung von Verbrechen zur Verfügung steht. Weil die Zuständigkeit zur Anordnung von Zwangsmassnahmen gemäss der allgemeinen Regelung von Art. 198 Abs. 1 lit. a StPO bei der Staatsanwaltschaft liegt, soll dies entsprechend der Vernehmlassungsvorlage auch für die Phänotypisierung gelten.²²⁵

B. Erläuterungen zu Art. 2 VE-DNA-Profil-Gesetz

Die gesetzliche Grundlage für den Einsatz der Phänotypisierung wird mit Art. 2 VE-DNA-Profil-Gesetz geschaffen.²²⁶

Im ersten Absatz wurde zusätzlich der spezifische Zweck der Erstellung des DNA-Profiles auf Gesetzesstufe aufgenommen. Zudem ist in Abs. 1 ausdrücklich das Verbot der Forschung nach dem Gesundheitszustand und anderen persönlichen Eigenschaften der betroffenen Person festgehalten. Teilweise wird in den Vernehmlassungsantworten aufgeführt, dass Informationen zum Gesundheitszustand hilfreich seien, um die Täterschaft ausfindig zu machen oder Personen als Tatverdächtige auszuschliessen. Dabei wird mehrfach das Beispiel des Down-Syndroms aufgeführt, um den Mehrwert der Erhebung medizinisch relevanter Daten aufzuzeigen.²²⁷ Hierzu hält ZIEGER in seinen Ausführungen fest, dass ausgehend von der Anzahl der in der Schweiz lebenden Personen mit Down-Syndrom und der im Jahr 2019 ungeklärten Fälle schwerer Gewalt, anzunehmen ist, dass rund alle zwanzig Jahre ein ungeklärtes, schweres Gewaltdelikt durch eine Person mit Down-Syndrom begangen wird.²²⁸ Vor

²²³ Vgl. Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.1 und 3.2.

²²⁴ Erläuternder Bericht, Ziff. 3.2.

²²⁵ Erläuternder Bericht, Ziff. 3.2.

²²⁶ Der Wortlaut von Art. 2 VE-DNA-Profil-Gesetz ist im Anhang aufgeführt.

²²⁷ Vgl. Schweizerische Staatsanwälte-Konferenz, Vernehmlassungsantwort, S. 2.

²²⁸ ZIEGER, N 81.

diesem Hintergrund erweist sich die Erhebung gesundheitsrelevanter Informationen als unverhältnismässig und es ist zu Recht am Verbot der Auswertung gesundheitsrelevanter Daten festzuhalten. Des Weiteren erscheint es widersprüchlich, im ersten Absatz festzuhalten, dass bei der Erstellung eines DNA-Profiles nicht nach anderen persönlichen Eigenschaften der betroffenen Person geforscht werden kann, wenn im nächsten Absatz im Rahmen der Phänotypisierung die Analyse äusserlich sichtbarer Merkmale der spurengibenden Person zugelassen wird.²²⁹

Der nachfolgende Absatz bezieht sich vollumfänglich auf die Phänotypisierung. Aus der Formulierung ergibt sich, dass die äusserlich sichtbaren Merkmale der spurengibenden Person mit dieser festgestellt werden. Die Feststellung erfolgt anhand von Wahrscheinlichkeitsaussagen, welche nicht mit Sicherheit zutreffen. Das Institut für Rechtsmedizin Bern schlägt in seiner Vernehmlassungsantwort vor, die Formulierung „festgestellt“ durch „abgeschätzt“ zu ersetzen.²³⁰ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass damit irrtümlicherweise zum Ausdruck gebracht wird, dass sich das Instrument der Phänotypisierung auf Schätzungen stützt. Deshalb ist im Rahmen der Phänotypisierung weiterhin von einer Feststellung der äusserlich sichtbaren Merkmale auszugehen, auch wenn diese mittels Wahrscheinlichkeitsaussagen erfolgt.

Im zweiten Satz erfolgt die Aufzählung der äusserlich sichtbaren Merkmale. Die Einordnung des Merkmals der biogeografischen Herkunft als ein solches wird in vielen Stellungnahmen kritisiert.²³¹ Die Untersuchung der biogeografischen Herkunft wird irrtümlicherweise der Phänotypisierung zugeordnet, da aus den biogeografischen Wurzeln einer Person nur bedingt Rückschlüsse auf äusserlich sichtbare Persönlichkeitsmerkmale möglich sind. Dies gilt insbesondere bei Personen mit Vorfahren von unterschiedlichen Kontinenten.²³² Denn je weiter entfernt voneinander die Herkunftsregionen der Personen liegen, desto grössere genetische Unterschiede liegen vor.²³³ Zusätzlich wird aufgrund dieser komplexen und zurückreichenden Abstammungsuntersuchung an der Qualität der Wahrscheinlichkeitsaussagen zur biogeografischen Herkunft gezweifelt.²³⁴ Weil also die biogeografische Herkunftsanalyse begrenzt Aussagen zum Aussehen der spurengibenden Person erlaubt, ist die Aufnahme dieses Merkmals als äusserlich sichtbares Merkmal, das im Rahmen der Phänotypisierung festgestellt werden soll, als problematisch zu erachten.

²²⁹ SAV, Vernehmlassungsantwort, S. 7.

²³⁰ Vgl. Institut für Rechtsmedizin Bern, Vernehmlassungsantwort, S. 2.

²³¹ Vgl. Biorespect, Vernehmlassungsantwort, S. 5; SP, Vernehmlassungsantwort, S. 2.

²³² KAYSER/DE KNIJFF, S. 185; ZIEGER, N 32.

²³³ SCHNEIDER/PRAINSACK/KAYSER, S. 877.

²³⁴ ZIEGER, N 32; Biorespect, Vernehmlassungsantwort, S. 5.

Im Gesetzeswortlaut werden die äusserlich sichtbaren Merkmale in einem abschliessenden Katalog aufgeführt. Somit ist für die Aufnahme weiterer Merkmale eine Gesetzesrevision notwendig. Damit das Gesetz hinter dem wissenschaftlichen Fortschritt nicht permanent zurückliegt, wird in vielen Stellungnahmen zum Vorentwurf vorgeschlagen, die analysierbaren Merkmale auf Verordnungsstufe zu regeln.²³⁵ So können künftig weitere Merkmale hinzukommen, wie die Gesichtsform, die Körpergrösse oder die Glatzköpfigkeit.²³⁶ Angesichts der künftig erwarteten neuen wissenschaftlichen Erkenntnisse erscheint es sinnvoll, Flexibilität zu ermöglichen und neue Erkenntnisse damit unmittelbar in der Strafverfolgung zu implementieren. Jedoch ist darauf hinzuweisen, dass gewisse Zurückhaltung hinsichtlich der Zulassung der Analyse weiterer Persönlichkeitsmerkmale geboten ist. Insbesondere sollen Analysemethoden dann zugelassen sein, wenn durch sie zuverlässige Wahrscheinlichkeitsaussagen zu den jeweiligen Merkmalen ermöglicht werden. Zudem erscheint die Auflistung der weiteren zulässigen phänotypischen Auswertungen auf Verordnungsstufe vor dem Hintergrund von Art. 36 BV fraglich.

C. Chancen der neuen gesetzlichen Grundlage

Der Hauptzweck der Einführung der Phänotypisierung als Instrument in der Strafverfolgung gestützt auf Art. 2 VE-DNA-Profil-Gesetz liegt in der Erzielung eines schnelleren Fahndungserfolgs. Gleichzeitig führt dies zu einer Prävention weiterer Straftaten durch dieselbe sowie durch andere, neue Täterschaften. Kann die Täterschaft schneller ausfindig gemacht werden, wird gleichzeitig eine mögliche weitere Tat durch dieselbe Person verhindert. Zudem ist der präventive Gedanke der Ausweitung des DNA-Profil-Gesetzes auch bezüglich potentieller Delinquenten zu sehen. Bei der Begehung einer Straftat besteht trotz hoher Vorsichtsmassnahmen eine Gefahr, DNA-Spuren in Form von Haaren oder Hautschuppen am Tatort zu hinterlassen. Dabei ist diese vorbeugende Wirkung der Einführung des Instruments der Phänotypisierung nach MAIRE und KUSTER mit der präventiven Wirkung des Strafmasses vergleichbar.²³⁷ Denn die Erhöhung der Entdeckungswahrscheinlichkeit kombiniert mit der Schwere der jeweiligen Strafe erzielt eine Abschreckungswirkung. In der kriminologischen Forschung wird hierbei von einem Synergie-Effekt ausgegangen.²³⁸

Das Interesse an einer erweiterten DNA-Analyse ist insbesondere dann gross, wenn zwar Tatortspuren vorliegen, jedoch keine Treffer mit der DNA-Datenbank vorhanden sind. Mit der Phänotypisierung kann das Aussehen der mutmasslichen Täterschaft mittels der Feststellung der äusserlich sichtbaren Merkmale beschrieben werden. Ähnlich wie bei der Verwen-

²³⁵ Vgl. Eidgenössische Kommission für genetische Untersuchungen beim Menschen, Vernehmlassungsantwort, S. 2; Regierungsrat Kanton Zürich, Vernehmlassungsantwort, S. 1; Interkantonale Kriminalpolizeiliche Arbeitsgruppe Kriminaltechnik, Vernehmlassungsantwort, S. 2.

²³⁶ Siehe näheres: ZIEGER, N 31.

²³⁷ MAIRE/KUSTER, S. 94.

²³⁸ Vgl. KILLIAS/KUHN/AEBI, N 1017; MAIRE/KUSTER, S. 90.

dung der Aussagen von Augenzeugen kann damit die Ermittlungsarbeit in die richtige Richtung gelenkt werden. Dem erläuternden Bericht ist zu entnehmen, dass die Phänotypisierung einerseits bei gänzlichem Fehlen von Zeugenaussagen zum äusseren Erscheinungsbild der mutmasslichen Täterschaft und andererseits bei widersprüchlichen oder mit Unsicherheit behafteten Zeugenaussagen konkrete Ansatzpunkte in der Strafverfolgung liefert.²³⁹ Zeugenaussagen können nicht in allen Fällen verlässlich sein. Zahlreiche Faktoren beeinflussen beim Menschen die Aufnahme von Informationen beim Erleben eines Ereignisses. Es spielt dabei z. B. eine Rolle, wie lange eine Person Zeit hatte, dieses zu beobachten und wahrzunehmen.²⁴⁰ Zusätzlich werden die Wahrnehmungen durch die Sichtverhältnisse beeinflusst, so sind die Zeugen, welche eine Straftat unter schlechten Sichtbedingungen beobachtet haben, von ihren Wahrnehmungen gleich überzeugt wie jene, welche ein Geschehnis unter vergleichsweise guten Sichtbedingungen mitverfolgt haben.²⁴¹ In diesem Zusammenhang gilt, dass nicht lediglich auf die Überzeugung eines Zeugen abgestellt werden kann. Der Einsatz der Phänotypisierung ist somit insbesondere in Fällen, in denen von einer unstrittenen Zuverlässigkeit einer Zeugenaussage auszugehen ist, zur Präzisierung der Aussagen zu begrüssen. Anhand der Bekanntgabe von Persönlichkeitsmerkmalen, welche mittels Zeugenaussagen und der Phänotypisierung festgestellt werden konnten, kann eine Fahndung mit einem Phantombild erfolgen. Für die Erstellung eines solchen, das aussagekräftig und einzig auf die Erkenntnisse aus der Phänotypisierung gestützt ist, bedarf es jedoch künftig wissenschaftlicher Forschungsarbeit.²⁴²

Anhand von Erkenntnissen aus einer erweiterten DNA-Analyse im Sinne der Phänotypisierung können zu Unrecht verdächtige Personen entlastet werden. Dieser Vorteil der Phänotypisierung zeigte sich bereits im Fall der 16-jährigen Marianne Vaatstra in den Niederlanden, in welchem die Flüchtlinge aus dem Asylzentrum der Straftat verdächtigt wurden, welches sich in der Nähe des Tatortes befand. Anhand einer Phänotypisierung konnte festgestellt werden, dass es sich beim Träger der gefundenen DNA-Spur um eine Person nordwesteuropäischer Abstammung handelte. Damit konnten die Flüchtlinge des Asylzentrums entlastet und die Täterschaft ausfindig gemacht werden.²⁴³ Mit dem Einsatz der Phänotypisierung in DNA-Massenuntersuchungen wird zusätzlich dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung getragen, weil diese mit der Eingrenzung des Personenkreises möglicher Täterschaft künftig gezielter durchgeführt werden können, was gleichzeitig Ressourceneinsparungen zur Folge hat.²⁴⁴

²³⁹ Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.1.

²⁴⁰ LUDEWIG/TAVOR/BAUMER, Ziff. 2.1.

²⁴¹ LUDEWIG/TAVOR/BAUMER, Ziff. 2.1.

²⁴² KKJPD, Vernehmlassungsantwort, S. 1; LANDOLT, Aargauer Zeitung vom 20.05.2016.

²⁴³ GERNY, NZZ-Online vom 07.08.2019.

²⁴⁴ MAIRE/KUSTER, S. 92.

Dank wissenschaftlichem und technischem Fortschritt stehen den Strafverfolgungsbehörden raffinierte Untersuchungsmethoden zur Verfügung. Einerseits verspricht das Instrument der Phänotypisierung der Öffentlichkeit eine effiziente Aufklärung schwerster Verbrechen und führt zu einem höheren Sicherheitsgefühl der Bevölkerung. Andererseits handelt es sich um die Analyse persönlicher Daten eines Menschen, weshalb der Schutz vor Grundrechtseingriffen im DNA-Profil-Gesetz gewährleistet sein muss.

D. Gefahren der neuen gesetzlichen Grundlage

Neben den aufgeführten Chancen beinhaltet die erweiterte DNA-Analyse in der Strafverfolgung auch Gefahren, welche nicht ausgeblendet werden dürfen. Aus der Vielzahl der eingereichten Vernehmlassungsantworten mit teilweise ausführlichen Stellungnahmen wird ersichtlich, dass die erweiterte DNA-Analyse von der Mehrheit begrüsst wird, aber auch kritisch zu hinterfragen ist. Deshalb erscheint eine klare gesetzliche Grundlage für den Einsatz der Phänotypisierung in Strafverfahren von grosser Bedeutung. Insbesondere wegen der in der DNA einer Person enthaltenen, zahlreichen Informationen stehen der Einführung der neuen Methode Gefahren entgegen, auf welche im Folgenden detaillierter eingegangen wird.

1. Grundrechtliche Aspekte

Durch strafprozessuale Zwangsmassnahmen wird ausgehend von ihrer Definition gem. Art. 196 StPO in die Grundrechte einer Person eingegriffen und sie sind nur unter Einhaltung der Schrankenregelung von Art. 36 BV zulässig.²⁴⁵ So stellt die Phänotypisierung als eine Zwangsmassnahme einen Grundrechtseingriff in die persönliche Freiheit gem. Art. 10 Abs. 2 BV sowie in die Privatsphäre der betroffenen Person gem. Art. 13 BV, 8 EMRK und 17 UNO-Pakt II dar. Dabei ist insbesondere das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 13 Abs. 2 BV betroffen.²⁴⁶ Wie bereits bei der Besprechung des Leitentscheids bezüglich der DNA-Analyse nach Art. 255 StPO festgehalten, qualifiziert das BGer die Erstellung und Bearbeitung eines DNA-Profiles als einen leichten Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 13 Abs. 2 BV.²⁴⁷ Die Analyse umfasst indessen ausschliesslich nichtcodierende Abschnitte der DNA und ist darauf beschränkt, ähnlich wie bei einem klassischen Fingerabdruck, persönlichkeitsneutrale Merkmale des betreffenden Menschen festzustellen, welche die Identifizierung erlauben, jedoch keine Aussagen über Erbanlagen oder Rückschlüsse auf Krankheiten zulassen.²⁴⁸ Diese Argumentation des BGer verdeutlicht den Unterschied im Grundrechtseingriff, welcher bei der Phänotypisierung im Vergleich zur Erstellung des herkömmlichen DNA-Profiles erfolgt. Das Instrument der Phänotypisierung dient

²⁴⁵ WEBER, BSK StPO, Art. 197 N 1.

²⁴⁶ Erläuternder Bericht, Ziff. 5.1.2; MAIRE/KUSTER, S. 95; STAUDINGER, S. 375; LIPPARDT/LIPPARDT, S. 3.

²⁴⁷ BGE 128 II 259, E. 3.3.

²⁴⁸ BGE 128 II 259, E. 3.3.

gerade der Feststellung persönlichkeitsrelevanter Merkmale der betroffenen Person.²⁴⁹ Auch stelle das DNA-Profil nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keinen Eingriff in den Kerngehalt des informationellen Selbstbestimmungsrechts dar, weil keine Aussagen zu bestimmten Eigenschaften einer Person herausgelesen werden.²⁵⁰ E contrario erfolgt bei der Phänotypisierung ein Eingriff in den Kerngehalt des informationellen Selbstbestimmungsrechts.

Letzteres ist als Teil des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes im Grundrechtskatalog der Bundesverfassung in Art. 13 Abs. 2 BV verankert. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung umfasst der sachliche Schutzbereich das Recht jedes Individuums, selbst zu entscheiden, ob, wann und wem es persönliche Lebenssachverhalte, Gedanken, Empfindungen oder Emotionen offenbaren will.²⁵¹ Somit beinhaltet die Norm jede Bearbeitung personenbezogener Daten.²⁵² Zu den geschützten persönlichen und personenbezogenen Daten zählen Informationen, welche einen bestimmten Bezug zu einer natürlichen oder juristischen Person aufweisen, z. B. zu ihren physischen und psychischen Eigenschaften, sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen oder politischen Anschauungen.²⁵³ Weil jeder staatliche Umgang mit Personendaten in die Garantie informationeller Selbstbestimmung greift,²⁵⁴ ist ein solcher Eingriff besonders rechtfertigungsbedürftig und nur dann zulässig, wenn die allgemeinen Voraussetzungen für die Beschränkung von Grundrechten nach Art. 36 BV erfüllt sind.²⁵⁵ Die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die Rechtfertigung der Analyse spezieller Genorte, welche Rückschlüsse auf das Aussehen der Täterschaft erlauben, wird mit Art. 2 VE-DNA-Profil-Gesetz angestrebt.²⁵⁶

Bezugnehmend auf die Voraussetzung des öffentlichen Interesses gilt, dass die Aufklärung bereits erfolgter und die Verhinderung potentiell künftiger Straftaten anhand erkennungsdienstlicher Massnahmen grundsätzlich im öffentlichen Interesse liegen.²⁵⁷ Dabei werden polizeiliche Schutzgüter geschützt, z. B. die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit sowie die öffentliche Ruhe.²⁵⁸ Weil mit dem Instrument der Phänotypisierung weitere Abschnitte der DNA untersucht werden, ist ein strengerer Massstab bei der Beurteilung des Vorliegens eines genügenden öffentlichen Interesses anzusetzen als bei der DNA-Analyse

²⁴⁹ Erläuternder Bericht, Ziff. 5.1.

²⁵⁰ BGE 128 II 259, E. 3.3.

²⁵¹ BLONSKI, S. 69; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 177; BGE 128 II 259, E. 3.3.

²⁵² KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 178.

²⁵³ DIGGELMANN, BSK BV, Art. 13 N 33.

²⁵⁴ MÜLLER/SCHEFER, S. 174; BLONSKI, S. 66.

²⁵⁵ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 13 N 13.

²⁵⁶ Vgl. MAIRE/KUSTER, S. 96.

²⁵⁷ BGE 128 II 259, E. 3.5; BGE 120 Ia 147, E. 2d.

²⁵⁸ BLONSKI, S. 69; MAIRE/KUSTER, S. 96.

nach dem geltenden Recht.²⁵⁹ Im Unterschied zum DNA-Profil wird bei der Phänotypisierung auf die ganze DNA-Information zugegriffen. Damit werden die gesamten Erbinformationen und damit die materielle Basis der Grundinformation über die individuellen Eigenschaften jeder Person durchleuchtet. Unter Berücksichtigung der Hauptzwecke der Phänotypisierung, welche in der Präzisierung der Fahndung sowie der Eingrenzung des Personenkreises bei einer DNA-Massenuntersuchung liegen, erscheint das Vorliegen eines öffentlichen Interesses fraglich. Zwar ist aufzuführen, dass das Instrument der Phänotypisierung aufgrund der abschreckenden Wirkung auch der Prävention dient, jedoch ist nicht davon auszugehen, dass damit alle potentiellen Täter von der Begehung einer Straftat abgehalten werden können.²⁶⁰

Bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit der staatlichen Handlung sind auf der einen Seite das öffentliche Interesse und auf der anderen das Grundrechtsinteresse einer Person gegeneinander abzuwägen.²⁶¹ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Verhältnismässigkeit beim Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gegeben, wenn der Grundrechtseingriff zur Erreichung eines im öffentlichen Interesse liegenden Zieles geeignet und erforderlich ist.²⁶² Weil das DNA-Profil lediglich der Identifizierung dient und Informationen bezüglich Erbanlagen nicht erhoben werden, geht das BGer von einer leichten Beeinträchtigung aus und setzt keinen strengen Massstab an das Erfordernis der Verhältnismässigkeit.²⁶³ Bereits bei der Diskussion der Verwendung von DNA-Analysen im Strafprozess wurde festgehalten, dass diese nur dann unproblematisch sind, wenn sie sich nur auf die Analyse der nichtcodierenden Abschnitte beschränken.²⁶⁴ Bei der Analyse weiterer Abschnitte der DNA ist deshalb ein strengerer Massstab auch an das Erfordernis der Verhältnismässigkeit zu setzen. Dies ist insbesondere deshalb der Fall, da bei dieser Analyse laut BOMMER ein Eindringen in die Intimsphäre erfolgt, welches aufgrund des Zugriffs auf die Erbinformation, die auch als biochemischer menschlicher Lebensplan beschrieben wird, tiefer kaum sein kann.²⁶⁵ Wird diesem Grundrechtseingriff das öffentliche Interesse gegenübergestellt, ist festzuhalten, dass zwar mittels der Feststellung der äusserlich erkennbaren Merkmale künftig eine präzisere Fahndung ermöglicht wird. Ob dies gleichzeitig zu einem schnelleren Fahndungserfolg führt, kann im Voraus im generellen Sinne jedoch nicht mit Sicherheit bejaht werden. Zudem ist bezüglich der Einschätzung der präventiven Wirkung der Phänotypisierung festzuhalten, dass aus Dunkelfeldstudien bekannt ist, dass die Zahl der möglicher-

²⁵⁹ BLONSKI, S. 69.

²⁶⁰ Vgl. MAIRE/KUSTER, S. 96.

²⁶¹ BLONSKI, S. 70.

²⁶² BGE 128 II 259, E. 3.6; BGE 120 Ia 147, E. 2e.

²⁶³ BGE 128 II 259, E. 3.6.

²⁶⁴ BOMMER, S. 136.

²⁶⁵ BOMMER, S. 149.

weise verhinderten Delikte häufig zu hoch eingeschätzt wird, weil eher die aktive Täterschaft ausfindig gemacht wird als jene, welche nicht häufig Straftaten begeht.²⁶⁶ Aufgrund dieser Ausführungen ist die Verhältnismässigkeit des Instruments der Phänotypisierung aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht leichthin zu bejahen. In der Vernehmlassungsvorlage wird explizit darauf hingewiesen, dass dem Verhältnismässigkeitsprinzip gedient wird, indem der Einsatz der Phänotypisierung lediglich zur Aufklärung von Verbrechen zugelassen wird.²⁶⁷ Um der Verhältnismässigkeit zu entsprechen, erscheint es sinnvoll, die Anwendbarkeit der Phänotypisierung nach der Schwere des Delikts vorzunehmen. Jedoch wird die Kategorie der Verbrechen auch in den Vernehmlassungsantworten von vielen Seiten als zu weit und unpräzise empfunden.²⁶⁸ Vor dem Hintergrund der Schwere des Grundrechtseingriffs geht die Beschränkung von Verbrechen nicht weit genug. Deshalb würde eine Eingrenzung des Einsatzes des Instruments der Phänotypisierung auf Verbrechen, die gegen Leib und Leben oder die sexuelle Integrität gerichtet sind, dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung tragen. Zudem ist aus Gründen der Verhältnismässigkeit auf Gesetzesstufe die Subsidiarität der Phänotypisierung festzuhalten, damit diese nur in jenen Fällen zulässig ist, in denen die Fahndungsinstrumente mit weniger schweren Grundrechtseingriffen bereits ausgeschöpft sind.²⁶⁹

2. Datenschutzrechtliche Aspekte

Bei DNA-Daten handelt es sich nicht um gewöhnliche personenbezogene Daten. Vielmehr sind sie aufgrund ihres hohen Informationsgehalts und ihrer vielfältigen Verwendungsmöglichkeiten als besonders sensible Datenkategorie einzustufen.²⁷⁰ Der Datenschutz zielt nicht explizit auf den Schutz der Daten selbst, sondern dient vielmehr dem Schutz jener Personen, über welche die Daten bearbeitet werden.²⁷¹

Mit der Normierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung als Grundrecht in Art. 13 Abs. 2 BV wurde der Datenschutz ausdrücklich in der Verfassung verankert.²⁷² Mit dem bereits im Jahr 1993 in Kraft getretenen Datenschutzgesetz wurden die verfassungsrechtlichen Grundsätze zum Datenschutz unter privaten im Verhältnis zu staatlichen Behörden konkretisiert.²⁷³ In Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG wird der Anwendungsbereich des DSG einge-

²⁶⁶ KILLIAS/KUHN/AEBI, N 1017; MAIRE/KUSTER, S. 98.

²⁶⁷ Erläuternder Bericht, S. 16.

²⁶⁸ So auch: FDP, Vernehmlassungsantwort, S. 2; SAV, Vernehmlassungsantwort, S. 3; Grünliberale, Vernehmlassungsantwort, S. 2.

²⁶⁹ Diese Änderungen werden auch in mehreren Vernehmlassungsantworten angesprochen: FDP, Vernehmlassungsantwort, S. 2; SAV, Vernehmlassungsantwort, S. 3; Grünliberale, Vernehmlassungsantwort, S. 2.

²⁷⁰ WEICHERT, S. 359.

²⁷¹ BELSER, N 50.

²⁷² Vgl. ZIEGER, N 7.

²⁷³ ROSENTHAL/JÖHR, Handkomm. DSG, Art. 1 N 1 ff.

schränkt und festgehalten, dass das DSG nicht auf hängige Strafverfahren anwendbar ist.²⁷⁴ Unter den Begriff des Strafverfahrens fallen alle Verfahrenshandlungen, welche durch das Prozessrecht geregelt sind.²⁷⁵ Dies wurde damals damit begründet, dass das Prozessrecht selbst auch Datenschutzrecht sei.²⁷⁶ Mit dieser Normierung soll die Doppelspurigkeit vermieden werden, wobei jedoch nicht daraus abgeleitet werden kann, dass der Datenschutz im Bereich der Strafverfolgung ausser Kraft gesetzt wird.²⁷⁷ Mit Art. 95 ff. StPO werden zudem die Grundsätze des Datenschutzrechts in die StPO übernommen.²⁷⁸ Ferner wird im erläuternden Bericht auf das Bundesgesetz über den Datenschutz im Rahmen der Anwendung des Schengen-Besitzstands in Strafsachen (SDSG) Bezug genommen, welches jedoch ebenfalls nicht auf hängige Strafverfahren Anwendung findet.²⁷⁹ Trotzdem ist festzuhalten, dass die Daten, die aus den codierenden Bereichen der DNA-Abschnitte erhoben werden können, gestützt auf Art. 3 Abs. 1 lit. a SDSG als besonders schützenswerte Personendaten zu qualifizieren sind, die somit einem verstärkten Grundrechtsschutz unterliegen.²⁸⁰ Mit dem Instrument der Phänotypisierung wird jedoch ausdrücklich der direkte Zugriff auf besonders schützenswerte Personendaten zugelassen. Durch die Analyse der bestimmten DNA-Abschnitte werden automatisch Nebenbefunde über andere Eigenschaften generiert, z. B. medizinische Informationen. Die Analyse der speziellen Genorte wird sich in der Praxis nicht nur auf die nach Art. 2 Abs. 2 VE-DNA-Profil-Gesetz zulässigen äusserlich sichtbaren Merkmale begrenzen, da Zufallsbefunde nicht verhindert werden können.²⁸¹ Dieser Gefahr wird jedoch mit Art. 3 VE-DNA-Profil-Gesetz entgegengewirkt. In der Norm wurde festgehalten, dass die Überschussinformationen, welche im Rahmen einer Phänotypisierung erlangt werden, so weit als möglich zu vermeiden sind. Wenn sie dennoch anfallen, dürfen sie nicht der auftraggebenden Behörde mitgeteilt werden, sondern sind sofort zu vernichten.²⁸² In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, inwiefern der betroffenen Person relevante Erkenntnisse über ihren Gesundheitszustand mitgeteilt werden sollen. Hierzu sind präzisere Regelungen zum Umgang mit solchen Informationen sowie ein allfälliges Einsichtsrecht erforderlich.

Vor dem Hintergrund der Datensicherheit ist auf die vorgesehene Verlängerung der Aufbewahrungsdauer der Proben von drei Monaten auf 15 Jahre einzugehen. Mit der Ansetzung einer kurzen Vernichtungsfrist bei der Ausarbeitung des DNA-Profil-Gesetzes werden allfälli-

²⁷⁴ Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG.

²⁷⁵ Botsch. DSG, S. 443; ZIEGER, N 7.

²⁷⁶ ZIEGER, N 7; Botsch. DSG, S. 443.

²⁷⁷ Botsch. DSG, S. 443; ZIEGER, N 7.

²⁷⁸ FIOLKA, BSK StPO, Vor Art. 95–99 N 1.

²⁷⁹ Erläuternder Bericht, Ziff. 3.1; ZIEGER, N 8 f.

²⁸⁰ Erläuternder Bericht, Ziff. 3.1; ZIEGER, N 9.

²⁸¹ Biorespect, Vernehmlassungsantwort, S. 9.

²⁸² Erläuternder Bericht, Ziff. 3.1.

ge missbräuchliche Verwendungen des biologischen Materials, insbesondere unzulässige Ausforschungen persönlicher Merkmale verhindert.²⁸³ Die Verlängerung der Aufbewahrungsdauer des genetischen Materials wird mit der Nachtypisierung begründet, weil nach den neueren Standards mehr Loci bearbeitet werden.²⁸⁴ Jedoch ist zu bemerken, dass eine Zwangsmassnahme nur zu den Bedingungen erfolgen darf, welche bei deren Anordnung gesetzlich zulässig waren.²⁸⁵ Deshalb wird auch in den Stellungnahmen von einem Widerspruch gegen das Legalitätsprinzip und dem Rückwirkungsverbot gesprochen.²⁸⁶

3. Diskriminierungspotential

Wie hinsichtlich der Chancen des neuen Instruments der Strafverfolgung aufgeführt, kann die Phänotypisierung zur Entlastung eines mutmasslichen Täterkreises eingesetzt werden, wie dies im Mordfall der 16-jährigen Marianne Vaatstra in den Niederlanden aufgrund des in der Nähe liegenden Asylheims der Fall war. Jedoch besteht bezüglich der im Rahmen der erweiterten DNA-Analyse festgestellten biogeografischen Herkunft und Hautfarbe ein Diskriminierungspotential, das nicht unterschätzt werden darf. Eine zielgerichtete Kategorisierung von Menschen aufgrund ihrer Hautfarbe und ihrer biogeografischen Herkunft hat Konsequenzen für Minderheiten. Ergibt die Phänotypisierung, dass es sich bei der Täterschaft um eine Person mit hellbraunen Haaren, blauen Augen, heller Hautfarbe und mitteleuropäischer Herkunft handelt, dient dies der Strafverfolgung wenig. Vielmehr wird der Fokus dann eingeschränkt, wenn anhand der Phänotypisierung Merkmale wie dunkle Haare, dunkle Augen, dunkle Haut oder eine biogeografische Herkunft aus Asien oder Afrika festgestellt werden.²⁸⁷ Dabei besteht die Gefahr der Tangierung des in Art. 8 Abs. 2 BV verankerten Diskriminierungsverbots.²⁸⁸ Insbesondere in Fällen, in denen die phänotypischen Merkmale aufgrund der medialen Präsenz der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, können gewisse Bevölkerungsgruppen unter Generalverdacht gestellt werden. In diesem Zusammenhang erhöht sich auch das Risiko der Relativierung des Grundsatzes in dubio pro reo, da insbesondere für Minderheitsgruppen in der Schweiz das Prinzip der Unschuldsvermutung geschwächt wird.²⁸⁹ Im Allgemeinen ist festzuhalten, dass dadurch schleichend eine Umkehr der Beweislast, in Verbindung mit einer Schuldvermutung im Gange ist.²⁹⁰ Es erscheint auch hier im Einzelfall eine Abwägung zwischen dem Potential einer Verletzung des Diskriminierungsverbots und dem Nutzen der erweiterten DNA-Analyse notwendig. Der Schutz des Ein-

²⁸³ Erläuternder Bericht, Ziff. 3.1.

²⁸⁴ Erläuternder Bericht, Ziff. 3.1.

²⁸⁵ Grundrechte.ch, Vernehmlassungsantwort, S. 8.

²⁸⁶ Vgl. DJS, Vernehmlassungsantwort, S. 8; Grundrechte.ch, Vernehmlassungsantwort, S. 8.

²⁸⁷ ZIEGER, N 61.

²⁸⁸ Vgl. MAIRE/KUSTER, S. 98 f; KAYSER, S. 45.

²⁸⁹ Vgl. DJS, Vernehmlassungsantwort, S. 2.

²⁹⁰ So auch: RIKLIN, S. 14.

zelenen ist hoch zu gewichten. Wie bereits erläutert, ist es zudem fraglich, inwiefern die biogeografische Herkunft als ein äusserlich erkennbares Merkmal einzustufen ist. Vor diesem Hintergrund spricht das Diskriminierungspotential gegen die Zulassung der Feststellung dieses im Rahmen der Phänotypisierung.

4. Beweiswert

Durch DNA-Analysen werden im Allgemeinen eindeutige Ergebnisse geliefert. Jedoch ist nicht in jedem Fall von einem klaren Beweiswert auszugehen.²⁹¹ Ein DNA-Profil des Verdächtigen oder auch eine Spur am Tatort beweisen nicht, dass die verdächtige Person die Straftat begangen hat.²⁹² Das Vorhandensein der Spur am Tatort beweist zudem nicht, dass die tatverdächtige Person dort war, zumal nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann, dass es sich nicht um eine Spurenübertragung handelt.²⁹³ So hält das BGer in einem aktuellen Entscheid fest, dass eine DNA-Wanderung in Form einer Drittübertragung nicht ausgeschlossen werden kann.²⁹⁴ Deshalb besitzt eine am Tatort gefundene DNA-Spur zwar einen Beweiswert, dass die Spur von der tatverdächtigen Person stammt. Jedoch lässt diese Feststellung keine definitiven Rückschlüsse auf den Tatvorgang zu.²⁹⁵ Resultiert eine Übereinstimmung zwischen dem DNA-Profil aus einer Tatortspur und dem Profil einer Person, ist diesem Ergebnis ein Beweiswert zuzuordnen. Dabei werden zwei Optionen berücksichtigt: Auf der einen Seite die Möglichkeit, dass die fragliche Person tatsächlich auch die spurengibende Person ist, und auf der anderen Seite die Möglichkeit, dass die gefundene Übereinstimmung zwischen Spur und Person ein blosser Zufall ist.²⁹⁶ Grundlage für einen solchen Vergleich bilden dabei biostatistische und wahrscheinlichkeitstheoretische Prinzipien.²⁹⁷ Im Allgemeinen gilt: Je kleiner die Wahrscheinlichkeit einer zufälligen Übereinstimmung ist, desto grösser ist der Beweiswert der Spur.²⁹⁸

Daher ist bei der Bewertung von DNA-Profilen bereits nach der aktuell geltenden Grundlage eine gewisse Vorsicht geboten, zumal für die Ergebnisse der DNA-Analyse wie für alle Beweise der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gilt.²⁹⁹

In Bezug auf die Phänotypisierung soll anhand der erfassten, äusserlich erkennbaren Merkmale gefahndet werden. Eine Feststellung der Haar-, Augen- oder Hautfarbe kann die Ermitt-

²⁹¹ HANSJAKOB, StPO Komm., Vor Art. 255 N 5.

²⁹² HANSJAKOB, StPO Komm., Vor Art. 255 N 6.

²⁹³ HANSJAKOB, StPO Komm., Vor Art. 255 N 6.

²⁹⁴ BGer 6B_889/2020 vom 28.09.2020, E. 4.2.

²⁹⁵ BGer 6B_889/2020 vom 28.09.2020, E. 4.2.

²⁹⁶ FRICKER/MAEDER, BSK StPO, Vor Art. 255 N 24.

²⁹⁷ Die statistische Aussage über einen Beweiswert wird in der Schweiz mit dem sog. Likelihood Quotient bestimmt, bei welchem es sich um das Resultat einer biostatistischen Berechnung handelt. Näheres bei: FRICKER/MAEDER, BSK StPO, Vor Art. 255 N 25 ff.

²⁹⁸ FRICKER/MAEDER, BSK StPO, Vor Art. 255 N 24 ff.

²⁹⁹ Botsch. DNA-Profil-Gesetz, S. 42.

lungen in die falsche Richtung führen. Dies liegt einerseits an der Gefahr der möglicherweise absichtlichen Anbringung der Spuren am Tatort. Andererseits können die äusserlich sichtbaren Merkmale mit wenig Aufwand durch die Täterschaft verändert werden. Damit werden sie irrtümlicherweise von Beginn an aus dem Kreis der Tatverdächtigen ausgeschlossen. Das Aussehen kann durch kosmetische Mittel wie Haarfarben und -tönungen sowie selbstbräunende Hautlotionen und farbige Kontaktlinsen verändert werden und damit den Erfolg der Phänotypisierung als neues Instrument in der Strafverfolgung relativieren.³⁰⁰ Somit besteht in diesem Zusammenhang die Gefahr der Einengung der Weitsicht der Strafverfolgungsbehörden.³⁰¹ Dabei ist zu Recht einzuwenden, dass die Täterschaft ihr vorgetäushtes Aussehen in vielen Dokumenten, z. B. Personalausweis, Führerschein oder Reisepass, ändern müsste.³⁰² Zudem ist eine umfangreiche Veränderung des Aussehens einer Person im Umfeld in vielen Fällen auffallend und wirkt somit wiederum verdächtig.

E. Änderungsvorschläge zur Gesetzesvorlage

Der Einsatz des Instruments der Phänotypisierung ist grundsätzlich zu begrüßen. Informationen aus einer DNA-Spur dienen den Strafverfolgungsbehörden zum Fahndungserfolg. Weil enorme Fortschritte der Wissenschaft nicht nur die Feststellung des Geschlechts aus einer DNA-Spur erlauben, sondern auch weiterer äusserlich sichtbarer Merkmale, sollen diese Erkenntnisse auch in der Strafverfolgung sinnvoll zur Anwendung gelangen. Die Ausweitung des Anwendungsbereichs der DNA-Analysen auf spezielle Genorte, welche die persönlichkeitsrelevanten Merkmale einer Person beinhalten, setzt eine klare gesetzliche Grundlage voraus. Mit Art. 2 VE-DNA-Profil-Gesetz hat der Bundesrat eine Gesetzesgrundlage in die Vernehmlassung geschickt, welche die Phänotypisierung in Strafverfahren regelt. Ausgehend von den besprochenen Stellungnahmen sowie den aufgeführten Chancen und Gefahren der Einführung des Instruments der Phänotypisierung soll die Norm jedoch punktuell angepasst werden.³⁰³

In Art. 2 Abs. 1 VE-DNA-Profil-Gesetz wird nach wie vor festgehalten, dass bei der Erstellung eines DNA-Profiles mit Ausnahme des Geschlechts weder nach dem Gesundheitszustand noch nach anderen persönlichen Eigenschaften der betroffenen Person geforscht werden darf. Im nächsten Absatz gilt jedoch, dass die Phänotypisierung die Analyse spezieller Genorte beinhaltet, mit welcher die sichtbaren Merkmale der spurengibenden Person festgestellt werden. Diese zwei Absätze weisen einen Widerspruch auf, da im ersten Absatz etwas verboten ist, was im nachfolgenden Absatz zugelassen sein soll.³⁰⁴ Die äusserlich

³⁰⁰ KAYSER, S. 45.

³⁰¹ Vgl. MAIRE/KUSTER, S. 100.

³⁰² KAYSER, S. 45

³⁰³ Die Änderungsvorschläge zum Wortlaut von Art. 2 VE-DNA-Profil-Gesetz sind im Anhang aufgeführt.

³⁰⁴ Vgl. SAV, Vernehmlassungsantwort, S. 7.

sichtbaren Merkmale zählen zu den persönlichen Eigenschaften der betroffenen Person, jedoch heisst es im ersten Absatz, dass bei der Erstellung eines DNA-Profiles nicht danach geforscht werden darf. Deshalb ist hier eine Anmerkung anzubringen, durch welche auf die Zulässigkeit der Feststellung persönlicher Eigenschaften im Rahmen der Phänotypisierung hingewiesen wird. Zugleich ist in diesem Absatz darauf hinzudeuten, dass die Phänotypisierung in jenen Fällen eingesetzt wird, in denen aus einem Abgleich des Spurenmaterials mit der DNA-Datenbank kein Treffer resultiert. Damit wird gleichzeitig die Subsidiarität der Phänotypisierung zum Ausdruck gebracht.

Das in vielen Vernehmlassungsantworten aufgeführte Bedürfnis, die analysierbaren Merkmale auf Verordnungsstufe zu regeln, um raschere Anpassungen parallel zu neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen vorzunehmen, erscheint aufgrund der damit einhergehenden Flexibilität nachvollziehbar. Bereits im erläuternden Bericht wird auf den erwarteten, starken wissenschaftlichen Fortschritt hingewiesen, welcher künftig im Rahmen der Phänotypisierung die Feststellung zusätzlicher äusserlich wahrnehmbarer Merkmale erlaubt.³⁰⁵ Das Beispiel der Niederlande zeigt auf, dass im Verlaufe der Zeit zahlreiche analysierbare Merkmale hinzukommen können. Es wurde dort bereits zum Gesetzgebungszeitpunkt die Möglichkeit offen gelassen, weitere Persönlichkeitsmerkmale einzelfallweise mittels eines speziellen Genehmigungsverfahrens aufzunehmen. Weil in der Schweiz mit der Revision des DNA-Profil-Gesetzes die Phänotypisierung in der Strafverfolgung erstmals zugelassen wird und in diesem Schritt die Feststellung von insgesamt fünf weiteren Merkmalen erlaubt werden soll, ist in naher Zukunft von weiteren Ausweitungen des Anwendungsbereichs abzusehen. In diesem Zusammenhang sind erfasste Zahlen zur Häufigkeit der Anwendung der Phänotypisierung ab der Einführung von grosser Bedeutung. Deshalb sollte bei der Einführung des neuen Instruments der Phänotypisierung eine zentrale Stelle für das Monitoring etabliert werden.³⁰⁶ Anhand der registrierten Zahlen kann einerseits der Ermittlungserfolg der Phänotypisierung untersucht werden. Andererseits dienen diese Daten als Grundlage bei der Frage, ob künftig die Feststellung eines weiteren Persönlichkeitsmerkmals zugelassen werden soll.³⁰⁷ Deshalb ist nach der vorliegend vertretenen Ansicht die Auflistung der analysierbaren Merkmale auf Gesetzesstufe zu regeln. Zum jetzigen Zeitpunkt ist davon abzusehen, dem Bundesrat die Kompetenz einzuräumen, die Feststellung weiterer Persönlichkeitsmerkmale im Rahmen der Phänotypisierung aufgrund wissenschaftlicher Fortschritte auf Verordnungsstufe für zulässig zu erklären. Erst wenn sich der Ermittlungserfolg des neuen Instruments in der Strafverfolgung zeigt und zuverlässige Wahrscheinlichkeitsaussagen zu weiteren äusserlich sichtbaren Merkmalen vorliegen, kann die Verschiebung des Katalogs der analysierbaren Merkmale auf Verordnungsstufe diskutiert werden.

³⁰⁵ Vgl. Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.1.

³⁰⁶ ZIEGER, N 71.

³⁰⁷ ZIEGER, N 71.

Bezüglich der aufgelisteten Merkmale wird zudem das der biogeografischen Herkunft als problematisch eingestuft. Es ist dem Einwand zuzustimmen, dass es sich dabei nicht um ein äusserlich sichtbares Merkmal handelt. Deshalb darf dieses nicht als solches gelten und wäre somit separat aufzuführen. Eine andere Möglichkeit besteht darin, gänzlich auf den Begriff der äusserlich sichtbaren Merkmale zu verzichten und stattdessen im Gesetzestext generell von persönlichen Eigenschaften oder Merkmalen zu sprechen. Allerdings stellt Letzteres nach der vorliegend vertretenen Ansicht keine optimale Lösung dar, zumal die Phänotypisierung unterstützend dienen soll, um Hinweise zum Aussehen der Täterschaft zu erlangen. Zwar hat die biogeografische Herkunftsinformation im oft zitierten Fall in den Niederlanden zur Täterschaft geführt, jedoch vermag dieser einmalige Erfolg die Notwendigkeit der Aufnahme dieses Merkmals als analysierbares Persönlichkeitsmerkmal im Rahmen der Phänotypisierung kaum zu begründen. In Anbetracht der bereits aufgeführten Gefahren und der irrtümlichen Auffassung der biogeografischen Herkunft als äusserlich sichtbares Merkmal ist dieses Persönlichkeitsmerkmal aus der Vernehmlassungsvorlage zu streichen.

Zu den mit der Revision des DNA-Profil-Gesetzes einhergehenden Änderungen der StPO ist vorliegend zudem ein entscheidender Vorbehalt im Zusammenhang mit der Phänotypisierung einzubringen.³⁰⁸ Als Neuerung soll die Phänotypisierung als strafprozessuales Instrument durch Art. 258b VE-StPO geregelt werden. Diese Norm ist kurz gefasst und sieht den Einsatzbereich des neuen Instruments zur Aufklärung von Verbrechen vor. Gestützt auf diese Formulierung wird der Einsatz des neuen Instruments z. B. auch zur Aufklärung eines Diebstahls gem. Art. 139 StGB oder einer Sachbeschädigung i. S. v. Art. 144 Abs. 3 StGB zulässig sein. Wie sich aus dem besprochenen Evaluationsbericht von KILLIAS *et al.* entnehmen lässt, erfolgt bereits heute ein umfangreicher Einsatz von DNA-Analysen zur Aufklärung dieser Straftaten. Es besteht somit grosse Gefahr, dass künftig auch die Phänotypisierung in diesem Rahmen eingesetzt wird. Dies erscheint hinsichtlich des damit verbundenen Grundrechtseingriffs unverhältnismässig und ist deshalb zu verhindern. In den Vernehmlassungsantworten wird hierzu teilweise vorgeschlagen, den Anwendungsbereich der Phänotypisierung aufgrund der Schwere des Grundrechtseingriffs auf gravierende Gewaltverbrechen einzugrenzen und hierzu einen Deliktskatalog aufzustellen.³⁰⁹ Um dem Verhältnismässigkeitsgebot zu entsprechen, soll die Anwendung der Phänotypisierung nach der vorliegend vertretenen Ansicht auf Verbrechen gegen Leib, Leben oder sexuelle Integrität eingeschränkt werden.³¹⁰ Dies ergibt sich bereits aus dem Titel der hierfür eingereichten Motion sowie aus den

³⁰⁸ Die Änderungsvorschläge zum Wortlaut von Art. 258b VE-StPO sind im Anhang aufgeführt.

³⁰⁹ Vgl. DJS, Vernehmlassungsantwort, S. 4.

³¹⁰ Diese Einschränkung wird auch in vielen Vernehmlassungsantworten vorgeschlagen. So z. B. FDP, Vernehmlassungsantwort, S. 2; Grünliberale, Vernehmlassungsantwort, S. 2; Biorespect, Vernehmlassungsantwort, S. 6.

Ausführungen in dieser, welche sich auf gewalttätige Straftaten wie Mord und Vergewaltigung beziehen.³¹¹ Auch aufgrund der Möglichkeit, die Feststellung weiterer äusserlich wahrnehmbarer Merkmale infolge wissenschaftlicher Fortschritte zu erlauben, soll die Phänotypisierung lediglich zur Aufklärung schwerer Verbrechen angewendet werden. Nur mit einer entsprechenden Eingrenzung des Anwendungsbereichs ist der Einsatz des Instruments der Phänotypisierung gerechtfertigt.

Die Zuständigkeit der Anordnung einer Phänotypisierung wird im Vorentwurf der Staatsanwaltschaft zugewiesen. Damit soll bezüglich dieser dasselbe gelten wie bei der Anordnung der Erstellung eines DNA-Profiles gem. Art. 255 StPO. Ausgehend vom tieferegreifenden Grundrechtseingriff, welcher im Rahmen der Phänotypisierung erfolgt, kann vorliegend diese Parallelität nicht gezogen werden. Aus diesem Grund ist es sinnvoll, sich bei der Zuständigkeitsanordnung an der DNA-Massenuntersuchung zu orientieren und auch hier die Anordnungscompetenz einer Phänotypisierung dem Zwangsmassnahmengericht zuzuweisen.³¹²

Um die Verhältnismässigkeit des Eingriffs in die Grundrechte der betroffenen Person zu gewährleisten, sind solche Einschränkungen des Anwendungsbereichs und damit diese Änderungsvorschläge von grosser Bedeutung. Das Instrument der Phänotypisierung verspricht grossen Nutzen in der Strafverfolgung, jedoch bedarf diese Zwangsmassnahme einer ausführlichen gesetzlichen Grundlage. Zudem sind mit dem Einsatz der Phänotypisierung viele Gefahren verbunden, welche im Gesetzgebungsverfahren zu berücksichtigen sind. Zwar werden die Hürden des Einsatzes der Phänotypisierung durch zahlreiche Einschränkungen hoch gesetzt, was zu einem seltenen Einsatz des neuen Instruments führt. Jedoch ist der subsidiäre Charakter der Phänotypisierung klarzustellen.

³¹¹ Vgl. Mo. Vitali.

³¹² Vgl. Tätigkeitsbericht des EDÖB, S. 20.

VII. Schlussbetrachtung

Die DNA-Analyse hat sich zu einem relevanten Instrument in der Strafverfolgung entwickelt. Gestützt auf die aktuelle Gesetzesgrundlage können die Strafverfolgungsbehörden DNA-Analysen grundsätzlich bei allen Verbrechen und Vergehen einsetzen, sofern dies der Aufklärung einer Straftat dient. Die Anwendungspraxis der DNA-Analyse gestützt auf die aktuelle Gesetzesgrundlage weist einige Schwachstellen auf. Die durch die Strafbehörden vorgenommene, zu weite Auslegung des Wortlauts von Art. 255 Abs. 1 StPO stellt eine Problematik dar und wurde von der Rechtsprechung kritisiert. Mit dem Erfordernis eines hinreichenden Tatverdachts wird durch das BGer im Leitentscheid BGE 141 IV 87 klargestellt, dass die Anordnung von Zwangsmassnahmen zu Präventionszwecken unzulässig ist.

Weil die meisten Strafverfahren auf kantonaler Ebene geführt werden und die Zuständigkeiten des Bundes beschränkt sind, hat die Anwendungspraxis der DNA-Analyse auf kantonaler Ebene eine grosse Bedeutung. Die Erläuterungen hierzu beziehen sich auf die vom Bund in Auftrag gegebene Evaluation zu den DNA-Analysen in Strafverfahren. Es konnte aufgezeigt werden, dass bezüglich der Anwendung der DNA-Analyse sowie der Umsetzung der Rechtsprechung erhebliche kantonale Unterschiede bestehen. In Anbetracht des angestrebten erweiterten Anwendungsbereichs von DNA-Analysen und des damit verbundenen tiefergreifenden Grundrechtseingriffs, welcher durch den Einsatz der Phänotypisierung erfolgt, ist eine Harmonisierung der kantonalen Praxis anzustreben.

Die aktuelle Gesetzesgrundlage bietet in einem konkreten Einzelfall wenig Handlungsmöglichkeiten, in welchem keine Zeugenaussagen vorliegen und kaum Merkmale festgelegt werden können, welche einerseits die Tatbegehung betreffen sowie andererseits den Personenkreis genügend einschränken. Diese Problematik kam mit dem Vergewaltigungsfall in Luzern an die Öffentlichkeit. Mit der von Nationalrat Albert Vitali eingereichten Motion wird verlangt, dass die Strafverfolgungsbehörden zur Aufklärung schwerwiegend gewalttätiger Straftaten wie Mord und Vergewaltigung spezielle Genorte auswerten dürfen, um persönliche Eigenschaften der Täterschaft festzustellen. In der vorliegenden Arbeit stand die Phänotypisierung im Fokus, wobei mit der Revision des DNA-Profil-Gesetzes auch die Vereinfachung der Löschregelungen sowie die gesetzliche Verankerung der Recherche mit Verwandtschaftsbezug angestrebt werden, weshalb diese Themen in die Arbeit miteinbezogen wurden.

Bezüglich der äusserlich sichtbaren Merkmale, welche im Rahmen der Phänotypisierung bestimmt werden sollen, liegen unterschiedliche Analysemethoden vor. Es konnte in der Arbeit dargelegt werden, dass solche Methoden Wahrscheinlichkeitsaussagen zum Vorliegen eines bestimmten Merkmals zulassen, wobei nicht alle in der Vernehmlassungsvorlage aufgeführten Merkmale mit der gleichen Verlässlichkeit bestimmt werden können. Insbesondere die Verlässlichkeit der Wahrscheinlichkeitsaussagen zum Merkmal der biogeografischen Herkunft ist als problematisch einzustufen.

Mit dem Exkurs konnte aufgezeigt werden, wie der Einsatz der Phänotypisierung in den Niederlanden erfolgt. Dabei wurden einige Parallelen zum vorgesehenen Anwendungsbereich der Phänotypisierung in der Schweiz festgestellt. In den Niederlanden stehen als im Rahmen der Phänotypisierung analysierbare Merkmale ebenfalls das Geschlecht, die biogeografische Herkunft sowie die Haar-, Augen und Hautfarbe im Fokus. Zudem ist der Einsatz der Phänotypisierung auch nach niederländischem Recht von der Deliktsschwere abhängig.

In einem weiteren Schritt wurde der gesetzgeberische Lösungsvorschlag zum Instrument der Phänotypisierung detailliert untersucht. Mit zusätzlichen Instrumenten, welche der Strafverfolgung dienen, können ein schneller Fahndungserfolg und eine Präventivwirkung erzielt werden, was wiederum zu einem höheren Sicherheitsgefühl der Bevölkerung führt. Mit der Phänotypisierung kann die Polizei in Fällen, in denen sie eine DNA-Spur sicherstellen konnte und weitere Anhaltspunkte fehlen, die technischen Fortschritte sinnvoll einsetzen und mit der Feststellung des Aussehens der mutmasslichen Täterschaft die Fahndungsarbeiten starten. Zudem dient die Phänotypisierung auch der Präzisierung der Fahndungs- und Ermittlungsarbeiten bei zweifelhaften Zeugenaussagen oder als Unterstützung bei der Erstellung eines Phantombildes. Mit der Möglichkeit, die Phänotypisierung zur Eingrenzung des Personenkreises im Vorfeld einer DNA-Massenuntersuchung einzusetzen, wird dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz Rechnung getragen. Ferner können mithilfe der Phänotypisierung zu Unrecht verdächtige Personen entlastet werden, wenn die festgestellten äusserlichen Merkmale nicht mit denen der verdächtigen Personen übereinstimmen.

Bezüglich der mit der Phänotypisierung verbundenen Gefahren steht der Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht im Fokus. Es konnten wesentliche Unterschiede zwischen der üblichen DNA-Analyse und der Phänotypisierung aufgezeigt werden. Nach der vorliegend vertretenen Ansicht stellt die Phänotypisierung einen tiefgreifenden Grundrechtseingriff dar, weshalb insbesondere die Verhältnismässigkeit des neuen Instruments nicht leichthin bejaht werden kann. Aus datenschutzrechtlicher Sicht stellen vor allem medizinische Informationen, welche im Rahmen der Phänotypisierung als Überschussinformationen generiert werden können, eine Problematik dar. Zudem besteht ein Diskriminierungspotential, wenn aufgrund der festgestellten Hautfarbe sowie der biogeografischen Herkunft einzelne Bevölkerungsgruppen unter Generalverdacht stehen.

Ausgehend von den aufgeführten Chancen und Gefahren wurde der Wortlaut des Vorentwurfs hinterfragt und Änderungsvorschläge wurden ausformuliert. Die Subsidiarität der Phänotypisierung ist explizit gesetzlich zu verankern. Des Weiteren ist das Merkmal der biogeografischen Herkunft aufgrund der aufgeführten Gefahren aus dem Vorentwurf zu streichen. Der Anwendungsbereich der Phänotypisierung ist auf Verbrechen gegen Leib, Leben oder die sexuelle Integrität einzuschränken. Zudem soll die Phänotypisierung aufgrund des

schweren Grundrechtseingriffs wie die DNA-Massenuntersuchung durch das Zwangsmassnahmengericht angeordnet werden.

Es bleibt abzuwarten, auf welche Gesetzeslage gestützt die Phänotypisierung in der Strafverfolgung eingesetzt wird, ob sich die Täterschaft damit in der Praxis tatsächlich überführen lässt und dadurch gleichzeitig unschuldige Personen entlastet werden.

VIII. Anhang

A. Art 2 VE-DNA-Profil-Gesetz

Art. 2 DNA-Profil, Phänotypisierung und Verwendungszeck

¹ Das DNA-Profil ist die für ein Individuum spezifische Buchstaben-Zahlen-Kombination, die mit Hilfe molekularbiologischer Techniken aus der Erbsubstanz DNA zwecks Identifizierung von Personen gewonnen wird. Bei der Erstellung eines DNA-Profiles darf, mit Ausnahme des Geschlechts, weder nach dem Gesundheitszustand noch nach anderen persönlichen Eigenschaften der betroffenen Person geforscht werden.

² Die Phänotypisierung ist die Analyse spezieller Genorte, mit der aus tatrelevantem biologischem Material (Spuren) äusserlich sichtbare Merkmale der Spurengeberin oder des Spurengebers festgestellt werden, die zur Aufklärung einer Straftat dienen. Es dürfen die Augen-, Haar- und Hautfarbe, die biogeografische Herkunft sowie das biologische Alter der Spurengeberin oder des Spurengebers festgestellt werden.

B. Änderungsvorschlag zu Art. 2 VE-DNA-Profil-Gesetz

Art. 2 DNA-Profil, Phänotypisierung und Verwendungszeck

¹ Das DNA-Profil ist die für ein Individuum spezifische Buchstaben-Zahlen-Kombination, die mit Hilfe molekularbiologischer Techniken aus der Erbsubstanz DNA zwecks Identifizierung von Personen gewonnen wird. Bei der Erstellung eines DNA-Profiles darf, mit Ausnahme des Geschlechts, weder nach dem Gesundheitszustand noch nach anderen persönlichen Eigenschaften der betroffenen Person geforscht werden. **Ergibt das analysierte DNA-Profil keinen Treffer mit der DNA-Datenbank, können mit der Phänotypisierung weitere persönliche Eigenschaften festgestellt werden.**

² Die Phänotypisierung ist die Analyse spezieller Genorte, mit der aus tatrelevantem biologischem Material (Spuren) äusserlich sichtbare Merkmale der Spurengeberin oder des Spurengebers festgestellt werden, die zur Aufklärung einer Straftat dienen. Es dürfen die Augen-, Haar- und Hautfarbe, ~~die biogeografische Herkunft~~ sowie das biologische Alter der Spurengeberin oder des Spurengebers festgestellt werden.

C. Art. 258b VE-StPO

Art. 258b Phänotypisierung

Zur Aufklärung eines Verbrechens kann eine Phänotypisierung nach Artikel 2 Absatz 2 DNA-Profil-Gesetz angeordnet werden.

D. Änderungsvorschlag zu Art. 258b VE-StPO

Art. 258b Phänotypisierung

Zur Aufklärung eines Verbrechens **gegen Leib, Leben oder die sexuelle Integrität** kann eine Phänotypisierung nach Artikel 2 Absatz 2 DNA-Profil-Gesetz **durch das Zwangsmassnahmengericht** angeordnet werden.

Eigenständigkeitserklärung

„Ich erkläre hiermit,

- dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig, ohne fremde Hilfe und ohne Verwendung anderer als der angegebenen Hilfsmittel verfasst habe;
- dass ich sämtliche verwendeten Quellen erwähnt und gemäss gängigen wissenschaftlichen Zitierregeln korrekt zitiert habe;
- dass ich sämtliche immateriellen Rechte an von mir allfällig verwendeten Materialien wie Bilder oder Grafiken erworben habe oder dass diese Materialien von mir selbst erstellt wurden;
- dass das Thema, die Arbeit oder Teile davon nicht bereits Gegenstand eines Leistungsnachweises einer anderen Veranstaltung oder Kurses waren, sofern dies nicht ausdrücklich mit dem Referenten /der Referentin im Voraus vereinbart wurde und in der Arbeit ausgewiesen wird;
- dass ich ohne schriftliche Zustimmung der Universität keine Kopien dieser Arbeit an Dritte aushändigen oder veröffentlichen werde, wenn ein direkter Bezug zur Universität St.Gallen oder ihrer Dozierenden hergestellt werden kann;
- dass ich mir bewusst bin, dass meine Arbeit elektronisch auf Plagiate überprüft werden kann und ich hiermit der Universität St.Gallen laut Prüfungsordnung das Urheberrecht soweit einräumen, wie es für die Verwaltungshandlungen notwendig ist;
- dass ich mir bewusst bin, dass die Universität einen Verstoss gegen diese Eigenständigkeitserklärung sowie insbesondere die Inanspruchnahme eines Ghostwriter-Service verfolgt und dass daraus disziplinarische wie auch strafrechtliche Folgen resultieren können, welche zum Ausschluss von der Universität resp. zur Titelaberkenung führen können.“

Datum und Unterschrift

12.11.2020



Mit Einreichung der schriftlichen Arbeit stimme ich mit konkludentem Handeln zu, die Eigenständigkeitserklärung abzugeben, diese gelesen sowie verstanden zu haben und, dass sie der Wahrheit entspricht.