

Bern, 29. November 2019

Vernehmlassungsverfahren: Änderung des DNA-Profil Gesetzes

Frist: 30. November 2019

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Karin Keller-Sutter

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nutzen die Demokratischen Jurist_innen Schweiz (DJS) die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf des Bundesgesetzes über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekanntem oder vermissten Personen.

Unsere Bemerkungen zu den vorgeschlagenen Änderungen decken sich mit der vom Verein grundrechte.ch eingereichten Stellungnahme.

1. Zur Ausweitung der DNA-Analyse mittels Phänotypisierung

Mittels sogenannter Phänotypisierung sollen zukünftig Augen-, Haar- und Hautfarbe sowie die «biogeografische» Herkunft und das biologische Alter aus Tatortspuren herausgelesen werden dürfen.

Wie jede erkennungsdienstliche Massnahme stellt dies einen Grundrechtseingriff in die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und in die Privatsphäre der betroffenen Personen dar (Art. 13 BV, Art. 8 EMRK und Art. 17 UNO-Pakt II), insbesondere in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV). Im Gegensatz zur DNA-Profilerstellung stellt die Phänotypisierung einen schweren Grundrechtseingriff dar.¹ Für den Versuch, persönlichkeitsrelevante Merkmale wie Augen-, Haar- und Hautfarbe sowie die «biogeographische» Herkunft und das biologische Alter aus der DNA herauszule-

¹ Aufgrund der Fülle an Informationen, die die Zellproben über den einzelnen Menschen besitzen, qualifiziert der EGMR dies als schweren Eingriff in Art. 8 EMRK; EGMR, S. und Marper gegen Vereinigtes Königreich, Ziff. 72 ff.

sen, muss nämlich auf die ganze DNA-Information zugegriffen werden. Die gesamte Erbinformation wird durchleuchtet.

Das fedpol rechtfertigt die Erweiterung des Gesetzes und damit einen solchen Eingriff mit der Effizienzsteigerung der Strafverfolgungsbehörden. Unserer Ansicht nach fehlt es aber an einem gewichtigen öffentlichen Interesse.

Im Gegensatz zur bestehenden DNA-Analyse besteht der Zweck der Phänotypisierung nicht in der Identifizierung von verdächtigen Personen oder der Beweisführung, vielmehr soll mit wahrscheinlichen Aussagen zu Haar-, Augen- und Hautfarbe sowie der «biogeografischen Herkunft» und des Alters gefahndet werden, d.h. verdächtige Personen werden erst eruiert. Damit geht der Zweck der Phänotypisierung über die in Art. 1 Abs. 2 DNA-Profil-Gesetz festgeschriebenen Zwecke hinaus und verstösst unserer Ansicht nach gegen das Bestimmtheitsgebot.

Phänotypisierung als Fahndungsmittel ist diskriminierend

Da die Haar- und Augenfarbe leicht verändert werden können, bleiben für die Fahndung die Wahrscheinlichkeitsaussagen zur Hautfarbe und zur «biogeografischen Herkunft» sehr wahrscheinlich von grösster praktischer Bedeutung. Gerade in diesem Bereich stellen sich aber rechtstaatliche und demokratiepolitisch anspruchsvolle Fragen.

Diese zielgerichtete Kategorisierung von Menschen aufgrund ihrer Hautfarbe oder ethnischen Herkunft hat vor allem Konsequenzen für Minderheiten. Denn die Aussage «Hautfarbe: weiss; Herkunft: Europa» in einer europäisch weissen Mehrheitsgesellschaft bietet keinen Ansatz für eine Fahndung. Die Ergebnisse der Phänotypisierung können daher gewisse Bevölkerungsgruppen systematisch unter Generalverdacht stellen. In Verbindung mit der Möglichkeit von Massenuntersuchungen gemäss Art. 256 VE-StPO ist zukünftig mit vermehrtem institutionellen Rassismus zu rechnen. Gerade vor dem Hintergrund der immer wiederkehrenden Vorwürfe, dass die Polizei rassistisches Profiling betreibt, ist diese Gefahr ernst zu nehmen. Es ist zu befürchten, dass bei einer Fahndung mit den Erkenntnissen aus der erweiterten DNA-Analyse – insbesondere, wenn dies öffentlichkeitswirksam geschieht –, gewisse Bevölkerungsgruppen systematisch unter Generalverdacht gestellt werden.

Bereits heute wird die DNA-Massenuntersuchung stark kritisiert, da es zu einer Beweislastumkehr führt und somit gegen den Grundsatz «in dubio pro reo» verstösst. So müssen Personen «freiwillig» ihre Unschuld beweisen und nicht die Strafverfolgungsbehörden ihre Schuld. Somit könnte der Adressatenkreis einer Massenuntersuchung durch Phänotypisierung vielleicht verkleinert werden, gleichzeitig steigt damit aber das Risiko, dass für Minderheiten in der Schweiz das Prinzip der Unschuldsver-

mutung faktisch aufgehoben wird. Der Bericht äussert sich zur latenten Gefahr der Diskriminierung gewisser Bevölkerungsgruppe nicht. Der Schutz des Einzelnen vor Diskriminierung ist höher zu gewichten, als der unklare Nutzen der Phänotypisierung.

Der erläuternde Bericht ist insofern auch widersprüchlich, da zwar behauptet wird, dass das Analyseergebnis «in keines der polizeilichen Informationssysteme» gelange, während an anderer Stelle aber festgehalten wird, dass die Phänotypisierung die Fahndung unterstütze und im RIPOL «Signalelemente unbekannter Täterschaft» ausgeschrieben werden könne (Art. 3 Bst. h RI-POL-Verordnung) und somit Erkenntnisse aus der Phänotypisierung sehr wohl den Weg in polizeiliche Informationssysteme finden.

Ausserdem ist die Vermischung von «Aussehen, Ethnizität und Herkunft» sehr problematisch und produziert rassifizierende Aussagen. Dieses Problem ist bereits in der wissenschaftlichen Methode selbst angesiedelt. Gemäss Forscher_innen sind die Datensätze in den Datenbanken, die zum Abgleich herangezogen werden, nicht nur von sehr unterschiedlicher Qualität, da sie auf «Stichproben basieren und für viele Regionen fehlen»², sondern gehen die «Zuschreibung von Ethnizität und geografischer Herkunft sehr vermischt in die Datensätze ein»³. Hinzu kommt die Schwierigkeit und Unsicherheit der Bestimmung einer «genetischen Herkunft», aufgrund der genetischen Variabilität und der Geschichte der Migrationsbewegungen.

Deutsche Wissenschaftler_innen haben aufgezeigt, dass die Phänotypisierung bei der Analyse von Merkmalen von Minderheiten besonders unsicher ist.⁴ Wie oben dargelegt, ist es aber gerade diese Gruppe, die ermittlungstechnisch überhaupt einen Ansatz bietet.

Die Wahrscheinlichkeitszahlen des erläuternden Berichts des fedpol suggerieren eine hohe Vorhersagewahrscheinlichkeit für Haar-, Haut-, und Augenfarbe. Die Angabe von z.B. 69 Prozent für blonde Haare bezieht sich darauf, zu berechnen, wie häufig mit einem Testverfahren eine schon bekannte Eigenschaft bei einer Person statistisch vorhersagbar sei («like-ihood»). Diese Zahlen sagen jedoch nichts darüber aus, wie hoch die Vorhersagewahrscheinlichkeiten bei einer realen Bevölkerung mit unbekannter Verteilung dieser Eigenschaften ist («a-posteriori-Wahrscheinlichkeit»). Das Irrtumspotenzial der Methode ist hoch und zeigt sich an folgendem Beispiel:⁵

In einem Dorf mit 1.000 hellhäutigen und 20 dunkelhäutigen Menschen ergäbe sich bei einer likelihood von 98 Prozent für die Vorhersage der Hautfarbe, d.h. bei einer Fehlerrate von zwei Prozent, genauso

² SRF Online vom 27.08. 2019, [<https://www.srf.ch/news/schweiz/dna-tests-als-fahndungsmittel-oeffnet-der-bundesrat-die-buechse-der-pandora>].

³ Susanne Schultz und Isabelle Bartmann, Erweiterte DNA-Analyse, Bürgerrechte & Polizei/CILIP, 2017 Nr. 113.

⁴ In Deutschland hat sich eine Initiative von Wissenschaftler_innen gegründet, deren Ziel es ist, die Risiken, Fehleranfälligkeiten und ethische Problematiken der Phänotypisierung der Öffentlichkeit darzulegen, vgl. dazu die Webseite der Initiative, [www.wie-dna.de].

⁵ Susanne Schultz und Isabelle Bartmann, Erweiterte DNA-Analyse, Bürgerrechte & Polizei/CILIP, 2017 Nr. 113.

viele falsch dunkelhäutig vorausgesagte hellhäutige Personen (nämlich 20 sogenannte false positives), wie richtig vorhergesagte dunkelhäutige Personen. Damit läge eine a-posteriori-Voraussagewahrscheinlichkeit von 50 Prozent vor.

Neben grund- und datenschutzrechtlichen Bedenken gibt es somit zahlreiche methodische Bedenken, wie rassifizierende Aussagen und falsche Vorstellungen bei der statistischen Vorhersagewahrscheinlichkeit.

Die Phänotypisierung als Fahndungsmittel geht über das Notwendige hinaus

Der Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte hat bereits im Sommer 2018 festgehalten, dass der «Nutzen einer Anpassung des DNA-Profil-Gesetzes nicht gegeben ist» und empfahl zumindest die «Beschränkung auf Sonderfälle und die Anordnung durch ein Gericht».⁶ Mit der Regelung zum «Verwendungsverbot des genetischen Überschussmaterials», der «Beschränkung auf Verbrechen» und der «Anordnung durch die Staatsanwaltschaft» hat das fedpol die vom EDÖB empfohlenen Leitlinien nicht mal ansatzweise beachtet, sondern vor allem die Interessen der Strafverfolgungsbehörden berücksichtigt.

Der Vorentwurf des fedpol reiht sich in eine Reihe von straf- und polizeirechtlichen Verschärfungen der letzten Jahre ein, in denen grundrechtliche Bedenken zugunsten einer «effizienteren Behörde» beiseitegeschoben werden.

Sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz waren die Auslöser für die gesetzgeberische Tätigkeit ausserordentliche Gewaltverbrechen, die die Öffentlichkeit erschüttert haben. In vielen Kommentaren und seitens der Polizei wird suggeriert, dass die Phänotypisierung die letzte Chance gewesen wäre, die Verbrechen aufzuklären, aufgrund der gesetzlichen Restriktionen der Polizei aber die Hände gebunden seien. Die Hoffnungen der Vertreter_innen der Polizei in die «neue» Technik sind dann auch gross. Das fedpol spricht von der «DNA-Analyse der Zukunft» und in den USA werben einige Firmen bereits damit, dass das Erscheinungsbild einer Person allein aus der DNA herausgelesen werden kann.⁷ Die Strafverfolgungsbehörde und die Politik wissen solche Gewaltverbrechen für die eigene Sache zu nutzen. So forderte der Polizeikommandant der Kantonalpolizei Bern, Stefan Blättler: «Nach einer Vergewaltigung sollte man alle Möglichkeiten ausschöpfen dürfen.» Mit solchen Aussagen werden in der Bevölkerung Hoffnungen geweckt, die in der Praxis aber nicht eingehalten werden können.

⁶ 25. Tätigkeitsbericht des EDÖB 2017/18, S. 20.

⁷ Daniel Gerny, DNA-Spuren, NZZ Online vom 07.08.2019 [<https://www.nzz.ch/schweiz/dna-spuren-sollen-der-polizei-bald-hautfarbe-und-herkunft-verraten-ld.1498187>].

Zwar wird in der Öffentlichkeit suggeriert, dass die Phänotypisierung nur auf schwere Gewaltdelikte angewendet werden soll. Auf ein Deliktskatalog wird aber verzichtet. Momentan besteht die Möglichkeit, die Phänotypisierung auf «Verbrechen» anzuwenden. Damit wäre die Phänotypisierung auch bei Diebstahl (Art. 139 StGB), grosser Sachbeschädigung (Art. 144 StGB) oder etwa bei Betrug (Art. 146 StGB) möglich. Die Schwere des Grundrechtseingriff der Zwangsmassnahme rechtfertigt eine solche breite Anwendung nicht und müsste daher zwingend auf «schwere Gewaltverbrechen» mittels Deliktskatalog eingegrenzt werden.

Auch das DNA-Profil-Gesetz sollte ursprünglich der Aufklärung von schweren Straftaten dienen. Gemäss der Botschaft zum DNA-Profil-Gesetz vom 8. November 2000 sollte die DNA-Analyse hauptsächlich bei schwersten Straftaten gegen Leib, Leben und körperliche Integrität, bei denen Täter und Opfer im eigentlichen Sinn gewaltsam aufeinandertreffen und sich gegenseitig und das Umfeld mit Spuren versehen, eingesetzt werden. Die Realität sieht aber anders aus; wie die Statistik für das Jahr 2018 zeigt, wurden in der DNA-Datenbank schweizweit 5054 Treffer erzielt, in 3384 dieser Fälle ging es um Diebstahl und Einbrüche, in 651 um Drogendelikte. Demgegenüber in nur 76 der Fälle um Mord oder Tötung, in 104 Fällen Sexualstraftaten. Bei Entführung, Geiselnahme und Menschenhandel gab es gar keine Treffer.⁸

Dass die die Phänotypisierung zukünftig hauptsächlich der Aufklärung von Diebstahls- und Einbruchdelikten dient, macht die Eingriffswirkung zum Eingriffszweck unverhältnismässig.

Erforderlichkeit und Eignung der Methode

Es fehlt der Nachweis, dass die Methode wirklich geeignet ist, vermehrt schwere Straftaten aufzuklären. Zudem stellt sich die Frage, ob die Phänotypisierung überhaupt für die Praxis der polizeilichen Fahndung erforderlich ist, wenn es nicht um eine breite Anwendung gehen soll.

Im erläuternden Bericht sind gewisse faktische Grenzen erwähnt, die der Phänotypisierung in der Praxis gesetzt sind, etwa beim Problem von «Mischspuren» oder bei der Ermittlung der richtigen DNA, d.h. der DNA-Spur «täterischen Ursprungs». Der praktische Nutzen der Phänotypisierung wird dann aber ungenügend dargelegt.

Einzelbeispiele, wie jenes im Bericht, vermögen die Notwendigkeit der massiven Ausweitung des DNA-Profil-Gesetzes wohl kaum begründen. Das zeigen praktische Erfahrungen aus Deutschland. So etwa hat das Bundesland Bayern, das in seinem Polizeigesetz die Phänotypisierung der Merkmale Haar-, Augen- und Hautfarbe bis jetzt zulässt, nach Kritik einer vom Innenministerium eingesetzten Expertenkommission angekündigt, dass das Gesetz anzupassen sei.⁹

⁸ Meriem Strupler, Wenn der Staat dein Erbgut kennt, WOZ Online vom 05.09. 2019.

⁹ Zeit Online, Bayern kündigt Änderungen am umstrittenen Polizeigesetz an, 30.08. 2019 [<https://www.zeit.de/politik/deutschland/2019-08/polizeiaufgabengesetz-bayern-kritik-kommission-aenderungen-joachim-herrmann>].

Die Expertenkommission kommt in ihrem Bericht zum Schluss, dass aufgrund des «geringen praktischen Anwendungsbereich» und des «begrenzten polizeilichen Mehrwerts», die «Notwendigkeit der gesetzlichen Vorschrift [der Phänotypisierung]» zu hinterfragen sei.¹⁰

Die DJS lehnen deshalb die drastische Erweiterung der DNA-Analyse mittels Phänotypisierung ab. Die Grundrechtseingriffe sind schwer und die damit verbundenen Risiken für die Gesellschaft sind viel grösser als die potenziell mögliche Effizienzsteigerung für die Strafverfolgungsbehörde. Insbesondere werden mit solchen Methoden rassifizierende Aussagen produziert und der institutioneller Diskriminierung Vorschub geleistet. Die Methode ist unverhältnismässig, da sie zu wenig geeignet und nicht erforderlich ist.

Gerade im Sinne einer demokratischen und freiheitlichen Gesellschaft sollte der Einsatz moderner wissenschaftlicher Techniken im Strafrechtssystem nicht um jeden Preis und ohne sorgfältige Abwägung der Vorteile zugelassen werden. Diese Verantwortung hebt auch der EGMR im oben zitierten Entscheid hervor: «Tout Etat qui revendique un rôle de pionnier dans l'évolution de nouvelles technologies porte la responsabilité particulière de trouver le juste équilibre en la matière».¹¹

2. Erweiterter Suchlauf mit Verwandtschaftsbezug

Es ist zu begrüßen, dass die extensive Auslegung des Bundesgerichts zur StPO und dem DNA-Profil-Gesetz zur Verwandtensuche in der DNA-Profilatenbank gesetzliche Grundlage festgeschrieben wird. Fragwürdig ist, ob die vorgeschlagene Regelung grundrechtskonform ist, insbesondere unter Berücksichtigung der strafprozessualen Rechte.

In der anwaltschaftlichen Praxis zeigt sich häufig das Problem, dass DNA-Analyseergebnisse gegenüber Verdächtigen oftmals nicht als Wahrscheinlichkeitsaussagen, sondern fälschlicherweise als Tatbeweis dargetan werden, um so Druck auf Verdächtige auszuüben. Mit dem erweiterten Suchlauf mit Verwandtschaftsbezug sollen sich zukünftig Ermittlungen nicht nur mehr gegen die Spurenleger_in richten, sondern im Falle von sogenannten «Beinahetreffern» auch gegen Verwandte. Es handelt sich dabei eigentlich um eine biologisch motivierte Massenuntersuchung. Dadurch können unschuldige Personen in die Ermittlungstätigkeit der Polizei einbezogen werden, die einzig aufgrund eines ähnlichen DNA-Profiles mithereingezogen werden.

¹⁰ Kommission zur Begleitung des neuen bayerischen Polizeiaufgabengesetzes, Abschlussbericht vom 30.08.2019 <https://cdn.netzpolitik.org/wp-upload/2019/08/Abschlussbericht-bayerisches-Polizeigesetz-PAG-Kommission-August-2019.pdf>.

¹¹ EGMR, S. und Marper gegen Vereinigtes Königreich, Ziff. 112 ff.

Das fedpol hat auf eine genaue strafprozessuale Regelung der Verwandtenrecherche verzichtet und will das genau Vorgehen der polizeilichen Ermittlungstätigkeit überlassen. Insbesondere verzichtet das fedpol auf eine Regelung der Kontaktaufnahme der Ermittlungsbehörden von Verwandten der Spurenleger_in, also mit deren Eltern, Kinder und Geschwister. Zur Sicherstellung der strafprozessual garantierten Rechte braucht es hier eine genauere Regelung.

Um die Ausdehnung der problematischen Figur der Auskunftsperson (StPO 178 ff.) einzuschränken, muss zwingend in der StPO geregelt werden, ob es sich bei den «Verwandten» um Auskunftspersonen oder Zeugen handelt, da damit wichtige strafprozessrechtliche Rechte verbunden sind. Das fedpol unterscheidet den Status der Person demnach, ob sie von der Polizei oder der Staatsanwaltschaft einvernommen wird, nur in letzterem Fall würde sie als Zeuge vernommen und habe entsprechende Zeugnisverweigerungsrechte. Diese Vorstellung des fedpol zeigt den problematischen Umgang der Strafverfolgungsbehörde mit diesen Rechtsfiguren.

Ausserdem sollte festgehalten werden, wie viel Übereinstimmung der «Beinahetreffer» in der Profil-Datenbank aufweisen muss, d.h. bis zu welchem Grad ein Abgleich erlaubt ist. Nur mit einer gesetzlichen Regelung kann die Grösse der Gruppe von Angehörigen, die ins Visier der Ermittlungen geraten, eingeschränkt werden. Ansonsten verfügt die Strafverfolgungsbehörde über ein zu grosses Ermessen bei der Erstellung des Stammbaums und der Kontaktaufnahme der Verwandten der Spurenleger_in. Dies ist insbesondere unter dem Blickwinkel heikel, dass seitens der Strafverfolgungsbehörden und der Politik eine Erleichterung der DNA-Profilerstellung gefordert wird. Das Bundesgericht hat in BGE 141 IV 87 die rechtswidrige und ausufernde Praxis der Polizei zur DNA-Profilerstellung unterbunden. Sollte zukünftig die Polizei für die Anordnung von DNA-Profilen zuständig sein, ist damit zu rechnen, dass die Zahl an DNA-Profilen in der Datenbank rasant steigt und deshalb auch mehr «Verwandte» in das Visier der polizeilichen Ermittlung geraten. Das Problem der Ausdehnung der «Verwandtensuche» zeigt sich am Beispiel von Deutschland, wo sich bereits 1 Prozent der Deutschen in der DNA Datenbank befinden. Rein statistisch befindet sich ein Verwandter dritten Grades in der deutschen DNA-Datenbank. Über den Umweg von «Beinahetreffern» ist also theoretisch jeder Einwohner und jede Einwohnerin Deutschlands via DNA-Analyse ermittelbar.¹²

Aufgrund dieser wichtigen strafprozessrechtlichen Fragen und des nähren Sachzusammenhangs der «Verwandtenrecherche» mit der StPO als mit dem DNA-Gesetz, sollten diese Änderungen zusammen mit der StPO-Revision behandelt werden.

¹² Susanne Schultz und Isabelle Bartmann, *Erweiterte DNA-Analyse, Bürgerrechte & Polizei/CILIP*, 2017 Nr. 113.

3. Neuregelung der Aufbewahrungsfristen für DNA Profile

Die masslose Verlängerung der Aufbewahrungszeit des genetischen Materials wird u. a. mit Nachtypisierungen begründet, etwa weil nach neuen Standards mehr Loci bearbeitet werden. Dem ist entgegenzuhalten, dass eine Zwangsmassnahme nur zu den Bedingungen erfolgen darf, die bei deren Anordnung gesetzlich zulässig waren. Was der Bundesrat vorschlägt, dass nämlich eine DNA-Probe während 15 Jahren immer nach den geltenden Standards nachtypisiert werden soll, widerspricht dem Legalitätsprinzip und dem Rückwirkungsverbot.

Unseres Erachtens geht auch der Vergleich mit Tatortspuren, die heute schon 15 Jahre aufbewahrt werden dürfen fehl. Denn bei Tatortspuren ist der Täter nicht bekannt, bei DNA-Proben ist aber eine bestimmte Person bekannt. Wenn also eine Nachtypisierung erforderlich wäre, könnte jederzeit wieder eine Probenahme angeordnet werden, sofern dies nach den gesetzlichen Voraussetzungen zulässig wäre. Ansonsten handelt es sich bei der Nachtypisierung um einen Blankocheck an die Strafverfolgungsbehörde, die im Widerspruch zu den Grundsätzen der StPO zu den Zwangsmassnahmen steht. Die Ausdehnung der Aufbewahrungsfristen der DNA-Proben (Art. 9 und 9a VE-DNA-Profil-Gesetz) für das Labor sollte deshalb nicht erfolgen.

Eine Nachtypisierung stellt ebenfalls eine Zwangsmassnahme dar und muss den gleichen Voraussetzungen genügen, wie bei der Erstellung eines DNA-Profiles. Eine «Vereinfachung» der Löschfristen darf nicht dazu führen, dass durch die Hintertür die Fristen für die Aufbewahrung verlängert werden. Zur klaren Trennung von verwaltungsrechtlichen (DNA-Profil-Gesetz) und strafprozessualen (StPO) Inhalten gehört die Regelung zur Nachtypisierung in die StPO. Ansonsten verfehlt die Vorlage das Ziel der Beseitigung der Doppelspurigkeiten zwischen DNA-Profil-Gesetz und der StPO.

Mit bestem Dank für die Berücksichtigung unserer Anmerkungen verbleiben wir

mit freundlichen Grüssen,



Melanie Aebli

Rechtsanwältin, Geschäftsleiterin DJS