

MARCEL BOSONNET

Rechtsanwalt

Gartenhofstrasse 7
Postfach 9656
8036 Zürich

Telefon (+41) 044 261 90 68
Telefax (+41) 044 261 90 19
mobile (+41) 076 376 49 12
E-mail bosonnet@bluewin.ch

Biometrie in der Forensik unter Beachtung des Datenschutzes und des Strafrechts

I.

Vorbemerkung zur Biometrie

Messungen an Menschen, zu deren Identifizierung sind grundsätzlich nichts Neues. Bereits bei den ägyptischen Pyramidenbauern (ca. 2650 bis 2600 v. Chr.) wurden mithilfe von einzigartigen physiologischen Kennzeichen, wie z.B. Narben oder einer Mischung aus Teint, Augenfarbe und Körpergrösse, Personen identifiziert (Alexander Hamann, Geschichte[n] der Biometrie, Berlin 2007).

Aber erst im 17. Jahrhundert begann man sich in Europa ernsthaft mit Finger- und Handlinien zu beschäftigen.

Das Verfahren von Alphonse Bertillon (1853–1914) zur Identifizierung von Kriminellen basierte auf den anthropometrischen Überlegungen von Lambert Adolphe Jacques Quételet (1796–1874), einem belgischen Astronomen und Statistiker. Nach diesem sind die Knochenmasse des Menschen einmalig und ab dem 21. Lebensjahr nahezu unveränderlich. Aufgrund dieser These erhob Alphonse Bertillon nun elf Körpermasse, wie Armspannweite, Sitzhöhe, Körperlänge und -breite usw.

Den absoluten Höhepunkt von Alphonse Bertillons Anthropometrie (genannt Bertillonage) stellte wohl die Identifizierung des Bombenlegers Ravachol (eigentlich: *François Claudius Koëningstein*; 1859–1892) dar. Der Anarchist Ravachol war zwei Jahre

vor dem Anschlag in Saint Etienne wegen Diebstahlverdachts verhaftet und vermessen worden. Aufgrund der Messdaten wurde er wiedererkannt, verurteilt und dann hingerichtet. Alphonse Bertillon seinerseits wurde daraufhin weltberühmt, und andere Länder übernahmen sein Verfahren. (Was heute bedauerlicherweise oft verschwiegen wird, ist die Tatsache, dass Alphonse Bertillon auch für das falsche Schriftgutachten im Fall Dreyfus verantwortlich war, das letztlich zu Dreyfus' Verurteilung führte.)

Die *Bertillonage* trat ab 1894 einen eigentlichen Siegeszug um die ganze Welt an.

Ihr Erfolg hielt gleichwohl nur sehr kurze Zeit an. Bereits vor 1900 wurde sie durch die Daktyloskopie abgelöst. Der Grund dafür lag darin, dass eine Fingerabdruckspur am Tatort bei einem späteren Abgleich mit einem Tatverdächtigen eine Identifizierung ermöglichte. Durch die *Bertillonage* konnte, wie im Fall Ravachol, nur festgestellt werden, ob der Verdächtige schon einmal im Zusammenhang mit einer früheren Strafuntersuchung vermessen worden war. Die *Bertillonage* war im Hinblick auf allfällige Tatortspuren ohne Aussagekraft. Zudem kam es aufgrund der *Bertillonage* im Gefängnis Leavenworth, Kansas, USA, zu einer Verwechslung von zwei vom Aussehen und von den Massen her praktisch identischen Personen. Der Fall der Brüder West demonstrierte, dass selbst bei einem Vergleich von elf Körpermassen eine Verwechslung nicht ausgeschlossen war. Bei der *Bertillonage* zeigten sich immer öfter ernsthafte Fehler durch die übermäßige Komplexität, die Möglichkeit von Verwechslungen und die Abhängigkeit von der Genauigkeit der Messungen. Allein anhand des Fingerabdrucks konnten *Will* West und *William* West letztlich unterschieden werden (<http://www.scafo.org/library/110105.html>, eingesehen am 01.02.2013). Die Papillarlinien hingegen galten damals noch

als hochgradig individuell, und so blieb es im Grundsatz bis Ende des 20. Jahrhunderts.

Der Missbrauch der Nationalsozialisten brachte die Methode der Körpervermessung weiter nachhaltig in Misskredit und wirft bis heute einen dunklen Schatten auf biometrische Studien am Menschen (http://de.wikipedia.org/wiki/Felix_von_Luschan, eingesehen am 01.02.2013). In der Schweiz beschäftigte sich der Anthropologe und Rassenhygieniker Prof. Otto Schlaginhaufen (1879-1973), Direktor des Anthropologischen Institutes der Universität Zürich, mit der Vermessung von Körpern um herauszufinden, wie es in der Schweiz um die „Reinheit der Rasse“ stehe (vgl. Christoph Keller, *Der Schädelvermesser*, Zürich 1995). Wobei es selbstverständlich einen Unterschied macht, *individuelle* Unterschiede durch Messung festzustellen oder eben ("wissenschaftlich") Normwerte zu bestimmen um damit auf die "Reinrassigkeit" und dgl. zu schliessen).

Erst 2002 entschied ein Gericht in Pennsylvania, dass ein Fingerabdruck als Beweismittel nicht zulässig sei, da die Daktyloskopie den Daubert-Standard für ein wissenschaftliches Verfahren nicht erfülle (<http://de.wikipedia.org/wiki/Daubert-Standard>, <http://de.wikipedia.org/wiki/Daubert-Standard>, <http://www.heise.de/tp/artikel/11/11572/1.html>; vgl. auch Fall Brandon Mayfield in Spanien/USA: <http://www.danielpipes.org/4989/brandon-mayfield-and-preempt-terrorists-or-not>, alle eingesehen am 01.02.2013).

Wenn heute die Identifizierung durch Fingerabdrücke aufgrund zunehmender Kritik allmählich an Bedeutung verlieren würde, so wäre dies wohl ein Grund, verstärkt DNA-Datenbanken auszubauen. Ansonsten rücken Identifizierungsverfahren durch Netzhaut- oder Irismuster, Gesichtsform, Stimme oder Venenbild an die Stelle der Fingerabdrücke, wo dies möglich ist. So kehren wir

letztlich vielleicht wieder zu der von Bertillon eingeführten Anthropometrie auf einer anderen Ebene zurück.

Es lässt sich jedenfalls feststellen, dass in der Forensik immer öfter biometrische Vermessungen des Körpers zur Identifikation einer Person benutzt werden. Die mag u.a. damit zusammenhängen, dass vermehrt der öffentliche Raum überwacht wird und dass durch diese Überwachung verwertbares Bildmaterial anfällt (vgl. Bürgerrechte & Polizei/CILIP 81 [2/2005], Schwerpunkt: Kontrolle des öffentlichen Raums).

Wir haben somit die klassische Situation, in der sich die Kriminalistik mit Verweis auf die „Wissenschaftlichkeit“ in immer neue Bereiche ausdehnt. Im Nachvollzug stellt sich für den Juristen und die Juristin die Frage, ob das denn juristisch auch zulässig sei – und allenfalls unter welchen Bedingungen. Und in der Regel noch später stellt sich die zentrale, ernsthafte Frage, ob das ganze Verfahren wirklich eine wissenschaftlich ernst zu nehmende neue Erkenntnis darstellt.

II.

Fotogrammetrische Vermessung von Körpergrößen von Tatverdächtigen

In meinen Ausführungen möchte ich mich einzig auf die fotogrammetrische Vermessung von Körpergrößen von Tatverdächtigen beziehen, wobei die Daten dann mit zuvor erstellten Täter-Bildern verglichen werden (generell zur Biometrie in der Kriminalistik vgl. Heike Esch, Der binäre Mensch, Zum Stand biometrischer Verfahren. Zeitschrift Kriminalistik, 62. Jg. 2008, S. 225ff.).

Bei biometrischen Verfahren in der Kriminalistik wird versucht, durch einen Datenabgleich Übereinstimmung oder Nicht-Übereinstimmung festzustellen, um dadurch auf Identität oder Nicht-Identität schliessen zu können.

Dabei stellt sich dem Juristen/der Juristin die Frage, inwieweit solche Untersuchungen mit dem geltenden Recht im Einklang stehen.

Bei diesem Verfahren sind zwei unterschiedliche Momente oder Phasen auseinanderzuhalten: erstens die ursprüngliche Datenerhebung und zweitens die darauf folgende Datenerhebung beim Tatverdächtigen.

Nehmen wir zwei Beispiele:

Bei einem Fussballspiel wirft eine verummte Person eine *Pyro* gegen eine andere Personengruppe. Der Werfer wird von der Polizei gefilmt.

Oder bei einer Demonstration werden die Teilnehmer/innen gefilmt. Aufgrund der Aufnahmen wird vermutet, dass eine völlig verummte Person, die einen Stein gegen die Polizei warf, identisch ist mit einer unverummten Person an der vorhergegangenen legalen Demonstration.

In beiden Fällen bestreiten die Beschuldigten im Strafverfahren die Tat, oder sie berufen sich auf das Schweigerecht. Anschliessend erlässt der Staatsanwalt einen Vermessungsbefehl und beauftragt einen Sachverständigen mit einem Bericht. Der Verdächtige wird anschliessend vermessen, und im Sachverständigenbericht wird festgehalten, ob und inwieweit eine Identität zwischen der ursprünglich gefilmten/fotografierten Person und dem Beschuldigten vorliegt.

Aus rechtlicher Sicht interessiert zuerst die Rechtmässigkeit der ersten Datenerfassung bei der eigentlichen Tat. Die Tathandlung musste ja durch Film und/oder Foto festgehalten werden. Da in der Regel unklar ist, ob, wie, wann und durch wen eine strafbare Handlung zu erwarten ist, muss zwangsläufig bereits vor einer strafbaren Handlung ein bestimmter Personenkreis fotografiert und/oder gefilmt werden.

Es kann der Einwand erhoben werden, dies sei eigentlich nichts Neues, auch bei Geschwindigkeitsüberschreitungen werde die Täterschaft durch feststehende Kameras fotografiert. Bei einem Radarautomaten geht man jedoch davon aus, dass der Tatverdacht in dem Zeitpunkt eintritt, in dem das Messgerät die Geschwindigkeitsüberschreitung registriert und dadurch zur Identifikation eine geeignete Bildaufnahme auslöst. Ausreichend für dieses Foto ist somit ein einfacher Tatverdacht, der durch ein Messverfahren ausgelöst wird.

Anders verhält es sich bei den vorgenannten Beispielen, dem Fussballspiel, der Demonstration – bzw. bei der Überwachung eines Innenhofes oder eines Strassenabschnittes.

In allen diesen Fällen erfolgt eine Observationsmassnahme, Datensammlung und Datenverarbeitung unter dem Titel der Vorermittlung im Vorfeld des strafprozessualen Anfangsverdacht (Hans Hilger, Vor(feld)ermittlungen/Datenübermittlungen S.11ff. in Wolter/Schenke/Riess/Zöllner [Hrsg.], Datenübermittlungen und Vorermittlungen, FS für Hans Hilger 2003).

Erst wenn ein strafprozessualer Deliktsverdacht vorliegt, gelten die Vorschriften der Strafprozessordnung. Die fraglichen polizeilichen Observationsmassnahmen unterscheiden sich deshalb auch grundlegend von Vorermittlungen, die in der Strafprozessordnung an verschiedenen Stellen der Strafprozessordnung aufgezeichnet sind (Art. 215, Art. 243, Art. 253, Art. 255ff., erkennungsdienstliche Massnahmen gem. Art. 260ff. Art. 282, Art. 301-304, 307 Abs. 2 und Art 309 Abs. 2).

Bei der polizeilichen Observation, zum Beispiel bei einem Fussballspiel oder einer Demonstration, werden beliebige Personen ohne jeglichen Tatverdacht fotografiert und/oder gefilmt. Es liegen Vorermittlungen der Polizei vor, bei welchen Daten erhoben und verwendet werden, obwohl weder ein tat- noch ein täterbezogener Anfangsverdacht vorliegt (zu den Vorermittlungen vgl. Sandra Forkert-Hosser, Vorermittlungen im Straf-

prozessrecht, Erhebung und Verwendung von Daten vor dem Anfangsverdacht, Frankfurt am Main 2011).

Die Bildbeschaffung wird also als Massnahme zur Aufklärung von bevorstehenden Straftaten für den Fall eingesetzt, dass diese Straftaten dann auch begangen werden (BSK StPO - Beat Rhyser, Art. 306 N9). Die dafür früher im Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (BVE) vorgesehen gesetzlichen Grundlagen zu *polizeilichen verdeckten Ermittlungen* im Vorfeld von Strafverfahren und zur Aufklärung erst bevorstehender Delikte wurden jedoch nicht in die neue StPO aufgenommen. Mit Bezug auf Abklärungen im Vorfeld eines Ermittlungsverfahrens bzw. unterhalb der Schwelle eines strafprozessualen Tatverdachtes aus diesem Grunde „ist vieles im Unklaren“ (BSK StPO - Beat Rhyser 306 N 8). Auch in kantonalen Polizeigesetzen waren bisher die polizeilichen Vorermittlungen meist nicht geregelt, obwohl sie in der Praxis eine sehr grosse Bedeutung haben. Zulässigkeit und Grenzen dieser Vorermittlungen waren deshalb umstritten.

So hat die Stadtpolizei Zürich 2012 ohne Gesetzesgrundlage bei 19 Einsätzen, 12 Fussballspielen und 7 Demonstrationen, live direkt in den Führungsraum der Stadtpolizei übertragen. Fotokameras zur Beweissicherung für die Strafverfolgung kamen 2012 bei Gewalttätigkeiten rund um 12 Fussballspiele und bei 4 unbewilligten Demonstrationen oder Räumungen von besetzten Liegenschaften zum Einsatz. Die Stadtpolizei Zürich betont, dass die Aufnahmen ausschliesslich „punktuell und zielgerichtet“ erfolgt seien. Eine willkürliche und flächendeckende Aufnahme von Besucherinnen und Besuchern von 1.-Mai-Kundgebungen oder Sportveranstaltungen finde nicht statt, allenfalls würde es sich um einen „bedauerlichen Einzelfall“ handeln (Tages-Anzeiger online vom 03.01.2012).

Jeder staatliche Umgang mit Personendaten greift in die Garantie der informationellen Selbstbestimmung ein und ist deshalb

nur unter den allgemeinen Voraussetzungen legitimer Grundrechtseinschränkungen zulässig, das heisst, es muss gemäss Art. 36 BV eine gesetzliche Grundlage, ein überwiegendes öffentliches Interesse vorliegen, und die Verhältnismässigkeit muss gewahrt bleiben (Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, Bern 2008, S.170ff.).

Im Folgenden sollen die gesetzlichen Grundlagen, die für die geschilderten Situationen in Betracht gezogen werden müssen, dargelegt werden.

III.

Gesetzliche Grundlagen bei polizeilichen Vorermittlungen

1. Datenschutzgesetz

Das Datenschutzgesetz (DSG) ist u.a. nicht auf *hängige* Strafverfahren anwendbar (Art. 2 Abs 2 lit c.). Überall dort, wo bereits ein Strafverfahren hängig ist, kommt das DSG somit nicht zur Anwendung. Umgekehrt muss festgehalten werden, dass dort, wo noch *kein* Strafverfahren hängig ist (und kein Ausschluss gem. Art. 2 Abs. 2 DSG vorliegt), das DSG zur Anwendung kommt.

Schwierigkeiten bereitet bei Strafverfahren regelmässig die Bestimmung des Zeitpunktes der Hängigkeit. Die Frage stellt sich insbesondere mit Bezug auf die polizeilichen Ermittlungsverfahren (s.o.). Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist das DSG auf gerichtspolizeiliche Ermittlungsverfahren nicht anwendbar. Dem DSG unterliegen hingegen Präventivermittlungen, das heisst die vorerwähnten Ermittlungen im Vorfeld von Straftaten (Belser/Epiney/Waldmann [Hrsg.], Datenschutzrecht, dort Waldmann/Bickel, S. 662).

Allgemeine polizeiliche Überwachungen ausserhalb eines Strafverfahrens sind auch aufgrund des Datenschutzgesetzes ohne klare gesetzliche Bestimmungen grundsätzlich unzulässig.

Kontrollen, Datensammeln, Fotos u.a. bei Demonstrationen, Veranstaltungen auf Bahnsteigen, auf Tramhaltestellen erfolgen also ohne gesetzliche Grundlage; ausserhalb eines Tatverdachtes sind sie gesetzeswidrig und unzulässig.

Der Grundsatz des Datenschutzgesetzes, dass überall dort, wo kein Gesetz im formellen Sinne besteht, keine Daten bearbeitet werden dürfen (Belser/Epiney/Waldmann, S.673), gilt allerdings nicht absolut.

Besonders schützenswerte Personendaten sowie Persönlichkeitsprofile dürfen indessen nur bearbeitet werden, wenn ein Gesetz im formellen Sinn es ausdrücklich vorsieht - oder ausnahmsweise, wenn es für eine in einem Gesetz im formellen Sinn klar umschriebene Aufgabe unentbehrlich ist; wenn der Bundesrat es im Einzelfall bewilligt, weil die Rechte der betroffenen Person nicht gefährdet sind; oder wenn die betroffene Person im Einzelfall eingewilligt oder ihre Daten allgemein zugänglich gemacht und eine Bearbeitung nicht ausdrücklich untersagt hat (Art. 17 Abs. 2 DSG).

Die Ausnahme sieht somit in gewissen Fällen nicht nur vom Erfordernis einer formell-gesetzlichen Grundlage ab, sondern auch vom Erfordernis einer Rechtsgrundlage schlechthin. Allerdings gilt diese Ausnahmebestimmung nur, wenn die Erfüllung der Aufgabe ohne die Bearbeitung der fraglichen Daten geradezu vereitelt würde. Zudem muss es sich um Einzelfälle handeln. Die beiden anderen Fälle sind in der Praxis wohl weniger relevant.

2. Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS)

Personendaten können durch Bundesorgane also bearbeitet werden, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage besteht. Nun be-

steht ein Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS), das gemäss Art. 1 BWIS der Sicherung der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundlagen der Schweiz sowie dem Schutz der Freiheitsrechte ihrer Bevölkerung dient. Seit dem 01.01.2012 gibt es den Art. 24a BWIS im Abschnitt 5a: *Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen*.

Gemäss diesem Artikel betreibt die Bundespolizei ein elektronisches Informationssystem, in das Daten über Personen aufgenommen werden, die sich anlässlich von Sportveranstaltungen im In- und Ausland gewaltdtätig verhalten haben. In das Informationssystem dürfen Informationen über Personen, gegen die Ausreiseperrren, Massnahmen nach kantonalem Recht im Zusammenhang mit Gewaltdtätigkeiten anlässlich von Sportveranstaltungen oder andere Massnahmen, wie Stadionverbote, verhängt worden sind, aufgenommen werden. Das elektronische Informationssystem kann folgende Daten enthalten: Foto, Name, Vorname, Geburtsdatum, Geburtsort, Heimatort, Wohnadresse, Art und Grund der Massnahme wie Verurteilung, Strafuntersuchung, Meldungen der Polizei, Videoaufnahmen, verfügende Behörde, Verstösse gegen (verhängte) Massnahmen, Organisationen, Ereignisse.

3. Polizeiliche Generalklausel

Neben den ausdrücklich im DSG genannten Ausnahmefällen darf nach Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV schliesslich auch dann vom Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage abgesehen werden, wenn die Datenbearbeitung zur Abwendung einer ernstesten, unmittelbaren Gefahr erforderlich erscheint. Diese sogenannte polizeiliche *Generalklausel* ist restriktiv anzuwenden. Sie greift im Allgemeinen nur dann, wenn die öffentliche Ordnung und fundamentale Rechtsgüter des Staates oder von Privaten gegen schwere und unmittelbar drohende Gefahren zu schützen sind. Beurteilungsmassstab für die Zulässigkeit einer Anwendung dieser polizeilichen Generalklausel bildet vor allem das Verhältnismässigkeitsprinzip (Belser/Epinay/Waldmann, S. 677, N54).

4. aktuelle Änderungen der kantonale Polizeigesetze und der StPO

Inzwischen haben die Kantone und der Bund entdeckt, dass für die polizeilichen Vorermittlungen eine gesetzliche Grundlage fehlt. Statt sich unter Respektierung der Privatsphäre zum Verzicht auf polizeiliche Vorermittlungen zu bekennen, haben zahlreiche Kantone nachträglich entsprechende Ergänzungen vorgenommen, die verdeckte Vorermittlungen, verdeckte Registrierungen und Bild- und Tonaufnahmen unter gewissen Voraussetzungen erlauben (z.B. §§ 10a, 22 PolG-ZG oder §§ 2, 3 Abs. 2 und 3, 421 und 32, 32-32g PolG-ZH, welches am 1. März 2013 in Kraft tritt). Bei einzelnen dieser kantonalen Polizeigesetze stellt sich jedoch die Frage nach ihrer Verfassungsmässigkeit. Diese Bestimmungen dürfen, um einer Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall zugänglich zu sein, nicht allzu allgemein gehalten sein (vgl. dazu BGE 1C_179/2008 Urteil vom 30. September 2009 betreffend PolG-ZH). Zahlreiche Polizeigesetze dürften diesen Anforderungen möglicherweise nicht entsprechen.

Auch auf Bundesebene soll aufgrund einer Parlamentarischen Initiative Jositsch eine Änderung der Strafprozessordnung erfolgen, womit die verdeckte Ermittlung und Fahndung die erforderliche gesetzliche Grundlage erhalten soll (<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2012/9649.pdf>; eingesehen am 06.02.2013 / Referendumsfrist 7. April 2013).

Zwischenschritt

In einem Zwischenschritt können wir somit festhalten, dass die Überwachung des öffentlichen Raumes durch staatliche Organe klarer gesetzlicher Bestimmungen bedarf. Wo diese fehlen, dürfen grundsätzlich keine Daten erhoben werden. Die polizeilichen Vorermittlungen können sich nicht *generell* auf die poli-

zeiliche Generalklausel abstützen. Bei den kantonalen Polizeigesetzen ist zu prüfen, inwieweit diese Gesetzesbestimmungen mit den Grundrechten der Bundesverfassung übereinstimmen (vor dem Bundesgericht können kantonale Erlasse gem. Art. 82 Bst. b BGG im Sinne einer abstrakten oder konkreten Normenkontrolle angefochten werden).

Ansonsten ist im Einzelfall zu prüfen, inwieweit der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt ist.

5. Exkurs: Verwertung von Erkenntnissen aus privater Ermittlungstätigkeit

Zu diesem Punkt findet sich keine gesetzliche Regelung. Die Rechtsprechung ist noch weitgehend unklar. Foto- und Filmaufnahmen bedürfen grundsätzlich des Einverständnisses der betreffenden Person.

Einem neueren Entscheid des Bundesgerichts ist zu entnehmen, dass durch private Ermittlungstätigkeit gewonnene Erkenntnisse grundsätzlich nur verwertet werden dürfen, wenn diese Erkenntnisse auch von den Strafverfolgungsbehörden hätten erlangt werden können und die Interessenabwägung im Einzelfall nicht einer Verwertung widerspricht (vgl. Referat von Sabine Gless, Strafprozessuale Beweisverbote vom 23.10.2012 und BGE 1B_22/2012).

IV.

Die Auswertungen der Daten durch die Strafverfolgungsbehörden durch biometrisches Vermessen des Beschuldigten

Kommen wir nun zur zweiten Phase. Die Polizei hat bei einem Anlass eine tatverdächtige Person, sei es bei einem Fussballmatch, bei einer Demonstration, bei einem Ladendiebstahl o.Ä., auf einem Bild festgehalten. Die Person ist nicht direkt identifizierbar, aber gewisse Merkmale (z.B. Kleidung, Brille, Schmuck, Gürtel usw.) deuten darauf hin, dass es sich um den Verdächtigen X handelt.

Dieser X bestreitet die Anschuldigungen oder verweist auf sein Schweigerecht und verweigert die Aussage.

Nun kann die Staatsanwaltschaft einen Auftrag erteilen, es sei der Beschuldigte zu vermessen und ein Gutachten über die Identität des Beschuldigten zu erstellen. Dazu wird eine dreidimensionale Vermessung des Beschuldigten angeordnet.

Korrekterweise erlässt der Staatsanwalt in einem solchen Fall eine Verfügung, die mittels Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich anfechtbar ist.

Dieser Verfügung, die einen Auftrag an die Polizei enthält, ist u.a. zu entnehmen, dass der Beschuldigte X, wenn er der Vorladung nicht Folge leisten sollte, durch die Polizei vorzuführen sei. Zur Durchführung der Vermessung darf nach Anweisung der Staatsanwaltschaft als äusserstes Mittel unter Wahrung der Verhältnismässigkeit Gewalt angewendet werden. Die Polizei wird sodann beauftragt, die gewonnenen Daten mit den vorhandenen Film- und Fotoaufnahmen zu vergleichen und darüber einen Bericht zu verfassen.

Der Beschuldigte, der sich bisher auf sein Schweigerecht berief, wird nun unter Androhung von Gewalt gezwungen, an den Ermittlungen gegen sich selbst mitzuwirken.

In dieser Phase, dass heisst in der *hängigen Strafuntersuchung* gegen einen Beschuldigten, kommt das Datenschutzgesetz *nicht* mehr zur Anwendung (Art. 2 Abs. 2 lit c). Massgebend sind somit die Grundrechte und die Strafprozessordnung.

1. Zwangsweise Datenerhebung

Darf nun der Beschuldigte gezwungen werden, allenfalls unter Anwendung von Gewalt, an der Vermessung mitzuwirken?

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellen die zwangsweise Entnahme einiger Haare (Urteil des Bundesgerichts 1P.528/1995 vom 19. Dezember 1995, E. 2b, publ. in: EuGRZ 1996 S. 470), in der Regel die zwangsweise Blutentnahme (BGE 124 I 80 E. 2d, S. 82) wie auch die Erhebung und Aufbewahrung erkennungsdienstlichen Materials wie beispielsweise von Fotografien (BGE 120 Ia 147 E. 2b, S. 150; 107 Ia 138 E. 5a, S. 145) nur leichte Eingriffe in die persönliche Freiheit dar.

Auch bei der Entnahme eines Wangenschleimhautabstrichs (WSA), bei dem im Gegensatz zu einer Blutentnahme die Haut nicht verletzt wird, handelt es sich lediglich um einen leichten Eingriff in das Recht auf körperliche Integrität (Art. 10 Abs. 2 BV). Das Bundesgericht entschied zudem, unter Berücksichtigung von weiteren Aspekten, die Erstellung eines DNA-Profiles wie auch dessen Bearbeitung im Informationssystem des Bundes würden sich nur als leichte Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung erweisen (BGE 128 II 259).

2. Gesetzliche Grundlage zur Körpervermessung

Hinsichtlich der Zulässigkeit einer zwangsweisen Vermessung des ganzen Körpers liegt noch keine Entscheidung des Bundesgerichtes vor. Eine Beschwerde gegen die Anordnung einer Vermessung ist zurzeit bei der Beschwerdekammer des Obergerichtes des Kantons Zürich hängig.

Die Staatsanwaltschaften machen generell geltend, die Vermessung stelle eine erkennungsdienstliche Behandlung im Sinne von Art. 260 StPO dar und sei deshalb nur ein leichter Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Person.

Ich teile diese Ansicht aus folgenden Gründen nicht.

Bei einer fotometrischen Vermessung soll mittels eines geometrischen Vergleiches der Körperabmessungen und Körperproportionen soll ermittelt werden, ob der Beschuldigte als Täter in Betracht kommt. Dieser geometrische Vergleich berücksichtigt

die Körperhaltung und führt so zu wesentlich genaueren Ergebnissen als die Lotmessung. Des Weiteren werden hier zusätzlich zur Körpergrösse die Körperabmessungen und Körperproportionen (inkl. anatomischer funktionaler Gliedmassenlängen, d.h. Arm- und Beinlängen, Schulterbreite und -höhe usw.) gemessen. Dies bedeutet für die betroffene Person, dass sie gezwungen ist, sich so zu verhalten, dass diese Messdaten erhoben werden können.

In der Strafprozessordnung ist die Pflicht eines Beschuldigten zur Preisgabe von personenbezogenen Daten für die Erstellung eines biometrischen Gutachtens nicht normiert. Weder Art. 251 noch 260 StPO stellen dafür taugliche Rechtsgrundlagen dar. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung gehen davon aus, dass die beschuldigte Person nicht nur schweigen darf, sondern beispielsweise auch nicht zur Abgabe von Sprech-, Geh- oder Schriftproben gezwungen werden kann (Niklaus Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich 2009, S. 270). Zu einem aktiven Tun darf der Beschuldigte nicht gezwungen werden (BSK-StPO, Charles Haenni, Art. 251/252 N 20).

3. Der Grundsatz *nemo tenetur se ipse accusare*

Der Grundsatz *nemo tenetur se ipse accusare* wird gemeinhin als die Freiheit von Zwang zur Aussage und zur Mitwirkung im Strafverfahren umschrieben (ausführlich zu diesem Grundsatz Klaus Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, Berlin 1977; für die Schweiz: Dominique Ott, Der Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare*, Diss. Zürich 2012). So wurde zum Beispiel die Hörfalle als unzulässige Ermittlungsmethode erkannt (BVerfG, Beschluss vom 9. Oktober 2002, Az. 1 BvR 1611/96 und 1 805/98, BVerfGE 106, 28; vgl. dazu Lutz Eidam, Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts, Frankfurt am Main, S. 59 ff.). Ebenso die Verabreichung von Vomitivmittel bei Drogentranspor-

teuren (EGMR Urt. v. 11.7.2006 - 54810/00 - Jalloh vs. Deutschland und BGH 29.04.2010 5 Str 18/10).

In einem Teil der Lehre wird teilweise unterschieden zwischen dem Zwang zu einem aktiven Tun und dem Zwang zu einem passiven Verhalten. Eine Grenzziehung zwischen aktivem und passivem Verhalten ist jedoch in der Praxis nur schwer möglich. So stellte sich zum Beispiel die Frage, wie zu bewerten sei, dass man einen Gefangenen bei einer Gegenüberstellung zwingt, einen bestimmten Gesichtsausdruck anzunehmen. Geht es dabei nur darum, Grimassen zu unterlassen, oder um den Zwang zu einem bestimmten Gesichtsausdruck? Unabhängig von dieser Frage ist die Anordnung eine Verletzung des Grundsatzes der Selbstbelastungsfreiheit. Die zwangsweise Verabreichung von Vomitivmitteln stellt wohl für den Betroffenen eine Duldung dar, gleichwohl ist sie als unzulässig anerkannt worden. Diese Kriterien aktiv/passiv sind deshalb ungeeignet (Dominique Ott, a.a.O., S. 137).

Da die Vermessung des ganzen Körpers ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung darstellt und keine gesetzliche Grundlage für diesen Eingriff besteht, darf ohne Einwilligung des Betroffenen keine Vermessung des ganzen Körpers vorgenommen werden. Sowohl das Selbstbelastungsprivileg als auch die Unschuldsvermutung verlangen, dass die Staatsanwaltschaft ihre Anklage nicht auf Beweise stützt, die durch die Anwendung von Zwang oder Druck entstanden sind, die den Willen des Beschuldigten missachten (Robert Esser, a.a.O., S. 529). Durch die Mitwirkungspflicht des Beschuldigten wird der Grundsatz des Selbstbelastungsverbotes und Art. 6 EMRK verletzt.

V.

Abschliessende Bemerkungen

Zweifellos hat sich das anthropometrische Verfahren seit Bertillon durch fotogrammetrische Vermessungen der Körpergrößen und geometrische Vergleiche der Körperabmessungen und Körperproportionen der Täter mit den Tatverdächtigen durch die technischen 3-D-Scan-Aufnahmen verändert. Grundsätzliche juristische Probleme sind jedoch geblieben, nicht nur was die Datenerhebung, sondern auch den *Beweiswert* betrifft.

Im bisher einzigen Urteil des Bundesstrafgerichtes zu einem fotogrammetrischen Gutachten wird festgehalten, dass der Messbereich nicht genügend präzise sei, um verlässliche Schlüsse auf die tatsächliche Täterschaft zu ziehen. Das Gutachten bringe deshalb keinen positiven Beweis für die Täterschaft. Es könne allenfalls – neben weiteren Beweisen – ein Indiz darstellen (Urteil des Bundesstrafgerichtes vom 08.11.2011 in Sachen A.S. und A.D.K. Geschäftsnummer SK.2011.1, S. 16).

Es hat sich somit nichts daran geändert, dass am Ende nur eine Aussage über abstrakte biostatistische Wahrscheinlichkeiten bleibt.

Die Sirenengesänge der Wissenschaft begleiten bereits die gesamte Rechtsgeschichte. Die Wissenschaft kann wohl die Gleichheit oder die Verschiedenheit von Dingen und den Grund von deren Verschiedenheit erklären, aber sie kann uns nicht erklären, ob und inwieweit diese Gleichheit oder die Differenz irgendeine juristische Relevanz besitzen (Robin Feldman, *The role of science in law*, Oxford 2009, S. 6). „Die Wissenschaft beweist nie irgend etwas“ (Gregory Bateson, *Geist und Natur*, S.37)

Überarbeitete Fassung des Vortrags vom 05.02.2013 vor dem Datenschutz Forum

Ich bedanke mich bei Christoph Gassmann für die kritische Durchsicht