

MARC FORSTER  
Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt  
Schweizerisches Bundesgericht  
CH-1000 Lausanne 14

Tel.: +41 21 318 91 51  
E-Mail: [marc.forster@bger.ch](mailto:marc.forster@bger.ch)  
[www.marc-forster-strafrecht.com](http://www.marc-forster-strafrecht.com)

## **Gutachten zur Masterarbeit von Herrn David Gross**

### **I. Thematik, Kurzbeurteilung und Notenantrag**

Der Bearbeiter analysiert den juristischen Kontext um die in der Schweiz noch nicht systematisch angewendeten (und wenig erforschten) *polizeilichen* und *strafprozessualen* Untersuchungsmöglichkeiten des sogenannten "**Familial Searching**". Im Ausland wird über diese moderne Fahndungstechnik insbesondere versucht, *Verwandte* von *unbekannten DNA-Spurengebern* an Tatorten (mutmasslichen Tätern und Opfern) ausfindig zu machen, unter Rückgriff auf behördliche und private *Datenbanken* mit DNA-Profilen. Einige spektakuläre *Fahndungserfolge* im Ausland (insbesondere USA und Schweden) lassen die juristische Thematik zunehmend wichtig erscheinen.

Der Aufbau der Untersuchung ist klar und konsequent. Es handelt sich um eine *inhaltlich grossteils solide* (vorwiegend deskriptiv referierende), aber leider *formal mangelhafte* Masterarbeit mit mittelschwerer Aufgabenstellung, welche mit der Note **4.5** ("befriedigend") zu bewerten ist.

### **II. Arbeitstechnik**

Die Arbeit ist **sprachlich** auffällig fehlerhaft<sup>1</sup> und enthält auch diverse **arbeitstechnische** Unsauberkeiten.<sup>2</sup> Ganz offensichtlich wurde sie nicht oder nur sehr mangelhaft korrektur-

- 
- 1 Neben vielen Schreib- und Grammatikfehlern finden sich auch *sinnentstellende* bzw. völlig verunglückte Formulierungen wie z.B. "Das ENA gibt persönliche Daten weiter, wenn sie dazu gesetzlich angehalten sind" (S. 10); "Auch wenn der die in DE geltende Recht mit Hinweis auf Einwilligung zeigt doch ein anderes Bild auf die Sachlage" (sic! S. 47); "das mittelste Mittel" (S. 49); "Die Datenbank würde ohne Rechtfertigungsgrund i.S.v. Art. 13 DSGVO eine" (sic! S. 43). Auch die Interpunktion (Kommas) ist häufig fehlerhaft und folgt eher dem Zufallsprinzip.
  - 2 Im *Inhaltsverzeichnis* werden *Quellen ungenau* oder *fehlerhaft* angegeben (z.B. Staudinger, *sui generis*, ohne Jahr bzw. Nummer, ebenso Vuille/Hicks/Kuhn, ZStrR; bei Zieger ist das Datum des Jusletters ungenau; bei den Kommentaren/BSK wären neben dem Erscheinungsjahr auch die Auflagen anzugeben gewesen). Die *alphabetische Auflistung* ist fehlerhaft (auf S. IX folgen auf die Anfangsbuchstaben T und U wieder F, L usw., auf S. X kommen nach N wieder R, S usw.). Auch wäre die wissenschaftliche Literatur von anderen Quellen (Berichte und Stellungnahmen von Unternehmen oder Behörden) abzugrenzen gewesen. Im *Materialienverzeichnis* wären die amtlichen Fundstellen (BBl) der Entwürfe

gelesen. Vermutlich hat sich der Bearbeiter unter allzu grossen Zeitdruck gesetzt.<sup>3</sup> Positiv zu werten ist, dass auch diverse *englischsprachige* Literatur berücksichtigt wurde.

### III. Inhaltliche Bemerkungen

In den **Kapiteln 2-3** werden die rechtlichen Rahmenbedingungen in der Schweiz erörtert, mit kurzem Rechtsvergleich bezüglich USA, Schweden und Deutschland. Sie fallen informativ aus, grossteils referierend mit Schwergewicht auf Kommentarliteratur. Die *Bundesgerichtspraxis* wird nur cursorisch (aufgrund von Sekundärliteratur) berücksichtigt, was auch im fehlenden Judikaturverzeichnis Niederschlag findet. Die Untersuchung bemüht sich um Themenfokussierung, enthält aber auch einige inhaltliche Unschärfen:

Die berechtigte Kritik an der früheren Bundesgerichtspraxis, welche das Erstellen eines DNA-Profiles noch als "leichten" *Grundrechtseingriff* eingestuft hatte (S. 20), stützt sich auf ältere Literatur. Die unterdessen erfolgte *Praxisanpassung* bzw. Würdigung der Kritik (BGE 147 I 372 E. 2.3 S. 375-377)<sup>4</sup> wurde vom Bearbeiter mangels selbstständiger Recherche nicht erkannt. Bei den *rechtshilferechtlichen* Erörterungen scheint er zu verkennen, dass die Anwendbarkeit des EÜR nicht auf "EU-Mitgliedsstaaten" (S. 28) beschränkt ist, sondern sich insbesondere auch auf Schengenstaaten (wie die Schweiz) erstreckt. Da von DNA-Profilen (wie der Bearbeiter zutreffend erkennt) auch die Privatsphäre und andere rechtlich geschützte *Geheimnisse* tangiert sind, wäre bei den einschlägigen Zwangsmassnahmen (neben Durchsuchung von Aufzeichnungen, Beschlagnahme und Edition, S. 34) auch noch die *Entsiegelung* (Art. 248 StPO) zu nennen gewesen.

In **Kapitel 4** werden die Rechtsfolgen nach Schweizer StPO untersucht, wenn DNA-Profile aus in- oder ausländischen privaten Datenbanken unter Verletzung von gesetzlichen Vorschriften strafprozessual verwertet werden. Da das IRSG (und die StPO) im internationalen Rechtshilfeverkehr nur *subsidiär* anwendbar ist, hätte noch aufgrund *spezifischerer* Rechts-hilfenormen (etwa der für die Schweiz massgeblichen Cybercrime Convention oder des

---

und Botschaften zum themennahen Prümmer Abkommen und zum PCSC aufzuführen gewesen (die Entwürfe und Botschaften werden auch im Lauftext weder erwähnt, noch behandelt). Im *Erlassverzeichnis* wird das nDSG ohne amtliche Fundstelle (BBl oder AS) aufgelistet (ausserdem fehlt mehrmals die Bezeichnung "SR"). In den *Fussnoten* wird vereinzelt Literatur zitiert, die im Verzeichnis nicht zu finden ist (Fn. 10: "Karavas et al.").

3 Die Arbeit wurde Mitte Februar 2022 förmlich angemeldet und drei Monate später eingereicht.

4 Urteil vom 22. April 2021, BGE-publiziert (in der Druckfassung) am 14. Dezember 2021.

RVUS) geprüft werden müssen, ob es internationalstrafrechtlich tatsächlich "keine rechtliche Grundlage für den Suchlauf in privaten Datenbanken gibt" (S. 42). Zu Unrecht bzw. allzu vorschnell wird auch eine Rechtsgrundlage für die Erhebung von DNA-Profilen in *inländischen* privaten Datenbanken verneint. Wie der Bearbeiter zutreffend erwähnt, schützt das DSGVO nicht vor solchen strafprozessualen Beweiserhebungen. Untersuchungsrelevante elektronische Dateien können aufgrund der StPO bei Privaten grundsätzlich *ediert, beschlagnahmt* und *durchsucht* werden. Welche weitere "Rechtsgrundlage" noch zu fordern wäre, legt der Bearbeiter nicht nachvollziehbar dar. Noch viel weniger ist ersichtlich, inwiefern sich die Strafbehörden bei Anwendung der StPO gar "strafbar machen" würden (S. 43). In diesem praxisrelevanten Kernbereich der Untersuchung fällt die Arbeit wenig schlüssig aus. Negative Auswirkungen auf die Verständlichkeit und Qualität der Analyse haben dabei auch die bereits erwähnten sprachlichen Mängel.

Die Begrifflichkeiten des *Beweisverwertungsrechts* ("selbständige"/"unselbständige"/"absolute" Verwertungsverbote, S. 43 f.) wirken etwas unscharf. Gewisse apodiktische Rechtsbehauptungen werden eher mager begründet.<sup>5</sup> Auch hätten rezipierte "kritische" Lehrmeinungen ihrerseits skeptischer hinterfragt und diskutiert werden können. So kann man die Regelung von Art. 168 Abs. 4 StPO (Ausnahmen vom Zeugnisverweigerungsrecht der Angehörigen) zwar kriminalpolitisch in Frage stellen und problematisieren (S. 46). Dennoch ist sie (entgegen der zitierten Lehrmeinung von Vest/Horber) sachlich durchaus "nachvollziehbar".<sup>6</sup> Dass sich aus dem Verbot des *Selbstbelastungszwangs* kein Verbot von gesetzlich vorgesehenen Zwangsmassnahmen (wie Beschlagnahme oder DNA-Profilerstellung) ableiten lässt (S. 47), wurde nicht von der Doktrin (Zieger usw.) erfunden; die Regel ergibt sich bereits klar aus dem Gesetz (Art. 113 Abs. 1 StPO, ungenannt).

---

5 Etwa: "Eine schwere Straftat kann nur ein Delikt sein, das ausschliesslich mit Freiheitsstrafe sanktioniert wird" (S. 45), mit Hinweis auf bloss eine Lehrmeinung.

6 Das öffentliche Interesse und das Opferinteresse an der Aufklärung von Schwerverbrechen wie Tötungen oder Vergewaltigungen können das private Diskretionsinteresse von Zeugnisverweigerungsberechtigten durchaus überwiegen (lit. a). Auch der Sinn und Zweck von lit. b ist nachvollziehbar: Wenn z.B. die Mutter eines sexuell missbrauchten Kindes geltend macht, sie wolle gegen ihren (der Tat beschuldigten) Ehemann nicht aussagen, weil sonst der (von Art. 168 StPO geschützte) "Familienfriede" gestört werde, ist zu bedenken, dass – primär und ursächlich – das *untersuchte Verbrechen* den Familienfrieden bereits erheblich getrübt hätte (lit. b); auch hier hat der Gesetzgeber eine grundsätzliche *Interessenabwägung* zugunsten des Aufklärungsinteresses vorweggenommen.

Die nur knapp befriedigende Masterarbeit, die die qualitativen Erwartungen des Referenten (vor allem formal und teilweise auch inhaltlich) nicht erfüllt, schliesst mit einer zusammenfassenden Schlussbetrachtung (S. 48 f.).

*Prof. Dr. Marc Forster/30. Juni 2022*