

BE_ZIVILSTRAF BK 2017 339 vom 29. September 2017

BE Obergericht, 2017-09-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_zivilstraf_BK_2017_339

FR: BE_ZIVILSTRAF BK 2017 339 du 29 septembre 2017

IT: BE_ZIVILSTRAF BK 2017 339 del 29 settembre 2017

Regeste

Nacherfassung DNA-Profil (Leitentscheid) | Andere Verfügungen Gericht (393-b)

Erwägungen

E. 1

Am 16. August 2017 verfügte das Regionalgericht Bern-Mittelland (nachfolgend: Regionalgericht) in einem selbständigen nachträglichen Entscheid, dass von A. _____ zwecks Erstellung eines neuen DNA-Profiles eine DNA-Probe zu entnehmen sei. Es ordnete die erforderliche erkennungsdienstliche Behandlung an und erteilte gleichzeitig die Bewilligung, das erkennungsdienstliche Material auszuwerten. Mit der Erstellung des DNA-Profiles beauftragte es das IRM. Gegen diese Verfügung reichte A. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) am 19. August 2017 Beschwerde ein und beantragte deren Aufhebung. Mit Verfügung vom 22. August 2017 erteilte die Verfahrensleitung der Beschwerdekammer in Strafsachen des Obergerichts des Kantons Bern (nachfolgend: Beschwerdekammer) der Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Die Generalstaatsanwaltschaft und das Regionalgericht schlossen in ihren Stellungnahmen vom 4. September resp. 5. September 2017 auf Abweisung der Beschwerde. Mit Replik vom 14. September 2017 hielt der Beschwerdeführer an seinem Rechtsbegehren fest und stellte gleichzeitig ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege.

E. 2

Gegen Verfügungen erstinstanzlicher Gerichte kann innert 10 Tagen schriftlich und begründet Beschwerde geführt werden (Art. 393 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 396 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO; SR 312], Art. 35 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1] i.V.m. Art. 29 Abs. 2 des Organisationsreglements des Obergerichts [OrR OG; BSG 162.11]). Der Beschwerdeführer ist durch die angefochtene Verfügung unmittelbar in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen und somit zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 382 Abs. 1 StPO). Auf die form- und fristgerechte Beschwerde ist einzutreten.

E. 3

nung einer ambulanten therapeutischen Behandlung und Bewährungshilfe während der Dauer der ambulanten therapeutischen Behandlung. Weiter wurde dem Beschwerdeführer in Form einer Weisung untersagt, einen Internetanschluss an seinem jeweiligen Wohnort zu installieren oder installieren zu lassen, einen privaten oder öffentlichen Internetanschluss jeglicher Art zu benützen und Informatikmaterial (Hard- und Software) entgeltlich oder unentgeltlich zu erwerben, zu besitzen oder zu benützen. Ferner wurden diverse Gegenstände zur Vernichtung eingezogen und bezüglich der DNA-Profile (PCN B. _____ und PCN C. _____) festgehalten, dass die Zustimmung zur Löschung nach

Ablauf der Frist durch das zuständige Bundesamt einzuholen sei. Gegen die abgelehnte Rückerstattung von Kopien der nicht verbotenen Dateien meldete der Beschwerdeführer beim Obergericht des Kantons Bern Berufung an. Mit Urteil vom 27. November 2012 stellte die 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern – soweit hier interessierend – die Rechtskraft des erstinstanzlichen Schuldspruchs und der Verurteilung sowie der Verfügung betreffend DNA-Profile fest. Ferner verfügte sie die Herausgabe diverser Gegenstände, soweit sie keinen verbotenen Inhalt aufwiesen und nicht zur Speicherung und Weiterverbreitung von Dateien mit verbotenen Inhalt gedient hatten. Mit Meldeformular vom 28. November 2012 wurde das Urteil der Koordinationsstelle Strafregister (KOST) des Kantons Bern mitgeteilt, welche für den Kanton Bern sämtliche Strafurteile und nachträglichen Entscheide im Schweizerischen Strafregister VOSTRA erfasst und DNA-Löschmeldungen an die Bundesbehörde AFIS DNA Services übermittelt. Da im damaligen Zeitpunkt das definitive Löschdatum der DNA-Profile nicht hat bestimmt werden können (Art. 16 Abs. 4 des DNA-Profil-Gesetzes [SR 363] = Vollzugsende + 20 Jahre), wurden die DNA-Daten von der KOST nicht bearbeitet. Mit Verfügung vom 22. März 2017 hob die Vollzugsbehörde die ambulante Massnahme aufgrund erfolgreichen Abschlusses auf. Ferner hielt sie fest, dass die zugunsten der ambulanten Behandlung aufgeschobene Freiheitsstrafe nicht mehr vollzogen werde. Nachdem die Vollzugsbehörde das Vollzugsende der KOST mitgeteilt hatte und Letztere das definitive Löschdatum (22. März 2037 [22. März 2017 + 20 Jahre]) eintragen wollte, wurde festgestellt, dass die DNA-Profile PCN B._____ und PCN C._____ nicht mehr vorhanden sind. Darauf aufmerksam gemacht, leitete die 1. Strafkammer des Obergerichts das von der KOST retournierte ursprüngliche Meldeformular vom 28. November 2012 dem Regionalgericht Bern-Mittelland zur Prüfung eines nachträglichen Verfahrens zwecks Erstellung eines neuen DNA-Profils weiter. Die vom Regionalgericht angeordnete Neu- bzw. Nacherfassung ist nun Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens.

E. 4

den nachlässigen Umgang der Behörden mit seinem DNA-Profil, weshalb er auch nicht zur Behebung von Missständen beitragen müsse.

E. 5

Urteilsfällung der 1. Strafkammer des Obergerichts (d.h. am 27. November 2012) eine entsprechende Anordnung hätte getroffen werden können. Umstritten ist demgegenüber der zeitliche Anwendungsbereich von Art. 257 StPO. Der Beschwerdeführer hält dafür, dass nur die 1. Strafkammer des Obergerichts in ihrem Urteil vom 27. November 2012 eine Probenahme/Profilerstellung hätte verfügen dürfen oder eine Anordnung zumindest zeitnah hätte erfolgen müssen. Eine spätere Anordnung sei nicht rechtmässig.

E. 5.1

Erkennungsdienstliche Massnahmen und die Aufbewahrung der Daten können das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung [BV; SR 101]) und auf informationelle Selbstbestimmung tangieren (Art. 13 Abs. 2 BV und Art. 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [EMRK; SR 0.101]; BGE 136 I 87 E. 5.1 und 128 II 259 E. 3.2, je mit Hinweisen). Dabei ist von einem leichten Grundrechtseingriff auszugehen (BGE 134 III 241 E. 5.4.3 und 128 II 259 E. 3.3; Urteil des Bundesgerichts 2C_257/2011 vom 25. Oktober 2011 E. 6.7.3; ferner jüngst Urteil des Bundesgerichts 1B_244/2017 vom 7. August 2017 E. 2.1). Einschränkungen von

Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, müssen durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein (Art. 36 BV). Dies konkretisiert Art. 197 Abs. 1 StPO für Zwangsmassnahmen in Strafverfahren dahingehend, dass solche nur ergriffen werden können, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind (Bst. a), ein hinreichender Tatverdacht vorliegt (Bst. b), die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können (Bst. c) und die Bedeutung der Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt (Bst. d). Als Zwangsmassnahmen bezeichnet die StPO Verfahrenshandlungen der Strafbehörden, die in Grundrechte der Betroffenen eingreifen und die dazu dienen, Beweise zu sichern, die Anwesenheit von Personen im Verfahren sicherzustellen oder die Vollstreckung des Endentscheids zu gewährleisten (Art. 196 StPO).

E. 5.2

Vor Inkrafttreten der Eidgenössischen Strafprozessordnung (1. Januar 2011) waren die Probenahme und die Verwendung von DNA-Profilen zu strafprozessualen Zwecken im DNA-Profil-Gesetz geregelt. Mit Einführung der StPO wurden die entsprechenden Bestimmungen in die Art. 255-259 StPO überführt. Daneben behält das DNA-Profil-Gesetz weiterhin seine Gültigkeit (Art. 259 StPO). Es findet Anwendung auf Strafverfahren, die von der Schweizerischen Strafprozessordnung nicht geregelt werden, und auf die Verwendung von DNA-Profilen ausserhalb eines Strafverfahrens. Schliesslich regelt es weiterhin das DNA-Profil-Informationssystem (zum Ganzen: BOTSCHAFT vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1085 ff. [nachfolgend: Botschaft zur StPO], 1241). Nebst Bestimmungen zu den allgemeinen Voraussetzungen zur Profilerstellung im Rahmen der Aufklärung eines Verbrechens oder Vergehens (Art. 255 StPO) und der Massenuntersuchung zur Aufklärung eines Verbrechens (Art. 256 StPO) hält das Gesetz in Art. 257 StPO fest, dass das Gericht in seinem Urteil die DNA-Probenahme und DNA-Profilerstellung anordnen könne. Dies namentlich von Personen, die wegen eines vorsätzlich begangenen Verbrechens oder Vergehens gegen die sexuelle Integrität verurteilt worden sind (Bst. b) und gegenüber denen eine therapeutische Massnahme angeordnet worden ist (Bst. c). Dass beim Beschwerdeführer Bst. b und c vorgenannter Bestimmung erfüllt sind, wird nicht bestritten. Gleiches gilt für die Ausführungen des Regionalgerichts, wonach im Zeitpunkt der

E. 5.3

Art. 257 StPO entspricht Art. 5 DNA-Profil-Gesetz (HANSJAKOB, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 1 zu Art. 257 StPO, auch zum Folgenden; FRICKER/MAEDER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 1 zu Art. 257 StPO) und stellt sicher, dass in gewissen Fällen dem Verurteilten nach Rechtskraft des Urteils auch dann noch eine DNA-Probe abgenommen und ein Profil erstellt werden darf, wenn eine Profilerstellung nicht bereits im Rahmen der Strafuntersuchung gestützt auf Art. 255 StPO erfolgt ist. Die vom Beschwerdeführer beanstandete Wendung «unmittelbar nach Rechtskraft» findet sich nur im Wortlaut von Art. 5 DNA-Profil-Gesetz (welcher vorliegend nicht direkt anwendbar ist [Art. 1a DNA-Profil-Gesetz]), nicht aber in Art. 257 StPO. Diese Voraussetzung gilt indessen auch bei der Anwendung von Art. 257 StPO (FRICKER/MAEDER, a.a.O., N. 1 und 2a zu Art. 257 StPO, auch zum Folgenden). Sie meint aber einzig, dass eine DNA-Analyse nicht bereits vor der Rechtskraft eines Urteils erfolgen darf, weil erst danach feststeht, dass eine beschuldigte Person das ihr vorgeworfene Delikt tatsächlich begangen hat (Unschuldsvermutung). Der Zweck der gestützt auf Art. 257 StPO erfolgten

Erfassung liegt einerseits in der Verhinderung von Rückfalltaten, andererseits in der erleichterten Aufklärung von allfälligen schweren neuen Delikten mittels vorgängiger Beweisbeschaffung. Zu diesem Zweck sollen diejenigen Personen erfasst werden, die zu einer nicht unerheblichen Freiheitsstrafe, einer therapeutischen Massnahme oder Verwahrung bzw. wegen Delikten aus einer besonders schweren Kategorie verurteilt worden sind (FRICKER/MAEDER, a.a.O., N. 2 zu Art. 257 StPO). Darunter fallen Delikte gegen Leib und Leben oder gegen die sexuelle Integrität, bei denen von einer erhöhten Rückfallgefahr auch bezüglich schwerer Delikte ausgegangen wird und bei deren Begehung der Täter häufig DNA-Spuren hinterlässt (HANSJAKOB, a.a.O., N. 3 zu Art. 257 StPO). Im Rahmen von Art. 257 StPO ist eine konkret erkennbare Rückfallsgefahr nicht Anordnungsvoraussetzung (SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2. Aufl. 2013, N. 1 zu Art. 257 StPO). Faktisch wird bei vorgenannten Delikten bereits im Vorverfahren ein DNA-Profil der beschuldigten Person erstellt (Art. 255 StPO), weshalb die Sachgerichte in der Praxis selten auf Art. 257 StPO zurückgreifen müssen.

E. 5.4

Mit Blick auf den Sinn und Zweck von Art. 257 StPO kann die Erstellung eines DNA-Profiles indessen nicht auf Fälle beschränkt werden, in welchen das mit der Strafsache materiell befasste Gericht in seinem Urteil eine DNA-Profilerstellung anordnet. Auch aus Art. 5 DNA-Profil-Gesetz, der vor Einführung der StPO für Strafverfahren gegolten hat, bzw. aus dem dort verwendeten Begriff «unmittelbar»

E. 5.5

Gestützt auf das Ausgeführte und insbesondere mit Blick auf den Umstand, dass mit Art. 5 DNA-Profil-Gesetz und später mit Art. 257 StPO eine gesetzliche Grundlage für eine DNA-Profilerstellung von noch nicht erfassten Personen geschaffen

E. 5.6

Einig geht die Beschwerdekammer mit der Generalstaatsanwaltschaft ferner, dass es keine Rolle spielt, ob das DNA-Profil noch nicht im DNA-Profil-Informationssystem aufgenommen oder ob es versehentlich daraus gelöscht worden und demzufolge nicht mehr vorhanden ist. Aus dem Umstand, dass den Behörden ein Fehler unterlaufen ist und die Profile in der Folge irrtümlich gelöscht worden sind, kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten. Ohne irrtümliche Löschung hätten die DNA-Profile des Beschwerdeführers erst 20 Jahre nach dem Vollzug seiner therapeutischen Massnahme gelöscht werden dürfen (Art. 16 Abs. 4 DNA-Profil-Gesetz), d.h. am 22. März 2037 (vorbehältlich der Zustimmung der zuständigen richterlichen Behörde [Art. 17 Abs. 1 DNA-Profil-Gesetz]). Mit einer Nacherfassung soll nicht etwa auf das Datum der definitiven Löschung eingewirkt, sondern dieses soll nach wie vor auf den 22. März 2037 festgelegt werden. Ferner muss der Beschwerdeführer auch nicht mit Kosten rechnen, welche durch eine erneute Erfassung verursacht werden. Abgesehen vom (leichten) Grundrechtseingriff, den ein Wangenschleimhautabstrich und eine DNA-Profilerstellung unstrittig mit sich bringen, hat der Beschwerdeführer keine weiteren Nachteile zu vergegenwärtigen. Dass die Nacherfassung gegen den Grundsatz von Treu und Glauben oder das Verbot von Rechtsmissbrauch verstossen würde, ist nicht ersichtlich. Ob es, wie die Generalstaatsanwaltschaft ausführt, innerhalb der zwanzigjährigen Aufbewahrungsfrist (Art. 16 Abs. 4 DNA-Profil-Gesetz) zulässig sein müsse, ein versehentlich gelöscht

DNA-Profil neu zu erfassen, braucht hier nicht beurteilt zu werden. Die hier interessierende irrtümliche Löschung wurde unmittelbar nach Vollzugsende bemerkt, d.h. im Zeitpunkt, in welchem erstmals das Löschedatum hat errechnet werden können. Das umgehend eingeleitete nachträgliche Verfahren um Nacherfassung der irrtümlich gelöschten Daten steht dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz nicht entgegen. 6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass mit Art. 257 StPO eine hinreichende gesetzliche Grundlage zur Nacherfassung irrtümlich gelöschter Daten besteht. Das erhebliche öffentliche Interesse an einer präventiven Erfassung schwerer Straftäter überwiegt hier das Interesse des Beschwerdeführers auf körperliche Integrität und auf informationelle Selbstbestimmung, zumal in diese Grundrechte nur leicht eingegriffen wird. Durch die Nacherfassung entsteht dem Beschwerdeführer zudem kein Rechtsnachteil im Sinn einer Verlängerung der Löschfrist oder einer Kosten-

E. 6

kann nicht abgeleitet werden, dass eine DNA-Erfassung und DNA-Profilerstellung durch das Gericht zeitlich befristet und eine spätere Erfassung mittels nachträglichen Verfahrens ausgeschlossen wäre. Dies aus folgenden Überlegungen: Mit Art. 5 DNA-Profil-Gesetz, der Vorgängerbestimmung von Art. 257 StPO, bezweckte der Gesetzgeber die Probenahmen und Profilerstellungen von Personen im Strafvollzug. Der Gesetzesentwurf sprach im Titel von Art. 5 E-DNA-Profil-Gesetz von «Probenahme im Strafvollzug» («Von Personen, an denen eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr vollzogen wird, kann eine Probe genommen und ein DNA-Profil erstellt werden.»). Art. 5 E-DNA-Profil-Gesetz resultierte aus dem Umstand, dass bereits vor Inkrafttreten des DNA-Profil-Gesetzes verschiedene kantonale Erlasse vorsahen, dass bei Antritt des Strafvollzugs eine erkennungsdienstliche Behandlung vorgenommen werden soll. Im Hinblick auf das rasche Erkennen von Rückfalltaten sollte von denjenigen Personen ein Wangenschleimhautabstrich genommen werden, an denen eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr vollzogen wird und deren DNA-Profil noch nicht im Informationssystem aufgenommen worden war (BOTSCHAFT zum DNA-Profil-Gesetz vom 8. November 2000, BBl 2001 29 [nachfolgend BOTSCHAFT zum DNA-Profil-Gesetz], 45). Unbestritten in den Ratsdebatten war, dass Probenahmen im Strafvollzug möglich sein sollen. Inhaltlich erfuhr Art. 5 E-DNA-Profil-Gesetz gestützt auf die Ständerats-Debatte indessen eine Präzisierung. In Abänderung des bisherigen Titels wurde neu unter dem Titel «Probenahme und DNA-Analyse bei verurteilten Personen» festgehalten, dass «Unmittelbar nach Rechtskraft des Urteils [...] eine Probe genommen und ein DNA-Profil erstellt werden [kann] von Personen: [...]» (vgl. zum Ganzen: Geschäft Nr. 00.088 in: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista>). Bereits der Gesetzgeber war sich damals bewusst, dass diese Bestimmung in den ersten Jahren nach Inkrafttreten noch einen grösseren Teil der Strafvollzugsinsassen betreffen, die Bedeutung – aufgrund der Erfassung während des Strafverfahrens – mit den Jahren aber abnehmen würde (BOTSCHAFT zum DNA-Profil-Gesetz, 45). Mit Blick auf Art. 257 StPO und vor dem Hintergrund, dass bereits im Vorverfahren DNA-Profile angeordnet werden, halten auch FRICKER/MAEDER fest, dass die DNA-Erfassung von Verurteilten zusehends an Bedeutung verliere, da sie vor allem Strafvollzugsinsassen in den ersten Jahren des Betriebs des DNA-Profil-Informationssystems betroffen habe und insofern als Auffangnorm zur Nacherfassung diene (FRICKER/MAEDER, a.a.O. N. 2b zu Art. 257 StPO, Fn. 7 zum Folgenden). Unter Hinweis auf VOSER wird als künftiger Anwendungsbereich an verurteilte Straftäter gedacht, welche im Ausland verurteilt und zwecks Verbüssung der

Strafe in die Schweiz überstellt werden (so auch HANSJAKOB, a.a.O., N. 7 zu Art. 257 StPO, auch zum Folgenden). In solchen Fällen ist gemäss HANSJAKOB ein gerichtlicher Entscheid nach Art. 10 Ziff. 2 des Übereinkommens über die Überstellung von verurteilten Personen (SR 0.343) nötig, der im Rahmen des Verfahrens bei selbständigen nachträglichen richterlichen Entscheiden nach Art. 363 StPO erwirkt werden könne.

E. 7

werden sollte, steht für die Beschwerdekammer fest, dass eine DNA-Profilerstellung in zeitlicher Hinsicht nicht an den Zeitpunkt des materiellen Urteils gebunden ist, sondern auch in einem späteren Zeitpunkt erfolgen kann, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 257 Bst. a, b oder c StPO erfüllt sind. Dass eine solche Nacherfassung im Rahmen eines nachträglichen Verfahrens im Sinn von Art. 363 StPO erfolgt, ist nicht zu beanstanden, verschafft dieses doch dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör und räumt ihm die Möglichkeit ein, den Rechtsmittelweg zu beschreiten. Unter Berücksichtigung des «double instance»-Prinzips haben die erstinstanzlichen Gerichte die Nacherfassung zu prüfen, selbst wenn sich – wie hier – das Obergericht materiell mit der Strafsache zu befassen hatte.

E. 8

auferlegung. Es bleibt bei einer Löschung des DNA-Profiles 20 Jahre nach Beendigung der Massnahme, sprich am 22. März 2037. Die DNA-Nacherfassung erweist sich demnach als rechtmässig. Die Beschwerde ist unbegründet und abzuweisen. Festzuhalten ist, dass in der – nach der Profilerstellung vorzunehmenden – Meldung an die KOST (welche von der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern vorzunehmen sein wird) ausdrücklich das bisherige Löschdatum, d.h. der 22. März 2037, zu vermerken sein wird. Der Beschluss ist daher auch der 1. Strafkammer des Obergerichts mitzuteilen. 7. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 428 Abs. 1 StPO). Er ersucht indessen um unentgeltliche Rechtspflege. Diesbezüglich ist ihm entgegen zu halten, dass das Bundesgericht jüngst seine frühere Rechtsprechung bestätigt hat, wonach sich aus Art. 29 Abs. 3 BV kein Anspruch von mittellosen Beschwerdeführenden auf definitive Befreiung von selber verursachten Verfahrenskosten ergebe (Urteil 1B_185/2017 vom 21. August 2017 E. 5). Finanziell bedürftige Rechtssuchende, die nicht zum Vornherein aussichtslose Rechtsmittel erheben, haben im Rahmen der unentgeltlichen Prozessführung lediglich Anspruch auf Befreiung von der Kostenvorschussobliegenheit (vgl. BGE 122 I 322 E. 2c, 110 Ia 87 E. 4, 99 Ia 437 E. 2; Urteile des Bundesgerichts 1B_185/2017 vom 21. August 2017 E. 5, 1B_372/2014 vom 8. April 2015 E. 4.6 und 1B_203/2015 vom 1. Juli 2015 E. 6.2; gegenteilige Ansicht: Urteil des Bundesgerichts 6B_1144/2016 vom 15. Juni 2017). Ein Kostenvorschuss wurde vom Beschwerdeführer nicht verlangt. Sein Begehren um darüber hinausgehende Kostenbefreiung ist abzuweisen.

E. 9

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.