

BS_APPELLATIONSGERICHT BES.2017.208 vom 14. August 2019

BS Appellationsgericht, 2019-08-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_BES.2017.208

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT BES.2017.208 du 14 août 2019

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT BES.2017.208 del 14 agosto 2019

Erwägungen

E. 1

1.1 Gemäss Art. 393 Abs. 1 lit. a der Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) unterliegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Polizei, Staatsanwaltschaft und Übertretungsstrafbehörden der Beschwerde an die Beschwerdeinstanz. Der Beschwerdeführer ist durch die angeordneten bzw. bereits vorgenommenen Zwangsmassnahmen unmittelbar berührt und hat ein rechtlich geschütztes Interesse an ihrer Aufhebung bzw. Änderung, womit die Beschwerdelegitimation gegeben ist (Art. 382 Abs. 1 StPO). Die Beschwerde ist gemäss Art. 396 StPO form- und fristgemäss eingereicht worden, so dass auf sie einzutreten ist. Zuständiges Beschwerdegericht ist das Appellationsgericht als Einzelgericht (§§ 88 Abs. 1 und 93 Abs. 1 Ziff. 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]). Die Kognition des Beschwerdegerichts ist frei und somit nicht auf Willkür beschränkt (Art. 393 Abs. 2 StPO).

1.2 Bezüglich des Antrags, der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, ist festzuhalten, dass die Verfahrensleitung die Frage der aufschiebenden Wirkung nur dann entscheiden muss, wenn sie dieselbe erteilt. Ansonsten wird Letztere konkludent verweigert (Guidon, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, Zürich 2011, N 496).

1.3 Ein Siegelungsgesuch wäre bei der für das Materielle zuständigen Verfahrensleitung einzureichen gewesen (Art. 61 StPO), weshalb auf diesen Antrag nicht einzutreten ist. Darüber hinaus ist ohnehin fraglich, ob es sich beim WSA zwecks Erstellung eines DNA-Profiles und den Erkenntnissen aus der erkennungsdienstlichen Behandlung um einen siegelungsfähigen Gegenstand handelt (mit Blick auf BGer 1B_394/2017 vom 17. Januar 2018 E. 2.6 erscheint dies zweifelhaft).

E. 2

Bei der erkennungsdienstlichen Erfassung nach Art. 260 Abs. 1 StPO werden die Körpermerkmale einer Person festgestellt und Abdrücke von Körperteilen genommen (Abs. 1). Art. 255 Abs. 1 lit. a StPO ermächtigt zur Entnahme einer DNA-Probe der beschuldigten Person und zur Erstellung eines DNA-Profiles zwecks Aufklärung eines Verbrechens oder eines Vergehens, wobei nach Abs. 2 die Polizei die nicht-invasive Probenahme anordnen kann. Die Anordnung der Auswertung (sog. DNA-Profil) muss indes durch die Staatsanwaltschaft oder durch das Gericht erfolgen (BGE 141 IV 87 E. 1.3.2). Die erkennungsdienstliche Erfassung, die Entnahme eines Wangenschleimhautabstrichs bzw. die Abnahme des WSA zwecks Erstellung eines DNA-Profiles stellen Zwangsmassnahmen dar. Gemäss Art. 197 Abs. 1 StPO können solche nur dann ergriffen werden, wenn ein hinreichender Tatverdacht vorliegt (lit. b), die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere

Massnahmen erreicht werden können (lit. c) und die Bedeutung der Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt (lit. d).

E. 3

3.1 Das Appellationsgericht hat sich in letzter Zeit vermehrt mit der Rechtmässigkeit der Abnahme eines WSA und der Erstellung eines DNA-Profiles auseinandergesetzt. Dabei hat es der ■ auch vorliegend massgeblichen ■ Frage, ob die Polizei auch ohne entsprechende Anordnung der Staatsanwaltschaft im Einzelfall alleine gestützt auf die Weisung des Ersten Staatsanwaltes die Erstellung eines DNA-Profiles in Auftrag geben darf, besondere Tragweite zugeschrieben und diese beim ersten derartigen Fall (AGE BES.2017.162 vom 31. Juli 2018) in Anwendung von § 93 Abs. 1 Ziff. 1 Satz 2 GOG als Dreiergericht beurteilt. Dieses hat erwogen, dass die Weisung des Ersten Staatsanwaltes betreffend DNA-Analyse und weitere erkennungsdienstliche Massnahmen im Vorverfahren zur Folge habe, dass gleichzeitig mit der Anordnung der vorläufigen Festnahme durch den/die piketthabende/n Staatsanwalt/Staatsanwältin oder Kriminalkommissär/in ein Automatismus in Bezug auf die WSA-Abnahme und die DNA-Profilerstellung in Gang gesetzt werde, ohne dass es zur Prüfung des konkreten Einzelfalles komme. Damit würden die gesetzgeberisch vorgesehene Differenzierung von DNA-Entnahme und DNA-Profilerstellung und die damit verbundenen unterschiedlichen Anordnungs-kompetenzen faktisch aufgehoben (vgl. auch BES.2017.212 vom 21. August 2018 E. 3, BES.2018.8 vom 24. Oktober 2018 E. 2).

3.2 Die Probenahme beim Beschwerdeführer hat noch vor Erlass des zitierten Grundsatzentscheids nach dem gleichen Muster stattgefunden. Die Anordnung, ein DNA-Profil des Beschwerdeführers zu erstellen und in der Datenbank zu speichern, unterliegt damit nach dem Gesagten einem schweren formellen Mangel, der im Beschwerdeverfahren nicht geheilt werden kann. Aus diesem Grund erweist sich die Anordnung der Erstellung des DNA-Profiles des Beschwerdeführers als unrechtmässig und ist das bereits erstellte Profil zu löschen. Damit kann offen bleiben, ob im konkreten Fall die Erstellung eines DNA-Profiles sowohl zwecks Aufklärung der konkreten Delikte als auch zwecks Aufklärung bereits begangener, aber noch nicht aufgeklärter oder zukünftiger Straftaten im Sinne von Art. 197 Abs. 1 StPO erforderlich und verhältnismässig gewesen wäre.

3.3 Da nach dem Gesagten innert dreier Monate seit Abnahme des WSA keine rechtsgültige Auftragserteilung zur Erstellung eines DNA-Profiles erfolgen konnte, ist die entsprechende Probe gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekanntem oder vermissten Personen (DNA-Profil-Gesetz [SR 363]) zu vernichten.

E. 4

4.1 Zu beurteilen bleibt der Antrag des Beschwerdeführers, wonach die gesamte erkennungsdienstliche Behandlung und Erfassung, namentlich seine fotografische Erfassung, beziehungsweise die sich darauf beziehende schriftliche Dokumentation und allfällige, bereits erfolgte Einträge in entsprechenden Datenbanken, umgehend zu löschen seien.

E. 4.2

4.2.1 Laut Art. 260 Abs. 2 StPO ist die Polizei befugt, eine erkennungsdienstliche Erfassung anzuordnen. Sie hat dies schriftlich zu tun (Art. 260 Abs. 3 Satz 1 StPO). Ist eine Zwangsmassnahme schriftlich anzuordnen und ist sie nicht geheim zu halten, so wird gemäss Art. 199 StPO den direkt betroffenen Personen gegen Empfangsbestätigung eine Kopie des Befehls und eines allfälligen Vollzugsprotokolls übergeben.

4.2.2 Vorliegend befindet sich lediglich eine Kopie des Merkblatts in den Akten. Diesem kann bloss entnommen werden, dass der Beschwerdeführer am 7. Dezember 2017 erkennungsdienstlich behandelt worden ist. Aus dem Merkblatt geht hingegen nicht hervor, wer wann den Auftrag zur Behandlung erteilt und wer die Zwangsmassnahme durchgeführt hat. Dies ist problematisch. Ob die mittels erkennungsdienstlicher Erfassung erhobenen Daten bereits aus diesem Grund zu vernichten sind, kann indes offen bleiben, da die entsprechende Zwangsmassnahme ■ wie nachfolgend zu zeigen sein wird ■ in keiner Weise begründet worden ist.

E. 4.3

4.3.1 Gemäss Art. 260 Abs. 3 Satz 1 StPO ist die erkennungsdienstliche Erfassung kurz zu begründen. An die Begründungsdichte dürfen jedoch keine übermässigen Anforderungen gestellt werden, was bereits durch die Formulierung von Art. 260 Abs. 3 Satz 1 StPO zum Ausdruck kommt, worin lediglich eine kurze Begründung gefordert wird. Wie umfassend sie sein muss, kann nicht mit einer allgemein gültigen Formel umschrieben werden (vgl. BES.2018.216 vom 7. Juni 2019 E. 3; Weber, in: Basler Kommentar, 2. Auflage 2014, Art. 199 StPO N 6).

4.3.2 Im Merkblatt findet sich bloss die Formulierung ■ Weil gegen Sie der dringende Verdacht einer schweren Straftat besteht, werden Sie erkennungsdienstlich behandelt ■. Diese Ausführungen beziehen sich in keiner Weise auf den konkreten Fall. Weder werden die zur Debatte stehenden Straftatbestände genannt, noch wird erklärt, inwiefern eine erkennungsdienstliche Erfassung für die Aufklärung der aktuellen Straftat erforderlich sei oder welche Anhaltspunkte dafür bestünden, dass der Beschwerdeführer in andere, bereits begangene oder künftige Delikte von gewisser Schwere verwickelt sein könnte (vgl. dazu BGer 1B_185/2017 vom 21. August 2017; AGE BES.2018.148 vom 12. Februar 2010 E. 2.2). Mit dem Verzicht auf jegliche auf den vorliegenden Fall bezogene Begründung wurde das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers in schwerer Weise verletzt. Daran ändert nichts, dass die Staatsanwaltschaft in ihrer Stellungnahme vom 22. Januar 2018 bzw. in ihrer Duplik vom 26. April 2018 gewisse diesbezügliche Anhaltspunkte thematisiert hat. Da der formelle Mangel bei dieser Ausgangslage im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht geheilt werden kann, ist die Beschwerde aus formellen Gründen gutzuheissen und sind die mittels erkennungsdienstlicher Erfassung erhobenen Daten zu vernichten. Es kann daher an sich offen bleiben, ob eine erkennungsdienstliche Erfassung des Beschwerdeführers zulässig gewesen wäre oder nicht. Trotzdem bleibt anzumerken, dass die in Erwägung 2 skizzierten materiellen Voraussetzungen im vorliegenden Fall bei summarischer vorläufiger Betrachtung wohl erfüllt (gewesen) sein dürften.

E. 5

Bei diesem Verfahrensausgang werden keine ordentlichen Kosten erhoben (Art. 428 Abs. 1 StPO) und hat der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer Anspruch auf eine Parteientschädigung. Die von seinem Vertreter geltend gemachte Entschädigung (Honorar, Auslagen und Mehrwertsteuer) erscheint angemessen und ist (hälftig aufgeteilt auf die

Beschwerdeverfahren BES.2017.208 und BES.2017.209) zu vergüten. Für den genauen Betrag wird auf das Dispositiv verwiesen.

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