

BS_APPELLATIONSGERICHT BES.2020.109 vom 8. September 2020

BS Appellationsgericht, 2020-09-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_BES.2020.109

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT BES.2020.109 du 8 septembre 2020

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT BES.2020.109 del 8 settembre 2020

Erwägungen

E. 1

1.1 Gemäss Art. 393 Abs. 1 lit. a der Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) unterliegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Polizei und der Staatsanwaltschaft der Beschwerde an die Beschwerdeinstanz. Die am 18. Mai 2020 angeordnete und am 25. Mai 2020 vorgenommene nicht-invasive Probenahme stellt eine Zwangsmassnahme im Sinne von Art. 197 StPO dar, welche grundsätzlich beschwerdefähig ist (AGE BES.2020.23 vom 18. Mai 2020 E. 1, BES.2019.158 vom 17. Dezember 2019 E. 1.2; BES.2018.180 vom 30. Oktober 2019 E. 2.2). Der Beschwerdeführer ist durch diese Zwangsmassnahme unmittelbar berührt.

Zur Beurteilung der Beschwerde nach Art. 393 StPO bedarf es eines aktuellen Rechtsschutzinteresses des Beschwerdeführers an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids. Er muss also im Zeitpunkt des Rechtsmittelentscheides noch beschwert sein (Lieber, in: Donatsch et al. [Hrsg.], Kommentar zur StPO, 2. Auflage 2014, Art. 382 N 7 und 13; Schmid/Jositsch, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Auflage, Zürich 2017, N 1458). Auf die Beschwerde ist nicht einzutreten, wenn das schutzwürdige Interesse schon bei der Beschwerdeeinreichung gefehlt hat. Demgegenüber ist das Verfahren als erledigt abzuschreiben, wenn das schutzwürdige Interesse im Laufe des Verfahrens dahinfällt (vgl. BGE 137 I 23 E. 1.3.1 S. 24 f.; vgl. zuletzt BES.2020.135 vom 3. August 2020 E. 1.2.1; Ziegler/Keller, in: Basler Kommentar StPO, 2. Auflage 2014, Art. 382 N 2; Guidon, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, Diss. Zürich 2011, N 554).

1.2 Die Beschwerde richtet sich ausschliesslich gegen die Probenahme mittels Wangenschleimhautabstrich. Die mit der gleichen Verfügung vom 18. Mai 2020 angeordnete erkennungsdienstliche Erfassung wird anerkannt. Gemäss (der Verfügung beigelegtem) Merkblatt wurde die Probe für die allfällige «spätere Erstellung eines DNA-Profiles» erhoben. Die Probe darf nur eine beschränkte Zeit aufbewahrt werden. Sie muss drei Monate nach der Probenahme vernichtet werden, wenn keine Analyse veranlasst wurde (Art. 9 Abs. 1 lit. b DNA-Profil-Gesetz [SR 363] in Verbindung mit Art. 259 StPO). Vorliegend war die Möglichkeit, ein DNA-Profil zu veranlassen, im Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung vom 3. Juni 2020 gegeben. Ein Nichteintreten fällt daher ausser Betracht.

Indessen ergibt sich aus dem im Beschwerdeverfahren mitgeteilten Verzicht der Staatsanwaltschaft auf eine Auswertung und aus der Vernichtungsfolge, die mit dem Ablauf der Aufbewahrungsfrist gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b des DNA-Profil-Gesetzes am 25. August 2020 eingetreten ist, dass das aktuelle Rechtsschutzinteresse des Beschwerdeführers

weggefallen ist. Die Beschwerde ist daher zufolge Gegenstandslosigkeit als erledigt abzuschreiben.

E. 2

2.1 Für den Entscheid, wer die Kosten des vorliegenden Verfahrens zu tragen hat, ist summarisch über die Erfolgsaussichten der Beschwerde zu entscheiden. Gemäss Art. 428 Abs. 1 StPO sind die Kosten des Rechtsmittelverfahrens von den Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens zu tragen. Als unterliegend gilt auch die Partei, auf deren Rechtsmittel nicht eingetreten wird oder die das Rechtsmittel zurückzieht. Wird wie hier ein Rechtsmittelverfahren aus Gründen gegenstandslos, die erst nach Ergreifen des Rechtsmittels eingetreten sind, ist über die Verfahrenskosten mit summarischer Begründung aufgrund der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrundes zu entscheiden. Dabei ist in erster Line auf den mutmasslichen Ausgang des Verfahrens abzustellen (vgl. BGer 6B_109/2010 vom 22. Februar 2011, E. 4.1; AGE BES.2019.14 vom 3. Oktober 2019 E. 2.1 und 2.2.2.1, BES.2018.22 vom 5. Dezember 2018 E. 2.1; Domeisen, in: Basler Kommentar StPO, 2. Auflage 2014, Art. 428 N 14).

2.2 Gemäss Art. 197 Abs. 1 StPO können Zwangsmassnahmen nur 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). Art. 255 StPO erlaubt die Probenahme und die DNA-Analyse zur Aufklärung von Verbrechen und Vergehen, aber nicht von Übertretungen. Ferner ist die routinemässige Entnahme von DNA-Proben und deren Analyse ausgeschlossen (BGE 145 IV 263 E. 3.4 S. 267), wobei man sich fragen kann, ob dieses Verbot bereits für die Abnahme der Probe mittels Wattestäbchen oder erst bei der Anordnung der eigentlichen DNA-Analyse greift. Das Bundesgericht hat ein Verbot der routinemässigen Abnahme ausdrücklich auf «invasive» Methoden, also z.B. Blutproben, bezogen (BGE 141 IV 87 E. 1.4.2 S. 92). Wie es sich mit nicht-invasiven Methoden wie Wangenschleimhautabstrichen mittels Wattestäbchen verhält, wurde offengelassen. Jedenfalls stellen solche nicht-invasiven Probenahmen einen geringeren Eingriff dar als invasive Blutentnahmen.

Der Beschwerdeführer beschwerte sich am Samstag, 2. Mai 2020, um ca. 21.30 Uhr bei seinem Nachbarn wegen lauter Musik. Gemäss Requisitionsbericht der Kantonspolizei kam es zu einem verbalen Streit und gegenseitigem Schubsen. Danach griffen die Nachbarn zu viert den Beschwerdeführer an. B_____ soll seine Schuhe angezogen haben und den Beschwerdeführer mit dem Fuss gegen die Rippen unterhalb des linken Arms getreten haben, als drei weitere Personen den Beschwerdeführer festhielten. Dann soll B_____ den Beschwerdeführer mit der Faust gegen die linke Wange geschlagen haben. In der ärztlichen Untersuchung des Beschwerdeführers durch pract. med. [...] vom Sonntag, 3. Mai 2020, wurden folgende Verletzungen festgestellt und in den «Behandlungseinträgen» dokumentiert: Hämatom untere Rippen links sowie zwei Abschürfungen am unteren Rücken.

Am 12. Mai 2020 erhob B_____ Strafanzeige wegen Tötlichkeit, Beschimpfung und Hausfriedensbruch. Er machte geltend, der Beschwerdeführer habe ihn mit beiden Händen gepackt und ihn zu würgen begonnen. Diese Schilderung findet im Requisitionsbericht der Kantonspolizei allerdings keine Stütze und wird vom Beschwerdeführer bestritten (Einvernahmeprotokoll S. 4). Weiter macht B_____ geltend, er stelle die Anzeige, nachdem er von einer Anzeige des Beschwerdeführers gegen ihn und vom zivilgerichtlichen

Kontaktverbot erfahren habe. B_____ handelte also retorsionsweise.

Erst mehr als zwei Wochen nach dem Vorfall, am 18. Mai 2020, ordnete die Kriminalpolizei den Wangenschleimhautabstrich an. Es verging nochmals eine Woche, bis der Abstrich anlässlich der Befragung des Beschwerdeführers vom 25. Mai 2020 vollzogen wurde. In dieser Befragung erwähnte der Beschwerdeführer unter anderem, dass er am Dienstag, 12. Mai 2020, nochmals die Polizei gerufen habe, weil der Nachbar gegen das Kontaktverbot verstossen habe. Der Nachbar habe sich vor die Türe gestellt und sei dort stehen geblieben, als der Beschwerdeführer mit dem Kind zur Kindertagesstätte habe gehen wollen (Einvernahmeprotokoll S. 7).

2.3Gegen den Beschwerdeführer lag im Zeitpunkt der Erfassung und des Abstriches der Verdacht wegen Tötlichkeit, Beschimpfung und Hausfriedensbruchs vor. Die beiden letzten Tatbestände sind Vergehen gemäss Art. 10 des Strafgesetzbuches (StGB, SR 311.0). Insoweit darf die Verdachtslage gestützt auf Art. 197 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 255 Abs. 1 lit. a StPO grundsätzlich mittels DNA-Probenahme aufgeklärt werden, sofern sich dieses Mittel auch als geeignet und notwendig erweist.

Beim dritten Vorwurf der Tötlichkeit handelt es sich sodann um eine blossе Übertretung, für die die DNA-Probenahme nach Art. 255 Abs. 1 lit. a StPO ausgeschlossen ist. Der Nachbar wirft dem Beschwerdeführer vor, dieser habe ihn mit beiden Händen am Hals gepackt und gewürgt. Dieser Vorwurf ist im polizeilichen Requisitionsbericht nicht dokumentiert und wird vom Beschwerdeführer bestritten. Weiter ist dieser Vorgang nach der Schilderung des Anzeigestellers jedenfalls nicht schwerwiegender als eine Tötlichkeit und daher kein «Verbrechen oder Vergehen», wie es für eine Probenahme vorausgesetzt wird. Zudem wurde vom Hals des Anzeigestellers keine DNA-Spur erhoben und konnte im Zeitpunkt der Anzeigestellung auch nicht mehr erhoben werden, da mit einer entsprechenden Spur am menschlichen Körper nach Ablauf von zehn Tagen seit dem Vorfall nicht mehr zu rechnen ist. Insoweit war zur Klärung dieses Sachverhalts keine vorsorgliche Probenahme beim Beschwerdeführer nötig.

2.4Berechtigt ist weiter der Einwand der Unverhältnismässigkeit der Probenahme: Erstens wurde das Betreten der Wohnung vom Beschwerdeführer zugestanden und kann von weiteren Personen bezeugt werden; zur Aufklärung des Vorwurfs des Hausfriedensbruchs trägt der DNA-Abstrich nichts bei und erweist sich im Sinne von Art. 197 Abs. 1 lit. c StPO als nicht notwendig. Sodann beruht der Vorwurf der Beschimpfung auf einer verbalen Auseinandersetzung, die nicht mittels DNA-Spuren nachgewiesen werden kann. Insoweit erweist sich die Massnahme im Sinne von Art. 197 Abs. 1 lit. c StPO als untauglich.

2.5Hinzu kommt, dass der Anzeigsteller seine Strafanzeige deutlich als Retorsion deklarierte, indem er sein Handeln (auch) als Erwiderung auf die polizeilichen und zivilgerichtlichen Interventionen zu seinem Nachteil darstellt. Weiter fällt auf, dass die Anzeige von B_____ vom 12. Mai 2020 am gleichen Tag erhoben wurde, als der Beschwerdeführer wegen des geschilderten Verstosses gegen das Kontaktverbot erneut die Polizei gerufen hatte.

Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass der Wangenschleimhautabstrich vorliegend nicht durch die Polizei am Tatort, etwa im Rahmen eines noch nicht ganz übersichtlichen Geschehens erhoben wurde, sondern erst drei Wochen später, nachdem die Gegenanzeige erstattet worden war und der ausführliche Requisitionsbericht vorlag. Es geht nicht an, dass die DNA-Probenahme gleichsam in einem Gesamtpaket mit der erkennungsdienstlichen

Erfassung durchgeführt wird. Vielmehr müssen die Voraussetzungen für jede Zwangsmassnahme einzeln geben sein.

E. 3

3.1 Aufgrund der vorstehenden summarischen Prüfung erweist sich die Probenahme, soweit sich der Verdacht überhaupt auf Vergehen bezog, als unverhältnismässig. Die Beschwerde wäre gutzuheissen, wenn das Verfahren nicht abgeschrieben würde. Deshalb gehen die Kosten des Beschwerdeverfahrens zufolge mutmasslichen Obsiegens des Beschwerdeführers zulasten des Staates (Art. 428 Abs. 1 StPO).

3.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer gemäss Art. 436 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO Anspruch auf Entschädigung seiner Aufwendungen für die angemessene Ausübung seiner Verfahrensrechte im Beschwerdeverfahren (AGE BES.2012.15 vom 7. November 2012 E. 3). Verfahrensthema ist vorliegend die Probenahme, die im Hinblick auf eine allfällige Auswertung vorgenommen wurde und die innert der Beschwerdefrist von 10 Tagen (Art. 396 Abs. 1 StPO) zu Recht angefochten wurde. Entgegen der Ansicht der Staatsanwaltschaft kann dem Beschwerdeführer die unterbliebene Auswertung der DNA-Probe nicht entgegengehalten werden: Es wurde ihm keine Vernichtung der DNA-Probe angekündigt, so dass er mit deren Auswertung rechnen musste, bis die gesetzliche Frist von drei Monaten seit der Probenahme vom 25. Mai 2020 verstrichen war (Art. 9 Abs. 1 lit. b DNA-Profil-Gesetz). Weiter war ihm der Verzicht der Staatsanwaltschaft auf die Auswertung der Probe im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung vom 3. Juni 2020 nicht bekannt, sondern wurde ihm erst im späteren Verlauf des Beschwerdeverfahrens ■ mit Vernehmlassung der Staatsanwaltschaft vom 22. Juni 2020 ■ mitgeteilt. Daher erweisen sich seine Aufwendungen im Beschwerdeverfahren nicht als unnötig.

Für die Bemessung der Entschädigung kann auf die Honorarnote der Verteidigung vom 6. August 2020 abgestellt werden, mit der ein angemessener Aufwand von 5,1667 Stunden à CHF 250.■ nebst Auslagen von CHF 46.80 und Mehrwertsteuer geltend gemacht wird. Die verrechneten Ansätze von CHF 250.■ pro Stunde und CHF 1.■ pro Kopie entsprechen dem für Privatverteidigungen anwendbaren Überwälzungstarif, so dass sich die Entschädigung gerundet auf CHF 1'338.50 beläuft, zuzüglich 7,7 % Mehrwertsteuer von insgesamt CHF 103.05. Die Parteientschädigung geht zulasten der Gerichtskasse (vgl. AGE BES.2018.111 vom 3. Juli 2020 E. 3; BES.2017.177 vom 22. Juni 2020 E. 3.2.2).

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