

BS_APPELLATIONSGERICHT BES.2021.15 vom 11. August 2021

BS Appellationsgericht, 2021-08-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_BES.2021.15

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT BES.2021.15 du 11 août 2021

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT BES.2021.15 del 11 agosto 2021

Erwägungen

E. 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. Der Beschwerdeführer ist durch die angeordneten bzw. bereits vorgenommenen Zwangsmassnahmen unmittelbar berührt und hat ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung bzw. Änderung, womit die Beschwerdelegitimation gegeben ist (Art. 383 Abs. 1 StPO). Die Beschwerde ist nach Art. 396 StPO form- und fristgemäss eingereicht worden, sodass darauf 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 daher nicht auf Willkür beschränkt (Art. 393 Abs. 2 StPO).

E. 2

2.1 Der Beschwerdeführer beruft sich auf die Verletzung seines rechtlichen Gehörs. Insbesondere hebt er hervor, dass der Entscheid über die erkennungsdienstliche Erfassung bereits vor seiner ersten Anhörung gefasst wurde. Insofern sei es ihm unmöglich gewesen, an dieser Verfügung mitzuwirken. Sodann kritisiert der Beschwerdeführer die Begründungsdichte der Verfügung. Allgemeine Phrasen seien ungenügend und würden demnach zur Aufhebung der Verfügung führen. Zudem sei der Verfügung VT.2021.316 nicht zu entnehmen, weshalb Fingerabdrücke und Fotografien für die Aufklärung der vorgeworfenen Tat, welche über drei Jahre zurückliege, notwendig seien. Beides sei offensichtlich nicht dienlich, die Anlasstat aufzuklären.

2.2 Die Staatsanwaltschaft verwehrt sich gegen den Vorwurf der Verletzung des rechtlichen Gehörs und der ungenügenden Begründung. Sie macht geltend, die angeordneten Massnahmen beruhten auf einem konkreten Deliktvorwurf gegen den Beschwerdeführer, nämlich dem Vorgang vom 3. Juni 2017 (Angriff auf einen Wachmann anlässlich der Pokalfeier des FC Basel). Der angegriffene Wachmann habe ein Foto des Beschwerdeführers aufgenommen, welches durch das aktuelle erkennungsdienstliche Foto ergänzt werde und zur Deliktsaufklärung der Taten im Dunstkreis von FC Basel-Anhängern unabdingbar sei. Zur Gehörsrüge führt die Staatsanwaltschaft aus, dem Beschwerdeführer sei in der Einvernahme vom 25. Januar 2021 detailliert vorgehalten worden, dass er beschuldigt werde, den Wachmann an der Meisterfeier tätlich angegangen zu haben. Der Befehl betreffend erkennungsdienstliche Erfassung sei ihm im Nachgang zur Einvernahme in Kopie gegen Unterschrift ausgehändigt worden. Im Hinblick auf den Vorwurf, der Beschwerdeführer habe keine Möglichkeit gehabt, am Befehl mitzuwirken, macht die Staatsanwaltschaft geltend, dass ein vorgängiges Mitspracherecht rechtlich nicht

vorgesehen sei.

2.3 Mit einer Replik hält der Beschwerdeführer an allen seinen Anträgen fest. Er fügt unter anderem an, dass das in den Akten befindliche Foto, das vom Geschädigten eingereicht worden ist, nicht verwertbar sei, weil es eine Persönlichkeitsverletzung i.S.v. Art. 12 Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG, SR 235.1) darstelle. Zudem sei die Einsichtnahme in die Datenbank FABER unrechtmässig erfolgt und die Organisation der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt unzulässig. Insgesamt sei somit der Befehl zur erkennungsdienstliche Erfassung durch die Verletzung des rechtlichen Gehörs nichtig oder zumindest ungültig.

E. 3

Auflage 2018, Art. 260 N 5-6; Hansjakob/Graf, a.a.O., Art. 260 N 6; BGer 1B_185/2017 vom 21. August 2017 E. 3; AGE BES.2019.82 vom 30. Juli 2019 E. 3.3).

Diese Praxis muss im Anschluss an das Bundesgerichtsurteil BGer 1B_285/2020 vom 22. April 2021 (E. 3.2) überdacht werden. Das Bundesgericht äusserte sich in diesem Urteil in der Hauptsache zur Durchführung einer DNA-Analyse bei Teilnehmenden an einer friedlichen Demonstration gegen den Klimawandel. In diesem Urteil finden sich aber auch Ausführungen, die die bisherige Praxis zur erkennungsdienstlichen Erfassung in Frage stellen. Das Bundesgericht ging davon aus, dass am «Tatort» keine Fingerabdruckspuren gesichert worden seien, die zur Aufklärung der laufenden Strafuntersuchung beizutragen vermögen. Eine routinemässige Abnahme der Fingerabdrücke sei unzulässig. In der bisherigen Rechtsprechung wurde das Routineverbot zunächst allein auf die DNA-Abnahme bezogen (BGE 141 IV 87 E. 1.3 S. 90 f.). Die Ausdehnung des Routineverbots auf die erkennungsdienstliche Erfassung erfolgte beiläufig und ohne Diskussion der bewährten, hiervor zitierten Kommentierungen (BGer 1B_285/2020 vom 22. April 2021 E. 2.1; 6B_236/2020 vom 27. August 2020 E. 2.5, jeweils ohne Diskussion der Kommentierungen von Schmid/Jositsch, a.a.O., Art. 260 N 5 und Hansjakob/Graf, a.a.O., Art. 260 N 7). Ob das Ergebnis gleich ausgefallen wäre, wenn die Unterschiede zwischen der erkennungsdienstlichen Erfassung und der DNA-Analyse explizit erörtert worden wären, lässt sich nur mutmassen. Trotz der dadurch verbliebenden Unsicherheit ist aufgrund der neuesten, zur Publikation bestimmten Entscheids vorläufig davon auszugehen, dass das Bundesgericht die erkennungsdienstliche Abnahme von Fingerabdrücken ebenso restriktiv handhaben will wie die DNA-Analyse.

Zwangsmassnahmen können gemäss Art. 197 Abs. 1 StPO 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). Soweit diese Massnahmen nicht der Aufklärung der Straftaten eines laufenden Strafverfahrens dienen, sind sie nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur dann verhältnismässig, wenn erhebliche und konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die beschuldigte Person in andere ■ auch künftige ■ Delikte verwickelt sein könnte. Dabei muss es sich um Delikte von einer gewissen Schwere handeln. Es ist insbesondere zu berücksichtigen, ob die beschuldigte Person vorbestraft ist. Trifft dies nicht zu, schliesst das die Erstellung eines DNA-Profiles nicht aus, sondern es fliesst als eines von vielen Kriterien in die Gesamtabwägung ein und ist entsprechend zu gewichten (BGE 141 IV 87 E. 1.3 und 1.4 S. 90 ff.; BGer 1B_17/2019 vom 24. April 2019 E. 3.4, 1B_185/2017 vom 21. August 2017 E. 3).

3.3 Nach Rechtsprechung muss die Begründung einer erkennungsdienstlichen Erfassung oder DNA-Analyse auf die konkrete Situation des Einzelfalls Bezug nehmen (vgl. AGE BES.2020.23 vom 18. Mai 2020 E. 2.2.4, BES.2019.158 vom 17. Dezember 2019 E. 3.3, BES.2017.209 vom 14. August 2019 E. 4.3, BES.2018.148 vom 12. Februar 2019 E. 2.3). Ob eine genügende Begründung vorliegt, beurteilt sich nicht nur aufgrund des Anordnungsdokuments (Befehl). Zu berücksichtigen ist auch die übrige Aufklärung, die gegenüber dem Betroffenen anlässlich der Eröffnung des Befehls geleistet und dokumentiert wird. So werden namentlich die Bekanntgaben in einer gleichzeitig durchgeführten Einvernahme berücksichtigt. Entscheidend ist, ob für den Betroffenen insgesamt genügend klar erkennbar ist, was ihm vorgeworfen wird und weshalb die Massnahme durchgeführt wird (vgl. AGE BES.2019.18 vom 5. August 2019 E. 3.3.1, BES.2019.82 vom 30. Juli 2019 E. 3.2, BES.2018.206 vom 5. Juni 2019 E. 3.4, BES.2018.213 vom 23. April 2019 E. 3.3).

E. 4

4.1 Aus den Ermittlungsakten ergibt sich folgender Sachverhalt: Am 3. Juni 2017, 19:10 Uhr, wurde der für den B____-Sicherheitsdienst arbeitende C____ im Rahmen einer Pokalfeier des FC Basel auf dem Barfüsserplatz von mehreren Personen angegriffen, nachdem er vier Personen, welche beim Barfüsserplatz ein Baugerüst hochklettern wollten, darauf hingewiesen hatte, dass dies verboten sei und er deshalb die Polizei rufen werde. Wegen des Verhaltens der vier Personen nahm er sein Handy hervor und erstellte ein paar Fotos der Gruppe. Plötzlich kam eine Person (Beschuldigte 1) auf ihn zu und riss ihm das Mobiltelefon aus den Händen, welches dadurch zu Boden fiel und kaputtging. In der Folge kam es zwischen den beiden Personen zu einem Gerangel, in dessen Verlauf der Beschuldigte 1 dem Wachmann einen Faustschlag auf die Nase verpasste. Zudem gesellte sich der Beschuldigte 2 dazu und schlug dem Wachmann seinerseits mit der Faust auf den Hinterkopf. C____ stellte gleichentags Strafantrag wegen Sachbeschädigung und Körperverletzung. Ein Arztzeugnis der Notfallstation des Universitätsspitals Basel, welches die Körperverletzungen dokumentiert, liegt vor. Aus den vom Wachmann via Mail zugestellten Angaben vom 7. April 2020 konnte die Beteiligung des Beschwerdeführers nicht ausgeschlossen werden (PDF-Akten S. 81-82), woraufhin das Verfahren gegen ihn als beschuldigte Person eingeleitet wurde (PDF-Akten 129). Es handelt sich um eine dritte beschuldigte Person. Anhand der sichergestellten Fotos konnte der Beschwerdeführer durch einen Mitarbeiter der Kriminalpolizei am 10. Juni 2020 als Tatverdächtiger identifiziert werden (PDF-Akten S. 97). Erkennungsdienstlich ist also abzuklären, ob es sich beim Beschwerdeführer um einen Tatbeteiligten handelt, der ein T-Shirt «Fanatics», kurze Hosen und weisse Turnschuhe trug. Dieser ist auf dem Foto in den PDF-Akten (S. 92) ganz links abgebildet und mit der Ziffer 3 bezeichnet.

Am 25. Januar 2021 wurde der Beschwerdeführer in Zusammenhang mit dem körperlichen Angriff auf den Wachmann auf der Staatsanwaltschaft zur Sache befragt. Dabei wurde ihm die Gewalttat gegen den Wachmann auf dem Barfüsserplatz vorgehalten. Der Beschwerdeführer machte von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch.

4.2 Zur Beurteilung steht vorliegend die erkennungsdienstliche Erfassung durch die Feststellung von Körpermerkmalen und Herstellung von Abdrücken von Körperteilen. Zur Beurteilung dieser Massnahmen ist auszuführen, dass aufgrund konkreter Anhaltspunkte ein Tatverdacht bestand, der dem Beschwerdeführer in der Einvernahme anlässlich der Eröffnung des Befehls vorgehalten wurde, und zwar unter Nennung der belastenden

Aussage des Geschädigten und unter Vorlage der Fotografie der tatverdächtigen Personen. Die Verletzungen am Kopf des Wachmannes sind durch den polizeilichen Rapport vom 3. Juni 2017, die Verletzungsfotografien und ein ärztliches Zeugnis der Notfallstation des Universitätsspitals Basel dokumentiert (PDF-Akten S. 47 f., 51 f., 57). Zu berichtigen ist einzig das in der Einvernahme genannte Datum des Vorfalls (Einvernahmeprotokoll S. 2 = PDF-Akten S. 133). Die Gewalttat gegenüber dem Wachmann ereignete sich am 3. Juni 2017, nicht am 3. März 2017 (Schreiben an Beschwerdeführer, PDF-Akten S. 159). Ansonsten stimmen die bekanntgegebenen Details aber mit der Sach- und Aktenlage überein, sodass der Vorwurf richtig eingeordnet werden konnte. Der Beschwerdeführer war vor der Einvernahme von einem Mitarbeiter der Kriminalpolizei auf dem vorgelegten Foto als einer der Verdächtigen identifiziert worden (Rapport vom 10. Juni 2020 = PDF-Akten S. 97). In der Einvernahme vom 25. Januar 2021 wurde ihm folgerichtig die Teilnahme an einer gewalttätigen Auseinandersetzung vorgehalten.

Das vorgeworfene Körperverletzungsdelikt ist mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren bedroht; es handelt sich also um ein Vergehen (Art. 123 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 10 Abs. 3 Strafgesetzbuchs [StGB, SR 311.0]), für dessen Abklärung die erkennungsdienstliche Behandlung zulässig ist (hiervor E. 3.2). Bei konkreter Betrachtung des Verdachtsfalls muss gesagt werden, dass die Faustschläge gegen den Kopf zielten, weshalb eine erstzunehmende Gewalttat und ein grosses Interesse an deren Aufklärung vorliegt. Zudem wurde die vorgeworfene Tat an einem Anlass mit grossem Personenaufkommen auf einem öffentlichen Platz begangen. Deswegen ist es nicht nur zur konkreten Identifikation, sondern auch zur Vermeidung von Verwechslungen erforderlich, die verschiedenen zur Verfügung stehenden erkennungsdienstlichen Mittel einzusetzen.

4.2.1 Auf dem Foto, welches kurz vor dem Tatereignis vom Wachmann selbst geschossen wurde (PDF-Akten S. 92), ist der Beschwerdeführer mutmasslich die ganz links abgebildete Person Nr. 3. Er ist im Profil (seitlich) abgebildet. Anlass dazu war der Umstand, dass der Beschuldigte mit weiteren Personen auf einem Baugerüst am Barfüsserplatz hochklettern wollte. Am 10. Juni 2020 konnte der Beschwerdeführer mit Hilfe einer Fotografie aus der FABER-Datenbank durch einen Mitarbeiter der Kriminalpolizei «mit gewisser Wahrscheinlichkeit» als Tatverdächtiger identifiziert werden. Die im FABER hinterlegte Foto zeigt eine Frontalansicht (PDF-Akten S. 97, 157). Es ist wünschenswert, dass die Identifikation mit möglichst zuverlässiger Wahrscheinlichkeit erfolgt. Insoweit dient die Erstellung und Dokumentation aktueller Fotografien der Wahrheitsfindung. Schliesslich ist davon auszugehen, dass die Polizei im Rahmen ihrer erkennungsdienstlichen Behandlung sowohl frontale wie auch seitliche Bilder machte. Die erkennungsdienstlichen Fotografien tragen als Vergleichsfotografien dazu bei, die verantwortlichen Personen auf den zur Tatzeit angefertigten Fotos zu erkennen und in den Akten zu dokumentieren. So zeigt sich gerade im Fall des Beschwerdeführers, dass sich sein Äusseres im Verlauf der Zeit erheblich veränderte (vgl. die Abbildungen des Beschwerdeführers auf der Identitätskarte, im FABER [PDF-Akten S. 16, 157] und auf dem Screenshot, den die Staatsanwaltschaft im Beschwerdeverfahren einlegte [Beilage zur Duplik, act. 9]). Es besteht daher ein konkretes Bedürfnis nach einer aktuellen Aufnahme. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Fotografie vom Tatort eine Profilaufnahme darstellt (der Beschwerdeführer wendet sein seitlich ab), weshalb ein praktisches Bedürfnis an einer erkennungsdienstlichen Vergleichsfotografie aus demselben Blickwinkel besteht. Die aus der FABER-Datenbank erhobene Fotografie zeigt lediglich eine Frontalansicht. Insgesamt besteht an der

Aufklärung der Gewalttat gegen den Wachmann ein erhebliches öffentliches Interesse, welches das private Interesse des Tatverdächtigen an seiner persönlichen Freiheit und informationellen Selbstbestimmung überwiegt. Die erkennungsdienstliche Erfassung des Beschwerdeführers erweist sich hinsichtlich den Fotos als rechtmässig.

4.2.2 Ferner wurden dem Beschwerdeführer Fingerabdrücke abgenommen. Soweit aus den Akten ersichtlich, wurden keine Fingerabdrücke am Tatort gesichert. Ein Spurenabgleich hinsichtlich der Anlasstat ist dementsprechend nicht möglich. Sodann hat sich die Staatsanwaltschaft nicht dazu geäußert, inwiefern die Fingerabdrücke vorliegend geeignet seien, zur Aufklärung der laufenden Strafuntersuchung beizutragen. Eine routinemässige Abnahme der Fingerabdrücke ist nach der neuestens Rechtsprechung ■ unter Vorbehalt eines Rückkommens nach der Auseinandersetzung mit den genannten Kommentierungen (hiervor E. 3.2) ■ wohl unzulässig. Zu prüfen bleibt insofern, ob die Erfassung dazu dienen darf, bereits begangene oder zukünftige Delikte der verdächtigen Person zu erkennen.

E. 4.3

4.3.1 Der Beschwerdeführer hat keinen einwandfreien Leumund. Er ist wegen versuchten Diebstahls, Sachbeschädigung, Widerhandlungen gegen das Strassenverkehrsgesetz sowie Vergehen gegen das Bundesgesetz über die Binnenschifffahrt vorbestraft. In den Worten der Staatsanwaltschaft bewegt sich der Beschwerdeführer zudem im «Dunstkreis aggressiver FC Basel Anhänger» (PDF-Akten S. 37). Ob diese Anhaltspunkte reichen, dem Beschwerdeführer vorzuwerfen, er könne in bereits begangene oder künftige (konkrete) Delikte von gewisser Schwere verwickelt sein, ist fraglich, kann zumindest hinsichtlich den Fotos offengelassen werden. Sie dienen der Aufklärung des laufenden Verfahrens, wodurch die Erfassung indiziert und rechters ist (s. E. 4.2.1).

4.3.2 Im Hinblick auf die Abnahme der Fingerabdrücke, ist die Verhältnismässigkeit der Erfassung noch prüfungsbedürftig. Wie bereits festgehalten, ist der Beschwerdeführer vorbestraft. Damit liege grundsätzlich ein konkreter Anhaltspunkt vor, wonach er in andere ■ auch künftige ■ Delikte von gewisser Schwere verwickelt sein könnte. Die Vorstrafe für sich allein bedeutet aber nicht, dass die Erfassung automatisch verhältnismässig ist. Sie muss vielmehr als eines von vielen Kriterien im Rahmen der umfassenden Verhältnismässigkeitsprüfung miteinbezogen und entsprechend gewichtet werden (BGer 1B_285/2020 E. 4.3.2; BGE 145 IV 263 E. 3.4). Ein zu beachtendes Faktum ist in der Tat auch, dass der Beschwerdeführer auffälligen Kreisen von FC Basel Fans angehört. Unterstrichen wird dies dadurch, dass der mutmasslich zu erkennende Beschwerdeführer auf dem vom Wachmann geschossenen Foto ein T-Shirt der Ultra-Gruppierung «Fanatics» trägt.

In einer Gesamtwertung der Sachlage ergibt sich folgender Befund: Der Beschwerdeführer machte sich im Jahr 2015 erstmals strafbar. Im Jahr 2017 ereignete sich schliesslich die vorgeworfene Anlasstat gegenüber dem Wachmann. Erst im Januar dieses Jahres (2021) wurden dem Beschwerdeführer unter anderem die Fingerabdrücke abgenommen. Zwischen der vorgeworfenen Tat und der erkennungsdienstlichen Behandlung sind über 3 Jahre vergangen, in denen sich der Beschwerdeführer strafrechtlich unauffällig verhielt. Bis heute sind auch keine konkreten Hinweise bekannt, die darauf hinweisen, der Beschwerdeführer sei in weitere, künftige Delikte von gewisser Schwere verwickelt. Allein die Zugehörigkeit zu einem Fanclub, deren Mitglieder, wie z.B. der Beschuldigte 1, zugegebenermassen eine aggressive Vorgeschichte haben, reicht nicht, um das Mass an Konkretheit zu erreichen.

Letztlich erscheint die Abnahme der Fingerabdrücke ohne Vergleichsspuren, ohne Hinweise auf eine weitere Tat und zudem noch drei Jahre nach dem abzuklärenden Delikt als reine Routinearbeit. Folglich ist die Abnahme der Fingerabdrücke als unverhältnismässig zu qualifizieren.

4.4 Der Beschwerdeführer rügt schliesslich eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Was die angeblich mangelhafte Begründung des Befehls angeht, ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer vor Durchführung der Zwangsmassnahmen wegen der Delikte, für welche diese angeordnet wurden, befragt wurde. Unter diesem Aspekt darf die Begründung der Massnahmen durchaus kürzer ausfallen, wie dies in der Rechtsprechung des Appellationsgerichts immer wieder bestätigt wurde (vgl. hiervor E. 3.3). Der Beschwerdeführer wurde am 25. Januar 2021 während 30 Minuten einvernommen. Er wurde mit dem Vorfall am Barfüsserplatz, mit den Aussagen des Wachmannes und der Fotografie, die den Beschwerdeführer zur Tatzeit zeigen soll, konfrontiert. Die Verdachtslage wurde detailliert und ■ mit Ausnahme der später berichtigten Datumsangabe (vgl. hiervor E. 4.2) ■ zutreffend geschildert. Der Beschwerdeführer verweigerte seine Aussagen. Aufgrund der Schilderung des Untersuchungsbeamten in der Befragung des Beschwerdeführers, die im Einvernahmeprotokoll über mehrere Seiten hinweg niedergeschrieben wurde, ist zu schliessen, dass dem Beschwerdeführer völlig klar war, welche Delikte zur Diskussion stehen und was ihm genau vorgeworfen wird. Seine Gehörsrüge erweist sich daher als unbegründet.

E. 5

Aus dem Gesagten folgt, dass die Beschwerde in Bezug auf die erkennungsdienstliche Abnahme von Fingerabdrücken gutzuheissen und der angefochtene Befehl insoweit aufzuheben ist. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

Bei diesem Ausgang wird der Beschwerdeführer teilweise ■ nach Massgabe seines Unterliegens ■ kostenpflichtig; er hat eine reduzierte Gebühr von CHF 300.■ zu tragen. (Art. 428 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 21 Abs. 2 des Gerichtsgebührenreglements [GGR, SR 154.810]). Der Beschwerdeführer ersucht um unentgeltliche Rechtspflege. Dieser Anspruch entbindet jedoch nicht von der nachträglichen Leistung von Verfahrenskosten (vgl. BGer 6B_847/2017 vom 7. Februar 2018 E. 5; AGE BES.2020.200 vom 18. Januar 2021 E. 3.2; BES.2020.187 vom 26. November 2020 E. 4, mit Hinweis auf BGE 135 I 91 E. 2.4.2 S. 95 ff., 110 Ia 87 E. 4 S. 90).

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