

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT BES.2021.34 vom 6. Dezember 2021**

BS Appellationsgericht, 2021-12-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_BES.2021.34](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_BES.2021.34)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT BES.2021.34 du 6 décembre 2021

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT BES.2021.34 del 6 dicembre 2021

## **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. Der Beschwerdeführer ist durch die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 9. Februar 2021 angeordneten bzw. allenfalls bereits vorgenommenen Zwangsmassnahmen unmittelbar berührt und hat ein rechtlich geschütztes Interesse an ihrer Aufhebung bzw. Änderung, womit er gemäss Art. 382 Abs. 1 StPO zur Beschwerde legitimiert ist. Die Beschwerde ist nach Art. 396 Abs. 1 StPO formgemäss eingereicht worden.

1.2 Zuständiges Beschwerdegericht ist grundsätzlich das Appellationsgericht als Einzelgericht (§ 88 Abs. 1 und § 93 Abs. 1 Ziff. 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]). In Fällen von besonderer Tragweite kann die Verfahrensleitung allerdings anordnen, dass das Dreiergericht entscheidet (§ 93 Abs. 1 Ziff. 1 Satz 2 GOG). Ein solcher Fall liegt hier vor, weshalb ein Dreiergericht darüber entscheidet. Dementsprechend macht auch der Beschwerdeführer zu Recht geltend, seine Beschwerde sei von grundsätzlicher Bedeutung (act. 2 Rz. 14). Die Kognition des Beschwerdegerichts ist frei und daher nicht auf Willkür beschränkt (Art. 393 Abs. 2 StPO).

### **E. 2**

2.1 Der Beschwerdeführer rügt die mangelhafte Eröffnung der Verfügung der Staatsanwaltschaft betreffend DNA-Analyse vom 9. Februar 2021. Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet folglich die Frage, ob die Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 9. Februar 2021 betreffend DNA-Analyse (act. 4 PDF S. 44) rechtskonform eröffnet worden ist.

#### **E. 2.2**

2.2.1 Der Beschwerdeführer gibt an, er sei am 8. Februar 2021 im Beisein seines amtlichen Verteidigers von der Staatsanwaltschaft sowohl zur Person als auch zur Sache einvernommen worden. Im Anschluss an die Einvernahme sei ihm der Befehl vom 8. Februar 2021 für die erkennungsdienstliche Erfassung gemäss Art. 260 StPO und die nicht-invasive Probenahme gemäss Art. 255 StPO samt Merkblatt ausgehändigt worden (act. 2 Rz. 4 f.). Der amtliche Verteidiger habe im Anschluss an die Einvernahme gleichentags die Akten bei der Staatsanwaltschaft zur Einsichtnahme bestellt. Diese seien ihm am 12. Februar 2021 in elektronischer Form auf einem USB-Stick zugestellt worden (act. 2 Rz. 6). Da keine weiteren Verfahrenshandlungen angestanden seien, habe für den amtlichen Verteidiger keine Veranlassung zur umgehenden Einsichtnahme in die Akten bestanden. Am 22. Februar 2021 ■ mithin am Tag der Beschwerdeeinreichung ■ habe der

Rechtsvertreter die Akten einer Schnellsichtung unterzogen und sei dabei zufällig auf die bei den Akten befindliche und mit vorliegender Beschwerde angefochtene Verfügung betreffend DNA-Analyse vom 8. (recte 9.) Februar 2021 gestossen (act. 2 Rz. 7). Der Beschwerdeführer macht geltend, für eine Beschwerde mit materiellen Ausführungen zur Rechtmässigkeit der angefochtenen DNA-Analyse sei die Zeit offensichtlich zu kurz gewesen (act. 2 Rz. 8), weshalb er sich im Folgenden lediglich in formeller Hinsicht zur angefochtenen Verfügung äussert.

2.2.2 Der Beschwerdeführer argumentiert, die DNA-Analyse sei nie ordnungsgemäss angeordnet worden. Bei der DNA-Analyse und dem Eintrag deren Ergebnisses in das dafür vorgesehene Register handle es sich um eine Zwangsmassnahme, die empfindlich in die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen eingreife. Entsprechend seien bestimmte Voraussetzungen zu beachten und müsse eine derartige Verfügung in einer Form eröffnet werden, die gewährleiste, dass sie vom Betroffenen zur Kenntnis genommen werde und erforderlichenfalls auch angefochten werden könne (act. 2 Rz. 8 ff.). Die Verfügung, die gemäss Art. 85 StPO zu eröffnen sei, sei ihm jedoch zusammen mit 243 (elektronischen) Aktenseiten zugestellt worden (act. 2 Rz. 10). Der Beschwerdeführer habe zwar ein «Merkblatt Erkennungsdienstliche Erfassung» erhalten, wo folgender Passus aufgenommen sei: «DNA-Profil. Wenn die Abnahme eines WSA angeordnet wurde, verfügt die Staatsanwaltschaft in der Regel die Erstellung eines DNA-Profiles gemäss Art. 255 StPO. Diese Verfügung wird ebenfalls in den Verfahrensakten abgelegt werden und kann dort eingesehen oder beim zuständigen Mitarbeitenden der Staatsanwaltschaft in Kopie verlangt werden. [ ]» (act. 2 Rz. 11). Daraus gehe hervor, dass es sich nicht um ein Versehen handle, wenn die Verfügung einfach in die Akten gelegt worden sei, sondern um den Versuch einer «systematischen Gesetzesumgehung» seitens der Staatsanwaltschaft. Dem amtlichen Verteidiger sei dieses Vorgehen sodann auch aus einem anderen Verfahren bekannt (act. 2 Rz. 12).

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer beantragt, es sei festzustellen, dass die Verfügung vom 9. Februar 2021 mangels ordnungsgemässer Eröffnung nichtig sei. Die Staatsanwaltschaft sei demgemäss anzuweisen, eine allenfalls bereits erstellte DNA-Analyse zu vernichten und einen allfällig bereits erfolgten Registereintrag zu löschen (act. 2 Rechtsbegehren 1 und Rz. 15). Zu prüfen ist im Folgenden, ob die Praxis der Staatsanwaltschaft, Verfügungen betreffend DNA-Analyse lediglich zu den Akten zu legen, ohne sie den betroffenen Personen auszuhändigen bzw. auf andere Weise zukommen zu lassen, zur Nichtigkeit dieser Verfügungen führt.

3.1 Dem Beschwerdeführer wurde anlässlich der Einvernahme vom 8. Februar 2021 der Befehl für erkennungsdienstliche Erfassung und nicht-invasive Probenahme vom 8. Februar 2021 zusammen mit einem Merkblatt ausgehändigt. Den Empfang der beiden Dokumente bestätigte der Beschwerdeführer jeweils mit seiner Unterschrift (act.

### **E. 3.2**

3.2.1 Gemäss Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO unterliegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Polizei und der Staatsanwaltschaft der Beschwerde an die Beschwerdeinstanz. Die Beschwerde gegen schriftlich oder mündlich eröffnete Entscheide ist gemäss Art. 396 Abs. 1 StPO innert zehn Tagen schriftlich und begründet bei der Beschwerdeinstanz einzureichen. Gemäss Art. 90 Abs. 1 StPO beginnen Fristen, die durch

eine Mitteilung oder den Eintritt eines Ereignisses ausgelöst werden, am folgenden Tag zu laufen. Fristen werden somit stets durch einen bestimmten Sachverhalt, das heisst durch eine Mitteilung, oder den Eintritt eines (anderen) Ereignisses, ausgelöst. Neben den Mitteilungen und dem Eintritt eines Ereignisses gibt es keine dritte Kategorie fristauslösender Sachverhalte; Art. 90 Abs. 1 StPO regelt folglich den Beginn von Fristen abschliessend (Riedo, in: Basler Kommentar, 2. Auflage 2014, Art. 90 StPO N 10). Die Form der entsprechenden Mitteilungen richtet sich nach den Art. 84 ■ 88 StPO, weshalb dementsprechend hinsichtlich der Fristauslösung verschiedene Konstellationen zu unterscheiden sind (Riedo, a.a.O., Art. 90 StPO N 12). Wird eine Frist nicht durch eine Mitteilung, sondern durch den Eintritt eines anderen Ereignisses ausgelöst, so sind darunter sämtliche fristauslösende Sachverhalte zu verstehen, die keine Mitteilung sind. Darunter kann auch die Kenntnisnahme einer bestimmten Tatsache fallen; beispielsweise ist ein Ausstandsgesuch gemäss Art. 58 Abs. 1 StPO ohne Verzug bei der Verfahrensleitung einzureichen, sobald eine Partei vom Ausstandsgrund Kenntnis hat oder beginnt die Beschwerdefrist gemäss Art. 384 lit. c StPO bei einer nicht schriftlich eröffneten Verfahrenshandlung mit deren Kenntnisnahme.

Dabei ist Art. 384 lit. c StPO jedoch grundsätzlich nur auf Verfahrenshandlungen anwendbar, für die das Gesetz keine schriftliche Eröffnung vorsieht. So hat das Bundesgericht betreffend die Sperrung von Bankkonten entschieden, dies müsse dem betroffenen Kontoinhaber auf jeden Fall (mindestens nachträglich) gemäss Art. 263 Abs. 2 Satz 2 StPO schriftlich und begründet eröffnet werden. Der Lauf der Beschwerdefrist wird daher in diesen Fällen erst durch die schriftliche Mitteilung ausgelöst (Lieber, in: Donatsch et al. [Hrsg.], Kommentar zur StPO, 3. Auflage, Zürich 2020, Art. 384 N 4, mit Hinweis auf BGer 1B\_210/2014 vom 17. Dezember 2014 E. 5.2).

Betreffend die Anordnung von DNA-Analysen wird in den Art. 255 ■ 259 StPO keine Ausnahme von einer schriftlichen Anordnung gemacht. Es ist auch nicht gesetzlich vorgesehen, dass eine Beschwerdefrist bei Kenntnisnahme der Verfügung, welche die DNA-Analyse anordnet, beginnen würde. Es gilt für den Fristbeginn somit Art. 384 lit. b StPO, wonach die Rechtsmittelfrist bei «ändern Entscheiden» mit der Zustellung des Entscheids beginnt. Massgebend für die rechtsgültige Zustellung sind somit die Art. 84 ff. StPO (vgl. Lieber, a.a.O., Art. 384 N 3).

3.2.2 Nach Art. 85 Abs. 1 StPO bedienen sich die Strafbehörden für ihre Mitteilungen grundsätzlich der Schriftform, soweit die Strafprozessordnung nichts Abweichendes bestimmt. Die schriftliche Mitteilung bietet am ehesten Gewähr dafür, dass der Inhalt der Mitteilung und der damit verbundene staatliche Wille entsprechend den Anforderungen der Rechtssicherheit klar und vollständig zum Ausdruck kommt und dass der Adressat über die durch den Entscheid für ihn geschaffene Rechtslage genau Bescheid erhält (Brüschweiler/Nadig/Schneebeli, in: Donatsch et al. [Hrsg.], Kommentar zur StPO, 3. Auflage, Zürich 2020, Art. 85 N 1, mit Hinweis). Die Zustellung erfolgt gemäss Art. 85 Abs. 2 StPO durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung, insbesondere durch die Polizei.

3.2.3 Der amtliche Verteidiger verlangte vorliegend bei der Staatsanwaltschaft mit Schreiben vom 8. Februar 2021 im Nachgang an die Einvernahme Einsicht in die Akten (Akten PDF S. 36 f.; act. 2 Rz. 6). Die Staatsanwaltschaft gewährte «Akteneinsicht in die derzeit parteiöffentlichen Akten [ ] einmalig» mit Verfügung vom 9. Februar 2021 (act. 7 PDF S. 38 f.). Die Akten wurden dem amtlichen Verteidiger am 12. Februar 2021 in

elektronischer Form auf einem USB-Stick zugestellt (act. 2 Rz. 6 und Beilage 4 zu act. 2). Der Beschwerdeführer lässt ausführen, da keine weiteren Verfahrenshandlungen angestanden seien, habe für seinen amtlichen Verteidiger keine Veranlassung zur umgehenden Akteneinsicht bestanden. Am 22. Februar 2021 habe der amtliche Verteidiger dann die Akten einer «Schnellsichtung» unterzogen und sei dabei zufällig auf die bei den Akten befindliche Verfügung betreffend DNA-Analyse vom 8. (recte: 9.) Februar 2021 gestossen (act. 2 Rz. 7).

Die Akten wurden dem amtlichen Verteidiger in casu zwar eingeschrieben (vgl. Beilage 4 zu act. 2) ■ das heisst im weitesten Sinne gemäss Art. 85 Abs. 2 StPO ■ zugestellt. Indem die Verfügung dem Beschwerdeführer jedoch im Rahmen der Akteneinsicht auf einem USB-Stick zugestellt worden ist, fehlt es bereits am Erfordernis der Schriftlichkeit im Sinne von Art. 85 Abs. 1 StPO. Die Art. 255 ff. StPO sehen denn auch keine Ausnahme vom Schrifterfordernis für die Anordnung einer DNA-Analyse vor (vgl. auch E. 3.2.1 hiervor). Die Verfügung vom 9. Februar 2021 wurde dem Beschwerdeführer des Weiteren nicht separat eröffnet, sondern im Rahmen der Akteneinsicht innerhalb des Aktenumfangs von über 200 Seiten auf einem USB-Stick zugestellt. Für eine rechtsgültige Eröffnung durch Ablage in den Akten fehlt in der Strafprozessordnung die gesetzliche Grundlage. Indem dem Beschwerdeführer Einsicht in die Akten, in denen sich eine Kopie bzw. ein Scan der Verfügung vom

### **E. 3.3**

3.3.1 Fehlerhafte amtliche Verfahrenshandlungen sind in der Regel nicht nichtig, sondern anfechtbar, und werden durch Nichtanfechtung rechtsgültig (BGE 145 IV 197 E. 1.3.2 S. 201, 144 IV 362 E. 1.4.3 S. 367 f., 137 I 273 E. 3.1 S. 275, je mit Hinweisen). Nichtig sind fehlerhafte Entscheide nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er sich als offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar erweist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird (BGE 145 IV 197 E. 1.3.2 S. 201, 144 IV 362 E. 1.4.3 S. 368, 138 II 501 E. 3.1 S. 503, 137 I 273 E. 3.1 S. 275, je mit Hinweisen). Im Bereich des Strafrechts kommt der Rechtssicherheit eine besondere Bedeutung zu (BGE 145 IV 197 E. 1.3.2 S. 201, mit Hinweis auf BGer 6B\_667/2017 vom 15. Dezember 2017 E. 3.2). Zur Prüfung der Gefährdung der Rechtssicherheit ist eine Abwägung zwischen dem Interesse an der Rechtssicherheit und dem Interesse an der richtigen Rechtsanwendung erforderlich (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich 2020, Rz. 1098, mit Hinweisen).

3.3.2 Amtliche Prozesshandlungen, die gegen Verfahrensvorschriften verstossen, entfalten dann keine Rechtswirkung, wenn das Gesetz diese Rechtsfolge anordnet (vgl. Art. 141 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 140 Abs. 1, Art. 158 Abs. 2 StPO, Art. 177 Abs. 3, Art. 277 Abs. 2 StPO), oder wenn sich aus dem Schutzzweck der Norm ergibt, dass die Verfahrensvorschrift für die Wahrung der zu schützenden Interessen der betroffenen Person eine derart erhebliche Bedeutung hat, dass sie ihr Ziel nur erreichen kann, wenn bei deren Nichtbeachtung die Verfahrenshandlung ungültig ist. Erwachsen dem Betroffenen hingegen keine Rechtsnachteile aus der Verletzung der Verfahrensvorschrift, kann die Prozesshandlung trotz ihrer Fehlerhaftigkeit wirksam sein (betreffend Vorladung: BGer 6B\_390/2013 vom 6. Februar 2014 E. 2.3.2, mit Hinweisen). Verfahrensmängel, die in Gehörsverletzungen liegen, sind an sich heilbar und führen in der Regel nur zur Anfechtbarkeit des fehlerhaften Entscheids. Handelt es sich jedoch um einen besonders

schwerwiegenden Verstoss gegen grundlegende Parteirechte, so haben auch Verletzungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör Nichtigkeit zur Folge (BGE 129 I 361 E. 2.1 S. 364; AGE SB.2021.27 vom 8. Juli 2021 E. 3.5). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Betroffene von einer Entscheidung mangels Eröffnung gar nichts weiss bzw. wenn er gar keine Gelegenheit erhalten hat, an einem gegen ihn laufenden Verfahren teilzunehmen.

3.3.3 Die Strafprozessordnung enthält keine Rechtsfolgen für den Fall, dass eine Mitteilung der betroffenen Person in Verletzung von Art. 85 StPO eröffnet wurde (BGer 6B\_390/2013 vom 6. Februar 2014 E. 2.3.2; Brüscheweiler/Nadig/Schneebeli, a.a.O., Art. 85 N 4a). Der Schutzzweck der schriftlichen Mitteilung gemäss Art. 85 Abs. 1 StPO liegt darin, dass der Inhalt der Mitteilung und der damit verbundene staatliche Wille entsprechend den Anforderungen der Rechtssicherheit klar und vollständig zum Ausdruck kommt und dass der Adressat über die durch den Entscheid für ihn geschaffene Rechtslage genau informiert wird (vgl. E. 3.2.2 hiervor). Die Beachtung der Bestimmungen über die Zustellung gemäss Art. 85 Abs. 2 StPO ist von wesentlicher prozessualer Bedeutung, da die Missachtung der gesetzlichen Regelung die Partei in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör besonders beeinträchtigt. So ist in der Regel der ordnungsgemässe Empfang (und nicht die Kenntnisnahme) einer Mitteilung Voraussetzung für den Beginn eines Fristenlaufs gemäss Art. 90 StPO und damit für den Eintritt allfälliger angedrohter Säumnisfolgen (Brüscheweiler/Nadig/Schneebeli, a.a.O., Art. 85 N 4; vgl. auch E. 3.2.1 hiervor). Damit also eine allfällige Frist zur Ausübung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu laufen beginnen kann, sind die Mitteilungsformen gemäss Art. 85 ff. StPO einzuhalten (Schmid/Jositsch, Praxiskommentar StPO, 3. Auflage, Zürich 2018, Art. 90 N 1; vgl. auch E. 3.2.1 hiervor). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung tragen die gesetzlich vorgeschriebenen Zustellformen dem Umstand Rechnung, dass Verfügungen oder Entscheide, die der betroffenen Person nicht eröffnet worden sind, grundsätzlich keine Rechtswirkungen entfalten und der Beweis der ordnungsgemässen Eröffnung sowie deren Datums der Behörde obliegt, die hieraus rechtliche Konsequenzen ableiten will (BGE 145 IV 252 E. 1.3.1 S. 252, 144 IV 57 E. 2.3 S. 61; BGer 6B\_390/2013 vom 6. Februar 2014 E. 2.3.2; je mit weiteren Hinweisen).

3.3.4 Vorliegend macht die Staatsanwaltschaft geltend, das Ablegen der Verfügung in den Akten führe lediglich zur «Nichtauslösung des Fristenlaufs bis zur effektiven Kenntnisnahme der Verfügung durch den Beschwerdeführer». Eine Beschwerde müsse deshalb mangels Zustellnachweis «in aller Regel» als rechtzeitig betrachtet und es müsse darauf eingetreten werden (act. 6; vgl. auch E. 3.1 hiervor). Dem kann so nicht gefolgt werden: Es wurde bereits ausgeführt, dass der Lauf der Beschwerdefrist nicht bei Kenntnisnahme der Verfügung, sondern mit deren ordnungsgemässen Zustellung beginnt (vgl. E. 3.2.1 hiervor). Wird eine Verfügung den Parteien nicht ordnungsgemäss eröffnet, so führt dies entsprechend nicht (nur) zur «Nichtauslösung des Fristenlaufs», sondern entfaltet die Verfügung gar keine Rechtswirkungen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1124, mit Hinweisen auf BGE 142 II 411 E. 4.2 S. 413, 133 I 201, 129 I 361 E. 2.1 S. 364) und ist deshalb nichtig (vgl. BGE 101 II 149 E. 4b S. 152; AGE DGS.2019.43 vom 29. April 2020 E. 1.2.3, mit weiteren Hinweisen; für das Bundesverwaltungsverfahren vgl. Uhlmann/Schilling-Schwank, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 38 N 3). So ist beispielsweise eine von der kantonalen Steuerbehörde vorgenommene Ermessensveranlagung, welche erlassen wurde, ohne dass dem Steuerpflichtigen eine Steuererklärung zugestellt wurde,

nichtig (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1118, mit Hinweis auf BGE 137 I 273 E. 3.4 S. 280 ff.). Weiter wurde vom Bundesgericht die Auffassung der kantonalen Gerichte geschützt, wonach die Eröffnung eines Strafbefehls durch Wahl eines Schweizer Zustellungsdomizils nicht rechtswirksam erfolgt und dieser somit nichtig sei und dem Beschuldigten der Strafbefehl stattdessen auf dem Rechtshilfeweg eröffnet werden müsse (BGer 1B\_244/2020 vom 12. Mai 2021[zur Publikation vorgesehen] E. 3.5).

Da die Staatsanwaltschaft aus der vorliegend zur Debatte stehenden Verfügung Rechtswirkungen ableiten will ■ nämlich die (rechtmässige) Erstellung einer DNA-Analyse ■, obliegt ihr der Beweis der ordnungsgemässen Eröffnung sowie deren Datums (vgl. E. 3.3.3 hiervor). Es ist nicht ersichtlich, wie ihr das gelingen will, wenn sich die Verfügung inmitten von 243 digitalen Aktenseiten befindet und sie dem Betroffenen nicht separat gemäss Art. 85 StPO eröffnet wird. BGE 145 IV 252, in welchem das Bundesgericht ausführt, dass eine Zustellung ungeachtet der Verletzung von Art. 85 Abs. 2 StPO grundsätzlich auch dann gültig erfolgt, wenn die Kenntnisnahme des Empfängers auf andere Weise bewiesen werden kann (E. 1.3.2 S. 254), ist deshalb nicht mit vorliegendem Fall vergleichbar. Die Staatsanwaltschaft macht nicht geltend, sie würde mit der Erstellung einer DNA-Analyse bis zur tatsächlichen Kenntnisnahme durch die betroffene Person abwarten. Es darf auch nicht pauschal davon ausgegangen werden, dass die «effektive Kenntnisnahme» jeweils bei Akteneinsicht erfolgt, ist doch ■ wie auch im vorliegenden Fall ■ mehr oder minder dem Zufall geschuldet, ob die Verfügung im Rahmen der Akteneinsicht entdeckt wird oder nicht. So sind dem Beschwerdegericht jüngst just mehrere Fälle bekannt, wo die entsprechende Verfügung trotz Akteneinsicht durch die amtliche Verteidigung offensichtlich übersehen worden ist und deshalb lediglich der Befehl zur erkennungsdienstlichen Erfassung und nicht-invasiven Probenahme angefochten wurde, wobei aufgrund der Beschwerde jeweils aber inhaltlich davon auszugehen war, dass nicht die erkennungsdienstliche Erfassung oder die Probenahme, sondern die DNA-Analyse angefochten werden möchte.

3.3.5 Die Argumentation der Staatsanwaltschaft ist auch aus anderen Gründen nicht haltbar. So führt sie insofern zu einer «Beweislastumkehr», als dass ein allfälliger Beschwerdeführer seine «effektive Kenntnisnahme» beweisen muss, um darzulegen, dass seine Beschwerde gegen die Verfügung rechtzeitig war. Die Staatsanwaltschaft überträgt dem Beschwerdegericht mit dieser Praxis zudem auch die Bürde, «in aller Regel» auf eine Beschwerde eintreten zu müssen, da der Beschwerdeführer seine «effektive Kenntnisnahme» nicht rechtsgenügend beweisen bzw. einfach behaupten kann. Dies kann nicht angehen. Schliesslich geht die Staatsanwaltschaft bei ihrer Argumentation offenbar davon aus, dass sich die betroffene Person in jedem Fall bei «effektiver Kenntnisnahme» gegen die DNA-Analyse wehren wird, denn nur so wüsste sie ja, ob bzw. wann diese Kenntnisnahme erfolgt ist. Nimmt eine betroffene Person Kenntnis von der Verfügung und geht dagegen nicht vor, erfährt dies die Staatsanwaltschaft nicht, und weiss deshalb ■ folgt man ihrer Argumentation ■ auch gar nicht, ob der Fristenlauf begonnen hat oder nicht. Tatsächlich gestaltet es sich so, dass die Staatsanwaltschaft bei diesem Vorgehen gar nicht weiss, ob die Verfügung ■ könnte sie denn im Rahmen der Akteneinsicht auf einem USB-Stick eröffnet werden ■ Rechtswirkungen entfaltet hat und die DNA-Analyse durchgeführt werden darf. Es ist mit anderen Worten weder für die Staatsanwaltschaft noch für andere Instanzen überhaupt ersichtlich, wann die Verfügung zufolge ungenützt verstrichenem Fristenlauf rechtskräftig worden sein könnte. Dies ist angesichts der

Rechtssicherheit nicht akzeptabel.

3.3.6 Die vorliegend angefochtene Verfügung betreffend DNA-Analyse datiert vom 9. Februar 2021, wurde also lediglich einen Tag nach der Einvernahme des Beschwerdeführers erlassen. Aufgrund dieser zeitlichen Abfolge musste der Staatsanwaltschaft klar sein und stand wohl im Zeitpunkt der Einvernahme vom 8. Februar 2021 bereits fest, dass eine DNA-Analyse anzuordnen sein würde. Die Staatsanwaltschaft tut dies denn auch nach eigenen Angaben auf dem Merkblatt «in der Regel» nach jedem Wangenschleimhautabstrich. Es wäre somit zu erwarten, dass die Verfügung betreffend DNA-Analyse ebenfalls direkt nach der Einvernahme ausgehändigt werden kann oder zumindest, falls sie später erlassen werden muss, der betroffenen Person bzw. ihrer Verteidigung gemäss Art. 85 StPO zugestellt und eröffnet wird. Der Hinweis auf dem Merkblatt, eine allfällige Verfügung betreffend DNA-Analyse werde in den Verfahrensakten abgelegt und könne «dort eingesehen oder beim zuständigen Mitarbeitenden der Staatsanwaltschaft in Kopie verlangt werden», ist nicht hilfreich. Bei einer amtlichen Verfahrenshandlung handelt es sich nicht um eine «Holschuld», um die sich die betroffene Person selber kümmern muss. Hierbei ist zu erwähnen, dass eine Probe aus einem Wangenschleimhautabstrich bis zu drei Monate aufbewahrt und während dieser Zeit eine DNA-Analyse angeordnet werden darf (Art. 9 DNA-Profil-Gesetz [SR 363]). Während dieser drei Monate könnte folglich immer eine Verfügung zur DNA-Analyse ergehen. Es kann dem Betroffenen und seiner Rechtsvertretung nicht zugemutet werden, dass während dieser Zeit wiederholt Akteneinsicht verlangt werden muss, um zu überprüfen, ob eine Verfügung betreffend DNA-Analyse ergangen ist. Dies gilt auch insbesondere im Hinblick darauf, dass es vorliegend um die Anordnung einer Zwangsmassnahme geht, die Eingriffe in die körperliche Integrität gemäss Art. 10 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV, SR 101) sowie in die informationelle Selbstbestimmung als Teilgehalt des Schutzes der Privatsphäre gemäss Art. 13 Abs. 2 BV der betroffenen Person darstellt (vgl. zum Ganzen BGER 1B\_285/2020 vom 22. April 2021 E. 2.3, mit weiteren Hinweisen).

Auf dem Merkblatt der Staatsanwaltschaft befindet sich eine «Rechtsmittelbelehrung», wo vermerkt ist, dass gegen «diese Massnahmen» ■ gemeint sind wohl sämtliche Massnahmen, das heisst die erkennungsdienstliche Erfassung, die nicht invasive Probenahme sowie die Erstellung eines DNA-Profiles ■ innert 10 Tagen Beschwerde erhoben werden könne. Diesbezüglich ist mit dem Beschwerdeführer (act. 2 Rz. 11) jedoch festzuhalten, dass es widersprüchlich ist, wenn die Staatsanwaltschaft auf dem Merkblatt selbst ausführt, die Beschwerdefrist laufe seit «der Zustellung oder Eröffnung», bei einer Ablage der Verfügung in den Akten jedoch keineswegs klar ist, wann die Verfügung als zugestellt bzw. eröffnet gilt (vgl. E. 3.3.5 hiervor). Es geht denn aus dem Merkblatt auch nicht hervor, wie sich die Modalitäten der Fristenwahrung darstellen bzw. wie dies in der Praxis gehandhabt werden soll. Selbst wenn das Merkblatt diese vorerwähnten Voraussetzungen enthalten würde, wäre wie erwogen weiterhin vollkommen unklar, wann die Staatsanwaltschaft von «effektiver Kenntnisnahme» ausgehen dürfte, wie das entsprechende Datum zu beweisen wäre und ab welchem Zeitpunkt sie das DNA-Profil erstellen dürfte.

3.3.7 An der Rechtswidrigkeit des Vorgehens der Staatsanwaltschaft ändert sich selbst dann nichts, wenn eine Beschwerde ■ wie im vorliegenden Fall ■ möglich gewesen ist, weil die entsprechende Verfügung im Aktenumfang entdeckt worden ist. Die Kenntnisnahme im Rahmen der Akteneinsicht ist wie erwähnt dem Zufall geschuldet und ist es völlig unklar,

ob bzw. wann eine Beschwerdefrist zu laufen beginnen würde. Dem entspricht, dass der amtliche Verteidiger vorliegend verständlicherweise davon ausging, dass die Beschwerdefrist bereits bei Zustellung der Akten am 12. Februar 2021, bzw. tags darauf zu laufen begann, somit der Meinung war, er reiche seine Beschwerde am letzten Tag der Frist ■ und somit gerade noch rechtzeitig ■ ein, und dass es ihm zeitlich nicht mehr möglich gewesen ist, sich materiell zur Sache zu äussern (vgl. E. 2.2.1).

3.3.8 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das von der Staatsanwaltschaft gewählte Vorgehen im Bereich des empfindlichen Zwangsmassnahmenrechts zu einer grossen Rechtsunsicherheit führt, die so nicht hingenommen werden kann, und es die Verfahrensrechte der betroffenen Parteien beschneidet. Es läuft dem Gerechtigkeitsgedanken und dem Grundsatz der Waffengleichheit gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c StPO zuwider und erweist sich auch mit Blick auf das Gebot eines fairen Verfahrens nach Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) als unzulässig. Das Interesse an der richtigen Anwendung von Verfahrensrechten verpflichtet die Staatsanwaltschaft, entsprechende Verfügungen den betroffenen Personen unter den Voraussetzungen gemäss Art. 84 ff. StPO zu eröffnen. Eine blosser Ablage einer Verfügung in den Akten ohne Eröffnung ist deshalb nicht rechtmässig.

3.4 Aus dem Gesagten folgt, dass die angefochtene Verfügung dem Beschwerdeführer nicht rechtsgenügend eröffnet wurde, dieses Vorgehen der Staatsanwaltschaft einen besonders schwerwiegenden Verstoss gegen grundlegende Parteirechte und damit eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zur Folge hat, und die Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 9. Februar 2021 folglich nichtig ist. Eine nichtige Verfügung entfaltet keine Rechtswirkungen. Sie ist vom Erlass an und ohne amtliche Aufhebung unverbindlich. Die Nichtigkeit einer Entscheidung ist von Amtes wegen zu beachten und kann von jedermann jederzeit geltend gemacht werden (BGE 145 IV 197 E. 1.3.2 S. 201, 144 IV 362 E. 1.4.3 S. 368, 138 II 501 E. 3.1 S. 503, 137 I 273 E. 3.1 S. 275, je mit Hinweisen; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1096, mit Hinweisen). Folglich ist die Beschwerde gutzuheissen und die Nichtigkeit der Verfügung vom 9. Februar 2021 festzustellen. Ein allfällig aus dem Wangenschleimhautabstrich des Beschwerdeführers erstelltes DNA-Profil ist zu löschen bzw. von der Erstellung eines solchen abzusehen. Allfällige Erkenntnisse aus dem DNA-Profil des Beschwerdeführers unterliegen einem absoluten Beweisverbot.

3.5 Der Staatsanwaltschaft wird geraten, diese Praxis zu überdenken, andernfalls sie bei allfälligen weiteren Beschwerden mit der Auferlegung der Kosten zu rechnen hat.

4.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem Beschwerdeführer keine Gerichtskosten aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Da dem Beschwerdeführer die amtliche Verteidigung bewilligt worden ist, richtet sich die Entschädigung der Verteidigung nach Art. 135 StPO. Die amtliche Verteidigung ist praxisgemäss zu einem Stundenansatz von CHF 200.■, einschliesslich Auslagen, zuzüglich 7,7 % MWST, zu entschädigen. Dem amtlichen Verteidiger, [...], Advokat, werden entsprechend der eingereichten Honorarnote ein Honorar von CHF 1'700.■, Auslagen von CHF 38.15 sowie 7,7% Mehrwertsteuer von CHF 133.85 zugesprochen.

**E. 7**

PDF S. 42 f.). Die Verfügung der Staatsanwaltschaft betreffend DNA-Analyse datiert vom 9. Februar 2021 (act. 7 PDF S. 43). Unbestrittenermassen wurde die Verfügung ohne (separate) Zustellung an den Beschwerdeführer zu den Akten gelegt (vgl. Stellungnahme der Staatsanwaltschaft, act. 6). Die Staatsanwaltschaft macht diesbezüglich geltend, der Beschwerdeführer sei durch den Passus im Merkblatt zum Befehl betreffend die erkennungsdienstliche Erfassung über diesen Ablauf und darüber, dass bei einem Wangenschleimhautabstrich in der Regel auch ein DNA-Profil erstellt werde, informiert worden (act. 6 S. 1). Zwar sei die Verfügung durch das «Ablegen in den Akten» nicht gemäss Art. 85 Abs. 2 StPO eröffnet worden. Allerdings führe dies nicht zu deren Nichtigkeit, sondern «lediglich zur Nichtauslösung des Fristenlaufs bis zur effektiven Kenntnisnahme der Verfügung durch den Beschwerdeführer» (act. 6 S. 2). Eine Beschwerde müsse deshalb mangels Zustellnachweis «in aller Regel» als rechtzeitig betrachtet und es müsse darauf eingetreten werden. Der Beschwerdeführer habe somit auch keinen Rechtsnachteil erlitten, weshalb die Verfügung nicht nichtig sei. Der Beschwerdeführer habe am 22. Februar 2021 von der Verfügung Kenntnis genommen. Die 10-tägige Beschwerdefrist habe folglich erst ab diesem Zeitpunkt zu laufen begonnen. Innert dieser Frist sei es dem Beschwerdeführer möglich gewesen, sich auch materiell zu äussern. Eine nochmalige Eröffnung erscheine deshalb unnötig (act. 6 S. 2).

#### **E. 9**

Februar 2021 befand, gewährt worden ist, kann somit nicht auf eine ausreichende Eröffnung der Verfügung nach Art. 85 StPO geschlossen werden (vgl. so auch BVGE C■5451/2009 vom 26. Mai 2011 E. 5.2).

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