

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT BES.2023.15 vom 25. April 2023**

BS Appellationsgericht, 2023-04-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_BES.2023.15](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_BES.2023.15)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT BES.2023.15 du 25 avril 2023

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT BES.2023.15 del 25 aprile 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Nach Art. 393 Abs. 1 lit. a der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) unterliegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Polizei, Staatsanwaltschaft und Übertretungsstrafbehörden der Beschwerde an die Beschwerdeinstanz. 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 nicht auf Willkür beschränkt (Art. 393 Abs. 2 StPO). Der Beschwerdeführer ist durch die angeordnete DNA-Analyse unmittelbar berührt, was ihn zur Beschwerde legitimiert (Art. 382 Abs. 1 StPO).

1.2 Die Beschwerde gegen schriftlich oder mündlich eröffnete Entscheide ist innert zehn Tagen schriftlich und begründet bei der Beschwerdeinstanz einzureichen (Art. 396 Abs. 1 StPO). Die Frist beginnt in Anwendung von Art. 90 Abs. 1 StPO am Tag nach der Zustellung bzw. Eröffnung des Entscheides zu laufen (Guidon, in: Basler Kommentar, 2. Auflage 2014, Art. 396 StPO N 8). Der Beschwerdeführer hat mit seiner Eingabe vom 23. Januar 2023 Beschwerde gegen die Verfügung über die Erstellung eines DNA-Profiles vom 18. Januar 2023 erhoben. Seine Eingabe ist dementsprechend frist- und überdies formgerecht erfolgt.

### **E. 2**

2.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, dass jeder Beschuldigte das Recht habe, in jedem Strafverfahren und auf jeder Verfahrensstufe einen Rechtsbeistand zu bestellen. Damit ein faires Verfahren garantiert werden könne, müsse die Anwesenheit der Verteidigung in jedem Verfahrensschritt zulässig sein. Vorliegend werde dem Beschwerdeführer die Anwesenheit seines Verteidigers während der Erhebung seiner DNA zur Analyse verweigert. Da die StPO weder bei den Vorschriften über die erkennungsdienstliche Erfassung noch bei jenen betreffend die Teilnahmerechte einen Ausschluss der Teilnahme des Verteidigers von einer Beweiserhebung, die den Beschuldigten persönlich betrifft, vorsehe, sei ein solcher Ausschluss unzulässig. Es sei gerade die Pflicht eines Anwaltes, bei sämtlichen Verfahrensschritten und -handlungen anwesend zu sein. Da ein Strafverfahren für eine beschuldigte Person sehr belastend sei, verwundere es nicht, dass sie vor erkennungsdienstlichen Behandlungen verunsichert oder gar verängstigt sein könnte. Um zu kontrollieren, dass die Erfassung korrekt ablaufe und dadurch die beschuldigte Person beruhigen zu können, sei deswegen der Verteidigung die Teilnahme zu gewähren.

Die Staatsanwaltschaft hält diesen Vorbringen entgegen, dass gerade kein strafprozessualer oder verfassungsrechtlicher Anspruch bestehe, anlässlich der erkennungsdienstlichen Erfassung von der Verteidigung begleitet zu werden. Die beschuldigte Person könne zwar

zur Wahrung ihrer Interessen einen Rechtsbeistand bestellen und sich durch die Verteidigung vertreten lassen, daraus lasse sich jedoch nicht automatisch das Recht auf eine Teilnahme an sämtlichen durch die Staatsanwaltschaft vorgenommenen Handlungen ableiten. Die Parteien hätten vielmehr lediglich ■ aber immerhin ■ das Recht, an Beweiserhebungen teilzunehmen. Da die erkennungsdienstliche Erfassung keine solche, sondern eine Zwangsmassnahme sei, bestehe kein Anspruch auf Teilnahme. Dass Zwangsmassnahmen in Beweiserhebungen münden könnten, ändere daran nichts. Solche Teilnahmerechte würden denn auch nicht dem Sinn und Zweck des Teilnahmeanspruchs, nämlich durch die Anwesenheit bei der Beweiserhebung diese beeinflussen zu können, dienen. Der Verteidiger wäre lediglich als Zuschauer vor Ort.

## E. 2.2

2.2.1 Nach den Verfahrensgarantien von Art. 32 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV, SR 101) und Art. 6 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 6 Ziff. 3 Bst. d der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) hat die beschuldigte Person als Teilgehalt des Rechts auf ein faires Verfahren Anspruch auf Beizug eines von ihr selbstgewählten patentierten Anwalts. Darüber hinaus ergibt sich gleiches aus Art. 129 Abs. 1 StPO, wonach die beschuldigte Person in jedem Strafverfahren und auf jeder Verfahrensstufe einen Rechtsbeistand mit ihrer Verteidigung betrauen darf. Der Anspruch auf anwaltlichen Beistand entsteht mit der Inhaftierung oder mit dem Beginn der ersten Einvernahme und dauert bis zur definitiven, rechtskräftigen Erledigung der Strafsache (Art. 143 Abs. 1 Bst. c, Art. 158 Abs. 1 Bst. c StPO; Vest, St. Galler Kommentar, 3. Auflage 2014, Art. 32 BV N 29).

2.2.2 In der StPO hat sich der Gesetzgeber für das Modell einer parteiöffentlichen Untersuchung mit dem Recht auf Teilnahme an staatsanwaltschaftlichen und gerichtlichen Beweiserhebungen entschieden (Art. 147 StPO). Angesichts der umfangreichen möglichen Beweismittel ■ nach Art. 139 Abs. 1 StPO können alle nach dem Stand von Wissenschaft und Erfahrung geeigneten, rechtlich zulässigen Beweismittel eingesetzt werden ■ ist jedoch offensichtlich, dass nicht alle Beweiserhebungen gleichermaßen geeignet sind, um dem Rechtsbeistand ein Teilnahmerecht während der Beweiserhebung selbst einzuräumen. Es gilt deswegen eine Differenzierung vorzunehmen. Bei der Erhebung von Beweismitteln wird unterschieden zwischen Beweisabnahmen und Beweissicherungen (Sulzer, Teilnahmerechte nach Art. 147 StPO und deren Einschränkung, Hochschularbeit MAS Forensics, Luzern 2011, S. 12 f). Beweisabnahmen beziehen sich auf Beweismittel, deren Gestalt und Inhalt vor der Erhebung noch unbekannt sind (Bommer, Parteirechte der beschuldigten Person bei Beweiserhebungen in der Untersuchung, recht 2010, S. 196 ff., 197 f.; in diesem Sinne auch die Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, in: BBl 2006 S. 1085, S. 1187). Sie resultieren aus kontradiktorischen Vorgängen, insbesondere aus Einvernahmen (Christen, Anwesenheitsrecht im schweizerischen Strafprozessrecht mit einem Exkurs zur Vorladung, Diss. Zürich 2010, S. 93; Schleiminger Mettler, in: Basler Kommentar, 2. Auflage 2014, Art. 147 StPO N 5). Da das Ergebnis und der letztendlich in die Akten aufgenommene Inhalt vor der Erhebung unbekannt sind, können die beschuldigte Person und ihre Verteidigung aktiv Einfluss nehmen auf den Beweis, indem sie lenkend eingreifen und durch gezielte Fragestellungen versuchen, die prozessuale Realität zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Aufgrund der möglichen Einflussnahme haben die beschuldigte Person und ihrer Verteidigung bei solchen Beweiserhebungen ein zwingendes Teilnahmerecht. Bei Beweissicherungen

hingegen existiert der zu erhebende Beweis bereits in seiner Gestalt und wird lediglich gesichert oder aber entsteht losgelöst von einer möglichen Einflussnahme durch die Parteien. Dies trifft namentlich zu auf die Beschaffung von Urkunden, Berichten oder ärztlichen Zeugnissen. Da bei der Erhebung keine Einwirkung auf das Beweisergebnis möglich ist, müssen während der Beweissicherung keine Teilnahmerechte gewährt werden (vgl. dazu BGer 1B\_522/2017 vom 4. Juli 2018 E 3.7 ff). Das nachfolgende Recht auf Akteneinsicht, die Möglichkeit, im Rahmen ihrer gesetzlich vorgesehenen Stellungnahme Kritik am gesicherten Beweis und dem entsprechenden Vorgehen zu äussern und Beweisanträge zu den eingesehenen Beweisen zu stellen, gibt der beschuldigten Person gleichermassen Gelegenheit, Einfluss auf die Aktenlage zu nehmen. Dass dies erst nachträglich möglich ist, schadet aufgrund der Beständigkeit des Beweises nicht. Da ausserdem auch die Strafbehörden auf die Entstehung derartiger Beweise regelmässig keinen Einfluss haben, erwächst ihnen auch keinerlei Vorteil daraus, und die Waffengleichheit wird nicht tangiert.

2.3 Bei der Erhebung einer DNA-Probe zur Analyse handelt es sich nicht um ein Beweismittel, sondern um eine Zwangsmassnahme. Bei Zwangsmassnahmen besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Teilnahme der Verteidigung (Thormann/Mégevand, in: Jeanneret et al. [Hrsg.], Commentaire romand, 2. Auflage 2019, Art. 147 StPO N 1; Schmid/Jositsch, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2017, Art. 147 N 2). Da aus Zwangsmassnahmen jedoch Beweise resultieren können, drängt es sich auf, bezüglich der Teilnahmerechte bei der Durchführung der Zwangsmassnahmen die gleichen Grundsätze zur Anwendung zu bringen wie bei Beweiserhebungen.

Art. 255 Abs. 1 lit. a StPO ermächtigt zur Entnahme einer DNA-Probe der beschuldigten Person und zur Erstellung eines DNA-Profiles zur Aufklärung eines Verbrechens oder eines Vergehens. Dazu wird von der Wangenschleimhaut eine Probe entnommen, woraus anschliessend die DNA extrahiert wird. Da auf die DNA als beständigen Träger der Erbinformationen und als bestehendes, konsistentes Beweismittel im Rahmen der Durchführung des WSA keinerlei Einfluss genommen werden kann, sind währenddem der Verteidigung der beschuldigten Person keine Teilnahmerechte zu gewähren (Thormann/Mégevand, a.a.O., Art. 147 StPO N 1; Weder, Teilnahmerechte bei Beweiserhebungen ■ Eine Beurteilung aus staatsanwaltschaftlichem Blickwinkel, fokussiert auf das Teilnahmerecht mitbeschuldigter Personen, in: forum poenale 5/2016, S. 281, 284; Wohlers, in: Donatsch et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2020, Art. 147 N 1). Die diesbezüglichen Verteidigungsrechte sind vielmehr im Rahmen des Akteneinsichts- und Beweisantragsrechts sowie schliesslich im Parteivortrag auszuüben.

### **E. 3**

3.1 Die Beschwerde ist nach dem Dargelegten abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat gemäss Art. 428 Abs. 1 StPO der unterliegende Beschwerdeführer dessen Kosten zu tragen. Die Gebühr ist in Anwendung von § 21 Abs. 2 des Reglements über die Gerichtsgebühren (GGR, SG 154.810) auf CHF 800.■ zu bemessen und wird dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.2 Das Gesuch des Beschwerdeführers um amtliche Verteidigung für das Beschwerdeverfahren ist zu bewilligen. Dem Verteidiger ist für seine Bemühungen ein

Honorar aus der Gerichtskasse zuzusprechen. Mangels Einreichung einer Kostennote ist sein Aufwand zu schätzen, wobei ein Zeitaufwand von insgesamt 6 Stunden angemessen erscheint. Dieser Aufwand ist zum Ansatz von CHF 200.■ zuzüglich 7,7 % MWST zu vergüten (§ 20 Abs. 2 des Reglements über das Honorar und die Entschädigung der berufsmässigen Vertretung im Gerichtsverfahren [Honorarreglement]). Der Beschwerdeführer ist nach Massgabe von Art. 135 Abs. 4 StPO rückzahlungspflichtig, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben.

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