

BS_APPELLATIONSGERICHT BES.2023.33 vom 10. August 2023

BS Appellationsgericht, 2023-08-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_BES.2023.33

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT BES.2023.33 du 10 août 2023

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT BES.2023.33 del 10 agosto 2023

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. Zuständiges Beschwerdegericht ist das Appellationsgericht als Einzelgericht (§ 88 Abs. 1 und § 93 Abs. 1 Ziff. 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]), welches mit freier Kognition urteilt (Art. 393 Abs. 2 StPO).

1.2 Die Staatsanwaltschaft macht in der Vernehmlassung geltend, dass vorliegend gar keine DNA-Profilerstellung verfügt worden sei, weshalb auf die Rechtsbegehren des Beschwerdeführers, die allesamt auf eine Löschung des DNA-Profiles abzielen würden, nicht einzutreten sei (act. 4, Stellungnahme vom 27. März 2023, S. 1 f.).

Der Beschwerdeführer verlangt in seiner Beschwerde, die Verfügung vom 14. Februar 2023 betreffend die erkennungsdienstliche Erfassung und nicht-invasive Probenahme sei aufzuheben und das DNA-Profil des Beschwerdeführers sei per sofort aus der DNA-Datenbank zu löschen (act. 2, Rechtsbegehren 1). Da im vorliegenden Fall kein DNA-Profil erstellt wurde, ist auf das im zweiten Satzteil formulierte Begehren nicht einzutreten. Soweit der erste Satzteil betroffen ist, ist der Beschwerdeführer durch die verfügten Zwangsmassnahmen jedoch unmittelbar berührt und hat ein rechtlich geschütztes Interesse an ihrer Aufhebung bzw. Änderung. So wäre die Folge der Aufhebung der Verfügung vom 14. Februar 2023, dass im Rahmen der erkennungsdienstlichen Erfassung erlangte Fingerabdrücke und dergleichen vernichtet werden müssten. Ausserdem müsste ■ sofern die Staatsanwaltschaft dies nicht bereits gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b des DNA-Profil-Gesetzes vom 20. Juni 2003 (SR 363) veranlasst hat ■ der WSA vernichtet werden. Nach dem Gesagten ist der Beschwerdeführer insofern zur Beschwerde legitimiert (Art. 382 Abs. 1 StPO). Die Beschwerde ist nach Art. 396 StPO form- und fristgemäss eingereicht worden, sodass auf sie einzutreten ist.

E. 2

2.1 Bei der erkennungsdienstlichen Erfassung gemäss Art. 260 StPO werden die Körpermerkmale einer Person festgestellt und Abdrücke von Körperteilen genommen. Zweck der Zwangsmassnahme, die auch für Übertretungen angeordnet werden kann (BGE 147 I 372 E. 2.1; BGer 1B_387/2021 vom 19. Mai 2022 E. 3.1), ist die Abklärung des Sachverhalts, worunter insbesondere die Feststellung der Identität einer Person fällt (BGE 141 IV 87 E. 1.3.3).

2.2 Erkennungsdienstliche Massnahmen gemäss Art. 260 StPO und die Aufbewahrung der daraus gewonnenen Daten können das Recht auf persönliche Freiheit bzw. körperliche Integrität (Art. 10 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV, SR 101]) und auf informationelle Selbstbestimmung berühren (Art. 13 Abs. 2 BV und Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK, SR 0.101]; BGE 147 I 372 E. 2.2, 145 IV 263 E. 3.4, 136 I 87 E. 5.1, 128 II 259 E. 3.2, je mit Hinweisen). Der Eingriff in die körperliche Integrität durch die Entnahme eines WSA bzw. durch die Abnahme von Fingerabdrücken, bei welchen weder die Haut verletzt noch Schmerzen zu erwarten sind, kann gemäss ständiger Rechtsprechung nicht als schwer eingestuft werden (BGE 147 I 372 E. 2.3, 145 IV 263 E. 3.4, 144 IV 127 E. 2.1). Während das Bundesgericht den Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung in seiner früheren Rechtsprechung ebenfalls als leicht eingestuft hatte (vgl. 145 IV 263 E. 3.4, 144 IV 127 E. 2.1, je mit Hinweisen), liess es neuerdings offen, ob an dieser Praxis festgehalten werden könne (BGE 147 I 372 E. 2.3.1 ff.).

2.3 Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage und müssen durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sowie verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 1-3 BV). Dies wird in Art. 197 Abs. 1 StPO präzisiert. Danach 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).

2.4 Zur Aufklärung eines Verbrechens oder eines Vergehens kann von der beschuldigten Person eine Probe genommen und ein DNA-Profil erstellt werden (Art. 255 Abs. 1 lit. a StPO). Ein solches Vorgehen ist nicht nur möglich zur Aufklärung bereits begangener und den Strafverfolgungsbehörden bekannter Delikte, deren die beschuldigte Person verdächtigt wird. Wie aus Art. 259 StPO in Verbindung mit Art. 1 Abs. 2 lit. a DNA-Profil-Gesetz klarer hervorgeht, soll es die Erstellung eines DNA-Profiles vielmehr auch erlauben, Täter von Delikten zu identifizieren, die den Strafverfolgungsbehörden noch unbekannt sind. Dabei kann es sich um vergangene oder künftige Delikte handeln. Das DNA-Profil kann so Irrtümer bei der Identifikation einer Person und die Verdächtigung Unschuldiger verhindern. Es kann auch präventiv wirken und damit zum Schutz Dritter beitragen. Auch hinsichtlich derartiger Straftaten bildet Art. 255 Abs. 1 lit. a StPO eine gesetzliche Grundlage für die DNA-Probenahme und -Profilerstellung (BGE 147 I 372 E. 2.1, 145 IV 263 E. 3.3; BGer 1B_387/2021 vom 19. Mai 2022 E. 3.1).

Art. 255 StPO ermöglicht allerdings nicht bei jedem hinreichenden Tatverdacht die routinemässige Entnahme von DNA-Proben, geschweige denn deren generelle Analyse (BGE 147 I 372 E. 2.1, mit Hinweisen). Vielmehr ist eine DNA-Probenahme und -Profilerstellung, die nicht der Aufklärung der Anlasstat dient, 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. Der Umstand fliesst vielmehr als eines von vielen Kriterien in die Gesamtabwägung ein und ist entsprechend zu gewichten (BGE 147 I 372 E. 4.2 und 4.3.2, 145 IV 263 E. 3.4, 141 IV 87 E. 1.3 und 1.4; BGer 1B_387/2021 vom 19. Mai 2022 E. 3.1). Umgekehrt bedeutet selbst das Vorliegen einer einschlägigen Vorstrafe nicht automatisch, dass die Erstellung eines DNA-Profiles verhältnismässig ist. Die Vorstrafe ist vielmehr als

eines von vielen Kriterien im Rahmen der umfassenden Verhältnismässigkeitsprüfung miteinzubeziehen (BGE 147 I 372 E. 4.3.2; vgl. zum Ganzen: AGE BES.2021.104 vom 28. Juli 2022).

2.5 Das zur DNA-Probenahme und -Profilierung ausgeführte gilt gleichermaßen für die erkennungsdienstliche Erfassung gemäss Art. 260 Abs. 1 StPO, mit dem Unterschied, dass diese auch für Übertretungen angeordnet werden kann. Art. 260 Abs. 1 StPO erlaubt indessen ebensowenig wie Art. 255 Abs. 1 StPO eine routinemässige erkennungsdienstliche Erfassung (BGE 147 I 372 E. 2.1; BGer 1B_387/2021 vom 19. Mai 2022 E. 3.2).

E. 3

3.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, es gebe keinen zur erkennungsdienstlichen Erfassung und nicht-invasiven Probenahme legitimierenden hinreichenden Tatverdacht. Die Aussagen von B_____ (nachfolgend: Anzeigstellerin) seien widersprüchlich und haltlos. Dies zeige sich unter anderem daran, dass sie dem Beschwerdeführer vorwerfe, dieser habe ohne ihre Erlaubnis Nacktfotos gemacht, obwohl sie auf den Fotos aktiv posiere. Weiter habe die Anzeigstellerin den Beschwerdeführer mehrfach bestohlen. Nachdem der Beschwerdeführer sie deswegen angezeigt habe, habe sich die Anzeigstellerin gerächt, indem sie die angebliche Schändung zur Anzeige brachte. Im Übrigen bestehe beim Beschwerdeführer keine gegenüber einem Durchschnittsbürger erhöhte Wahrscheinlichkeit, er könnte in Zukunft in ein Delikt verwickelt werden.

3.2 Dem hält die Staatsanwaltschaft entgegen, die Anzeigstellerin habe ausdrücklich und mehrfach festgehalten, dass es zwischen ihr und dem Beschuldigten nie zu einvernehmlichen sexuellen Kontakten gekommen sei und sie dies auch nicht gewollt hätte. Weiter werde dem Beschwerdeführer ein schweres Sexualdelikt vorgeworfen; bereits aufgrund der Anlasstat, wie sie im Tatvorwurf geschildert werde, sei von einer stark erhöhten kriminellen Energie auszugehen, die bei der Bewertung der Verhältnismässigkeit der Zwangsmassnahmen mitberücksichtigt werden müsse. Ausserdem fühle sich der Beschwerdeführer laut Aussagen der Anzeigstellerin zu Kindern hingezogen, sehe Pädokriminalität nicht als illegal an, sei bereits in seiner Kindheit gegenüber seiner Schwester übergriffig gewesen und konsumiere haufenweise Pornografie. Diese Aussagen müssten in die Gesamtbetrachtung miteinbezogen werden. Dabei entstehe aufgrund der Schilderungen der Anzeigstellerin zumindest eine erhöhte Wahrscheinlichkeit, dass der Beschwerdeführer in weitere Sexualdelikte involviert sein könne. Mithin sei der geringe Eingriff der erkennungsdienstlichen Erfassung durch diese Ausgangslage gerechtfertigt.

3.3 Zunächst gilt es zu prüfen, ob ein hinreichender Tatverdacht vorliegt (Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO). Im Gegensatz zum erkennenden Sachgericht hat das im Vorverfahren für die Beurteilung von Zwangsmassnahmen zuständige Gericht bei der Überprüfung des hinreichenden Tatverdachts keine erschöpfende Abwägung sämtlicher belastender und entlastender Beweisergebnisse vorzunehmen. Wird der Tatverdacht bestritten, ist vielmehr zu prüfen, ob aufgrund der bisherigen Untersuchungsergebnisse genügend konkrete Anhaltspunkte für eine Straftat und eine Beteiligung der beschuldigten Person an dieser Tat vorliegen, die Strafbehörden somit das Bestehen eines hinreichenden Tatverdachts mit vertretbaren Gründen bejahen durften (zum Ganzen BGer 1B_70/2022 vom 16. August 2022 E. 3.2).

3.3.1 Die Glaubhaftigkeit der Aussagen der Anzeigstellerin ist im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens schwierig zu beurteilen. Anlässlich der Anzeigeerstattung am

14. Januar 2021 hat die Anzeigstellerin einen Behälter mit «Lusttropfen» abgegeben und mitgeteilt, diese stammten aus der Wohnung des Beschwerdeführers. Sie gab zunächst zu Protokoll, dass sie vermute, es handle sich dabei um K.O.-Tropfen und sie sei sich sicher, dass der Beschwerdeführer ihr diese Tropfen ins Getränk getan habe (act. 5, Rapport vom 15. Januar 2021, S. 4). Bis jetzt scheint unklar, um welche Substanz es sich handelt; die Anzeigstellerin scheint mittlerweile davon auszugehen, dass doch keine K.O.-Tropfen im Behälter enthalten sind (act. 5, Einvernahmeprotokoll vom 4. Januar 2023, S. 20). Weiter hat sie in der Einvernahme vom 23. Juni 2022 offenbar zwei Fälle durcheinandergebracht und wurde so müde, dass die Einvernahme abgebrochen werden musste (act. 5, S. 3 ff.). In der Folge war sie bei der Wahrnehmung von Terminen nicht sehr zuverlässig und auch gesundheitlich nicht in einem guten Zustand, was auch in der Aktennotiz vom 6. September 2022 festgehalten wurde. Die offensichtlich permanent vorhandene Müdigkeit wurde auch in der Einvernahme vom 4. Januar 2023 thematisiert (act. 5, Einvernahmeprotokoll vom 4. Januar 2023, S. 2). Auf S. 6 dieses Einvernahmeprotokolls wurde festgehalten, dass sie beinahe eingenickt sei. Laut eigenen Aussagen habe sie in der Zeit der mutmasslichen Schändung ausserdem Kokain und Beruhigungsmittel konsumiert (act. 5, Einvernahmeprotokoll vom 4. Januar 2023, S. 11). Ihre Erinnerungen an den Ablauf sind nur noch sehr vage. Sie wisse nicht mehr, wie sie ins Bett gekommen sei, sie sei nackt aufgewacht, es sei ihr aber nicht aufgefallen, dass sexuell etwas vorgefallen sei (act. 5, Einvernahmeprotokoll vom 4. Januar 2023, S. 17 f.). Sie wisse auch nicht mehr, warum sie mit der Anzeigeerstattung so lange gewartet habe (act. 5, Einvernahmeprotokoll vom 4. Januar 2023, S. 119). Sie sagte zwar, dass es für sie sehr untypisch sei, so schnell «out» zu sein (act. 5, Einvernahmeprotokoll vom 4. Januar 2023, S. 120). Allerdings ist die Müdigkeit aufgrund ihrer Drogensucht und den Medikamenten immer wieder ein Thema.

3.3.2 Die Aussagen des Beschwerdeführers erscheinen insgesamt eher glaubhaft. Er beschreibt den Vorfall jedoch auch nicht viel anders, als die Anzeigstellerin ihn verstanden hat, und bestätigt zumindest sexuelle Handlungen, wenn auch einvernehmliche (act. 5, Einvernahmeprotokoll vom 14. Februar 2023, S. 3 ff.). An diesem Abend hätten sie Oralverkehr gehabt und die Anzeigstellerin sei dabei eingeschlafen (act. 5, Einvernahmeprotokoll vom 14. Februar 2023, S. 10). Während sie geschlafen habe, habe er ihr den Tampon herausgezogen; das sei aber seiner Meinung nach keine Schändung (act. 5, Einvernahmeprotokoll vom 14. Februar 2023, S. 7).

3.3.3 Zusammenfassend ist ein gewisser Tatverdacht nicht auszuschliessen, obwohl die Aussagen der Anzeigstellerin insbesondere aufgrund ihres gesundheitlichen Zustands nicht über alle Zweifel erhaben sind und auch sonst keine weiteren Hinweise auf eine Schändung in den Akten zu finden sind. Ob die Aussagen der Anzeigstellerin auch für eine Verurteilung ausreichen werden, ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren, in dem sich der Beschwerdeführer lediglich gegen die erfolgten Zwangsmassnahmen wehrt, nicht von Bedeutung.

3.4 Da von einem hinreichenden Tatverdacht auszugehen ist, ist alsdann zu prüfen, ob die angeordneten Zwangsmassnahmen verhältnismässig waren. Unbestritten ist, dass die vorliegend durchgeführte erkennungsdienstliche Erfassung nicht zur Aufklärung von Straftaten im laufenden Verfahren VT[...] geeignet und erforderlich ist. Es geht deshalb vorliegend einzig darum, ob erhebliche und konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Beschwerdeführer in andere ■ auch künftige ■ Delikte verwickelt sein könnte (siehe

auch oben E. 2.4).

Inwiefern die vorliegend erhobene Feststellung von Körpermerkmalen und die Herstellung von Abdrücken von Körperteilen sowie die Abnahme eines WSA dazu geeignet sein sollen, zur Aufklärung einschlägiger künftiger Delikte beizutragen, wird von der Staatsanwaltschaft nicht dargelegt. Aus den Akten ergibt sich ausserdem nicht, was genau erkennungsdienstlich erfasst wurde, weshalb die Zwangsmassnahme nicht auf ihre Geeignetheit überprüft werden kann. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer nicht vorbestraft ist, was nach der Rechtsprechung entsprechend zu gewichten ist (siehe auch oben E. 2.4). Weiter sind die Aussagen der Anzeigstellerin bezüglich Pädokriminalität äusserst vage: Der Beschwerdeführer habe sich dahingehend geäussert, dass er finde, Sex zwischen Kindern und Erwachsenen sollte nicht verboten sein (act. 5, Einvernahmeprotokoll vom 4. Januar 2023, S. 21). Kinderpornographisches Material habe sie bei ihm jedoch nie gesehen (act. 5, Einvernahmeprotokoll vom 4. Januar 2023, S. 21), und auch bei der Hausdurchsuchung konnte kein solches festgestellt werden. Zusammenfassend erweisen sich die erkennungsdienstliche Erfassung und die Entnahme des WSA damit als unverhältnismässig.

E. 4

Der Beschwerdeführer beantragt, es sei ihm wegen der rechtswidrig angewandten Zwangsmassnahmen eine angemessene Entschädigung und Genugtuung zu leisten. Gemäss Art. 431 Abs. 1 StPO spricht die Strafbehörde der beschuldigten Person, der gegenüber rechtswidrige Zwangsmassnahmen angewendet worden sind, eine angemessene Entschädigung und Genugtuung zu. Zuständig hierzu ist indessen nicht das Beschwerdegericht bei der Überprüfung der Rechtmässigkeit der Zwangsmassnahme, sondern diejenige Strafbehörde, die das Strafverfahren zum Abschluss bringt (durch Einstellung des Verfahrens oder Fällung eines Urteils). Dies rechtfertigt sich einerseits deshalb, weil bei der Prüfung der Rechtmässigkeit der Zwangsmassnahme eine Einzelfallbeurteilung angezeigt ist, bei der Kriterien wie die Dauer oder sonstige Umstände der Massnahme, die Schwere des vorgeworfenen Delikts und die Auswirkungen auf die persönliche Situation des Betroffenen zu berücksichtigen sind, demnach teilweise auch Umstände, die im Zeitpunkt der Fällung des Beschwerdeentscheids noch nicht bekannt sind. Für eine damit einhergehende Entscheidkonzentration am Verfahrensende sprechen ferner auch Gründe der Prozessökonomie: Die zuständige Strafbehörde wird so in die Lage versetzt, über allfällige Ansprüche für ungesetzliche (Art. 429 StPO) und ungerechtfertigte (Art. 431 StPO) Eingriffe in die persönliche Freiheit des Betroffenen am Schluss des Strafverfahrens gesamthaft zu befinden (zum Ganzen BGer 1B_351/2012 vom 20. September 2012, E. 2.3.3; vgl. auch BGer 6B_95/2018 vom 20. November 2018, in welchem Verfahren das Bundesgericht im Rahmen der Überprüfung des Schuldspruchs auch über eine Entschädigung für eine Beschlagnahme befand, welche es bereits früher in einem separat geführten Verfahren mit Entscheid vom 16. Mai 2017 als rechtswidrig bezeichnet hatte). Nach dem Gesagten kann auf den Antrag des Beschwerdeführers mangels Zuständigkeit nicht eingetreten werden.

E. 5

5.1 Die Beschwerde ist nach dem Dargelegten gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist, und die Verfügung vom 14. Februar 2023 ist aufzuheben. Die Staatsanwaltschaft ist anzuweisen, die aus der erkennungsdienstlichen Erfassung gewonnenen Daten des

Beschwerdeführers zu vernichten. Der am 14. Februar 2023 abgenommene WSA-Abstrich müsste, da laut Stellungnahme der Staatsanwaltschaft keine Analyse durchgeführt wurde, gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b DNA-Profil-Gesetz zum jetzigen Zeitpunkt bereits vernichtet worden sein. Sollte dies nicht der Fall sein, wäre er nun zu vernichten.

5.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind hierfür keine Kosten zu erheben (Art. 428 Abs. 1 StPO), womit das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung des Kostenerlasses für das vorliegende Beschwerdeverfahren gegenstandslos wird.

5.3 Das Gesuch des Beschwerdeführers um amtliche Verteidigung durch [...] für das Beschwerdeverfahren ist zu bewilligen. Der vom Beschwerdeführer geltend gemachte Aufwand von CHF 3'527.80, einschliesslich Auslagen und zuzüglich 7,7 % MWST von CHF 271.65, erscheint allerdings zu hoch. Die zahlreichen Mails und Telefonate mit der Klientschaft können im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht entschädigt werden. Ebenso zu hoch ist der geltend gemachte Aufwand für die Ausfertigung der Rechtsschriften und für das Aktenstudium. In vergleichbaren Beschwerdeverfahren ist ein Aufwand von 6-8 Stunden angemessen, weshalb 12 Stunden (12 x CHF 133.■ = CHF 1'596.■) des volontärlichen Aufwands nicht entschädigt werden können.

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