

BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2017.51 vom 15. September 2020

BS Appellationsgericht, 2020-09-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2017.51

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2017.51 du 15 septembre 2020

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2017.51 del 15 settembre 2020

Erwägungen

E. 1

1.1 Gestützt auf Art. 398 Abs. 1 der Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) ist die Berufung gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte zulässig, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen wird, was vorliegend der Fall ist. Zuständiges Berufungsgericht ist nach § 88 Abs. 1 und 92 Abs. 1 Ziff. 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) ein Dreiergericht des Appellationsgerichts. Die Berufungskläger sind vom angefochtenen Urteil berührt und haben ein rechtlich geschütztes Interesse an dessen Aufhebung bzw. Abänderung, sodass sie gemäss Art. 382 Abs. 1 StPO zur Erklärung der Berufung legitimiert sind. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichten Rechtsmittel ist daher einzutreten.

1.2 Gemäss Art. 398 Abs. 3 StPO können mit der Berufung Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung, die unvollständige oder unrichtige Feststellung des Sachverhalts sowie Unangemessenheit gerügt werden.

E. 1.3

1.3.1 Im Rechtsmittelverfahren gilt die Dispositionsmaxime. Die Berufung kann demgemäss auf die Anfechtung von Teilen des Urteils beschränkt werden (Art. 399 Abs. 3 lit. a und Abs. 4 StPO). Erfolgt eine Teilanfechtung, erwachsen die nicht angefochtenen Punkte in Teilrechtskraft.

1.3.2 Die Verfügung über die Entschädigung der amtlichen Verteidigerin des Berufungsklägers 2 für das erstinstanzliche Verfahren ist nicht angefochten worden und deshalb in Rechtskraft erwachsen. Darüber ist im Berufungsverfahren nicht zu befinden.

E. 2

2.1 Die beiden Berufungskläger kritisieren im Rahmen der Vorfragen zunächst, dass diversen Personen die Teilnahme an der heutigen Berufungsverhandlung verwehrt worden sei. Dies verletze Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101). Die Corona-Pandemie sei kein tauglicher Grund, um die Öffentlichkeit grundsätzlich von einem Prozess auszuschliessen. Es wird daher beantragt, den Ausschluss des Publikums aufzuheben und der Öffentlichkeit zu erlauben, am Prozess teilzunehmen (Akten S. 963).

E. 2.2

2.2.1 Art. 30 Abs. 3 der Bundesverfassung (BV, SR 101) verankert das auch von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte

(UNO-Pakt II, SR 0.103.2) garantierte Prinzip der Justizöffentlichkeit. Diese erlaubt Einblick in die Rechtspflege und sorgt für Transparenz gerichtlicher Verfahren. Damit dient sie einerseits dem Schutz der direkt an gerichtlichen Verfahren beteiligten Parteien im Hinblick auf deren korrekte Behandlung und gesetzmässige Beurteilung. Andererseits ermöglicht die Justizöffentlichkeit auch nicht verfahrensbeteiligten Dritten, nachzuvollziehen, wie gerichtliche Verfahren geführt werden, das Recht verwaltet und die Rechtspflege ausgeübt wird. Die Justizöffentlichkeit bedeutet eine Absage an jegliche Form der Kabinettsjustiz, will für Transparenz der Rechtsprechung sorgen und die Grundlage für das Vertrauen in die Gerichtsbarkeit schaffen. Der Grundsatz ist von zentraler rechtsstaatlicher und demokratischer Bedeutung. Die demokratische Kontrolle durch die Rechtsgemeinschaft soll Spekulationen begegnen, die Justiz benachteilige oder privilegiere einzelne Prozessparteien ungebührlich oder die Ermittlungen würden einseitig und rechtsstaatlich fragwürdig geführt (BGE 143 I 194 E. 3.1 S. 197 f., 139 I 129 E. 3.3 S. 133 f.; BGer 1B_81/2020 vom 11. Juni 2020 E. 3.2.1).

2.2.2 Der Grundsatz der Justizöffentlichkeit wird für gerichtliche Strafverfahren in Art. 69 Abs. 1 StPO präzisiert. Nach dieser Bestimmung sind die Verhandlungen vor dem erstinstanzlichen Gericht und dem Berufungsgericht sowie die mündliche Eröffnung von Urteilen und Beschlüssen dieser Gerichte mit Ausnahme der Beratung öffentlich. Öffentliche Verhandlungen sind allgemein zugänglich (Art. 69 Abs. 4 StPO). Gemäss Art. 70 Abs. 1 lit. a StPO kann das Gericht jedoch einen vollständigen oder teilweisen Ausschluss der Öffentlichkeit unter anderem dann vorsehen, wenn schutzwürdige Interessen einer beteiligten Person, insbesondere des Opfers, dies erfordern. Des Weiteren kann das Gericht gemäss Art. 70 Abs. 3 StPO Gerichtsberichterstatterinnen und -erstatern sowie weiteren Personen, die ein berechtigtes Interesse haben, unter bestimmten Auflagen den Zutritt zu nicht öffentlichen Verhandlungen gestatten. Beim Entscheid über den Öffentlichkeitsausschluss ist zu beachten, dass Publikums- und Medienöffentlichkeit die verfassungsrechtliche Regel, der Ausschluss der Öffentlichkeit die legitimationsbedürftige Ausnahme ist. Es sind die Interessen, zu deren Schutz der Ausschluss erfolgen soll, und die Interessen der Öffentlichkeit sorgfältig gegeneinander abzuwägen. Der Ausschluss der Öffentlichkeit und der Gerichtsberichterstatterinnen und -erstatern muss verhältnismässig, mithin geeignet und erforderlich sein (vgl. dazu BGE 143 I 194 E. 3.1 S. 197 f., 139 I 129 E. 3.3 S. 133 f.; BGer 1B_81/2020 vom 11. Juni 2020 E. 3.2.1; Saxer/Thurnherr, in: Basler Kommentar, 2. Auflage 2014, Art. 69 StPO N 19, Art. 70 StPO N 2 und 8 f.).

2.3 Die Präsidienkonferenz des Appellationsgerichts hat am 19. März 2020 bzw. mit Zusatz vom 19. Mai 2020 beschlossen, die Öffentlichkeit aufgrund der Corona-Pandemie vorläufig nicht mehr zu Verhandlungen zuzulassen. Akkreditierte Medienschaffende könnten ■ sofern die Platzverhältnisse die Einhaltung der Abstandsvorschriften erlauben ■ indes weiterhin an den Sitzungen teilnehmen (§ 7 Abs. 6 des Organisationsreglements des Appellationsgerichts [SG 154.150] in Verbindung mit § 35 Abs. 1 GOG). Dieser Beschluss ist auf der Homepage publiziert worden (<https://www.appellationsgericht.bs.ch/>, zuletzt besucht am 21. September 2020) und ist zudem beiden Verteidigungen bekannt. Er erscheint auch verhältnismässig: In der aktuellen Lage ist vieles unklar, namentlich weiss man nicht mit Sicherheit, wie hoch das Infektionsrisiko effektiv ist und auf welchen Wegen sich das Virus verbreitet. Tatsache ist, dass die Fallzahlen aktuell wieder steigen und nicht wenige Experten vom Beginn einer zweiten Welle sprechen. Man weiss auch, dass es Personen ■ insbesondere Risikopatienten ■ gibt, die aufgrund des Virus bzw. der

diesbezüglichen Unsicherheit in grosser Angst leben. Auf die bedeutenden (privaten) Interessen dieser Personen gilt es Rücksicht zu nehmen. Zudem ist zu beachten, dass zwar die Öffentlichkeit ausgeschlossen wurde, die akkreditierte Presse an der heutigen Verhandlung aber hätte teilnehmen können, zumal das Appellationsgericht diese mit Informationen zu allen Verhandlungen bedient und auch die Verteidigungen die Presse zum Kommen hätten auffordern können. Damit hätte es das «wachsamer Auge» der Öffentlichkeit geben können und handelt es sich nicht um eine Geheim- oder Kabinettsjustiz. Die Anwesenheit von allfälligen Vertrauenspersonen (Art. 70 Abs. 2 StPO) wurde in der Begründung des Antrags zwar kurz angeschnitten, indes wurden solche Personen vorgängig weder (an)gemeldet noch wurde der Antrag, diese zuzulassen, formell gestellt.

E. 3

3.1 In formeller Hinsicht bringt A_____ wie bereits vor Strafgericht vor, es liege bezüglich der von ihm erhobenen DNA ein sogenannter «Cold Hit» vor, dessen Verwertbarkeit zumindest in casu unzulässig sei. Selbst wenn man «Cold Hits» nicht generell als unverwertbar betrachten wollte, genüge das von der Vorinstanz Erwogene für die Rechtmässigkeit einer präventiven Beweiserhebung nicht. Das Strafgericht habe die DNA-Erhebung bei der Anlasstat in [...] wie auch die Entnahme von DNA am Tatort in Basel für rechtmässig befunden. In [...] habe ein Verdacht auf Landfriedensbruch bestanden, in Basel ein dringender personenunabhängiger Verdacht auf eine Sachbeschädigung. Dies genüge aber nicht; es brauche, wie bei jeder anderen strafprozessualen Zwangsmassnahme auch, gemäss Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO einen hinreichenden Tatverdacht, was das Bundesgericht erst kürzlich wieder festgestellt habe. Dies gelte entweder in Bezug auf die Anlasstat, zu deren Aufklärung der DNA-Beweis notwendig sein müsse, oder es müsse ein hinreichender Tatverdacht bezüglich anderer Verbrechen oder Vergehen bestehen, wofür es allerdings konkreter Anhaltspunkte bedürfe (Akten S. 817 f.).

E. 3.2

3.2.1 Ein «Cold Hit» ist eine DNA-Übereinstimmung, die eine Person mit einem Delikt in Verbindung bringt, ohne dass zuvor ein Tatverdacht bestanden hat. Ein «Cold Hit» kann dann entstehen, wenn ein DNA-Profil, das aus biologischem Material am Tatort erstellt wurde, nicht nur mit der DNA eines Beschuldigten oder Verdächtigen abgeglichen wird, sondern mit sämtlichen Profilen, die in der DNA-Datenbank gespeichert sind. So können Menschen mit Straftaten in Verbindung gebracht werden, für die sie sonst gar nicht verdächtigt worden wären (vgl. dazu Fricker/Maeder, in: Basler Kommentar, 2. Auflage 2014, Art. 255 StPO N 7c). Vorliegend hat ein solcher Abgleich mit den DNA-Spuren, die am Tatort sichergestellt worden waren, stattgefunden und wurden von beiden Berufungsklägern an je einem Stein DNA-Hauptprofile gefunden (Akten S. 139 ff.).

3.2.2 Art. 255-258 StPO enthalten Bestimmungen zu den DNA-Analysen. Art. 259 StPO erklärt im Übrigen das Bundesgesetz über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekanntem oder vermissten Personen (DNA-Profil-Gesetz [SR 363]) für anwendbar. Dieses Gesetz bezweckt insbesondere die Verbesserung der Effizienz der Strafverfolgung, indem (1) namentlich mit Hilfe des Vergleichs von DNA-Profilen verdächtige Personen identifiziert und weitere Personen vom Tatverdacht entlastet werden, (2) durch systematische Auswertung biologischen Materials

Tatzusammenhänge und damit insbesondere organisiert operierende Tätergruppen sowie Serien- und Wiederholungstäter rascher erkannt werden und (3) die Beweisführung unterstützt wird (Art. 1 Abs. 2 lit. a DNA-Profil-Gesetz; vgl. dazu auch BGer 1B_381/2015 vom 23. Februar 2016 E. 2.1).

3.2.3 Die Erhebung von tatrelevantem biologischem Material am Tatort stellt ■ soweit sie nicht im Rahmen einer Durchsuchung oder Untersuchung nach Art. 241-254 StPO erfolgt ■ keine Zwangsmassnahme dar. Die Sicherung von DNA ab Gegenständen am Tatort im Rahmen der Spurensicherung ist insoweit unproblematisch. Fraglich ist, inwieweit solche Spuren ausgewertet werden dürfen bzw. mit welchem Material ein Abgleich zulässig ist. Gegenstand von Art. 255 Abs. 1 lit. d StPO ist somit die Analyse bzw. Auswertung deliktsrelevanter Spuren (Fricker/Maeder, a.a.O., Art. 255 StPO N 18). Für die Analyse des DNA-Profiles bzw. dessen Aufnahme in das DNA-Profil-Informationssystem verweist Art. 259 StPO auf Art. 8 ff. des DNA-Profil-Gesetzes (BGer 1B_277/2013 vom 15. April 2014 E. 4.3.2).

E. 3.3

3.3.1 Ob ein Abgleich von Tatortspuren mit vorhandenen DNA-Profilen in der DNA-Datenbank zulässig ist, wird in der Lehre kritisch hinterfragt. Es wird teilweise damit argumentiert, es handle sich dabei um «fishing expeditions» (vgl. dazu beispielsweise Ruckstuhl/Dittmann/Arnold, Strafprozessrecht, Zürich 2011, N 779). Das Bundesgericht lässt den Abgleich aber zu. Es hat sich dazu in einem einschlägigen Fall (BGer 6P.96/2005 und 6S.273/2005 vom 10. Februar 2006 E. 3) schon vor Geltung der eidgenössischen Strafprozessordnung deutlich geäussert: «Der Beschwerdeführer () behauptet bloss, beim vorgenommenen Vergleich der DNA-Profile handle es sich um einen sog. «Cold Hit», der aufgrund einer unzulässigen Beweisausforschung ohne konkreten Tatverdacht erfolgt sei. Soweit sich diese Argumentation dagegen richtet, dass die auf dem Stein gefundene DNA-Spur in die DNA-Datenbank eingegeben wurde, um den Täter zu identifizieren, verkennt sie die Funktion dieses Informationssystems. Es bezweckt nach Art. 4 Abs. 2 EDNA-Verordnung (VO vom 31. Mai 2000 über das DNA-Profil-Informationssystem, SR 361.1), noch unbekannte Straftäter durch Vergleich von erkennungsdienstlich erhobenen DNA-Profilen mit solchen aus biologischen Tatspuren zu ermitteln (vgl. auch BGE 128 II 259 E. 2.3 S. 266). Es liegt damit in der Natur der Sache, dass in diesem Stadium noch kein Tatverdacht gegen eine bestimmte, sondern nur gegen eine unbekannte Person verlangt werden kann. Im Zeitpunkt des Vergleichs der DNA-Profile bestand jedenfalls ein Tatverdacht gegen die damals noch unbekannte Person, die auf dem Stein eine DNA-Spur zurückgelassen hatte. Von der vom Beschwerdeführer behaupteten «fishing expedition» kann deshalb nicht Rede sein».

3.3.2 Das Bundesgericht hat im selben Entscheid im Übrigen die Auffassung vertreten, dass sich an der Zulässigkeit dieses Vorgehens selbst dann nichts geändert hätte, wenn die Aufbewahrung des früher erstellten DNA-Profiles rechtswidrig gewesen sein sollte: «Die Verwertung des rechtswidrig erhobenen DNA-Profiles scheidet demnach nur aus, wenn die Interessen des Beschwerdeführers jenen der Strafverfolgung vorgehen. Das Kantonsgericht verneint dies, da die verübte Brandstiftung ein gemeingefährliches Delikt darstelle und der verursachte Sachschaden sehr gross gewesen sei. Überdies stütze sich die Verurteilung neben dem DNA-Profil noch auf andere Beweismittel bzw. Indizien. Demgegenüber habe der seinerzeit unrechtmässig erfolgte Wangenschleimhautabstrich nur einen marginalen Grundrechtseingriff bewirkt. () Tatsächlich ist sie im Lichte der Rechtsprechung (vgl. BGE

131 I 272 E. 5.1) nicht zu beanstanden. Selbst wenn auch die Aufbewahrung des DNA-Profiles rechtswidrig gewesen sein sollte (), hätte dessen spätere Verwendung keine Verletzung von Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV, SR 101) und Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) zur Folge. Die Beschwerde erweist sich daher als unbegründet, soweit sie sich gegen die Verwertung des DNA-Profiles richtet».

3.3.3 Auch nach Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung ■ welche durch das DNA-Profil-Gesetz ergänzt wird (vgl. dazu schon E. 3.2.2) ■ muss diese Rechtsprechung im Grundsatz Geltung beanspruchen. Dies ergibt sich schon aus der Zielsetzung des DNA-Profil-Gesetzes, die generell die verbesserte Effizienz der Strafverfolgung, die Entlastung Unschuldiger sowie die Erkennung von Tatzusammenhängen, mitunter also auch präventive Zwecke, umfasst. Das zunächst probeweise eingeführte DNA-Profil-Informationssystem (heute DNA-Datenbank) sollte gemäss der entsprechenden EDNA-Verordnung namentlich den Vergleich von DNA-Profilen aus erkennungsdienstlich erhobenen Wangenschleimhautabstrichen (WSA) mit DNA-Profilen aus biologischen Tatortspuren ermöglichen (Art. 4 Abs. 2 EDNA). Dabei war offenbar schon von Anbeginn keine Beschränkung des Abgleichs auf Spuren von tatverdächtigen Personen vorgesehen, wie aus einem Leitentscheid aus dem Jahr 2002 hervorgeht (BGE 128 II 259 E. 2.3 und E. 3.3 S. 266 f. und S. 269 f.): «Ins Informationssystem werden nur DNA-Profile von Personen aufgenommen, die wegen einer in Art. 5 Abs. 1 EDNA-Verordnung aufgelisteten Straftat unter Verdacht stehen oder verurteilt worden sind bzw. von Tatortspuren solcher Straftaten. () Die Strafverfolgungs- oder Polizeibehörde, welche die Vergleichsprobe oder die Tatortspur erhoben hat, sendet diese mit einer Prozesskontrollnummer versehen einem vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement anerkannten Institut für Rechtsmedizin. Gleichzeitig übermittelt sie die Prozesskontrollnummer mit den bekannten Personalien oder den Tatortangaben den für das erkennungsdienstliche DNA-Profil-Informationssystem verantwortlichen AFIS Services, d.h. dem Dienst, der das Automatisierte Fingerabdruck-Identifizierungssystem betreut (Art. 4 Abs. 1 und Art. 11 Abs. 1 EDNA-Verordnung). Das Institut für Rechtsmedizin erstellt das DNA-Profil und sendet es mit der Prozesskontrollnummer an die Koordinationsstelle zur Eingabe in das Informationssystem und zur Prüfung der Übereinstimmung mit den darin enthaltenen DNA-Profilen (Abgleichung). Die Kontrollstelle teilt das Ergebnis der Abgleichung den AFIS Services mit. (). Die Bearbeitung der weiteren Personen- und Spurendaten sowie Tatortangaben erfolgt zusammen mit den Prozesskontrollnummern im informatisierten Personennachweis-, Aktennachweis- und Verwaltungssystem (IPAS) des Bundesamtes für Polizei. () Zwar muss der Betroffene bei einer Registrierung seines DNA-Profiles in der Datenbank damit rechnen, aufgrund einer späteren Abgleichung allenfalls wieder in ein Strafverfahren verwickelt zu werden. Dies ist jedoch auch bei der Aufbewahrung erkennungsdienstlicher Unterlagen wie etwa Fotografien der Fall. Im Gegensatz zu einer Fotografie, bei welcher die registrierte Person bloss aufgrund einer gewissen Ähnlichkeit wieder in ein Strafverfahren hineingezogen werden kann, erlaubt der Vergleich von DNA-Profilen praktisch sichere Aussagen hinsichtlich einer allfälligen Übereinstimmung».

3.3.4 Dieses umfassende Verständnis ergibt sich auch aus der seither gefestigten Praxis des Bundesgerichts, wonach die Erstellung eines DNA-Profiles auch zur Aufklärung von noch unbekanntem oder gar künftigen Delikten zulässig ist. So hat sich das Bundesgericht auch in jüngster Zeit wiederholt mit der Rechtmässigkeit der Erstellung und Verwertung von

DNA-Profilen befasst und speziell die Frage des erforderlichen Tatverdachts ■ wie sie von der Verteidigung in casu aufgeworfen wird (vgl. dazu E. 3.1) ■ erörtert. In einem aktuellen Leitentscheid (BGE 145 IV 263) hatte der Verteidiger unter Bezugnahme auf BGE 141 IV 87 geltend gemacht, da ein konkretes Delikt fehle, bestehe auch kein hinreichender Tatverdacht, wie ihn Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO für Zwangsmassnahmen voraussetze. Das Bundesgericht hat klargestellt, dass ein «hinreichender Tatverdacht» jedenfalls in Bezug auf künftige Straftaten nicht verlangt werden kann (BGE 145 IV 263 E. 3.3 S. 265 ff.): «Gemäss Art. 255 Abs. 1 lit. a StPO kann von der beschuldigten Person zur Aufklärung eines Verbrechens oder eines Vergehens eine Probe genommen und ein DNA-Profil erstellt werden. Aus diesem Wortlaut könnte zwar abgeleitet werden, ein solches Vorgehen sei nur möglich zur Abklärung bereits begangener und den Strafverfolgungsbehörden bekannter Delikte, deren die beschuldigte Person verdächtigt wird. Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung, an welcher der vom Beschwerdeführer zitierte BGE 141 IV 87 nichts Grundsätzliches geändert hat, entspricht eine derartige enge Auslegung jedoch nicht Sinn und Zweck der Bestimmung. Wie aus Art. 259 StPO in Verbindung mit Art. 1 Abs. 2 lit. a des DNA-Profil-Gesetzes () klarer hervorgeht, muss die Erstellung eines DNA-Profiles es 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». Das Bundesgericht verweist auf seine Rechtsprechung, wonach die als lediglich leichter Grundrechtseingriff zu qualifizierende Erstellung eines DNA-Profiles (BGE 144 IV 127 E. 2.1 S. 132 f., 134 III 241 E. 5.4.3 S. 247, 128 II 259 E. 3.3 S. 269 f.), wenn dieses nicht der Aufklärung der Straftaten eines laufenden Strafverfahrens dient, dann verhältnismässig ist, wenn erhebliche und konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Beschuldigte in andere ■ auch künftige ■ Delikte verwickelt sein könnte. Dabei muss es sich allerdings um Delikte von einer gewissen Schwere handeln. Zu berücksichtigen sei auch, ob die beschuldigte Person vorbestraft sei. Treffe dies nicht zu, schliesse das die Erstellung eines DNA-Profiles jedoch nicht aus, sondern fliesse als eines von vielen Kriterien in die Gesamtabwägung ein und sei entsprechend zu gewichten (BGE 145 IV 263 E. 3.4 S. 267 f. mit Hinweis auf BGE 141 IV 87 E. 1.3 und 1.4 S. 90 ff. sowie BGer 1B_13/2019 und 1B_14/2019 vom 12. März 2019 jeweils E. 2.2, 1B_244/2017 vom 7. August 2017 E. 2.2 und 1B_274/2017 vom 6. März 2017 E. 2.1). Zusammenfassend hält das Bundesgericht fest (BGE 145 IV 263 E. 3.4 S. 267 f.): «Dass es bezüglich allfälliger künftiger Straftaten keinen hinreichenden Tatverdacht im Sinne von Art. 197 Abs. 1 StPO geben kann, steht der Erstellung eines DNA-Profiles im Hinblick auf derartige Delikte demnach nicht entgegen. Ein solcher Verdacht muss zwar hinsichtlich der Tat bestehen, die Anlass zur Probenahme oder Profilerstellung gibt (vgl. Schmid/Jositsch, Praxiskommentar StPO, N. 2 zu Art. 255 StPO). In Bezug auf allfällige künftige Straftaten genügen aber Anhaltspunkte im genannten Sinn».

3.3.5 Das Bundesgericht hat es in einem jüngeren Entscheid (in diesem Fall ging es nicht um einen «Cold Hit», der Abgleich mit dem früher erstellten DNA-Profil wurde vielmehr aufgrund eines Tatverdachts gegen eine bestimmte Person veranlasst) offengelassen, ob im Lichte der neuen Strafprozessordnung ein früher erstelltes DNA-Profil, das eigentlich hätte gelöscht sein müssen (und insoweit nicht mehr rechtmässig existierte), in zumindest analoger Anwendung von Art. 141 StPO einem Verwertungsverbot unterliege (BGer 6B_299/2012 vom 20. September 2012 E. 1.3.2, 1.4).

E. 3.4

3.4.1 Aus den zitierten Entscheiden erhellt, dass sich das Bundesgericht klar zur grundsätzlichen Zulässigkeit von «Cold Hits» bekennt. Es hat in den einschlägigen Entscheiden zutreffend verneint, dass es um eine «fishing expedition» geht und ebenfalls zu Recht den Vergleich zur Aufbewahrung anderer erkennungsdienstlicher Unterlagen gezogen. Wie mitunter im vorstehend zitierten Leitentscheid BGE 145 IV 263 festgehalten wird, bedarf es für die Erstellung eines DNA-Profiles über eine beschuldigte Person eines hinreichenden Tatverdachts, zu dessen Abklärung die Erstellung eines DNA-Profiles geboten ist, oder aber erheblicher und konkreter Anhaltspunkte dafür, dass die beschuldigte Person in vergangene oder auch künftige Delikte verwickelt sein könnte. Erfolgt die DNA-Entnahme und Erstellung eines DNA-Profiles unter diesen Voraussetzungen, so erweist sie sich als verhältnismässig und darf demnach auch zu präventiven Zwecken erfolgen, vorausgesetzt, es handelt sich bei den befürchteten künftigen Delikten um solche von einer gewissen Schwere (BGE 145 IV 263 E. 3.4 S. 267 f.; vgl. dazu auch AGE BES.2018.73 vom 14. August 2019 E. 4.1.3 und 4.2.1). Unter diesen Prämissen ist in casu zu prüfen, ob die Erstellung eines DNA-Profiles in den anderen gegen die Berufungskläger geführten Verfahren rechters war. Trifft dies zu, erübrigt sich die allenfalls weiter zu stellende Frage, ob selbst unrechtmässig erstellte Profile verwendbar bleiben könnten.

3.4.2 Aus den durch die Verfahrensleiterin mit Verfügung vom 5. September 2019 eingeholten Akten aus dem Kanton [...] geht hervor, dass A_____ mit Urteil des Bundesgerichts vom 31. Mai 2018 wegen Landfriedensbruchs gemäss Art. 260 Abs. 1 des Strafgesetzbuches (StGB, SR 311.0) rechtskräftig zu einer bedingt vollziehbaren Geldstrafe von 60 Tagessätzen (Probezeit zwei Jahre) verurteilt worden ist. Mit dem Entscheid wurde das vorinstanzliche Urteil des [...] vom 14. September 2017 bestätigt, wobei die dagegen erhobene Beschwerde als zum vornherein aussichtslos bezeichnet wurde. Demgemäss ist erstellt, dass A_____ am

E. 4

4.1 Beide Berufungskläger haben während des gesamten Strafverfahrens von ihrem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht und sich auf Art. 113 Abs. 1 StPO berufen (Akten S. 2 ff., 32 ff., 95 ff., 100 ff., 626 ff., 964 ff.). C_____ hat anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung betreffend seine Person bloss zu Protokoll gegeben, dass er [...] und [...] arbeite, wo er etwas verdiene, dass er den Lohnausweis schon eingereicht und dass er keine Unterstützungspflichten habe (Akten S. 626).

E. 4.2

4.2.1 Gemäss dem im Strafprozessrecht allgemein anerkannten, in Art. 113 StPO kodifizierten Grundsatz «nemo tenetur se ipsum accusare», der in Art. 14 Ziff. 3 lit. g des UNO-Pakts II grundrechtlich verankert ist und auch aus Art. 6 Ziff. 1 der EMRK abgeleitet wird, ist im Strafverfahren niemand gehalten, zu seiner eigenen Belastung beizutragen. Der Beschuldigte ist nicht zur Aussage verpflichtet. Vielmehr berechtigt ihn sein Aussageverweigerungsrecht zu schweigen, ohne dass ihm daraus Nachteile erwachsen dürfen (vgl. dazu BGE 142 IV 207 E. 8.2 und 8.3 S. 214 f., 138 IV 47 E. 2.6.1 S. 51 f.; BGer 6B_1007/2018 vom 14. November 2019 E. 1.4.3, 6B_90/2019 vom 7. August 2019 E. 5.3.2, 6B_440/2018 vom 4. Juli 2018 E. 2.3.2; Wohlers, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur StPO, 2. Auflage, Zürich 2014, Art. 10 N 35; eingehend Schläuri, Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren, Zürich 2003, S. 317 ff.).

Entsprechend muss ein Schweigen des Beschuldigten grundsätzlich neutral registriert werden und darf auch ein zeitweises oder teilweises Schweigen nicht in jedem Fall schuldindizierend gewürdigt werden (BGer 6B_941/2013 vom 18. September 2014 E. 1.4, 6B_466/2012 vom 8. November 2012 E. 2.3). Allerdings steht der «nemo tenetur»-Grundsatz in gewissem Mass im Widerstreit mit dem strafprozessualen Interesse an der Erforschung der materiellen Wahrheit. Wie das Bundesgericht in zwei jüngeren Leitentscheiden festgehalten hat, gilt das Selbstbelastungsprivileg auch nach der Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) denn auch nicht absolut: «Das Strafprozessrecht dient dazu, auf eine faire Weise die Wahrheitsfindung zu ermöglichen. (). Es ist eine differenzierte Abwägung vorzunehmen zwischen [den] grundrechtlich garantierten Verfahrensrechten und dem öffentlichen Interesse (sowie gegebenenfalls demjenigen von geschädigten Personen) an einer effizienten strafprozessualen Wahrheitserforschung. Dabei ist ein angemessener Ausgleich der divergierenden Interessen anzustreben, was sachgerechte Anpassungen der nemo tenetur-Regeln an die jeweiligen konkreten Verhältnisse des Falles zulässt bzw. sogar gebietet» (BGE 142 IV 207 E. 8.4 S. 216, 140 II 384 E. 3.3.5 S. 393 f.).

4.2.2 In Bezug auf die Bedeutung von Schweigen ist zu beachten, dass die Gesamtheit der Aussagen eines Beschuldigten der richterlichen Beweiswürdigung unterliegt und diesem sein gesamtes Aussageverhalten allenfalls zum Nachteil gereichen kann (BGer 6B_1064/2015 vom 6. September 2016 E. 2.4.1). Das Bundesgericht schliesst daraus ■ wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat ■ dass bei der Würdigung des Aussageverhaltens jedenfalls berücksichtigt werden darf, wenn ein Beschuldigter von seinem Schweigerecht nur punktuell Gebrauch macht, insbesondere, wenn der Beschuldigte etwas nicht erklärt, was er erklären könnte (und müsste), um einen naheliegenden Verdacht zu entkräften (vgl. dazu BGer 1P.641/2000 vom 24. April 2001 E. 3; wiederholt in BGer 6B_1009/2017 vom 26. April 2018 E. 1.4.2, 6B_825/2014 vom 30. Oktober 2014 E. 3.2, 6B_941/2013 vom 18. September 2014 E. 1.4, 6B_466/2012 vom 8. November 2012 E. 2.3). So hat es das Bundesgericht in einem jüngeren Entscheid aus dem Jahr 2018 explizit für «zutreffend» erklärt, dass der «nemo tenetur»-Grundsatz «seine Grenzen [finde], wenn sich ein Beschuldigter weigere, zu seiner Entlastung erforderliche Angaben zu machen, obschon eine Erklärung angesichts der belastenden Beweiselemente vernünftigerweise erwartet werden dürfe» (BGer 6B_1009/2017 vom 26. April 2018 E. 1.4.2).

4.2.3 Während dies in Fällen selektiven Schweigens uneingeschränkt gilt, scheint nicht ganz klar, ob das Bundesgericht diese Schlussfolgerung auch bei umfassendem Schweigen zulässt. So betreffen die zitierten Entscheide jeweils Konstellationen, in welchen sich der Beschuldigte grundsätzlich auf das Verfahren eingelassen und teilweise Angaben zum Sachverhalt gemacht hat. Das Bundesgericht formuliert denn auch in einem jüngeren Entscheid eher zurückhaltend: «Äussert sich ein Beschuldigter zu einem bestimmten Tatgeschehen und bringt er gewisse Tat- oder Begleitumstände nicht vor, darf dieses sogenannte teilweise Schweigen in die Beweiswürdigung einfließen» (BGer 6B_440/2018 vom 4. Juli 2018 E. 2.3.2). Im vorstehend zitierten Entscheid vom 26. April 2018 drückt sich das Bundesgericht aber weniger einschränkend aus und weist lediglich darauf hin, die Grenzen des «nemo tenetur»-Grundsatzes gälten «insbesondere, wenn der Beschuldigte vom Schweigerecht nur punktuell Gebrauch mache» (BGer 6B_1009/2017 vom 26. April 2018 E. 1.4.2). Wie es sich nun bei gänzlichem Schweigen in einer solchen Konstellation mit belastenden Beweismitteln, die nach einer Erklärung ■ des Beschuldigten ■ verlangen,

verhält, ist damit nicht abschliessend beantwortet, zumal aus der gewählten Formulierung des Bundesgerichts geschlossen werden muss, dass es offenbar auch Fälle umfassenden Schweigens gibt, bei denen die erwähnte Schlussfolgerung zulässig ist. Immerhin hat das Bundesgericht im bereits erwähnten Leitentscheid von 2014 unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EGMR und auf eigene frühere Entscheide (BGer 6B_439/2010 vom 29. Juni 2010 E. 5.3 und 6B_571/2009 vom 28. Dezember 2009 E. 3.2) festgehalten, dass «die Verpflichtung, eine Tatsache bekannt zu geben, nicht immer bereits eine unzulässige Selbstanschuldigung bedeutet» und dass es zulässig sei, wenn etwa ein Fahrzeughalter unter Strafandrohung zur Angabe des zur Tatzeit verantwortlichen Lenkers verpflichtet werde (BGE 140 II 384 E. 3.3.3 S. 391 f.). Anzumerken ist, dass das Bundesgericht sowohl in BGE 142 IV 207 als auch in BGE 140 II 384 eine Unterscheidung zwischen natürlichen und juristischen Personen macht und bei ersteren eher strengere Massstäbe an die Einhaltung des «nemo tenetur»-Grundsatzes anlegt. Es weist dabei auf den Umstand hin, dass der Grundsatz bei natürlichen Personen auch einen Ausfluss aus der Menschenwürde bilde (BGE 140 II 384 E. 3.3.4 S. 392 f.).

E. 4.3

4.3.1 Im vorliegenden Verfahren geht es insbesondere darum, ob bzw. wie es zu bewerten ist, dass die Berufungskläger keine Angaben dazu gemacht haben, wie ihre DNA auf die beim E_____ aufgefundenen Steine gelangt ist. Die an den Steinen gefundenen DNA-Hauptprofile der Berufungskläger legen in Kombination mit dem Fundort den Schluss nahe, dass die Berufungskläger anlässlich der Demonstration die Steine in die Hand genommen und als Wurfgeschosse verwendet haben. Daraus folgert die Vorinstanz einerseits, dass die Berufungskläger an den Sachbeschädigungen auf dem E_____ -Areal beteiligt waren, andererseits betrachtet das Strafgericht dies wiederum als Indiz dafür, dass die Berufungskläger bereits an der vorangehenden Demonstration teilgenommen hatten (vorinstanzliches Urteil S. 14). Dieses belastende Beweiselement wäre grundsätzlich einer alternativen Erklärung durch die Berufungskläger, welche in der Folge vom Gericht zu würdigen wäre, zugänglich.

4.3.2 Der Berufungskläger 1 lässt eine derartige alternative Erklärung durch seinen Verteidiger vorbringen. Anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung hat dieser ausgeführt, es gäbe «unzählige, mindestens gleich wahrscheinliche Erklärungen dafür, wie die DNA auf den Stein gekommen sein könne». So sei es «vorstellbar, dass [A_____] bei einem Spaziergang auf den Boden spuckte, urinierte oder den Stein einem Kollegen aus der Hand nahm oder ihn bei anderem Anlass in der Hand hatte» (Akten S. 630). In der Berufungsbegründung führt der Verteidiger aus, es könne aufgrund des DNA-Hits an einem Stein nicht zu Ungunsten von A_____ davon ausgegangen werden, «dass er mit dem Stein eine Scheibe oder Werbesäule kaputt machte, auch nicht, dass er zuvor an einer Demonstration teilnahm, oder bei einer Eskalation am Bässlergut dabei war». Es sei «genauso gut () möglich, dass A_____ einer Person diesen Stein aus der Hand nahm, als eine Person des Schwarzen Blocks diesen zum Werfen benutzen wollte» (Akten S. 828). C_____ lässt seine Verteidigerin ausführen, es gäbe «hunderte Szenarien» (Akten S. 631) bzw. es gäbe «unzählige Möglichkeiten und Szenarien, wie und wann die DNA-Spur des Berufungsklägers auf den besagten Stein kommen konnte». Es sei auch beim nicht aus der Region stammenden C_____ «nicht auszuschliessen, dass er sich bereits vor dem 18. September 2015 schon einmal in Basel und in der Nähe des E_____ Einkaufszentrums aufgehalten haben könnte». Ein Verwischen der Spur für den Fall einer solchen früheren

Anbringung «hätte in einem Labor überprüft werden müssen» (Akten S. 772).

4.3.3 Die Frage, welche Auswirkungen der «nemo tenetur»-Grundsatz bei vollständigem Schweigen hat, muss für den vorliegenden Fall nicht grundsätzlich beantwortet werden. Das Schweigen der Berufungskläger führt dazu, dass keine Aussagen von ihnen als Beweismittel vorliegen, was hinzunehmen und zu respektieren ist. Insoweit trifft es zu, dass das Gericht auf keine Aussagen ■ und in diesem Sinn auch nicht auf ein Aussageverhalten ■ der Berufungskläger abstellen darf. Dass diese den ganzen Prozess hindurch keinerlei Angabe zur Sache gemacht haben, darf mit anderen Worten nicht per se als Indiz dafür betrachtet werden, dass sie sich der vorgehaltenen Tatvorwürfe tatsächlich schuldig gemacht haben. Der vollständige Verzicht auf Aussagen kann aber auch nicht dazu führen, dass das Gericht von sich aus alle möglichen bzw. denkbaren Alternativszenarien erforschen und annehmen müsste, um die naheliegenden Schlüsse, die aus den vorhandenen Beweismitteln zu ziehen sind, möglichst zu widerlegen. Durch ihr Schweigen zu Beweismitteln, die belastende Indizien darstellen ■ das ist hier bei den DNA-Spuren am Tatort bzw. dem Tatmittel der Fall ■ liefern die Berufungskläger zwar keine eigenen Anhaltspunkte für die Sachverhaltsaufklärung. Sie hindern das Gericht aber nicht daran, die vorhandenen Beweismittel bzw. Indizien nach den allgemeinen, nachfolgend kurz in Erinnerung zu rufenden Regeln zu würdigen.

E. 4.4

4.4.1 Gemäss der in Art. 32 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 2 EMRK bzw. Art. 10 StPO verankerten Unschuldsvermutung und dem daraus abgeleiteten Grundsatz «in dubio pro reo» darf dem Angeklagten ein Sachverhalt nur dann angelastet werden, wenn dieser mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erstellt ist. Dabei darf sich das Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung nicht von einem für den Angeklagten ungünstigen Sachverhalt überzeugt erklären, wenn bei objektiver Betrachtung ernsthafte Zweifel daran bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat. In Art. 10 Abs. 3 StPO ist die Rede von «unüberwindlichen» Zweifeln. Bloss abstrakte und theoretische Zweifel sind freilich nicht massgebend. Vielmehr muss genügen, wenn das Beweisergebnis aus Sicht eines besonnenen und lebenserfahrenen Beobachters über jeden vernünftigen Zweifel erhaben ist; insbesondere genügt es, wenn die verschiedenen Indizien in ihrer Gesamtheit beweisbildend sind (zum Ganzen: BGE 144 IV 345 E. 2.2.3 S. 348 ff., 138 V 74 E).

E. 7

Gemäss Art. 126 Abs. 1 lit. b StPO entscheidet das Gericht über die anhängig gemachte Zivilklage, wenn es die beschuldigte Person freispricht und der Sachverhalt spruchreif ist. Den beiden Berufungsklägern kann gemäss Beweisergebnis (vgl. dazu E. 5.4.1) eine Beteiligung an den Sachbeschädigungen beim E____-Shoppingcenter nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden. Demgemäss kann der Nachweis der Kausalität nach dem im Zivilrecht massgebenden Regelbeweismass der mit an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit (vgl. dazu Berger-Steiner, Das Beweismass im Privatrecht, Diss. Bern 2008, N 06.71 ff.; Lardelli/Vetter, in: Basler Kommentar, 6. Auflage 2018, Art. 8 ZGB N 17) nicht erbracht werden. Damit muss nicht länger über die gerügte Substantiierung des Schadens bzw. das kritisierte Regressrecht des Versicherers (Art. 72 des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag [VVG, SR 221.229.1]) referiert werden und sind die Zivilforderungen der Privatklägerschaft abzuweisen.

E. 8

8.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind den Berufungsklägern weder für das erst- noch für das zweitinstanzliche Verfahren Kosten aufzuerlegen (Art. 426 Abs. 1 bzw. Art. 428 Abs. 1 StPO).

8.2 A_____ ist für die erste Instanz, als er noch privat verteidigt war, aus der Gerichtskasse eine angemessene Entschädigung für seine Verteidigungskosten zuzusprechen (Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO). Der von seinem Verteidiger in der Honorarnote vom 9. Februar 2017 geltend gemachte Zeitaufwand erscheint angemessen und ist neben Auslagen und Mehrwertsteuer zum Stundenansatz von CHF 250.■ (Advokat) bzw. CHF 180.■ (Volontärin) zu vergüten. Für den genauen Betrag wird auf das Urteilsdispositiv verwiesen. Hinsichtlich der Entschädigung der bereits vor erster Instanz als amtliche Verteidigerin von C_____ fungierenden D_____, wurde kein Rückforderungsvorbehalt verfügt, sodass sich weitere Ausführungen erübrigen.

8.3 Für die zweite Instanz ist den amtlichen Verteidigern, B_____ und D_____, eine Entschädigung gemäss ihrer jeweiligen Aufstellung, zuzüglich vier Stunden für die heutige Hauptverhandlung (inklusive Nachbesprechung), aus der Gerichtskasse auszurichten. Für die genauen Beträge wird auf das Urteilsdispositiv verwiesen.

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