

# **SZ\_GERICHTE BEK 2023 30 vom 7. September 2023**

SZ Gerichte, 2023-09-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sz\\_gerichte\\_BEK\\_2023\\_30](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sz_gerichte_BEK_2023_30)

FR: SZ\_GERICHTE BEK 2023 30 du 7 septembre 2023

IT: SZ\_GERICHTE BEK 2023 30 del 7 settembre 2023

## **Regeste**

DNA-Profilerstellung und erkennungsdienstliche Erfassung | Zwangsmassnahmen/übrige Zwangsmassnahmen

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Staatsanwaltschaft führt gegen den Beschwerdeführer ein Strafverfahren wegen Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz (Art. 19 Abs. 1 BetmG), Fahrens in fahrunfähigem Zustand (Art. 91 Abs. 2 lit. b SVG) sowie Widerhandlung gegen das Waffengesetz (Art. 33 Abs. 1 WG). Der Beschwerdeführer wird verdächtigt, im Zeitraum vom 30. Juli 2015 bis 18. Oktober 2021 mit Drogen gehandelt, Marihuana konsumiert und unter Drogeneinfluss ein Motorfahrzeug geführt zu haben. Ausserdem wird er verdächtigt, zwischen dem 13. Juni 2020 und dem 14. Juni 2020 drei Soft-Air-Waffen ohne Bewilligung transportiert zu haben (angefochtene Verfügung, Betreff und E. 1; U-act. 9.0.001 und 9.0.003). Nachdem die Polizei die erkennungsdienstliche Erfassung des Beschwerdeführers sowie einen Wangenschleimhautabstrich (WSA) angeordnet (U-act. 1.1.002) und der Beschwerdeführer sich dieser verweigert hatte (angefochtene Verfügung, E. 2), ordnete die Staatsanwaltschaft mit Verfügung vom 24. Februar 2023 die nicht invasive Probeentnahme zwecks DNA-Analyse, die Erstellung eines DNA-Profiles sowie die Dokumentierung der Körpermerkmale und Abdrücke identifizierender Körperteile an. Für den Fall der Weigerung des Beschwerdeführers ordnete die Staatsanwaltschaft den Vollzug der Massnahmen unter Anwendung verhältnismässiger Gewalt an. Zudem beauftragte sie die Kantonspolizei Schwyz, den WSA des Beschwerdeführers dem Institut für Rechtsmedizin der Universität Zürich zuzustellen mit dem Auftrag, ein DNA-Profil zu erstellen und dieses in die DNA-Datenbank aufzunehmen. Gegen diese Verfügung erhob der Beschwerdeführer am 9. März 2023 rechtzeitig Beschwerde mit den Anträgen, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zulasten der Beschwerdegegnerin, und es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (KG-act. 1, S. 2). Die Staatsanwaltschaft verwies in ihrer Beschwerdeantwort vom 13. März 2023 auf die Begründung der angefochtenen Verfügung sowie die Untersuchungsakten und beantragte die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde (KG-act. 4). Mit

Kantonsgericht Schwyz 3 Eingabe vom 5. April 2023 ersuchte der Beschwerdeführer erneut um Gewährung der aufschiebenden Wirkung seiner Beschwerde (KG-act. 7), woraufhin der Beschwerde mit Verfügung vom 21. April 2023 die aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde (KG-act. 12).

### **E. 2**

Bei den dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Verstössen gegen Art. 19 Abs. 1 BetmG, Art. 91 Abs. 2 lit. b SVG sowie gegen Art. 33 Abs. 1 WG handelt es sich angesichts deren abstrakten Strafandrohungen (Freiheits- strafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe) um Vergehen im Sinne Art. 10 Abs. 3 StGB. Zu deren Aufklärung kann gemäss Art. 255 Abs. 1 lit. a StPO von der beschuldigten Person eine Probe genommen und ein DNA-Profil erstellt werden. Ein solches Vorgehen ist nach der Praxis des Bundesgerichts nicht nur zur Untersuchung bereits begangener und den Strafverfolgungs- behörden bekannter Delikte möglich, deren die beschuldigte Person verdäch- tigt wird, sondern auch zur Aufklärung von den Strafbehörden noch unbekann- ten vergangenen oder zukünftigen Delikten. Das DNA-Profil kann sowohl Irr- tümer bei der Identifikation einer Person und die Verdächtigung Unschuldiger verhindern als auch präventiv wirken und so zum Schutz Dritter beitragen. Art. 255 StPO ermöglicht indes keine routinemässige (invasive) Entnahme von DNA-Proben resp. deren generelle Analyse (zum Ganzen: BGE 147 I 372, E. 2.1; BGE 145 IV 263, E. 3.3, m.w.H.; zur Publikation vorgesehene Urteil des Bundesgerichts 6B\_911/2021 vom 19. Juni 2023, E. 3.3; Urteil des Bun- desgerichts 1B\_336/2019 vom 3. Dezember 2019, E. 3.1; vgl. auch Schmid/ Jositsch, Schweizerische Strafprozessordnung Praxiskommentar, 3. A. 2018, Art. 255 StPO N 2). Diese Ausführungen gelten gleichermassen für die erken- nungsdienstliche Erfassung im Sinne von Art. 260 Abs. 1 StPO, mit dem Un- terschied, dass diese auch für Übertretungen angeordnet werden kann (BGE 147 I 372, E. 2.1), wie etwa gemäss Art. 19a Ziff. 1 BetmG i.V.m. Art. 103 StGB für den eigenen Konsum von Betäubungsmitteln resp. damit einhergehenden Widerhandlungen im Sinne von Art. 19 BetmG.

Kantonsgericht Schwyz 4 Erkennungsdienstliche Massnahmen und die Aufbewahrung der Daten kön- nen das Recht auf persönliche Freiheit bzw. körperliche Integrität nach Art. 10 Abs. 2 BV sowie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 13 Abs. 2 BV berühren. Das Bundesgericht beurteilte solche Eingriffe in die per- sönliche Freiheit bzw. körperliche Integrität sowie die informationelle Selbst- bestimmung bisher als leicht (BGE 145 IV 263, E. 3.4, m.w.H.; Urteil des Bun- desgerichts 1B\_336/2019 vom 3. Dezember 2019, E. 3.2) und lässt in der neuesten Rechtsprechung offen, ob der Eingriff in die informationelle Selbst- bestimmung allenfalls als schwer zu beurteilen ist (BGE 147 I 372, E. 2.3.1 und 2.3.3). Einschränkungen von Grundrechten bedürfen jedenfalls einer ge- setzlichen Grundlage und müssen durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sowie verhältnismässig sein (Art. 36 BV; BGE 145 IV 263, E. 3.3, m.w.H.; zur Publikation vorgesehene Urteil des Bundesgerichts 6B\_911/2021 vom 19. Juni 2023, E. 3.3). Nach Art. 197 Abs. 1 StPO können Zwangsmass- nahmen nur ergriffen werden, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind (lit. a), 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). Keinen hinreichenden Tatverdacht i.S.v. Art. 197 Abs. 1 StPO kann es im Hinblick auf künftige Straf- taten geben. Dies steht der Erstellung eines DNA-Profiles für derartige Delikte nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jedoch nicht entgegen (BGE 145 IV 263, E. 3.4; vgl. Schmid/Jositsch, a.a.O., Art. 255 StPO N 2). Ein hinreichender Tatverdacht muss in Bezug auf diejenige Tat bestehen, die An- lass zur Probenahme oder zur Profilerstellung gibt. Aufgrund der Rechtspre- chung genügen für allfällige künftige Straftaten hingegen erhebliche und kon- krete Anhaltspunkte dafür, dass die beschuldigte Person in andere – auch künftige – Delikte einer gewissen Schwere verwickelt sein könnte. Nur wenn solche Anhaltspunkte vorliegen, ist die Erstellung eines DNA-Profiles, das nicht der Aufklärung der

Straftaten eines laufenden Strafverfahrens dient, auch verhältnismässig (BGE 147 I 372, E. 4.2; BGE 145 IV 263, E. 3.4, m.w.H.; zur

Kantonsgericht Schwyz 5 Publikation vorgesehenes Urteil des Bundesgerichts 6B\_911/2021 vom 19. Juni 2023, E. 3.4.3; vgl. auch BBl 2019 6796, Art. 255 Abs. 1 bis StPO). Darüber hinaus sind allfällige Vorstrafen der beschuldigten Person zu berücksichtigen. Ist sie nicht vorbestraft, schliesst das die Erstellung eines DNA-Profiles nicht aus, sondern es fliesst als eines von vielen Kriterien in die Gesamtabwägung ein und ist entsprechend zu gewichten (BGE 145 IV 263, E. 3.4, m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 1B\_333/2019 vom 1. Oktober 2019, E. 3.2). Dies gilt auch für das Vorliegen einschlägiger Vorstrafen der beschuldigten Person, was nicht automatisch bedeutet, dass die Erstellung eines DNA-Profiles verhältnismässig ist (BGE 147 I 372, E. 4.3.2).

### **E. 3**

Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 3 Abs. 2 lit. c und Art. 107 Abs. 1 StPO). Wesentlicher Bestandteil dieses Anspruchs ist die Begründungspflicht, die verhindern soll, dass sich die Behörde von unsachlichen Motiven leiten lässt, und es dem Betroffenen zu ermöglichen soll, den Entscheid der Behörde sachgerecht anzufechten. Der Betroffene wie im Übrigen auch die Rechtsmittelinstanz müssen sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. Die Behörde muss wenigstens kurz die Überlegungen nennen, von denen sie sich leiten liess und auf die sie ihren Entscheid stützt. Sie kann sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (Urteil des Bundesgerichts 6B\_948/2013 vom 22. Januar 2015, E. 2.2.3; BGE 139 IV 179, E. 2.2). Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn der Betroffene die Möglichkeit zur Äusserung vor einer Rechtsmittelinstanz erhält, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Heilung des Mangels auszugehen, wenn die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu einem formalistischen Leerlauf

Kantonsgericht Schwyz 6 und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (Urteile des Bundesgerichts 1B\_334/2018 vom 30. Juli 2018, E. 2.5, m.w.H. und 1B\_70/2018 vom 10. April 2018, E. 2.2). a) Die Staatsanwaltschaft begründete die Anordnung zur DNA-Profil-erstellung und erkennungsdienstlichen Erfassung damit, dass der Beschwerdeführer verdächtigt werde, in der Zeitspanne vom 30. Juli 2015 bis zum 18. Oktober 2021 mit Drogen gehandelt, Marihuana konsumiert und unter Drogeneinfluss ein Motorfahrzeug geführt zu haben. Anlässlich einer Verkehrskontrolle am 18. Oktober 2021 sei der Drogenschnelltest des Beschwerdeführers positiv auf Cannabis ausgefallen und in dessen Fahrzeug seien ca. 200 g Marihuana (zwei vakuumierte Beutel mit je ca. 100 g) sichergestellt worden. Das erstellte Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin Zürich weise seine Fahruntfähigkeit nach. Ausserdem werde er verdächtigt, zwischen dem 13. Juni 2020 und dem 14. Juni 2020 drei Soft-Air-Waffen ohne Bewilligung transportiert zu haben (angefochtene Verfügung, Betreff und E. 1). Die Erstellung des DNA-Profiles diene vorliegend nicht (nur) dem Zweck, die erwähnten Straftaten aufzuklären. Vielmehr sollen damit allfällige künftige Straftaten des Beschwerdeführers, insbesondere betreffend den Handel mit Betäubungsmitteln, verhindert oder einfacher entdeckt werden können. Weiter gelte es abzuklären, ob die beschuldigte Person als

Täterschaft anderer (gleichgelagerter) Delikte infrage komme. Die gesetzlichen Grundlagen für die Erstellung eines DNA-Profiles und die erkennungsdienstliche Erfassung seien vorhanden und es sei nicht ersichtlich, inwiefern die Interessen des Beschwerdeführers das öffentliche Interesse an der Verhinderung resp. Entdeckung allfälliger (künftiger) weiterer Straftaten überwiegen sollen (angefochtene Verfügung, E. 6 ff.). b) Diesen Erwägungen der Staatsanwaltschaft lässt sich nicht entnehmen, inwiefern die erkennungsdienstliche Erfassung und die DNA-Probenahme sowie DNA-Profilerstellung für die Aufklärung der vorliegend erwähnten Straf-

Kantonsgericht Schwyz 7 taten notwendig sein sollen. Weiter fehlt es in Bezug auf den von der Staatsanwaltschaft geäußerten Verdacht des Drogenhandels an der Darlegung von konkreten Tatsachen, die einen solchen Verdacht begründen sollen, zumal selbst ein grosser Drogenvorrat dem privilegierten Eigenkonsum dienen kann (Schlegel/Jucker, in: Donatsch [Hrsg.], StGB-/JStG-Kommentar mit weiteren Erlassen und Kommentar zu den Strafbestimmungen des SVG, BetmG, AlG und OBG, 21. A. 2022, Art. 19a BetmG N 3), jedenfalls im Fall von Marihuana, und insofern nicht bereits aufgrund der Sicherstellung von 200 g Marihuana im Fahrzeug des Beschwerdeführers von einem solchen hinreichenden Tatverdacht auszugehen ist. Ebenso wenig führt die Staatsanwaltschaft aus, dass resp. aufgrund welcher konkreten Umstände erhebliche und konkrete Anhaltspunkte für eine allfällige Verwicklung der beschuldigten Person in andere – auch künftige – Delikte einer gewissen Schwere bestehen. Um der Begründungspflicht nachzukommen, reicht die diesbezügliche Erwägung der Staatsanwaltschaft, mit der Erstellung eines DNA-Profiles sollten allfällige künftige Straftaten des Beschwerdeführers, insbesondere betreffend den Handel mit Betäubungsmitteln, verhindert oder einfacher entdeckt werden können, nicht aus. Es wäre unter Bezugnahme auf die Untersuchungsakten vielmehr darzulegen gewesen, woraus sich solche erheblichen und konkreten Anhaltspunkte u.a. für eine Verwicklung des den vorliegenden Akten zufolge (U-act. 1.1.001) bislang nicht vorbestraften Beschwerdeführers in den Handel mit Betäubungsmitteln ergeben sollen. Insofern verletzte die Staatsanwaltschaft die Pflicht zur Begründung ihres Entscheids und mithin den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör. c) Weil die Staatsanwaltschaft in der Beschwerdeantwort bloss auf ihre Begründung in der angefochtenen Verfügung verwies und im Übrigen auf Gegenbemerkungen verzichtete (KG-act. 4), kommt eine Heilung der Gehörsverletzung im vorliegenden Beschwerdeverfahren trotz fehlender Rüge dieser Verletzung (vgl. Art. 391 Abs. 1 lit. a StPO) und trotz voller Kognition der Beschwerdeinstanz (Art. 393 Abs. 2 StPO; Urteil des Bundesgerichts

Kantonsgericht Schwyz 8 6B\_448/2017 vom 22. Februar 2018, E. 2.2) nicht infrage, da sich der Beschwerdeführer ansonsten zur diesbezüglichen, erstmals auf die Untersuchungsakten bezugnehmende Begründung durch die Beschwerdeinstanz nicht mehr äussern könnte und so wiederum sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt würde. Die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz ist somit unumgänglich und führt weder zu einem formalistischen Leerlauf noch zu unnötigen Verzögerungen. Die angefochtene Verfügung der Staatsanwaltschaft ist daher aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen.

#### **E. 4**

Ausgangsgemäss gehen die Kosten des Beschwerdeverfahrens zulasten des Kantons (Art. 428 Abs. 4 StPO). Hebt die Rechtsmittelinstanz einen Entscheid nach Art. 409 StPO auf, so

haben die Parteien Anspruch auf eine angemessene Entschädigung (Art. 436 Abs. 3 StPO). Diese Bestimmung gilt auch bei einer Rückweisung nach einem Beschwerdeverfahren im Sinne von Art. 397 Abs. 2 StPO (Wehrenberg/Frank, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 3. A. 2023, Art. 436 StPO N 14). Im Hinblick auf den anzuwendenden Honorarraum (Fr. 180.00 bis Fr. 5'000.00 gemäss § 13 lit. d GebTRA), den Aufwand für die elfseitige Beschwerde und die einseitige Eingabe vom 5. April 2023 (KG-act. 1 und 7) sowie die geringen rechtlichen Schwierigkeiten erscheint eine Entschädigung für das Beschwerdeverfahren in Höhe von pauschal Fr. 800.00 (inkl. Auslagen und MWST) angemessen (§§ 2 und 6 GebTRA);-

Kantonsgericht Schwyz 9 beschlossen:

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