

SZ_GERICHTE BEK 2024 2 vom 13. Mai 2024

SZ Gerichte, 2024-05-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sz_gerichte_BEK_2024_2

FR: SZ_GERICHTE BEK 2024 2 du 13 mai 2024

IT: SZ_GERICHTE BEK 2024 2 del 13 maggio 2024

Regeste

DNA-Profilerstellung | Zwangsmassnahmen/übrige Zwangsmassnahmen

Erwägungen

E. 1

Die Staatsanwaltschaft führt gegen den Beschwerdeführer ein Strafverfahren wegen mehrfachen, teils versuchten, Betrugs im Sinne von Art. 146 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB und Widerhandlung gegen das Waffengesetz im Sinne von Art. 33 Abs. 1 WG (U-act. 9.1.001 und 9.1.004). Der Beschwerdeführer akzeptierte die von der Kantonspolizei Schwyz am 21. August 2023 angeordnete erkennungsdienstliche Erfassung sowie den Wangenschleimhautabstrich (WSA) und kooperierte freiwillig (U-act. 1.1.003). Daraufhin ordnete die Staatsanwaltschaft mit Verfügung vom 21. Dezember 2023 die Erstellung eines DNA-Profiles an und beauftragte 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 2. Januar 2024 rechtzeitig Beschwerde beim Kantonsgericht mit dem Antrag, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zulasten des Staates (KG-act. 1). Die Staatsanwaltschaft beantragte in der Beschwerdeantwort vom 11. Januar 2024 die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde (KG-act. 3). Am 15. Januar 2024 reichte der Beschwerdeführer eine Stellungnahme ein (KG-act. 5).

E. 2

a) Am 1. Januar 2024 traten die Änderungen der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) u.a. betreffend die Art. 255 und Art. 257 StPO in Kraft. Wurde ein Entscheid vor Inkrafttreten der StPO gefällt, so werden Rechtsmittel dagegen laut Art. 453 Abs. 1 StPO nach bisherigem Recht von den bisher zuständigen Behörden beurteilt. Mit Inkrafttreten der teilrevidierten StPO am 1. Januar 2024 wurde weder Art. 453 StPO angepasst noch eine davon abweichende Übergangsbestimmung erlassen, weshalb in Rechtsmittelverfahren betreffend Entscheide, die bis zum 31. Dezember 2023

Kantonsgericht Schwyz 3 gefällt wurden, bisheriges Recht zur Anwendung gelangt (Oehen, in: Niggli/ Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 3. A. 2023, Art. 453 StPO N 1, Aktualisierung vom 31. Januar 2024). Dementsprechend kommen für die vorliegende Beschwerde gegen die angefochtene Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 21. Dezember 2023 die bis Ende 2023 geltenden Regeln von Art. 255 ff. aStPO zur Anwendung. b) Zur Aufklärung des dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Verbrechens des Betrugs (Art. 146 Abs. 1 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 StGB) kann gemäss Art. 255 Abs. 1 lit. a aStPO von der beschuldigten Person eine

Probe genommen und ein DNA-Profil erstellt werden. Ein solches Vorgehen ist bzw. war nach der Praxis des Bundesgerichts nicht nur zur Untersuchung bereits begangener und den Strafverfolgungsbehörden bekannter Delikte möglich, deren die beschuldigte Person verdächtigt wird, sondern auch zur Aufklärung von den Strafbehörden noch unbekanntem vergangenen oder zukünftigen Delikten. Das DNA-Profil kann sowohl Irrtümer bei der Identifikation einer Person und die Verdächtigung Unschuldiger verhindern als auch präventiv wirken und so zum Schutz Dritter beitragen. Art. 255 aStPO 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.; Urteil des Bundesgerichts 6B_911/2021 vom 19. Juni 2023, E. 3.3, nicht publiziert in: BGE 149 IV 307; Urteil des Bundesgerichts 1B_336/2019 vom 3. Dezember 2019, E. 3.1).

Erkennungsdienstliche Massnahmen und die Aufbewahrung der Daten können 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 bisher als leicht (BGE 145 IV 263, E. 3.4, m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts

Kantonsgericht Schwyz 4 1B_336/2019 vom 3. Dezember 2019, E. 3.2) und lässt in der neuesten Rechtsprechung offen, ob der Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung allenfalls als schwer zu beurteilen ist (BGE 147 I 372, E. 2.3.1 und 2.3.3). Einschränkungen von Grundrechten bedürfen jedenfalls einer gesetzlichen Grundlage und müssen durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sowie verhältnismässig sein (Art. 36 BV; BGE 145 IV 263, E. 3.3, m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 6B_911/2021 vom 19. Juni 2023, E. 3.3, nicht publiziert in: BGE 149 IV 307). Nach Art. 197 Abs. 1 StPO können Zwangsmassnahmen 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 Straftaten 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). Ein hinreichender Tatverdacht muss in Bezug auf diejenige Tat bestehen, die Anlass zur Probenahme oder zur Profilerstellung gibt. Aufgrund der Rechtsprechung genügen für allfällige künftige Straftaten hingegen erhebliche und konkrete 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.; Urteil des Bundesgerichts 6B_911/2021 vom 19. Juni 2023, E. 3.4.3, nicht publiziert in: BGE 149 IV 307; vgl. auch BBl 2019 6796, Art. 255 Abs. 1 bis und Art. 257 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 ein Kriterium in die Gesamtabwägung ein und ist entsprechend zu gewichten (BGE 145 IV 263,

Kantonsgericht Schwyz 5 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 in Art. 81 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 lit. a StPO verankerte Begründungspflicht, die verhindern soll, dass sich die Behörde von unsachlichen Motiven leiten lässt, und es dem Betroffenen zudem 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 (vgl. Urteile des Bundesgerichts 7B_218/2022 vom 23. Oktober 2023, E. 2.1.2 und 6B_948/2013 vom 22. Januar 2015, E. 2.2.3; vgl. BGE 139 IV 179, E. 2.2; vgl. Stohner, in: Niggli/Heer/ Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 3. A. 2023, Art. 81 StPO N 9). 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 (Urteile des Bundesgerichts 7B_816/2023 vom 12. Januar 2024, E. 3.1; 1B_334/2018 vom 30. Juli 2018, E. 2.5, m.w.H. und 1B_70/2018 vom 10. April 2018, E. 2.2). Eine Heilung ist selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör möglich, wenn die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen

Kantonsgericht Schwyz 6 Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 147 IV 340, E. 4.11.3). a) Die Staatsanwaltschaft begründete die Anordnung der Erstellung eines DNA-Profiles damit, dass dem Beschwerdeführer und einer unbekanntem Täterschaft vorgeworfen werde, der Geschädigten D. _____ am 17. August 2023 vorgespielt zu haben, von der Polizei, der Staatsanwaltschaft und ihrer Bank zu sein, wo ihr Geld nicht mehr sicher sei, sodass D. _____ dem Beschwerdeführer Fr. 11'620.00 übergeben habe. Unter abermaliger Vorspiegelung der genannten Umstände habe die unbekanntem Täterschaft D. _____ erneut kontaktiert und sie dazu zu bringen versucht, dem Beschwerdeführer erneut Bargeld im Betrag von Fr. 22'700.00 zu übergeben. D. _____ habe sich aber bei der Kantonspolizei Schwyz gemeldet und es sei zu keiner Übergabe gekommen. Es bestehe der dringende Verdacht, dass der Beschwerdeführer nebst der Tat vom 17. resp. 18. August 2023 noch an weiteren gleichartigen Verbrechen in der Funktion als Abholer bzw. als falscher Polizist teilgenommen habe. Die vom Beschwerdeführer eingenommene Funktion als Abholer werde innerhalb der Organisation regelmässig mehrfach ausgeführt, wobei den Geschädigten anlässlich der Geldübergabe jeweils eine Quittung ausgehändigt werde und die Abholer regelmässig Gegenstände wie Couverts oder Zeitungen anfassen würden, in die das Geld eingepackt werde. In den Monaten vor dem 17. August 2023 sei es im Kanton Schwyz sowie in verschiedenen angrenzenden Kantonen zu zahlreichen weiteren solchen Betrugstaten gekommen, in denen Geldabholer als falsche Polizisten tätig gewesen seien (angefochtene Verfügung, 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 verhindert oder einfacher entdeckt werden können. Weiter gelte es abzuklären, ob der Beschwerdeführer als Täterschaft anderer Delikte,

Kantonsgericht Schwyz 7 namentlich gleichgelagerter Taten, infrage komme. Die gesetzlichen Grundlagen für die Erstellung eines DNA-Profiles seien vorhanden und es sei nicht ersichtlich, inwiefern die Interessen des Beschwerdeführers das öffentliche Interesse an der Verhinderung resp. Entdeckung allfälliger (künftiger) weiterer Straftaten des Beschwerdeführers überwiegen sollten. Die Erstellung eines DNA-Profiles erweise sich als verhältnismässig und sei daher anzuordnen (angefochtene Verfügung, E. 6). b) Diesen Erwägungen der Staatsanwaltschaft lässt sich nicht entnehmen, aufgrund welcher Umstände und Beweise/Aktenstücke sich ein hinreichender Tatverdacht für eine Beteiligung des Beschwerdeführers an den von der Staatsanwaltschaft geschilderten Handlungen zum Nachteil von D._____ ergeben soll. Ebenso wenig ergibt sich aus der Begründung der angefochtenen Verfügung, gestützt auf welche Tatsachen die Staatsanwaltschaft die Schlussfolgerung zieht, der Beschwerdeführer habe nebst der Tat vom 17. resp. 18. August 2023 noch an weiteren gleichartigen Verbrechen in der Funktion als Abholer bzw. als falscher Polizist teilgenommen. Die Umstände alleine, dass es laut Staatsanwaltschaft in den Monaten vor dem 17. August 2023 im Kanton Schwyz sowie in verschiedenen angrenzenden Kantonen zu zahlreichen weiteren Betrugstaten gekommen sei und dass die vom Beschwerdeführer eingenommene Funktion als Abholer innerhalb der Organisation regelmässig mehrfach ausgeführt werde, legen eine Beteiligung des Beschwerdeführers daran jedenfalls nicht nahe. Es wäre unter Bezugnahme auf die Untersuchungsakten vielmehr darzulegen gewesen, woraus sich ein hinreichender Tatverdacht oder erhebliche und konkrete Anhaltspunkte für eine Verwicklung des Beschwerdeführers in allfällige weitere Betrugsdelikte ergeben sollen. Demzufolge verletzte die Staatsanwaltschaft die Pflicht zur Begründung ihres Entscheids und mithin den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör. Im Übrigen äusserte sich die Staatsanwaltschaft trotz entsprechender Rüge des

Kantonsgericht Schwyz 8 Beschwerdeführers (s. KG-act. 1, N 8) auch in ihrer Beschwerdeantwort vom 11. Januar 2024 nicht zu diesen Punkten (s. KG-act. 3). Wie der Beschwerdeführer ferner zu Recht moniert, zeigte die Staatsanwaltschaft in der angefochtenen Verfügung nicht auf, inwiefern eine DNA-Profilierung der Aufklärung des dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Betrugs zum Nachteil der Geschädigten D._____ oder etwaiger weiterer Betrugsdelikte dienen könnte und inwiefern eine DNA-Profilierung überhaupt erforderlich sein solle (KG-act. 1, N 9 f.). Damit äussert sich die Staatsanwaltschaft zu dem wesentlichen Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit der angeordneten DNA-Profilierung nicht rechtsgenügend und es liegt insofern ebenfalls eine Verletzung der Begründungspflicht und mithin des Anspruchs des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör vor. In ihrer Beschwerdeantwort führte die Staatsanwaltschaft zwar aus, bezüglich des Delikts vom 17./18. August 2023 liege Vergleichsmaterial vor. D._____ habe den Beschwerdeführer mit einem Stift eine Quittung unterzeichnen lassen. Diese beiden Gegenstände seien durch die Kantonspolizei Schwyz unter Spurenschutz sichergestellt worden. Weil der Beschwerdeführer bisher komplett die Aussage verweigere, müssten diese Gegenstände zur Beweisführung auf DNA ausgewertet werden (KG-act. 3). Die Staatsanwaltschaft nimmt in der Beschwerdeantwort aber weder Bezug auf die Untersuchungsakten noch reicht sie entsprechende Aktenstücke nach, obschon sich in den dem Kantonsgericht vorliegenden Akten kein Spurenschutzbericht oder Ähnliches findet, worauf der Beschwerdeführer in seiner Stellungnahme vom 15. Januar 2024 zutreffend hinwies (s. KG-act. 5, N 4). Damit kommt die Staatsanwaltschaft der Begründungspflicht nicht rechtsgenügend nach und es ist darüber hinaus auch das Recht

des Beschwerdeführers auf Akteneinsicht verletzt, das vom Anspruch auf rechtliches Gehör ebenfalls umfasst wird (Hans/Wiprächtiger/

Kantonsgericht Schwyz 9 Schmutz, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Straf-prozessordnung, 3. A. 2023, Art. 101 StPO N 1). c) Trotz voller Kognition der Beschwerdeinstanz (Art. 393 Abs. 2 StPO; Urteil des Bundesgerichts 6B_448/2017 vom 22. Februar 2018, E. 2.2) kommt eine Heilung dieser Mängel angesichts dessen, dass sich der Beschwerdeführer zu der teils ungenügenden Begründung der angefochtenen Verfügung mangels Nachholens einer solchen durch die Staatsanwaltschaft und insbesondere wegen des erwähnten fehlenden Vorlegens einzelner Aktenstücke nicht äussern konnte bzw. könnte, nicht infrage. Die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz ist somit unumgänglich. Die ange-fochtene Verfügung der Staatsanwaltschaft ist daher aufzuheben und die Sa-che im Sinne der Erwägungen an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen.

E. 4

Ausgangsgemäss gehen die Kosten des Beschwerdeverfahrens zulas-ten des Kantons (Art. 428 Abs. 4 StPO). Die Entschädigung des amtlichen Verteidigers des Beschwerdeführers bleibt bei der Hauptsache (Art. 135 Abs. 2 StPO);-

Kantonsgericht Schwyz 10 beschlossen:

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