

ZG_OBERGERICHT BS 2024 22 vom 21. August 2024

ZG Obergericht, 2024-08-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg_obergericht_BS_2024_22

FR: ZG_OBERGERICHT BS 2024 22 du 21 août 2024

IT: ZG_OBERGERICHT BS 2024 22 del 21 agosto 2024

Regeste

I. Beschwerdeabteilung

Erwägungen

E. 1

März 2024 zu laufen und endete, da der 10. März 2024 auf einen Sonntag fiel, am darauffolgenden Werktag, dem 11. März 2024 (vgl. Art. 90 StPO). Somit wurde die Beschwerde fristgerecht eingereicht und es ist darauf einzutreten.

E. 1.1

Der Beschwerdeführer führt dazu aus, mit Verfügung vom 7. Februar 2024 sei ihm ein amtlicher Verteidiger bestellt worden. Diesem seien auf dessen Gesuch hin elektronisch Akten zugestellt worden. Die angefochtene Verfügung habe sich jedoch nicht bei den Akten befunden. Erst im Rahmen der Akteneinsicht vor dem Zwangsmassnahmengericht am 29. Februar 2024 habe sein Verteidiger von der Verfügung Kenntnis erhalten. Ferner sei auf der angefochtenen Verfügung zwar ein Vermerk aufgeführt, wonach die Verfügung dem Beschwerdeführer ausgehändigt worden sei. Dies werde jedoch bestritten und es gebe dafür auch keine unterschriftlich quitierte Empfangsbestätigung. Abgesehen davon hätte eine solche Verfügung über den amtlichen Verteidiger eröffnet werden müssen, zumal dieser am 7. Februar 2024 eingesetzt worden sei. Nach dem Gesagten sei die Zustellung der angefochtenen Ver-

Seite 4/10 fügung erst am 29. Februar 2024 erfolgt. Mit Postaufgabe der Beschwerde am 11. März 2024 sei die 10-tägige Beschwerdefrist gewahrt.

E. 1.2

Die Staatsanwaltschaft äussert sich in der Vernehmlassung vom 15. März 2024 nicht zu diesem Punkt.

E. 1.3

Gemäss der Mitteilungszeile in der Verfügung wurde diese dem Beschwerdeführer ausgehändigt. Eine solche Mitteilung hätte jedoch nach Art. 87 Abs. 3 StPO an den Rechtsbeistand zugestellt werden müssen, war Rechtsanwalt B._____ doch bereits als amtlicher Verteidiger bestellt, wie sich der Verfügung selbst entnehmen lässt. Zudem handelt es sich bei der angeordneten DNA-Profilerstellung (vgl. hinten E. 4) nicht um eine Zwangsmassnahme, welche nach den Vorschriften von Art. 199 StPO der direkt betroffenen Person schriftlich eröffnet werden muss (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_665/2022 vom 14. September 2022 E. 3.2.2 ff.). Abgesehen davon ergibt sich aus den Akten nicht, wann die Verfügung dem Beschwerdeführer ausgehändigt worden sein soll. Die Staatsanwaltschaft reichte im Beschwerdeverfahren weder eine Quittung ein noch

äusserte sie sich in der Vernehmlassung zu diesem Punkt. Während der Nachweis der für die Fristwahrung erheblichen Tatsachen Sache der Partei ist, obliegt die Beweislast für fristauslösende Tatsachen grundsätzlich der Behörde (Lieber, in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. A. 2020, Art. 384 StPO N 6). Es fehlt mithin am Nachweis, dass die Verfügung dem Beschwerdeführer rechtsgültig zugestellt wurde. Damit begann die Rechtsmittelfrist erst mit der tatsächlichen Kenntnisnahme zu laufen.

E. 1.4

Wie der Beschwerdeführer ausführt und von der Staatsanwaltschaft unwidersprochen blieb, erlangte er erst am 29. Februar 2024 Kenntnis von der Verfügung. Eine allfällige frühere mündliche Eröffnung steht ausser Frage. Die 10-tägige Beschwerdefrist begann mithin am

E. 2

Die Staatsanwaltschaft begründete die Verfügung vom 7. Februar 2024 zusammengefasst wie folgt: Die bisherigen Ermittlungen hätten einen hinreichenden Tatverdacht für die Verübung eines Verbrechens ergeben, womit sich die Anordnung der DNA-Probe sowie deren Analyse zwecks Erstellung eines DNA-Profiles betreffend die beschuldigte Person rechtfertige (Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO, Art. 255 Abs. 1 lit. a StPO). Die Erstellung eines DNA-Profiles sei potenziell geeignet, die verfolgte Straftat (Hehlerei oder vergangene Straftaten) aufzuklären. Sie sei auch notwendig, da davon auszugehen sei, dass keine anderen Zwangsmassnahmen mit ähnlicher Effizienz die untersuchten Straftaten bestätigen und entkräften könnten (Art. 197 Abs. 1 lit. c StPO). Zudem komme der/den zu untersuchenden Straftat/en nicht lediglich Bagatelldeliktcharakter zu (Art. 197 Abs. 1 lit. d StPO). Diese Ausführungen würden gleichermassen auch für die angeordnete erkennungsdienstliche Erfassung gelten.

E. 3

Der Beschwerdeführer wendet dagegen Folgendes ein:

Seite 5/10

E. 3.1

Die Staatsanwaltschaft werfe dem Beschwerdeführer vor, seit etwa einem Jahr Mobiltelefone, welche möglicherweise entwendet worden seien, zu kaufen und mittels Internetplattformen weiterzuverkaufen. Dabei solle er in Kauf genommen haben, deliktisch erlangte Geräte zu besitzen, diese zu verkaufen und dadurch weiter zu veräussern. Konkret solle der Beschwerdeführer ein Mobiltelefon erworben haben, das E. _____ als gestohlen gemeldet habe. Mittlerweile hätten scheinbar zwei weitere Personen entsprechende Diebstahlmeldungen erstattet. Ferner befinde sich bei den Akten die Mitteilung, dass angeblich bei 30 weiteren Geräten der Verdacht bestehe, dass diese von einem Logistik-Zentrum oder während des Versands entwendet worden seien. Für diverse beim Beschwerdeführer sichergestellte Mobiltelefone könne er Kauf- und Garantiebelege vorlegen und für alle Geräte könne er angeben, wann und zu welchem Betrag er diese erworben habe. Den Grossteil der Geräte habe er auf M. _____, N. _____ oder O. _____ erworben.

E. 3.2

Die angefochtene Verfügung sei völlig generell und abstrakt formuliert und nehme keinen Bezug auf den konkreten Einzelfall. Eine Subsumtion erfolge nicht. Damit sei es gar nicht

möglich, die Verfügung sachgerecht anzufechten. Die Begründungspflicht sei ein Teilgehalt des rechtlichen Gehörs, dessen Verletzung die Aufhebung der Verfügung zur Folge habe.

E. 3.3

Abgesehen davon sei die Erstellung eines DNA-Profiles zur Aufklärung der Anlasstat, was vor- liegend Hehlerei sei, weder tauglich noch erforderlich. Sie diene einzig der Erfassung von Daten auf Vorrat, was unzulässig sei. Dem Beschwerdeführer sei nicht bekannt, dass im Zu- sammenhang mit der Hehlerei irgendwelche DNA-Spuren abgenommen oder sichergestellt worden seien, welche nun mit denjenigen des Beschwerdeführers abgeglichen werden muss- ten. Darüber hinaus seien DNA-Daten im vorliegenden Fall nicht sachdienlich, da sie keine Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals der Hehlerei liefern könnten. DNA-Spuren des Beschwerdeführers könnten nichts zur Aufklärung einer allfälligen Vortat, welche ein Tatbestandsmerkmal der Hehlerei bilde, beitragen, da der Hehler niemals auch der Vortäter sein könne. Der Beschwerdeführer werde dann auch ausdrücklich nicht einer all- fälligen Vortat verdächtigt. Zudem seien die Mobiltelefone beim Beschwerdeführer sicherge- stellt worden und er habe ausgesagt, dass er diese erworben habe. Dies sei durch die akten- kundigen Aussagen des Beschwerdeführers und die protokollierte Sicherstellung im Rahmen der bereits erfolgten Hausdurchsuchung genügend belegt und nachgewiesen. Relevant sei einzig, ob der Beschwerdeführer um die angeblich deliktische Herkunft gewusst habe oder hätte wissen müssen. Auch dafür sei ein DNA-Profil untauglich.

E. 3.4

Die Erstellung des DNA-Profiles könne einzig darauf abzielen, angeblich bereits begangene Straftaten oder – präventiv – allfällige künftige Straftaten aufzudecken, für welche logischer- weise kein Tatverdacht bestehen könne. Die Beschwerdegegnerin bringe keine konkreten Anhaltspunkte vor, die einen hinreichenden Tatverdacht auf ein Delikt begründen könnten. Dies werde nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aber gefordert.

E. 3.5

Im Ergebnis sei der durch die DNA-Profilierung drohende Grundrechtseingriff unverhält- nismässig und könne aufgrund der fehlenden Eignung der Zwangsmassnahme und des feh- lenden Tatverdachts für andere oder künftige Delikte auf keinen Fall gerechtfertigt werden.

E. 3.6

Sämtliche Ausführungen würden gleichermassen für die angeordnete erkennungsdienstliche Behandlung gelten, welche in der angefochtenen Verfügung ebenfalls nicht begründet werde.

Seite 6/10

E. 4

Vorliegend ist auf den ersten Blick nicht erkennbar, ob in der Verfügung vom 7. Februar 2024 einzig die Erstellung eines DNA-Profiles nach Art. 255 StPO angeordnet wurde oder auch die erkennungsdienstliche Erfassung nach Art. 260 StPO. Auf der einen Seite lautet die Über- schrift der Verfügung "DNA-Profilierung, invasive Probenahme und

erkennungsdienstliche Behandlung (Art. 255 und 260 StPO)" und wird in der Begründung ausgeführt, dass die Ausführungen zur Erstellung des DNA-Profiles für die angeordnete erkennungsdienstliche Erfassung gleichermaßen Geltung hätten. Sodann wird unter der Rubrik "Weigerung" auf die Bestimmung von Art. 260 Abs. 4 StPO hingewiesen. Auf der anderen Seite wird als angeordnete Massnahme einzig die Erstellung eines DNA-Profiles erwähnt und die beauftragte Stelle auch nur damit betraut. Die erkennungsdienstliche Erfassung findet in der Verfügung keine weitere Erwähnung, auch nicht in der Mitteilungszeile. Aufgrund des Aufbaus der Verfügung ist davon auszugehen, dass die Standardvorlage nicht angepasst wurde und die erkennungsdienstliche Erfassung fälschlicherweise in der Überschrift und der Begründung mit einer Standardfloskel erwähnt wird. In Frage steht vorliegend einzig die Anordnung eines DNA-Profiles. Auf die erkennungsdienstliche Erfassung wird daher im Weiteren nicht mehr eingegangen.

E. 5

Zur Aufklärung eines Verbrechens oder eines Vergehens, das Gegenstand des Verfahrens bildet, kann von der beschuldigten Person eine Probe genommen und ein DNA-Profil erstellt werden (Art. 255 Abs. 1 lit. a StPO). Von der beschuldigten Person kann auch eine Probe genommen und ein DNA-Profil erstellt werden, wenn aufgrund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen ist, sie könnte weitere Verbrechen oder Vergehen begangen haben (Art. 255 Abs. 1bis StPO).

E. 5.1

Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts durfte ein DNA-Profil nicht nur angeordnet werden, um jene Tat aufzuklären, um derentwillen das Verfahren geführt wurde (sog. Anlasstat). Vielmehr sah das Bundesgericht in Art. 255 Abs. 1 lit. a StPO auch die gesetzliche Grundlage für die Erstellung eines DNA-Profiles im Hinblick auf allfällige andere bereits begangene oder künftige Delikte. Das Bundesgericht erachtete es indes als unzulässig von beschuldigten Personen routinemässig ein DNA-Profil zu erstellen, einzig weil diese in ein Strafverfahren verwickelt waren. Damit diese Zwangsmassnahme als verhältnismässig zu qualifizieren war, mussten erhebliche und konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die beschuldigte Person in andere – bereits begangene oder künftige – Delikte von gewisser Schwere verwickelt sein könnte (Botschaft zur Änderung der Strafprozessordnung vom 28. August 2019, BBl 2019 1641 ff., S. 6753 mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 1B_17/2019 vom 24. April 2019 E. 3 ff.; Urteil des Bundesgerichts 7B_335/2023 vom 3. Mai 2024 E. 3.1.1 f.). Im Rahmen der vom Parlament im Juni 2022 beschlossenen Änderungen der Schweizerischen Strafprozessordnung, welche am 1. Januar 2024 in Kraft getreten sind, wurden nun die Voraussetzungen festgehalten, unter denen ein DNA-Profil erstellt werden darf, wenn es zur Aufklärung der Anlasstat zwar nicht erforderlich ist, aber zur Aufklärung anderer begangener oder zukünftiger Straftaten gebraucht werden könnte. Der revidierte Art. 255 Abs. 1 StPO bezieht sich nunmehr einzig auf die Aufklärung der Anlasstat. Der neue Art. 255 Abs. 1bis StPO erlaubt darüber hinaus die Probenahme und DNA-Analyse dort, wo konkrete Anhaltspunkte auf andere als die verfahrensgegenständliche, aber jedenfalls in der Vergangenheit liegende Verbrechen oder Vergehen hinweisen. Eine präventive Probenahme und DNA-Profilierung ist nur noch im Rahmen von Art. 257 StPO möglich, der neu klarer auf das Rückfallrisiko hinsichtlich Verbrechen und Vergehen abstellt, wofür konkrete Anhaltspunkte vorliegen müssen (vgl. Botschaft zur Änderung

der Strafprozessordnung vom 28. August 2019, a.a.O., S. 6754; Fricker/Maeder, Basler Kommentar, 3. A. 2023, Vorbemerkungen zu Art. 255 StPO N 6). Eine Probenahme und DNA-Analyse zu Präventivzwecken kann nur noch durch das Gericht im Urteil oder die Staatsanwaltschaft im Strafbefehl, nicht jedoch im Vorverfahren, angeordnet werden. Probenahme und die Auswertung dürfen in diesen Fällen denn auch erst bei Rechtskraft erfolgen (Fricker/Maeder, a.a.O., Art. 257 StPO N 5 f.).

E. 5.2

Erkennungsdienstliche Massnahmen und die Aufbewahrung der Daten können das Recht auf persönliche Freiheit bzw. körperliche Integrität (Art. 10 Abs. 2 BV) und auf informationelle Selbstbestimmung berühren (Art. 13 Abs. 2 BV und Art. 8 EMRK). Einschränkungen von Grundrechten bedürfen nicht nur einer gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV), sondern müssen auch durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 2 und 3 BV). Dies wird in Art. 197 Abs. 1 StPO präzisiert. Danach können Zwangsmassnahmen nur ergriffen werden, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind (lit. a), 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).

E. 5.3

Es ist unbestritten, dass die Aufklärung von Straftaten mittels erkennungsdienstlicher Massnahmen im öffentlichen Interesse liegt. Sowohl die erkennungsdienstliche Erfassung als auch die DNA-Profilerstellung sind zudem grundsätzlich geeignet, zur Aufklärung von bereits begangenen Delikten beizutragen, sofern DNA-Spuren bzw. Fingerabdrücke sichergestellt werden können, anhand welcher der Täter identifiziert werden könnte. Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt jedoch weiter, dass eine behördliche Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen oder im privaten Interesse liegenden Zieles nicht nur geeignet, sondern auch erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung als zumutbar erweist. Es muss eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation vorliegen (vgl. BGE 147 I 372 E. 2 und 4.2 m.w.H.).

E. 6

Vorliegend sind die Voraussetzungen für die Erstellung eines DNA-Profiles nicht erfüllt.

E. 6.1

Zunächst ist dem Beschwerdeführer beizupflichten, dass die Verfügung vom 7. Februar 2024 grösstenteils lediglich generell-abstrakte Ausführungen enthält und wenig bis gar keinen Bezug auf den konkreten Fall nimmt. Auch in der Stellungnahme vom 15. März 2024 äussert sich die Staatsanwaltschaft einzig zum Tatverdacht, der in Bezug auf die dem Beschwerdeführer vorgeworfene Anlasstat der Hehlerei offenkundig gegeben ist, auch wenn der Beschwerdeführer dies als offen bezeichnet. Auf die mangelhafte Begründung ist in den folgenden Erwägungen zurückzukommen. Weiter geht aus der angefochtenen Verfügung nicht klar hervor, ob die DNA-Profilerstellung nur zur Aufklärung der Anlasstat erfolgen soll oder ob die Staatsanwaltschaft konkrete Anhaltspunkte dafür sieht, dass der Beschwerdeführer in andere Verbrechen oder Vergehen verwickelt sein könnte. Zwar wird in der Begründung ausgeführt, die Erstellung eines DNA-Profiles sei potenziell geeignet, die verfolgte Straftat (Hehlerei oder vergangene Straftaten) aufzuklären. Dabei stützt sich die Staatsanwaltschaft indes nur auf Art. 255 Abs. 1 lit. a StPO und erwähnt Art. 255 Abs. 1 bis StPO nicht. Aufgrund der bisherigen

Seite 8/10 bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist indes davon auszugehen, dass Art. 255 Abs. 1bis StPO versehentlich nicht separat aufgeführt wurde, ist diese Bestimmung doch erst seit Anfang Jahr in Kraft. Zu Recht nicht erwähnt, werden allfällige künftige Delikte, kann eine präventive Probenahme und DNA-Profilierung doch nur noch in einem Urteil bzw. einem Strafbefehl angeordnet werden (vgl. vorne E. 5.1).

E. 6.2

Aus dem Wortlaut von Art. 255 Abs. 1 StPO geht hervor, dass die DNA-Probenahme und Analyse "zur Aufklärung" der Anlasstat zulässig ist. Sie muss also diesem Zweck dienen, ansonsten sie jedenfalls in Abs. 1 keine gesetzliche Grundlage findet. Vorausgesetzt ist also nebst einem Tatverdacht, dass der DNA-Beweis zur Aufklärung der Anlasstat erforderlich und geeignet ist. Überdies muss die Bedeutung der Anlasstat die Zwangsmassnahme rechtfertigen, also die Verhältnismässigkeit i. e. S. gegeben sein (Fricker/Maeder, a.a.O., Art. 255 StPO N 5).

E. 6.2.1

Nicht erforderlich ist die Probenahme und DNA-Analyse, wenn beispielsweise die beschuldigte Person in flagranti erwischt wurde oder ihre Täterschaft oder zumindest ihre Anwesenheit am Tatort aufgrund anderer Beweismittel objektiv betrachtet feststeht bzw. die Ereignisse als abgeklärt gelten müssen. Als Beweismittel für die Aufklärung der Anlasstat ungeeignet bzw. untauglich (und entsprechend auch nicht erforderlich) ist die DNA-Analyse in allen Fällen, wo es gar keine Spuren gibt, die mit dem Profil einer beschuldigten Person abgeglichen werden könnten, was natürlich auch daran liegen kann, dass schlicht keine Spurensicherung stattgefunden hat (Fricker/Maeder, a.a.O., Art. 255 StPO N 6 und 8).

E. 6.2.2

Mit dem Beschwerdeführer ist davon auszugehen, dass dies auf den vorliegenden Fall zutrifft. Der Beschwerdeführer wurde von der Polizei mit dem Samsung Galaxy S24 in flagranti bei dem mit E. _____ vereinbarten Treffen angehalten. Weiter wurden bei der Hausdurchsuchung in seiner Wohnung zahlreiche elektronische Geräte sichergestellt, von denen – wie sich aus dem Strafantrag der I. _____ ergibt – einige Geräte in einem Paketzentrum _____ entwendet worden sein sollen. Weiter bestreitet der Beschwerdeführer nicht, die sichergestellten Geräte auf Internetplattformen zum Verkauf angeboten zu haben. Er stellt einzig in Abrede, dass er von der deliktischen Herkunft gewusst hat bzw. hätte wissen müssen. Nach dem Gesagten erhellt nicht, inwiefern die angeordnete Massnahme zur Klärung des untersuchten Sachverhalts beitragen könnte. Sie erweist sich damit als nicht erforderlich. Zudem ist sie auch untauglich, da sich den Akten keine Hinweise darauf finden, dass DNA-Spuren sichergestellt wurden.

E. 6.3

Fällt die Probenahme und DNA-Analyse zur Klärung der Anlasstat ausser Betracht, kann sie sich dennoch als zulässig erweisen, wenn aufgrund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen ist, die beschuldigte Person könnte weitere Verbrechen oder Vergehen begangen haben (Art. 255 Abs. 1bis StPO). Nötig ist dabei eine individuell-konkrete Begründung, die darlegt, welche konkreten Anhaltspunkte inwiefern auf mögliche vergangene Delinquenz hinweisen (Fricker/Maeder, a.a.O., Art. 255 StPO N 38). Eine routinemässige Probenahme und DNA-Analyse scheidet auch unter dem neuen Recht aus (Fricker/Maeder, a.a.O., Art. 255 StPO N 33). Verdachtsgründe für weitere Delikte werden

von der Staatsanwaltschaft keine genannt und sind auch nicht ersichtlich. Dass der Beschwerdeführer der mehrfachen Hehlerei beschuldigt wird, reicht dazu nicht aus, bilden diese Taten doch bereits Gegenstand der laufenden Untersuchung, weshalb sich die Voraussetzungen zur Erstellung eines DNA-Profiles in

Seite 9/10 diesem Zusammenhang nach Art. 255 Abs. 2 StPO richten. Die Erstellung eines DNA-Profiles erweist sich auch im Rahmen von Art. 255 Abs. 1bis StPO als unzulässig.

E. 7

Die Beschwerde ist daher hinsichtlich der DNA-Profilerstellung gutzuheissen und die Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 7. Februar 2024 betreffend "DNA-Profilerstellung, invasive Probenahme und erkennungsdienstliche Behandlung (Art. 255 und 260 StPO)" im Verfahren 1A 2024 246 aufzuheben. Die Staatsanwaltschaft ist gleichzeitig anzuweisen, den abgenommenen Wangenschleimhautabstrich vernichten und ein allfällig bereits erstelltes DNA-Profil löschen zu lassen. Da keine erkennungsdienstliche Erfassung angeordnet wurde (vgl. vorne E. 4), ist auf das Rechtsbegehren des Beschwerdeführers im Übrigen mangels Beschwer nicht einzutreten.

E. 8

Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens auf die Staatskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 4 StPO) und der Beschwerdeführer ist für die notwendigen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren aus der Staatskasse zu entschädigen (Art. 436 Abs. 2 StPO). Beschluss

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