

Hochschulstrasse 17
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 08
Fax +41 31 635 48 15
obergericht-straf.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Urteil

SK 16 46+47

Bern, 6. April 2017

Besetzung

Oberrichterin Bratschi (Präsidentin), Oberrichter J. Bähler,
Oberrichter Aebi
Gerichtsschreiberin Bank

Verfahrensbeteiligte

A. _____
amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin B. _____
Beschuldigter/Berufungsführer

gegen

Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, Maulbeerstrasse 10, Postfach 6250, 3001 Bern



Gegenstand

Diebstahl, Sachbeschädigung, Hausfriedensbruch sowie Wider-rufsverfahren

Berufung gegen das Urteil des Regionalgerichts Oberland (Einzelgericht) vom 16. November 2015 (PEN 15 240 + 241)

Erwägungen:

I. Formelles

1. Erstinstanzliches Urteil

Das Regionalgericht Oberland (Einzelgericht) erkannte mit Urteil vom 16.11.2015 (pag. 371 ff.) und mit Urteilsberichtigung vom 17.11.2015 (pag. 376 ff.) Folgendes:

I.

A._____ wird schuldig erklärt:

1. des **Diebstahls**
2. der **Sachbeschädigung**
3. des **Hausfriedensbruchs**

begangen am 17.01.2014 in E._____, D._____ (Einbruchdiebstahl)

II.

1. Der A._____ mit Urteil der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern, Region Oberland, vom 10.05.2012 gewährte **bedingte Vollzug** für eine Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu je CHF 110.00, ausmachend CHF 1'100.00, wird **nicht widerrufen**.

2. Die **Verfahrenskosten** für das Widerrufsverfahren von **CHF 300.00** werden **A._____** auferlegt.

Wird keine schriftliche Begründung verlangt, reduzieren sich die Verfahrenskosten um CHF 150.00. Die **reduzierten Verfahrenskosten** betragen damit **CHF 150.00**.

III.

A._____ wird

in Anwendung der Artikel:

34 Abs. 1 und 2, 42 Abs. 1, 44 Abs. 1, 46 Abs. 2, 47, 49 Abs. 1, 51, 139 Ziff. 1, 144 Abs. 1, 186 StGB
426 Abs. 1 StPO

verurteilt:

1. Zu einer **Geldstrafe** von 90 Tagessätzen zu CHF 80.00, ausmachend total **CHF 7'200.00**.

Die Untersuchungshaft von 66 Tagen wird im Umfang von 66 Tagessätzen auf die Geldstrafe angerechnet.

Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt.

Zu den auf den Schuldspruch entfallenden **Verfahrenskosten**, sich zusammensetzend aus Gebühren Gericht von CHF 1'000.00, Auslagen Gericht von CHF 286.00 (forensisch-molekularbiologisches Gutachten), Gebühren Staatsanwaltschaft von CHF 2'550.00, und Auslagen Staatsanwaltschaft von CHF 1'132.00, insgesamt bestimmt auf **CHF 4'968.00**.

Wird keine schriftliche Begründung verlangt, reduziert sich die Gebühr um CHF 600.00. Die **reduzierten Verfahrenskosten** betragen damit **CHF 4'368.00**.

IV.

Die auf den Schuldspruch entfallende amtliche Entschädigung und das volle Honorar für die amtliche Verteidigung von A. _____ durch Rechtsanwältin B. _____ werden wie folgt bestimmt:

Leistungen ab 1.1.2011		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		38.80	200.00	CHF	7'760.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	250.40
Mehrwertsteuer	8.0%	auf CHF	8'010.40	CHF	640.85
Auslagen ohne MWST				CHF	
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	8'651.25
volles Honorar		38.8	230.00	CHF	8'924.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	250.40
Mehrwertsteuer	8.0%	auf CHF	9'174.40	CHF	733.95
Auslagen ohne MWST				CHF	0.00
Total				CHF	9'908.35
nachforderbarer Betrag				CHF	1'257.10

Der Kanton Bern entschädigt Rechtsanwältin B. _____ für die amtliche Verteidigung von A. _____ mit CHF 8'651.25.

A. _____ hat dem Kanton Bern die ausgerichtete amtliche Entschädigung zurückzuzahlen und Rechtsanwältin B. _____ die Differenz von CHF 1'257.10 zwischen der amtlichen Entschädigung und dem vollen Honorar zu erstatten, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben (Art. 135 Abs. 4 StPO).

V.

Im Zivilpunkt wird weiter verfügt:

1. Es wird festgestellt, dass die F. _____ GmbH ihre Zivilklage vor Abschluss der erstinstanzlichen Hauptverhandlung zurückgezogen hat und diese auf dem Zivilweg erneut geltend machen kann (Art. 122 Abs. 4 StPO).
2. Für den Zivilpunkt werden keine Kosten ausgeschieden.

VI.

Weiter wird verfügt:

1. Dem zuständigen Bundesamt wird die Zustimmung zur Löschung des erstellten DNA-Profiles (PCN-Nr. _____ (neu)) erteilt (Art. 16 Abs. 1 lit. e DNA-ProfilG).
2. Dem für die Führung von AFIS zuständigen Dienst wird die Zustimmung zur Löschung der erhobenen biometrischen erkennungsdienstlichen Daten nach Ablauf der gesetzlichen Frist erteilt (Art. 17 Abs. 1 lit. e i.V.m. Art. 19 Abs. 1 Verordnung über die Bearbeitung biometrischer erkennungsdienstlicher Daten).

2. Berufung

Gegen dieses Urteil meldete A. _____ (nachfolgend der Beschuldigte), privat vertreten durch Rechtsanwalt C. _____, am 18.11.2015 form- und fristgerecht die Berufung an (pag. 381 f.).

Mit form- und fristgerechter Berufungserklärung vom 3.3.2016 teilte Rechtsanwalt C._____ namens und im Auftrag des Beschuldigten mit, dass das erstinstanzliche Urteil – mit Ausnahme des Widerrufs nach Ziff. II.1 und Ziff. II.2 des erstinstanzlichen Dispositivs – vollumfänglich angefochten wird (pag. 433 f.).

Die Generalstaatsanwaltschaft verzichtete mit Schreiben vom 7.3.2016 auf die Teilnahme am oberinstanzlichen Verfahren (pag. 438).

Mit Verfügung vom 9.3.2016 nahm die Verfahrensleitung die Durchführung des schriftlichen Verfahrens in Aussicht und forderte den Beschuldigten auf, innert 10 Tagen mitzuteilen, falls er nicht mit der Durchführung des schriftlichen Verfahrens einverstanden sei, andernfalls er innert 40 Tagen eine schriftliche Berufungsbegründung einzureichen habe (pag. 439 f.).

Der Beschuldigte erhob innert Frist keine Einwände gegen die Durchführung des schriftlichen Verfahrens.

Die Frist zur Einreichung der schriftlichen Berufungsbegründung wurde wegen des Verfahrens betreffend Widerruf der amtlichen Verteidigung (vgl. Ziff. 3 hiernach) mit Verfügung vom 20.4.2016 ausgesetzt (pag. 462 f.). Mit Verfügung vom 14.7.2016 wurde erneut Frist zur Einreichung der schriftlichen Berufungsbegründung angesetzt (pag. 556 f.).

Nach zweimaliger Fristerstreckung (pag. 559 ff.; pag. 563 ff.) reichte Rechtsanwältin B._____ am 4.10.2016 die schriftliche Berufungsbegründung ein (pag. 567 ff.).

3. Amtliche Verteidigung (Sistierung, Wechsel, Widerruf)

Der Beschuldigte hatte gleichzeitig mit seiner Berufungsanmeldung vom 18.11.2015 bei der Vorinstanz um vorübergehende Sistierung des Mandats der amtlichen Verteidigerin, Rechtsanwältin B._____, ersucht (pag. 381 f.).

Nachdem Rechtsanwältin B._____ mitteilte, sie wersetze sich dem Antrag auf Sistierung des amtlichen Mandates nicht (pag. 394), wurde dieses mit Verfügung der Vorinstanz vom 2.12.2015 sistiert (pag. 395 f.).

Mit Schreiben vom 14.3.2016 ersuchte der Beschuldigte um Wechsel der amtlichen Verteidigung, weil er das Vertrauen in seine bisherige Verteidigerin vollständig verloren habe (pag. 442 f.).

Rechtsanwältin B._____ hielt in ihrer Stellungnahme vom 23.3.2016 dafür, es lägen aus ihrer Sicht keine Gründe für einen Wechsel der amtlichen Verteidigung vor, sie wersetze sich allerdings einer Entlassung aus dem amtlichen Mandat nicht (pag. 448).

Die Verfahrensleitung wies das Gesuch des Beschuldigten um Wechsel der amtlichen Verteidigung mit Verfügung vom 7.4.2016 begründet ab und hielt fest, das amtliche Mandat bleibe sistiert, solange der Beschuldigte privat vertreten werde. Die Verfahrenskosten im Umfang von CHF 400.00 wurden zur Hauptsache geschlagen (pag. 451 ff.).

Mit Eingabe vom 13.4.2016 teilte Rechtsanwalt C._____ mit Verweis auf das an ihn gerichtete Schreiben des Beschuldigten vom 13.4.2016 mit, er habe das private Mandat auf Wunsch des Beschuldigten niedergelegt (pag. 458 f.).

Die Sistierung des amtlichen Mandats von Rechtsanwältin B._____ wurde mit Verfügung vom 20.4.2016 aufgehoben. Gleichzeitig wurde dem Beschuldigten mitgeteilt, die Verfahrensleitung ziehe den Widerruf der amtlichen Verteidigung in Erwägung, weil weder ein Fall einer notwendigen, noch ein solcher einer amtlichen Verteidigung nach Art. 132 Abs. 1 Bst. b der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0) gegeben sei (pag. 462 f.).

Rechtsanwältin B._____ führte in ihrer Stellungnahme vom 28.6.2016 aus, zwar seien die Voraussetzungen für die notwendige Verteidigung nicht mehr, jene der amtlichen Verteidigung jedoch nach wie vor gegeben. Zur Begründung gab sie an, es würden sich komplexe Fragen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht stellen und der Beschuldigte sei prozessarm (pag. 478 ff.).

Mit Verfügung vom 14.7.2016 wurde auf den Widerruf der amtlichen Verteidigung verzichtet (pag. 556 f.)

4. Anträge des Beschuldigten

Der Beschuldigte stellte in der schriftlichen Berufungsbegründung vom 4.10.2016 die folgenden Anträge (pag. 568):

Das Urteil des Regionalgerichts Oberland vom 16. November 2015 sei wie folgt abzuändern:

1. A._____ sei von den Beschuldigungen des Diebstahls, der Sachbeschädigung und des Hausfriedensbruchs, angeblich begangen am 17. Januar 2014 in E._____, D._____ (Einbruchdiebstahl) freizusprechen.
2. Es sei festzustellen, dass die Zivilklage der F._____ GmbH vor Abschluss der erstinstanzlichen Hauptverhandlung zurückgezogen worden ist.
3. Die erst- und oberinstanzlichen Verfahrenskosten in der Hauptsache inklusive Verteidigungskosten seien vom Kanton zu tragen.
4. Die Verfahrenskosten für das Widerrufsverfahren seien vom Kanton zu tragen.
5. A._____ sei für die Freisprüche eine Entschädigung in der Höhe von CHF 11'468.80 zuzusprechen.
6. A._____ sei für die erstandene Untersuchungshaft eine Entschädigung und Genugtuung in der Höhe von CHF 13'200.00 (CHF 200.00 pro Tag bei 66 Tagen Untersuchungshaft) zuzusprechen.

5. Oberinstanzliche Beweismassnahmen

Von Amtes wegen wurde mit Verfügung vom 1.3.2017 bei den Staatsanwaltschaften des Kantons Bern, Regionen Berner Jura-Seeland, Emmental-Oberaargau, Bern-Mittelland und Oberland sowie der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern für besondere Aufgaben abgeklärt, ob ein Strafverfahren gegen den Beschuldigten hängig gewesen war, bei welchem das DNA-Profil PCN-Nr. _____(alt) oder _____(neu) erhoben worden war (pag. 592).

Sowohl die Staatsanwaltschaften des Kantons Bern, Regionen Emmental-Oberaargau, Bern-Mittelland und Berner Jura-Seeland als auch die Staatsanwaltschaft des Kantons Bern für besondere Aufgaben teilten mit, kein entsprechendes

Verfahren gegen den Beschuldigten geführt zu haben (pag. 601 ff.). Die Staatsanwaltschaft des Kantons Bern, Region Oberland, liess gestützt auf die Verfügung der Verfahrensleitung bei der Regionalfahndung Berner Oberland einen Bericht einholen, welcher sich zu den Umständen der Erhebung des DNA-Profiles mit der PCN-Nr. _____ (alt) äussert (pag. 607 ff.).

Ferner wurde von Amtes wegen ein Strafregistrauszug vom 2.3.2017 eingeholt (pag. 600).

Bei der Arbeitslosenkasse G. _____ wurden am 29.3.2017 von Amtes wegen Nachforschungen zur geltend gemachten fehlenden Arbeitslosenentschädigung der Monate November und Dezember 2014 sowie Januar 2015 getätigt (pag. 625). Die angeforderten Angaben wurden am 30.3.2017 eingereicht (pag. 625 f.) und werden dem Beschuldigten mit vorliegendem Urteil zur Kenntnis gebracht.

6. Verfahrensgegenstand und Kognition der Kammer

Die Kammer überprüft das Urteil nur in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO). Vom Beschuldigten zwar explizit nicht angefochten wird der Verzicht auf den Widerruf des ihm mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern, Region Oberland, vom 10.5.2012 gewährten bedingten Vollzugs einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu CHF 110.00, ausmachend CHF 1'100.00 (Ziff. II des angefochtenen Entscheids). Angefochten ist lediglich die erstinstanzliche Kostenauflegung des Widerrufsverfahrens an den Beschuldigten. In Anwendung von Art. 404 Abs. 2 StPO überprüft die Kammer das Widerrufsverfahren zugunsten des Beschuldigten vorliegend dennoch.

Ferner beantragte der Beschuldigte in seiner Berufungserklärung die Feststellung, dass die Zivilklage vor Abschluss der erstinstanzlichen Hauptverhandlung zurückgezogen worden sei. Dies entspricht dem erstinstanzlichen Dispositiv und insofern ist der Beschuldigte auch nicht beschwert. Dass die Zivilklage auf dem Zivilweg erneut geltend gemacht werden kann, entspricht der gesetzlich vorgesehenen Folge des Rückzugs (vgl. Art. 122 Abs. 4 StPO). Der Verzicht auf Ausscheidung von Verfahrenskosten im Zivilpunkt wurde vom Beschuldigten nicht angefochten. Es kann deshalb festgestellt werden, dass das Urteil der Vorinstanz betreffend des gesamten Zivilpunkts ebenfalls in Rechtskraft erwachsen ist.

In allen übrigen Punkten ist das Urteil der Vorinstanz umfassend und mit voller Kognition zu überprüfen (Art. 398 Abs. 2 und 3 StPO). Weil einzig der Beschuldigte ein Rechtsmittel ergriffen hat, ist die Kammer an das Verschlechterungsverbot (auch «Verbot der reformatio in peius» genannt) nach Art. 391 Abs. 2 StPO gebunden.

II. Zur Verwertbarkeit des DNA-Profiles

7. Ausführungen der Vorinstanz und des Beschuldigten

7.1 Erwägungen der Vorinstanz

Zur Frage der Verwertbarkeit der DNA-Probe führte die Vorinstanz aus, dass die Polizei gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Bst. a des DNA-Profil-Gesetzes (DNA-ProfilG; SR 363) nicht invasive Probenahmen bei verdächtigen Personen zur Aufklärung eines Verbrechens oder Vergehens sowie die Analyse der Probe zur Erstellung eines DNA-Profiles anordnen dürfe. Dem Beschuldigten sei der Handel von Betäubungsmitteln nach Art. 19 Bst. c des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG; SR 812.121) vorgeworfen worden. Dabei handle es sich gemäss Art. 10 Abs. 3 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.0) um ein Vergehen. Die DNA-Probe sei nicht invasiv entnommen worden. Damit sei die Erhebung der DNA-Probe rechtmässig erfolgt. Auch nach Art. 255 Abs. 1 Bst. a StPO bzw. Art. 255 Abs. 2 StPO obliege es der Polizei, die nicht invasive Probenahme bei Personen (Bst. a) sowie die Erstellung eines DNA-Profiles von tatrelevantem biologischen Material anzuordnen (Bst. b). Die Erhebung der DNA-Probe und deren Auswertung seien damit gestützt auf die StPO rechtmässig erfolgt. Das Bundesgerichtsurteil BGE 141 IV 87, welches eine Praxisänderung und Verschärfung der Voraussetzungen für die Erhebung der erkennungsdienstlichen Erfassung von DNA-Profilen bedeute, sei am 10.12.2014 ergangen. Gestützt auf diese neue Rechtsprechung – wonach nur die Gerichte oder die Staatsanwaltschaft die Erstellung von DNA-Profilen anordnen dürften und eine generelle Weisung der Generalstaatsanwaltschaft an die Polizei nicht genüge – sei eine neue Weisung der Generalstaatsanwaltschaft (mit Inkrafttreten vom 20.4.2015) erlassen worden. Die Erstellung des DNA-Profiles sei vor dem fraglichen Bundesgerichtsentscheid und vor Änderung der Weisung der Generalstaatsanwaltschaft erfolgt. Aufgrund des Rückwirkungsverbots dürfe nicht angenommen werden, die bisherigen Anordnungen der Erstellung von DNA-Profilen durch die Generalstaatsanwaltschaft mittels genereller Weisung seien bundesrechtswidrig. Die Erhebung und Auswertung des DNA-Profiles des Beschuldigten sei folglich rechtmässig erfolgt (pag. 411 ff., S. 12 ff. der erstinstanzlichen Entscheidungsbegründung).

Rechtsanwältin B._____ habe am 23.1.2015 einen detaillierten Bericht betreffend DNA-Mischprofil des weissen T-Shirts angefordert, obwohl sie bereits Kenntnis von der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung gehabt haben müsse. Sie habe sich folglich widersprüchlich, wenn nicht sogar rechtsmissbräuchlich verhalten, weil sie anlässlich der Hauptverhandlung vorfrageweise die Verwertbarkeit des DNA-Profiles thematisiert und den Antrag gestellt habe, die gestützt auf das DNA-Profil ergangenen Beweise aus den Akten zu weisen (pag. 413, S. 14 der erstinstanzlichen Entscheidungsbegründung).

7.2 Vorbringen des Beschuldigten

Der Beschuldigte bringt oberinstanzlich vor, es sei mehr als fraglich, ob die Entnahme der DNA-Probe am 14.10.2014 überhaupt zulässig gewesen sei, sei doch als Grund für die Entnahme der Handel von Betäubungsmittel (leichter Fall) angegeben worden. Eine sofortige Auswertung auf Anordnung der Polizei entbehre jeg-

licher gesetzlichen Grundlage. Insbesondere sei diese gestützt auf Art. 255 Abs. 1 Bst. b StPO nicht zulässig, zumal es bei dieser Norm um die Erstellung eines DNA-Profiles von tatrelevantem biologischen Material gehe. Tatrelevantes biologisches Material sei am Tatort gefundenes Haar, Blut oder Sperma. Die von der Vorinstanz angerufenen Regelungen des 2. Abschnitts des DNA-ProfilG seien für Strafverfahren nicht anwendbar (Art. 259 StPO, Art. 1a DNA-ProfilG). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sei die Erstellung eines DNA-Profiles gestützt auf eine generelle Weisung der Generalstaatsanwaltschaft unrechtmässig. Es könne daher auch nicht das Rückwirkungsverbot angerufen werden. Ferner ziele die Argumentation der Vorinstanz ins Leere, wonach sich die Verteidigung widersprüchlich, wenn nicht sogar rechtsmissbräuchlich verhalten habe. Parteien und andere Verfahrensbeteiligte sowie ihre Rechtsbeistände würden durch Art. 3 StPO nicht verpflichtet. Es sei nicht Aufgabe der Verteidigung, allfällige Grundlagen für eine Verurteilung zu schaffen. Insgesamt sei die DNA-Probe unter Verstoss gegen Bundesrecht erstellt und ausgewertet worden (pag. 571 ff.).

Nach Art. 197 Abs. 1 StPO dürften Zwangsmassnahmen, zu welchen auch DNA-Analysen gehören würden, nur ergriffen werden, wenn sie gesetzlich vorgesehen seien, ein hinreichender Tatverdacht vorliege, die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden könnten und die Bedeutung der Straftat die Zwangsmassnahmen rechtfertigen würden. Für die Anordnung von Zwangsmassnahmen seien die Staatsanwaltschaft oder das Gericht, sodann die Polizei in gesetzlich vorgesehenen Fällen zuständig. Gemäss Art. 255 Abs. 2 Bst. a StPO könne die Polizei die nicht invasiven Probeabnahmen bei Personen anordnen. Das Bundesgericht habe aber klar festgehalten, dass die Erstellung eines Profils auch in solchen Fällen durch die Staatsanwaltschaft (oder vom Gericht) anzuordnen sei (BGE 141 IV 87). Es handle sich dabei um eine Gültigkeitsvorschrift. Damit würden die daraus gezogenen Schlüsse dem Verwertungsverbot nach Art. 141 StPO unterliegen. Die dem Beschuldigten vorgeworfenen Delikte (Diebstahl, Sachbeschädigung, Hausfriedensbruch) seien keine schweren Delikte. Es liege daher auch keine Ausnahmesituation vor, in welcher trotz Verletzung der Gültigkeitsvorschrift die Beweise in Anwendung von Art. 141 Abs. 2 StPO ausnahmsweise verwertbar seien. Das urteilende Gericht dürfe deshalb nicht auf die Ergebnisse im Zusammenhang mit dem DNA-Profil abstellen (pag. 573 ff.).

8. Zur Verwertbarkeit des über den Beschuldigten erstellten DNA-Profiles

8.1 Allgemeine Ausführungen zur Verwertbarkeit von Beweisen

Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise ist in Art. 141 StPO geregelt. Für Beweise, die durch verbotene Beweiserhebungsmethoden (Art. 140 StPO) erlangt worden sind, sieht Art. 141 Abs. 1 Satz 1 StPO ein absolutes Beweisverwertungsverbot vor. Dasselbe gilt, wenn das Gesetz einen Beweis als unverwertbar bezeichnet (Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO). Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, dürfen grundsätzlich nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich (Art. 141 Abs. 2 StPO). Beweise, bei deren Erhebung jedoch lediglich Ordnungsvorschriften verletzt worden sind, sind dagegen gemäss Art. 141 Abs. 3 StPO verwertbar.

8.2 Zu den Umständen der DNA-Profil Erstellung

Im vorliegenden Fall wurde beim Beschuldigten im Rahmen eines polizeilichen Ermittlungsverfahren im Jahr 2014 ein DNA-Profil erstellt (pag. 608 ff.). Gemäss Berichtsrapport der Regionalfahndung Oberland vom 13.3.2017 habe man sich für die Erstellung des fraglichen DNA-Profils auf die damals geltende generelle Weisung der Generalstaatsanwaltschaft gestützt (pag. 622 f.). Die polizeilichen Ermittlungen seien aufgrund eines anonymen Hinweises, der Beschuldigte habe mit dem Verkauf von grossen Mengen Kokain und Marihuana zu tun, eingeleitet worden. Im Verlauf der Ermittlungen sei festgestellt worden, dass der Beschuldigte gerüchteleweise auch im Milieu des Handels mit Kokain bezichtigt worden sei und dass er das Kokain bei einem Lieferanten aus Deutschland, Grenzregion Schweiz, beziehen solle. Der Beschuldigte sei in der Folge observiert und mit zwei Personen gesehen worden, die wegen Widerhandlungen gegen das BetmG, teilweise qualifiziert begangen, bekannt gewesen seien. Der Beschuldigte selbst sei zu diesem Zeitpunkt bei der Polizei wegen Konsums von Kokain und Marihuana verzeichnet gewesen. In der Folge habe sich der Verdacht erhärtet, dass H._____ ein möglicher Lieferant des Beschuldigten sein könnte. Gegen Ersteren sei ein Strafverfahren in Deutschland geführt worden. Gestützt auf ein Rechtshilfeersuchen aus Deutschland seien die polizeilichen Ermittlungsakten zu H._____ an den zuständigen Staatsanwalt in Deutschland weitergeleitet worden. Die Ermittlungen der Regionalfahndung Oberland seien daraufhin anfangs Februar 2014 sistiert worden, um den weiteren Verlauf des Verfahrens in Deutschland nicht zu gefährden. Nach Rücksprache mit den zuständigen Behörden in Deutschland seien die Ermittlungen im Herbst 2014 wieder weitergeführt worden. Der Beschuldigte sei am 14.10.2014 an seinem Domizil angehalten und auf die Polizeiwache Thun gebracht worden. Ihm seien Vorhalte zum anonymen Schreiben gemacht und er sei befragt worden, wobei er die Vorwürfe betreffend Verkauf von Betäubungsmitteln bestritten habe. Er habe einzig zugegeben, Silvester 2013/2014 Kokain und Marihuana konsumiert zu haben. Er habe in die anschliessend durchgeführte Hausdurchsuchung eingewilligt. Diese sei negativ verlaufen. Der Beschuldigte sei dennoch erkennungsdienstlich erfasst und es sei ein DNA-Profil erstellt worden. Die Erstellung des DNA-Profils sei erfolgt, um bereits begangene Delikte wie auch mögliche anfallende Spurenverbindungen im Zusammenhang mit den Ermittlungen der deutschen Polizei feststellen zu können – es würden im Berichtsrapport nicht alle Erkenntnisse bekannt gegeben, um die laufenden Ermittlungen der deutschen Polizei nicht zu gefährden. Nach Abschluss der Ermittlungen in der Schweiz sei ein Löschauftrag des über den Beschuldigten erstellten DNA-Profils angeordnet worden. Das DNA-Profil sei aus der Datenbank gelöscht worden, wobei das Löschdatum nicht feststehe. Die Ermittlungen der deutschen Polizei hätten keine weiteren Erkenntnisse zu möglichen Betäubungsmittelkäufen des Beschuldigten ergeben. Dem Beschuldigten habe einzig die Widerhandlung gegen das BetmG nachgewiesen werden können, welche er gestanden habe. Aus diesem Grund sei eine weitere Rapportierung an die Staatsanwaltschaft nie erfolgt (pag. 608 ff.).

8.3 Erwägungen der Kammer

Die Anordnung erkennungsdienstlicher Massnahmen und damit auch die Anordnung der Erstellung eines DNA-Profiles stellt eine Zwangsmassnahme dar. Der Frage, wer für die Anordnung von Zwangsmassnahmen zuständig ist und in welcher Form eine solche zu ergehen hat, kommt im Strafprozessrecht eine massgebende Bedeutung zu. So bezeichnet etwa RIEDO die Einhaltung der gesetzlichen Zuständigkeitsvorschriften als Gültigkeitsvorschriften (RIEDO, in: Basler Kommentar zum SVG, 1. Aufl. 2014, N. 128 zu Art. 91a SVG).

Gemäss Art. 255 Abs. 2 Bst. a StPO kann die Polizei die nicht invasive Probenahme bei Personen anordnen. Die Erstellung eines DNA-Profiles ist allerdings auch in solchen Fällen von der Staatsanwaltschaft (oder vom Gericht) anzuordnen (BGE 141 IV 87 E. 1.3.2; BBl 2006 1085 ff., S. 1241 Ziff. 2.5.5). Im Vergleich zur Anordnung einer Blutprobe (welche gemäss rechtskräftigen Beschlusses des Obergerichts des Kantons Bern BK 16 470 vom 12.1.2017 E. 4.3 eine Gültigkeitsvorschrift darstellt) hat die Staatsanwaltschaft in Bezug auf die Erstellung von DNA-Profilen ein gewisses Ermessen. Denn nur sofern die Erstellung des DNA-Profiles für eine Anlasstat notwendig erscheint oder aufgrund vergangener oder künftiger Delikte gewisser Schwere gerechtfertigt ist, darf ein DNA-Profil erstellt werden. Ferner sind die allgemeinen Voraussetzungen nach Art. 197 Abs. 1 StPO zu beachten. Die früher im Kanton Bern geltende Weisung der Generalstaatsanwaltschaft, generell die Analyse der DNA-Proben zweck Erstellung eines DNA-Profiles vorzunehmen, ist gemäss bundegerichtlicher Rechtsprechung bundesrechtswidrig. In jedem Fall ist eine Einzelfallprüfung erforderlich, um zu beurteilen, ob sich die Erstellung eines DNA-Profiles rechtfertigen lässt. Durch die fragliche Weisung der Generalstaatsanwaltschaft wurde die vom Gesetz vorgesehene Differenzierung von DNA-Entnahmen und DNA-Profil-Erstellung und die damit verbundene unterschiedliche Anordnungscompetenz faktisch aufgehoben, was bundesrechtswidrig ist (BGE 141 IV 87 E. 1.4.1 f.; Urteil des Bundesgerichts 1B_111/2015 vom 20.8.2015 E. 3.5). Durch die Feststellung des Bundesgerichts, die Polizei habe die Erstellung des DNA-Profiles nicht selbst anordnen dürfen, gab das Bundesgericht implizit an, die Einzelfallprüfung sei einzig der Staatsanwaltschaft vorbehalten (BGE 141 IV 87 E. 1.4.2). Nach dem Gesagten geht die Vorinstanz grundsätzlich fehl in der Annahme, die Polizei sei zur Anordnung der Erstellung eines DNA-Profiles befugt. Nach dem klaren Gesetzeswortlaut und der bundegerichtlichen Rechtsprechung steht diese Anordnungscompetenz einzig der Staatsanwaltschaft zu, wobei eine individuell-konkrete Anordnung zu erfolgen hat.

Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz kann diesbezüglich weder von einer Praxisänderung noch von einem Verbot der Rückwirkung gesprochen werden. In BGE 141 IV 87 ist keine Praxisänderung im Zusammenhang mit der Erstellung von DNA-Profilen erfolgt, sondern das Bundesgericht äusserte sich einzig erstmals zur bernischen Praxis der generellen Weisung der Generalstaatsanwaltschaft in Bezug auf die Erstellung von DNA-Profilen. Im fraglichen Entscheid wurde denn auch explizit ein DNA-Profil beurteilt, welches unter der früheren Weisung der Generalstaatsanwaltschaft erstellt wurde. Das Bundesgericht hielt unmissverständlich fest,

dass diese Praxis bundesrechtswidrig ist. Folglich kann keine Rede von unzulässiger Rückwirkung sein.

Ob im Einzelfall eine Gültigkeits- oder eine Ordnungsvorschrift vorliegt, bestimmt sich (sofern das Gesetz die Norm nicht selber als Gültigkeitsvorschrift bezeichnet) primär nach dem Schutzzweck der Norm: Hat die Verfahrensvorschrift für die Wahrung der zu schützenden Interessen der betreffenden Person eine derart erhebliche Bedeutung, dass sie ihr Ziel nur erreichen kann, wenn bei Nichtbeachtung die Verfahrenshandlung ungültig ist, liegt eine Gültigkeitsvorschrift vor (BGE 139 IV 128 E. 1.6; Urteil des Bundesgerichts 6B_56/2014 vom 16. Dezember 2014 E. 3.2). Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergibt sich ferner, *dass dieselbe Vorschrift im einen Fall eine Gültigkeits-, im anderen jedoch eine Ordnungsvorschrift sein kann*. So hat das Bundesgericht in BGE 139 IV 128 ausdrücklich festgehalten, dass die Frage, ob die Notwendigkeit eines schriftlichen Befehls (betreffend Durchsuchung von Aufzeichnungen im Sinn von Art. 246 StPO) eine reine Ordnungsvorschrift oder eine Gültigkeitsvorschrift darstelle, *nach den konkreten Umständen des Einzelfalls* zu beantworten sei (E. 1.1.7; so auch das Obergericht des Kantons Bern in seinem Beschluss BK 15 350 vom 22. Dezember 2015, wobei es aber gestützt auf die konkreten Umstände zu einem anderen Ergebnis gelangte; vgl. auch Beschluss des Obergerichts BK 16 470 vom 12.1.2017 E. 4.2).

Vorliegend ist folglich zu prüfen, ob es sich bei der Anordnungskompetenz im konkreten Fall um eine Gültigkeitsvorschrift handelt.

Bei der Anordnung der Erhebung eines DNA-Profiles handelt es sich um einen Eingriff in die körperliche Integrität. Wegen der höheren Eingriffsintensität gelten dabei strengere Voraussetzungen als beispielsweise bei der Durchsuchung von Personen (vgl. BBl 2006 1085 ff., S. 1240). Bestimmt das Gesetz die Staatsanwaltschaft als zuständige Behörde zur Anordnung der Erstellung eines DNA-Profiles (Art. 198 Abs. 1 Bst. a StPO), so handelt es sich um einen echten Vorbehalt. Die Botschaft definiert den Begriff einer Gültigkeitsvorschrift folgendermassen: «Soweit das Gesetz eine Bestimmung nicht selber als Gültigkeitsvorschrift bezeichnet, hat die Praxis die Unterscheidung vorzunehmen, wobei primär auf den Schutzzweck der Norm abzustellen ist: Hat die Verfahrensvorschrift für die Wahrung der zu schützenden Interessen der betreffenden Person eine derart erhebliche Bedeutung, dass sie ihr Ziel nur erreichen kann, wenn bei Nichtbeachtung die Verfahrenshandlung ungültig ist, liegt eine Gültigkeitsvorschrift vor» (BBl 2006 1085 ff., S. 1183 f. Ziff. 2.4.1.1). Aus der Botschaft ist ferner ersichtlich, dass die Regelung der Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft Geltung erlangte, weil die Erstellung eines DNA-Profiles eine grosse Nähe zu den Untersuchungen des Körpers aufweise, deren Anordnung ebenfalls dieser Behörde vorbehalten sei. Eine Sonderregelung sei lediglich bei nicht invasiven Probenahmen gerechtfertigt, wobei die Anordnung einer Analyse einzig der Staatsanwaltschaft obliege (BBl 2006 1085 ff., S. 1241 Ziff. 2.5.5).

Ein Strafverfahren ist erst zu eröffnen, wenn ein hinreichender Tatverdacht besteht (Art. 309 Abs. 1 Bst. a StPO). Die zuständige Staatsanwaltschaft wurde in den Jahren 2013/2014 offenbar nicht offiziell über das polizeiliche Ermittlungsverfahren gegen den Beschuldigten informiert. Dem Berichtsrapport vom 13.3.2017 kann entnommen werden, dass dazumal lediglich anonyme Hinweise, Gerüchte und reine

Vermutungen vorlagen. Es wurde von der zuständigen Staatsanwaltschaft kein Strafverfahren gegen den Beschuldigten eröffnet, da sich der Anfangsverdacht gegen diesen offensichtlich nicht erhärten liess. Voraussetzung für die Anordnung einer Zwangsmassnahme ist jedoch ein hinreichender Tatverdacht (vgl. Art. 197 Abs. 1 Bst. b StPO). Reine Mutmassungen, Gerüchte oder generelle Vermutungen können keinen hinreichenden Tatverdacht begründen (WEBER, in: Basler Kommentar zur StPO, 2. Aufl. 2014, N. 7 zu Art. 197). Dennoch wurde von der Polizei gestützt auf die damals geltende generelle Weisung der Generalstaatsanwaltschaft ein DNA-Profil über den Beschuldigten erstellt. Einzig gestützt auf diese Weisung ist die Erstellung des DNA-Profils jedoch wie bereits ausgeführt als bundesrechtswidrig zu bezeichnen (BGE 141 IV 87).

Als Begründung für die DNA-Profilerstellung wurde von der Regionalfahndung Oberland ausgeführt, die Erstellung sei zwecks Aufklärung der Anlasstat und allfällig möglicher zukünftiger Delikte notwendig gewesen (vgl. pag. 610). Die DNA-Probenahme zwecks Erstellung eines DNA-Profils als Beweismittel zur Aufklärung einer Anlasstat ist jedoch nur zulässig, wenn am Tatort sichergestellte Vergleichsspuren vorhanden sind. Andernfalls handelt es sich um ein untaugliches Beweismittel. Von dem ist hier auszugehen, konnten am Tatort bzw. im Rahmen der fraglichen Ermittlungen – soweit ersichtlich – keine Vergleichsspuren sichergestellt werden. Gegenteiliges wird von der Polizei nicht geltend gemacht (vgl. hierzu auch Beschluss des Obergerichts BK 15 332 vom 20.1.2016 E. 3.4). Des Weiteren kann weder von Dringlichkeit gesprochen werden noch die Rede davon sein, die DNA-Analyse sei mit Blick auf andere mögliche künftige Delikte durchgeführt worden. Eine solche Massnahme wäre nur dann verhältnismässig, wenn erhebliche und konkrete Anhaltspunkte dafür bestünden, dass der Beschuldigte in solche Delikte verwickelt sein könnte (BGE 141 IV 87 E. 1.3.1 und 1.4.1; Urteil des Bundesgerichts 1B_111/2015 vom 20.8.2015 E. 3.2). Dabei müsste es sich um Delikte von einer gewissen Schwere handeln (Urteil des Bundesgerichts 1B_685/2011 vom 23.2.2012 E. 3.3). Erforderlich wäre dafür, dass dem Beschuldigten ein schweres Delikt vorgeworfen werden könnte, welches zu einem Strafverfahren und zu einer entsprechenden Verurteilung geführt hätte (Beschluss des Obergerichts BK 15 332 vom 20.1.2016 E. 3.4). Der Beschuldigte ist im Strafregister jedoch einzig mit einem Urteil vom 10.5.2012 (Übertretung wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und Fahren in fahrunfähigem Zustand) verzeichnet (pag. 600). Es lagen mithin keine Hinweise für künftige schwere Straftaten vor.

8.4 Schlussfolgerung

Nach dem Gesagten stellt die ausschliessliche einzelfallweise (individuell-konkrete) Anordnungscompetenz der Staatsanwaltschaft im vorliegenden Fall eine Gültigkeitsvorschrift dar. Bei der vorliegend zu beurteilenden Straftat handelt es sich um einen Einbruchdiebstahlssachverhalt, d.h. Diebstahl mit einem Deliktsbetrag von CHF 300.00 (leerer Tresor), Sachbeschädigung mit einem Deliktsbetrag von CHF 3'000.00 (Beschädigung der Personaleingangstüre) und Hausfriedensbruch. Es wurden keine Personen verletzt. Damit kann nicht von einer schweren Straftat im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO gesprochen werden. Das erstellte – und zwi-

schenzeitlich bereits wieder gelöschte – DNA-Profil des Beschuldigten ist auch aus diesem Grund nicht verwertbar.

In Anwendung von Art. 141 Abs. 4 StPO sind nicht nur die illegal gesammelte Erstbeweise, sondern auch diejenigen Zweitbeweise unverwertbar, deren Erhebung nur durch die unverwertbaren Erstbeweise möglich waren (GLESS, in: Basler Kommentar zur StPO, 2. Aufl. 2014, N. 88 zu Art. 141). Ohne das entsprechende DNA-Profil wäre im vorliegenden Fall der Verdacht nicht auf den Beschuldigten gefallen. Alle ihn konkret betreffenden Beweismittel sowie seine Aussagen im vorliegenden Verfahren sind folglich nicht verwertbar (BGE 138 IV 169 E. 3.3.3 e contrario).

Aus den Akten zu weisen und bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten sowie danach zu vernichten sind folglich folgende Beweismittel:

- das DNA-Profil PCN-Nr. _____(alt) (pag. 156-159);
- der Nachtrag des Polizeirapports vom 6.1.2015 (pag. 111 ff.);
- der KTD Rapport vom 28.10.2014 (pag. 152 ff.);
- das Durchsuchungsprotokoll vom 5.11.2014 (pag. 167 ff.); die Asservatenliste vom 5.11.2014 (pag. 171 f.) und vom 8.1.2015 (pag. 173 ff.) sowie die Empfangsbestätigung vom 9.12.2014 (pag. 176);
- das Durchsuchungsprotokoll vom 9.12.2014 (pag. 178), die Asservatenliste vom 9.12.2014 (pag. 180 f.), vom 8.1.2015 (pag. 182 f.) und vom 7.1.2015 (pag. 184 f.);
- die erkennungsdienstliche Nacherfassung des Beschuldigten vom 19.11.2014 (pag. 187 f.) inklusive DNA-Analyse (PCN-Nr. _____(neu)) sowie den übrigen erhobenen biometrischen Daten (pag. 189);
- der Berichtsrapport vom 10.11.2014 (pag. 190 ff.);
- die rückwirkende Telefonüberwachung der Mobiltelefonnummer _____ des Beschuldigten (pag. 203);
- die Auswertung des Mobiltelefongeräts (pag. 203) und des Facebook-Profiles des Beschuldigten (pag. 203);
- das forensisch-molekularbiologische Gutachten des IRM vom 3.11.2015 (pag. 326 ff.);
- die Aussagen des Beschuldigten (Hafteröffnung vom 5.11.2014, pag. 10-14, pag. 121-125 und pag. 214-215; polizeiliche Einvernahme vom 5.11.2014, pag. 115-120; polizeiliche Einvernahme vom 19.11.2014, pag. 126-135; polizeiliche Einvernahme vom 16.12.2014, pag. 136-147; staatsanwaltschaftliche Einvernahme vom 17.9.2015, pag. 259-264; die Einvernahme anlässlich der Hauptverhandlung vom 16.11.2016, pag. 362-364).

III. Sachverhalt und Beweiswürdigung

9. Vorwurf gemäss Strafbefehl vom 13.4.2015

Dem Beschuldigten wird gemäss Strafbefehl vom 13.4.2015 vorgeworfen, sich des Diebstahls, der Sachbeschädigung und des Hausfriedensbruchs, begangen am 17.1.2015, ca. 01.51 Uhr, in E._____, zum Nachteil des D._____ schuldig gemacht zu haben. Der Sachverhalt wird wie folgt umschrieben (pag. 255):

A._____ brach zusammen mit einer unbekannten Person in den D._____ ein, indem sie die Personaleingangstüre aufgewuchtet haben. Sie haben im Innern des Gebäudes zwei Schubladen und einige Schränke geöffnet und den Tresor gestohlen. Der Wert des Tresors, welcher leer war, betrug CHF 300.00, der durch den Einbruch verursachte Schaden beträgt ca. CHF 300.00.

10. Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz

Die Vorinstanz hielt fest, der Beschuldigte sei nicht geständig. Aus der Fundmeldung vom 21.1.2014 gehe hervor, dass der Tresor, ein weisses T-Shirt (an einem Baum hängend, ca. 2 Meter über dem Boden direkt hinter dem Fundort des Tresors) und blaue Handschuhe (auf der Wiese neben der I._____strasse, ca. 200m vom Fundort des Tresors entfernt) an der I._____strasse vor der Unterführung J._____ aufgefunden worden seien. Die Spuren am Tresor, an den blauen Handschuhen sowie am weissen T-Shirt seien durch den Kriminaltechnischen Dienst (KTD) ausgewertet worden. Dafür seien DNA-Profile erstellt worden, welche keine Treffer ergeben hätten. Aufgrund des angeblichen Handels mit Betäubungsmitteln (leichter Fall) sei dem Beschuldigten am 14.10.2014 ein Wangenabstrich zur Gewinnung der DNA durch die Polizei abgenommen worden. Das DNA-Profil sei am 15.10.2014 erstellt worden. Aufgrund der Auswertung der DNA-Spuren auf dem weissen T-Shirt habe am 28.10.2014 eine Übereinstimmung mit dem DNA-Profil des Beschuldigten, eine Übereinstimmung mit einer Blutspur eines Fahrzeugeinbruchdiebstahls in L._____ sowie mit diversen Einbruchdiebstählen in anderen Kantonen festgestellt werden können (pag. 406 f., S. 7 f. der erstinstanzlichen Entscheidungsbegründung).

Abgesehen von der DNA-Profilspur am weissen T-Shirt würden keine eindeutigen (objektiven) Beweismittel vorliegen, welche den Beschuldigten der Tat überführen würden. Einzig auf dem Überwachungsvideo des Tankstellenshops sehe man eine Person mit weisser Kopfbedeckung, bei welcher es sich allenfalls um den Beschuldigten handeln könne (pag. 409 f., S. 10 f. der erstinstanzlichen Entscheidungsbegründung).

11. Beweismittel

Nach teilweiser Unverwertbarkeit der Beweismittel liegen der Kammer als objektive Beweismittel der Anzeigerapport vom 5.2.2014 (pag. 99 ff.; pag. 291 ff.), der Strafantrag vom 17.1.2014 (pag. 105 f.), die Fundmeldung vom 21.1.2014 (pag. 107 f.; pag. 289 f.), der Nachtrag vom 12.5.2014 (pag. 109 ff.; pag. 284 ff.; pag. 297 f.), die IPAS Meldung vom 27.1.2014 (pag. 160 ff.), die Unterlagen zu den finanziellen Verhältnissen des Beschuldigten (pag. 335 ff.; pag. 483 ff.), sowie das Überwachungsvideo vom 17.1.2014 (pag. 299) vor.

Als subjektive Beweismittel befindet sich nunmehr einzig die polizeiliche Einvernahme von K._____ (pag. 148 ff.) in den Akten.

12. Würdigung durch die Kammer

Auf dem Überwachungsvideo bzw. den Standbildern des Überwachungsvideos vom 17.1.2014 in der D._____ sind drei verummte Personen zu sehen. Zwei der Täter betreten das Innere des Shops. Der eine trägt blaue Handschuhe und eine dunkle Kopfbedeckung, ist eher gross und schwächig. Der andere Täter trägt eine weisse Kopfbedeckung, ist kleiner und eher breit gebaut (pag. 299). Bewegungsabläufe sind aus den Standbildern keine ersichtlich. Ferner lässt sich kein Hinweis auf eine allfällige Täterschaft des Beschuldigten erkennen – eine Ähnlichkeit mit einem der beiden Täter lässt sich nicht mit Sicherheit feststellen.

K._____ konnte lediglich aussagen, dass es sich um drei Täter gehandelt habe (pag. 149, Z. 23 f.), bzw. es mindestens vier Personen gewesen sein müssten, vielleicht auch fünf (pag. 149, Z. 24 f.). Später gab er an, es seien zum Zeitpunkt der Flucht und Tresorübergabe vier Personen gewesen (pag. 149, Z. 32 f.). K._____ konnte folglich einzig vage Aussagen zur Anzahl der Täter machen. Er war hingegen nicht in der Lage, einen der Täter zu identifizieren.

Nach dem Gesagten fehlen jegliche Beweise dafür, dass der Beschuldigte am 17.1.2014 mit weiteren Personen in die D._____ eingedrungen ist. Der angeklagte Sachverhalt lässt sich nicht rechtsgenügend erstellen. Es hat ein Freispruch zu erfolgen.

IV. Zum Widerrufsverfahren

13. Einstellung und Kosten

Die Kammer überprüft in Anwendung von Art. 404 Abs. 2 StPO das Widerrufsverfahren. Aufgrund des vorliegend erfolgten Freispruchs ist das Widerrufsverfahren einzustellen.

Entsprechend sind die Verfahrenskosten für das Widerrufsverfahren, erstinstanzlich festgesetzt auf CHF 300.00, vom Kanton Bern zu bezahlen. Oberinstanzlich werden keine Verfahrenskosten ausgeschrieben.

V. Kosten und Entschädigung

14. Verfahrenskosten

14.1 Für das erstinstanzliche Verfahren

Fällt die Rechtmittelinstanz eine neue Entscheidung, so befindet sie über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung neu (Art. 428 Abs. 3 StPO). Die beschuldigte Person trägt die Verfahrenskosten, soweit sie verurteilt wird (Art. 426 Abs. 1 StPO).

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Kanton Bern die erstinstanzlichen Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 4'968.00 zu tragen.

14.2 Für das oberinstanzliche Verfahren

Die Kosten im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien nach Massgabe ihres Ob- siegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Kosten werden für das oberinstanzliche Verfahren auf CHF 800.00 (exklusive CHF 400.00 für die Verfügung betreffend Wechsel der amtlichen Verteidigung, pag. 451 ff.) festgelegt (vgl. Art. 24 Abs. 1 Bst. a des Verkehrskostendekrets, VKD; BSG 161.12).

Aufgrund der oberinstanzlich erfolgenden Freisprüche gehen die Verfahrenskosten im Umfang von CHF 800.00 zu Lasten des Kantons Bern. Der Beschuldigte hat allerdings die Verfahrenskosten von CHF 400.00 für die Aufwände im Zusammenhang mit dem beantragten Wechsel der amtlichen Verteidigung zu tragen, zumal er diese selber verursachte.

15. Kosten für die amtliche Entschädigung

15.1 Für das erstinstanzliche Verfahren

Anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung machte Rechtsanwältin B._____ ein Honorar von CHF 8'651.25 (38.8 Stunden à CHF 200.00, ausmachend CHF 7'760.00; zzgl. Auslagen von CHF 250.40 und MwSt. von CHF 640.85) geltend (pag. 368 ff.).

In Anbetracht der Tatsache, dass ein Haftbeschwerdeverfahren durchgeführt worden ist, Rechtsanwältin B._____ den Beschuldigten an drei Einvernahmen begleitet und der Hausdurchsuchung beigewohnt hat sowie zwei erstinstanzliche Hauptverhandlungen stattgefunden haben, erachtet die Kammer den geltend gemachten Aufwand als angemessen und Rechtsanwältin B._____ wird entsprechend entschädigt. Der Beschuldigte untersteht weder der gesetzlichen Rück- noch Nachzahlungspflicht nach Art. 135 Abs. 4 StPO.

15.2 Für das oberinstanzliche Verfahren

Rechtsanwältin B._____ macht für das oberinstanzliche Verfahren mit der Honorarnote vom 24.10.2016 eine Entschädigung von insgesamt CHF 5'275.60 (23.4 Stunden à CHF 200.00, ausmachend CHF 4'680.00; zzgl. Auslagen von CHF 204.80 und MwSt. von CHF 390.80) geltend (pag. 589 f.).

Die Kammer erachtet das geltend gemachte Honorar als angemessen. Rechtsanwältin B._____ wird folglich mit CHF 5'275.60 entschädigt, wobei der Beschuldigte keiner Rück- oder Nachzahlungspflicht untersteht.

16. Entschädigungsforderung des Beschuldigten

Der Beschuldigte beantragte für die erlittenen wirtschaftlichen Einbussen eine Entschädigung in der Höhe von CHF 11'468.80, da ihm für die Monate November 2014 (CHF 5'097.25) und Dezember 2014 (CHF 5'097.25) keine Arbeitslosenentschädigung (inkl. AHV-Beiträge des Arbeitgebers und Kinderzulagen) ausbezahlt worden sei. Ferner seien im Januar 2015 aufgrund der ausgestandenen Untersuchungshaft 5 Tage zu wenig, ausmachend CHF 1'274.30, ausbezahlt worden (pag. 584).

Nach Art. 429 Abs. 1 Bst. b StPO werden Entschädigungen für die wirtschaftlichen Einbussen, die der beschuldigten Person aus ihrer notwendigen Beteiligung am Strafverfahren entstanden sind, ausgerichtet. Entschädigt werden Lohn- und Erwerbseinbussen, die wegen Freiheitsentzuges oder der Beteiligung an den Verfahrenshandlungen erlitten wurden. Grundsätzlich werden alle wirtschaftlichen Einbussen ersetzt (WEHRENBURG/FRANK, in: Basler Kommentar zur StPO, 2. Aufl. 2014, N. 23 zu Art. 429). Die Strafbehörde ist nicht verpflichtet, alle für die Beurteilung des Entschädigungsanspruchs bedeutsamen Tatsachen von Amtes wegen abzuklären. Gestützt auf Art. 429 Abs. 2 StPO hat sie die beschuldigte Person im Falle eines (teilweisen) Freispruchs zur Frage der Entschädigung aber mindestens anzuhören und gegebenenfalls aufzufordern, ihre Ansprüche zu beziffern und zu belegen. Es obliegt der beschuldigten Person, ihre Ansprüche zu begründen und auch zu belegen (Urteil des Bundesgerichts 6B_251/2015 vom 24.8.2015 E. 2.2.2). Dies entspricht der zivilrechtlichen Regel, wonach wer Schadenersatz beansprucht, den Schaden zu beweisen hat (Urteil des Bundesgerichts 6B_1061/2014 vom 18.4.2016 E. 1.3.1).

Im Zusammenhang mit der Überprüfung seiner Vermittlungsfähigkeit wurde der Beschuldigte mit Schreiben vom 22.1.2015 von der beco Arbeitsvermittlung aufgefordert, eine Haftbestätigung über die Dauer der Untersuchungshaft einzureichen (pag. 217; pag. 338; der Beschuldigte befand sich vom 5.11.2014 bis zum 9.1.2015 in Untersuchungshaft, vgl. pag. 4 ff.; pag. 97). Der Beschuldigte erhielt für den Monat November und Dezember 2014 keine Arbeitslosenentschädigung ausbezahlt, weil er sich in Haft befand und aus diesem Grund nicht vermittlungsfähig war. Für Januar 2015 erhielt er gemäss eigenen Angaben 5 Taggelder zu wenig ausbezahlt. Gemäss Angaben der Arbeitslosenkasse wurden die fehlenden Arbeitslosenentschädigungen dem Beschuldigten weder nachbezahlt noch habe er Anspruch darauf, diese zu einem späteren Zeitpunkt einzufordern (pag. 625 f.). Es ist ihm folglich in der Höhe der entgangenen Entschädigung ein Schaden entstanden, der ihm gestützt auf Art. 429 Abs. 1 Bst. b StPO zu erstatten ist.

Der Monat November 2014 hatte 20 Arbeitstage, welche mit Taggeldern zu entschädigen sind. Entsprechend den Angaben der Arbeitslosenkasse wären im Dezember 2014 ferner 23 Arbeitstage vergütet worden (vgl. pag. 626 und Urteil des Bundesgerichts 9C_793/2010 vom 21.3.2011 E. 4 – wonach pro Woche fünf Taggelder zu entschädigen sind, auch wenn die auf einen Werk- oder Arbeitstag entfallenden Taggelder Feiertage betreffen). Im Januar 2015 wurden dem Beschuldigten zudem 7 Taggelder zu wenig ausbezahlt (vgl. pag. 626). Dem Beschuldigten ist folglich aufgrund der Untersuchungsmaxime eine höhere Entschädigung zu gewähren, als von der Verteidigung beantragt wurde.

Die Verteidigung macht ferner die fehlenden AHV-Arbeitgeberbeiträge geltend. Dieser Anspruch ist begründet, zumal nach Art. 22a Abs. 2 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG; SR 837.0) die Arbeitgeberbeiträge der AHV durch die Arbeitslosenversicherung geleistet werden. Ferner erhielt der Beschuldigte keine Kinderzulagen.

Die folgenden Beträge (Taggelder in der Höhe von CHF 232.30) sind dem Beschuldigten folglich zu entschädigen:

November 2014:	20 Taggelder	CHF 4'646.00	
	Kinderzulagen	CHF 212.00	
	AHV/IV/EO (5.15%)	CHF 239.25	
Total			CHF 5'097.25
Dezember 2014:	23 Taggelder	CHF 5'342.90	
	Kinderzulagen	CHF 243.80	
	AHV/IV/EO (5.15%)	CHF 275.15	
Total			CHF 5'861.85
Januar 2014:	7 Taggelder	CHF 1'626.10	
	Kinderzulagen*	CHF 74.20	
	AHV/IV/EO (5.15%)	CHF 83.75	
Total			CHF 1'784.05

*anteilmässige Berechnung auf 7 Taggelder (CHF 212.00 bei 20 Taggeldern)

Insgesamt ist dem Beschuldigten mithin eine Entschädigung in der Höhe von CHF 12'743.15 zuzusprechen.

17. **Genugtuungsforderung des Beschuldigten**

Der Beschuldigte macht des Weiteren gestützt auf Art. 429 Abs. 1 Bst. c StPO eine Genugtuung für die zu Unrecht ausgestandene Untersuchungshaft von 66 Tagen, ausmachend CHF 13'200.00 (pro Tag CHF 200.00), geltend (pag. 584 f.).

Die Genugtuung nach Art. 429 Abs. 1 Bst. c StPO bezweckt einen Ausgleich für erlittene Unbill. Sie orientiert sich an der Genugtuung aufgrund von rechtswidrig angewandten Zwangsmassnahmen nach Art. 431 StPO, setzt aber im Gegensatz zu jener Genugtuungsforderung keine rechtswidrige Zwangsmassnahme voraus, sondern gewährt den Anspruch schon aufgrund der Tatsache, dass ein Freispruch bzw. eine Einstellungsverfügung erfolgte, auch wenn die Zwangsmassnahme im Zeitpunkt, als sie ausgesprochen wurde, gerechtfertigt war (WEHRENBURG/FRANK, in: Basler Kommentar zur StPO, 2. Aufl. 2014, N. 26 zu Art. 429). Zur Bestimmung der Höhe der Genugtuung sind die Dauer und Umstände der Persönlichkeitsverletzung, insb. der Verhaftung massgebend. Zu berücksichtigen sind auch die Schwere des vorgeworfenen Delikts sowie die Auswirkungen auf die persönliche Situation des Verhafteten und die Belastung durch das Verfahren, bspw. durch extensive Medienberichterstattung. Es ist mithin eine Einzelfallbeurteilung vorzunehmen, nach welcher es sich bspw. nicht rechtfertigen lässt, einheitliche Tagessätze als Entschädigung bei ungerechtfertigter Haft anzuwenden. Vielmehr braucht es eine einzelfallgerechte Zumessung. Bei der Bemessung ist insb. zu beachten, dass die Wiedergutmachung mit zunehmender Haftdauer immer schwieriger wird, die Beeinträchtigung der sozialen Existenz des Betroffenen immer stärker wird und die psychische Belastung oftmals stark zunimmt. Dies muss sich auf die Bemessung der Genugtuung auswirken (WEHRENBURG/FRANK, in: Basler Kommentar zur StPO, 2. Aufl. 2014, N. 29 zu Art. 429). Im Fall einer ungerechtfertigten Inhaftierung erachtet

das Bundesgericht grundsätzlich CHF 200.00 pro Tag als angemessen, sofern nicht aussergewöhnliche Umstände vorliegen, die eine höhere oder geringere Entschädigung rechtfertigen (Urteil des Bundesgerichts 6B_506/2015 vom 6.8.2015 E. 1.3.1). Die Festlegung der Höhe der Genugtuung beruht auf richterlichem Ermessen. Bei dessen Ausübung kommt den Besonderheiten des Einzelfalles entscheidendes Gewicht zu (Urteile des Bundesgerichts 6B_574/2010 vom 31.1.2011 E. 2.3 und 6B_758/2013 vom 11.11.2013 E. 1.2.1).

Der Beschuldigte befand sich vom 5.11.2014 bis zum 9.1.2015, ausmachend 66 Tage, in Untersuchungshaft (vgl. pag. 4 ff.; pag. 97). Im vorliegenden Fall liegen Umstände vor, welche eine Reduktion der Entschädigung von CHF 200.00 erlauben. Der Beschuldigte befand sich weder eine besonders kurze noch lange Zeit in Untersuchungshaft, weshalb die Haftdauer nicht erschwerend ins Gewicht fällt. Die ihm vorgeworfenen Delikte wiegen nicht besonders schwer. Ferner war er keiner Medienberichterstattung ausgesetzt. Weder er noch seine Familie hatten gesundheitliche Probleme, weshalb keine besondere Haftempfindlichkeit vorlag. Zwar hatte der Beschuldigte zum Zeitpunkt der Untersuchungshaft ein Kind, welches rund 6 Monate alt war. Er war allerdings arbeitslos, weshalb die Untersuchungshaft für ihn keine besonderen Konsequenzen, wie beispielsweise einen Stellenverlust, zur Folge hatte. Nach Berücksichtigung der gesamten Umstände rechtfertigt sich eine Genugtuung in der Höhe von CHF 150.00 pro Tag, ausmachend CHF 9'900.00 (vgl. hierzu auch Urteil des Bundesgerichts 6B_196/2014 vom 5.6.2014 E. 1.4 ff.).

VI. Verfügungen

18. DNA-Profil und übrige erkennungsdienstliche Massnahmen

Wird ein Verfahren mit einem Freispruch abgeschlossen, so haben die zuständigen Behörden das DNA-Profil sowie die übrigen biometrischen erkennungsdienstlichen Daten zu löschen, sobald die Rechtskraft eingetreten ist (Art. 16 Abs. 1 Bst. c des DNA-Profil-Gesetzes [SR 363; DNA-ProfilG] und Art. 17 Abs. 1 Bst. c der Verordnung über die Bearbeitung biometrischer erkennungsdienstlicher Daten [SR 361.3]).

VII. Dispositiv

Die 2. Strafkammer erkennt:

I.

Es wird **festgestellt**, dass das Urteil des Regionalgerichts Oberland (Einzelgericht) vom 16.11.2015 insoweit **in Rechtskraft erwachsen ist**, als:

festgestellt wurde, dass die F. _____ GmbH ihre **Zivilklage** vor Abschluss der erstinstanzlichen Hauptverhandlung **zurückgezogen** hat und diese auf dem Zivilweg erneut geltend machen kann (Art. 122 Abs. 4 StPO); ohne Ausscheidung von Verfahrenskosten (Ziff. V des erstinstanzlichen Dispositivs).

II.

Das **Widerrufsverfahren** betreffend des A. _____ mit Urteil der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern, Region Oberland, vom 10.5.2012 gewährten bedingten Vollzugs für eine Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu CHF 110.00, ausmachend CHF 1'100.00, **wird eingestellt**;

unter **Auferlegung** der **erstinstanzlichen Verfahrenskosten** von **CHF 300.00** an den Kanton Bern.

III.

Die folgenden Beweismittel werden **aus den Akten entfernt**, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss gehalten und danach vernichtet:

1. das DNA-Profil PCN-Nr. _____ (alt) (pag. 156-159);
2. der Nachtrag des Polizeirapports vom 6.1.2015 (pag. 111 ff.);
3. der KTD Rapport vom 28.10.2014 (pag. 152 ff.);
4. das Durchsuchungsprotokoll vom 5.11.2014 (pag. 167 ff.); die Asservatenliste vom 5.11.2014 (pag. 171 f.) und 8.1.2015 (pag. 173 ff.) sowie die Empfangsbestätigung vom 9.12.2014 (pag. 176);
5. das Durchsuchungsprotokoll vom 9.12.2014 (pag. 178), die Asservatenliste vom 9.12.2014 (pag. 180 f.), vom 8.1.2015 (pag. 182 f.) und vom 7.1.2015 (pag. 184 f.);
6. die erkennungsdienstliche Nacherfassung des Beschuldigten vom 19.11.2014 (pag. 187 f.) inklusive DNA Analyse (PCN-Nr. _____ (neu)) sowie den übrigen erhobenen biometrischen Daten (pag. 189);
7. der Berichtsrapport vom 10.11.2014 (pag. 190 ff.);

8. die rückwirkende Telefonüberwachung der Mobiltelefonnummer _____ des Beschuldigten (pag. 203);
9. die Auswertung des Mobilgeräts (pag. 203) und des Facebook-Profiles des Beschuldigten (pag. 203);
10. das forensisch-molekularbiologische Gutachten des IRM vom 3.11.2015 (pag. 326 ff.);
11. die Hafteröffnung des Beschuldigten vom 5.11.2014 (pag. 10-14, pag. 121-125 und pag. 214-215);
12. die polizeilichen Einvernahme des Beschuldigten vom 5.11.2014 (pag. 115-120), vom 19.11.2014 (pag. 126-135), vom 16.12.2014 (pag. 136-147);
13. die staatsanwaltschaftliche Einvernahme des Beschuldigten vom 17.9.2015 (pag. 259-264);
14. die Einvernahme des Beschuldigten anlässlich der Hauptverhandlung vom 16.11.2016 (pag. 362-364).

IV.

A. _____ wird **freigesprochen** von der Anschuldigung:

1. des **Diebstahls**, angeblich begangen am 17.1.2014 in E. _____, D. _____;
2. der **Sachbeschädigung**, angeblich begangen am 17.1.2014 in E. _____, D. _____;
3. des **Hausfriedensbruchs**, angeblich begangen am 17.1.2014 in E. _____, D. _____;

unter **Ausrichtung** einer **Entschädigung** von **CHF 12'743.15** für die wirtschaftlichen Einbussen sowie unter **Ausrichtung** einer **Genugtuung** von **CHF 9'900.00** für die ungerechtfertigt ausgestandene Untersuchungshaft. Die Entschädigung wird mit den vom Beschuldigten zu bezahlenden Verfahrenskosten verrechnet (Art. 442 Abs. 4 StPO);

und unter **Auferlegung** der **erstinstanzlichen Verfahrenskosten** von CHF 4'968.00 und der anteilmässigen **oberinstanzlichen Verfahrenskosten** von CHF 800.00, insgesamt ausmachend **CHF 5'968.00**, an den Kanton Bern;

sowie unter **Auferlegung** der anteilmässigen **oberinstanzlichen Verfahrenskosten** von **CHF 400.00** an den Beschuldigten.

V.

Weiter wird verfügt:

1. Die Entschädigung der amtlichen Verteidigerin, Rechtsanwältin B._____, wird für das erst- bzw. oberinstanzliche Verfahren wie folgt bestimmt:

Erste Instanz

		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		38.80	200.00	CHF	7'760.00
Reisezuschlag				CHF	
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	250.40
Mehrwertsteuer 8.0%	auf CHF		8'010.40	CHF	640.85
Auslagen ohne MWST (Übersetzungskosten)				CHF	
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	8'651.25

Obere Instanz

		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		23.40	200.00	CHF	4'680.00
Reisezuschlag				CHF	
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	204.80
Mehrwertsteuer 8.0%	auf CHF		4'884.80	CHF	390.80
Auslagen ohne MWST				CHF	
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	5'275.60

2. Dem zuständigen Bundesamt wird die Zustimmung zur Löschung des über A._____ erstellten DNA-Profiles (PCN-Nr. _____(neu)) erteilt (Art. 16 Abs. 1 Bst. c DNA-ProfilG).
3. Die Zustimmung zur Löschung der erhobenen biometrischen erkennungsdienstlichen Daten durch die auftraggebende Behörde wird erteilt (Art. 17 Abs. 1 Bst. c Verordnung über die Bearbeitung biometrischer erkennungsdienstlicher Daten).
4. Zu eröffnen
 - dem Beschuldigten, a.v.d. Rechtsanwältin B._____ (unter Beilage einer Kopie der Auskunft der G._____)
 - der Generalstaatsanwaltschaft

Mitzuteilen:

- dem Regionalgericht Oberland

Bern, 6. April 2017

Im Namen der 2. Strafkammer

Die Präsidentin:

Oberrichterin Bratschi

Die Gerichtsschreiberin:

Bank

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Strafsachen gemäss Art. 39 ff., 78 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.

Gegen den Entschädigungsentscheid kann die amtliche Verteidigung innert 10 Tagen seit Eröffnung bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts (Adresse: Pretorio, Viale Stefano Franscini 3, 6500 Bellinzona) schriftlich und begründet Beschwerde führen (Art. 135 Abs. 3 lit. b StPO).