

**Obergericht
des Kantons Bern**

Strafabteilung
Beschwerdekammer in
Strafsachen

**Cour suprême
du canton de Berne**

Section pénale
Chambre de recours pénale

Hochschulstrasse 17
Postfach 7475
3001 Bern
Telefon 031 635 48 09
Fax 031 635 48 15
Obergericht-Straf.Bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Beschluss

BK 15 62 MOR

Bern, 6. August 2015

Besetzung

Oberrichterin Schnell (Präsidentin), Oberrichter Trenkel, Oberrichter Stucki
Gerichtsschreiberin Bohren

Verfahrensbeteiligte

D. M.,
v.d. Rechtsanwältin M. H.

Beschwerdeführer



Polizeikommando des Kantons Bern, Waisenhausplatz 32, Postfach 7571, 3001 Bern
vertreten durch Kommandant-Stellvertreter B.

Beschwerdegegnerin

Gegenstand

Diebstahl / Erkennungsdienstliche Erfassung / aufschiebende Wirkung

Beschwerde gegen die Anordnung der Kantonspolizei Bern, Regionalpolizei Berner Oberland, vom 10. Februar 2015

Die Beschwerdekammer in Strafsachen hat beschlossen:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Anordnung der Kantonspolizei Bern, Regionalpolizei Berner Oberland, vom 10. Februar 2015 wird aufgehoben.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden bestimmt auf CHF 1'000.00 und vom Kanton Bern getragen.

3. Dem Beschwerdeführer wird für seine Aufwendungen im Beschwerdeverfahren eine Entschädigung von pauschal CHF 1'500.00 (inkl. Auslagen und MWST) ausgerichtet.
4. Zu eröffnen:
 - dem Beschwerdeführer, v.d. Rechtsanwältin H.
 - dem Polizeikommando des Kantons Bern, Kommandant-Stellvertreter B.Mitzuteilen:
 - der Regionalen Staatsanwaltschaft Oberland, Staatsanwältin S.

Begründung:

1.
 - 1.1 D. M. und seine Mitbewohnerin, J. F., wurden am ... in S. von drei unbekannten männlichen Personen angegriffen. Beide erlitten dabei Schnittverletzungen, die operativ behandelt werden mussten. Beide wurden beim Angriff von der Täterschaft an ihren Jacken festgehalten, weshalb die Jacken am ... zur Spurensicherung an den Kriminaltechnische Dienst der Kantonspolizei Bern (KTD) übergeben wurden. Auf der Jacke von D. M. wurde eine Mischspur von zwei Spurengebern (ein weiblicher und ein männlicher) gefunden. Die weibliche DNA konnte der Spur ab der Jacke von J. F. zugeordnet werden, weshalb die Polizei zum Schluss kam, dass es sich dabei um deren DNA handelte. Das männliche DNA-Profil aus dieser Mischspur wurde von der Polizei in die nationale Personen- und Spurendatenbank CODIS eingegeben und mit den dort gespeicherten Personen- und Spurendaten abgeglichen.
 - 1.2 Am 27. Januar 2015 wies der KTD in seinem Rapport darauf hin, dass es eine Spur-Spur Übereinstimmung zwischen dem auf der Jacke von D. M. sichergestellten Material und den bei Einbruchdiebstählen in M. und E. in den Jahren ... und ... sichergestellten Spuren gebe. Es könne sich um die unbekannte Täterschaft zum Nachteil des Beschwerdeführers handeln. Es sei aber nicht auszuschliessen, dass das erstellte männliche Profil von D. M. selber stamme. Daher müsse ein Direktvergleich veranlasst werden. Zu diesem Zweck beauftragte die Kantonspolizei Bern am 10. Februar 2015 den KTD mit der erkennungsdienstlichen Erfassung von D. M. inklusive Wangenschleimhautabstrich (WSA).
 - 1.3 Gegen diese Anordnung erhob D. M. am 20. Februar 2015 Beschwerde. Er beantragte, die Anordnung der erkennungsdienstlichen Erfassung inkl. der nicht invasiven Probenahme zur Erstellung eines DNA-Profiles vom 10. Februar 2015 sei ersatzlos aufzuheben. Ausserdem sei der vorliegenden Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Für das Beschwerdeverfahren sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, unter Beiordnung von Rechtsanwältin M. H. als amtliche Verteidigerin.
 - 1.4 Am 23. Februar 2015 erteilte die Verfahrensleiterin der Beschwerdekammer in Strafsachen der Beschwerde von D. M. die aufschiebende Wirkung. Das Polizeikommando des Kantons Bern nahm am 13. März 2015 zur Beschwerde Stellung und beantragte, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen, unter Kostenfolge. D. M. replizierte am 7. April 2015 und hielt an seinen Anträgen fest. Die Ver-

fahrensleiterin der Beschwerdekammer in Strafsachen eröffnete am 16. April 2015 einen zweiten Schriftenwechsel. Das Polizeikommando des Kantons Bern nahm am 27. April 2015 zur Replik von D. M. Stellung. Dieser wiederum verzichtete am 25. Mai 2015 auf eine Triplik.

2.

- 2.1 Gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Polizei kann bei der Beschwerdekammer in Strafsachen innert 10 Tagen schriftlich und begründet Beschwerde geführt werden (Art. 393 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 396 Abs. 1 StPO, Art. 35 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1] i.V.m. Art. 29 Abs. 2 des Organisationsreglements des Obergerichts [OrR OG; BSG 162.11]). Der Kommandant-Stellvertreter des Polizeikommandos des Kantons Bern beantragt vorweg, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. Er stellt sich auf den Standpunkt, es liege kein taugliches Anfechtungsobjekt vor, welches mit Beschwerde angefochten werden könne. Einerseits sei der Beschwerdeführer mit der erkennungsdienstlichen Erfassung einverstanden gewesen. Entsprechend sei auf der angefochtenen Verfügung angekreuzt worden, dass er die Erfassung nicht verweigere, was der Beschwerdeführer auch unterzeichnet habe. Ausserdem sei die angefochtene Verfügung nicht an den Beschwerdeführer adressiert. Sie bilde bloss eine interne Dienstweisung an den KTD. Die Beschwerde sei daher als Widerruf der Einwilligung in die erkennungsdienstliche Erfassung zu verstehen, die angefochtene Verfahrenshandlung habe noch gar nicht stattgefunden.
- 2.2 Dem kann nicht gefolgt werden. Die angefochtene Verfügung ist zwar an den KTD adressiert, die Information auf der zweiten Seite der Verfügung richtet sich indessen an den Beschwerdeführer. Er wird darüber informiert, dass die Polizei beabsichtige, von ihm ein DNA-Profil erstellen zu lassen. Ausserdem ist die Verfügung vom Beschwerdeführer unterzeichnet und diesem in Kopie ausgehändigt worden. Es ist somit ebenfalls als Adressat dieser Verfügung anzusehen. Wenn er sich gegen den geplanten WSA zur Wehr setzen will, bleibt ihm nur die Beschwerde gegen diese Verfügung. Es ist nicht vorgesehen, dass er in einem weiteren Schritt (erneut) über die geplante Massnahme informiert würde. Im Weiteren hat auch der Umstand, dass er die erkennungsdienstliche Erfassung nicht verweigert hat, keinen Einfluss auf die Anfechtbarkeit der besagten Verfügung. Sie ist nicht als Einwilligung in die beabsichtigte Zwangsmassnahme zu verstehen. Eine Verweigerung der erkennungsdienstlichen Erfassung hätte umgekehrt einzig zur Folge, dass die Staatsanwaltschaft über deren Anordnung entscheiden müsste (Art. 260 Abs. 4 StPO). Eine Verweigerung des WSA würde wiederum keine Wirkung zeitigen. Deren Anordnung liegt auch im Weigerungsfall in der Kompetenz der Polizei.
- 2.3 Es kommt hinzu, dass die Frage der Verwertbarkeit eines Zufallsfundes zwar in die Kompetenz der Verfahrensleitung fallen würde (Art. 243 Abs. 2 StPO). Es würde indessen einem prozessualen Leerlauf gleichkommen, die Sache zum Entscheid über diese Frage an die Staatsanwaltschaft zu übermitteln. Im Rahmen der angefochtenen Anordnung zur erkennungsdienstlichen Erfassung inkl. WSA wird die Beschwerdekammer daher vorfrageweise über die Verwertbarkeit des Zufallsfundes zu entscheiden haben.

- 2.4 Der Beschwerdeführer ist nach dem Gesagten durch die angefochtene Verfügung unmittelbar in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen und ist folglich zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 382 Abs. 1 StPO). Er hat an der Überprüfung der angeordneten erkennungsdienstlichen Erfassung (inkl. WSA) ein aktuelles und praktisches Rechtsschutzinteresse. Auf die im Weiteren form- und fristgerechte Beschwerde ist einzutreten.
- 3.
- 3.1 Der Beschwerdeführer macht zusammengefasst geltend, die von ihm auf seiner Jacke erhobene DNA-Probe hätte vor dem Einlesen in die nationale DNA-Datenbank CODIS ausgeschlossen werden müssen. Das Vorgehen der Kantonspolizei sei als unzulässige Beweisausforschung zu werten, weil gegen ihn kein hinreichender Tatverdacht bestehe. Nicht einmal die DNA einer beschuldigten Person dürfe mit sämtlichen Spuren ungeklärter Delikte abgeglichen werden. Die angeordnete erkennungsdienstliche Erfassung sei unzulässig. Ausserdem sei ein Vergleich der Tatortspuren mit Spuren ungeklärter Straftaten ungeeignet, um die Täterschaft der Körperverletzung zu ermitteln. Es sei daher nicht nachvollziehbar, weshalb die Spuren ab seiner Kleidung mit Spuren eines Einbruchdiebstahls verglichen worden seien. Es hätte sich aufgedrängt, den Abgleich der DNA-Spur einerseits auf die Personendatenbank (und nicht Spurendatenbank) und andererseits auf Delikte zu beschränken, bei welchen die gleiche Täterschaft mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit in Frage komme.
- 3.2 Dem hält das Polizeikommando in seiner Stellungnahme entgegen, dass nach der Übermittlung der Tatortspuren ein automatischer Abgleich mit der Spuren- und Personendatenbank CODIS erfolgt sei. Es handle sich dabei um eine reine Auswertung von biologischen Tatortspuren im Zusammenhang mit der begangenen Körperverletzung zum Nachteil des Beschwerdeführers mit dem Ziel, die unbekannte Täterschaft zu ermitteln und weitere Tatzusammenhänge mittels Spur-Spur-Übereinstimmungen zu erkennen. Der Abgleich mit der Datenbank CODIS hätte nicht nur zu einem Spur-Spur-Treffer, sondern auch zu einem Spur-Person-Treffer führen können. Daraus hätten sich Rückschlüsse auf die Täterschaft ziehen lassen. Durch die Abfrage im CODIS sei kein unzulässiger Ausforschungsbeweis, sondern lediglich ein Zufallsfund entstanden. Die Entdeckung einer Übereinstimmung mit Spuren von früheren Straftaten des Beschwerdeführers sei nicht beabsichtigt gewesen. Aufgrund der Tatsache, dass der Beschwerdeführer auch männlich sei und die DNA-Spur an seiner eigenen Jacke gefunden wurde, bestehe zumindest eine hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass die gefundene Übereinstimmung ihn betreffen könne und er mit den Einbruchdiebstählen aus den Jahren ... und in Verbindung stehen könne. Daher bestehe gegen ihn ein hinreichender Tatverdacht. Als dem Beschwerdeführer mitgeteilt worden sei, dass er als beschuldigte Person infrage komme, habe er gegenüber einer Mitarbeiterin der Kantonspolizei Bern von sich aus ausgeführt, vor einigen Jahren Jugendsünden begangen zu haben und es möglich sei, dass es sich um seine Spuren handle. Durch diese Äusserung erhärte sich der Tatverdacht gegen den Beschwerdeführer. Die Mitarbeiterin sei als Zeugin zu befragen.
- 3.3 Zur Aufklärung eines Verbrechens oder eines Vergehens kann eine Probe genommen und ein DNA-Profil erstellt werden von anderen Personen, insbesondere Opfern oder

Tatortberechtigten, soweit es notwendig ist, um von ihnen stammendes biologisches Material von jenem der beschuldigten Person zu unterscheiden (Art. 255 Abs. 1 lit. b StPO). Diese Proben dienen nur zur Differenzierung und werden nicht in die DNA-Datenbank übernommen. Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist es, dass bisher nicht beschuldigte Personen auf keinen Fall als Täter von bereits begangenen Delikten erkannt werden, auch wenn sich von diesen Delikten DNA-Spuren in der Datenbank befinden. Damit wird unzulässige Beweisausforschung verhindert (HANSJAKOB, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Auflage 2014, Art. 255 N 16). Die Auswertung von tatrelevantem biologischen Material kann gestützt auf Art. 255 Abs. 2 lit. b StPO von der Polizei angeordnet werden. Die Tatrelevanz einer Spur ergibt sich oft erst aus dem Ergebnis der Auswertung. Es genügt vorab eine entsprechende Vermutung (HANSJAKOB, a.a.O., Art. 255 N 19).

Das Polizeikommando stellt sich auf den Standpunkt, in die Grundrechte nicht beschuldigter Personen sei nur besonders zurückhaltend einzugreifen. Das gewählte Vorgehen der Kantonspolizei, kein Vergleichs-DNA-Profil des Beschwerdeführers zu erstellen, sei daher das mildere Mittel gewesen. Dieses Argument ist nicht stichhaltig. Der Abgleich mit der DNA von Opfern ist vielmehr immer dann durchzuführen, wenn tatrelevante Spuren an einem Tatort von denjenigen auszuschneiden sind, die von unverdächtigen Dritten stammen, die unverdächtige Kontakte mit Gegenständen hatten, ab denen DNA-Spuren gesichert wurden. Mit anderen Worten bildet Art. 255 Abs. 1 lit. b StPO eine Rechtsgrundlage für die DNA-Probenahme bei nicht beschuldigten Personen und stellt sicher, dass das so gewonnene DNA-Profil nicht in die Datenbank gelangt. Die Bestimmung schreibt der Polizei aber nicht vor, in jedem Fall alle möglichen Tatortberechtigten oder Opfer zuerst als Spurengeber auszuschliessen. Vielmehr handelt sich hier um eine „Kann-Bestimmung“. Die Formulierung „soweit es notwendig ist“ gewährt der Polizei ein grosses Ermessen beim Entscheid, ob sie zuerst einen Abgleich der am Tatort gefundenen DNA-Spuren mit der DNA des Opfers durchführt oder diese als tatrelevant einschätzt und direkt in die CODIS-Datenbank eingibt.

Im vorliegenden Fall wurde eine DNA-Mischspur auf der Jacke des Beschwerdeführers (Schulter) gefunden, welche anteilig von dessen Wohnpartnerin stammte. Die Polizei durfte im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens davon ausgehen, dass die Spur von der unbekannten Täterschaft stammte, da der Beschwerdeführer von dieser mutmasslich an der Schulterpartie seiner Jacke festgehalten wurde. Anders zu entscheiden wäre beispielsweise dann, wenn die Polizei von dem an der Jacke haftenden Blut ein DNA-Profil erstellt und dieses nicht mit der Opfer-DNA abgeglichen hätte. Der Verzicht auf die Erstellung eines DNA-Profils des Beschwerdeführers als Opfer zum Abgleich des an der Jacke gefundenen biologischen Materials war indessen zulässig.

- 3.4 Eine DNA-Spur, die als tatrelevant betrachtet wird, darf grundsätzlich sowohl mit der Personen- als auch mit der Spurendatenbank CODIS abgeglichen werden, soweit sich daraus konkrete neue Erkenntnisse in der zu führenden Strafuntersuchung erwarten lassen. Wird indessen konzeptlos in der CODIS-Datenbank nach Übereinstimmungen gesucht, liegt eine unzulässige Beweisausforschung vor. Vorliegend macht die Polizei einzig geltend, der Abgleich mit der Spurendatenbank von CODIS hätte mögliche

Rückschlüsse auf weitere Tatzusammenhänge in Bezug auf die Körperverletzung zum Nachteil des Beschwerdeführers ergeben können. Konkrete Zusammenhänge werden indessen weder geltend gemacht, noch sind solche ersichtlich. Folglich war der Abgleich der DNA-Spur auch mit der Spurendatenbank CODIS für die Ermittlung wegen Körperverletzung zweckuntauglich. Es kommt hinzu, dass bereits vor der Eingabe der DNA-Spur in die Datenbank sichtbare Hinweise dafür bestanden, dass diese mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit vom Opfer selbst stammen könnte (Jacke des Opfers, mit DNA des zweiten Opfers vermischt). Letztlich wurde die Tatsache, dass die Spur auf der Jacke des Beschwerdeführers gefunden wurde, von der Polizei selbst zur Begründung eines Anfangsverdachts gegen den Beschwerdeführer verwendet. Trotz dieser Anzeichen hat die Polizei auf einen Abgleich der Spur mit der DNA des Opfers – wie oben gezeigt rechtmässig – verzichtet. Es bestand also von vornherein erkennbar die Möglichkeit, dass ein Abgleich der DNA-Spur mit der Spurendatenbank CODIS Erkenntnisse über ungeklärte strafbare Handlungen des Beschwerdeführers ergeben könnte, auch wenn diese nicht direkt beabsichtigt gewesen waren. Um das Opfer vor unzulässiger Beweisausforschung zu schützen, wäre unter den gegebenen Umständen eine Einschränkung der Suchabfrage auf die Personendatenbank angezeigt gewesen. Bei diesem Vorgehen hätte einerseits die unbekannte Täterschaft ermittelt werden können, andererseits wäre dadurch dem Schutz der Opfer und Tatortberechtigten Rechnung getragen worden. Da die Polizei dennoch eine umfassende Abfrage in der CODIS-Datenbank durchführte und dadurch eine Spur von ungeklärten Einbruchdiebstählen fand, die allenfalls vom Beschwerdeführer stammen könnte, ist dieses Vorgehen als unzulässige Beweisausforschung anzusehen. Der gefundene Hit ist gegen den Beschwerdeführer nicht verwertbar. Ein Anfangsverdacht gegen den Beschwerdeführer ist somit zu verneinen. Ein solcher ergibt sich auch nicht aus dessen Aussage gegenüber einer Mitarbeiterin der Polizei, da diese ebenfalls nicht verwertet werden darf (Art. 158 Abs. 2 StPO). Eine Befragung der Polizistin als Zeugin würde daran nichts ändern.

Ohne entsprechenden Anfangsverdacht gegen den Beschwerdeführer erweist sich die angeordnete erkennungsdienstliche Erfassung inkl. WSA als nicht rechens. Die Beschwerde ist gutzuheissen und die angefochtene Verfügung aufzuheben.

4. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Kanton Bern die Kosten (Art. 428 Abs. 1 StPO). Dem obsiegenden Beschwerdeführer ist eine angemessene Entschädigung für seine Aufwendungen im Beschwerdeverfahren auszurichten. Dessen Gesuch um amtliche Verteidigung wird damit gegenstandslos.

Bern, 6. August 2015

Im Namen der Beschwerdekammer
in Strafsachen

Die Präsidentin:

Oberrichterin Schnell

Die Gerichtsschreiberin:

Bohren

Die Entschädigung für das Beschwerdeverfahren wird durch die Beschwerdekammer in Strafsachen entrichtet. Es wird um Zustellung eines Einzahlungsscheins ersucht.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung 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.