

des Kantons Bern

**Cour suprême
du canton de Berne**

Beschwerdekammer in
Strafsachen

Chambre de recours pénale

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 09
Fax +41 31 635 48 15
obergericht-straf.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Beschluss

BK 16 529

Bern, 22. Februar 2017

Besetzung

Oberrichterin Schnell (Präsidentin), Oberrichter Trenkel, Oberrichter Stucki
Gerichtsschreiber i.V. Nydegger

Verfahrensbeteiligte

A._____, gesetzlich v.d. F._____, (Mutter),
v.d. Rechtsanwalt B._____
Beschuldigter/Beschwerdeführer



Gegenstand

Erkennungsdienstliche Erfassung / DNA-Analyse
Strafverfahren wegen Sachbeschädigung

Beschwerde gegen die Verfügung der Regionalen Jugendanwaltschaft Bern-Mittelland vom 6. Dezember 2016 (BM-16-1141)

Erwägungen:

1.

1.1 Gegen A._____, vertreten durch Rechtsanwalt B._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer), ist bei der Regionalen Jugendanwaltschaft Bern-Mittelland (nachfolgend: Jugendanwaltschaft) eine Untersuchung wegen Sachbeschädigung durch Farbsprayereien hängig (BM-16-1141). Der Beschwerdeführer wird verdächtigt, zusammen mit einer anderen Person am 8. November 2016 in E._____ an einer Autobahnlärmschutzwand Sprayereien angebracht zu haben. Die Täterschaft konnte jedoch vor der anrückenden Polizei fliehen und liess am Tatort einen Rucksack mit einer «Action-Kamera», Sprayer-Utensilien sowie diverse Spraydosen und eine Cola Flasche zurück. Auf einem sich auf der Kamera befindlichen Gruppenfoto sind sechs Personen ersichtlich, darunter der Beschwerdeführer.

1.2 Am 6. Dezember 2016 verfügte die Jugendanwaltschaft die erkennungsdienstliche Erfassung, die Abnahme eines Wangenschleimhautabstriches sowie die Erstellung eines DNA-Profiles beim Beschwerdeführer. Dagegen erhob dieser am 19. Dezember 2016 Beschwerde und beantragte die Aufhebung der Verfügung unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Am 22. Dezember 2016 verfügte die Verfahrensleitung die aufschiebende Wirkung der Beschwerde. Die leitende Jugendanwältin delegierte am 23. Dezember 2016 das Beschwerdeverfahren an Jugendanwältin C._____. Diese nahm nach gewährter Fristverlängerung am 19. Januar 2017 zur Beschwerde Stellung und beantragte die kostenfällige Abweisung. Der Beschwerdeführer replizierte am 11. Februar 2017 und hielt an seinen Anträgen fest.

1.3 Gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Jugendanwaltschaft kann bei der Beschwerdekammer in Strafsachen innert 10 Tagen schriftlich und begründet Beschwerde geführt werden (Art. 39 Abs. 1 der Jugendstrafprozessordnung [JStPO; SR 312.1] i.V.m. Art. 393 Abs. 1 Bst. a und Art. 396 Abs. 1 der Strafprozessordnung [StPO; SR 312.0], 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 Beschwerdeführer ist durch die angefochtene Verfügung unmittelbar in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen und somit zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 39 Abs. 1 und 3 JStPO i.V.m. Art. 382 Abs. 1 StPO). Auf die form- und fristgerechte Beschwerde ist einzutreten.

2.

2.1 Der Beschwerdeführer stellt die Rechtmässigkeit der angeordneten erkennungsdienstlichen Massnahmen (erkennungsdienstliche Erfassung, DNA-Probeentnahme und Erstellung des DNA-Profiles) in Frage. Er bestreitet zusammengefasst das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts und die Verhältnismässigkeit der angeordneten Zwangsmassnahme. Der einzige auf den Beschwerdeführer hinweisende Verdachtsmoment bestehe darin, dass dieser auf den in der Kamera aufgefundenen Fotos ersichtlich sei, welche anlässlich einer Zugfahrt aufgenommen worden seien. Es bestehe weder ein sachlicher noch ein zeitlicher Zusammenhang zwischen den Aufnahmen und der zu untersuchenden Sachbeschä-

digung. Aus der Tatsache, dass sechs Personen auf den Fotos ersichtlich seien zu schliessen, dass sich die beiden gesuchten Täter unter diesen Personen befinden, sei ein rein spekulativer und daher unzulässiger Schluss. Es gebe keinerlei Hinweise darauf, dass die während der Zugfahrt fotografierten Personen an der fraglichen Tat beteiligt gewesen wären. Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer auf der Kamera erkennbar sei, vermöge lediglich die Vermutung zu begründen, dass ein Bezugspunkt zwischen ihm und den Tätern bestehe. In diesem Sinne fehle es am hinreichenden Tatverdacht gemäss Art. 197 Abs. 1 Bst. a StPO. Es lägen keine Hinweise auf eine Straftat von erheblicher und konkreter Natur vor, wie sie das Bundesgericht für die Begründung des hinreichenden Tatverdachts verlange. Mit den angeordneten Zwangsmassnahmen werde keinem bestehenden Tatverdacht nachgegangen, sondern es werde vielmehr ein Tatverdacht generiert, was einer unzulässigen Beweisausforschung («fishing expedition») gleichkomme. Auf Grund des fehlenden hinlänglichen Tatverdachts werde durch die angefochtene Verfügung auch das Verhältnismässigkeitsprinzip von Art. 197 Abs. 1 Bst. c und d StPO verletzt. Die Abnahme einer DNA-Probe und die Erstellung eines DNA-Profiles sei auch zur Aufklärung anderer gegenwärtig zu untersuchenden oder allfällige zukünftiger Straftaten nur dann zulässig, wenn ein hinlänglicher Tatverdacht für eine zu untersuchende Anlasstat gegeben sei. Diese Voraussetzung sei vorliegend nicht erfüllt. Konkrete Anhaltspunkte einer leicht erhöhten Wahrscheinlichkeit, dass der Beschwerdeführer bereits früher andere Verbrechen oder Vergehen begangen habe, lägen nicht vor und würden auch nicht geltend gemacht.

- 2.2 Die Jugendanwaltschaft bringt dagegen vor, dass – entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers – davon ausgegangen werden könne, dass die Kamera einer dieser sechs Personen gehöre, da es sich bei dem Foto um ein «Gruppen Selfie» handle. Es sei unwahrscheinlich, dass die Kamera einer weiteren, auf dem Bild nicht ersichtlichen Person gehöre. Alle auf dem Bild erkennbaren Personen seien der Polizei und der Jugendanwaltschaft aus Verfahren wegen Sachbeschädigungen bekannt, seien im gleichen Alter, würden im gleichen Quartier wohnen und seien bereits mehrmals in diversen Gruppenkonstellationen im Zusammenhang mit Sachbeschädigungen kontrolliert worden. Einige von ihnen seien durch die Jugendanwaltschaft wegen Sachbeschädigungen (Sprayereien und Tags) verurteilt worden. Auch wenn der Beschwerdeführer selbst nicht verurteilt worden sei, sei offensichtlich, dass er sich in Spayerkreisen bewege, womit ein hinreichender Tatverdacht begründet sei. Selbst wenn die DNA-Profilerstellung zur Klärung der vorliegenden Anlasstat nicht notwendig wäre, wäre sie statthaft. Es lägen konkrete Anhaltspunkte einer leicht erhöhten Wahrscheinlichkeit vor, dass der Beschwerdeführer bereits früher andere Verbrechen oder Vergehen begangen habe, weshalb die Profilerstellung auch zur Klärung anderer gegenwärtig zu untersuchender oder allfällig zukünftiger Straftaten zulässig sei. Die Zwangsmassnahme sei notwendig, verhältnismässig und liege im öffentlichen Interesse.
- 2.3 In der Replik ergänzt der Beschwerdeführer, der Umstand, dass alle auf dem Bild erkennbaren Personen der Polizei und der Jugendanwaltschaft aus Verfahren wegen Sachbeschädigung bekannt bzw. in diversen Gruppenkonstellationen im Zusammenhang mit Sachbeschädigungen von der Polizei kontrolliert worden seien, sei aufgrund der in Art. 10 Abs. 1 StPO verankerten Unschuldsvermutung für die

Begründung eines hinlänglichen Tatverdachtes nicht relevant. Überdies könne die vage Vermutung, eine Person bewege sich in Spayerkreisen und somit in einem kaum definierten Personenkreis, keinen hinlänglichen Tatverdacht begründen. Die vagen Annahmen der Jugendanwaltschaft würden zudem keine ersthaften und konkreten Anhaltspunkte für vergangene oder künftige Straftaten des Beschwerdeführers bilden.

3.

- 3.1 Gemäss Art. 255 Abs. 1 Bst. a StPO kann zur Aufklärung eines Verbrechens oder eines Vergehens von der beschuldigten Person eine Probe genommen und ein DNA-Profil erstellt werden. Entgegen dem Gesetzeswortlaut von Art. 255 Abs. 1 und Art. 196 Bst. a StPO kann eine DNA-Probe nicht nur angeordnet werden, wenn sie als Beweismittel zur Aufklärung der Anlasstat verwertet werden soll. Lehre und Rechtsprechung sind sich weitgehend einig, dass die Abnahme einer DNA-Probe und die Profilerstellung auch zulässig sind, wenn damit andere gegenwärtig zu untersuchende oder allfällige zukünftige Straftaten aufgeklärt werden können. Das DNA-Profil kann so Irrtümer bei der Identifikation einer Person und die Verdächtigung Unschuldiger verhindern. Es kann auch präventiv wirken und damit zum Schutz Dritter beitragen (Urteil des Bundesgerichts 1B_111/2015 vom 20. August 2015 E. 3.1 mit Hinweis auf die Urteile 1B_277/2013 vom 15. April 2014 E. 4.3.2, in: Pra 2014 Nr. 97 S. 765; 1B_324/2013 vom 24. Januar 2014 E. 3.2.1). Das Bundesgericht verlangt aber, dass erhebliche und konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die beschuldigte Person in andere – vergangene oder künftige – Delikte verwickelt sein könnte, wobei es sich um Delikte gewisser Schwere handeln muss (Urteil des Bundesgerichts 1B_111/2015 vom 20. August 2015 E. 3.2 mit Hinweis auf BGE 141 IV 87 E. 1.3.1 und 1.4.1 sowie Urteil des Bundesgerichts 1B_685/2011 vom 23. Februar 2012 E. 3.3, in: SJ 2012 I 440). Es bedarf dabei einer gegenüber dem Durchschnittsbürger anhand konkreter Anhaltspunkte leicht erhöhten Wahrscheinlichkeit, dass die betroffene Person bereits früher andere Verbrechen oder Vergehen begangen hat (zum Ganzen FRICKER/MÄDER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 7c zu Art. 255 StPO). Das Dargestellte gilt auch für die erkennungsdienstliche Erfassung gemäss Art. 260 Abs. 1 StPO, mit dem Unterschied, dass diese auch für Übertretungen angeordnet werden kann.

Erkennungsdienstliche Massnahmen (d.h. die erkennungsdienstliche Erfassung sowie die DNA-Probenahme und DNA-Profilerstellung) einerseits und die Aufbewahrung der Daten andererseits stellen Grundrechtseingriffe dar. Tangiert werden das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV; SR 101]), auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) und auf Familienleben (Art. 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [EMRK; SR 0.101]; BGE 136 I 87 E. 5.1, 128 II 259 E. 3.2, je mit Hinweisen). Es handelt sich allerdings lediglich um einen leichten Eingriff in diese Grundrechte (BGE 134 III 241 E. 5.4.3, 128 II 259 E. 3.3; Urteil des Bundesgerichts 2C_257/2011 vom 25. Oktober 2011 E. 6.7.3).

Einschränkungen von Grundrechten müssen nach Art. 36 Abs. 2 und 3 BV durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein. Dies konkretisiert Art. 197 Abs. 1 StPO. Danach können Zwangsmassnahmen nur ergriffen werden, wenn ein hinreichender Tatverdacht vorliegt (Bst. b), die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können (Bst. c) und die Bedeutung der Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt (Bst. d).

- 3.2 Gegen den Beschwerdeführer wird wegen Sachbeschädigung i.S.v. Art. 144 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.0) ermittelt, was eine Anlasstat nach Art. 255 Abs. 1 StPO bzw. Art. 260 StPO darstellt. Umstritten ist hingegen, ob ein hinreichender Tatverdacht für die Anordnung der erkennungsdienstlichen Massnahmen vorliegt.

Die zwei flüchtenden Täter konnten von der Polizei nicht angehalten und daher nicht identifiziert werden. Einziger Hinweis auf eine mögliche Tatbeteiligung des Beschwerdeführers liegt in der am Tatort zurückgelassenen Kamera bzw. dem darauf befindlichen Gruppenfoto, welches den Beschwerdeführer mit fünf weiteren Personen zeigt. Zwischen dem Gruppenfoto und der untersuchenden Sachbeschädigung ist weder ein sachlicher noch ein zeitlicher Zusammenhang erkennbar. Da die Aufnahme offenbar nicht am Tatort selbst, sondern vorgängig anlässlich einer Zugfahrt aufgenommen wurde, liefert diese auch keine Hinweise auf eine mögliche Tatortanwesenheit des Beschwerdeführers. Die Aufnahme beweist lediglich, dass der Beschwerdeführer mit dem Besitzer der Kamera und somit vermutlich zumindest mit einem der mutmasslichen Täter Kontakte pflegt. Eine Tatbeteiligung an der zu untersuchenden Sachbeschädigung lässt sich daraus nicht ableiten. Der Beschwerdeführer ist bisher strafrechtlich nicht in Erscheinung getreten und wurde bisher nie verurteilt. Die beiden gegen ihn geführten Verfahren wegen Sachbeschädigung wurden eingestellt (BM-16-0009) bzw. nicht an die Hand genommen (BM-16-0067). Aufgrund der vorliegenden Aktenlage lässt sich kein hinreichender Tatverdacht bezüglich der Anlasstat ableiten.

Daran ändert nichts, dass die sechs Personen auf dem Foto – gemäss Angaben der Jugendanwaltschaft – in etwa im gleichen Alter seien, im gleichen Quartier wohnen würden, polizeilich und auch bei der Jugendanwaltschaft wegen ähnlicher Delikte in Erscheinung getreten seien, teilweise einschlägig verurteilt worden seien und sich demzufolge in Sprayerkreisen bewegen sollen. Die generelle Vermutung, eine Person verkehre in einem gewissen Personenkreis bzw. in einer gewissen Gruppierung, begründet keinen hinreichenden Tatverdacht. Die Jugendanwaltschaft führt hierzu selbst aus, dass die auf dem Foto erkennbaren Jugendlichen mehrmals in diversen Gruppenkonstellationen im Zusammenhang mit Sachbeschädigungen kontrolliert worden seien, was gegen eine homogene Gruppierung spricht. Hieraus kann somit in Bezug auf die dem Beschwerdeführer vorgeworfene Straftat kein hinreichender Tatverdacht begründet werden.

Es liegen folglich keine konkreten und erheblichen Hinweise auf eine Straftat vor, wodurch kein hinreichender Tatverdacht bezüglich der zur Last gelegten Sachbeschädigung vorliegt. Der Tatverdacht gegen den Beschwerdeführer stützt sich grösstenteils auf Vermutungen, was zur Annahme eines hinreichenden Tatverdachts nicht genügt.

- 3.3 Nicht gefolgt werden kann zudem dem Argument der Jugendanwaltschaft, wonach sich die DNA-Probenahme mit Blick auf andere – künftige oder vergangene – Delikte begründen lasse. Eine solche Massnahme wäre nur dann verhältnismässig, wenn erhebliche und konkrete Anhaltspunkte dafür bestünden, dass der Beschwerdeführer 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. August 2015 E. 3.2 f.).

Die vom Bundesgericht verwendeten Adjektive «erheblich» und «konkret» verdeutlichen, dass es sich um Anhaltspunkte handeln muss, die von einer gewissen Relevanz sind, sowie dass diese nicht abstrakt bzw. fiktional sein dürfen. Reine Mutmassungen, Gerüchte und generelle Vermutungen scheiden damit aus (ACKERMANN, Tatverdacht und Cicero, in: Festschrift für Franz Riklin, 2007, S. 326; WEBER, in Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 7 zu Art. 197 StPO). Allein der Umstand, dass der Beschwerdeführer der Polizei und der Jugendanwaltschaft aus Verfahren wegen Sachbeschädigungen bekannt sei, sich mutmasslich in Sprayerkreisen bewege und alle Personen auf dem Foto mehrmals in diversen Gruppenkonstellationen im Zusammenhang mit Sachbeschädigungen kontrolliert worden seien, reicht nicht zur Begründung der erforderlichen Anhaltspunkte. Die pauschale Vermutung der Zugehörigkeit zu Sprayerkreisen – einer mithin nicht klar definier- und abgrenzbaren Personengruppe – begründet keine rechtsgenüglichen Anhaltspunkte. Erforderlich wäre, dass dem Beschwerdeführer ein schweres Delikt vorgeworfen werden könnte, welches zu einem Strafverfahren und zu einer entsprechenden Verurteilung geführt hätte. Wie dargelegt ist der Beschwerdeführer nicht vorbestraft und die bisher gegen ihn geführten Verfahren wurden eingestellt bzw. nicht an die Hand genommen. Für die von der Jugendanwaltschaft vorgebrachten Behauptungen sind – abgesehen von der Tatsache, dass gegen den Beschwerdeführer zwei Verfahren wegen Sachbeschädigung geführt wurden – den der Kammer vorliegenden Akten keine weiteren belastenden Hinweise zu entnehmen. Es handelt sich um blosser Behauptungen, die – auch wenn sie aus dem polizeilichen Umfeld stammen – keine ausreichend konkreten Indizien zu vermitteln vermögen.

Es liegen im Ergebnis keine genügenden Anhaltspunkte dafür vor, dass der Beschwerdeführer in Vergangenheit oder Zukunft mit erhöhter Wahrscheinlichkeit in Straftaten involviert war oder sein wird. Eine präventive, routinemässige erkennungsdienstliche Erfassung und die Erstellung von DNA-Profilen ohne konkrete Hinweise auf weitere Straftaten, ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht zulässig (Urteil des Bundesgerichts 6B_718/2014 vom 10. Dezember 2014 E. 1.4.2 mit Hinweisen).

- 3.4 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass mangels konkreter Anhaltspunkte ein hinreichender Tatverdacht gegenüber dem Beschwerdeführer nicht gegeben ist, womit die beabsichtigten Zwangsmassnahmen in Verletzung von Art. 197 Abs. 1 StPO angeordnet wurden. Die Voraussetzungen für die Anordnung der erkennungsdienstlichen Massnahmen sind vorliegend nicht erfüllt. Eine Verhältnismässigkeitsprüfung erübrigt sich daher.

Die Beschwerde erweist sich als begründet und ist gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben.

4. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Kanton die Kosten des Beschwerdeverfahrens (Art. 44 Abs. 2 JStPO i.V.m. Art. 428 Abs. 1 StPO). Diese werden bestimmt auf CHF 800.00. Dem anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer ist für seine Aufwendungen im Beschwerdeverfahren eine angemessene Entschädigung auszurichten. Diese wird pauschal auf CHF 1'000.00 (inkl. Auslagen und MWST) bestimmt.

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 800.00, trägt der Kanton Bern.
3. Dem Beschwerdeführer wird für seine Aufwendungen eine Entschädigung von CHF 1'000.00 (inkl. Auslagen und MWST) ausgerichtet.
4. Zu eröffnen:
 - dem Beschuldigten/Beschwerdeführer, v.d. Rechtsanwalt B. _____
 - Jugendanwältin C. _____, Regionale Jugendanwaltschaft Bern-Mittelland (mit den Akten)

Mitzuteilen:

- der Leitenden Jugendanwältin D. _____

Bern, 22. Februar 2017

Im Namen der Beschwerdekammer
in Strafsachen

Die Präsidentin:

Oberrichterin Schnell

Der Gerichtsschreiber i.V.:

Nydegger

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.