

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 17 368

Bern, 22. November 2017

Besetzung

Oberrichterin Schnell (Präsidentin), Oberrichter Stucki, Oberrichterin Apolloni Meier
Gerichtsschreiber Müller

Verfahrensbeteiligte

A._____

Verurteilter/Beschwerdeführer



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

Gegenstand

Nacherfassung DNA-Profil

Beschwerde gegen den Beschluss des Regionalgerichts Emmental-Oberaargau, Kollegialgericht Dreierbesetzung, vom 22. August 2017 (PEN 17 120)

Erwägungen:

1. Am 28. April 2016 sprach die 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) zusätzlich zu bereits rechtskräftigen Verurteilungen wegen gewerbsmässigen Betrugs, grober Verkehrsregelverletzung, einfacher Verkehrsregelverletzung und Missbrauchs von Ausweisen und Schildern des gewerbsmässigen Betrugs z.N. der Eheleute B._____ und der Urkundenfälschung schuldig. Sie verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten. Eine gegen das Urteil gerichtete Beschwerde in Strafsachen wies das Bundesgericht am 13. Februar 2017 ab, soweit es darauf eintrat. Am 11. April 2017 sandte der Präsident der 1. Strafkammer des Obergerichts die Akten an das Regionalgericht Emmental-Oberaargau (nachfolgend: Regionalgericht), um zu prüfen, ob ein nachträgliches Verfahren zur Erstellung eines DNA-Profiles einzuleiten sei. Die Verfahrensleitung des Regionalgerichts gewährte dem Beschwerdeführer und der Regionalen Staatsanwaltschaft Emmental-Oberaargau (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) das rechtliche Gehör. Am 22. August 2017 beschloss das Regionalgericht in Dreierbesetzung, vom Beschwerdeführer eine Probe zu entnehmen und ein DNA-Profil zu erstellen, wobei keine Kosten erhoben wurden. Der Beschluss wurde dem Beschwerdeführer am 30. August 2017 zugestellt. Dagegen erhob er am 11. September 2017 respektive verbessert am 26. September 2017 Beschwerde. In ihrer Stellungnahme beantragte die Generalstaatsanwaltschaft die kostenfällige Abweisung der Beschwerde. Innert Frist hat der Beschwerdeführer keine Replik eingereicht.
2. Gegen Verfügungen und Beschlüsse sowie Verfahrenshandlungen erstinstanzlicher Gerichte kann innert 10 Tagen schriftlich und begründet Beschwerde geführt werden (Art. 393 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 396 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [StPO; SR 312], 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 [OrROG; BSG 162.11]). Der Beschwerdeführer ist durch die Nacherfassung des DNA-Profiles unmittelbar in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen und somit zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 382 Abs. 1 StPO). Auf die form- und fristgerechte Beschwerde ist einzutreten.
3. Der Beschwerdeführer begründet sein Rechtsmittel damit, dass die Staatsanwaltschaft keinen Grund für die Erstellung eines neuen Profils gesehen habe. Er habe keine Kenntnis gehabt, dass nie ein DNA-Profil erhoben worden sei. Für ihn sei nicht ersichtlich gewesen, dass ein nachträgliches Verfahren eröffnet worden sei; durch dieses werde die Rechtssicherheit verletzt. Er habe keine Straftaten begangen, bei denen ein DNA-Abgleich zur Klärung offener Straftaten von Vorteil sei.
4. Die Generalstaatsanwaltschaft entgegnet, Art. 257 Bst. a StPO erlaube dem Gericht, in seinem Urteil anzuordnen, von Personen eine Probe zu nehmen und ein DNA-Profil zu erstellen, die wegen eines vorsätzlichen Vergehens zu einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr verurteilt worden seien. Der Begründung des Urteils vom 28. April 2016 könne entnommen werden, dass die 1. Strafkammer die Einsatzstrafe für den gewerbsmässigen Betrug auf 20 Monate festgesetzt habe

(pag. 1179), womit das gesetzliche Erfordernis von Art. 257 Bst. a StPO erfüllt sei. Dem Einwand des Beschwerdeführers, er habe keine Straftaten begangen, für deren Klärung ein DNA-Abgleich von Vorteil sei, sei entgegenzuhalten, dass die Art des Verbrechens, welches zur Verurteilung geführt habe, unerheblich sei (FRICKER/MAEDER, in: Basler Kommentar StPO, 2. Aufl. 2013, N. 5 zu Art. 257 StPO; SCHMID, in: Praxiskommentar StPO, 2. Aufl. 2013, N. 5 zu Art. 257 StPO).

Nichts zu seinen Gunsten ableiten könne der Beschwerdeführer daraus, dass die Staatsanwaltschaft kein DNA-Profil habe erstellen lassen. Für die Rechtmässigkeit des angefochtenen Beschlusses sei unerheblich, ob in der Untersuchung eine Profil-Erstellung unterblieben oder ein DNA-Profil versehentlich gelöscht worden sei. Art. 257 StPO stelle in beiden Fällen sicher, dass in den in dieser Bestimmung genannten Fällen dem Verurteilten nach Rechtskraft des Urteils auch dann noch eine DNA-Probe abgenommen und ein Profil erstellt werden dürfe, wenn dies nicht bereits im Rahmen der Strafuntersuchung gestützt auf Art. 255 StPO erfolgt sei oder ein Profil versehentlich gelöscht worden sei (Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 17 339 vom 29. September 2017). Art. 257 StPO sei zwar als Kann-Bestimmung ausgestaltet. Der Strafregisterauszug des Beschwerdeführers zeige indessen, dass bei ihm durchaus von einer gegenüber dem Durchschnittsbürger erhöhten Wahrscheinlichkeit zu sprechen sei, dass er in Zukunft in ein Delikt verwickelt werden könnte, weshalb die vom Regionalgericht beschlossene Massnahme angemessen sei (vgl. HANSJAKOB, Kommentar zur StPO. 2. Aufl. 2013, N. 5 zu Art. 257 StPO).

Nicht zu hören sei der Beschwerdeführer mit dem Argument, durch ein nachträgliches Verfahren werde die Rechtssicherheit verletzt. Dass eine Nacherfassung im Rahmen eines nachträglichen Verfahrens erfolge, sei nicht zu beanstanden (Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 17 339 vom 29. September 2017). Der angefochtene Beschluss sei von der zuständigen Instanz gefasst worden (Art. 363 Abs. 1 StPO). Aktenwidrig sei schliesslich der Einwand des Beschwerdeführers, es sei für ihn nicht ersichtlich gewesen, dass ein nachträgliches Verfahren eröffnet worden sei. Dem Beschwerdeführer sei vom Verfahren Kenntnis gegeben worden. Ihm sei mit Verfügung vom 20. April 2017 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Seinen Gesuchen um Erstreckung der Frist zur Stellungnahme sei dreimal entsprochen worden. Als er schliesslich eine nicht unterschriebene Stellungnahme eingereicht habe, sei ihm am 6. Juli 2017 noch eine Nachfrist zur Verbesserung dieses Mangels angesetzt worden. Dass er davon keinen Gebrauch gemacht habe, ändere nichts daran, dass er Kenntnis vom Verfahren und Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt habe. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass der angefochtene Beschluss unter Wahrung der Parteirechte ergangen und sowohl rechtmässig wie auch angemessen sei.

5.

- 5.1 Gemäss Art. 257 Bst. a StPO kann das Gericht in seinem Urteil anordnen, dass eine Probe genommen und ein DNA-Profil erstellt wird von Personen, die wegen eines vorsätzlich begangenen Verbrechens zu einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr verurteilt worden sind. Der Zweck der Erfassung liegt einerseits in der

Verhinderung von Rückfalltaten, andererseits in der erleichterten Aufklärung von allfälligen schweren neuen Delikten mittels vorgängiger Beweisbeschaffung. Bei Art. 257 StPO handelt es sich um eine Kann-Vorschrift. Das Gericht ist nicht verpflichtet, die Massnahme in jedem Fall, wo es gesetzlich möglich wäre, anzuwenden. Es wird insbesondere bei erhöhter Rückfallmöglichkeit davon Gebrauch machen, welche allerdings nur nach dem Sinn, nicht aber ausdrücklich nach dem Wortlaut der Bestimmung verlangt ist. Im Einzelfall stellt sich die Frage der Verhältnismässigkeit, da es sich bei der DNA-Erfassung um einen Grundrechtseingriff handelt. Sie beurteilt sich nach dem öffentlichen Interesse, der Zweckmässigkeit und der Eingriffsintensität. In zweckmässiger Hinsicht ist die DNA-Erfassung bei Gewaltverbrechen und Delikten gegen die sexuelle Integrität eher angezeigt als in schweren Fällen von Wirtschaftskriminalität. Auf der anderen Seite ist die Erstellung eines DNA-Profiles als nicht schwerer Grundrechtseingriff zu betrachten und sowohl mit der Menschenwürde als auch mit der Unschuldsvermutung vereinbar. Das Gericht kann die Probenahme und Analyse bei Personen anordnen, die wegen eines vorsätzlich begangenen Verbrechens (Art. 10 Abs. 2 StGB) zu einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr verurteilt worden sind. Die Art des Verbrechens, welches zur Verurteilung führte, ist unerheblich. Die Anordnung der Massnahme ist nach dem Wortlaut also auch bei Delikten möglich, wo die DNA-Analyse kaum eine Rolle spielt, wie zum Beispiel bei Vermögensdelikten, doch stellt sich die Frage nach der Verhältnismässigkeit (zum Ganzen FRICKER/MAEDER, a.a.O., N. 2-5 zu Art. 257 StPO).

Gemäss Art. 5 Bst. a Bundesgesetz über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekannten oder vermissten Personen (DNA-ProfilG; SR 363) kann unmittelbar nach Rechtskraft des Urteils eine Probe genommen und ein DNA-Profil erstellt werden von Personen, die wegen eines vorsätzlich begangenen Verbrechens zu einer Freiheitsstrafe oder zu einem Freiheitsentzug von mehr als einem Jahr verurteilt worden sind. Vor Inkrafttreten der StPO am 1. Januar 2011 waren die Probenahme und die Verwendung von DNA-Profilen zu strafprozessualen Zwecken im DNA-ProfilG geregelt. Mit Einführung der StPO wurden die Bestimmungen in die Art. 255-259 StPO überführt. Daneben behält das DNA-ProfilG weiterhin seine Gültigkeit (Art. 259 StPO). Es findet Anwendung auf Strafverfahren, die von der StPO nicht geregelt werden, und auf die Verwendung von DNA-Profilen ausserhalb eines Strafverfahrens. Schliesslich regelt es weiterhin das DNA-Profil-Informationssystem (vgl. BOTSCHAFT vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1085 ff., 1241).

Erkennungsdienstliche Massnahmen und die Aufbewahrung der Daten können das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung [BV; SR 101]) und auf informationelle Selbstbestimmung tangieren (Art. 13 Abs. 2 BV und Art. 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [EMRK; SR 0.101]; BGE 136 I 87 E. 5.1 und 128 II 259 E. 3.2). Es ist von einem leichten Grundrechtseingriff auszugehen (BGE 134 III 241 E. 5.4.3 und 128 II 259 E. 3.3; Urteile des Bundesgerichts 2C_257/2011 vom 25. Oktober 2011 E. 6.7.3, 1B_244/2017 vom 7. August 2017 E. 2.1). Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, müssen durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein (Art. 36 Bundesverfassung der

Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV; SR 101]). Dies konkretisiert Art. 197 Abs. 1 StPO für Zwangsmassnahmen nach Art. 196 StPO in Strafverfahren dahingehend, dass solche nur ergriffen werden können, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind (Bst. a), 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).

Im Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 17 339 vom 29. September 2017 erkannte die Beschwerdekammer insbesondere zum anwendbaren Verfahren (E. 5.5):

Gestützt auf das Ausgeführte und insbesondere mit Blick auf den Umstand, dass mit Art. 5 DNA-Profil-Gesetz und später mit Art. 257 StPO eine gesetzliche Grundlage für eine DNA-Profilerstellung von noch nicht erfassten Personen geschaffen werden sollte, steht für die Beschwerdekammer fest, dass eine DNA-Profilerstellung in zeitlicher Hinsicht nicht an den Zeitpunkt des materiellen Urteils gebunden ist, sondern auch in einem späteren Zeitpunkt erfolgen kann, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 257 Bst. a, b oder c StPO erfüllt sind. Dass eine solche Nacherfassung im Rahmen eines nachträglichen Verfahrens im Sinn von Art. 363 StPO erfolgt, ist nicht zu beanstanden, verschafft dieses doch dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör und räumt ihm die Möglichkeit ein, den Rechtsmittelweg zu beschreiten. Unter Berücksichtigung des «double instance»-Prinzips haben die erstinstanzlichen Gerichte die Nacherfassung zu prüfen, selbst wenn sich – wie hier – das Obergericht materiell mit der Strafsache zu befassen hatte.

- 5.2 Der Beschwerdeführer wurde rechtskräftig wegen eines vorsätzlich begangenen Verbrechens – gewerbsmässigen Betrugs – zu einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr verurteilt. Folglich wäre eine DNA-Nacherfassung (Grundrechtseingriff) gestützt auf Art. 257 StPO / Art. 5 Bst. a DNA-ProfilG (genügende gesetzliche Grundlage) an sich möglich. Auch besteht daran ein öffentliches Interesse. Derweil ist insbesondere in Anbetracht der Ausgestaltung der Bestimmung als Kann-Vorschrift die Verhältnismässigkeit der Zwangsmassnahme eingehend zu prüfen. Selbst wenn also die Art des Verbrechens, welches zu einer Verurteilung führte, grundsätzlich unerheblich ist, erweist sich eine DNA-Nacherfassung nicht stets, wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr ausgesprochen wurde, als geboten und dementsprechend gesetzlich zulässig.

Damit eine Massnahme verhältnismässig ist, muss sie geeignet, erforderlich und zumutbar sein (vgl. Art. 36 Abs. 3 BV). Der Beschwerdeführer beruft sich darauf, die Zwangsmassnahme sei untauglich, um das angestrebte Ziel (das öffentliche Interesse) zu erreichen, wenn er ausführt: Der Beschwerdeführer beging nicht solche oder ähnliche Straftaten, bei welchen ein DNA-Abgleich zur Klärung offener Straftaten von Vorteil ist (Beschwerde, S. 2). Mit dieser Rüge dringt er durch. Zwar ist das Vorstrafenregister des Beschwerdeführers umfangreich und ist er überdies nach dem Urteil des Obergerichts des Kantons Bern SK 15 63 vom 28. April 2016 erneut einschlägig deliktisch tätig geworden (vgl. Strafregistrauszug vom 3. August 2017; Urteil Staatsanwaltschaft D. _____ vom 14.06.2017). Allerdings hat er – jedenfalls soweit aktenkundig – keine Delikte gegen Leib und Leben, gegen die sexuelle Integrität oder Vermögensdelikte mit Gewalteinwirkung wie insbesondere Raub begangen, bei denen Tatortspuren gelegt werden, welche bei einer Überprüfung in der DNA-Datenbank zu einer Personenzuordnung führen können.

Die Generalstaatsanwaltschaft führt an, beim Beschwerdeführer bestehe eine gegenüber dem Durchschnittsbürger erhöhte Wahrscheinlichkeit, dass er in Zukunft in ein Delikt verwickelt sein könnte. Dieses Argument allein kann jedoch nicht ausschlaggebend sein. Mit Blick auf die Verhältnismässigkeit des Grundrechtseingriffs ist darüber hinaus danach zu fragen, ob beim Beschwerdeführer eine gegenüber einem nicht vorbestraften Durchschnittsbürger erhöhte Wahrscheinlichkeit besteht, dass er Delikte begeht, bei welchen er DNA-Spuren hinterlässt; und dies ist vor dem Hintergrund der Art seiner Vorstrafen zu verneinen, beschränken sich seine Einträge im Strafregister nämlich auf falsche Anschuldigung, (gewerbsmässigen) Betrug, Veruntreuung, Geldwäscherei und Strassenverkehrsdelikte. Anders ausgedrückt ist hier eine DNA-Nacherfassung zwecks Aufklärung von (Vermögens-) Delikten in der begangenen Art, die der Beschwerdeführer auch in Zukunft erhöht wahrscheinlich begehen wird, als ungeeignet zu qualifizieren. Entsprechend ist die vom Regionalgericht angeordnete Zwangsmassnahme aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht angängig.

- 5.3 Die vom Beschwerdeführer aufgeworfene Frage, ob eine Nacherfassung gegen die Rechtsgleichheit gemäss Art. 8 Abs. 1 BV verstosse, kann offen gelassen werden.
- 5.4 Nach dem Gesagten erweist sich die DNA-Nacherfassung als nicht verhältnismässig. Die Beschwerde ist gutzuheissen und der Beschluss des Regionalgerichts vom 22. August 2017 ist aufzuheben.
- 6. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Kanton Bern die Verfahrenskosten (Art. 428 Abs. 1 StPO).

Entschädigungswürdige Nachteile sind keine entstanden (vgl. Art. 429 StPO).

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Beschluss des Regionalgerichts Emmental-Oberaargau, Kollegialgericht Dreierbesetzung, vom 22. August 2017 wird aufgehoben.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 1'000.00, trägt der Kanton Bern.
3. Zu eröffnen:
 - dem Verurteilten/Beschwerdeführer
 - der Generalstaatsanwaltschaft
 - dem Regionalgericht Emmental-Oberaargau, Gerichtspräsidentin C. _____
(mit den Akten)

Mitzuteilen:

- der Regionalen Staatsanwaltschaft Emmental-Oberaargau, Staatsanwältin E. _____

Bern, 22. November 2017

Im Namen der Beschwerdekammer
in Strafsachen

Die Präsidentin:

Oberrichterin Schnell

Der Gerichtsschreiber:

Müller

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.