

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 09
Fax +41 31 634 50 54
obergericht-straf.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Beschluss

BK 18 156

Bern, 16. Mai 2018

Besetzung

Oberrichterin Schnell (Präsidentin), Oberrichterin Hubschmid,
Oberrichter J. Bähler
Gerichtsschreiberin Lustenberger

Verfahrensbeteiligte

A. _____
a.v.d. Rechtsanwalt B. _____
Beschuldigter/Beschwerdeführer



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

Gegenstand

DNA-Profil
Strafverfahren wegen Pornografie

Beschwerde gegen die Verfügung der Regionalen Staatsanwaltschaft Oberland vom 11. April 2018 (O 17 8029)

Erwägungen:

1. Die Regionale Staatsanwaltschaft Oberland (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) führt gegen A._____ eine Strafuntersuchung wegen Pornografie. Am 11. April 2018 verfügte die Staatsanwaltschaft die Erstellung eines DNA-Profiles und wies den Kriminaltechnischen Dienst der Kantonspolizei Bern an, zu diesem Zweck die WSA-Probe von A._____ an das Institut für Rechtsmedizin der Universität Bern zu übermitteln. Dagegen erhob A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) am 19. April 2018 Beschwerde mit dem Antrag, die Verfügung der Regionalen Staatsanwaltschaft Oberland vom 11. April 2018 sei aufzuheben und die Regionale Staatsanwaltschaft sei anzuweisen, die bereits entnommene DNA-Probe aus den Akten zu entfernen und zu vernichten. Am 20. April 2018 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt. Die Generalstaatsanwaltschaft beantragte mit Stellungnahme vom 2. Mai 2018 die kostenfällige Abweisung der Beschwerde. In seiner Replik vom 4. Mai 2018 hielt der Beschwerdeführer vollumfänglich an seinen bisherigen Anträgen und Ausführungen fest.
2. Gegen Verfügungen der Staatsanwaltschaft kann bei der Beschwerdekammer in Strafsachen innert 10 Tagen schriftlich und begründet Beschwerde geführt werden (Art. 393 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 396 Abs. 1 Schweizerische Strafprozessordnung [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 [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. 382 Abs. 1 StPO). Auf die form- und fristgerechte Beschwerde ist einzutreten.
3. Dem Beschwerdeführer wird vorgeworfen, über das Onlinespiel «League of Legends» den im Tatzeitpunkt 13-jährigen C._____ kennengelernt und mit ihm über WhatsApp und Instagram gechattet zu haben. Im Laufe dieses Chatverkehrs habe er C._____ aufgefordert, ihm ein Bild von dessen Geschlechtsteil zu schicken, was dieser dann getan habe. Weiter wird dem Beschwerdeführer zur Last gelegt, sowohl auf seinem Computer als auch auf seinem Mobiltelefon verbotene Pornografie (kinderpornografische Inhalte mit tatsächlichen und virtuellen sexuellen Handlungen sowie Gewaltdarstellungen) zu besitzen. Am 16. April 2018 wurde ein entsprechender Strafbefehl erlassen, gegen den der Beschwerdeführer Einsprache erhoben hat.
4. Die vorliegend angefochtene Anordnung einer DNA-Analyse war kurz zuvor erfolgt. Die Staatsanwaltschaft begründete diese Verfügung im Wesentlichen damit, dass eine DNA-Probe und die Profilerstellung auch dann zulässig seien, wenn es nicht um die Aufklärung der Anlasstat, sondern um andere gegenwärtig zu untersuchende oder allfällige zukünftige Straftaten gehe. Zwar sei es gemäss Aussagen des Beschwerdeführers nicht zu einem Treffen mit jugendlichen Personen gekommen, doch fühle er sich bei jüngeren Menschen wohler, diese seien ihm näher als Erwachsene. Gemäss dem ihn behandelnden Psychiater sei er kindlich und unreif. Aufgrund dessen sei mit grosser Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der

Beschwerdeführer auch weiterhin Kontakt zu Jugendlichen suchen werde, wobei ein tatsächliches Treffen nicht auszuschliessen sei. Die DNA-Profilerstellung könne zur Aufklärung von möglichen zukünftigen Verbrechen oder Vergehen dienen.

5. Der Beschwerdeführer wendet dagegen ein, zur Aufklärung der in Frage stehenden Anlasstat (Pornografie) sei die Erstellung eines DNA-Profiles von vornherein untauglich und nicht notwendig, da es sich hierbei um ein virtuelles Delikt handle. Mit Blick auf die Aufklärung von anderweitig bereits begangenen oder allfälligen zukünftigen Straftaten sei festzuhalten, dass die bisherige Praxis der Beschwerdekammer, in solchen Fällen eine «leicht erhöhte Wahrscheinlichkeit» gegenüber dem Durchschnittsbürger für die Deliktsbegehung genügen zu lassen, nicht nur dem Gesetzeswortlaut von Art. 255 Abs. 1 StPO, sondern auch der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung (BGE 141 IV 87 E. 1.4.1) widersprechen würde. Gemäss dieser Bundesgerichtsentscheid sei nämlich ein hinreichender Tatverdacht für die Anordnung von Zwangsmassnahmen notwendig. Der Beschwerdeführer würde gemäss dem Austrittsbericht der Privatklinik Meiringen vom 26. Dezember 2016 sehr isoliert und zurückgezogen leben, sein gesamtes Leben finde online statt. Zudem leide er an einer depressiven Störung und einer schweren Adipositas. Aufgrund seiner sozialen Defizite sei es als sehr unwahrscheinlich zu erachten, dass der Beschwerdeführer ein tatsächliches Treffen mit Minderjährigen suchen würde. Vielmehr sei sogar von einer unterdurchschnittlichen Wahrscheinlichkeit der Begehung auszugehen. Weiter führt die Verteidigung aus, beim angeblich kinderpornografischen Material handle es sich vorwiegend um computeranimierte Figuren. Beim restlichen Bildmaterial lasse sich das Alter der dargestellten Personen nicht zuverlässig schätzen. Es sei somit nicht erstellt, dass es sich um tatbestandsmässiges Material handle. Insgesamt erweise sich die DNA-Probeentnahme und – Analyse im Bezug auf die Aufklärung der Anlasstat, aber auch von anderen bereits begangenen oder allfälligen zukünftigen Straftaten als ungeeignet.
6. Unbestrittenermassen wurden die vorliegende DNA-Probe und deren Auswertung einzig im Hinblick auf die Täterschaftsidentifizierung bei noch unbekannten Delikten und nicht zur Aufklärung der Anlasstat angeordnet. Die Zulässigkeit der Massnahme ist folglich nur in dieser Hinsicht zu prüfen.
7. Zwangsmassnahmen dürfen gemäss Art. 197 Abs. 1 StPO 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). 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 ist dies nicht nur dann möglich, wenn die Probe 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. Dies geht aus Art. 1 Abs. 2 Bst. a DNA-Profil-Gesetz (SR 363) klar hervor. Das DNA-Profil kann Irrtümer bei

der Identifikation einer Person und die Verdächtigung Unschuldiger verhindern. Es kann auch präventiv wirken und damit zum Schutz Dritter beitragen. 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. Darunter fallen namentlich Delikte gegen die sexuelle Integrität (Zum Ganzen: SCHMID/JOSITSCH, Schweizerische Strafprozessordnung Praxiskommentar, N 2 zu Art. 255; Urteile des Bundesgerichts 1B_111/2015 vom 20. August 2015 E. 3.1 und 3.4 und 1B_381/2016 vom 23. Februar 2016, E. 2, je mit Hinweisen). 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. Somit ist zwar hinsichtlich der Anlasstat ein hinreichender Tatverdacht erforderlich, nicht aber zur Aufklärung einer anderen Straftat, welche in der Folge der betreffenden Person mittels DNA-Analyse zugeordnet werden kann (FRICKER/MÄDER, in: Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 7c zu Art. 255 mit Hinweisen; Urteile des Bundesgerichts 1B_685/2011 vom 23. Februar 2012 E. 3.4 und 1B_57/2013 vom 2. Juli 2013 E. 3). Daher sind die Erstellung und Auswertung von DNA-Proben auch bei Deliktsarten zulässig, zu deren Abklärung sie gar nichts beitragen können (SCHMID/JOSITSCH, a.a.O., N 4 zu Art. 255).

8. Die Beschwerdekammer schliesst sich vorliegend den nachfolgenden Ausführungen der Generalstaatsanwaltschaft an. Wie diese zutreffend ausführt, hat sich die Beschwerdekammer in ihrer bisherigen Rechtsprechung, namentlich in BK 15 229 vom 25. August 2015, bereits mit dem vom Beschwerdeführer zitierten BGE 141 IV 87 auseinandergesetzt, ohne dass ihr dieser Entscheid Anlass zur Änderung ihrer konstanten Praxis gegeben hätte. In diesem Entscheid hat sich das Bundesgericht nämlich hauptsächlich mit der Frage befasst, ob es zulässig sei, mit einer generellen, nicht einzelfallbezogenen Weisung der Generalstaatsanwaltschaft die Analyse von DNA-Proben anzuordnen und diese Frage verneint. Damit ist aber noch nicht geklärt, was in Bezug auf andere abzuklärende oder künftige Delikte unter einem hinreichenden Tatverdacht i.S.v. Art. 197 Abs. 1 StPO zu verstehen ist respektive, ob ein solcher in diesen Fällen im Zusammenhang mit DNA-Analysen überhaupt erforderlich ist. Es ist somit nicht gesagt, dass hinsichtlich anderer Taten als der Anlasstat eine erhöhte Wahrscheinlichkeit der Begehung für die Anordnung der DNA-Analyse nicht genügen würde. Mit anderen Worten wurde in BGE 141 IV 87 in Bezug auf andere Straftaten, welche der beschuldigten Person allenfalls mittels DNA-Analyse zugeordnet werden können, keine Praxisänderung im Vergleich zu den oben unter E. 7 zitierten Entscheiden 1B_685/2011 vom 23. Februar 2012 und 1B_57/2013 2. Juli 2013 begründet. Eine solche hat bis jetzt auch nicht stattgefunden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B_274/2017 vom 6. März 2018 E. 2.1). Ohnehin kann es, wie die Generalstaatsanwaltschaft korrekterweise vorbringt, einen hinreichenden Tatverdacht für noch nicht begangene Delikte logisch nicht geben. Es kann hier einzig von einer mehr oder weniger hohen Wahrscheinlichkeit gesprochen werden. Die Beschwerdekammer hält somit an ihrer bisherigen Praxis fest, wonach eine bei der beschuldigten Person aufgrund konkreter Anhaltspunkte leicht

erhöhte Wahrscheinlichkeit der Deliktsbegehung gegenüber dem Durchschnittsbürger für die Anordnung einer DNA-Analyse genügt.

9. Weiter macht die Generalstaatsanwaltschaft geltend, dass sich Anhaltspunkte für weitere Delikte gerade auch aus einem laufenden Strafverfahren ergeben könnten. Genau dies sei vorliegend der Fall, würde aus den Akten doch mit grosser Deutlichkeit hervorgehen, dass der Beschwerdeführer aufgrund seiner homoerotischen Interessen im Internet gezielt und intensiv den Kontakt mit Jungen im Schutzalter gesucht habe. Auch anderweitig habe er sich kinderpornografisches Material beschafft. Schliesslich würden die Einvernahmen des Beschwerdeführers vom 31. August 2017 und vom 23. Februar 2018 zeigen, dass der Beschwerdeführer auch an direkten und nicht nur an virtuellen Kontakten mit Minderjährigen interessiert sei. So habe er zu Protokoll gegeben, den derzeit 14-jährigen D._____ heiraten zu wollen, sobald dieser volljährig sei. Es sei zudem gerichtsnotorisch, dass Kontakte im Internet immer wieder zu Anbahnung realer, physischer Kontakte genutzt würden. Die ins Feld geführte schwere Adipositas lasse eine Steigerung der deliktischen Intensität von so genannten Hands-off-Delikten zu Hands-on-Delikten keineswegs als unplausibel erscheinen.
10. Dass der Beschwerdeführer homosexuell ist und in der virtuellen Welt stark den Kontakt zu Jungen im Schutzalter suchte, ist unbestritten. Der Beschwerdeführer verneint einzig die Gefahr, dass es auch im realen Leben zu derartigen Kontaktaufnahmen kommen könnte. Die Akten liefern jedoch genug Anhaltspunkte dafür, dass diese Gefahr beim Beschwerdeführer als überdurchschnittlich bezeichnet werden muss. So sind die zitierten Aussagen, wonach er einen 14-jährigen liebe und diesen später heiraten wolle, namentlich vor dem Hintergrund zu sehen, dass er bereits einmal in psychiatrischer Behandlung war und ihm damals attestiert wurde «eine sehr kindlich-jugendliche Sichtweise auf die Realität» zu besitzen und sich «sogar bewusst gegen eine erwachsene Sichtweise» zu stellen (Ärztlicher Austrittsbericht der Privatklinik Meiringen vom 29. Dezember 2016). Dem Bericht ist zwar weiter zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer im Verlaufe der stationären Behandlung wieder den Umgang mit älteren bzw. nicht jugendlichen Menschen schätzen gelernt habe. Zudem wolle er die Behandlung in ambulanter Form weiterführen. Dies hat ihn offensichtlich jedoch nicht davon abgehalten, zumindest virtuell Kontakt mit Jungen im Schutzalter zu suchen und sich kinderpornografisches Material zu beschaffen. Dass der Beschwerdeführer D._____ erst heiraten will, wenn dieser volljährig ist, ändert an seinem offenbar fehlenden Verständnis für Altersunterschiede nichts. Es kann hierzu auf die Chatprotokolle mit dem 13-jährigen E._____, in den sich der Beschwerdeführer ebenfalls verliebt haben will, verwiesen werden. Darin hat er E._____ erklärt, das Alter sei sicher kein Grund, nicht schwul zu werden, respektive sich nicht in ihn, den Beschwerdeführer, zu verlieben (pag. 89 f.). Schliesslich hat der Grund für seinen damaligen Eintritt in die Klinik gemäss seinen Angaben darin bestanden, dass er im Internet von anderen Spiel-Kollegen gemobbt worden sei, was ihn enorm stark getroffen habe. Es ist daher nicht unwahrscheinlich, dass der Beschwerdeführer, falls sich eine ähnliche Situation allenfalls wiederholt, aus dieser virtuellen Welt ausbrechen und sich trotz seiner sozialen Defizite Kontakte in der realen Welt suchen wird. In seiner schwe-

ren Adipositas ist, auch in Verbindung mit den psychischen Problemen, kein Faktor zu erblicken, der dieses Risiko minimieren würde.

9. Insgesamt begründet die offensichtlich vorhandene pädophile Neigung des Beschwerdeführers eine erhöhte Wahrscheinlichkeit gegenüber dem Durchschnittsbürger, auch ausserhalb der virtuellen Welt im Bereich von Delikten gegen die sexuelle Integrität straffällig zu werden. Dies reicht nach dem Gesagten für die Anordnung der Entnahme und Auswertung einer DNA-Probe aus.
10. Selbst wenn sich im Laufe des Verfahrens herausstellen sollte, dass die vorliegend gegen den Beschwerdeführer erhobenen Vorwürfe unberechtigt sind, führt ein allfälliger Freispruch nicht zur nachträglichen Widerrechtlichkeit des rechtmässig erstellten DNA-Profils, sondern begründet einzig einen Anspruch auf dessen Löschung aus der Datenbank. Entgegen den Ausführungen der Verteidigung ist es somit unerheblich, ob das beim Beschwerdeführer sichergestellte Bildmaterial schlussendlich tatbestandsmässig ist. Es reicht aus, dass für die Anlasstat ein hinreichender Tatverdacht vorliegt. Dieser ist hier im Bezug auf die Pornografie zweifellos gegeben.
11. Die am 11. April 2018 verfügte DNA-Analyse erweist sich damit als rechtmässig. Die Beschwerde ist abzuweisen.
12. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 428 Abs. 1 StPO).

Die Staatsanwaltschaft oder das urteilende Gericht legen die Entschädigung für die amtliche Verteidigung am Ende des Verfahrens fest (Art. 135 Abs. 2 StPO).

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 1'200.00, werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Die Staatsanwaltschaft oder das urteilende Gericht legen die Entschädigung am Ende des Verfahrens fest.
4. Zu eröffnen:
 - dem Beschuldigten/Beschwerdeführer, a.v.d. Rechtsanwalt B. _____
 - der Generalstaatsanwaltschaft

Mitzuteilen:

- der Regionalen Staatsanwaltschaft Oberland, Staatsanwalt F. _____
(mit den Akten)
- der Kantonspolizei Bern, KTD, ED-Behandlung
- Kantonspolizei Bern, G. _____, Polizeiwache Thun, Allmendstrasse 18, 3602 Thun

Bern, 16. Mai 2018

Im Namen der Beschwerdekammer
in Strafsachen

Die Präsidentin:

Oberrichterin Schnell

Die Gerichtsschreiberin:

Lustenberger

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden durch die Beschwerdekammer in Strafsachen in Rechnung gestellt.

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.