

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 80

Bern, 10. April 2018

Besetzung

Oberrichterin Schnell (Präsidentin), Oberrichter Stucki, Oberrichterin Bratschi
Gerichtsschreiber Müller

Verfahrensbeteiligte

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



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

Gegenstand

DNA-Profil

Strafverfahren wegen Sachbeschädigung

Beschwerde gegen die Verfügung der Regionalen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland vom 13. Februar 2018 (BM 18 7500)

Erwägungen:

1. Im Strafverfahren gegen A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) wegen Sachbeschädigung verfügte die Regionale Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) am 13. Februar 2018 die Erstellung eines DNA-Profiles. Dagegen erhob der Beschwerdeführer am 26. Februar 2018 Beschwerde. Er beantragte, die Verfügung sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge aufzuheben und die Staatsanwaltschaft sei anzuweisen, den Auftrag an die Kantonspolizei zurückzuziehen. Zudem beantragte er die aufschiebende Wirkung der Beschwerde und dass ihm in der Person von Fürsprecher B._____ ein amtlicher Rechtsbeistand zu bestellen sei. Am 27. Februar 2018 erteilte die Verfahrensleitung der Beschwerde die aufschiebende Wirkung und hiess das Gesuch des Beschwerdeführers um Beiordnung von Fürsprecher B._____ als amtlichen Verteidiger für das Beschwerdeverfahren gut. In ihrer Stellungnahme beantragte die Generalstaatsanwaltschaft die kostenfällige Abweisung der Beschwerde. Mit Replik vom 3. April 2018 hielt der Beschwerdeführer an seinen Rechtsbegehren 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.
 - 3.1 Eine DNA-Probe kann einerseits angeordnet werden, wenn sie als Beweismittel zur Aufklärung der Anlasstat verwendet werden soll. Andererseits sind eine Abnahme einer DNA-Probe und die Profilerstellung auch dann zulässig, wenn damit andere gegenwärtig zu untersuchende oder allfällige zukünftige Straftaten aufgeklärt werden können. Dabei bedarf es anhand konkreter Anhaltspunkte einer leicht erhöhten Wahrscheinlichkeit, dass die betroffene Person bereits früher andere Verbrechen oder Vergehen begangen hat (Art. 255 Abs. 1 Bst. a StPO; Beschluss des Obergerichts BK 14 425 vom 9. März 2015). Eine DNA-Analyse kommt vorweg in Betracht, um jenes Delikt aufzuklären, welches dazu Anlass gegeben hat, oder zur Zuordnung von bereits begangenen und den Strafverfolgungsbehörden bekannten Delikten. 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 (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). Erkennungsdienstliche Massnahmen (d.h. die erkennungsdienstliche Erfassung sowie die DNA-Probenahme und DNA-Profilerstellung) und die Aufbewahrung der Daten stellen Grundrechtseingriffe dar. Tangiert werden das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft

[BV; SR 101]), auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) und auf Familienleben (Art. 8 EMRK; BGE 136 I 87 E. 5.1, BGE 128 II 259 E.3.2). Es handelt sich indes lediglich um einen leichten Eingriff in diese Grundrechte (BGE 134 III 241 E. 5.4.3, BGE 128 II 259 E. 3.3; Urteil des Bundesgerichts 2C_257/2011 vom 25. Oktober 2011 E. 6.7.3). Einschränkungen müssen nach Art. 36 Abs. 2 und 3 BV durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein. Dies konkretisiert Art. 197 Abs. 1 StPO: Zwangsmassnahmen können 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 Die Generalstaatsanwaltschaft hält im Wesentlichen fest, es bestehe in Anbetracht der Aktenlage eine erhöhte Wahrscheinlichkeit, dass der Beschwerdeführer in andere – vergangene und zukünftige - Sachbeschädigungen verwickelt sein könnte.
- 3.3 Der Beschwerdeführer bringt vor, die Zwangsmassnahme werde einzig damit begründet, dass offenbar ein Fingerabdruck auf eine andere Straftat hinweise. Somit werde nicht von der Gefahr künftiger Straftaten ausgegangen. Dem Beschwerdeführer könne nicht vorgeworfen werden, er verkehre in der Sprayerszene. Es würden keine grössere Anzahl vergangener Taten darauf hinweisen, dass er künftig Sachbeschädigungen begehen werde. Es sei also einzig zu prüfen, ob der Verdacht auf eine frühere Straftat genüge, um die Massnahme als verhältnismässig einzuschätzen. Dies sei zu verneinen. Es sei unbekannt, bezüglich was die erkennungsdienstliche Erfassung einen Hit ergeben habe. Falls es sich überhaupt um eine Sprayerei handle, könnte diese länger zurück liegen. Es sei auch nicht ersichtlich, ob bezüglich der Vortat ein Strafantrag gestellt worden sei. Eventuell sei kein Fortsetzungszusammenhang gegeben. Zudem hätte bereits eine mildere Massnahme, die daktyloskopische Erfassung, zum Ziel geführt. Der Beschwerdeführer sei strafrechtlich bis dato nicht in Erscheinung getreten. Mit der DNA-Analyse würde er als potentieller Krimineller behandelt.

Die Notiz betreffend die Anordnung der DNA-Analyse des Staatsanwaltes befinde sich ebenso wenig in den Akten wie ein Foto der versprayten Jacke. Beides habe erstmals die Generalstaatsanwaltschaft erwähnt. Das rechtliche Gehör sei verletzt. Es dränge sich eine erneute Befragung auf. Dem Beschwerdeführer sei Gelegenheit zu geben, zu den neuen Argumenten Stellung zu nehmen, namentlich hinsichtlich der Notwendigkeit der Erstellung eines DNA-Profiles. Der Beschwerdeführer könne zum neuen Hit eventuell Angaben machen. Im Weiteren fehle es an der nötigen Tatschwere. Eine einzige Sachbeschädigung, allenfalls eine zweite, genüge nicht, weshalb vorerst richtigerweise keine DNA-Analyse verfügt worden sei. Diese dürfe nicht routinemässig erfolgen. Das Alter des Betroffenen sei zu berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichts 1B_111/2015 vom 20. August 2015 E. 3.5 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EGMR). Anders als im Urteil des Bundesgerichts 1B_244/2017 vom 7. August 2017 E 2.4 sei der Beschwerdeführer nicht mehrfach einschlägig vorbestraft. Die Hinweise (Teamwork und versprayte Jackeninnenseite) seien zu wenig konkret, als dass sie den Verdacht auf eine vergangene Straftat erhärten könnten. Ferner übt der Beschwerdeführer grundsätzliche Kritik an der Rechtsprechung zur DNA-Analyse («Auslegung contra legem»).

- 3.4 Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt nicht vor. Der Beschwerdeführer konnte sich im Rahmen der Replik umfassend zu den Vorbringen der Staatsanwaltschaft äussern. Abgesehen davon, dass jedenfalls das Beschwerdeverfahren ohnehin in aller Regel schriftlich durchgeführt wird (vgl. Art. 397 Abs. 1 StPO), drängt sich auch grundsätzlich zur hier zu entscheidenden Frage keine erneute Befragung des Beschwerdeführers auf.
- 3.5 Mit der Generalstaatsanwaltschaft ist des Weiteren festzuhalten, dass der zuständige Staatsanwalt – was zwar nicht aus den Akten ersichtlich ist, woran aber nicht ernsthaft gezweifelt werden kann – in seiner Piktetnotiz vermerkt hat: «Meldung eines Dakty-Hits im Zusammenhang mit einer anderen Sprayerei». Somit ist erstellt, dass es sich bei dem von der Polizei vermerkten Hit um eine *andere* Sachbeschädigung handelt. Dazu kongruent steht im Anzeigerapport vom 27. Februar 2018 «Orientierung Staatsanwalt, C._____, am 13.02.2018: Herr C._____, Staatsanwalt, wurde betreffend WSA Abnahme von A._____ orientiert. Er verfügte eine Abnahme.» sowie im Formular Erkennungsdienstliche Erfassung vom 13. Februar 2018 «Nach einer Sprayerei wurde der Beschuldigte angehalten. Da es nach der erkennungsdienstlichen Erfassung bereits einen HIT gab, wurde ein nachträgliches Aufgebot für WSA eingeleitet.».

Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine DNA-Analyse sind bei der vorliegenden Aktenlage erfüllt. Es besteht kein Anlass, an der ständigen Rechtsprechung der Beschwerdekammer und des Bundesgerichts zur hier strittigen Frage etwas zu ändern. Bei derartigen Sprayereien – die konkrete Schmiererei ist ziemlich gross, schätzungsweise mehrere Quadratmeter – handelt es sich nicht um Bagatelldelikte. Im Beschluss BK 15 212 vom 21. September 2015 hielt die Beschwerdekammer fest, dass Sachbeschädigungen durch Farbsprayereien gemäss Art. 144 Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB; SR 311) nicht als Bagatelldelikte abgetan werden können, sondern die im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geforderte Deliktsschwere erfüllen. Der Schaden einer Sprayerei beträgt regelmässig deutlich mehr als CHF 300.00. Abgesehen davon überlegt sich ein Sprayer in der Regel nicht, welchen Schaden er anrichten wird. Er nimmt in Kauf, dass der Schaden grösser ist, womit ein Vorsatz auf Geringfügigkeit zu verneinen ist.

Dem Beschwerdeführer ist nicht zu folgen, wenn er ausführt, es könne nicht um die Aufklärung künftiger Straftaten gehen und auch nicht um eine grössere Anzahl vergangener Taten. In Anbetracht des *Geständnisses* hinsichtlich der Sprayerei vom 27. Januar 2018, des *modus operandi* (Teamwork mit einem Kollegen) und der – von der Polizei so im Anzeigerapport vom 27. Februar 2018 glaubhaft aufgeführten – innenseitig versprayten Jacke des Beschwerdeführers kann mit einer ausreichenden Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass er bereits vorher gesprayt hat und es auch in Zukunft tun wird; beim Sprayen tragen Täter die Innenseite der Jacke oftmals aussen, damit sie später trotz Farbflecken nicht auffallen. Es besteht damit die von der Rechtsprechung geforderte erhöhte Wahrscheinlichkeit, dass der Beschwerdeführer in andere – vergangene und/oder zukünftige – Sachbeschädigungen verwickelt sein könnte. Einer einschlägigen Vorverurteilung bedarf es nicht. Beim Sprayen hinterlässt die Täterschaft regelmässig *biologische* Spuren. Nicht mehr benötigte Utensilien werden in der Nähe versteckt oder es

werden Handschuhe, Spraydosen, etc. bei einer Flucht weggeworfen. Ein DNA-Profilvergleich ist damit ein zielführendes Mittel zur Identifikation der Täterschaft. Das mildere Mittel der erkennungsdienstlichen Erfassung ist nicht gleichermassen geeignet. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang überdies auf die Einvernahme des zwar jungen, jedoch volljährigen Beschwerdeführers vom 27. Januar 2018, anlässlich welcher er auf die Frage, ob er schon vorher gesprayed habe, ausführte: «Eigentlich nicht. Ich wohne bei meinen Eltern. Eigentlich finden sie zu Hause keine Spraydosen. [...] [I]ch bin mir ziemlich sicher, dass ich die Wahrheit gesagt habe.». Im Zuge der Auswertung der daktyloskopischen Spuren ergab sich, wie gesehen, bereits ein Hit. Dieser Umstand ist hinsichtlich der Rechtmässigkeit der DNA-Analyse freilich zu berücksichtigen, auch wenn sich aus dem Akten tatsächlich nicht eindeutig ergibt, ob der Hit im Zusammenhang mit einer Sachbeschädigung steht. Eines Fortsetzungszusammenhangs bedarf es im Übrigen nicht.

Zur Verhältnismässigkeit der Massnahme bleibt anzumerken, dass in einer Güterabwägung zwischen den öffentlichen Interessen einerseits und den privaten Interessen des Beschwerdeführers andererseits (insb. persönliche Freiheit/informationelle Selbstbestimmung) die Ersteren überwiegen. Der durch die DNA-Profilerstellung resultierende *leichte* Grundrechtseingriff ist für den Beschwerdeführer zumutbar.

3.6 Die DNA-Profilerstellung erweist sich nach dem Gesagten als rechtmässig. Die Beschwerde ist abzuweisen.

4. Bei diesem Verfahrensausgang wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Verfahrenskosten werden moderat gehalten.

Dem Verteidiger des Beschwerdeführers ist für das Beschwerdeverfahren eine amtliche Entschädigung auszurichten; die Rück- und Nachzahlungspflicht bleibt vorbehalten (Art. 135 StPO). Die Kostennote von Fürsprecher B. _____ vom 9. April 2018 gibt insgesamt zu keinen Bemerkungen Anlass.

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 800.00, werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Die für das Beschwerdeverfahren zu entrichtende Entschädigung des amtlich bestellten Anwalts des Beschwerdeführers, Fürsprecher B. _____, wird bestimmt auf:

Leistungen					
			Satz		
amtliche Entschädigung			200.00	CHF	1'740.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	38.90
Mehrwertsteuer	7.7%	auf CHF	1'778.90	CHF	136.90
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	1'915.80
volles Honorar			250.00	CHF	2'175.00
Auslagen MWSt-pflichtig				CHF	38.90
Mehrwertsteuer	7.7%	auf CHF	2'213.90	CHF	170.40
Total				CHF	2'384.30
nachforderbarer Betrag				CHF	468.50

Sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers erlauben, hat er dem Kanton Bern die für das Beschwerdeverfahren ausgerichtete Entschädigung von CHF 1'915.80 zurückzuzahlen und Fürsprecher B. _____ die Differenz zwischen der amtlichen Entschädigung und dem vollen Honorar, ausmachend CHF 468.50, zu erstatten.

4. Zu eröffnen:
 - dem Beschuldigten/Beschwerdeführer, a.v.d. Fürsprecher B. _____
 - der Generalstaatsanwaltschaft

Mitzuteilen:

- der Regionalen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland, Staatsanwalt C. _____ (mit den Akten)
- Kantonspolizei Bern, ED-Behandlung
- Kantonspolizei Bern, Polizeiwache Köniz, D. _____

Bern, 10. April 2018

Im Namen der Beschwerdekammer
in Strafsachen

Die Präsidentin:

Oberrichterin Schnell

Der Gerichtsschreiber:

Müller

Die Entschädigung für das Beschwerdeverfahren wird durch die Beschwerdekammer in Strafsachen entrichtet.

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.

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 Bst. b StPO).