

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 20 482

Bern, 27. Januar 2021

Besetzung

Oberrichter J. Bähler (Präsident), Oberrichter Schmid,
Oberrichterin Bratschi
Gerichtsschreiberin Lustenberger

Verfahrensbeteiligte

A. _____
v.d. Rechtsanwältin **B.** _____
Beschuldigter/Beschwerdeführer



Polizeikommando des Kantons Bern, Waisenhausplatz 32,
Postfach 7571, 3001 Bern
Beschwerdegegnerin

Gegenstand

Erkennungsdienstliche Erfassung
Strafverfahren wegen Urkundenfälschung

Beschwerde gegen die Anordnung der erkennungsdienstlichen
Erfassung der Kantonspolizei, Regionalpolizei Seeland – Berner
Jura vom 7. November 2020

Erwägungen:

1. Gegen A. _____ läuft ein Strafverfahren wegen Urkundenfälschung. Ihm wird vorgeworfen, er habe im Irak gefälschte Gerichtsurteile bestellt und sich diese in die Schweiz senden lassen. Am 7. November 2020 ordnete die Kantonspolizei Bern, Regionalpolizei Seeland – Berner Jura, die erkennungsdienstliche Erfassung von A. _____ an. Gegen diese Anordnung erhob A. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) am 18. November 2020 Beschwerde. Er stellte folgende Rechtsbegehren:

1. Die auf polizeiliche Anordnung hin erhobenen erkennungsdienstlichen Daten des Beschwerdeführers seien unverzüglich zu löschen.
2. Dem Beschwerdeführer sei für die Erduldung der rechtswidrigen Durchführung der ED-Erfassung eine Genugtuung von CHF 20.00 zuzusprechen.
3. Dem Beschwerdeführer sei für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei ihm die Unterzeichnende als amtliche Vertreterin beizuordnen.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolge -

Als Ergänzung zur Beschwerde liess er der Kammer am 24. November 2020 die Bestätigung der Nothilfe des Migrationsdienstes des Kantons Bern zukommen. Am 17. Dezember 2020 wurde ein Beschwerdeverfahren eröffnet und das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen. Das Polizeikommando des Kantons Bern beantragte in seiner Stellungnahme vom 5. Januar 2021, auf die Beschwerde sei unter Kostenfolge nicht einzutreten.

2.

- 2.1 Gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Polizei kann bei der Beschwerdekammer in Strafsachen innert zehn Tagen schriftlich und begründet Beschwerde geführt werden (Art. 393 Abs. 1 Bst. a der Strafprozessordnung [StPO; SR 312.0] und 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 [OrG OG; BSG 162.11]). Frist und Formerfordernisse sind vorliegend erfüllt.
- 2.2 Zur Beschwerde legitimiert ist jede Partei, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheids hat (Art. 382 Abs. 1 StPO). Das Rechtsschutzinteresse beziehungsweise die Beschwer muss im Zeitpunkt des Entscheids über die Beschwerde noch aktuell sein. Ein aktuelles Rechtsschutzinteresse ist unter anderem dann zu verneinen, wenn die anzufechtende, hoheitliche Verfahrenshandlung im fraglichen Prozessstadium nicht mehr korrigiert werden kann, wie etwa eine Hausdurchsuchung, die bereits abgeschlossen ist (vgl. GUIDON, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, Diss. Zürich 2011, S. 103 Rz. 244).
- 2.3 Vorliegend wurde die gerügte Zwangsmassnahme bereits durchgeführt und ist abgeschlossen. Nach der bisherigen Praxis der Beschwerdekammer ist das Rechtsschutzinteresse aber dennoch zu bejahen. Denn die erfassten Daten befinden sich nach wie vor in den Verfahrensakten und der Beschwerdeführer beantragt deren

Löschung. Im Falle einer Gutheissung der Beschwerde könnte die durchgeführte erkennungsdienstliche Erfassung somit korrigiert werden. Dabei ist vorfrageweise über die Rechtmässigkeit der erfolgten erkennungsdienstlichen Erfassung zu befinden. Mit dieser Begründung trat die Beschwerdekammer in der Vergangenheit regelmässig auf Beschwerden gegen – bereits abgeschlossene – erkennungsdienstliche Erfassungen ein (vgl. Beschlüsse des Obergerichts des Kantons Bern BK 15 363 vom 1. März 2016 E. 2.1; BK 16 199 vom 13. Juli 2016 E. 2; BK 18 526 vom 27. Februar 2019 E. 2; BK 19 210 vom 26. August 2019 E. 2.2).

- 2.4 Diese Praxis gilt es zu präzisieren. Sie kann dort keine Geltung beanspruchen, wo die erkennungsdienstliche Erfassung nicht von der Staatsanwaltschaft, sondern von der Polizei angeordnet wurde. Dies folgt aus der zweistufigen Zuständigkeitsordnung, wie sie das Gesetz vorsieht. So liegt die Anordnung einer erkennungsdienstlichen Erfassung grundsätzlich in der Kompetenz der Polizei (Art. 260 Abs. 2 StPO). Ist die betroffene Person mit der Massnahme nicht einverstanden, entscheidet in einem weiteren Schritt die Staatsanwaltschaft (Art. 260 Abs. 4 StPO). Ebenso sind Beweisverwertungsverbote und damit einhergehend die Entfernung von Beweismitteln aus den Akten bei der Verfahrensleitung, d.h. im Vorverfahren ebenfalls bei der Staatsanwaltschaft, geltend zu machen (Art. 141 Abs. 5 und Art. 61 Bst. a StPO; vgl. WOHLERS, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], 3. Aufl. 2020, N. 39 zu Art. 141 StPO; SCHMID/JOSITSCH, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3. Aufl. 2018, N. 18 zu Art. 142 StPO; GLESS, in: Basler Kommentar, Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 110 zu Art. 141 StPO).

Nach Abschluss einer erkennungsdienstlichen Erfassung finden die erkennungsdienstlichen Daten umgehend Eingang in die Verfahrensakten. Sachliche Gründe, weshalb in solchen Fällen nicht wie sonst üblich die Verfahrensleitung über die Entfernung dieser Daten aus den Akten entscheiden sollte, sind keine ersichtlich. Vielmehr ist diese Situation gleich zu beurteilen wie wenn die betroffene Person sich bereits vor deren Vollzug gegen die erkennungsdienstliche Erfassung zur Wehr setzt. In diesem Fall hat, wie bereits erwähnt, gemäss Art. 260 Abs. 4 StPO ebenfalls die Staatsanwaltschaft über die Zwangsmassnahme zu entscheiden. Es kann nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein, ihr diese Kompetenz in Fällen, in denen die Massnahme bereits durchgeführt und die entsprechenden Daten bereits aktenkundig sind, zu entziehen. Wo eine erkennungsdienstliche Erfassung bereits vollzogen wurde, hat folglich zuerst die Staatsanwaltschaft über deren Rechtmässigkeit resp. über die Entfernung der daraus gewonnenen erkennungsdienstlichen Daten aus den Akten zu entscheiden. Erst die abschlägige Verfügung der Staatsanwaltschaft ist mit Beschwerde anfechtbar. Anders zu entscheiden würde bedeuten, dass die betroffene Person einer Instanz verlustig ginge.

Im Sinne einer Ausnahme könnte dann auf eine Beschwerde gegen eine von der Polizei durchgeführte erkennungsdienstliche Erfassung eingetreten werden, wenn diese derart offensichtlich zu Recht oder zu Unrecht erfolgt ist, dass keine weiteren Abklärungen notwendig sind, um dies festzustellen (vgl. Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 18 87 vom 13. Juni 2018 E. 5.4). Den Beschwerdeführer in solchen Konstellationen an die Staatsanwaltschaft zu verweisen, würde einen

prozessualen Leerlauf darstellen und damit zu Verzögerungen führen, die keinen praktischen Nutzen mit sich bringen.

- 2.5 Vorliegend steht die Recht- oder die Unrechtmässigkeit der streitigen erkennungsdienstlichen Erfassung nicht ohne Weiteres fest. Ein klarer Fall, der es rechtfertigen würde, den gewöhnlichen Instanzenzug zu verkürzen, liegt folglich nicht vor. Der Beschwerdeführer hat daher zuerst bei der Staatsanwaltschaft die Löschung der erhobenen erkennungsdienstlichen Daten zu beantragen. Die Staatsanwaltschaft wird ihren Entscheid zu begründen haben (zur Begründungspflicht siehe unten, E. 3.2 f.). Erst gegen den Entscheid der Staatsanwaltschaft steht der Beschwerdeweg offen. Auf die vorliegende Beschwerde wird deshalb nicht eingetreten.

3.

- 3.1 Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens, vorliegend bestimmt auf CHF 800.00, tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens. Als unterliegend gilt auch die Partei, auf deren Rechtsmittel nicht eingetreten wird (Art. 428 Abs. 1 StPO). Demnach würde der Beschwerdeführer grundsätzlich kostenpflichtig. Aus den nachfolgend dargestellten Gründen ist jedoch eine Abweichung von diesem Grundsatz angezeigt.
- 3.2 Die erkennungsdienstliche Erfassung ist in einem schriftlichen, kurz begründeten Befehl anzuordnen. In dringenden Fällen kann sie mündlich angeordnet werden, ist aber nachträglich schriftlich zu bestätigen und zu begründen (Art. 260 Abs. 3 StPO). Auch wenn die Anforderungen an die Begründung relativ niedrig sind (vgl. SCHMID/JOSITSCH, a.a.O., N. 10 zu Art. 260 StPO), müssen aus Gründen der Rechtssicherheit und zur Wahrung des rechtlichen Gehörs aus dieser dennoch mindestens die Zulässigkeit und Verhältnismässigkeit der Anordnung ersichtlich sein. Es muss ausgeführt werden, dass und warum gegen die betroffene Person wegen bestimmter Straftaten eine Strafuntersuchung geführt wird und die erkennungsdienstliche Erfassung für deren Abklärung bzw. allfällige spätere Verfahren sachdienlich ist (vgl. zum Ganzen: Beschlüsse des Obergerichts des Kantons Bern BK 20 120 vom 10. Juni 2020 E. 3.3; BK 19 344 vom 24. September 2019 E. 3; BK 19 24 vom 12. April 2019 E. 5.4).
- 3.3 Der Beschwerdeführer rügt, die angefochtene Anordnung verletze die Begründungspflicht – dies zu Recht. Als Erfassungsgrund nennt die Anordnung einzig «Die Person wird eines Verbrechens oder Vergehens beschuldigt». Unter dem Titel «Sachverhalt (Begründung Tatverdacht)» ist zu lesen: «Der Beschuldigte bestellte verfälschte Gerichtsurteile im Irak». Diese Ausführungen vermögen den (geringen) Anforderungen an eine hinreichende Begründung nicht zu genügen. Insbesondere wird nicht erläutert, weshalb die erkennungsdienstliche Erfassung im Hinblick auf das zu untersuchende Delikt der Urkundenfälschung geeignet und sachdienlich sein soll. Derartige Angaben wären zur Wahrung des Anspruchs auf rechtliches Gehör des Betroffenen aber unerlässlich. Ihr Fehlen verunmöglichte es dem Beschwerdeführer, die Gründe für die Anordnung der erkennungsdienstlichen Erfassung nachvollziehen zu können. Dadurch wurde der ihm zustehende Rechtsschutz in unzulässiger Weise beeinträchtigt. Auch in der Stellungnahme des Polizeikom-

mandos des Kantons Bern vom 5. Januar 2021 findet sich keine entsprechende Begründung.

- 3.4 Demzufolge wurde mit der angefochtenen Anordnung das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt. Aufgrund dieser Verletzung werden dem Beschwerdeführer – in Abweichung von Art. 428 Abs. 1 StPO – nur die Hälfte der Verfahrenskosten, ausmachend CHF 400.00, auferlegt. Die andere Hälfte der Kosten trägt der Kanton Bern.
4. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts präjudiziert der Kostenentscheid die Entschädigungsfrage. Wem Kosten auferlegt werden, erhält folglich keine Entschädigung zugesprochen, während bei Übernahme der Kosten durch die Staatskasse die betroffene Person Anspruch auf eine Entschädigung hat (BGE 137 IV 352 E. 4.2.4; Urteile 6B_582/2020 vom 17. Dezember 2020 E. 4.1; 6B_115/2019 vom 15. Mai 2019 E. 5.2). Folglich hat der Beschwerdeführer gestützt auf Art. 436 Abs. 1 i.V.m. Art. 429 Abs. 1 Bst. a StPO Anspruch auf eine anteilmässige Entschädigung der Aufwendungen für die angemessene Ausübung seiner Verfahrensrechte im Beschwerdeverfahren. Da seine Verteidigerin weder eine Honorarnote eingereicht, noch die Einreichung einer solchen in Aussicht gestellt hat, wird die Entschädigung praxisgemäss nach Ermessen der Kammer festgesetzt. Sie berücksichtigt dabei die Vorgaben von Art. 17 Abs. 1 der Parteikostenverordnung (PKV; BSG 168.811) und Art. 41 Abs. 3 des Kantonalen Anwaltsgesetzes (KAG; BSG 168.11). Gestützt auf diese Bestimmungen erachtet die Beschwerdekammer eine Teilentschädigung von pauschal CHF 400.00 für angemessen. Dieser Betrag wird mit den dem Beschwerdeführer auferlegten Verfahrenskosten verrechnet (Art. 442 Abs. 4 StPO).

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

1. Es wird festgestellt, dass das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt worden ist.
2. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 800.00, werden je zur Hälfte, ausmachend CHF 400.00, dem Beschwerdeführer und dem Kanton Bern auferlegt.
4. Dem Beschwerdeführer wird für seine Aufwendungen im Beschwerdeverfahren eine Teilentschädigung von CHF 400.00 (inkl. Auslagen und MWST) ausgerichtet. Die Teilentschädigung wird mit den dem Beschwerdeführer auferlegten Verfahrenskosten von CHF 400.00 verrechnet.
5. Zu eröffnen:
 - dem Beschuldigten/Beschwerdeführer, v.d. Rechtsanwältin B. _____
(per Einschreiben)
 - der Beschwerdegegnerin (per Einschreiben)

Mitzuteilen:

- der Regionalen Staatsanwaltschaft Berner Jura-Seeland, C. _____ (mit den Akten – per Einschreiben)

Bern, 27. Januar 2021

Im Namen der Beschwerdekammer
in Strafsachen

Der Präsident:

Oberrichter J. Bähler

Die Gerichtsschreiberin:

Lustenberger

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 Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.