

Urteil vom 13. Dezember 2016

STK 2016 27

Mitwirkend Kantonsgerichtsvizepräsidentin lic. iur. Daniela Pérez-Steiner,
Kantonsrichter Reto Fedrizzi, Bettina Krienbühl,
Dr. Stephan Zurfluh und Pius Schuler,
Gerichtsschreiberin lic. iur. Gabriela Thurnherr.

In Sachen **A.**_____,
Beschuldigter und Berufungsführer,
erbeten verteidigt durch Rechtsanwalt B._____,

gegen

1. **Staatsanwaltschaft March**, Postfach 162, Rathausplatz 1, 8853 Lachen,
Anklagebehörde und Berufungsgegnerin,
vertreten durch Staatsanwalt C._____,

2. **D.**_____ **AG**,
Privatklägerin,

betreffend Diebstahl (Art. 139 Ziff. 1 StGB); 2. Rechtsgang
(Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts March vom 18. Juni 2014,
SGO 2014 2);-

hat die Strafkammer,

nachdem sich ergeben:

A. Am 13. Februar 2014 erhob die Staatsanwaltschaft March (nachfolgend Anklagebehörde) beim Bezirksgericht March Anklage gegen A. _____ (nachfolgend Beschuldigter) wegen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB und vorsätzlicher grober Verkehrsregelverletzung durch Überschreiten der signalisierten Höchstgeschwindigkeit im Sinne von Art. 90 Abs. 2 i.V.m. Art. 27 Abs. 1 SVG, Art. 4a Abs. 5 VRV und Art. 22 Abs. 1 SSV (U-act. 9.1.10, STK 2014 70). Ihm werden folgende Sachverhalte zur Last gelegt:

(Diebstahl)

A. _____ brach an einem nicht genauer bestimmbar Zeitpunk im Zeitraum von Donnerstag, 17. August 2006, 10:00 Uhr, bis Freitag, 18. August 2006, 09:10 Uhr, den Fotoautomaten der Firma D. _____ AG auf, der beim Bahnhof in Lachen, Bahnhofplatz, aufgestellt war, indem er die Glasscheibe des Fotoautomaten mit einem unbekanntem Gegenstand zerschlug, hernach mit einem unbekanntem Flachwerkzeug das Lampengehäuse nach oben drückte, eine Glasscheibe aus dem Blackroom entfernte und schliesslich den Münzbehälter aus dem Fotoautomaten behändigte. Das sich im Münzbehälter befindliche Bargeld im Betrag von CHF 1'227.00 nahm er in der Folge an sich, um es für eigene Zwecke zu verwenden.

(Geschwindigkeitsüberschreitung)

Am Dienstag, 6. August 2013, 14:33 Uhr, lenkte A. _____ den Personenwagen „Mini GB One“, SZ xx, in San Vittore GR, Autostrasse A13, Fahrtrichtung Chur, und überschritt dabei die signalisierte Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h nach Abzug der Sicherheitsmarge um 41 km/h. Durch die massive Geschwindigkeitsüberschreitung schuf er eine hohe abstrakte Unfallgefahr und gefährdete andere Verkehrsteilnehmer, insbesondere seine Beifahrerin, ernsthaft.

Die Anklagebehörde beantragte die Bestrafung des Beschuldigten mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen à Fr. 70.00, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von zwei Jahren, und einer Busse von Fr. 1'050.00.

B. Mit Urteil vom 18. Juni 2014 erkannte das Bezirksgericht March wie folgt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB gemäss Anklageziffer 1;
 - der vorsätzlichen groben Verletzung der Verkehrsregeln durch Überschreiten der signalisierten Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h auf einer Autobahn im Sinne von Art. 90 Abs. 2 SVG i.V.m. Art. 27 Abs. 1 SVG, Art. 4a Abs. 5 VRV und Art. 22 Abs. 1 SSV gemäss Anklageziffer 2.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 60.00 und einer Busse von Fr. 900.00 (ersatzweise 15 Tage Freiheitsstrafe).
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Die Busse ist zu bezahlen.
4. Die Verfahrenskosten, bestehend aus

Gebühr (inkl. Redaktion)	Fr.	2'500.00
Untersuchungskosten	Fr.	4'316.70
betragen	Fr.	6'816.70.
5. Die Verfahrenskosten von Fr. 6'816.70 werden dem Beschuldigten auferlegt.
6. (Rechtsmittel).
7. (Mitteilung).

C. Die gegen dieses Urteil erhobene Berufung des Beschuldigten wies das Kantonsgericht mit Urteil vom 7. Juli 2015 (STK 2014 70) ab.

Mit Urteil vom 23. Juni 2016, 6B_1100/2015, hiess das Bundesgericht die vom Beschuldigten gegen das Urteil des Kantonsgerichts Schwyz erhobene Beschwerde in Strafsachen gut, hob das Urteil vom 7. Juli 2015 auf und wies die Sache zu neuer Entscheidung an das Kantonsgericht zurück (KG-act. 1, STK 2016 27).

Am 6. Juli 2016 verfügte die Kantonsgerichtsvizepräsidentin den Beizug der Untersuchungsakten der Staatsanwaltschaft March in der Strafuntersuchung (SUM 2011 2015-2018) gegen den Beschuldigten betreffend Raufhandel (KG-act. 2, STK 2016 27), ordnete im Einverständnis der Parteien das schriftliche Verfahren an und beschränkte dieses einstweilen auf die Frage der Verwertbarkeit der im Verfahren der Staatsanwaltschaft March wegen Raufhandels erkennungsdienstlich erfassten Fingerabdrücke des Beschuldigten (KG-act. 7, STK 2016 27). Zu letzterer Frage nahmen der Verteidiger (KG-act. 9, STK 2016 27) und die Anklagebehörde (KG-act. 10, STK 2016 27) mit Eingaben vom 7. September 2016 Stellung. Am 15. September 2016 reichte der Verteidiger eine weitere Stellungnahme ein (KG-act. 13, STK 2016 27), die der Anklagebehörde zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (KG-act. 14, STK 2016 27).

Auf die Vorbringen der Parteien wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen Bezug genommen;-

in Erwägung:

1. Im Falle eines bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheids nach Art. 107 Abs. 2 BGG hat die mit der neuen Entscheidung befasste kantonale Instanz ihrem Urteil die rechtliche Beurteilung, mit der die Rückweisung begründet wird, zugrunde zu legen. Die neue Entscheidung der kantonalen Instanz ist also auf diejenige Thematik beschränkt, die sich aus den bundesgerichtlichen Erwägungen als Gegenstand der neuen Beurteilung ergibt. Das Verfahren wird nur insoweit neu in Gang gesetzt, als dies notwendig ist, um den verbindlichen Erwägungen des Bundesgerichts Rechnung zu tragen (BGE 135 III 334, E. 2 mit Hinweisen; statt viele: Urteile BGer vom 9. März 2016, 6B_977/2015, E. 2, vom 21. Januar 2016, 6B_853/2015, E. 2 und vom 3. Februar 2016, 6B:765/2015, E. 2.2).

2. Der erstinstanzliche Schuldspruch betreffend vorsätzliche grobe Verletzung der Verkehrsregeln durch Überschreiten der signalisierten Höchstgeschwindigkeit auf Autobahnen im Sinne von Art. 90 Abs. 2 SVG blieb im ersten Rechtsgang vor Kantonsgericht (vgl. KG-act. 3 und 14) und vor Bundesgericht unangefochten (vgl. Urteil BGer vom 23. Juni 2016, 6B_1100/2015). Somit kann auf die Erwägungen im Entscheid des Kantonsgerichts vom 7. Juli 2015 (STK 2014 70) verwiesen werden.

3. Der Beschuldigte rügte im bundesgerichtlichen Verfahren im Zusammenhang mit dem (monierten) Schuldspruch wegen Diebstahls, dass einerseits die Abnahme seiner Fingerabdrücke im Verfahren wegen Raufhandels unverhältnismässig und damit unzulässig gewesen sei. Andererseits hätten sie nicht verwendet werden dürfen, da Art. 261 Abs. 1 StPO hierfür einen hinreichenden Tatverdacht auf ein neues Delikt voraussetze. Weil ein solcher Tatverdacht bei ihm nicht bestanden habe, hätten seine Fingerabdrücke nicht mit den Fingerabdrücken an der Scheibe des Fotoautomaten abgeglichen werden dürfen. Das rechtswidrig erlangte Beweismittel dürfe daher nicht verwendet werden (Urteil BGer vom 23. Juni 2016, 6B_1100/2015, E. 1.1; vgl. KG-act. 18/1, STK 2014 70). Das Bundesgericht erwog diesbezüglich Folgendes (Urteil BGer vom 23. Juni 2016, 6B_1100/2015, E. 1.4):

Aus dem vorinstanzlichen Urteil geht nicht hervor, weshalb der Beschwerdeführer im Verfahren wegen Raufhandels erkennungsdienstlich erfasst wurde. Ebenso wenig äussert sich die Vorinstanz dazu, wer und in welcher Form die erkennungsdienstliche Erfassung anordnete. Auch den Verfahrensakten sind diese Informationen nicht zu entnehmen; soweit ersichtlich wurden die Akten des Verfahrens gegen den Beschwerdeführer wegen Raufhandels nicht beigezogen. Die Vorinstanz beantwortet nicht hinreichend, weshalb die erkennungsdienstliche Erfassung im Verfahren wegen Raufhandels erforderlich war. Demnach kann die Rüge des Beschwerdeführers, die Abnahme seiner Fingerabdrücke sei unverhältnismässig gewesen, nicht geprüft werden. Zutreffend ist sein Einwand, die Vorinstanz begründe nicht ausreichend, weshalb seine Rüge verspätet sein soll. Das angefochtene Urteil ist ungenügend begründet und genügt den Anforderungen von Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG nicht. (...)

a) Die erkennungsdienstliche Erfassung im Sinne von Art. 260 Abs. 1 StPO und die Aufbewahrung der Daten stellen einen Eingriff in das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) dar (BGE 136 I 87, E. 5.; 128 II 259, E. 3.2; je mit Hinweisen). Auch wenn es sich bei diesen Massnahmen um einen leichten Eingriff in diese Grundrechte handelt (BGE 134 III 241, E. 5.4.3; 128 II 259, E. 3.3; Urteile BGer vom 20. August 2015, 1B_111/2015, E. 3.1 und vom 25. Oktober 2011, 2C_257/2011, E. 6.7.3), müssen Einschränkungen von Grundrechten nach Art. 36 Abs. 2 und 3 BV durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein. Dies konkretisiert Art. 197 Abs. 1 StPO (Urteil BGer vom 29. November 2016, 1B_26/2016, E. 4.2). Danach können Zwangsmassnahmen nur ergriffen werden, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind (lit. a), ein hinreichender Tatverdacht vorliegt (lit. b), die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können (lit. c; sog. Erforderlichkeit/Subsidiarität) und die Bedeutung der Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt (lit. d, sog. Verhältnismässigkeit; BGE 141 IV 87, E. 1.3.1; zum Ganzen: Urteil BGer vom 23. Juni 2016, 6B_1100/2015, E. 1.3). Der Verdacht einer Straftat ist ausreichend. Zu prüfen ist, ob genügend konkrete Anhaltspunkte für eine Straftat und eine Beteiligung der beschuldigten Person an dieser Tat vorliegen (Hug/Scheidegger, in: Donatsch/Hansakob/Lieber, StPO Komm., Art. 197 N 5 f.). Die Massnahme darf sodann nicht weiter gehen, als es das öffentliche Interesse erfordert (mildeste Massnahme). Erforderlich ist eine Zwangsmassnahme, wenn sie in zeitlicher, räumlicher, sachlicher und personeller Hinsicht das Notwendige nicht überschreitet (BSK StPO-Weber, Art. 197 N 9). Schliesslich muss die Zwangsmassnahme verhältnismässig, d.h. angemessen bzw. zumutbar sein. Die Zumutbarkeit erschliesst sich über eine Abwägung der öffentlichen (Strafverfolgungs-)Interessen gegen die Beeinträchtigung der individuellen Grundrechte des von der Zwangsmassnahme Betroffenen (BSK StPO-Weber, Art. 197 N 11). Eingriffszweck und Eingriffswirkung der Zwangsmassnahme müssen

somit in einem vernünftigen Verhältnis stehen (Hug/Scheidegger, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., Art. 197 N 20; BGE 133 I 81).

b) Bei der erkennungsdienstlichen Erfassung werden die Körpermerkmale einer Person festgestellt und Abdrücke von Körperteilen genommen (Art. 260 Abs. 1 StPO), folglich eine gesetzliche Grundlage für die Abnahme der Fingerabdrücke des Beschuldigten bestand. Zuständig für die Anordnung der erkennungsdienstlichen Erfassung sind sodann die Polizei, die Staatsanwaltschaft und die Gerichte, in dringenden Fällen ihre Verfahrensleitung (Art. 260 Abs. 2 StPO). Die erkennungsdienstliche Erfassung wird in einem schriftlichen, kurz begründeten Befehl angeordnet (Art. 260 Abs. 3 StPO). Im Verfahren betreffend Raufhandel (etc.) ordnete die Kantonspolizei Schwyz die erkennungsdienstliche Erfassung des Beschuldigten (inklusive Wangenschleimhautabstrich) mit Befehl vom 6. September 2011 an (beigezogene Akten, SUM 2011 2015-2018, U-act. 8.1.10). Diese war hierzu gestützt auf Art. 260 Abs. 2 StPO zuständig, wobei die formellen Anforderungen von Art. 260 Abs. 3 StPO eingehalten wurden. Die erkennungsdienstliche Erfassung wurde gleichentags durch den Kriminaltechnischen Dienst der Kantonspolizei vollzogen (U-act. 8.1.13, SUM 2011 2015-2018). Ein hinreichender Tatverdacht lag vor (vgl. E. 3.c nachfolgend).

c) Ziel der erkennungsdienstlichen Erfassung ist insbesondere die Feststellung der Identität einer Person sowie die Schaffung von Vergleichsmaterial bei der Auswertung von Spuren (Hansjakob, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., Art. 260 N 1). Eine erkennungsdienstliche Erfassung ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch zulässig, wenn sie nicht für die Abklärung der Straftat erforderlich ist, derer eine Person im hängigen Strafverfahren beschuldigt wird. Damit diese Zwangsmassnahme verhältnismässig ist, müssen erhebliche und konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die beschuldigte Person in andere – bereits begangene oder künftige – Delikte von

gewisser Schwere verwickelt sein könnte (Urteil BGer vom 23. Juni 2016, 6B_1100/2015, E. 1.3 mit Hinweisen).

aa) Der Vorfall, der zur erkennungsdienstlichen Erfassung des Beschuldigten führte, ereignete sich am 27. August 2011, ca. um 03:45 Uhr. Im Befehl zur erkennungsdienstlichen Erfassung vom 6. September 2011 wurde als Erfassungsgrund angegeben, dass die Person eines Verbrechens oder Vergehens – i.c. „Schlägerei in Bar“ – beschuldigt werde (U-act. 8.1.10, SUM 2011 2015-2018). Als Straftatbestände wurden Raufhandel, Angriff und Körperverletzung aufgeführt. Zu diesem Zeitpunkt verfügte die Untersuchungsbehörde über den Strafantrag von F._____ vom 30. August 2011 (U-act. 3.1.01, SUM 2011 2015-2018), die polizeiliche Einvernahme von F._____ vom 30. August 2011 (U-act. 8.1.03, SUM 2011 2015-2018) sowie über die polizeilichen Einvernahmen folgender Auskunftspersonen: G._____ (U-act. 8.1.24, SUM 2011 2015-2018), I._____ (U-act. 8.1.25, SUM 2011 2015-2018), je vom 30. August 2011; J._____ (U-act. 8.1.26, SUM 2011 2015-2018), K._____ (U-act. 8.1.27, SUM 2011 2015-2018), L._____ (U-act. 8.1.28, SUM 2011 2015-2018) und M._____ (U-act. 8.1.30, SUM 2011 2015-2018), je vom 31. August 2011; N._____ vom 1. September 2011 (U-act. 8.1.29, SUM 2011 2015-2018).

J._____, welcher im Vorstand des Fussballclubs O._____ ist, kannte den Beschuldigten, weil dieser in der yy Mannschaft im Fussballclub O._____ spiele. Er sagte aus, dass er gesehen habe, wie der Beschuldigte eine Auseinandersetzung mit F._____ gehabt habe (U-act. 8.1.26, Fragen 1 und 6; SUM 2011 2015-2018). L._____ (Spieler) beim Fussballclub O._____, wusste ebenfalls, dass der Beschuldigte im besagten Fussballclub war. Er will dessen Auseinandersetzung mit F._____ gesehen haben (U-act. 8.1.28, Fragen 1 und 6; SUM 2011 2015-2018). M._____ (Wirtin), will gehört haben, wie der Beschuldigte zu F._____ dem Sinne nach gerufen habe, „jetzt isch fertig, ich bin A._____ und kein Ausländer“. Sie habe

mitbekommen, dass der Beschuldigte vom Fussballclub O._____ sei (U-act. 8.1.30, Fragen 2 und 16; SUM 2011 2015-2018). Ausserdem übergab sie der Polizei den Zahlungsbeleg der Kreditkarte des Beschuldigten (Beilage zu U-act. 8.1.30; SUM 2011 2015-2018). Schliesslich will G._____ gehört haben, wie der Beschuldigte gesagt haben soll, er sei „P._____“ (U-act. 8.1.24, Fragen 2, 10; SUM 2011 2015-2018).

Der Beschuldigte wurde am 6. September 2011 zunächst polizeilich zum Tatvorwurf (U-act. 8.1.09, SUM 2011 2015-2018) und anschliessend zu seinen persönlichen Verhältnissen (U-act. 1.2.01, SUM 2011 2015-2018) befragt. Bei der Befragung zur Sache stritt er eine Beteiligung nicht ab bzw. gab zu Protokoll, dass sich die Auseinandersetzung auf ihn und F._____ beschränkt habe. Q._____ und R._____ hätten nur „geschlichtet und aufgeholfen“ (U-act. 8.1.09, Fragen 19 f., SUM 2011 2015-2018). Die Identität des Beschuldigten stand in diesem Zeitpunkt also bereits fest. Die unmittelbar nach der Befragung erfolgte erkennungsdienstliche Erfassung (U-act. 8.1.10, SUM 2011 2015-2018) konnte daher nicht der Identifizierung seiner Person dienen.

Zur Rekonstruktion des Tatablaufs verfügten die Strafverfolgungsbehörden im Zeitpunkt der erkennungsdienstlichen Erfassung über die bereits erwähnten Aussagen der Auskunftspersonen und der beiden Hauptbeteiligten (F._____ und Beschuldigte). Anlässlich der Ausrückung der Polizei wurden den Untersuchungsakten zufolge am Tatort weder Spuren (insbesondere Fingerabdrücke) sichergestellt noch anderweitige Beweise (z.B. Fotos) erstellt (U-act. 8.1.01, SUM 2011 2015-2018). Den Akten sind auch keine Hinweise zu entnehmen, dass sich im Zeitpunkt der erkennungsdienstlichen Erfassung des Beschuldigten die nachträgliche Erhebung derartiger Beweise aufgedrängt hätte. Ebenso wenig ist ersichtlich, inwiefern diese Zwangsmassnahme mit Blick auf die von F._____ erlittene Körperverletzung allenfalls der Beweissicherung hätte dienlich sein können bzw. sollen.

Schliesslich lagen im Zeitpunkt der erkennungsdienstlichen Erfassung weder konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass der Beschuldigte bereits früher straffällig geworden wäre, noch bestanden mit Ausnahme des Tatverdachts des Raufhandels anderweitige Auffälligkeiten, welche eine zukünftige Delinquenz des Beschuldigten als – wenn auch bloss vage – wahrscheinlich erscheinen liessen.

bb) Selbst unter Berücksichtigung, dass es sich bei der Abnahme von Fingerabdrücken um einen leichten Grundrechtseingriff handelt, war nach dem Gesagten die Erfassung der Fingerabdrücke des Beschuldigten nicht verhältnismässig und somit unzulässig. Das Einverständnis des Beschuldigten vermag daran deshalb nichts zu ändern, da keine Hinweise dafür sprechen, dass er sich in diesem Zeitpunkt der Konsequenzen seiner Einwilligung vollumfänglich bewusst war. Im Gegensatz zum Infoblatt Wangenschleimhautabstrich (U-act. 8.1.11, SUM 2011 2015-2018), wurde den Akten zufolge kein anderes Orientierungsblatt betreffend die Erfassung, Aufbewahrung und Verwendung von Fingerabdrücken vorgelegt. Ebenso spricht nichts dafür, dass der Beschuldigte vorgängig seiner Zustimmung über die Folgen der Erfassung seiner Fingerabdrücke umfassend in Kenntnis gesetzt worden war. Dass der Beschuldigte letzterer Massnahme auch zugestimmt hätte im Wissen darum, dass diese zur Aufklärung früherer Straftaten verwendet werden kann, erscheint fraglich. Insofern ist dieser Zustimmung mit Vorbehalt zu begegnen, weshalb an der Feststellung im Urteil vom 7. Juli 2015, dass der Einwand betreffend die Nichtverwertbarkeit verspätet sei, nicht weiter festgehalten werden kann, zumal die Zulässigkeit und Verhältnismässigkeit einer erkennungsdienstlichen Erfassung von Amtes wegen zu prüfen ist (Urteil BGer vom 23. Juni 2016, 6B_1100/2015, E. 1.3 mit Hinweis).

d) Beweise, die unter Verletzung einer Gültigkeitsvorschrift erhoben wurden, dürfen nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich (Art. 141 Abs. 2 StPO). Wurden hin-

gegen lediglich Ordnungsvorschriften verletzt, sind die Beweise verwertbar (Art. 141 Abs. 3 StPO). Ob im Einzelfall eine Gültigkeits- oder eine Ordnungsvorschrift vorliegt, bestimmt sich (sofern das Gesetz die Norm nicht selber als Gültigkeitsvorschrift bezeichnet) primär nach dem Schutzzweck der Norm. Hat die Verfahrensvorschrift für die Wahrung der zu schützenden Interessen der betreffenden Person eine derart erhebliche Bedeutung, dass sie ihr Ziel nur erreichen kann, wenn bei Nichtbeachtung die Verfahrenshandlung ungültig ist, liegt eine Gültigkeitsvorschrift vor (BGE 139 IV 128 E. 1.6; vgl. zum Ganzen Botschaft, a.a.O., BBI 2006 1183 f.). Als Gültigkeitsvorschrift gelten somit im Wesentlichen jene Regeln, die ausschliesslich oder vorrangig den Schutz des Beschuldigten anstreben (BSK StPO-Gless, Art. 141 N 67). Um eine Ordnungsvorschrift handelt es sich dagegen bei Vorschriften, deren Funktion sich darin erschöpft, die äussere Ordnung des Verfahrens zu regeln (Wohlers, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., Art. 141 N 25). Voraussetzung, dass eine Vorschrift als blosser Ordnungsnorm qualifiziert werden kann, ist deshalb, dass diese nur der einfachen administrativen Abwicklung des Strafverfahrens dient und weder die Zuverlässigkeit der Beweisführung noch die Voraussetzungen eines fair trial berühren (BSK StPO-Gless, Art. 141 N 87).

Zwangsmassnahmen sind Verfahrenshandlungen der Strafbehörden, die in Grundrechte der Betroffenen eingreifen und die dazu dienen (a) Beweise zu sichern; (b) die Anwesenheit von Personen im Verfahren sicherzustellen; (c) die Vollstreckung des Endentscheides zu gewährleisten (Art. 196 StPO). Insofern besteht ihr Zweck auch darin, einen geordneten Verfahrensablauf sicherzustellen. Als Grundrechtseingriffe unterliegen die Zwangsmassnahmen zudem bereits verfassungsrechtlich den Schranken von Art. 36 BV. Mit den gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Zwangsmassnahmen gemäss Art. 197 Abs. 1 StPO werden die verfassungsmässigen Voraussetzungen für die Grundrechtseingriffe wiederholt und für das Strafverfahren konkretisiert (BSK StPO-Weber, Art. 197 N 1; BBI 2005 1216). Mit anderen Worten dient die Einhaltung der Voraussetzungen von Art. 197 Abs. 1 StPO

dazu, den Beschuldigten vor übermässigen Eingriffen in sein Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) zu schützen. Die Funktion von Art. 197 Abs. 1 StPO kann sich somit, selbst die erkennungsdienstliche Erfassung nach Art. 260 StPO betreffend, nicht in der Regelung blosser Verfahrensvorschriften erschöpfen.

e) Gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO dürfen Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich. Die Frage, was unter einer schweren Straftat zu verstehen ist, ergibt sich nicht aus dem Gesetzeswortlaut. Auch der Botschaft sind keine entsprechenden Hinweise zu entnehmen (BBI 2005 1183). Ebenso bestehen unterschiedliche Lehrmeinungen. So vertreten beispielsweise Donatsch/Cavegn die Meinung, dass von einer schweren Straftat zu sprechen sei, wenn diese unter den Deliktskatalog von Art. 269 Abs. 2 bzw. Art. 286 Abs. 2 StPO fällt (Andreas Donatsch/Claudine Cavegn, *Ausgewählte Fragen zum Beweisrecht nach der schweizerischen Strafprozessordnung*, ZStrR 2008, S. 158 ff., S. 166). Als mögliches Kriterium wird des Weiteren vorgetragen, den Anwendungsbereich auf die Schwerekriminalität zu beschränken, d.h. auf Straftatbestände, bei denen als Strafe ausschliesslich Freiheitsstrafe vorgesehen ist (Wohlens, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, *StPO Komm.*, Art. 141 N 21a; Wolfgang Wohlens/Linda Bläsi, *Dogmatik und praktische Relevanz der Beweisverwertungsverbote im Strafprozessrecht der Schweiz*, recht 2015, S. 158 ff., S. 165; Niklaus Ruckstuhl/Volker Dittmann/Jörg Arnold, *Strafprozessrecht*, Zürich/Basel/Genf 2011, Rz.556; BSK StPO-Gless, Art. 141 N 72). Währenddessen Schmid eine schwere Straftat bereits als gegeben hält, wenn es sich um ein Verbrechen nach Art. 10 Abs. 2 StGB handelt (Schmid, *StPO Praxiskommentar*, 2. Aufl., Art. 141 N 8).

Die Straftat des Diebstahls im Sinne von Art. 139 StGB fällt zwar unter die Deliktskataloge von Art. 269 Abs. 2 lit. a StPO bzw. Art. 286 Abs. 2 lit. a StPO und ist aufgrund der Strafandrohung als Verbrechen zu qualifizieren (Art. 10 Abs. 2 StGB). Nach Ansicht des Gerichts vermag eine rein formale Qualifizierung der Deliktsschwere nach Art. 10 Abs. 2 StGB oder nach Art. 269 Abs. 2 lit. a StPO bzw. Art. 286 Abs. 2 lit. a StPO dem Ausnahmecharakter von Art. 141 Abs. 2 StPO aber nicht zu genügen. Vielmehr sind, so nach Meinung des Spruchkörpers, bei der Bestimmung der Schwere, insbesondere bei Vermögens- und Eigentumsdelikten die Tatumstände ebenso heranzuziehen. So sieht beispielsweise auch Art. 269 StPO in Abs. 1 lit. b vor, dass die Schwere der Straftat die Massnahme (i.c. die Überwachung) rechtfertigen muss. Oder anders gesagt, ist selbst bei diesen Katalogtaten eine gewisse Tatschwere, mithin eine Verhältnismässigkeitsprüfung unerlässlich (Riklin, of-Ausgabe, 2. Aufl., Art. 269 StPO N 1).

Dem zu beurteilenden Diebstahl, der sich im Zeitraum vom 17./18. August 2006 zugetragen hat, liegt die Behändigung des in einem aufgebrochenen Fotoautomaten befindenden Münzbehälters mit einem Bargeldbetrag von Fr. 1'227.00 zugrunde (U-act. 9.1.10, STK 2014 70). Den Akten zufolge wurde die Glasscheibe des Fotoautomaten mit einem unbekanntem Gegenstand zer schlagen und sodann das Lampengehäuse am unteren Rand des Fensterrahmens gelöst und nach oben gedrückt und schliesslich die Glasscheibe aus dem sogenannten Blackroom entfernt; der Gesamtschaden wird mit ca. Fr. 620.00 beziffert (vgl. U-act. 8.1.01 SUM 2011 1531). Festzustellen ist demnach, dass die angewandte Gewalt nicht über das für das Aufbrechen des Fotoautomaten bzw. das Behändigen der Geldkassette unmittelbar Notwendige hinausging. Das Vorgehen selber erweckt somit nicht den Eindruck massiver krimineller Energie. Auch kann nicht angenommen werden, die Täterschaft habe mit einem sehr hohen Deliktsbetrag rechnen können. Es darf als notorisch gelten, dass Münzbehälter von öffentlich zugänglichen Automaten regelmässig geleert werden, um gerade bei solchen Vorkommnissen wie vorlie-

gend den Schaden möglichst gering zu halten. Vorliegend erfolgten durch die Geschädigte denn auch monatliche Kontrollen (U-act. 10.1.03, Frage 8, SUM 2011 1531; vgl. auch Vi-act. 18 SUM 2011 1531). Schliesslich ist den Akten auch dahingehend nichts zu entnehmen, dass die Geschädigte durch diese Tat, insbesondere durch den Diebstahl, in ihren Vermögensrechten besonders hart betroffen wurde. Zusammenfassend kann nicht von einem „schweren“ Diebstahl gesprochen werden bzw. besteht der vorliegende Diebstahl in einem Verbrechen geringfügigeren Charakters. Folglich liegt keine schwere Straftat im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO vor, sodass die Fingerabdrücke des Beschuldigten im Verfahren betreffend Diebstahl nicht verwertet werden dürfen.

f) Der Schuldspruch betreffend Diebstahl im Urteil vom 7. Juli 2015 beruhte im Wesentlichen darauf, dass die Täterschaft des Beschuldigten mit dessen Fingerabdrücken auf der im aufgebrochenen Fotoapparat gefundenen Glasscheibe nachgewiesen sei, mithin seine Fingerabdrücke als einziges Beweismittel für dessen Täterschaft diene (STK 2014 70, E. 2). Das Bundesgericht äusserte sich in seiner Entscheidung vom 23. Juni 2016 (6B_1100/2015) lediglich zur Verwertbarkeit der Fingerabdrücke. Nachdem diese als nicht verwertbar zu qualifizieren sind, ergibt sich eine neue Sachverhaltsgrundlage, weshalb zu prüfen ist, ob die Täterschaft des Beschuldigten aufgrund weiterer Beweismittel nachweisbar ist.

Folgende am Tatort gefundenen Gegenstände und kriminaltechnischen Spuren wurden nebst der Glasscheibe mit den Fingerabdruckspuren dem Kriminaltechnischen Dienst überwiesen: Eine Kartonbox mit Fotopapier, eine Dose Red Bull aus dem Fotoautomaten, ein Feuerzeug ebenfalls aus dem Fotoautomaten, ein Mikrospurenblatt mit vier Klebestreifen ab dem Fotoautomaten und ein Wattetupfer mit Blutanhaftungen ab dem Fotoautomaten (U-act. 8.1.03; vgl. U-act. 8.1.01, S. 2; je SUM 2011 1531). Ausgewertet wurden diese Spuren nicht. Grundsätzlich wäre insbesondere die Blutspur dazu ge-

eignet, die Täterschaft des Beschuldigten nachzuweisen. Indessen gilt zu beachten, dass ein Beweis, der lediglich aufgrund eines nach Art. 141 Abs. 2 StPO nicht verwertbaren Beweises erhoben werden konnte, nicht verwertbar ist, wenn dieser zweite Beweis nicht ohne die vorhergehende Beweiserhebung möglich gewesen wäre (Art. 141 Abs. 4 StPO). Im Zeitpunkt vor der erkennungsdienstlichen Erfassung des Beschuldigten (6. September 2011) bestanden keinerlei Hinweise auf eine mögliche Täterschaft des Beschuldigten im Verfahren betreffend Diebstahl. Das Verfahren wurde denn auch mit Verfügung vom 16. Juni 2008 vorläufig eingestellt, weil die Täterschaft bis dato nicht ermittelt werden konnte (U-act. 9.1.01, SUM 2011 1531). Erst nachdem die Fingerabdrücke im Verfahren betreffend Raufhandel etc. in die zentrale Spurendatenbank eingespielen wurden und sich (zufällig) eine Übereinstimmung mit den Fingerabdruckspuren im vorliegenden Verfahren ergab, wurden die Ermittlungen wieder aufgenommen (vgl. U-act. 8.1.04, SUM 2011 1531). Ohne die Fingerabdruckspuren wäre der Tatverdacht nicht auf den Beschuldigten gefallen. Nachdem die Erfassung seiner Fingerabdrücke nicht zulässig war, erübrigt sich in Nachachtung von Art. 141 Abs. 4 StPO namentlich die Auswertung der sichergestellten Blutspur.

g) Zusammenfassend ist der nicht geständige Beschuldigte mangels rechtsgenügender Beweise vom Vorwurf des Diebstahls nach Art. 139 Ziff. 1 StGB freizusprechen.

4. Infolge des zuvor erwähnten Freispruchs ist die Strafe für den nicht angefochtenen Schuldspruch betreffend vorsätzliche grobe Verkehrsregelverletzung (Art. 90 Abs. 2 SVG) festzulegen. Die Vorinstanz befasste sich bereits ausführlich mit der Strafzumessung (Urteil Bezirksgericht March vom 18. Juni 2014, E. 3). Sie hielt für das Strassenverkehrsdelikt die Ausfällung einer Geldstrafe (E. 3.3) von 20 bzw. letztlich von 15 Tagessätzen (E. 3.6 f; unter Berücksichtigung des Geständnisses), bei einer Tagessatzhöhe von Fr. 60.00 (E. 3.9), bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von zwei Jahren und einer

Verbindungsbusse (E. 4) für angemessen. Der Beschuldigte rügte diese vorinstanzliche Strafzumessung im ersten Rechtsgang des Berufungsverfahrens nicht (vgl. Berufungsantrag Ziff. 2, KG-act. 3, STK 2014 70) und die Strafkammer des Kantonsgerichts schloss sich den Erwägungen der Vorinstanz an (Urteil vom 7. Juli 2015, E. 4). Hierzu hat sich das Bundesgericht nicht geäußert, sodass die Strafkammer nunmehr an seine Erwägungen im Urteil vom 7. Juli 2015 gebunden ist. Weitere Erörterungen hierzu erübrigen sich somit. Folglich ist der Beschuldigte für die grobe Verkehrsregelverletzung mit einer Geldstrafe von 15 Tagessätzen à Fr. 60.00, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von zwei Jahren, und einer Busse von Fr. 225.00, bei schuldhafter Nichtbezahlung zu drei Tagen Ersatzfreiheitsstrafe, zu bestrafen.

5. a) Fällt die Rechtsmittelinstanz eine neue Entscheidung, so befindet sie darin auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung (Art. 428 Abs. 3 StPO). Gemäss Art. 426 Abs. 1 StPO trägt die beschuldigte Person die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird. Dem Beschuldigten sind somit die Untersuchungs- und erstinstanzlichen Kosten, welche im Hinblick auf den Schuldspruch betreffend grobe Verkehrsregelverletzung entstanden, aufzuerlegen. Anhand der Kostenrechnung für die Anklage (U-act. 17.1.01, SUM 2011 1531) bzw. der Rechnungen im Untersuchungsverfahren (U-act. 17.1.02-07, SUM 2011 1531) ist eine exakte Ausscheidung der Kosten für das Strassenverkehrsdelikt nicht möglich. Der auf die Geschwindigkeitsüberschreitung entfallende Aufwand im Untersuchungsverfahren beschränkte sich auf den Rapport der Verkehrspolizei (U-act. 8.2.01) inkl. Foto (U-act. 8.2.02), das Rechtshilfegesuch sowie das Formular zur Ermittlung von Halter und Lenker des Fahrzeuges (U-act. 8.2.03/04) und ein paar wenige Fragen anlässlich der zweiten staatsanwaltschaftlichen Einvernahme (U-act. 10.1.02, Fragen 10-15; jeweils SUM 2011 1531). Mit Blick auf § 26 GebVO rechtfertigt es sich somit, den erwähnten Aufwand mit pauschal Fr. 400.00 zu veranschlagen. Betreffend die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens ist in Nachachtung

von § 27 GebVO der vom Beschuldigten im Rahmen des verbleibenden Schuldspruchs zu tragende Kostenanteil auf Fr. 800.00 festzulegen.

b) Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte obsiegt mit seiner Berufung, sodass die Kosten des Berufungsverfahrens, mithin diejenigen des ersten Rechtsgangs (STK 2014 70) von Fr. 2'800.00 und die Kosten des zweiten Rechtsgangs in der Höhe von Fr. 1'000.00 zu Lasten des Kantons gehen.

c) Der Beschuldigte hat überdies einen Anspruch auf Entschädigung seiner Aufwendungen für die angemessene Ausübung seiner Verfahrensrechte (Art. 436 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO). In Strafsachen beträgt das Honorar vor der Untersuchungs- und Anklagebehörde sowie dem Einzelrichter und dem Bezirksgericht Fr. 300.00 bis Fr. 20'000.00, vor dem Kantonsgericht als Berufungsinstanz Fr. 300.00 bis Fr. 12'000.00 (§ 13 lit. a und c GebTRA). Innerhalb dieses Tarifr Rahmens bestimmt sich die Höhe des Honorars nach der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit, dem Umfang und der Art der Arbeitsleistung sowie dem notwendigen Zeitaufwand (§ 2 Abs. 1 GebTRA). Eine Partei kann eine spezifizierte Kostennote über ihre Tätigkeit und ihre Auslagen einreichen. Erscheint sie angemessen, ist sie der Festsetzung der Vergütung zugrunde zu legen. Andernfalls wird die Vergütung nach pflichtgemäsem Ermessen, d.h. nach den Regeln des Gebührentarifs festgesetzt (§ 6 Abs. 1 GebTRA; BGer, Urteil 6B_184/2007 vom 7. September 2007, E. 5.1).

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte im Untersuchungs- und erstinstanzlichen Gerichtsverfahren nicht anwaltlich vertreten war (vgl. die Anwaltsvollmacht vom 12. November 2014 in KG-act. 3/1, STK 2014 70). Im Rahmen von Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO werden nur die Auslagen für die anwaltliche Vertretung entschädigt. Eine Entschädigung für wirtschaftliche Ein-

bussen des Beschuldigten selber (Art. 429 Abs. 1 lit. b StPO) wurde hingegen nicht geltend gemacht. Der Verteidiger reichte eine Kostennote über den Betrag von total Fr. 7'030.35 ein, wonach unter Berücksichtigung der vom Bundesgericht zugesprochenen Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 3'000.00 noch ein Honorar von Fr. 4'030.35 resultiert (KG-act. 17, 17/1). Der geltend gemachte Aufwand gemäss der detaillierten Kostenabrechnung (KG-act. 17/1) ist mit Ausnahme der Positionen Telefonat vom 20. Juli 2015 und Besprechung vom 21. Oktober 2015 mit dem Vater des Beschuldigten von total Fr. 210.00, die in Abzug zu bringen sind, grundsätzlich nicht zu beanstanden. Betreffend der von der Verteidigung geforderten Auslagenpauschale von 3 % des Honorars ist festzuhalten, dass der kantonale Gebührentarif für Rechtsanwälte eine solche „Kleinspesenpauschale“ bekanntlich nicht kennt, sondern die Auslagen sich nach dem tatsächlichen Aufwand richten (§ 17 GebTRA). Es kann aber als gerichtsnotorisch gelten, dass einem Rechtsvertreter für die Vorbereitung und Durchführung eines Berufungsverfahrens Auslagen entstehen, weshalb ausnahmsweise die Auslagen pauschal zu ersetzen sind. Mithin ist dem Beschuldigten für beide Rechtsgänge des Berufungsverfahrens eine Entschädigung von total Fr. 3'820.35 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) zuzusprechen;-

erkannt:

In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Bezirksgerichts March vom 18. Juni 2014 (SGO 2014 2) aufgehoben und wie folgt ersetzt:

1.
 - a) Der Beschuldigte ist schuldig der vorsätzlichen groben Verletzung der Verkehrsregeln durch Überschreiten der signalisierten Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h auf einer Autobahn im Sinne von Art. 90 Abs. 2 i.V.m. Art. 27 Abs. 1 SVG, Art. 4a Abs. 5 VRV und Art. 2 Abs. 1 SSV.
 - b) Der Beschuldigte wird freigesprochen vom Vorwurf des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft
 - a) mit einer Geldstrafe von 15 Tagessätzen à Fr. 60.00, bedingt vollziehbar, bei einer Probezeit von zwei Jahren sowie
 - b) einer Busse von Fr. 225.00 bzw. bei deren schuldhaften Nichtbezahlung mit einer Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen.
3. Die erstinstanzlichen Verfahrenskosten, bestehend aus den Strafuntersuchungskosten von Fr. 4'316.70 und den Gerichtskosten von Fr. 2'500.00, betragen gesamthaft Fr. 6'816.70. Sie werden dem Beschuldigten in der Höhe von total Fr. 1'200.00 auferlegt und gehen im Restbetrag zu Lasten des Bezirks March.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 3'800.00 gehen zu Lasten des Kantons.

5. Der Beschuldigte wird für das Berufungsverfahren mit Fr. 3'820.35 aus der Kantonsgerichtskasse entschädigt.
6. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Massgabe von Art. 78 ff. des Bundesgerichtsgesetzes Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden. Die Beschwerdeschrift muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.
7. Zufertigung an Rechtsanwalt B. _____ (2/R), die Oberstaatsanwaltschaft (1/R), die Staatsanwaltschaft March (1/A), die Privatklägerin (1/R) und die Vorinstanz (1/A) sowie nach definitiver Erledigung an die Vorinstanz (1/R unter Rückgabe der Akten), das Amt für Justizvollzug (1/R, zum Inkasso und Vollzug), an die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv) sowie mit Formular an die KOST.

Namens der Strafkammer
Die Kantonsgerichtsvizepräsidentin

Die Gerichtsschreiberin

Versand

16. Dezember 2016 rfl