Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

6B 718/2014

Urteil vom 10. Dezember 2014

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Mathys, Präsident,
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,
Bundesrichter Denys, Oberholzer, Rüedi,
Gerichtsschreiber Held.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Stephan Bernard,
Beschwerdeführerin,

gegen

Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, Maulbeerstrasse 10, 3011 Bern,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Rechtmässigkeit von Zwangsmassnahmen (erkennungsdienstliche Erfassung und Erstellung eines DNA-Profils); Genugtuung; Willkür,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern, Strafabteilung, 1. Strafkammer, vom 23. Juni 2014.

Sachverhalt:

A.
Am 30. Januar 2013 deponierte X._____ zusammen mit drei weiteren Personen während eines Asylsymposiums in der Universität Bern Mist auf Tischen im Vortragsraum. Die Kantonspolizei nahm die Personalien der vier Personen beim Verlassen des Universitätsgebäudes auf und stellte bei einer der vier Festgenommenen (nicht X._____) auf dem Polizeirevier ein Informationsblatt über das Asylsymposium sicher. Alle vier Personen machten im Rahmen der polizeilichen Befragung von ihrem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch und stimmten einer erkennungsdienstlichen Behandlung nicht zu. Nachdem die Kantonspolizei dem zuständigen Staatsanwalt telefonisch mitgeteilt hatte, die Festgenommenen hätten eine Sachbeschädigung begangen und könnten für weitere Straftaten in Frage kommen, ordnete dieser telefonisch die erkennungsdienstliche Erfassung an. Zudem veranlasste die Kantonspolizei bei allen vier Personen die Entnahme einer DNA-Probe mittels Wangenschleimhautabstrichs und die Erstellung von DNA-Profilen. Auf telefonische Nachfrage informierte die Universität Bern die Kantonspolizei am gleichen Tag, dass die Tische ohne Beschädigung hatten gereinigt werden können und dass keine Strafanzeige erstattet werde.
Die Staatsanwaltschaft bestätigte die erkennungsdienstliche Erfassung am 31. Januar 2013 schriftlich und führte zur Begründung aus, bei der Überprüfung der Personalien habe sich herausgestellt, dass eine der vier fest-

genommenen Personen (ebenfalls nicht X._____) bereits am 21. Januar 2013 eine Asylkonferenz in Bern hatte stören wollen. Keine Person sei zur Aussage bereit gewesen, weshalb unter den gegebenen Umständen mit einer substanziell erhöhten Wahrscheinlichkeit zu rechnen sei, dass sich die vier Personen in der Vergangenheit oder in Zukunft anderer Delikte gewisser Schwere schuldig gemacht haben oder machen werden. Die erkennungsdienstliche Erfassung erweise sich angesichts der Geringfügigkeit des Eingriffs als verhältnismässig.

B.
Mit revidiertem Strafbefehl vom 13. März 2013verurteilte die Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland X._____ wegen Verunreinigung fremden Eigentums zu einer Busse von Fr. 100.– und auferlegte ihr die Verfahrenskosten von Fr. 100.–. Zudem verfügte sie die umgehende Löschung der erkennungsdienstlichen Daten und des DNA-Profils nach Eintritt der Rechtskraft des Strafbefehls. X._____ erhob gegen den Strafbefehl erneut Einsprache mit dem Antrag, ihr sei eine Genugtuung von Fr. 1.– zuzusprechen, eventualiter sei an Stelle einer finanziellen Genugtuung festzustellen, dass die Durchführung der erkennungsdienstlichen Massnahmen und die Entnahme der DNA-Probe rechtswidrig erfolgt seien. Zudem sei die unverzügliche Löschung der Daten anzuordnen. Schuldspruch und Kostenentscheid blieben (erneut) unangefochten. Das Regionalgericht Bern-Mittelland wies die Einsprache mit Verfügung vom 21. Juni 2013 im schriftlichen Verfahren ab und stellte fest, dass der Strafbefehl in Rechtskraft erwachsen ist. Die Kosten des Einspracheverfahrens auferlegte es X._____. Die hiergegen ergriffene Beschwerde wies das Obergericht des Kantons Bern am 23. Juni 2014 ab. Es stellte fest, dass der Strafbefehl vom 13. März 2013 in Rechtskraft erwachsen ist (Ziff.
I des Urteilsdispositivs) und die Zwangsmassnahmen rechtmässig erfolgt sind (Ziff. II des Urteilsdispositivs). Die Verfahrenskosten erster (Fr. 400.–) und zweiter Instanz (Fr. 500.–) auferlegte es X._____ (Ziff. III des Urteilsdispositivs).

C.
X._____ führt Beschwerde in Strafsachen und beantragt, Ziff. II und III des obergerichtlichen Urteils seien aufzuheben, und es sei festzustellen, dass die erkennungsdienstlichen Massnahmen, die Entnahme einer DNA-Probe und die Erstellung einer DNA-Analyse widerrechtlich erfolgten. Eventualiter sei ihr wegen der rechtswidrigen Zwangsmassnahmen eine Genugtuung von F. 1.– zuzusprechen; subeventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
Das Obergericht und die Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern haben auf Vernehmlassungen verzichtet.

Erwägungen:

1.

1.1. Die Beschwerdeführerin rügt, die Zwangsmassnahmen seien sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht rechtswidrig. Die Kantonspolizei könne lediglich die nicht invasive Entnahme einer DNA-Probe anordnen, nicht hingegen die Erstellung eines DNA-Profils. Die im polizeilichen Auftrag zur DNA-Profil-Erstellung erwähnte generelle Anweisung der Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern (mit Ausnahme von tatrelevantem biologischem Material generell von allen nicht invasiv entnommenen DNA-Proben ein Profil zu erstellen) könne die erforderliche staatsanwaltliche Anordnung im konkreten Fall nicht ersetzen. Die erkennungsdienstliche Erfassung sei entgegen der gesetzlichen Vorschriften nicht schriftlich angeordnet worden. Ein dringender Fall im Sinne von Art. 260 Abs. 3 StPO, in dem ausnahmsweise eine mündliche Anordnung genügt, habe nicht vorgelegen. Zudem könnten bei Antragsdelikten bis zur Stellung des zur Verfahrenseröffnung erforderlichen Strafantrags nur die unaufschiebbaren sichernden Massnahmen getroffen werden. Die Zwangsmassnahmen erwiesen sich angesichts des Bagatellcharakters der Tat als unverhältnismässig.

1.2. Die Vorinstanz erwägt, die erkennungsdienstliche Erfassung sei hinsichtlich des der Beschwerdeführerin vorgeworfenen Delikts der Sachbeschädigung zum damaligen Zeitpunkt nicht erforderlich gewesen. Von einem ”dringenden Fall” im Sinne von Art. 260 Abs. 3 StPO sei nur auszugehen, wenn bei Aufschub der Zweck der erkennungsdienstlichen Erfassung vereitelt würde. Weder im polizeilichen Auftrag noch in der staatsanwaltlichen Verfügung werde begründet, weshalb zeitliche Dringlichkeit vorgelegen haben soll. Es wäre durchaus möglich gewesen, die Beschwerdeführerin aus der Polizeikontrolle zu entlassen und bei Vorliegen eines schriftlichen Be-

fehls der Staatsanwaltschaft erneut aufzubieten, da den Strafverfolgungsbehörden deren Identität und Adresse bekannt gewesen seien. Auch hätte die dreimonatige Strafantragsfrist vor der Ergreifung von Zwangsmassnahmen abgewartet werden können. Aufgrund möglicher Weiterungen des Verfahrens und des Umstandes, dass die Beschwerdeführerin sich bereits auf dem Polizeiposten befunden habe, sei die sofortige erkennungsdienstliche Erfassung für alle Seiten weniger umständlich gewesen, als eine solche eventuell nachträglich durchzuführen, weshalb die Massnahme ex ante betrachtet durchaus nachvollziehbar
erscheine. Die Beschwerdeführerin sei in der Vergangenheit zwar strafrechtlich nicht in Erscheinung getreten, jedoch soll eine andere an der Anlasstat beteiligte Person versucht haben, zehn Tage zuvor eine ähnlich gelagerte Konferenz mittels Transparent und Kundgebung zu stören. Bei einer weiteren Person sei ein Informationsblatt sichergestellt worden, auf dem die besagte Transparentaktion abgebildet ist. Demnach habe eine erhöhte Wahrscheinlichkeit angenommen werden dürfen, dass die Beschwerdeführerin in ein anderes Delikt von gewisser Schwere, namentlich Sachbeschädigung, verwickelt gewesen sei bzw. werden könnte. Die erkennungsdienstliche Erfassung erweise sich unter Berücksichtigung der konkreten Verdachtsmomente und der Geringfügigkeit der Zwangsmassnahme als verhältnismässig.
Die gesetzliche Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft, die Erstellung eines DNA-Profils anzuordnen, sei aufgrund der Weisung der Generalstaatsanwaltschaft gewahrt. Die Abnahme einer DNA-Probe diene logischerweise der Erstellung eines Profils, weshalb Globalanordnungen Sinn machten und aus Praktikabilitätsgründen nicht zu vermeiden seien. Zwar habe die Urheberschaft der Aktion bereits festgestanden, jedoch dienten Zwangsmassnahmen auch der Aufklärung früherer und allfälliger zukünftiger Straftaten. Da gegen die Beschwerdeführerin Verdachtsmomente auf weitere Straftaten von einiger Schwere bestanden hätten, sei die DNA-Entnahme und die Profilerstellung verhältnis- und rechtmässig erfolgt. Dass sich diese im Nachhinein als nicht erforderlich und aufgrund einer blossen Übertretung als gesetzlich nicht zulässig erwiesen haben, sei unbeachtlich. Unbegründet sei der Einwand, die Massnahmen seien nicht unaufschiebbar im Sinne von Art. 303 Abs. 2 StPO. DNA-Entnahme und Profilerstellung seien - analog der erkennungsdienstlichen Erfassung - in der Regel sachdienlich und in zeitlicher Hinsicht dringlich. Zudem habe die Polizei vermeiden wollen, die nicht sonderlich kooperativen vier Beschuldigten später allenfalls zusätzlich für
erkennungsdienstliche Abklärungen aufbieten zu müssen.

1.3.

1.3.1. Gemäss Art. 197 Abs. 1 StPO können Zwangsmassnahmen (Art. 196-298 StPO) nur ergriffen werden, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind, ein hinreichender Tatverdacht vorliegt, die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können und die Bedeutung der Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt. Hinweise auf eine strafbare Handlung müssen erheblich und konkreter Natur sein, um einen hinreichenden Tatverdacht begründen zu können (vgl. BGE 137 IV 122 E. 3.2 S. 126; Urteile 6B 1105/2013 vom 18. Juli 2014 E. 3.1; 6B 830/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 1.4; mit Hinweisen).

1.3.2. Gemäss Art. 255 Abs. 2 lit. a StPO kann die Polizei die nicht invasive Probenahme bei Personen anordnen. Die Erstellung eines Profils ist allerdings auch in solchen Fällen von der Staatsanwaltschaft (oder vom Gericht) anzuordnen (Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1241 Ziff. 2.5.5; Fricker/Maeder, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 29 zu Art. 255 StPO; Niklaus Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2. Aufl. 2013, N. 12 zu Art. 255 StPO; Thomas Hansjakob, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Donatsch/ Hansjakob/Lieber [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 21 zu Art. 255 StPO).

1.3.3. Zweck einer erkennungsdienstlichen Erfassung gemäss Art. 260 StPO ist die Abklärung des Sachverhaltes, worunter insbesondere die Feststellung der Identität einer Person fällt (vgl. BBl 2006 1243 Ziff. 2.5.6). Die erkennungsdienstliche Erfassung wird in einem schriftlichen, kurz begründeten Befehl angeordnet. In dringenden Fällen kann sie mündlich angeordnet werden, ist aber nachträglich schriftlich zu bestätigen (Art. 260 Abs. 3 StPO). Zulässigkeit und Verhältnismässigkeit erkennungsdienstlicher Erfassungen sind von Amtes wegen zu überprüfen (Thomas Hansjakob, a.a.O., N. 12 zu Art. 260).

1.4.

1.4.1. Die Vorinstanz hält zutreffend fest, dass die erkennungsdienstliche Erfassung im Hinblick auf die Sachbeschädigung in zeitlicher Hinsicht nicht dringlich und auch nicht erforderlich war. Dies gilt auch für die Entnahme der DNA-Probe und die Profilerstellung. Die Ereignisse vom 30. Januar 2013 waren hinsichtlich Ablauf und Beteiligung der Beschwerdeführerin, deren Identität und Wohnort den Strafverfolgungsbehörden bekannt waren, abgeklärt.
Die Zwangsmassnahmen lassen sich auch nicht mit anderen, möglicherweise von der Beschwerdeführerin begangenen oder noch zu begehenden Straftaten begründen. Insoweit fehlt es bereits offensichtlich an konkreten Anhaltspunkten, die einen hinreichenden Tatverdacht im Sinne von Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO begründen könnten. Die Vorinstanz geht selbst von einem lediglich eher vagen Tatverdacht aus. Sie legt nicht dar, inwieweit der Versuch einer anderen an der Protestaktion vom 30. Januar 2013 beteiligten Person, eine zehn Tage zuvor abgehaltene Konferenz mittels Transparent und Kundgebung stören zu wollen, und das nicht bei der Beschwerdeführerin sichergestellte Informationsblatt gegen diese einen hinreichenden Tatverdacht auf ein Offizialdelikt begründen sollen, das seinerseits die Anordnung von Zwangsmassnahmen erlaubt. Dies ist auch nicht ersichtlich.

1.4.2. Die Kantonspolizei durfte die Erstellung des DNA-Profils nicht selbst anordnen. Die nicht in den Akten liegende Weisung der Generalstaatsanwaltschaft, "bei nicht invasiven Probeentnahmen gemäss Art. 255 Abs. 2 lit. a StPO (...) in den Fällen von Art. 255 Abs. 1 lit. a, b und c StPO (...) generell die Analyse der DNA-Proben zwecks Erstellung eines DNA-Profils" vorzunehmen, erweist sich in mehrfacher Hinsicht als bundesrechtswidrig. Art. 255 StPO ermöglicht nicht bei jedem hinreichenden Tatverdacht die routinemässige (invasive) Entnahme von DNA-Proben, geschweige denn deren generelle Analyse (vgl. Urteil 1B 685/2011 vom 23. Februar 2012 E. 3.3; Fricker/Maeder, a.a.O., N. 9 zu Art. 255 StPO; Niklaus Schmid, a.a.O., N. 4 zu Art. 255 StPO; a.A. Thomas Hansjakob, a.a.O. N. 21 zu Art. 255 StPO). Erforderlich ist eine Prüfung des jeweiligen Einzelfalls. Zudem hebt die Weisung die vom Gesetzgeber vorgesehene Differenzierung von DNA-Entnahme und DNA-Profil-Erstellung und die damit verbundenen unterschiedlichen Anordnungskompetenzen faktisch auf und überträgt diese in einer Vielzahl von Fällen der Polizei.

1.4.3. Die erkennungsdienstliche Erfassung durfte mangels Dringlichkeit nicht mündlich angeordnet werden (vgl. Art. 260 Abs. 3 StPO). Die Vorinstanz legt nicht dar, warum die personenbezogene Zwangsmassnahme im Hinblick auf mögliche weitere (Sachbeschädigungs-) Delikte unaufschiebbar gewesen sein soll. Identität und Adresse der Beschwerdeführerin waren bekannt und die erkennungsdienstliche Erfassung hätte - wie die Vorinstanz in Bezug auf die Anlasstat in der Universität Bern zutreffend ausführt - jederzeit nachgeholt werden können. Abstrakte Zweckmässigkeitsüberlegungen vermögen die für jeden Einzelfall zu prüfenden gesetzlichen Voraussetzungen nicht zu ersetzen. Dass die sofortige Anordnung und Durchführung der Zwangsmassnahmen (auch) im Interesse der Beschwerdeführerin gelegen haben könnte, ist vor dem Hintergrund, dass sie diesen ausdrücklich widersprochen und anschliessend mit allen ihr zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln dagegen vorgegangen ist, nicht nachvollziehbar.

1.5. Die Beschwerde ist gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben. Bei diesem Verfahrensausgang erübrigt es sich, auf die weiteren Rügen einzugehen.

2.
Es sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG). Der Kanton Bern hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 23. Juni 2014 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.
Der Kanton Bern hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 3'000.– zu entschädigen.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Bern, Strafabteilung, 1. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 10. Dezember 2014

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Mathys

Der Gerichtsschreiber: Held