

Strafprozessrecht – Zwangsmassnahmen – KGE (Einzelrichter der Strafkammer) vom 24. Januar 2024, Staatsanwaltschaft und Kantonspolizei c. Z. – P3 23 276

Zwangsmassnahmen: DNA-Analysen und erkennungsdienstliche Erfassung

- Die beschuldigte Person kann die Rechtmässigkeit einer Zwangsmassnahme selbst dann mittels Beschwerde beanstanden, wenn sie zur Durchsetzung der Massnahme ihre Einwilligung abgegeben hat (E. 1).
- Strafprozessuale Zwangsmassnahmen greifen per definitionem in Grundrechte der Betroffenen ein und sind daher schon von Verfassungs wegen nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig; sie unterstehen der Schrankenregelung von Art. 36 BV, welche in Art. 197 StPO konkretisiert wird (E. 3.1).
- Nebst dem Tatverdacht muss der DNA-Beweis grundsätzlich zur Aufklärung der Anlasstat erforderlich und geeignet sein (Art. 255 StPO). Nicht erforderlich ist die Probenahme und Analyse, wenn die beschuldigte Person in flagranti erwischt wurde oder die Ereignisse als abgeklärt gelten müssen (E. 3.2).
- Nach Art. 260 Abs. 1 StPO werden bei der erkennungsdienstlichen Erfassung die Körpermerkmale einer Person festgestellt und Abdrücke von Körperteilen genommen. Identitätsfeststellungen durch Polizeiorgane und die Aufbewahrung entsprechender Daten berühren die Garantien von Art. 10 Abs. 2 sowie Art. 13 Abs. 2 BV und Art. 8 Ziff. 1 EMRK (E. 3.3).
- Eine Zwangsmassnahme ist, soweit sie nicht der Aufklärung der Straftaten eines laufenden Strafverfahrens dient, nur dann verhältnismässig, wenn erhebliche und konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die beschuldigte Person in andere, auch künftige Delikte von einer gewissen Schwere verwickelt sein könnte (E. 3.2 und 3.3).
- Anwendung dieser Grundsätze auf einen Fall von Kinderpornografie (E. 4.2).

Mesures de contrainte : analyses ADN et saisie des données signalétiques

- Le prévenu peut contester la légalité d'une mesure de contrainte par voie de recours, même s'il a donné son consentement à la mise en œuvre de cette mesure (consid. 1).
- Par définition, les mesures de contrainte prévues par la procédure pénale portent atteinte aux droits fondamentaux des personnes concernées et ne sont donc autorisées que sous certaines conditions prévues par la Constitution fédérale ; elles sont ainsi soumises aux dispositions de l'art. 36 Cst. féd., qui régissent les restrictions des droits fondamentaux, et de l'art. 197 CPP, qui les concrétisent (consid. 3.1).
- Hormis le fait qu'elle doit reposer sur le soupçon de réalisation d'une infraction, la preuve par l'ADN doit être utile et nécessaire à l'élucidation de cette infraction (art. 255 CPP). Le prélèvement et l'analyse d'échantillons ne sont pas nécessaires si le prévenu a été pris en flagrant délit ou si les événements doivent être considérés comme élucidés (consid. 3.2).
- Selon l'art. 260 al. 1 CPP, lors de la saisie des données signalétiques d'une personne, l'on procède au constat de ses particularités physiques et au prélèvement d'empreintes de certaines parties de son corps. La constatation de l'identité par les

organes de police et la conservation des données correspondantes portent atteinte aux garanties des art. 10 al. 2 et 13 al. 2 Cst. féd., ainsi qu'à celles de l'art. 8 ch. 1 CEDH (consid. 3.3).

- Une mesure de contrainte n'est proportionnée, dans la mesure où elle ne sert pas à élucider les infractions d'une procédure pénale en cours, que s'il existe des indices concrets et sérieux que le prévenu pourrait être impliqué dans d'autres délits, même futurs, d'une certaine gravité (consid. 3.2 et 3.3).
- Application de ces principes à un cas de pédopornographie (consid. 4.2).

Sachverhalt (Zusammenfassung)

A. Am 9. März 2022 um 18:49:55 UTC sowie an einem weiteren unbestimmten Datum wurden zwei Videodateien mit kinderpornografischen Darstellungen über Facebook verbreitet und anderen Internetbenutzern zur Verfügung gestellt. Die Bundeskriminalpolizei vermutete, beim Facebook-Profil, über welches die Dateien geteilt worden waren, handle es sich um dasjenige des Beschwerdeführers. Die Staatsanwaltschaft erliess am 23. Oktober 2023 den Durchsuchungs- und Beschlagnahmefehl, wobei Mobiltelefon und Laptop des Beschwerdeführers sichergestellt wurden. Im Rahmen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens wurde der Beschwerdeführer am 2. November 2023 durch die Kantonspolizei Wallis erkenntungsdienstlich erfasst (detaillierte Beschreibung, Fotos und Fingerabdrücke). Es wurde ihm auch ein Wangenschleimhautabstrich abgenommen.

B. Mit Eingabe vom 2. November 2023 erhob der Betroffene Beschwerde gegen die von der Kantonspolizei durchgeführte erkenntungsdienstliche Erfassung und beantragte die Löschung bzw. Vernichtung der Aktenstücke, Proben, Abdrücke, Fotos. Begründend legte er dar, sowohl der DNA-Beweis als auch die übrigen erkenntungsdienstlichen Behandlungen seien für die Aufklärung der Anlasstat nicht nur unnötig, sondern darüber hinaus auch schlichtweg untauglich, da keine Tatortspuren bekannt seien, die mit dem Profil des Beschwerdeführers hätten abgeglichen werden können. Er habe auch keinen hinreichenden Anlass für die Annahme der Beteiligung an unaufgeklärten oder zukünftigen Straftaten gegeben.

Am 10. November 2023 beantragte die Staatsanwaltschaft, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. Der Beschuldigte habe sich der Zwangsmassnahme unterzogen, sodass es zu keinem Entscheid der

Staatsanwaltschaft gekommen sei. Eine Beschwerde sei nur gegen die Anordnung der Staatsanwaltschaft zulässig.

Aus den Erwägungen

1.1 Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Polizei, Staatsanwaltschaft und Übertretungsstrafbehörden können mittels schriftlicher und begründeter Beschwerde (Art. 393 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 396 Abs. 1 StPO) innert 10 Tagen bei einem Richter des Kantonsgerichts angefochten werden (Art. 13 Abs. 1 EGStPO).

Vorliegend wird die Abnahme einer DNA-Probe und die erkennungsdienstliche Erfassung des Beschwerdeführers durch die Kantonspolizei Wallis beanstandet. Dabei handelt es sich um eine Zwangsmassnahme. Die Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005 (BBI 2006 1311) nennt als anfechtbare Handlungen der Polizei gemäss Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO namentlich die vorläufige Festnahme, die Beschlagnahme, die Hausdurchsuchung. Hier stehen die Handlungen und nicht die Anordnung als solche im Vordergrund. In Betracht fallen Ermittlungshandlungen der Polizei in eigener Kompetenz (JOSITSCH/SCHMID, Praxiskommentar Schweizerische Strafprozessordnung, 4. A., 2023, N. 5 zu Art. 393 StPO). Während die Anfechtung des polizeilichen ED-Befehls in Art. 260 Abs. 4 StPO, der sich auf die *Anordnung* im selbstständigen Ermittlungsverfahren und das Vorgehen, wenn sich jemand weigert, bezieht, mit einem besonderen Rechtsbehelf geregelt ist (JOSITSCH/SCHMID, a.a.O., N. 11 und 13 zu Art. 260 StPO; BEYDOUN/SANTSCHI, Basler Kommentar Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung, 3. A., 2023, N. 22 zu Art. 260 StPO), erfolgt die Anfechtung der Zwangsmassnahmehandlung mittels Beschwerde gemäss Art. 393 StPO. In casu bemängelt der Beschwerdeführer die Voraussetzungen der polizeilichen Ausführung, gab aber zur Anordnung der Massnahme seine Einwilligung. Das Anfechtungsobjekt beschränkt sich mithin auf die Handlung, die gemäss Art. 393 StPO i.V.m. Art. 20 StPO mit Beschwerde anfechtbar ist (Bundesgerichtsurteil 1B_324/2013 vom 24. Januar 2014 E. 2.2; Verfügungen des Kantonsgerichts Wallis P3 16 14 vom 5. Dezember 2016 E. 1.1, P3 15 26 vom 3. Juni 2015 E. 1.1, P3 13 107 vom 27. September 2013).

1.2 Der Beschwerdeführer ist als beschuldigte Person, an welcher die erkennungsdienstlichen Massnahmen durchgeführt und die DNA-Probe entnommen wurden, im Sinne von Art. 382 Abs. 1 StPO zur Beschwerdeführung legitimiert. Die Frage der Rechtmässigkeit einer Zwangsmassnahme kann auch dann mittels Beschwerde von der beschuldigten Person aufgeworfen werden, wenn sie zur Durchsetzung der Massnahme ihre Einwilligung abgegeben hat (Verfügung des Kantonsgerichts Wallis P3 16 14 vom 5. Dezember 2016 E. 1.3 mit Hinweisen; Urteil des Zürcher Obergerichts UH140335 vom 9. Februar 2015 E. 3 mit Verweis auf ZR 111/2012 Nr. 52; BETTICHER, Die DNA-Analyse nach Schweizerischer Strafprozessordnung, 2023, S. 243).

(...)

3.1 Strafprozessuale Zwangsmassnahmen greifen per definitionem in Grundrechte der Betroffenen ein und sind daher schon von Verfassungswegen nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig; sie unterstehen der Schrankenregelung von Art. 36 BV, wonach ein Grundrechtseingriff auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein muss sowie den Kerngehalt des Grundrechts nicht tangieren darf. In Art. 197 StPO werden die verfassungsmässigen Voraussetzungen der Einschränkung von Freiheitsrechten wiederholt und für die strafprozessualen Zwangsmassnahmen konkretisiert. Es muss diesbezüglich ein hinreichender Tatverdacht vorliegen. Ausserdem dürfen die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können und die Bedeutung der Straftat muss die Zwangsmassnahme rechtfertigen.

3.2 Gemäss Art. 255 Abs. 1 lit. a StPO kann der beschuldigten Person zur Aufklärung eines Verbrechens oder eines Vergehens, das Gegenstand eines Verfahrens bildet (sog. Anlasstat), eine Probe genommen und ein DNA-Profil erstellt werden.

Nebst dem Tatverdacht muss der DNA-Beweis zur Aufklärung der Anlasstat erforderlich und geeignet sein. Nicht erforderlich ist die Probenahme und Analyse, wenn die beschuldigte Person in flagranti erwischt wurde oder die Ereignisse als abgeklärt gelten müssen (BGE 147 I 372, 145 IV 263, 141 IV 87). Als Beweismittel für die Abklärung der Anlasstat ungeeignet bzw. untauglich und entsprechend auch nicht erforderlich ist die DNA-Analyse in allen Fällen, wo es gar keine Spuren gibt, die mit dem Profil einer beschuldigten Person abgeglichen werden könnten.

Freilich besteht auch in diesen Fällen ein faktisches Interesse der Strafverfolgungsbehörde an der DNA-Analyse, denn durch die Einspeisung in die Datenbank kann vielleicht eine Verbindung zu einer in Zusammenhang mit anderen Delikten erfassten Spuren hergestellt werden. Weiter ist auch möglich, dass eine erst später erfasste Spur dem schon in der Datenbank befindlichen DNA-Profil zugeordnet werden kann. Art. 255 Abs. 1 StPO lässt zu diesen Zwecken jedoch keine Anordnung zu. Einschlägig sind nur Art. 255 Abs. 1bis StPO oder Art. 257 mit ihren jeweiligen Voraussetzungen (FRICKER/MAEDER, Basler Kommentar Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung, a.a.O., N. 8 zu Art. 255 StPO). Dabei müssen erhebliche und konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die beschuldigte Person in andere Delikte von gewisser Schwere verwickelt sein könnte. Das Erfordernis der «konkreten Anhaltspunkte» verlangt auf den konkreten Fall bezogene Elemente, welche die Annahme zu begründen vermögen, die beschuldigte Person könnte weitere Straftaten begangen haben, so etwa, wenn der Täter bei einem Einbruch mit professionellem Werkzeug gefasst wird (Botschaft zur Änderung der Strafprozessordnung BBl 2019 6754).

3.3 Das zur DNA-Probenahme und -Profilerstellung Ausgeführte gilt gleichermassen für die erkennungsdienstliche Erfassung gemäss Art. 260 Abs. 1 StPO. Art. 260 Abs. 1 StPO erlaubt indessen ebenso wenig wie Art. 255 Abs. 1 StPO oder Art. 255 Abs. 1bis StPO eine routinemässige erkennungsdienstliche Erfassung (BGE 147 I 372). Nach Art. 260 Abs. 1 StPO werden bei der erkennungsdienstlichen Erfassung die Körpermerkmale einer Person festgestellt und Abdrücke von Körperteilen genommen. Identitätsfeststellungen durch Polizeiorgane und die Aufbewahrung entsprechender Daten berühren die Garantien von Art. 10 Abs. 2 sowie Art. 13 Abs. 2 BV und Art. 8 Ziff. 1 EMRK. Der Eingriff ist jedoch leichter Natur. Dies gilt im Übrigen auch für den Wangenschleimhautabstrich zwecks Erstellens eines DNA-Profiles (BGE 147 I 372 E. 2.3, 136 I 87 E. 5.1). Erkennungsdienstliche Massnahmen können gerechtfertigt sein, um eine Täterschaft ausfindig zu machen sowie um Delikte präventiv zu vermeiden und so Rechte und Freiheiten Dritter zu schützen. Zudem besteht in einem Strafverfahren ein besonderes Interesse daran, Personenverwechslungen zu vermeiden und dadurch letztlich auch zu verhindern, dass allenfalls die falschen Personen verurteilt werden (Bundesgerichtsurteil 2C_257/2011 vom 25. Oktober 2011 E. 6.7.4; Urteil des Zuger Obergerichts vom 20. Dezember 2012 E. 2.3).

Die Massnahme ist, soweit sie nicht der Aufklärung der Straftaten eines laufenden Strafverfahrens dient, nur dann verhältnismässig, wenn erhebliche und konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die beschuldigte Person in andere – auch künftige – Delikte verwickelt sein könnte. Es muss sich dabei um Delikte von einer gewissen Schwere handeln. Das Gericht hat insbesondere zu berücksichtigen, ob die beschuldigte Person vorbestraft ist. Dies bildet jedoch nur eines von mehreren Kriterien einer Gesamtabwägung und ist entsprechend zu gewichten (BGE 141 IV 87 E. 1.3 und 1.4; Bundesgerichtsurteil 1B_17/2019 vom 24. April 2019 E. 3.4 S. 90 ff.; Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt BES.2020.63 vom 5. Oktober 2020 E. 4.2). Der ab dem 1. Januar 2024 teilweise revidierte Art. 255 StPO regelt im Übrigen die Frage, inwiefern mit der DNA-Analyse gemäss Art. 255 StPO nicht nur die Anlasstat, sondern auch andere, bereits vergangene oder gar zukünftige Delikte ermittelt werden können (BETTICHER, a.a.O., S. 68).

(...)

4.2.1 Die dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Straftatbestände der Pornografie gemäss Art. 197 Abs. 4 und 5 StGB stellen gemäss der abstrakten Strafdrohung Vergehen (Art. 10 Abs. 3 StGB) dar, die vorgeworfene qualifizierte Begehung mit tatsächlichen sexuellen Handlungen mit Minderjährigen (Art. 144 Abs. 3 StGB) sogar ein Verbrechen (Art. 10 Abs. 2 StGB). Damit ist die Schwelle zur erforderlichen Deliktschwere überschritten. Dem Beschwerdeführer werden vorliegend Delikte gegen die besonders schützenswerte körperliche oder sexuelle Integrität vorgeworfen. Auch unter Einbezug des möglichen betroffenen Rechtsguts und des konkreten Kontextes ist von einer schweren Rechtsgutsverletzung bzw. von einer ernsthaften Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung auszugehen. Zudem handelt es sich dabei um Handlungen, die in hohem Mass verpönt sind und grundsätzlich auch tiefgreifend die Rechte des Geschädigten verletzen.

4.2.2 Der Beschuldigte ist nicht vorbestraft. Hingegen lassen die Umstände der verfahrensgegenständlichen Deliktswürfe konkrete Anhaltspunkte für andere, noch unbekannte Delikte von einer gewissen Schwere vermuten.

Die am 9. März 2022 durch das Facebook-Profil des Beschuldigten verbreiteten Videos zeigen den Vollzug des Analverkehrs an einem Jungen im Alter unter 16 Jahren sowie den sexuellen Missbrauch eines Jungen unter 16 Jahren. Die Verbreitung dieser kinderpornografischen

Videos ist nicht nur am 9. März 2022 erfolgt, sondern auch zu einem weiteren Zeitpunkt, mithin mehrfach. Gemäss Aussagen des Beschwerdeführers erhielt er bereits zu Beginn seiner Einreise in die Schweiz zahlreiche «Anfragen» bezüglich pornografischer Dateien. Es seien ihm Links von Gruppen geschickt worden. Diese seien ihm auch während des Essens durch die Gruppe angeboten worden. Ferner gab er zu Protokoll, dem Verteiler einer Gruppe anzugehören, die ihm pornografische Filmdateien zugesandt hätten, die er kurz anschaut habe. Danach gefragt, ob er jemals illegale Pornografie angeschaut, weitergeschickt oder heruntergeladen habe, bejahte der Beschwerdeführer dies und erklärte, Facebook-Gruppen und deren illegalen pornografischen Dateien angeklickt zu haben und «10 bis 20 solche Dateien» dann geteilt zu haben. Dabei habe er seine Kollegen über solches Material informiert und dieses weiterverschickt. Er präzisierte sodann, einen Film auf Google konsumiert zu haben, der sexuelle Handlungen mit Tieren zum Inhalt gehabt habe. Schliesslich führte er aus, viel legale Pornografie zu konsumieren. In Bezug auf die Frage, ob er noch mehr illegale Videos habe, verneinte er dies, ergänzte aber, solche mit seiner Frau könnten nicht ausgeschlossen sein. Die Auswertung der vorübergehend sichergestellten elektronischen Geräte (Handy und Lenova Netbook) des Beschwerdeführers führte zu weiteren Treffern. Die Bilder Nrn. 10 und 11 auf dem Laptop zeigen einen blutverschmierten, leblosen Jungen. Weiter existiert eine Bilddatei auf dem Mobilgerät (Bilder Nrn. 12 und 13), auf das der Beschwerdeführer Dritten Zugang gewährte und damit diesen das Bildmaterial zugänglich machte. Schliesslich hätten auch Leute in Afghanistan Zugriff auf sein Facebook. In seinem Herkunftsland gebe es keine Gesetze und man habe machen können, was man wollte.

Aufgrund der Aussagen des Beschwerdeführers und der konkreten Elemente kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass der Beschwerdeführer weitere Delikte gleicher oder ähnlicher Art begangen haben könnte. Es bestehen jedenfalls erhebliche Anhaltspunkte dafür. Das Bild- und Videomaterial sowie seine Aussagen weisen auf eine konstante sexuelle Ansprechbarkeit hin und es bestehen Hinweise dafür, dass er seit längerer Zeit im In- und Ausland einer entsprechenden Tätergruppe angehören könnte, die Straftaten von einer gewissen Schwere verüben oder verübt haben.

Der Beschwerdeführer verfügt gemäss obigen Ausführungen über ein Umfeld, in welchem recht sorglos illegale Filme ausgetauscht werden.

Er wohnt in einem Flüchtlingsheim mit einer Vielzahl von Bewohnern und gibt an, anderen sein Mobiltelefon zu entleihen. Er wisse nicht, wie seine Kollegen das Handy weinternutzen. Mehrere Personen hätten sein Facebookprofil verwendet. Der Beschwerdeführer argumentiert, wenn ihm erklärt werde, von welcher Person Dateien bereitgestellt und versandt würden, könnte er sich eventuell daran erinnern, ob diese Person neben ihm gewesen sei und wie dies abgelaufen sei. Der Beschuldigte gibt teilweise an, auf seinen Datenträgern vorhandene illegale Pornografie nicht selbst angeschaut zu haben. Der Nachweis, von einem Gerät oder einem Profil aus werde illegal Pornografie konsumiert, führt unter diesen Umständen nicht automatisch zum Schluss, der Inhaber sei gleichzeitig der Konsument. Die Zwangsmassnahmen können zur Aufklärung weiterer Straftaten helfen, wenn im Flüchtlingsheim oder im Umfeld des Beschuldigten illegale Pornografie konsumiert wird und der Eigentümer des Geräts den Konsum bestreitet. Analoges gilt, wenn ein Datenträger mit illegaler Pornografie auftaucht und untersucht wird, wer damit in Berührung gekommen ist.

Die Entnahme der DNA-Probe sowie die erkennungsdienstliche Erfassung erweisen sich unter diesen Umständen nicht als routinemässige Erfassung, sondern sind der Anlass zur Aufklärung weiterer möglicher Straftaten, zu deren Verfolgung diese Massnahmen sachdienlich und geeignet sind. Es wird im Laufe der Untersuchung zu prüfen sein, inwiefern sich dem Beschwerdeführer weiteres rechtswidriges Verhalten nachweisen lässt.

4.2.3 Die erkennungsdienstliche Erfassung sowie der angeordnete Wangenschleimhautabstrich erweisen sich entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers auch als verhältnismässig. Wie vorstehend ausgeführt, handelt es sich nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur um leichte Eingriffe, welche als verhältnismässig zu betrachten sind.

4.2.4 Schliesslich sind sowohl die erkennungsdienstliche Erfassung als auch der angeordnete Wangenschleimhautabstrich zwecks DNA-Analyse bei der dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Straftaten auch hinsichtlich des Grundsatzes der Proportionalität ohne Weiteres zulässig. Die Bedeutung der in Frage stehenden weiteren Straftaten vermag die angeordnete erkennungsdienstliche Erfassung sowie den Wangenschleimhautabstrich zwecks DNA-Analyse sehr wohl zu rechtfertigen.