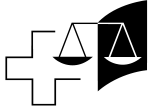


Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal



**7B\_336/2023**

**Urteil vom 3. Mai 2024**

## **II. strafrechtliche Abteilung**

Besetzung  
Bundesrichter Abrecht, Präsident,  
Bundesrichter Kölz, Hofmann,  
Gerichtsschreiberin Kern.

Verfahrensbeteiligte

A. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Advokat Dr. Andreas Noll, und dieser substituiert durch Advokatin Constanze Seelmann,  
Beschwerdeführerin,

*gegen*

Luzerner Polizei,  
Kasimir-Pfyffer-Strasse 26, 6002 Luzern,  
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand  
Erkennungsdienstliche Erfassung, Erstellung DNA-Profil,

Beschwerde gegen den Beschluss des Kantonsgerichts Luzern, 1. Abteilung, vom 28. November 2022 (2N 22 111/2U 22 42).

### **Sachverhalt:**

#### **A.**

Die Staatsanwaltschaft, Abteilung 1, Luzern, führt ein Strafverfahren gegen A. \_\_\_\_\_ und andere Personen wegen Hausfriedensbruchs, Sachbeschädigung und Ehrverletzungsdelikten. A. \_\_\_\_\_ wird vorgeworfen, sie habe sich als Aktivistin der Hausbesetzer-Szene ohne Berechtigung in einem leerstehenden Haus aufgehalten. Sie wurde bei einer Hausdurchsuchung festgenommen. Die Luzerner Polizei ordnete mit Befehl vom 21. Juli 2022 ihre erkennungsdienstliche Erfassung und die Vornahme eines Wangenschleimhautabstrichs zwecks Erstellung ihres DNA-Profiles an.

#### **B.**

Dagegen erhob A. \_\_\_\_\_ Beschwerde und beantragte insbesondere die Vernichtung der abgenommenen DNA-Proben und erkennungsdienstlich erhobenen Daten sowie die Löschung allfälliger bereits erfolgter Einträge in entsprechenden Datenbanken. Die 1. Abteilung des Kantonsgerichtes des Kantons Luzern wies die Beschwerde von A. \_\_\_\_\_ mit Beschluss vom 28. November 2022 ab. Zudem wies es ihr Gesuch um "unentgeltliche amtliche Verteidigung" ab und auferlegte ihr die Gebühr für das Beschwerdeverfahren von Fr. 1'000.--.

## C.

Mit Beschwerde in Strafsachen beantragt A. \_\_\_\_\_ vor Bundesgericht, es sei der Beschluss vom 28. November 2022 und der "Befehl zur erkennungsdienstlichen Erfassung und Abnahme Wangenschleimhautabstrich" aufzuheben; eventualiter sei deren Rechtswidrigkeit festzustellen. (Sub-) Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die erstellten Fotos und abgenommenen Fingerabdrücke und weitere Abdrücke identifizierender Körperteile seien umgehend zu vernichten und allfällige, bereits erfolgte Einträge in entsprechenden daktyloskopischen Datenbanken seien umgehend zu löschen. Die "amtliche Verteidigung" sei ihr auch für das Verfahren vor der Vorinstanz zuzusprechen. Die Vorinstanz beantragt die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten, bzw. die Sache nicht als gegenstandslos zu erklären sei. Die Luzerner Polizei schliesst auf Abweisung der Beschwerde, soweit auf diese einzutreten sei.

A. \_\_\_\_\_ hat nicht repliziert.

## Erwägungen:

### 1.

**1.1.** Angefochten ist ein kantonal letztinstanzlicher Entscheid in einer strafrechtlichen Angelegenheit, in der die Beschwerde in Strafsachen grundsätzlich offensteht (Art. 78 Abs. 1 und Art. 80 BGG).

**1.2.** Die DNA-Probenahme, DNA-Profilerstellung und die erkennungsdienstliche Erfassung sollten im vorliegenden Fall nicht der Aufklärung der Straftaten dienen, deren die Beschwerdeführerin im laufenden Strafverfahren verdächtigt wird, sondern wurden mit Blick auf allfällige andere - bereits begangene oder künftige - Delikte angeordnet. Ihnen kommt somit eine über das Strafverfahren hinausgehende eigenständige Bedeutung zu. Der vorinstanzliche Entscheid ist deshalb praxismässig als Endentscheid zu behandeln, der nach Art. 90 BGG anfechtbar ist (Urteile 1B\_259/2022 vom 23. Juni 2023 E. 1; 1B\_217/2022 vom 15. Mai 2023 E. 1; je mit Hinweisen).

**1.3.** Gemäss Art. 81 Abs. 1 BGG ist zur Beschwerde in Strafsachen berechtigt, wer (lit. a) vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat und (lit. b) ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat. Vorausgesetzt wird ein aktuelles und praktisches Interesse an der Behandlung der Beschwerde (**BGE 140 IV 74** E. 1.3.1 mit Hinweisen; vgl. **BGE 142 I 135** E. 1.3.1 mit Hinweisen). Dieses Erfordernis stellt sicher, dass dem Bundesgericht konkrete und nicht bloss theoretische Fragen zum Entscheid vorgelegt werden (**BGE 140 IV 74** E. 1.3.1; **136 I 274** E. 1.3 mit Hinweisen). Fehlt das schutzwürdige Interesse schon bei der Beschwerdeeinreichung, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (**BGE 139 I 206** E. 1.1 mit Hinweis; vgl. **BGE 142 I 135** E. 1.3.1 mit Hinweisen). Auch die Beschwerde nach Art. 393 ff. StPO setzt ein aktuelles und praktisches Interesse an ihrer Behandlung voraus (**BGE 144 IV 81** E. 2.3.1; Urteil 7B\_112/2022 vom 22. November 2023 E. 2.1; je mit Hinweisen).

Vom Erfordernis des aktuellen Rechtsschutzinteresses wird ausnahmsweise abgesehen, wenn sich die mit der Beschwerde aufgeworfenen Fragen jeweils unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnten, an ihrer Beantwortung wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung ein hinreichendes öffentliches Interesse besteht und im Einzelfall eine rechtzeitige Prüfung kaum je möglich wäre (Urteil 7B\_629/2023 vom 25. Oktober 2023 E. 1.1 mit Hinweisen, vgl. **BGE 147 I 478** E. 2.2; **146 II 335** E. 1.3; je mit Hinweisen). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (Urteile 7B\_629/2023 vom 25. Oktober 2023 E. 1.1; 6B\_1188/2022 vom 7. Dezember 2022 E. 4 mit Hinweis). Die Ausnahme, wonach auf das Erfordernis eines aktuellen Interesses verzichtet werden kann, ist restriktiv anzuwenden, und es obliegt der beschwerdeführenden Person, darzulegen, dass die Voraussetzungen hierfür gegeben sind (Art. 42 Abs. 2 BGG; Urteile 7B\_629/2023 vom 25. Oktober 2023 E. 1.1; 1B\_170/2022 vom 19. Juli 2022 E. 1.2.1; je mit Hinweisen).

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die ihr abgenommene DNA-Probe sei auf Anordnung der Staatsanwaltschaft am 29. Juli 2022 vernichtet worden. Auf ihre Beschwerde sei dennoch vollumfänglich einzutreten, da auf die Aktualität des Rechtsschutzinteresses im vorliegenden Fall nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts verzichtet werden könne. Die Strafverfolgungsbehörden würden nämlich routinemässig DNA-Proben anordnen, um dann erst später darüber zu entscheiden, ob diese benötigt würden oder nicht, was unzulässig sei. Diese Praxis verhindere eine richterliche Prüfung der Zulässigkeit der DNA-Probenahme, da aufgrund der zeitnahen Zerstörung der Probe das aktuelle Interesse nie gegeben sein werde.

Die Beschwerdeführerin legt nicht dar, dass es sich bei der DNA-Probenahme nicht nur um einen Einzelfall, sondern ein Beispiel einer Praxis der Strafverfolgungsbehörden handelt. Zudem ist nicht ersichtlich, inwiefern die Frage der Rechtmässigkeit der DNA-Probenahme und -Profilerstellung regelmässig der richterlichen Prüfung entzogen sein soll, würden doch auch bei einer Praxis, wie sie die Beschwerdeführerin behauptet, nicht alle routinemässig abgenommenen DNA-Proben wieder vernichtet; folglich wäre die

betroffene Person in diesen Fällen zur Beschwerde legitimiert. Die Beschwerdeführerin weist jedoch zutreffend darauf hin, dass ihre DNA-Probe auf Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 25. Juli 2022 hin bereits am 29. Juli 2022 - also vor dem angefochtenen Entscheid - vernichtet wurde. Die Vorinstanz erklärt in ihrer Vernehmlassung, sie habe dies, als sie den angefochtenen Entscheid gefällt habe, nicht gewusst und bringt weiter vor, sie wäre andernfalls nicht auf die kantonale Beschwerde eingetreten, soweit diese die DNA-Probenahme und -Profilierung betroffen habe. Tatsächlich hätte die Vorinstanz mangels aktuellem Rechtsschutzinteresse nicht auf die kantonale Beschwerde eintreten dürfen, soweit diese die DNA-Probenahme und -Profilierung betraf. Der angefochtene Entscheid ist indessen nachfolgend - mit Blick auf die Kostenfolgen des kantonalen Verfahrens - auch hinsichtlich DNA-Probenahme und -Profilierung in der Sache zu überprüfen.

## 2.

Die per 1. Januar 2024 in Kraft getretene Gesetzesänderung betreffend DNA-Probenahme und -Profilierung hat keine Auswirkungen auf das vorliegende Urteil. Das Bundesgericht prüft im Rahmen der strafrechtlichen Beschwerde nämlich nur, ob die kantonale Instanz das Bundesrecht richtig angewendet hat, mithin jenes Recht, welches die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid anwenden musste (vgl. Urteil 7B\_152/2024 vom 19. Februar 2024 E. 1.2 mit Hinweisen). Massgebend für die Beurteilung der bundesgerichtlichen Beschwerde sind damit weiterhin die DNA-Probenahme und -Profilierungsbestimmungen, wie sie bis zum 31. Dezember 2023 galten.

## 3.

### 3.1.

**3.1.1.** Nach aArt. 255 Abs. 1 lit. a StPO kann von der beschuldigten Person zur Aufklärung eines Verbrechens oder eines Vergehens eine Probe genommen und ein DNA-Profil erstellt werden. Die Polizei kann nach aArt. 255 Abs. 2 StPO die nicht invasive Probenahme bei Personen und die Erstellung eines DNA-Profiles von tatrelevantem biologischem Material anordnen. Die Strafbehörden können diese Zwangsmassnahmen aber nicht nur zur Aufklärung bereits begangener und ihnen bekannter Delikte anordnen. Wie aus aArt. 259 StPO in Verbindung mit der bis 31. Juli 2023 gültigen Fassung von aArt. 1 Abs. 2 lit. a des Bundesgesetzes vom 20. Juni 2003 über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekanntem der vermissten Personen (DNA-Profil-Gesetz; SR 363) hervorgeht, soll die Erstellung eines DNA-Profiles vielmehr auch erlauben, Täterinnen und Täter von Delikten zu identifizieren, die den Strafbehörden noch unbekannt sind. Dabei kann es sich um vergangene oder künftige Delikte handeln. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dient aArt. 255 Abs. 1 lit. a StPO auch bei solchen Straftaten als gesetzliche Grundlage für die DNA-Probenahme und DNA-Profilierung (**BGE 147 I 372 E. 2.1**; **145 IV 263 E. 3.3**; Urteil 7B\_119/2022 vom 21. August 2023 E. 3; je mit Hinweisen). Die Bestimmung ermöglicht aber nicht bei jedem hinreichenden Tatverdacht die routinemässige Entnahme und Analyse von DNA-Proben (**BGE 147 I 372 E. 2.1**; **145 IV 263 E. 3.4**; je mit Hinweisen).

**3.1.2.** Gemäss Art. 260 StPO können die Polizei, die Staatsanwaltschaft und die Gerichte, und in dringenden Fällen ihre Verfahrensleitung, die erkennungsdienstliche Erfassung anordnen (Abs. 2). Dabei werden die Körpermerkmale einer Person festgestellt und Abdrücke von Körperteilen genommen (Abs. 1). Die erkennungsdienstliche Erfassung kann nicht nur zur Aufklärung bereits begangener und den Strafverfolgungsbehörden bekannter Delikte, sondern, genau wie die DNA-Probenahme und -Profilierung, auch im Hinblick auf andere Delikte angeordnet werden. Art. 260 Abs. 1 StPO erlaubt indessen ebensowenig wie aArt. 255 Abs. 1 StPO eine routinemässige erkennungsdienstliche Erfassung (**BGE 147 I 372 E. 2.1** mit Hinweisen).

**3.1.3.** Die DNA-Probenahme, die DNA-Profilierung und die erkennungsdienstliche Erfassung können die Rechte der betroffenen Person auf persönliche Freiheit bzw. körperliche Integrität (Art. 10 Abs. 2 BV) und auf informationelle Selbstbestimmung berühren (Art. 13 Abs. 2 BV und Art. 8 EMRK; **BGE 147 I 372 E. 2.2 ff.**; **145 IV 263 E. 3.4**; je mit Hinweisen). Einschränkungen von Grundrechten bedürfen gemäss Art. 36 Abs. 1 bis 3 BV einer gesetzlichen Grundlage und müssen durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein. Diese Voraussetzungen werden in Art. 197 Abs. 1 StPO präzisiert. Danach können Zwangsmassnahmen nur ergriffen werden, wenn ein hinreichender Tatverdacht vorliegt (lit. b), die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können (lit. c) und die Bedeutung der Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt (lit. d). Nach der Rechtsprechung sind die DNA-Probenahme, DNA-Profilierung und die erkennungsdienstliche Erfassung, soweit sie nicht der Aufklärung der Straftaten eines laufenden Strafverfahrens dienen, 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 (**BGE 145 IV 263 E. 3.4** mit Hinweisen; vgl. **BGE 147 I 372 E. 4.2**). Dabei ist zu berücksichtigen, ob die beschuldigte Person vorbestraft ist; trifft dies nicht zu, schliesst das jedoch die DNA-Probenahme, DNA-Profilierung

oder erkennungsdienstliche Erfassung nicht aus, sondern es fliesst als eines von vielen Kriterien in die Gesamtabwägung ein und ist entsprechend zu gewichten (**BGE 145 IV 263** E. 3.4; Urteile 1B\_230/2022 vom 7. September 2022 E. 2.2; 1B\_171/2021 vom 6. Juli 2021 E. 4.1; je mit Hinweisen). Bei der Beurteilung der erforderlichen Deliktsschwere kommt es weder einzig auf die Ausgestaltung als Antrags- bzw. Officialdelikt noch auf die abstrakte Strafdrohung an. Vielmehr sind das betroffene Rechtsgut und der konkrete Kontext miteinzubeziehen. Eine präventive DNA-Probenahme, DNA-Profilerstellung oder erkennungsdienstliche Erfassung erweist sich insbesondere dann als verhältnismässig, wenn die besonders schützenswerte körperliche bzw. sexuelle Integrität von Personen bzw. unter Umständen auch das Vermögen (Raubüberfälle, Einbruchdiebstähle) bedroht ist. Es müssen mithin ernsthafte Gefahren für wesentliche Rechtsgüter drohen (Urteile 1B\_259/2022 vom 23. Juni 2023 E. 4.3; 1B\_171/2021 vom 6. Juli 2021 E. 4.3 mit Hinweisen).

**3.2.** Die Vorinstanz erwägt, der Beschwerdeführerin würden Vergehen, nämlich Hausfriedensbruch und Verleumdung, vorgeworfen. Das seien zwar nur Antragsdelikte, dies ändere aber nichts daran, dass es sich dabei um "schwere Vergehen" handle. Hinzu komme der Vorwurf der Sachbeschädigung. Bei den "möglichen künftigen Straftaten", die von der Beschwerdeführerin zu erwarten seien, handle es sich um keine Bagatellen. Es sei davon auszugehen, dass sie nicht bloss eine Mitläuferin, sondern ein "aktives Mitglied der Häuserbesetzer-Szene" sei. Die erkennungsdienstlichen Massnahmen seien deshalb verhältnismässig.

**3.3.** Dem kann nicht gefolgt werden: Wie die Beschwerdeführerin zutreffend geltend macht, richten sich keine der ihr nach der Vorinstanz vorgeworfenen Straftaten - also Hausfriedensbruch, Sachbeschädigung und Ehrverletzungsdelikte - gegen besonders schützenswerte Rechtsgüter wie die körperliche oder sexuelle Integrität. Zudem stand die Liegenschaft, welche die Beschwerdeführerin unberechtigt betreten haben soll, nach der Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz leer und der Beschwerdeführerin wird, soweit ersichtlich, auch nicht etwa vorgeworfen, sie habe besonders hohen Sachschaden verursacht. Bei dieser Sachlage ist nicht ersichtlich, weshalb von der Beschwerdeführerin Vergehen und Verbrechen einer gewissen Schwere zu erwarten wären. Ihre erkennungsdienstliche Erfassung ist deshalb unverhältnismässig; dies gilt ebenfalls für die bereits vernichtete DNA-Probenahme zwecks DNA-Profilerstellung. Der angefochtene Entscheid ist demnach aufzuheben. Auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin ist nicht einzugehen.

#### **4.**

Demnach ist die Beschwerde gutzuheissen. Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Entscheids ist dahingehend abzuändern, dass die kantonale Beschwerde gutzuheissen ist, soweit darauf eingetreten werden kann, dass der Befehl vom 21. Juli 2022 aufzuheben ist, soweit die Luzerner Polizei damit die erkennungsdienstliche Erfassung der Beschwerdeführerin angeordnet hat, dass die Dokumentation von Körpermerkmalen der Beschwerdeführerin und allfällig bereits abgenommene Fingerabdrücke sowie Abdrücke anderer Körperteile zu vernichten sind und dass ein allfälliger Eintrag in der Fingerabdruck-Datenbank (AFIS) oder anderen Datenbanken zu löschen ist. Auf die kantonale Beschwerde kann nicht eingetreten werden, soweit sie sich gegen die DNA-Probenahme und -Profilerstellung richtet.

#### **5.**

Die Vorinstanz wird über die Kosten- und Entschädigungsfolgen ihres Verfahrens neu zu befinden haben (Art. 67 und Art. 68 Abs. 5 BGG). Dabei wird sie zu berücksichtigen haben, dass sich die kantonale Beschwerde der Beschwerdeführerin nicht nur als nicht aussichtslos, sondern, im Gegenteil, als teilweise begründet erwiesen hat.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG). Der Kanton Luzern hat der Beschwerdeführerin die durch den Rechtsstreit verursachten notwendigen Kosten zu ersetzen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Da die Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege ersucht, ist die Entschädigung praxisgemäss seiner Rechtsvertreterin zuzusprechen. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird damit gegenstandslos.

### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

#### **1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

#### **2.**

Dispositiv-Ziffer 1 des Beschlusses des Kantonsgerichts Luzern, 1. Abteilung, vom 28. November 2022 wird wie folgt abgeändert:

"1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird. Der Befehl zur erkennungsdienstlichen Erfassung der Luzerner Polizei vom 21. Juli 2022 wird aufgehoben. Die Dokumentation von Körpermerkmalen der Beschwerdeführerin, bereits abgenommene Fingerabdrücke und Abdrücke anderer Körperteile sind zu vernichten und ein allfälliger Eintrag in der Fingerabdruck-Datenbank (AFIS) oder anderen Datenbanken ist zu löschen."

**3.**

Im Übrigen wird der Beschluss vom 28. November 2022 aufgehoben und die Sache zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens an das Kantonsgericht Luzern, 1. Abteilung, zurückgewiesen.

**4.**

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

**5.**

Der Kanton Luzern hat die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin, Advokatin Constanze Seelmann, für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'000.-- zu entschädigen.

**6.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht Luzern, 1. Abteilung, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 3. Mai 2024

Im Namen der II. strafrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Abrecht

Die Gerichtsschreiberin: Kern