

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB120435-O/U/cs

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, Ersatzoberrichter lic. iur.
Bertschi, Ersatzoberrichter lic. iur. Meier sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. Aardoom

Beschluss vom 7. Mai 2013

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **unbefugtes Eindringen in ein Datenverarbeitungssystem**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirkes Zürich
(4. Abteilung) vom 21. Juni 2012 (GG120108)**

Das Gericht erwägt:

I. Prozessverlauf

1. Mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung (Einzelgericht), vom 21. Juni 2012 wurde der Beschuldigte des unbefugten Eindringens in ein Datenverarbeitungssystem im Sinne von Art. 143^{bis} StGB schuldig gesprochen und mit einer bedingten Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 1'000.– bestraft. Auf das Schadenersatzbegehren der Privatklägerin B._____ AG (B._____) wurde nicht eingetreten. Hinsichtlich der Straf- und Zivilklage von C._____ wurde das Verfahren eingestellt.
2. Der Beschuldigte hat gegen das Urteil mit Eingabe vom 25. Juni 2012 fristgerecht Berufung angemeldet (Urk. 38) und mit Eingabe vom 22. Oktober 2012 die Berufungserklärung eingereicht (Urk. 45). Er beantragt vollumfänglichen Freispruch und Zusprechung einer Prozessentschädigung, alles unter Kostenfolge zu lasten der Staatskasse und der B._____. Die Privatkläger und die Staatsanwaltschaft haben keine Berufung erhoben und auf Anschlussberufung verzichtet (Urk. 49; Urk. 53 S. 4). Nicht angefochten wurden Dispositivziffern 4 bis 6 des vorinstanzlichen Urteils (Nichteintreten auf das Schadenersatzbegehren der Privatklägerin B._____, Einstellung des Verfahrens betreffend Straf- und Zivilklage von C._____ und Kostenfestsetzung). Betreffend diese Dispositivziffern ist die Rechtskraft des vorinstanzlichen Urteils festzustellen.
3. Mit Präsidialverfügung vom 23. Januar 2013 wurden die Beweisanträge des Beschuldigten gemäss Eingabe vom 22. Oktober 2012 auf Einvernahme von Zeugen, Edition von EDV-Anlagen-Nutzungsverträgen und Einholung eines Gutachtens über die existenzbedrohende Situation der B1._____ einstweilen abgewiesen (Urk. 54).
4. Mit Eingabe vom 25. März 2013 reichte der Beschuldigte im Hinblick auf die Berufungsverhandlung vom 7. Mai 2013 eine kurze Begründung seiner Berufung

ein. Darin liess er unter anderem – wie bereits vor Vorinstanz – geltend machen, die B._____ sei nicht strafantragsberechtigt (Urk. 58). Mit Eingabe vom 10. April 2013 beantragte er, das Verfahren sei auf die Vorfrage des Vorliegens eines Strafantrages zu beschränken (Urk. 59). Dieser Antrag wurde mit Beschluss vom 24. April 2013 abgewiesen (Urk. 60).

II. Prozessuales

1. Strafantrag

1.1. Allgemeines

Dem Beschuldigten wird unbefugtes Eindringen in ein Datenverarbeitungssystem im Sinne von Art. 143^{bis} StGB vorgeworfen. Bei diesem Straftatbestand handelt es sich um ein Antragsdelikt. Strafantragsberechtigt ist, wer das Verfügungsrecht über die Datenverarbeitungsanlage besitzt. Massgebend ist die Berechtigung zum Zugriff auf das Datenverarbeitungssystem, nicht die Verfügungsberechtigung über die Daten (Weissenberger in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. A., Art. 143^{bis} N 27; BGer 6B_456/2007 E. 4.2.). Der Tatbestand schützt die Freiheit des Berechtigten, darüber zu entscheiden, wer Zugang zu einem Datenverarbeitungssystem bzw. zu Datenbeständen haben darf und wer nicht. Wer rechtlich über den Zugang zur Datenverarbeitungsanlage verfügen kann, ist zum Antrag berechtigt.

Vorliegend stellte die B._____ am 8. Februar 2011 Strafantrag gegen den Beschuldigten. Strafanträge weiterer Personen liegen nicht vor. Die Strafantragsberechtigung der B._____ ist umstritten und nachfolgend vorweg zu prüfen.

1.2. Standpunkte

1.2.1. Beschuldigter

Der Beschuldigte macht geltend, das Datenverarbeitungssystem der Muttergesellschaft (B._____) sei durch sein Handeln in keiner Weise betroffen (Urk. 36 S. 20). Ferner bringt der Beschuldigte vor, in der Anklage werde die Frage, wem das

Datenverarbeitungssystem gehöre, gar nicht thematisiert. Die B._____ behaupte, als Verantwortliche für das gruppenweite Datenverarbeitungssystem in ihrem eigenen Rechtsgut verletzt worden zu sein. Es würden weder Beweismittel für die Eigentümerstellung der B._____ noch für deren angebliche Verantwortung für das gruppenweite Datenverarbeitungssystem vorliegen, vielmehr habe das betroffene Datenverarbeitungssystem der B1._____ und der B2._____ gehört. Mit dem von der B._____ behaupteten Auslagerungsabkommen bzw. der Überlassung ihres Datenverarbeitungssystems an die B1._____ und die B2._____ habe die B._____ auf ihre Berechtigung am Datenverarbeitungssystem verzichtet. Damit habe die B._____ keinerlei Berechtigung, einen Strafantrag für das Eindringen in das Datenverarbeitungssystem der B1._____ und der B2._____ zu stellen (Urk. 58 S. 6; Urk. 63 S. 8).

1.2.2. B._____

Die B._____ liess demgegenüber geltend machen, von der Tathandlung des Beschuldigten betroffen sei das gesamte Datenverarbeitungssystem der B._____ - group. Sie sei als Muttergesellschaft die Verantwortliche für das gesamte Datenverarbeitungssystem und könne über den Zugang zu ihm rechtlich verfügen. Sie sei in ihrem Rechtsgut verletzt worden, über das eigene Datenverarbeitungssystem und seine Subsysteme zu herrschen und nicht zugriffsberechtigte Personen von den eigenen virtuellen Räumen fernzuhalten (Urk. 53 S. 8). Als Muttergesellschaft sei sie Eigentümerin des Datenverarbeitungssystems und stelle die Anlage den Tochtergesellschaften zur Verfügung, dies ergebe sich aus den bei den Akten liegenden Funktionsauslagerungsverträgen (Prot. I S. 10). Selbst wenn nur die B1._____ und die B2._____ durch die Tathandlung direkt betroffen wären, hätte sie ein gleichartiges rechtlich geschütztes Interesse an der Antragstellung, da sie zu 100 % an diesen Gesellschaften beteiligt sei. Aus diesem Grunde seien irgendetwelche Vertragsverhältnisse zur Nutzung der EDV-Anlagen zwischen ihr und der B1._____ oder B2._____ nicht beachtlich (Urk. 53 S. 8; Urk. 64 S. 5). Der persönliche Arbeitsbereich von Herrn C._____ sei Teil des gesamten Computer- und Serversystems der B._____, die das System für die gesamte Gesellschaftsgruppe unabhängig vom Standort der jeweiligen Zugriffsstationen betreibe und

daran berechtigt sei. Die Angestellten und Organe der B._____ hätten klar definierte Berechtigungen in Bezug auf die Benutzung des Computer- und Serversystems (Urk. 35 S. 3).

1.2.3. Vorinstanz

Die Vorinstanz führte zur Frage der Strafantragsberechtigung der B._____ aus, es sei erstellt, dass diese Eigentümerin der EDV-Anlagen in den Räumlichkeiten am D._____ ... sei. Da die B._____ als Muttergesellschaft Eigentümerin der EDV-Anlagen sei, könne ihre Rechtsgutverletzung und damit ihre Strafantragsberechtigung bejaht werden (Urk. 43 S. 5). Ausserdem sei C._____ Geschäftsleitungsmitglied der B._____ und sei E._____ für die Abrechnungen der Partnersaläre bzw. -beträge bei der Muttergesellschaft zuständig gewesen. Soweit demnach Mitarbeiter der B._____ betroffen gewesen seien, komme ihr dadurch auch Strafantragsberechtigung zu (Urk. 43 S. 6).

1.3. Würdigung

Für die Beurteilung der Frage nach der strafantragsberechtigten Person ist die Verfügungsberechtigung über das Datenverarbeitungssystem massgebend. Vorliegend ist erstellt, dass es sich bei der B._____ um die Muttergesellschaft und bei der B2._____ AG (B2._____) sowie der B1._____ AG (B1._____) um deren Tochtergesellschaften handelt. Aus den im Recht liegenden Funktionsausgliederungsverträgen vom 20. Dezember 2010 (Urk. 8/10 Beilage 2) und vom 23. Mai 2010 (Urk. 8/10 Beilage 3) geht ferner hervor, dass die B._____ die B1._____ und die B2._____ zu 100 % beherrscht. Dem Funktionsausgliederungsvertrag vom 23. Mai 2011 zwischen der B1._____ und der B._____ ist zu entnehmen, dass die B._____ im Rahmen der Leistungserbringung der B2._____ für die B1._____ verschiedene Tätigkeiten übernimmt und dass die B._____ die benötigte IT-Infrastruktur zur Verfügung stellt (Urk. 8/10 Beilage 3 S. 1 letzter Abschnitt). Die B2._____ stellt ihrerseits der B1._____ gemäss Funktionsausgliederungsvertrag vom 20. Dezember 2010 die für die übernommenen Tätigkeiten benötigte IT-Infrastruktur zur Verfügung (Urk. 8/10 Beilage 2 S. 1). Basierend auf diesen Verflechtungen betreffend zur Verfügung-Stellung der IT-Infrastruktur und auf dem

Zusammenspiel zwischen den Gesellschaften in der Leistungserbringung sowie aufgrund der Stellung der B. _____ als Muttergesellschaft ist dargetan, dass ihre Zugriffsberechtigung auf das von den Handlungen des Beschuldigten betroffene Datenverarbeitungssystem zu bejahen ist. Entgegen der Ansicht des Beschuldigten (Urk. 58 S. 6; Urk. 63 S. 8) geht aus den "Auslagerungsabkommen" nicht hervor, dass die B. _____ durch die Überlassung ihrer Datenverarbeitungssysteme an die B1. _____ und die B2. _____ auf ihre Berechtigung an den Datenverarbeitungssystemen verzichtet hätte. Einer Edition der EDV-Anlagen Nutzungsverträge zwischen der B2. _____/B1. _____ und der B. _____, wie sie vom Beschuldigten im Berufungsverfahren beantragt wurde, bedarf es unter diesen Umständen nicht.

Ergänzend ist festzuhalten, dass durch die Tathandlungen unmittelbar in den Rechtskreis der B. _____ eingegriffen wurde. Der Beschuldigte hat auf das Mailkonto von C. _____ Zugriff genommen und ist dadurch in ein Datenverarbeitungssystem im Sinne eines Subsystems eingedrungen. C. _____ wiederum ist Mitglied der Geschäftsleitung der B. _____ und der B1. _____ sowie CEO der B2. _____ (Urk. 6/8 S. 2). Der Beschuldigte hat gemäss Anklagevorwurf mittels Eingabe des Logins und Passwortes von C. _____ Zugriff auf dessen gesamte Daten und auch dessen Mailkonto genommen. Damit verbunden war aufgrund dessen Stellung als Geschäftsleitungsmitglied der B. _____ auch ein Zugriff auf das Datenverarbeitungssystem der B. _____ bzw. wurde unmittelbar in den Rechtskreis der B. _____ eingegriffen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei höchstpersönlichen Rechtsgütern nur der Träger des Rechtsgutes selbst strafantragsberechtigt, bei anderen Rechtsgütern auch andere Personen, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Erhaltung des Rechtsgutes haben (BGE 121 IV 260; Ch. Riedo in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. A., Art. 30 N 8). Vorliegend ist kein höchstpersönliches Rechtsgut betroffen, demzufolge ist nebst der über das Datenverarbeitungssystem verfügungsberechtigten Person auch strafantragsberechtigt, wer ein rechtlich geschütztes Interesse an der Wahrung des "Computerfriedens" hat. Dies ist bei der B. _____, deren Geschäftsleitungsmitglied C. _____ ist, zu bejahen.

Aus all diesen Gründen ist die Strafantragsberechtigung der B._____ zu bejahen und liegt ein gültiger Strafantrag vor.

2. Verletzung des Anklageprinzips

Der Beschuldigte macht geltend, ihm werde in der Anklageschrift kein strafbares Verhalten gegen die B._____ vorgeworfen, was einen Verstoss gegen das Anklageprinzip darstelle (Urk. 58 S. 8; Urk. 63 S. 7 und 9). Dies ist durch das Gericht von Amtes wegen zu prüfen (Art. 329 Abs. 1 lit. a i.V.m Art. 325 StPO).

Nach dem Anklageprinzip muss die Anklage so abgefasst sein, dass sie die Grundlage für die gerichtliche Beurteilung darstellen kann. Wesentlich ist unter anderem die Darstellung des Tathergangs, die alle objektiven und subjektiven Tatbestandselemente der dem Beschuldigten vorgeworfenen Straftatbestände umfassen muss. Die involvierten Personen sind zu bezeichnen. Zudem ist der Sachverhalt so darzustellen, dass die Vorwürfe im objektiven und subjektiven Bereich genügend konkretisiert sind (Landshut, in Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], Zürich/Basel/Genf 2010, N 10 f. zu Art. 325).

Der dem Beschuldigten vorgeworfene Sachverhalt ist in der Anklageschrift vom 4. April 2012 im Einzelnen umschrieben. Die B._____ findet dabei jedoch keine Erwähnung im Anklagesachverhalt, sie wird nur im Verzeichnis der Privatklägerschaft bzw. Geschädigten, auf welches die Anklageschrift verweist, als Geschädigte mit Konstituierung als Privatklägerschaft aufgeführt. Damit wird zwar zum Ausdruck gebracht, dass die B._____ gemäss Anklage die durch das unbefugte Eindringen in ein Datenverarbeitungssystem geschädigte Person ist, was wiederum impliziert, dass ihr die Berechtigung zukommt, über den Zugriff zum Datenverarbeitungssystem zu entscheiden. Jedoch ist im umschriebenen Sachverhalt selbst kein Hinweis auf ein deliktisches Verhalten des Beschuldigten gegenüber der B._____ umschrieben. Diese wird nicht im Text der Anklage erwähnt. Dem Beschuldigten war es somit verunmöglicht, sich mit Bezug auf eine Delinquenz zum Nachteil der B._____ gehörig zu verteidigen, da kein entsprechendes Verhalten umschrieben wird. Aus diesem Grund liegt eine Verletzung des Anklageprin-

zips vor und ist das Verfahren gegen den Beschuldigten entsprechend einzustellen.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Vorinstanzliche Kostenaufgabe

1.1 Allgemeines

Gemäss Art. 426 Abs. 2 StPO können der beschuldigten Person bei Einstellung des Verfahrens die Verfahrenskosten ganz oder teilweise auferlegt werden, wenn sie die Einleitung des Verfahrens rechtswidrig und schuldhaft bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK dürfen einer beschuldigten Person bei Freispruch oder Einstellung des Verfahrens nur dann Kosten auferlegt werden, wenn diese durch ein unter rechtlichen Gesichtspunkten vorwerfbares Verhalten die Einleitung des Strafverfahrens veranlasst oder dessen Durchführung erschwert hat (sogenanntes prozessuales Verschulden). Bei dieser Kostenpflicht handelt es sich nicht um eine Haftung für ein strafrechtliches Verschulden, sondern um eine zivilrechtlichen Grundsätzen angenäherte Haftung für ein fehlerhaftes Verhalten, durch das die Einleitung oder Erschwerung eines Strafverfahrens verursacht wurde. Es ist mit Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK vereinbar, einer nicht verurteilten beschuldigten Person die Kosten aufzuerlegen, wenn diese in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise – d.h. im Sinne einer analogen Anwendung von Art. 41 OR – gegen eine Verhaltensnorm, die sich aus der Gesamtheit der schweizerischen Rechtsordnung ergeben kann, klar verstossen und dadurch das Strafverfahren veranlasst oder dessen Durchführung erschwert hat, wobei sich die Kostenaufgabe in tatsächlicher Hinsicht nur auf unbestrittene oder bereits klar nachgewiesene Umstände stützen darf (Urteil des Bundesgerichts 1B_21/2012 vom 27. März 2012 E. 2.1.; Griesser, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 426 N 9; Domeisen, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2011, Art. 426 N 23, 29 und 37; Schmid,

Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 426 N 6).

1.2 Verhalten des Beschuldigten

Dem Beschuldigten wird in einem ersten Abschnitt vorgeworfen, er habe in der Zeit vom 13. Januar 2011 bis 8. Februar 2011 bei drei Gelegenheiten in den Geschäftsräumlichkeiten der B1._____ bzw. der B2._____ an den von F._____, E._____ und C._____ benutzten Computerstationen heimlich und unbefugt einen Keylogger eingesetzt, um durch die auf dem Keylogger abgespeicherten Tasteninformationen die Logins und Passwörter der vorerwähnten Personen zu erlangen und sich damit Zugriff auf deren Computerarbeitsbereiche zu verschaffen. Im zweiten Abschnitt wird dem Beschuldigten vorgeworfen, er habe die mittels Keylogger erlangten Tasteninformationen (Login, Passwort) betreffend C._____ verwendet und am 8. Februar 2011 unter Eingabe des Logins und Passwortes Zugriff auf die gesamten Daten (Geschäftsunterlagen, geschäftliche und private Ordner, private und geschäftliche Mails) von C._____ genommen und aus dessen Mailkonto Informationen erlangt.

Der Beschuldigte anerkennt den Sachverhalt wie bereits im Vorverfahren und vor Vorinstanz auch im Berufungsverfahren (Urk. 59 S. 1). Sein Geständnis deckt sich mit dem Untersuchungsergebnis. Für die Beurteilung der Kosten- und Entschädigungsfolgen ist somit von diesem Sachverhalt auszugehen.

1.3 Würdigung

Das Verhalten des Beschuldigten ist grundsätzlich geeignet, die Persönlichkeit der betroffenen Personen (F._____, E._____ und C._____) im Sinne von Art. 28 Abs. 1 ZGB widerrechtlich zu verletzen, indem er in ihre Privatsphäre eingedrungen ist und sich deren Passwörter beschaffte bzw. bei C._____ das Passwort auch benutzte und auf dessen Daten zugriff. Er hat dies bewusst und somit schuldhaft getan. Sein Verhalten war adäquat kausal für die Einleitung eines Strafverfahrens. Aufgrund der Vorbringen des Beschuldigten ist im Rahmen der

Prüfung der Voraussetzungen einer Kostenaufgabe noch auf die (geltend gemachten) Rechtfertigungsgründe einzugehen.

1.3.1 Vorbringen des Beschuldigten

Der Beschuldigte beruft sich zur Rechtfertigung seines Verhaltens darauf, er habe gehandelt, um Missstände in der Firma aufzudecken. In der Einvernahme vom 28. April 2011 sagte er aus, im Jahre 2010 hätten sich für ihn die Anzeichen gemehrt, dass die Firma B1. _____ Gegenstand von geschäftsschädigendem Verhalten geworden sei (Urk. 5/2 S. 2). Im Jahre 2010 sei das Backoffice Team der B1. _____ mit zunehmender Geschwindigkeit ausgetauscht worden, insgesamt seien im Jahr 2010 10 Personen eingestellt und entlassen worden. Aufgrund dieser Personalfuktuation sei es immer schwieriger gewesen, den normalen Geschäftsbetrieb aufrecht zu erhalten (Urk. 5/2 S. 3). Er habe in der zweiten Jahreshälfte 2010 verschiedene Personen des Managements, inklusive C. _____, auf diese prekäre Situation angesprochen, habe aber keine befriedigenden Antworten erhalten. Im Jahr 2010 sei der geschäftliche Frustpegel enorm angestiegen und habe er Anzeichen gehabt, dass dieses geschäftsschädigende Verhalten auf ihn und G. _____ übergreifen werde (Urk. 5/2 S. 4). Für ihn und G. _____ habe seit Beginn des Jahre 2011 keine gültige Vergütungsvereinbarung bestanden (Urk. 5/2 S. 4). G. _____ habe unmittelbaren Kundenkontakt gehabt und kenne nahezu alle Kunden persönlich. Wenn sie betroffen worden wäre, hätte das die Gesellschaft weit mehr geschädigt, als dies bei Mitarbeitern des Backoffice der Fall gewesen wäre (Urk. 5/2 S. 9). Ausserdem sei im Jahre 2010 zunächst ohne seine Kenntnis versucht worden, das Versicherungsgeschäft zu verkaufen. Er habe das von Konkurrenten erfahren, worauf er das Gespräch mit allen Beteiligten gesucht habe, aber nie plausible Antworten erhalten habe (Urk. 5/2 S. 4). Um seiner Verantwortung als Organträger gerecht zu werden, habe er den Dingen selber auf den Grund gehen wollen und habe sich entschlossen, Einsicht zu nehmen in die Geschäftsmails von E. _____, F. _____ und C. _____. Er habe Zugriff auf die Geschäftsmails nehmen wollen, die ihm Informationen über das geschäftsschädigende Verhalten gegeben hätten, die er dann an den Verwaltungsrat hätte eskalieren können. Er habe nicht an die H. _____ herantreten wollen, ohne einen Be-

weis in der Hand zu haben, allenfalls hätte er auch die Finanzmarktaufsicht informieren wollen (Urk. 5/2 S. 8).

In der Befragung vom 7. September 2011 (Urk. 5/3) sagte der Beschuldigte aus, er habe Zugang zum geschäftlichen E-Mailverkehr von C._____ erlangen wollen, um Informationen über vermeintlich geschäftsschädigendes Verhalten seines Kollegen in Erfahrung zu bringen (Urk. 5/3 S. 3). Er habe keinen zeitlichen Druck gesehen und habe die Daten ab dem Keylogger nur einmal verwendet (Urk. 5/3 S. 4). Es gebe eine Vielzahl von Dingen, die er damals als Missstand innerhalb der Firma bezeichnet hätte. Der akute Anlass sei die Befürchtung gewesen, dass gegenüber seiner Kollegin, G._____, eine Kündigung möglicherweise geplant gewesen sei (Urk. 5/3 S. 4). Wenn er E-Mails gefunden hätte, aus denen geschäftsschädigendes Verhalten hervorgegangen wäre, hätte er eine sofortige Weiterleitung an den Verwaltungsrat und die Vertreter der H._____ veranlasst. Er habe seine Verdachtsmomente in einem achtseitigen Schreiben dem Verwaltungsrat nahegelegt (Urk. 5/3 S. 5). Auf die Frage, welchen geschäftsschädigenden Verhaltens er C._____ in Verdacht gehabt habe, erklärte der Beschuldigte, es sei konkret eine Absprache zwischen ihm und C._____ betreffend Gehalt gewesen, die er gegenüber G._____ nicht veranlasst habe und es sei möglicherweise mit einer Kündigung von G._____ zu rechnen gewesen (Urk. 5/3 S. 5). Es sei darum gegangen, dass in einem Zeitraum von zwei Jahren nahezu die gesamte Belegschaft der Gesellschaften, bei denen er Organfunktion innegehabt habe, mehrfach auf Veranlassung der Geschäftsleitung der Muttergesellschaft, einschliesslich C._____, ausgetauscht worden sei und er das Gefühl gehabt habe, G._____ sei als nächstes an der Reihe. Eine Kündigung wäre im Gegensatz zu Mitarbeitern des Backoffice, die keinen oder nur wenig Kundenkontakt pflegen, eine echte Geschäftsschädigung für die Firma gewesen (Urk. 5/3 S. 6). E._____ wäre der Adressat für Weisungen von C._____ hinsichtlich Vergütung von G._____ gewesen (Urk. 5/3 S. 6). Auf die Nachfrage betreffend weitere Missstände erklärte der Beschuldigte, er wolle Einzelheiten im Interesse der Firma jetzt nicht darlegen, er habe dies aber gegenüber dem Verwaltungsrat getan und sei von diesem auf die Wahrung des Geschäftsgeheimnisses aufmerksam gemacht worden (Urk. 5/3 S. 7). Das Problem habe darin bestanden, dass der Verwaltungsrat und die Ge-

schäftsleitungsmitglieder die Missstände in ihren Geschäftsbereichen geduldet hätten und er sich in einer Organhaftungssituation gesehen habe (Urk. 5/3 S. 8).

In der Einvernahme vom 23. März 2012 hat der Beschuldigte ausgesagt, dass er vor Einsatz des Keyloggers einem Verwaltungsratsmitglied der B._____ (I._____) in einem Gespräch die Missstände geschildert habe und ihn gebeten habe, diesen hausintern nachzugehen (Urk. 5/4 S. 2). Es habe dann auch vor dem Einsatz des Keyloggers ein weiteres Gespräch mit I._____ gegeben, an welchem G._____ dabei gewesen sei, wo I._____ nicht von Fortschritten bei der Behebung der Missstände habe berichten können (Urk. 5/4 S. 2). Da die Kontaktaufnahme mit I._____ nichts gebracht habe, sei der Einsatz des Keyloggers für ihn die letzte Möglichkeit gewesen zur Behebung der Missstände (Urk. 5/4 S. 2). Auf die Frage, welche existenzgefährdenden Folgen/Schaden für das Unternehmen er habe abwenden wollen, erklärte er, er sei als Geschäftsführer zur ordnungsgemässen Geschäftsführung verpflichtet und zur Abstellung von Missständen in seinem Einflussbereich, wenn er das nicht tue, mache er sich strafbar (Urk. 5/4 S. 7). Er habe sich vom Einsatz des Keyloggers erhofft, Hinweise zu erhalten, die es ihm erlaubt hätten, die Missstände abzustellen oder für sich die Konsequenzen mit einer Kündigung zu ziehen, da er nicht länger habe verantworten können, was da vor sich gehe. Er habe keine Hinweise gefunden (Urk. 5/4 S. 7).

In der Befragung vor Vorinstanz machte er geltend, er habe Hinweise auf geschäftsschädigendes Verhalten im Einflussbereich von C._____ gesehen und sich für autorisiert gehalten, auf die Daten der beiden Gesellschaften Einsicht zu nehmen. Er hätte der IT-Abteilung der beiden Unternehmen die Weisung erteilen können, ihm auf diese beiden Datenbestände Zugriff zu geben. Er habe dies nicht getan, weil diese Weisung dem Verdächtigen gemeldet worden wäre und dieser seine Weisung hätte unterbinden können und Verschleierungsmaßnahmen hätte vornehmen können (Urk. 33 S. 4). Er habe viele Hinweise auf geschäftsschädigendes Verhalten dieser Gesellschaften gesehen und denke, wenn er nicht eingegriffen hätte, dann hätte ein Unterlassen Organhaftungstatbestände ausgelöst, so dass er für das Fehlverhalten seiner Kollegen hätte einstehen müssen (Urk. 33 S. 5 f.).

1.3.2. Rechtfertigungsgründe

a) Notwehr (Art. 52 Abs. 1 OR)

Dieser Rechtfertigungsgrund scheidet vorliegend mangels Angriffes oder unmittelbar drohenden Angriffes zum vornherein aus.

b) Notstand (Art. 52 Abs. 2 OR)

Rechtfertigender Notstand im Sinne von Art. 52 Abs. 2 OR setzt voraus, dass eine Rechtsgutsverletzung unmittelbar droht, sei es durch eine Person oder durch ein Ereignis. Eine Gefahr, die erst einzutreten droht, rechtfertigt noch keine Notstandshandlung (Heierli/Schnyder in: Honsell / Vogt / Geiser, Basler Kommentar OR I, N 10 zu Art. 52).

Eine dringliche Situation, die den sofortigen Einsatz des Keyloggers gerechtfertigt hätte, wurde vom Beschuldigten nicht behauptet. Ganz im Gegenteil sagte er selber aus, er habe keinen zeitlichen Druck gesehen und habe im Bedarfsfall auf die Informationen im Keylogger zurückgreifen wollen. Ein Bedarfsfall wäre gewesen, wenn sich bei Durchsicht der E-Mails Anzeichen auf geschäftsschädigendes Verhalten des Kollegen ergeben hätten (Urk. 5/3 S. 4). Eine unmittelbar drohende Gefahr für die Interessen der Gesellschaften, welche nur durch sofortiges Beschaffen von Informationen aus passwortgeschützten Systemen (bzw. Subsystemen) hätte abgewendet werden können, liegt somit nicht vor.

Die Voraussetzungen für rechtfertigenden Notstand im Sinne von Art. 52 Abs. 2 OR sind nicht erfüllt.

c) Gesetzlich erlaubte Handlung

Mit Blick auf den Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung muss sowohl im Zivil- wie auch im Strafrecht mit Bezug auf gesetzlich erlaubte Handlungen die Widerrechtlichkeit entfallen, wenn jemand handelt, wie es das Gesetz gebietet oder erlaubt (Heierli / Schnyder, a.a.O., N 23a zu Art. 52). Amts- oder Berufspflichten fallen unter die Bestimmung von Art. 14 StGB. Sie rechtfertigen Straftaten jedoch nur, wenn das Amt oder der betreffende Beruf mit Eingriffsbefugnissen verbunden

sind (z.B.: Polizei, Gericht, Militär). Berufliche Stellung als solche oder aus einem Berufsethos fliessende moralische Pflicht rechtfertigen dagegen straftatbeständliches Handeln nicht (K. Seelmann in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar Strafrecht I, 2. A., Art. 14 N 6 und N 9).

Der Beschuldigte beruft sich zur Rechtfertigung seines Handelns auf die Sorgfalts- und Treuepflicht als Verwaltungsrat. Gemäss Art. 717 OR müssen die Mitglieder des Verwaltungsrates sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren. Dass sich aus dieser Berufspflicht direkt eine Rechtfertigung des Verhaltens des Beschuldigten ableiten liesse, ist nicht erkennbar. Die Wahrung der Interessen der Gesellschaft ist jedoch nachfolgend unter dem Aspekt der Wahrung berechtigter Interessen zu prüfen.

d) Wahrung berechtigter Interessen

Der ungeschriebene, aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen setzt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung voraus, dass die Tat ein zur Erreichung des berechtigten Ziels notwendiges und angemessenes Mittel ist, sie insoweit den einzig möglichen Weg darstellt und offenkundig weniger schwer wiegt als die Interessen, welche der Täter zu wahren sucht (BGer 6B_305/2007 E. 3.1.; BGE 134 IV 216 E. 6.1).

Unabhängig davon, ob tatsächlich Missstände in den Gesellschaften vorlagen, wie sie vom Beschuldigten vermutet wurden, standen ihm verschiedene legale Mittel und Wege offen, diese anzusprechen und anzugehen. Der Beschuldigte hat mit seiner Vorgehensweise den Grundsatz der Subsidiarität nicht beachtet, da mildere und insbesondere legale Massnahmen möglich gewesen wären, um allfälligen gesellschaftsinternen Problemen adäquat zu begegnen. Im Einzelnen ist festzuhalten, dass der Beschuldigte gemäss eigenen Aussagen mit Bezug auf die befürchtete Entlassung von G._____ und mit Bezug auf deren Entlöhnung bereits vor dem Einsatz des Keyloggers an den Verwaltungsrat I._____ gelangt war und mit diesem zwei Gespräche geführt hatte, eines davon in Anwesenheit von G._____. Er hatte diesen gebeten, den von ihm aufgezeigten Missständen haus-

intern nachzugehen. Dies zeigt auf, dass durchaus ein legaler Weg offenstand und vom Beschuldigten auch eingeschlagen wurde, um die vermuteten Missstände anzugehen. Aus den E-Mails des Beschuldigten aus dem Jahre 2010 an seine Geschäftsleitungskollegen geht hervor, dass er verschiedene Probleme ortete und zur Diskussion brachte. Es ist sodann festzuhalten, dass die von ihm angesprochenen Problempunkte sich mit den von ihm befürchteten Missständen deckten, die ihn dazu brachten, den Keylogger einzusetzen. Abschliessend ist sodann darauf hinzuweisen, dass der Beschuldigte, obwohl er dem Zugriff auf das Mailkonto von C._____ keine Informationen entnehmen konnte (Urk. 5/3 S. 4), welche seine Befürchtungen betreffend Missstände stützten, mit Schreiben vom 14. Juni 2011 an den Verwaltungsrat der B._____ gelangte, und seinem Schreiben eine Dokumentation der von ihm vermuteten verschiedenen Missstände beilegte, ebenso wie die E-Mails zu seinen aufsichtsrechtlichen Vorstössen im Jahre 2010 (Urk. 5/3 S. 8; Urk. 7/3). Damit ist erstellt, dass er auch ohne das ihm vorgeworfene Verhalten in der Lage war, eine umfassende Darlegung seiner vermuteten Missstände auf legalem Weg abzugeben.

Sein zur Anklage gebrachtes Verhalten war somit in keiner Weise ein zur Erreichung des berechtigten Ziels (Aufdeckung und Bekämpfung von Missständen) notwendiges und angemessenes Mittel. Auch unter dem Aspekt des Rechtfertigungsgrundes der Wahrung berechtigter Interessen war das Verhalten nicht gerechtfertigt.

e) Fazit

Das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen ist somit zu verneinen. Das Verhalten des Beschuldigten ist somit als rechtswidrig zu qualifizieren.

1.4 Entschädigung

Da der Beschuldigte nach Art. 426 Abs. 2 StPO kostenpflichtig erklärt wird, hat die Privatklägerschaft gegen ihn Anspruch auf angemessene Entschädigung (Art. 433 Abs. 1 lit. b). Bezüglich der Höhe der Entschädigung ist auf die zutreffenden vorinstanzlichen Ausführungen zu verweisen (Urk. 43 S. 29).

1.5 Fazit

Das Verhalten des Beschuldigten war im Sinne des Zivilrechts persönlichkeitsverletzend und kausal für die Einleitung eines Strafverfahrens. Den Beschuldigten trifft ein prozessuales Verschulden und es liegen keine Rechtfertigungsgründe vor.

Das vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositivziffern 6 bis 8) ist somit zu bestätigen.

2. Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens

Im Berufungsverfahren obsiegt der Beschuldigte, weshalb die Gerichtsgebühr ausser Ansatz zu fallen hat (Art. 428 Abs. 1 StPO).

Ferner ist dem Beschuldigten eine Prozessentschädigung aus der Gerichtskasse auszurichten. Diese ist anhand der Anwaltsgebührenverordnung festzulegen, welche besagt, dass die Gebühr im Berufungsverfahren grundsätzlich nach den für die Vorinstanz geltenden Regeln bemessen wird (§ 18 Abs. 1 AnwGebV). Für die Führung eines Strafprozesses vor Einzelgericht wird dabei ein Ansatz von Fr. 600.– bis Fr. 8'000.– als Grundgebühr festgelegt. Diese umfasst die Vorbereitung des Parteivortrags und Teilnahme an der Hauptverhandlung (§ 17 Abs. 1 AnwGebV). Zuschlagsrelevante Aufwendungen sind vorliegend nicht ersichtlich (vgl. § 17 Abs. 2 AnwGebV).

Aufgrund der Komplexität des Falles sowie der geltend gemachten Aufwendungen der Verteidigung (vgl. Prot. II S. 11) rechtfertigt es sich, die Entschädigung

auf das Maximum von Fr. 8'000.– festzusetzen. Zuzüglich Mehrwertsteuer ist dem Beschuldigten somit Fr. 8'640.– aus der Gerichtskasse zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung - Einzelgericht, vom 21. Juni 2012, bezüglich der Dispositivziffern 4 (Nichteintreten auf das Schadenersatzbegehren der Privatklägerin B._____ AG) und 5 (Einstellung des Verfahrens hinsichtlich der Straf- und Zivilklage von C._____) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Das Strafverfahren gegen den Beschuldigten A._____ wird eingestellt.
3. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziff. 6 bis 8) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
5. Dem Beschuldigten wird für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 8'640.– aus der Gerichtskasse zugesprochen.
6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
 - den Vertreter der Privatklägerschaft (übergeben, dreifach, für sich und zuhanden der B._____ AG sowie C._____)sowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
 - den Vertreter der Privatklägerschaft (dreifach, für sich und zuhanden der B._____ AG sowie C._____)

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA zur Löschung der Daten.

7. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 7. Mai 2013

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Aardoom