

Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: UH130171-O/U/BUT

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Th. Meyer, Präsident, und lic. iur. W. Meyer,
der Ersatzoberrichter Dr. T. Graf sowie der Gerichtsschreiber Dr. iur.
S. Christen

Beschluss vom 29. Juli 2013

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführer

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich

Beschwerdegegnerin

betreffend **Durchsuchungsbefehl**

**Beschwerde gegen den Durchsuchungsbefehl der Staatsanwaltschaft IV
des Kantons Zürich vom 22. Mai 2013, B-6/2013/449**

Erwägungen:

I.

1. Die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich führt eine Strafuntersuchung gegen A._____ wegen Exhibitionismus (Art. 194 StGB) und sexuellen Handlungen mit einem Kind (Art. 187 StGB). Sie wirft A._____ vor, am 17. Mai 2013 B._____ sein entblößtes Glied gezeigt und am 1. April 2013 vor mehreren Kindern onaniert zu haben.

Am 17. Mai 2013 führte die Kantonspolizei Zürich im Büro von A._____ eine Hausdurchsuchung durch, da sie davon ausging, er befinde sich dort. Dabei stellte sie verschiedene Datenträger sicher. A._____ wohnt (teilweise) in seinem Büro. Während der Hausdurchsuchung kam A._____ in sein Büro, wurde festgenommen und am 20. Mai 2013 aus der Polizeihaft entlassen.

2. Am 22. Mai 2013 ordnete die Staatsanwaltschaft die Durchsuchung der anlässlich der Hausdurchsuchung vom 17. Mai 2013 sichergestellten Gegenstände, Datenträger, Ton-, Bild- und anderen Aufzeichnungen sowie Anlagen zur Verarbeitung und Speicherung von Informationen an. Mit dem Vollzug beauftragte sie die Kantonspolizei Zürich (Urk. 3).

3. A._____ erhebt Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich (Urk. 2). Er beantragt die Aufhebung des Durchsuchungsbefehls. Es sei von der Durchsuchung der anlässlich der Hausdurchsuchung sichergestellten Gegenstände abzusehen.

Die Staatsanwaltschaft hat sich vernehmen lassen (Urk. 8). Sie beantragt die Abweisung der Beschwerde. In der Replik hält A._____ an seinen Anträgen fest (Urk. 14).

4. Wegen der Abwesenheit eines Richters ist die den Parteien angekündigte Zusammensetzung des Gerichts (Urk. 6) angepasst worden.

II.

1. Angefochten ist eine Verfügung der Staatsanwaltschaft, mit welcher die Durchsuchung von Gegenständen angeordnet wird. Dagegen ist die Beschwerde beim Obergericht zulässig (Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO; 49 GOG/ZH; vgl. auch Keller, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, N. 15 zu Art. 393 StPO). Die Staatsanwaltschaft hat die sichergestellten Gegenstände noch nicht durchsucht. Der Beschwerdeführer verfügt insofern über ein aktuelles Interesse an der Beschwerde. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

2.1 Die Staatsanwaltschaft erwog (Urk. 3), in den zu untersuchenden Gegenständen befänden sich vermutungsweise Informationen, die der Beschlagnahme unterliegen. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Beschwerdeführer seine Handlungen fotografisch festgehalten habe. Anlässlich einer Hausdurchsuchung betreffend eine Strafuntersuchung aus dem Jahre 2009 seien beim Beschwerdeführer diverse Fotos sichergestellt worden, die nackte junge Frauen und Männer zeigten. Auf diesen Fotos sei ersichtlich, wie der Beschwerdeführer sein Glied an das primäre Geschlechtsorgan einer jungen Frau halte. Auf den Fotos sei er auch bei einer sexuellen Handlung mit einem jungen Mann abgebildet.

2.2 Der Beschwerdeführer macht geltend (Urk. 2 und Urk. 14), das Zwangsmassnahmengericht Zürich habe in Bezug auf den Vorfall vom 1. April 2013 festgehalten, dass kein ausreichender Tatverdacht bestehe. Der Vorwurf beruhe auf einer Fotografie, welche eine eindeutige Identifikation des Beschwerdeführers nicht erlaube. Der Durchsuchungsbefehl sei insofern unzulässig. Bezüglich des Vorwurfs vom 17. Mai 2013 fehle es an der Beweisrelevanz der zu durchsuchenden Datenträger. Es gehe nicht an, die Datenträger zu durchsuchen, um allfällige Zufallsfunde zu produzieren. Das sei eine verpönte Beweisausforschung. Die Datenträger seien wenige Stunden nach der angeblichen Tat sichergestellt worden. Inwiefern diese Informationen zur Tat

enthalten könnten, sei nicht ersichtlich. Die Voraussetzung der Zwecktauglichkeit der Massnahme sei nicht erfüllt. Die Taten seien naturgemäss nur durch Aussagen der involvierten Personen zu beweisen. Die offene Formulierung im Durchsuchungsbefehl, wonach nach "sachdienlichen Hinweisen" zu suchen sei, zeige, dass der Staatsanwaltschaft nicht klar sei, welche Funde erhofft würden und welche Beweisrelevanz diese haben sollten. Für den Durchsuchungsbefehl seien konkrete Hinweise notwendig, wonach die angestrebten Funde für die Vorwürfe relevant sein könnten. Es fänden sich in den Akten keine Hinweise, wonach der Beschwerdeführer die Taten elektronisch festgehalten habe. Der Hinweis auf ein früheres Strafverfahren sei konstruiert. In jenem Verfahren (Nr. 2009/2170) sei es um Exhibitionismus gegangen. Die Fotos hätten damit nichts zu tun gehabt. Es habe sich um legale erotische Fotos gehandelt und nicht um Aufzeichnungen von exhibitionistischen Taten.

2.3 Gemäss Art. 246 StPO dürfen Schriftstücke, Ton-, Bild- und andere Aufzeichnungen, Datenträger sowie Anlagen zur Verarbeitung und Speicherung von Informationen durchsucht werden, wenn zu vermuten ist, dass sich darin Informationen befinden, die der Beschlagnahme unterliegen.

Bei der Durchsuchung handelt es sich um eine Zwangsmassnahme. Sie greift in Grundrechte des Betroffenen ein und soll der Sicherung von Beweisen dienen (Art. 196 lit. a StPO; vgl. dazu Urteil 6B_307/2012 vom 14. Februar 2013 E. 1.4). Gemäss Art. 197 Abs. 1 StPO können Zwangsmassnahmen nur ergriffen werden, wenn: a) sie gesetzlich vorgesehen sind; b) ein hinreichender Tatverdacht vorliegt; c) die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können; d) die Bedeutung der Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt.

Eine unzulässige Beweisausforschung (sog. "Fishing-Expedition") liegt vor, wenn einer Zwangsmassnahme kein genügender Tatverdacht zugrunde liegt, sondern aufs Geratewohl (planlos) Beweisaufnahmen getätigt werden. Aus Beweisausforschungen resultierende Ergebnisse sind nicht verwertbar (BGE 137 I 218 E. 2.3.2 mit Hinweisen; Urteil 6B_307/2012 vom 14. Februar 2013 E. 2.1).

3.

3.1 Im Gegensatz zum erkennenden Sachrichter ist im vorliegenden Verfahren bei der Überprüfung der Verdachtsgründe keine erschöpfende Abwägung sämtlicher belastender und entlastender Beweisergebnisse vorzunehmen. Macht eine von Zwangsmassnahmen betroffene Person geltend, es fehle am hinreichenden Tatverdacht, ist zu prüfen, ob aufgrund der bisherigen Untersuchungsergebnisse genügend konkrete Anhaltspunkte für eine Straftat und eine Beteiligung der beschuldigten Person an dieser Tat vorliegen, die Justizbehörden somit das Bestehen eines hinreichenden Tatverdachts mit vertretbaren Gründen bejahen durften. Im Vorverfahren genügt dabei der Nachweis von konkreten Verdachtsmomenten, wonach das untersuchte Verhalten mit erheblicher Wahrscheinlichkeit die fraglichen Tatbestandsmerkmale erfüllen könnte (vgl. Urteil 1B_713/2012 vom 21. Mai 2013 E. 3.1 mit Hinweisen).

3.2 Der Beschwerdeführer bestreitet den Tatverdacht bezüglich des Vorfalls vom 17. Mai 2013 nicht. Es kann dazu auf die Verfügung vom 20. Mai 2013 des Zwangsmassnahmengerichts des Bezirksgerichts Zürich betreffend Untersuchungshaft verwiesen werden.

3.3 Bezüglich des Vorfalls vom 1. April 2013 hat das Zwangsmassnahmengericht des Bezirksgerichts Zürich in der Verfügung vom 20. Mai 2013 (betreffend Untersuchungshaft) den dringenden Tatverdacht verneint. Daraus lässt sich entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht ohne Weiteres die Unzulässigkeit der angefochtenen Verfügung ableiten. Die Anordnung der Untersuchungshaft setzt einen dringenden Tatverdacht voraus (vgl. Art. 221 Abs. 1 StPO). Zur Anordnung der Durchsuchung genügt ein hinreichender Tatverdacht.

Im Rapport der Kantonspolizei Zürich vom 18. Mai 2013 wird auf das ungeklärte Delikt vom 1. April 2013 hingewiesen. Der Täter habe fotografiert, aber nicht identifiziert werden können. Das Büro des Beschwerdeführers befinde sich ca. 700m und sein zweiter Wohnsitz 290m vom Tatort entfernt. Der Beschwerdeführer komme für dieses Delikt in Frage. Er bestreite aber, etwas mit dem Vorfall zu tun zu haben.

Es gibt keine Hinweise in den Akten, wonach der Beschwerdeführer etwas mit der Tat vom 1. April 2013 zu tun haben könnte. Er ist nach den Angaben der Polizei auf dem Foto, auf dem der Täter abgebildet sein soll, nicht identifizierbar. Dass der Beschwerdeführer wegen Exhibitionismus (vgl. Urk. 10) und wegen sexuellen Handlungen mit Kindern (vgl. Urk. 11) vorbestraft ist und in der Nähe des Tatorts wohnt, begründet zwar einen gewissen Verdacht. Die Anhaltspunkte sind jedoch nicht genügend konkret, um dem Beschwerdeführer eine Beteiligung am Vorfall vom 1. April 2013 vorzuwerfen. Der hinreichende Tatverdacht ist (derzeit) insofern zu verneinen.

3.4 Zusammenfassend ist der hinreichende Tatverdacht bezüglich des Exhibitionismus zu bejahen und bezüglich der sexuellen Handlungen mit einem Kind zu verneinen.

4.

4.1 Das Verhältnismässigkeitsprinzip besagt, dass die Massnahme geeignet und erforderlich sein muss, um ihr angestrebtes Ziel zu erreichen. Eine strafprozessuale Zwangsmassnahme ist dem Betroffenen nicht zumutbar, wenn die Bedeutung der Straftat sie nicht rechtfertigt und kein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel der Massnahme und dem Eingriff, den sie für den Betroffenen bewirkt, gewahrt wird (vgl. Urteil 1B_570/2012 vom 25. März 2013 E. 6.1).

4.2 Die Durchsuchung der sichergestellten Datenträger ist nicht geeignet, um den Vorwurf des Exhibitionismus zu beweisen. Es gibt keine Hinweise, wonach der Beschwerdeführer die Tat mit einem Aufnahmegerät festgehalten oder unter Verwendung der Datenträger Kontakt zu Opfern hergestellt haben soll. Dass dies nicht ausgeschlossen werden kann, wie die Staatsanwaltschaft geltend macht, trifft zwar zu. Die bisher befragten Personen, haben aber diesbezüglich keine Angaben gemacht. Der Hinweis der Staatsanwaltschaft auf die im Verfahren gegen den Beschwerdeführer im Jahr 2009 sichergestellten Fotos geht fehl. In jenem Verfahren wurde der Beschwerdeführer wegen mehrfachen Exhibitionismus bestraft (Urk. 10). Die damals sichergestellten Datenträger wurden ausgewertet. Dabei fanden sich keine Verdachtsmomente in Bezug auf

die Tatbestände Pornografie oder sexuellen Handlungen mit Kindern (vgl. Urk. 10/2 S. 4). Der Beschwerdeführer wurde in der Folge nicht wegen derartiger Delikte bestraft. Demnach handelte es sich bei den Fotos, auf welche die Staatsanwaltschaft Bezug nimmt und die in den Akten nicht (mehr) vorhanden sind, um legale pornografische Darstellungen. Diese vermögen keinen Hinweis darauf zu geben, dass der Beschwerdeführer die ihm vorgeworfene Tat auf einem Datenträger festgehalten haben könnte. Es besteht mithin (derzeit) auch kein Verdacht, der Beschwerdeführer habe sich der Pornografie schuldig gemacht.

4.3 Unter Würdigung der gesamten Umstände erweist sich die Durchsuchung der sichergestellten Datenträger als unverhältnismässig. Die Beschwerde ist begründet.

5. Die Beschwerde ist gutzuheissen und die angefochtene Verfügung aufzuheben. Der Beschwerdeführer obsiegt. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 StPO).

Der Beschwerdeführer hat Anspruch auf eine angemessene Entschädigung aus der Gerichtskasse für seine Aufwendungen im Beschwerdeverfahren (Art. 436 Abs. 2 StPO). Er hat sich durch einen Anwalt vertreten lassen (vgl. Urk. 2). Der Beizug eines Anwalts war unter den gegebenen Umständen für das Beschwerdeverfahren geboten. Die Höhe der Entschädigung richtet sich nach der Verordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 über die Anwaltsgebühren (AnwGebV; LS ZH 215.3). Angesichts der Verantwortung und des notwendigen Zeitaufwands des Anwalts sowie der Bedeutung und Schwierigkeit des Falls ist die Entschädigung auf Fr. 900.-- zuzüglich 8% Mehrwertsteuer festzusetzen (§ 2 und § 19 Abs. 1 AnwGebV).

Es wird beschlossen:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Durchsuchungsbefehl der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 22. Mai 2013 (Unt.-Nr. B-6/2013/449) aufgehoben.

2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Der Beschwerdeführer wird für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 972.-- aus der Gerichtskasse entschädigt.
4. Schriftliche Mitteilung an:
 - Rechtsanwalt lic. iur. X._____, zweifach, für sich und den Beschwerdeführer, per Gerichtsurkunde
 - die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich, ad B-6/2013/449, unter Rücksendung der eingereichten Akten, gegen Empfangsbestätigung
5. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden. Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang an gerechnet, bei der Ersten öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen. Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerde Voraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Zürich, 29. Juli 2013

Obergericht des Kantons Zürich
III. Strafkammer

Präsident:

Gerichtsschreiber:

lic. iur. Th. Meyer

Dr. iur. S. Christen