

Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: UH130229-O/U/KIE

Mitwirkend: der Oberrichter lic. iur. Th. Meyer, Präsident, der Ersatzoberrichter lic. iur. A. Schärer und die Ersatzoberrichterin lic. iur. J. Haus Stebler sowie der Gerichtsschreiber Dr. iur. J. Hürlimann

Beschluss vom 12. Dezember 2013

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführer

verteidigt durch Rechtsanwalt MLaw X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich,

Beschwerdegegnerin

betreffend **Beschlagnahme**

Beschwerde gegen die Verfügung der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich vom 25. Juni 2013, A-1/2012/582

Erwägungen:

1. Die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich führt gegen A. _____ (Beschwerdeführer) eine Strafuntersuchung betreffend unbefugte Datenbeschaffung etc. Der Beschwerdeführer steht im Verdacht, Kundendaten, in deren Besitz er im Zusammenhang mit seiner früheren Berufstätigkeit bei der B. _____ [Bank] gelangt sei, unter einem Decknamen anderen Banken angeboten zu haben. Die Staatsanwaltschaft liess das Telefon und den elektronischen Postdienst, Internetzugang und Internetverkehr des Beschwerdeführers überwachen. Ob und wie weit diese Überwachungsmassnahmen zulässig waren, ist Gegenstand eines zur Zeit an der III. Strafkammer des Obergerichts hängigen Beschwerdeverfahrens (UH130228).

Die Überwachung führte zu einem Zufallsfund, nämlich zum Verdacht, der Beschwerdeführer habe unerlaubte pornografische Angebote im Internet konsumiert. Anlässlich der Hausdurchsuchung vom 20. März 2013 am Wohnort des Beschwerdeführers wurden elektronische Gerätschaften und Datenträger sichergestellt. Mit Verfügung vom 25. Juni 2013 beschlagnahmte die Staatsanwaltschaft eine Festplatte und zwei USB Memory Sticks (Urk. 3/1 = Urk. 7/060124).

Mit Eingabe vom 12. Juli 2013 erhob der Beschwerdeführer bei der III. Strafkammer des Obergerichts Beschwerde mit den Anträgen, es seien die Beschlagnahmeverfügung vom 25. Juni 2013 aufzuheben und die beschlagnahmten Datenträger dem Beschwerdeführer nach erfolgter Spiegelung derselben und anschliessender Löschung der mutmasslich inkriminierten Daten auszuhändigen. Eventualiter seien dem Beschwerdeführer Spiegelungen (Kopien) der beschlagnahmten Datenträger nach Löschung der mutmasslich inkriminierten Daten auszuhändigen (Urk.2 S. 2). Die Staatsanwaltschaft beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 12. August 2013, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen (Urk. 8 S. 2). In seiner Replik vom 29. August 2013 hielt der Beschwerdeführer materiell an seinem Standpunkt fest und wehrte sich gegen den Antrag der Staatsanwaltschaft auf Nichteintreten (Urk. 12). Die Staatsanwaltschaft hielt in ihrer Duplik vom 10. September 2013 an ihren Anträgen und Standpunkten fest (Urk. 16).

2. a) Mit Schreiben vom 21. Mai 2013 teilte die Staatsanwaltschaft dem Beschwerdeführer mit, sie gewähre ihm die Herausgabe seiner persönlichen Dateien in Kopie. Das Erstellen der Kopien sei allerdings aufwändig und könne, um Manipulationen zu verhindern, nur durch von der Staatsanwaltschaft bestimmte Fachleute erfolgen. Dies sei einstweilen nur auf Kosten des Beschwerdeführers möglich. Die Staatsanwaltschaft nannte folgende Regeln:

- Persönliche Daten beinhalten keine Programm- oder Systemdateien, sondern beziehen sich lediglich auf Text-, Bild-, Ton- sowie Videodokumente, welche nicht Teil des Verfahrens waren/sind und nicht gegen geltendes Recht verstossen.
- Die anspruchsberechtigten Dateien werden nur gegen Verrechnung der Aufwendungen und Barzahlung bei Abholung ausgehändigt.

Dieses Schreiben war mit einer Rechtsmittelbelehrung (Beschwerde bei der III. Strafkammer des Obergerichts nach Art. 393 ff. StPO) versehen (Urk. 3/2).

Die Staatsanwaltschaft hält deshalb dafür, auf die vorliegende Beschwerde gegen die Verfügung vom 25. Juni 2013 sei nicht einzutreten. Aus dem Gesamtzusammenhang gesehen bringe das Schreiben vom 21. Mai 2013 unmissverständlich den abschlägigen Entscheid zum Ausdruck, die nur selektiv gereinigten Datenträger herauszugeben. Es handle sich der Sache nach um eine Verfügung, die folgerichtig auch eine Rechtsmittelbelehrung enthalte. Die Rechtsmittelfrist sei ungenutzt abgelaufen (Urk. 8 S. 3 f. Ziff. 3). Die Staatsanwaltschaft führt fort, sie habe nach einem Telefongespräch mit dem amtlichen Verteidiger die vorliegend angefochtene Beschlagnahmeverfügung erlassen, in welcher die drei kontaminierten Datenträger sowie die massgeblichen Gesetzesbestimmungen genau bezeichnet worden seien. Zwar gehe bereits aus dem Schreiben "Freigabe von Datenkopien" (vom 21. Mai 2013) implizit hervor, dass die kontaminierten Datenträger beschlagnahmt würden. Auch bestehe angesichts der Vorgeschichte kein Zweifel, dass der Beschwerdeführer erkannt habe, auf welche Datenträger sich dieses Schreiben beziehe. Doch habe es der guten Ordnung halber als geboten erschie-

nen, zusätzlich eine herkömmliche Beschlagnahmeverfügung zu erlassen (Urk. 8 S. 4 Ziff. 4).

Der Beschwerdeführer hält fest, die von der Staatsanwaltschaft angeführte Verfügung (Schreiben vom 21. Mai 2013) sei der Verteidigung zwar am 24. Mai 2013 zugestellt worden, die mit Schreiben vom 14. Mai 2013 beantragte Akteneinsicht sei aber erst am 4. Juni 2013 gewährt worden. Es sei deshalb der Verteidigung mangels Aktenkenntnis nicht möglich gewesen, innert zehn Tagen begründet Beschwerde zu führen. Im Übrigen richte sich die eingereichte Beschwerde gegen die Beschlagnahmeverfügung und nicht gegen die Verfügung "Freigabe von Datenkopien" (vom 21. Mai 2013), welche eine Beschlagnahmeverfügung nicht zu ersetzen vermöge. Dass sich die Beschwerde gegen die Beschlagnahme richtet, lasse sich auch dem gestellten Rechtsbegehren entnehmen. Der Beschwerdeführer wende sich gegen die Beschlagnahme und verlange die beschlagnahmten Datenträger (ohne die mutmasslich inkriminierten Daten) heraus. Im Eventualbegehren lasse er erkennen, dass ihm auch eine Kopie (Spiegelung) derselben genügen würde (Urk. 12 S. 2 Ziff. 2 - 5).

b) Das Vorgehen der Staatsanwaltschaft, zuerst über die Freigabe von Datenkopien "ab den im Verfahren [zu] beschlagnahmenden Datenträgern" zu befinden (Verfügung vom 21. Mai 2013, Urk. 3/2) und erst in einem zweiten Schritt formell drei genau bezeichnete Datenträger zu beschlagnahmen (angefochtene Verfügung vom 25. Juni 2013, Urk. 3/1) ist unkonventionell. Anlässlich der Hausdurchsuchungen vom 20. März 2013 wurde eine grössere Zahl von Datenträgern sichergestellt (vgl. Protokolle der Hausdurchsuchungen, Urk. 7/060107 f. und 7/060309). Am 26. April 2013 und am 13. Mai 2013 wurden verschiedene sichergestellte Gegenstände, worunter auch die meisten Datenträger, dem Beschwerdeführer wieder ausgehändigt (Urk. 7/060111-060113 und 060114 f.). Der "Transportschein mit Empfangsbestätigung" vom 26. April 2013, welcher vom Beschwerdeführer unterzeichnet ist, enthält die Bemerkung, es seien drei Datenträger, nämlich eine Harddisk und zwei USB-Sticks sichergestellt worden. Die Verfügung der Staatsanwaltschaft "Freigabe von Datenkopien" erfolgte am 21. Mai 2013, also nach der Rückgabe der Mehrzahl der Datenträger. Es ist deshalb klar

ersichtlich, dass sich diese Verfügung auf die nicht herausgegebenen Datenträger, die Harddisk und die zwei USB-Sticks, bezieht, auch wenn deren Beschlagnahme formell erst mit der angefochtenen Verfügung vom 25. Juni 2013 erfolgte.

Aus der Verfügung vom 21. Mai 2013 ergibt sich klar, dass die Staatsanwaltschaft nicht bereit ist, für die Dauer des Strafverfahrens sichergestellte bzw. beschlagnahmte Datenträger durch Datenkopien irgendwelcher Art zu ersetzen und die Datenträger (nach Löschung der Pornografie oder andere gesetzeswidrige Inhalte enthaltenden Dateien) herauszugeben. Wäre der Beschwerdeführer mit dem aufgezeigten Vorgehen - Herstellung und Aushändigung von Datenkopien entsprechend einem Auftrag und auf Kosten des Beschwerdeführers - nicht einverstanden gewesen, so hätte er die Verfügung vom 21. Mai 2013 anfechten müssen. Daran ändert nichts, dass dem Beschwerdeführer erst am 4. Juni 2013 und damit nach Ablauf der Rechtsmittelfrist Akteneinsicht gewährt wurde. Aufgrund der Verfügung vom 21. Mai 2013 und dem zumindest in den Grundzügen vorhandenen Wissen über den bisherigen Verfahrensverlauf wäre es dem Beschwerdeführer und seinem Verteidiger möglich gewesen, innert der Rechtsmittelfrist zumindest eine rudimentäre Beschwerdeschrift zu erstellen und einzureichen, dies mit dem Antrag verbunden, ihm Gelegenheit einzuräumen, sich im Lauf des Beschwerdeverfahrens nochmals ergänzend zu äussern.

Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens kann grundsätzlich nur noch sein, ob die Staatsanwaltschaft mit der angefochtenen Verfügung vom 25. Juni 2013 zu Recht die anlässlich der Hausdurchsuchung sichergestellte Harddisk und die gleichzeitig sichergestellten beiden USB-Sticks beschlagnahmte.

3. a) Der Beschwerdeführer anerkennt, dass den betroffenen Datenträgern Beweiswert zukommen könne, macht jedoch geltend, dieser Beweiswert betreffe nicht die Datenträger selbst, sondern die darauf gespeicherten Dateien. In der Regel käme dabei nur einzelnen Dateien Beweiswert zu, während die meisten für das Strafverfahren unerheblich seien. Auch betreffe der Beweiswert nicht Programm- und Systemdateien, was jedenfalls soweit gelte, als es sich um gewöhnli-

che, auf dem Markt erhältliche Software handle. Für die Beweissicherung genügen in den meisten Fällen Kopien (Urk. 2 S. 4 f. Ziff. 10 f.).

Mit Bezug auf die Beschlagnahme zwecks Einziehung macht der Beschwerdeführer geltend, es müsse bereits anlässlich der Beschlagnahme eine hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass für die fraglichen Objekte das Prinzip der Subsidiarität (Erforderlichkeit) zu wahren sei. Bei Datenträgern seien einzig die deliktischen Daten unwiederherstellbar zu löschen, dem Beschuldigten aber anschliessend die Datenträger samt Kopien der darauf enthaltenen legalen Daten wieder zurückzugeben. Da somit die Einziehung der Datenträger, der Programmdateien sowie der nicht verdächtigen Daten zum vornherein nicht in Betracht komme, habe eine Beschlagnahme diesbezüglich zu unterbleiben. Die Staatsanwaltschaft habe deshalb die Datenträger inklusive sämtlichen nicht verdächtigen Daten (oder Kopien davon) herauszugeben (Urk. 2 S. 5 f. Ziff. 12 - 14).

Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, das öffentliche Interesse an der Beschlagnahme müsse das private Interesse des Beschuldigten (Eigentumsgarantie, Schutz der Privatsphäre, Wirtschaftsfreiheit, usw.) überwiegen. Zur Gewichtung des öffentlichen Interesses seien die Schwere der abzuklärenden Straftat, die voraussichtliche Strafe sowie die Stärke des Tatverdachts massgebend. Vorliegend stehe die Beschlagnahme im Zusammenhang mit verbotener Pornografie. Dabei handle es sich um einen ausserordentlich leichten Fall. Es stehe vorliegend somit eine bedingte, tiefe Geldstrafe zur Diskussion. Bei den Interessen des Beschuldigten wiegten vorliegend die persönlichen Aufzeichnungen (private Korrespondenz, Familienfotos) besonders schwer. Unlängst sei entschieden worden, dass bei einer nicht allzu wichtigen Strafsache beispielsweise Tagebücher nicht beschlagnahmt werden dürften. Auch die Einschränkung der geschäftlichen, wissenschaftlichen Tätigkeit des Beschwerdeführers als Autor sei in die Interessenabwägung mit einzubeziehen. In Abwägung der aufgeführten Interessen möge sich zwar die Löschung pornografischer Daten rechtfertigen, nicht aber die Beschlagnahme der Datenträger und sämtlicher privater Daten (Urk. 2 S. 6 f. Ziff. 15 - 18).

b) Die Staatsanwaltschaft hält fest, es sei zwar richtig, dass die Gerichte oft Kopien ab sichergestellten Datenträgern als genügende Beweismittel anerkennen. Mit Papieren verhalte es sich gleich. Die Beweisführung mit Kopien sei indessen stets mit einem zusätzlichen Risiko belastet. Gerade wenn es um physikalisch-technische Analysen gehe - bei Papieren durch das Urkundenlabor, bei Datenträgern durch IT-Spezialisten, obliege es letztlich den Sachverständigen zu beurteilen, ob das Original erforderlich sei oder eine Kopie genüge. Der Beweiszweck des Originals bleibe grundsätzlich bis zur rechtskräftigen Erledigung des Strafverfahrens erhalten. Bei der angefochtenen Beschlagnahmeverfügung gehe es abgesehen davon nicht um die Beweisführung, sondern um die Vorsorge für eine Sicherungseinziehung. Es bestehe eine hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass die beschlagnahmten Datenträger eingezogen würden, da alle in Art. 69 StGB beschriebenen Voraussetzungen erfüllt seien. Auf den Datenträgern befänden sich Inhalte, die unter dem Gesichtspunkt von Art. 197 Ziff. 3 und 3^{bis} StGB verboten seien. Es handle sich hauptsächlich um die Darstellung von sexuellen Handlungen mit Ausscheidungen, aber auch um sexuelle Handlungen mit Gewalttätigkeiten. Demnach seien die Datenträger dafür verwendet worden, diese Inhalte zu lagern bzw. den Besitz daran zu vermitteln. Somit hätten sie zur Begehung einer Straftat gedient. Dabei sei es für die Einziehung unerheblich, ob der Beschwerdeführer oder sonst jemand dieser Straftat überführt werden könne. Die verbotenen Inhalte befänden sich auch im jetzigen Zeitpunkt auf diesen Datenträgern. Also gefährdeten die Datenträger die Sittlichkeit. Sie kämen deshalb zur Einziehung in Frage (Urk. 8 S. 5 f. Ziff. 8 - 10).

Die Staatsanwaltschaft weist weiter auf ein technisches Problem hin. Eine selektive Löschung sei nicht möglich. Werde eine Datei auf dem Computer "gelöscht" (so dass sie auch im Papierkorb nicht mehr vorhanden sei), habe dies zur Folge, dass die Verbindung der Datei zur normalen Benutzeroberfläche beseitigt und die Überschreibungssperre für den von der Datei belegten Speicherplatz aufgehoben werde. Die Datei belege deshalb vorläufig weiterhin ihren Speicherplatz und könne wieder hergestellt werden. Ob und wann dieser Speicherplatz anderweitig verwendet und die Datei überschrieben und definitiv gelöscht werde, sei von vielen Zufälligkeiten abhängig. Auch bei teilweiser Überschreibung könne die Wider-

herstellung möglich bleiben. Die Überschreibung sei in der Regel die Folge eines längeren und intensiven Gebrauchs. Daraus folge, dass der Datenträger, von dem mit riesigem Aufwand alle verbotenen Inhalte manuell entfernt worden seien, weiterhin mit diesen Inhalten belastet bleibe. Bis heute könnten Inhalte nur dadurch verlässlich von einem Datenträger entfernt werden, dass dieser vollständig gelöscht werde, und zwar entsprechend der im militärischen Bereich vorgeschriebenen Sicherheit in mehreren Durchgängen mit Spurverschiebung. Entgegen der Sachdarstellung im (sowohl vom Beschwerdeführer wie auch von der Staatsanwaltschaft mit leicht fehlerhafter Geschäftsnummer zitierten) Bundesgerichtsentcheid 6B_748/2008 vom 16. Februar 2009, Erw. 4.5.3 gewährleiste die bloße Neuformatierung des Datenträgers noch nicht, dass die Daten nicht wiederhergestellt werden könnten. Allein schon die technischen Grenzen der selektiven Löschung hätten zur Folge, dass nur der von der Staatsanwaltschaft eingeschlagene Weg zur Verfügung stehe, nämlich die Herausgabe von ausgewählten Dateien und vollständig gelöschten Datenträgern. Denn auch das Bundesgericht habe im zitierten Entscheid hervor, dass die deliktischen Daten vor der Herausgabe der Datenträger "unwiederherstellbar" gelöscht werden müssten (Urk. 8 S. 9 f. Ziff. 17 f.).

c) Die eben wiedergegebenen technischen Ausführungen der Staatsanwaltschaft werden vom Beschwerdeführer in dessen Replik nicht bestritten oder in Frage gestellt (Urk. 12 S. 4 Ziff. 15). Sie entsprechen auch dem technischen Wissenstand der III. Strafkammer.

Es ist letztlich dem Sachrichter zu überlassen, ob er sich bei seiner Entscheidungsfindung auf die in den Akten befindlichen Berichte der Polizei und die diesbezüglichen Aussagen des Beschwerdeführers stützen will oder ob er - allenfalls unter Beizug von Spezialisten - direkt auf die Datenträger Zugriff nehmen will. Es ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass die Staatsanwaltschaft die entsprechenden Datenträger beschlagnahmte, damit diese nötigenfalls als Beweismittel zur Verfügung stehen.

Es wird weiter Aufgabe des Sachrichters sein, darüber zu befinden, ob die beschlagnahmten Datenträger eingezogen werden oder ob und unter welchen Be-

dingungen sie nach rechtskräftigem Abschluss des Strafverfahrens dem Beschwerdeführer ausgehändigt werden sollen. Im Fall einer Herausgabe der Datenträger wird der Sachrichter auch darüber zu befinden haben, ob und wie weit Schutzvorkehrungen zu treffen sind, welche die Wiederherstellung der rechtswidrigen Dateien verunmöglichen oder zumindest so massiv erschweren, dass eine Wiederherstellung praktisch nicht erfolgen wird.

Der Beschwerdeführer hat gestützt auf die Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 21. Mai 2013 ("Freigabe von Datenkopien", Urk. 3/2) die Möglichkeit, sich von legalen Daten Kopien erstellen zu lassen. Den Interessen des Beschwerdeführers, was persönliche Aufzeichnungen (private Korrespondenz, Familienfotos), aber auch seine geschäftliche und wissenschaftliche Tätigkeit als Autor angeht, wird damit Rechnung getragen. Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, die Programm- und Systemdateien auf den betroffenen Datenträgern seien derart einmalig, dass sie nicht mit üblicher, auf dem Markt erhältlicher Software und mit mässigem Aufwand kopiert werden könnten. Die Beschlagnahme der drei Datenträger verstösst deshalb nicht gegen das Gebot der Verhältnismässigkeit.

4. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann.

Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen hat im Endentscheid zu erfolgen (Art. 421 Abs. 1 StPO). Ebenfalls wird im Endentscheid darüber zu befinden sein, ob dem Beschwerdeführer für die teilweise unzulässige Überwachung eine Genugtuung zuzusprechen sei (vgl. Antrag 3 der Beschwerde).

Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren ist zuhanden der das Strafverfahren abschliessenden Strafbehörde in Beachtung der Bemessungskriterien von § 2 Abs. 1 lit. b-d GebV OG (Bedeutung des Falls, Zeitaufwand des Gerichts, Schwierigkeit des Falls) und gestützt auf § 17 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 600.-- festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 600.-- festgesetzt.
3. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen erfolgt im Endentscheid.
4. Schriftliche Mitteilung an:
 - Rechtsanwalt MLaw X._____, zweifach, für sich und zuhanden des Beschwerdeführers, per Gerichtsurkunde
 - die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich, ad A-1/2012/582, unter Rücksendung der beigezogenen Akten (Urk. 7), gegen Empfangsbestätigungsowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. nach Erledigung allfälliger Rechtsmittel:
 - an die Zentrale Inkassostelle der Gerichte (elektronisch)
5. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes **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 Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Zürich, 12. Dezember 2013

Obergericht des Kantons Zürich
III. Strafkammer

Präsident:

Gerichtsschreiber:

lic. iur. Th. Meyer

Dr. iur. J. Hürlimann