

# Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: UH160068-O/U/BEE

Mitwirkend: die Obergerichter lic. iur. Th. Meyer, Präsident, und lic. iur. W. Meyer,  
Ersatzoberrichter lic. iur. A. Schärer sowie Gerichtsschreiber  
lic. iur. C. Tschurr

## Beschluss vom 25. April 2016

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beschwerdeführer

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin Dr. X. \_\_\_\_\_

gegen

**Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,**

Beschwerdegegnerin

betreffend **Beweisantrag**

**Beschwerde gegen die Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons  
Zürich vom 7. März 2016, B-2/2016/10001681**

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich (Beschwerdegegnerin im vorliegenden Verfahren, nachfolgend nur noch bezeichnet als Staatsanwaltschaft) führt eine Strafuntersuchung gegen A.\_\_\_\_\_ (Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren) wegen sexueller Handlungen mit einem Kind (Urk. 9 [Akten der Staatsanwaltschaft B-2/2016/10001681]). Dem Beschwerdeführer wird gestützt auf die Belastungen seiner Tochter B'.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2001 (nachfolgend nur noch bezeichnet als B.\_\_\_\_\_), vorgeworfen, sie ab September 2014 (Urk. 9/1/1 S. 3) über den Zeitraum von ca. einviertel Jahren immer wieder in der Wohnung an der ... [Adresse] sexuell massiv missbraucht zu haben (Urk. 9/15/6/1 S. 2, 9/15/6/3 S. 2). Er bestreitet diese Vorwürfe (Urk. 9/5/1 - Urk. 9/5/3, Urk. 2 S. 7).

2. Der Beschwerdeführer war am 14. Januar 2016 verhaftet (Urk. 9/15/2) und ist vom Haftrichter am 5. April 2016 in Gutheissung eines Haftentlassungsgesuches unter Anordnung von Ersatzmassnahmen, so einem Verbot, mit B.\_\_\_\_\_ in irgendeiner Weise Kontakt aufzunehmen oder aufnehmen zu lassen, aus der Haft entlassen worden (Urk. 9/15/6/9).

3. Mit Eingabe vom 10. Februar 2016 stellte die amtliche Verteidigerin bei der Staatsanwaltschaft die Beweisanträge, es seien das von B.\_\_\_\_\_ im mutmasslichen Zeitraum benutzte Mobiltelefon mit der dazugehörigen SIM-Karte und der von ihr benutzte Laptop sicherzustellen und auszuwerten (Urk. 9/11/5 = Urk. 3/2 S. 3 f.). Mit Verfügung vom 7. März 2016 wies die Staatsanwaltschaft diesen Beweisantrag ab (Urk. 9/11/6 = Urk. 3/1). Gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 21. März 2016 bei der hiesigen Kammer eine Beschwerde ein mit den Anträgen, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, der Beweisantrag vom 10. Februar 2016 zur Sicherstellung und Auswertung des von B.\_\_\_\_\_ im mutmasslichen Zeitraum benutzten Mobiltelefons (mit SIM-Karte) sei gutzuheissen und die Staatsanwaltschaft sei anzuweisen, dieses Beweismittel

unverzüglich sicherzustellen, zu beschlagnahmen und auszuwerten (Urk. 2 S. 2; der Laptop bildet nicht Gegenstand der Beschwerde [Urk. 2 S. 2 f.]).

Die Staatsanwaltschaft beantragte unter Verzicht auf eine Vernehmlassung die Abweisung der Beschwerde (Urk. 8). Die Sache ist spruchreif.

## II.

1. Die angefochtene Verfügung wurde dem Beschwerdeführer am 9. März 2016 zugestellt (Urk. 9/11/9). Die am Montag, 21. März 2016 zur Post gegebene Beschwerde (Urk. 4) erfolgte innert der 10-tägigen Frist gemäss Art. 396 Abs. 1 StPO (Art. 90 f. StPO) und ist rechtzeitig.

2. Die Staatsanwaltschaft erklärte in der angefochtenen Verfügung, gegen diese sei gemäss Art. 318 Abs. 3 StPO kein Rechtsmittel zulässig (Urk. 3/1 S. 2). Der Beschwerdeführer macht geltend, es liege kein Anwendungsfall von Art. 318 StPO vor, weil die Untersuchung noch gar nicht abgeschlossen sei. Im Übrigen sei nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung selbst im Anwendungsbereich von Art. 318 StPO eine Beschwerde gegen eine Ablehnung von Beweisanträgen zulässig, wenn ein Beweisverlust drohe (Urk. 2 S. 4), was vorliegend der Fall sei (Urk. 2 S. 5 ff.).

3. Tatsächlich ist die Strafuntersuchung gegen den Beschwerdeführer noch nicht abgeschlossen. Art. 318 Abs. 3 StPO ist nicht anwendbar. Anwendbar sind die Art. 393 Abs. 1 lit. a und Art. 394 lit. b StPO. Demnach ist gegen die Ablehnung von Beweisanträgen durch die Staatsanwaltschaft eine Beschwerde (nur) zulässig, wenn der Antrag nicht ohne Rechtsnachteil vor dem erstinstanzlichen Gericht wiederholt werden kann.

4. Der Beschwerdeführer macht geltend, bei Ablehnung des Beweisantrags drohe ein Beweisverlust. Es müsse damit gerechnet werden, dass das Mobiltelefon von B.\_\_\_\_\_, das sie im fraglichen Zeitraum benutzt habe, ohne Sicherstellung verloren gehe, entsorgt oder veräussert werde, bevor das Verfahren vor dem erstinstanzlichen Gericht hängig werde und der Beweisantrag dort wiederholt

werden könne. C.\_\_\_\_\_, die Ehefrau des Beschwerdeführers und Stiefmutter von B.\_\_\_\_\_, habe mitgeteilt, dass B.\_\_\_\_\_ kurz nach Beginn der Strafuntersuchung einen neuen Mobiltelefonvertrag abgeschlossen habe, weil das bisherige Mobiltelefon defekt gewesen sei (Urk. 2 S. 6).

5. Nach der Rechtsprechung ist der in Art. 394 lit. b StPO genannte Rechtsnachteil gleichbedeutend mit dem nicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG. Von einem solchen Nachteil wird gesprochen, wenn dieser auch durch ein nachfolgendes günstiges Urteil nicht oder nicht mehr vollständig behoben werden kann. Dies ist im Zusammenhang mit der Ablehnung eines gestellten Beweisantrags der Fall, wenn ein Beweisverlust droht. Beispiele für einen Beweisverlust sind der Zeuge, der lebensbedrohlich erkrankt ist oder kurz vor der Ausschaffung in sein Heimatland steht, eine Unfallkreuzung, an welcher noch ein Augenschein durchgeführt werden soll, bevor sie umgebaut wird, oder der Ablauf der Aufbewahrungsfrist für Akten.

Der Nachweis eines solchen Nachteils bzw. Beweisverlusts obliegt nach dieser Rechtsprechung dem Beschwerdeführer, ansonsten auf die Beschwerde nicht einzutreten ist. Somit muss der Beschwerdeführer einerseits darlegen, weshalb der abgelehnte Beweisantrag für das Verfahren von entscheidender Bedeutung ist, und andererseits den Nachweis erbringen, dass ein Zuwarten mit der Beweisabnahme aller Voraussicht nach zu einem Beweisverlust führen würde (ZR 113 [2014] Nr. 87 S. 300, 302 f. E. 2.2 mit weiteren Hinweisen).

6. Nach den Aussagen von B.\_\_\_\_\_ waren bei den dem Beschwerdeführer vorgeworfenen sexuellen Taten in der Familienwohnung in ... nur sie und der Beschwerdeführer anwesend (Urk. 9/1/1 S. 3 f., Urk. 9/1/2 = Urk. 9/6/2). Weitere direkte Zeugen gab es demnach nicht. Der Beschwerdeführer bestreitet die Vorwürfe. Die Aussagen von B.\_\_\_\_\_ sind deshalb von entscheidender Bedeutung für dieses Strafverfahren.

6.1. Der Beschwerdeführer will mit den beantragten Beweismitteln beweisen, dass sich B.\_\_\_\_\_ vor der Anzeigenerstattung mit pornographischem Material und/oder sexuellen Praktiken befasst hat, dass sie bestrebt gewesen ist, ihre

Stiefmutter und ihren Vater auseinanderzubringen und dass sie einen Grund gesucht hat, nach Brasilien zurückgeschickt zu werden (Urk. 2 S. 9, Urk. 3/2 S. 3 f.). Diese Tatsachen belegten eine anderweitige Sexualisierung von B.\_\_\_\_\_, eine "Erfindungskompetenz", die Wahrscheinlichkeit, dass sie ihre Aussagen ohne Erlebnisgrundlage konstruiert habe und ein Motiv für eine falsche Belastung des Beschwerdeführers (Urk. 3/1 S. 4, Urk. 2 S. 7). Damit soll die Glaubhaftigkeit von B.\_\_\_\_\_'s belastenden Aussagen erschüttert werden. Der Beschwerdeführer bezeichnet deshalb B.\_\_\_\_\_'s Mobiltelefon als einen zentralen potentiellen Entlastungsbeweis (Urk. 2 S. 7).

6.2. Die beantragte Beweisabnahme betrifft damit nicht direkt eine Tatsache zum Schuld- oder Strafpunkt, sondern kann für die Beurteilung der Glaubhaftigkeit von B.\_\_\_\_\_'s Aussagen wichtig sein. Es handelt sich um sogenannte Hilfstatsachen, die für die Beurteilung des Werts oder der Beweiskraft eines Beweismittels von Bedeutung sind und damit durchaus auch rechtlich erheblich sein können (BGE 113 IV 77, 80 E. 3.a).

6.3. Die Staatsanwaltschaft misst solchen Hilfstatsachen auch im vorliegenden Verfahren durchaus auch eine Bedeutung zu:

C.\_\_\_\_\_ übergab der Staatsanwaltschaft einen USB-Stick und erklärte dazu, zu Hause sei ein USB-Stick herumgelegen. Sie habe reingeschaut. B.\_\_\_\_\_ habe auf diesen Stick ein Backup gemacht (offenkundig gemeint: ein Backup von den Daten ihres Mobiltelefons). Sie habe auf dem Smartphone nach den Begriffen "Dunkle Lust" oder ähnlich gesucht, vom Buch "Fifty Shades of Grey" per WhatsApp Fotos verschickt, den Film oder das Buch rot eingekreist. C.\_\_\_\_\_ habe auch diverse Fotos von Männern in aufreizender Pose gefunden, zwei Videos mit eindeutig sexuellem Hintergrund, einen Film mit dem Striptease eines Mannes, der am Schluss nackt dastehe. C.\_\_\_\_\_ habe B.\_\_\_\_\_ diesen Stick zurückgegeben, aber eine Kopie gemacht, welche sie einreichte (Urk. 9/7/2 S. 15 f.).

Mit der Erklärung, auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde zu verzichten, erklärte die Staatsanwaltschaft, dieser Datenstick sei zur Auswertung bei der Kantonspolizei Zürich (Urk. 8). Die Staatsanwaltschaft erachtet also die Daten auf

diesem Stick, die von B.\_\_\_\_\_ 's Mobiltelefon übertragen worden sein sollen, als möglicherweise relevant für das Strafverfahren. Diese Relevanz kann auch dem Mobiltelefon selber mit der zugehörigen SIM-Karte bzw. den darin enthaltenen Daten zukommen.

6.4. Sind die Aussagen von B.\_\_\_\_\_ von entscheidender Bedeutung für das Strafverfahren, kann auch den vom Beschwerdeführer angeführten Hilfsstatsachen für die Würdigung der Glaubhaftigkeit dieser Aussagen und damit dem Beweisantrag dafür entscheidende Bedeutung zukommen. Dieses Erfordernis der Rechtsprechung für die Zulässigkeit einer Beschwerde gegen die Ablehnung von Beweisanträgen ist erfüllt.

7. Der Beschwerdeführer begründete, weshalb ein Beweisverlust drohe, nämlich weil das fragliche Mobiltelefon mit SIM-Karte verloren gehen oder entsorgt werden könnte, bevor er seinen diesbezüglichen Beweisantrag vor einem erstinstanzlichen Gericht wiederholen könne (Urk. 2 S. 5). Dass diese Möglichkeit nicht nur theoretisch vorhanden ist, sondern auch praktisch tatsächlich droht, machte der Beschwerdeführer mit der Darstellung glaubhaft, B.\_\_\_\_\_ habe einen neuen Mobiltelefonvertrag abgeschlossen, weil das bisherige - streitgegenständliche - Mobiltelefon defekt gewesen sei (Urk. 2 S. 6). Mehr kann vom Beschwerdeführer, der keinen Kontakt mit B.\_\_\_\_\_ aufnehmen darf (Urk. 9/15/6/9), diesbezüglich nicht verlangt werden. Er hat damit den Nachweis erbracht, dass bei Zuwarten mit der Beweisabnahme bzw. der Sicherstellung (vgl. nachfolgend Erw. III.5) ein Beweisverlust droht. Auch dieses Erfordernis der Rechtsprechung für die Zulässigkeit einer Beschwerde gegen die Ablehnung von Beweisanträgen ist erfüllt. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### III.

1. Die Parteien haben das Recht, Beweisanträge zu stellen (Art. 107 Abs. 1 lit. e StPO). Das rechtliche Gehör umfasst das Recht der Parteien, die für die Beurteilung bedeutsamen Beweise nennen zu können, und die Pflicht der Behörden,

rechtzeitig, formgerecht gestellte und erhebliche Anträge zu berücksichtigen (BSK StPO-Vest/Horber, N 34 zu Art. 107).

2. Über Tatsachen, die unerheblich, offenkundig, der Strafbehörde bekannt oder bereits rechtsgenügend erwiesen sind, wird nicht Beweis geführt (Art. 139 Abs. 2 StPO). Die Staatsanwaltschaft darf (grundsätzlich nur) solche Beweisanträge ablehnen.

Die Staatsanwaltschaft verwies in der Begründung der angefochtenen Verfügung auf diesen Grundsatz, wenn auch unter einer anderen gesetzlichen Bestimmung (nämlich Art. 318 Abs. 2 StPO; Urk. 3/1 S. 1 Erw. 2). Anschliessend hielt die Staatsanwaltschaft fest, dass B.\_\_\_\_\_ nicht Beschuldigte, sondern Opfer sei, wobei die gestellten Beweisanträge nicht geeignet seien, hinsichtlich der im Raume stehenden Vorwürfe entlastend zu wirken (Urk. 3/1 S. 2 Erw. 3).

3. Beim Beweisantrag geht es vorab um die Sicherstellung des Mobiltelefons mit SIM-Karte. Es ist nicht ersichtlich, welche Bedeutung der Umstand, dass B.\_\_\_\_\_ nicht Beschuldigte, sondern Opfer ist, dabei hat. Der Beschwerdeführer macht zu Recht geltend, dass Beweismittel auch bei einem Opfer sichergestellt werden können (Urk. 2 S. 9 f.; vgl. Art. 246 f., Art. 263 - 265 StPO).

4. Die Staatsanwaltschaft erläuterte nicht, weshalb die gestellten Beweisanträge nicht geeignet seien, hinsichtlich der im Raume stehenden Vorwürfe entlastend zu wirken. Das ist auch nicht ersichtlich. Zwar wirkte es, wenn die im Raume stehenden Vorwürfe erstellt wären, kaum entlastend, wenn sich B.\_\_\_\_\_ vor der Anzeigerstattung mit pornographischem Material und/oder sexuellen Praktiken befasst hätte, wenn sie bestrebt gewesen wäre, ihre Stiefmutter und ihren Vater auseinanderzubringen oder wenn sie einen Grund gesucht hätte, nach Brasilien zurückgeschickt zu werden. Bei der Frage, ob die im Raum stehenden Vorwürfe erstellt sind, können die beantragten Beweismittel als Hilfstatsachen für die Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Aussagen von B.\_\_\_\_\_ aber durchaus relevant sein und in dem Sinne entlastend wirken, indem sie allenfalls die Glaubhaftigkeit dieser Aussagen erschüttern können (vorstehend Erw. II.6).

5. Die - vom Beschwerdeführer beantragte - Sicherstellung von Gegenständen und Unterlagen dient der späteren Durchsuchung und allfälligen Beschlagnahme durch die Strafuntersuchungsbehörden (vgl. etwa OGer ZH, III. Strafkammer, Geschäfts-Nr. UH140302, Beschluss vom 27. November 2014 Erw. II.5). Die Sicherstellung von Gegenständen und Unterlagen als Beweismittel ist als Begriff gesetzlich nicht erwähnt, bildet indes Bestandteil der in der StPO unter dem 4. Kapitel des 5. Titels (Zwangsmassnahmen) geregelten Durchsuchungen und Untersuchungen. Unter den Voraussetzungen, unter denen Hausdurchsuchungen und Untersuchungen von Aufzeichnungen und von Gegenständen zulässig sind, sind es auch dabei vorgenommene bzw. vorzunehmende Sicherstellungen.

Mobiltelefone und SIM-Karten sind Datenträger. Datenträger dürfen durchsucht werden (unter dem Vorbehalt der Siegelung und Entsiegelung), wenn zu vermuten ist, dass sich darin Informationen befinden, die der Beschlagnahme unterliegen (Art. 246 StPO). Der Beschlagnahme unterliegen u.a. Gegenstände (darunter auch Datenträger; BSK StPO-Bommer/Goldschmid, N 27 zu Art. 263) einer beschuldigten Person oder einer Drittperson, wenn sie voraussichtlich als Beweismittel gebraucht werden (Art. 263 Abs. 1 lit. a StPO). Als Beweismittel kommen Objekte in Betracht, welche beweisrelevante Informationen enthalten können (Heimgartner, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Auflage 2014, N 15 zu Art. 263). Relevant, rechtlich erheblich sind auch Hilfstatsachen, die für die Beurteilung des Werts oder der Beweiskraft eines Beweismittels von Bedeutung sind (BGE 113 IV 77, 80 E. 3.a m.w.H.).

Aufgrund des von C.\_\_\_\_\_ eingereichten USB-Sticks mit als Hilfstatsachen rechtlich erheblichen Informationen aus dem Mobiltelefon von B.\_\_\_\_\_ ist zu vermuten, dass sich auf B.\_\_\_\_\_ 's Mobiltelefon mit SIM-Karte Informationen befinden, die der Beschlagnahme unterliegen. Diese Datenträger können sichergestellt werden. Ob wegen eines Aussageverweigerungsrechts keine Herausgabepflicht besteht, ist dann allenfalls im Rahmen von Art. 265 StPO abzuklären.

6. Der Beweisantrag betrifft nicht Tatsachen, die unerheblich, offenkundig, der Strafbehörde bekannt oder bereits rechtsgenügend erwiesen sind, sondern

als solche möglicherweise relevante Hilfstatsachen. Ohne die beantragte Sicherstellung droht das Beweismittel verloren zu gehen. Dem Beweisantrag ist stattzugeben. Die Ablehnung erfolgte zu Unrecht. In Gutheissung der Beschwerde ist deshalb die angefochtene Verfügung aufzuheben, und die Sache ist im Sinne der Erwägungen, d.h. zur beantragten Sicherstellung des von B.\_\_\_\_\_ im mutmasslichen Tatzeitraum benutzten Mobiltelefons mit SIM-Karte zurückzuweisen.

7. Die Staatsanwaltschaft ist indes nicht anzuweisen, dieses Mobiltelefon mit SIM-Karte zu beschlagnahmen und auszuwerten. Einerseits kann B.\_\_\_\_\_ die Siegelung verlangen, worauf ggfs. in einem separaten Verfahren darüber zu befinden wäre, ob die Datenträger durchsucht werden dürfen. Andererseits ist mit der Sicherstellung dieser Datenträger dem drohenden Beweisverlust vorgebeugt. Einen Antrag, die sichergestellten Datenträger zu beschlagnahmen und auszuwerten, kann der Beschwerdeführer ohne Rechtsverlust vor dem erstinstanzlichen Gericht wiederholen. Eine Beschwerde gegen den diesbezüglichen Entscheid der Staatsanwaltschaft ist nicht zulässig (Art. 394 lit. b StPO).

#### IV.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens, inklusive die Kosten der amtlichen Verteidigung, auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 StPO).

Die Entschädigung der amtlichen Verteidigerin für ihre Aufwendungen im Beschwerdeverfahren wird durch die Staatsanwaltschaft oder das urteilende Gericht am Ende des Strafverfahrens festzusetzen sein (Art. 135 Abs. 2 StPO).

#### **Es wird beschlossen:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 7. März 2016 (Beweisergänzungsentscheid) im

Verfahren B-2/2016/10001681 aufgehoben, und die Sache wird im Sinne der Erwägungen an die Staatsanwaltschaft zurückgewiesen.

2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, eingeschlossen die Kosten der amtlichen Verteidigung für dieses Verfahren, werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Schriftliche Mitteilung an:
  - die amtliche Verteidigerin des Beschwerdeführers, zweifach, für sich und für den Beschwerdeführer (per Gerichtsurkunde)
  - die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich, ad B-2/2016/10001681, unter gleichzeitiger Rücksendung der beigezogenen Akten (Urk. 9) (gegen Empfangsbestätigung)

4. 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, 25. April 2016

Obergericht des Kantons Zürich  
III. Strafkammer

Präsident:

Gerichtsschreiber:

lic. iur. Th. Meyer

lic. iur. C. Tschurr