

Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: UH110174-O/U/uh

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. K. Balmer, Präsident, lic. iur. W. Meyer und
der Ersatzoberrichter lic. iur. A. Schärer sowie der Gerichtsschreiber
Dr. T. Graf

Beschluss vom 19. August 2011

in Sachen

X.

Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl, Stauffacherstr. 55, Postfach, 8026 Zürich,

Beschwerdegegnerin

betreffend **Durchsuchungs- und Untersuchungsbefehl**

**Beschwerde gegen die Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl
vom 14. Juni 2011, G-3/2011/2094**

Erwägungen:

I.

Mit Durchsuchungs- und Untersuchungsbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl (Beschwerdegegnerin) vom 14. Juni 2011 wurde im Rahmen eines gegen X. (Beschwerdeführer) wegen des Vorwurfs der Sachbeschädigung eröffneten Strafverfahrens die Durchsuchung von zwei Datenträgern (Laptop Apple und Digitalkamera Sony) angeordnet und einem namentlich bezeichneten Angehörigen der Stadtpolizei Zürich ein entsprechender Auftrag erteilt (Urk. 8). Gegen diesen Befehl - der eine verfahrensleitende Verfügung darstellt - liess der Beschwerdeführer rechtzeitig Beschwerde erheben (Urk. 2). Er beantragt die ersatzlose Aufhebung der Verfügung, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse (Urk. 2 S. 2). Die Beschwerdegegnerin hat auf Stellungnahme zur Beschwerde verzichtet (Urk. 9).

II.

1. Der Beschwerdeführer bringt zur Begründung der Beschwerde zuerst vor, da Durchsuchungen und Untersuchungen im Sinne der Art. 241 ff. StPO Zwangsmassnahmen seien, könnten sie gemäss den in Art. 197 StPO statuierten Grundsätzen nur dann angeordnet werden, wenn in Bezug auf die inkriminierten Straftaten unter anderem ein hinreichend konkreter Tatverdacht bestehe; dies gelte nicht nur hinsichtlich der "Anlasstat", um die es in der in Frage stehenden Strafuntersuchung gehe, sondern auch bezüglich der Aufklärung weiterer Verbrechen oder Vergehen, die im Laufe der Untersuchung allenfalls noch hinzukämen. Der angefochtenen Verfügung könne nicht entnommen werden, auf welchen konkreten tatsächlichen Umständen eine Beschuldigung wegen Sachbeschädigung basiere; weder Ort und Tag der Begehung noch Art und Ausmass der angeblichen Sachbeschädigung würden darin genannt. Damit fehle es bereits deshalb an einem hinreichend konkreten Tatverdacht (Urk. 2 Ziff. II/1-3). Zumindest implizit ist in diesen Vorbringen auch die Rüge enthalten, die angefochtene Verfügung genüge hinsichtlich der Frage des Vorliegens eines hinreichenden Tatverdachts den

Anforderungen an eine genügende Begründung nicht (vgl. insb. Urk. 2 Ziff. 1 a.E. und Ziff. 3).

2.1 In der angefochtenen (Formular-)Verfügung, welche auf die Art. 241 ff. StPO gestützt wird, sind zuerst die Personalien des Beschwerdeführers aufgeführt und ist das Vertretungsverhältnis vermerkt. Danach wird als Straftatbestand "Sachbeschädigung" genannt. Ausführungen über den dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Sachverhalt und die Frage, aufgrund welcher Aspekte er einer Sachbeschädigung verdächtigt wird, enthält die Verfügung nicht. Anschliessend wird in der Verfügung zum Inhalt des Auftrags ausgeführt, die vorgenannten Datenträger seien zuerst zu spiegeln, und danach seien die gesicherten Daten auf allfällige Abbildungen von Graffiti und deren Urheber zu durchsuchen, und es sei darüber ein Bericht zu verfassen (Urk. 8).

2.2 Gemäss Art. 246 StPO dürfen unter anderem Datenträger durchsucht werden, wenn zu vermuten ist, dass sich darin Informationen befinden, die der Beschlagnahme unterliegen. Da es sich bei der Durchsuchung von Aufzeichnungen im Sinne von Art. 246 StPO um eine Zwangsmassnahme handelt, kann sie nur angeordnet werden, wenn die Voraussetzungen von Art. 197 StPO vorliegen, mithin auch ein hinreichender Tatverdacht besteht (BSK StPO-Thormann/Brechbühl, Basel 2011, Art. 246 N 7 m.H.; Keller, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 241 N 3).

2.3 Durchsuchungen und Untersuchungen sind in einem schriftlichen Befehl anzuordnen; in dringenden Fällen können sie mündlich angeordnet werden, sind aber nachträglich zu bestätigen (Art. 241 Abs. 1 StPO). Der Befehl bezeichnet die zu durchsuchenden oder zu untersuchenden Objekte oder Subjekte, den Zweck der Massnahme und die mit der Durchführung beauftragten Behörden oder Personen (Art. 241 Abs. 2 StPO). Im vorliegenden Fall wurde der Befehl (bzw. die Verfügung) schriftlich erlassen und er enthält Ausführungen im Sinne von Art. 241 Abs. 2 StPO. Mit dieser Feststellung ist jedoch noch nicht die Frage beantwortet, ob, und falls ja, inwieweit die Anordnung einer Durchsuchung von Aufzeichnungen im Sinne von Art. 246 StPO begründet werden muss.

2.4 a) Gemäss Art. 80 Abs. 2 StPO ergehen Entscheide schriftlich und sie sind zu begründen. Einfache verfahrensleitende Beschlüsse und Verfügungen brauchen weder besonders ausgefertigt noch begründet zu werden. Bei einer Anordnung von Zwangsmassnahmen handelt es sich nicht um eine einfache verfahrensleitende Verfügung (Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, Rz. 598; BSK StPO-Stohner, a.a.O., Art. 80 N 17; vgl. auch Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 80 N 6), weshalb sie somit bereits aufgrund von Art. 80 Abs. 2 StPO zu begründen ist. Im Übrigen ergibt sich die Pflicht der Behörden, ihre Entscheide zu begründen, (im Sinne eines Mindeststandards) auch aus Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK (ZR 100 Nr. 7 Erw. 2.3 lit. a mit zahlreichen Hinweisen; BGE 134 I 88 Erw. 4.1 m.H.; Wiederkehr, Die Begründungspflicht nach Art. 29 Abs. 2 BV und die Heilung bei Verletzung, ZBI 2010 S. 481 f. m.H.). Im Lichte dieser Minimalanforderungen muss die Begründung so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann; in diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 134 I 88 Erw. 4.1 m.H.). Das Mass an Begründungstiefe und -dichte hängt von verschiedenen Aspekten, naturgemäss insbesondere von den konkreten Umständen des Einzelfalls sowie den Interessen der Parteien ab (ausführlich: Wiederkehr, a.a.O., S. 483-491 m.H.; ZR 100 Nr. 7 Erw. 2.3 lit. b m.H.).

b) Das Bundesgericht hat sich - soweit den öffentlich zugänglichen Entscheiden zu entnehmen - noch nicht zur Frage geäussert, welche Anforderungen die Begründung eines Durchsuchungsbefehls im Sinne der StPO erfüllen muss. Im Urteil vom 3. August 2010 (Proz.-Nr. 1B_70/2010 und 1B_86/2010) hat es in einem Verfahren betreffend Entsigelung von versiegelten elektronischen Daten in Anwendung von Art. 69 aBStP (welche Norm gemäss Praxis auch auf elektronische Dateien analog anwendbar war und die inhaltlich weitgehend den Art. 246-248 StPO entsprach) in Erw. 4.2 festgehalten, auch in solchen Verfahren sei eine ausreichende Entscheidungsbegründung, die Bestandteil des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör sei, notwendig. Die Beschwerdekammer des Bun-

des Strafgerichts hat in Erw. 3.1 ihres Entscheids vom 22. April 2005 (Proz.-Nr. BE.2004.10) betreffend eines Gesuchs um Entsiegelung von (unter anderem) beschlagnahmten Datenträgern in Anwendung von Art. 69 aBStP erwogen, dass der hinreichende Tatverdacht - der Voraussetzung für eine Durchsuchung von Datenträgern sei - erstens sachverhaltsmässig ausreichend detailliert umschrieben werden müsse, damit eine Subsumtion unter einen Tatbestand des Strafrechts überhaupt nachvollziehbar vorgenommen werden könne, und Zweitens ausreichende Beweismittel oder Indizien angegeben und vorgelegt werden müssten, die den Sachverhalt stützten. In Erw. 4 des Urteils vom 12. Oktober 2004 [Proz.-Nr. BK_B 071/04] prüfte die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts, ob ergangene Verfügungen betreffend elektronisch gespiegelten und danach beschlagnahmten Informatikdaten, insbesondere bezüglich der Umschreibung des Tatverdachts, den Anforderungen an eine hinreichende Begründung entsprachen.

c) Im Zusammenhang mit der (wie vorliegend) schriftlichen Anordnung von Zwangsmassnahmen hält die Lehre ebenfalls dafür, dass auch die schriftlichen Befehle zumindest kurz bzw. summarisch zu begründen seien (Schmid, Praxis-kommentar, a.a.O., Art. 199 N 2 und Art. 241 N 1; derselbe, Handbuch, a.a.O., Rz 978 und RZ 1063 FN 238; Keller, a.a.O., Art. 241 N 25). Dazu gehörten unter anderem Ausführungen betreffend des dem Beschuldigten vorgeworfenen Sachverhaltes sowie der den Tatverdacht begründenden Faktenlage (BSK StPO-Gfeller, a.a.O., Art. 241 N 16-22 passim; Keller, a.a.O., Art. 241 N 25; Ackermann, Tatverdacht und Cicero - in dubio contra suspicionem maleficij, in: Festschrift Riklin, Zürich 2007, S. 333 f.).

d) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass (jedenfalls) ein schriftlicher Befehl zur Durchsuchung von Aufzeichnungen im Sinne von Art. 241 StPO stets zumindest summarisch zu begründen ist, wobei es insbesondere Ausführungen zum strafrechtlich relevanten Sachverhalt sowie zu der den hinreichenden Tatverdacht begründenden Beweislage bedarf.

e) Die angefochtene Verfügung enthält nach dem Gesagten keinerlei Ausführungen zu den soeben genannten beiden Punkten. Sie genügt daher den erwähnten Anforderungen an eine hinreichende Begründung nicht.

Es stellt sich an sich die Frage, ob dieser Mangel im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens geheilt werden kann. Gemäss Rechtsprechung kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs (ausnahmsweise) als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann (BGE 127 V 437 f. Erw. 3.d.aa m.H.; BGE 133 I 204 f. Erw. 2.2 m.H.; BGE 135 I 285 Erw. 6.2.1 m.H.; TPF 2006 Nr. 71 Erw. 2.1 m.H.). In der Lehre wird teilweise die Meinung vertreten, bei Verfahren, die schwere Eingriffe in die Rechtsposition des Betroffenen bedeuten, sei eine Heilung der Gehörsverletzung im Rechtsmittelverfahren stets ausgeschlossen (vgl. Wiederkehr, Die Begründungspflicht nach Art. 29 Abs. 2 BV und die Heilung bei Verletzung, ZBI 111 S. 501 m.H.). Folgte man dieser Lehrmeinung, wäre im vorliegenden Fall eine Heilung des Mangels im Beschwerdeverfahren kaum möglich, da die Durchsuchung von Datenträgern insbesondere die persönliche Freiheit, die Privatsphäre und die Eigentumsgarantie tangiert (Urteil des Bundesgerichts vom 12. März 2007 Erw. 4.1 [Proz.-Nr. 1P.621/2006]; BSK StPO-Gfeller, a.a.O., vor Art. 241-254 N 14), somit einen erheblichen Eingriff in die Rechtsposition des Betroffenen bedeutet. Nach einer anderen Lehrmeinung ist ein mangelhafter (und damit auch ein in der Verfügung nicht begründeter) Tatverdacht bei Anordnung der Zwangsmassnahme von der Rechtsmittelinstanz nicht heilbar, weil diese sonst ihre eigene Rechtsschutzaufgabe verletzen würde (BSK-Gfeller, a.a.O., Art. 241 N 22 m.H.; Ackermann, a.a.O., S. 334). Da sich aus den nachstehend darzulegenden Gründen ergibt, dass aufgrund der vorliegenden Aktenlage ohnehin die Voraussetzungen zur Anordnung einer Durchsuchung der beiden Datenträger nicht erfüllt sind, kann letztlich offen bleiben, ob im vorliegenden Beschwerdeverfahren eine Heilung des genannten Mangels möglich wäre.

3.1 Die Beschwerdegegnerin hat unter der Nr. G-3/2011/2094 am 20. April 2011 eine Eröffnungsverfügung betreffend des Tatbestands der Sachbeschädigung erlassen (Urk. 7/ HD 16). Dabei ging es um den Vorwurf, der Beschwerdeführer habe zusammen mit einer weiteren Person am Sonntagmorgen, 27. März 2011, ca. 04:00 Uhr, an einer neben dem Gebäude Y.-Strasse 75 in Z. befindlichen Holzwand einer Baustelle zwei Schriftzeichen mit unbekanntem Text sowie am Boden

vor und auf der Hauswand des genannten Gebäudes zwei Striche gesprayt; in diesem Kontext wurde dem Beschwerdeführer auch die Hinderung einer Amtshandlung vorgeworfen. Am 15. Juni 2011 hat die Beschwerdegegnerin eine Ausdehnungsverfügung im Sinne von Art. 311 Abs. 2 StPO erlassen; gemäss dieser Verfügung wurde die Strafuntersuchung auf den Tatbestand der Sachbeschädigung bezüglich ND 2011/3240 (vgl. dazu unten Erw. 3.4) ausgedehnt (Urk. 7 / HD 17).

3.2 Der Beschwerdeführer rügt mit verschiedenen Argumenten, ein hinreichender Tatverdacht, der Voraussetzung sei für den Erlass einer Verfügung im Sinne der Art. 241 ff. StPO, lasse sich weder hinsichtlich der Akten des Haupt- noch des Nebendossiers begründen (Urk. 2 Ziff. 4-8).

3.3 Die angefochtene Verfügung enthält die Nr. G-3/2011/2094, somit diejenige des Hauptdossiers. Zudem datiert die Verfügung vom 14. Juni 2011, während die genannte Ausdehnungsverfügung am 15. Juni 2011 erlassen wurde. Damit ist mit der Beschwerde (Urk. 2 Ziff. 5) an sich davon auszugehen, dass die angefochtene Verfügung Bezug auf den Vorwurf gemäss Hauptdossier nimmt. Auf die Akten dieses Dossiers lässt sich ein hinreichender Tatverdacht jedoch nicht stützen. Die hiesige Kammer hat im ersten Beschwerdeverfahren in dieser Strafsache im Beschluss vom 24. Mai 2011 (Proz.-Nr. UH110105) festgehalten, dass hinsichtlich des vorgenannten Sachverhaltes keine Strafanträge (mehr) vorlägen und auch nicht von einem Officialdelikt auszugehen sei, weshalb es an einer strafrechtlich zu verfolgenden Tat und damit an einer Voraussetzung für die Anordnung einer Zwangsmassnahme fehle.

3.4 a) Sollte die Beschwerdegegnerin die angefochtene Verfügung hingegen auf die Akten des Nebendossiers stützen, wäre auch insofern nicht von einem hinreichenden Tatverdacht auszugehen.

b) Das Nebendossier umfasst drei Aktenstücke, nämlich einen polizeilichen Ermittlungsbericht (Urk. 7 / ND 1), einen Fotobogen mit Abbildungen von Sprayereien (Urk. 7 / ND 2) und eine Angaben enthaltende Tabelle betreffend in der Stadt Zürich ab Juni 2001 entdeckter Sprayereien (Urk. 7 / ND 3). Im Bericht wird zu-

sammengefasst ausgeführt, die am 27. März 2011 begangenen Sprayereien hätten die Schriftzüge "M." und "RY." enthalten; bei diesen Schriftzügen handle es sich um persönliche Erkennungszeichen eines Sprayers, sogenannte "tags". Die Sprayer "M." und "RY." gehörten demnach zur "B.-Crew" (gemeint: Personen, deren Sprayereien den "tag" "B." aufweisen), die angesichts der verwendeten Schriftzüge für weitere Sprayereien verantwortlich seien; es bestünden in der Stadt Zürich bereits etliche entsprechende Anzeigen bzw. Strafanträge gegen unbekannt (Urk. 7 / ND 1 S. 2).

Der Fotobogen enthält Abbildungen von insgesamt sieben Sprayereien, wovon allerdings nur fünf die "tags" "M." (zweimal) und "RY." (zweimal) bzw. "RI." (einmal) enthalten. Gemäss Tabelle sollen weitere Sprayereien diese "tags" enthalten. Bezüglich der soeben genannten fünf Sprayereien wird auf dem Fotobogen auf Nummern verwiesen, die in der Tabelle aufgeführt sind. Bei den in der Tabelle genannten Daten handelt es sich jeweils um das Datum der Entdeckung der Sprayerei (vgl. Urk. 7 / ND 3 a.E.); wann die Sprayerei erfolgt ist, ist unbekannt.

c) Vorab ist zu erwähnen, dass der Beschwerdeführer die Verübung der Sprayerei gemäss Hauptdossier bestritten hat (Urk. 7 / HD 9) und er zu den Sachverhalten gemäss Nebendossier (noch) nicht befragt wurde.

Soweit gemäss Tabelle Sprayereien weder das "tag" "M." noch dasjenige "RY." bzw. "RI." enthalten, ergeben sich aufgrund der Akten keinerlei konkrete Anhaltspunkte, inwieweit insofern überhaupt der Verdacht einer Beteiligung des Beschwerdeführers an den Sprayereien gegeben sein sollte. Bezüglich der eines dieser "tags" aufweisenden Sprayereien ist Folgendes festzuhalten: Es ergibt sich aus den Akten in keiner Weise, welches dieser "tags" dem Beschwerdeführer und welches der anderen Person, die zusammen mit ihm verdächtigt worden war, am 27. März 2011 die vorgenannten Sprayereien vorgenommen zu haben, zuzuordnen wäre. Damit ist von vornherein völlig unklar, welchen Sprayereien der Beschwerdeführer überhaupt verdächtigt werden könnte; mit anderen Worten geht aus den Akten nicht hervor, hinsichtlich welcher Sachverhalte ein hinreichender Tatverdacht vorliegen sollte. Abgesehen davon ist zu bemerken, dass, soweit allein in der Tabelle festgehalten wird, gewisse Sprayereien enthielten eines der

genannten "tags", dies nicht hinreichend dokumentiert und auch nicht überprüfbar ist; daher könnte aus den vorliegenden Akten insofern ohnehin kein genügender Tatverdacht abgeleitet werden, zumal gemäss Tabelle einzelne der "tags" eine andere Schreibweise aufweisen, was allenfalls auf eine andere Urheberschaft hindeuten könnte. Hinzu kommt, dass in den Akten nicht dokumentiert ist, inwieweit hinreichende (fristgerechte, von der berechtigten Person gestellte und nicht zurückgezogene) Strafanträge bestehen, deren Vorhandensein im vorliegenden Fall beim Vorwurf der Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB nach dem Gesagten Voraussetzung für die Anordnung einer Zwangsmassnahme wäre.

Eine Würdigung (bereits) dieser Aspekte ergibt, dass sich ein hinreichender Tatverdacht auch nicht (allein) auf die drei Aktenstücke des Nebendossiers stützen lässt. Auf die weiteren Argumente in der Beschwerde, mit welchen zusätzlich das Fehlen eines hinreichenden Tatverdachts bzw. der Voraussetzungen für die Durchsuchung der beiden Datenträger geltend gemacht wird (vgl. Urk. 2 Ziff. 6/7), muss daher nicht eingegangen werden.

4. Abschliessend ist festzuhalten, dass die angefochtene Verfügung den Begründungsanforderungen nicht genügt. Zudem sind aufgrund der gegenwärtigen Aktenlage die Voraussetzungen für die Anordnung einer Durchsuchung der beiden Datenträger nicht gegeben. Die angefochtene Verfügung ist daher in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben.

III.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Dem erbeten anwaltlich verteidigten Beschwerdeführer ist daraus für das Beschwerdeverfahren eine angemessene Entschädigung auszurichten (Art. 436 Abs. 3 StPO); diese ist auf Fr. 1'000.--, zuzüglich 8 % MwSt, somit auf insgesamt Fr. 1'080.-- festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl vom 14. Juni 2011, G-3/2011/2094, aufgehoben.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Dem Beschwerdeführer wird für das Beschwerdeverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'080.-- aus der Gerichtskasse zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an:
 - den amtlichen Verteidiger des Beschwerdeführers, zweifach, für sich und zuhanden des Beschwerdeführers (per Gerichtsurkunde)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl, unter Rücksendung der beigezogenen Akten (gegen Empfangsschein)
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, 19. August 2011

Obergericht des Kantons Zürich
III. Strafkammer

Präsident:

Gerichtsschreiber:

lic. iur. K. Balmer

Dr. T. Graf