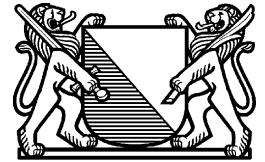


Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: UE130087-O/U/br

Mitwirkend: der Obergerichter lic. iur. Th. Meyer, Präsident, der Ersatzober-
richter lic. iur. A. Schärer und die Ersatzoberrichterin lic. iur.
J. Haus Stebler sowie die Gerichtsschreiberin Dr. C. Schoder

Beschluss vom 3. Februar 2014

in Sachen

IFPI Schweiz,
Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____,
vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X2. _____,

gegen

1. **Unbekannt,**
 2. **Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,**
- Beschwerdegegnerinnen

betreffend **Einstellung**

**Beschwerde gegen die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft II
vom 4. März 2013, D-1/2013/101**

Erwägungen:

I.

1. Die Schweizer Landesgruppe der International Federation of the Phonographic Industry (IFPI Schweiz), der Branchenverband der Musiklabels (Ton- und Tonbildträgerhersteller) der Schweiz, erstattete am 7. Januar 2013 Strafanzeige und Strafantrag wegen Verletzung von Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG; SR 231.1). Die Strafanzeige richtet sich gegen Unbekannt bzw. gegen den Nutzer der IP-Adresse ... beim Provider A._____ (Schweiz) AG am tt.mm.2012, um ... Uhr UTC (Universal Time Coordinated).

Im Einzelnen brachte die Anzeigerstatterin vor, die unbekannte Täterschaft habe zum vorerwähnten Zeitpunkt den Musiktitel "... " der Künstler B._____ und C._____ sowie weitere mindestens 1'482 Musiktitel von inländischen und ausländischen Interpreten, darunter D._____, E._____ und F._____, ohne Einwilligung der Rechtsinhaber im Internet zum Download zugänglich gemacht. Bei den betroffenen Rechtsinhabern, darunter G._____ und H._____, handle es sich um Mitglieder der Anzeigerstatterin, deren Rechte sie in Zivil- und Strafprozessen vertrete. Es gebe Hinweise auf Urheberrechtsverletzungen, weil Werke unautorisiert im Protokoll des Peer-to-Peer-Netzwerks (P2P-Netzwerk) für Filesharing namens I._____ zum Download angeboten würden. Eine unbestimmte Vielzahl von Nutzern habe über einen frei verfügbaren Software-Client, welcher sowohl den Zugang zum Netzwerk ermögliche als auch eine Suchfunktion für zugänglich gemachte Daten enthalte, die auf Tonträgern erschienenen Werke austauschen können. Die Täterschaft habe vorsätzlich gehandelt, weil sie für das Login in das P2P-Netzwerk vorgängig eine Software habe installieren und einige Manipulationen habe vornehmen müssen. Erst nach diesen Vorkehrungen habe die Täterschaft am Tauschvorgang teilnehmen können. Die von der Anzeigerstatterin beauftragte Firma MarkMonitor habe am 24. Oktober 2012 unter Benutzung des I._____ Software Clients testweise die Single "... " der Interpreten B._____ und C._____ abgefragt. Dabei habe die Filesharing-Software auf die Festplatte eines Teilnehmers verwiesen, weil die abgefragte Datei von dort aus jedem beliebigen Teilnehmer zum Herunterladen angeboten und somit einer unbestimmten Viel-

zahl von Nutzern öffentlich zugänglich gemacht werde. Man habe ermittelt, dass am tt.mm.2012, um ... Uhr (UTC), die Täterschaft über den Provider A._____ (Schweiz) AG unter Verwendung der ihr zugewiesenen IP-Adresse ... ohne Einwilligung der Rechtsinhaber mindestens 1'482 Musikdateien über das I._____ -P2P-Netzwerk anderen Nutzern dieses Netzwerks zum Herunterladen vom Speicherort angeboten und somit weltweit zugänglich gemacht habe.

2. Aufgrund der zeitlich beschränkten Aufbewahrungspflicht der für die Teilnehmeridentifikation notwendigen Daten veranlasste die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich beim Provider (A._____) vorsorglich die Teilnehmeridentifikation des Anschlussinhabers. Die Ermittlungen ergaben, dass die vorerwähnte IP-Adresse im Tatzeitpunkt J._____, ... [Adresse], zugewiesen war.
3. Mit Verfügung vom 4. März 2013 (Urk. 5) stellte die Staatsanwaltschaft die Strafuntersuchung ein mit der Begründung, dass die auf Markenschutz spezialisierte und von der Beschwerdeführerin beauftragte Firma MarkMonitor die fragliche IP-Adresse ... unter Verletzung des Datenschutzrechts ermittelt habe. Daher sei die IP-Adresse nicht verwertbar.
4. Am 28. März 2013 erhob die IFPI Schweiz bei der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich Beschwerde mit dem Antrag, die Einstellungsverfügung sei aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, die Untersuchung fortzusetzen (Urk. 2).
5. Die Staatsanwaltschaft nahm am 29. April 2013 zur Beschwerde Stellung mit dem Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen (Urk. 7). Die Beschwerdeführerin replizierte mit Eingabe vom 17. Mai 2013 (Urk. 10). Die Staatsanwaltschaft verzichtete am 24. Mai 2013 auf eine Duplik (Urk. 12).
6. Aufgrund der neuen Konstituierung des Obergerichts per 1. Juli 2013 ergeht dieser Beschluss in einer anderen Zusammensetzung als angekündigt.

II.

- 1.

- 1.1 Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um den Branchenverband der Tonträger- und Tonbildträgerhersteller in der Schweiz. Der Zweck des Verbandes liegt in der Wahrung und Förderung von urheber- und leistungsschutzrechtlichen Belangen und sonstigen gemeinsamen Interessen seiner Mitglieder, insbesondere durch die Verfolgung von Ton- und Tonbildträgerpiraterie, u.a. durch Schaffung und Verbesserung eines Rechtsschutzes gegen die unautorisierte Übernahme fremder wirtschaftlicher oder kreativer Leistungen. Dafür ist der Verband von seinen Mitgliedern legitimiert worden, für sie in eigenem Namen Zivil- und Strafprozesse zu führen sowie die ihm von den Mitgliedern übertragenen Rechte und Ansprüche in eigenem Namen gegenüber Dritten geltend zu machen und durchzusetzen. Zu den übertragenen Rechten gehören folgende Exklusivrechte: das Überspielrecht; das Recht, Vervielfältigungsexemplare anzubieten, zu veräussern oder sonstwie zu verbreiten; und das Verbreitungsrecht (Art. 2 lit. d der Verbandsstatuten, Urk. 8/2/2).

Aufgrund der Übertragung dieser Exklusivrechte ist im Falle von Urheberrechtsverletzungen die Beschwerdeführerin als Geschädigte im Sinn von Art. 115 Abs. 1 StPO zu betrachten. Sie hat sich gemäss Art. 118 Abs. 1 StPO als Privatklägerschaft konstituiert. Es kommt ihr demnach die Stellung einer Verfahrenspartei im Sinn von Art. 104 Abs. 1 lit. b StPO zu. Als solche ist sie zur Beschwerdeerhebung gegen die Einstellung der wegen Urheberrechtsverletzungen eröffneten Strafuntersuchung ohne Weiteres befugt (Art. 382 Abs. 1 StPO).

- 1.2 Die weiteren Eintretensvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt und geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

2.

- 2.1 Die Staatsanwaltschaft vertritt den Standpunkt, die Strafanzeige stütze sich auf Hinweise, welche unter Verletzung des Datenschutzes gewonnen worden seien. Gemäss einem Bundesgerichtsentscheid 136 II 508 (Urteil betreffend die Firma Logistep AG) sei es nicht zulässig, Übermittlungsdaten, namentlich IP-Adressen der von registrierten Benutzern verwendeten Anschlüsse, die Identifikationsnummer des geschützten Werks sowie das Datum und die Uhrzeit bzw. den Zeitraum der Verbindung der benutzten Software aufzuzeichnen, die ermittelten Daten an

die Inhaber der Urheberrechte weiterzugeben, zur Identifikation des Inhabers des Internetanschlusses zu verwenden, Strafanzeige gegen Unbekannt einzureichen und sich im Rahmen des Akteneinsichtsrechts die Identitätsdaten des Anschlussinhabers zu verschaffen. Die von der Beschwerdeführerin beauftragte Firma MarkMonitor sei ähnlich vorgegangen wie die Firma Logistep AG. In Übereinstimmung mit dem Logistep-Entscheid sei davon auszugehen, dass die Bearbeitungsmethoden von MarkMonitor ebenfalls geeignet seien, die Persönlichkeitsrechte einer grösseren Anzahl von Personen zu verletzen, da keine gesetzliche Grundlage zur generellen Überwachung von P2P-Netzwerken bestehe. Zudem seien IP-Adressen als Personendaten und das Sammeln dieser Daten als Verstoß gegen die datenschutzrechtlichen Grundsätze der Zweckbindung und Erkennbarkeit der Datenbearbeitung zu betrachten. Gemäss dem Logistep-Entscheid überwiege das Datenschutzinteresse des privaten Dateninhabers das Interesse der Inhaber von Urheberrechten an der Durchsetzung dieser Rechte. Der Staatsanwaltschaft sei es bei der gegebenen Sach- und Rechtslage verwehrt, entsprechende Beweise selber zu erheben. Auch die Verwendung von durch Private unter Verletzung von Persönlichkeitsrechten beschafften Beweisen sei unzulässig. Solchermassen gesammelte Beweise seien nicht verwertbar. Nach dem Gesagten könne die von MarkMonitor ermittelte IP-Adresse ... nicht verwertet werden, weshalb die beschuldigte Person zwecks Anklageerhebung nicht identifiziert werden könne.

- 2.2 Dagegen ist die Beschwerdeführerin der Auffassung, das Datenschutzgesetz komme im Rahmen eines hängigen Strafverfahrens nicht zur Anwendung, da die Strafprozessordnung die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen genügend schütze (Urk. 2 S. 10-12). Des Weiteren macht sie geltend, beim Logistep-Urteil des Bundesgerichts handle es sich um einen Einzelfallentscheid, dem keine allgemeine Tragweite zukomme. Die Firma Logistep habe sich darauf spezialisiert, die IP-Adressen der Teilnehmer von P2P-Netzwerken ausfindig zu machen und an die Urheberrechtsträger weiterzugeben, damit diese über das Akteneinsichtsrecht im Strafverfahren die Namen der Netzwerkteilnehmer herausfinden und, ohne den Abschluss der Strafuntersuchung abzuwarten, die Netzwerkteilnehmer mit (allenfalls unbegründeten) Zivilforderungen konfrontieren können (Urk. 2 S. 14-15). Sie, die Beschwerdeführerin, habe sich indessen, um dem Vorwurf der Instrumentalisierung des Strafuntersuchungsverfahrens im Hinblick auf die Durchsetzung von Zivil-

forderungen entgegen zu treten, verpflichtet, allfällige Zivilforderungen erst nach der Verurteilung der Täter geltend zu machen (Urk. 2 S. 17-19). Sodann ist die Beschwerdeführerin der Ansicht, das Datenschutzgesetz sei in keiner Art verletzt worden. Bei IP-Adressen, insbesondere bei dynamischen, handle es sich nicht um personenbezogene Daten im Sinne des Datenschutzgesetzes, da ohne entsprechende Auskünfte des Providers kein Personenbezug hergestellt werden könnte. Nur die Staatsanwaltschaft könne diese Auskünfte erhältlich machen (Urk. 2 S. 12-15). Durch die Erhebung von IP-Adressen in einem allgemein zugänglichen Filesharing-Netzwerk würden keine Persönlichkeitsrechte verletzt, da die gesammelten Daten allgemein zugänglich seien und die betroffenen Personen eine Bearbeitung der Daten nicht ausdrücklich untersagt hätten (Urk. 2 S. 20-21). Die Grundsätze der Zweckgebundenheit und Transparenz der Datenerhebung seien gewahrt. Die ermittelten IP-Adressen würden einzig zur Dokumentation von Strafanzeigen verwendet; die übrigen Daten würden gelöscht (Urk. 2 S. 22). Das Vorgehen bei der Datenerhebung sei auf der Homepage der Beschwerdeführerin publik gemacht. Bei der Datenerhebung gehe die von der Beschwerdeführerin beauftragte Firma MarkMonitor gezielt von Angaben über bereits festgestellte unrechtmässige Filesharing-Angebote bestimmter Musikproduktionen aus und beschränke sich auf diese Weise von vornherein auf evidente Rechtsverletzungen, wobei vor allem Rechtsverletzungen mit Bezug zur Schweiz untersucht würden. Dadurch unterscheide sich ihr Vorgehen von demjenigen von Logistep, die eine Vielzahl von P2P-Nutzern gezielt und systematisch kontrolliere (Urk. 2 S. 22-27). Selbst wenn das Datenschutzrecht verletzt worden wäre, überwiegen nach Ansicht der Beschwerdeführerin die privaten und öffentlichen Interessen an der Strafverfolgung die Interessen am Schutz der Persönlichkeitsrechte (Urk. 28-31). Schliesslich liege auch kein Beweisverwertungsverbot vor, da keine Gültigkeitsvorschriften verletzt worden seien und sich Beweisverwertungsverbote ohnehin nicht an Private richteten (Urk. 2 S. 31-34).

3.

- 3.1 Das Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1) gilt generell für das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen durch private Personen (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. a DSG). Das Gesetz schliesst jedoch insbesondere hängige Zivilprozesse, Strafverfahren, Verfahren der internationalen Rechtshilfe sowie staats- und verwaltungsrechtliche Verfahren mit Ausnahme erstinstanzlicher Verwaltungsverfahren von seinem Anwendungsbereich aus (Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG). Diese Ausnahmeklausel beruht auf der Idee, dass hier der Persönlichkeitsschutz durch die Spezialbestimmungen für die entsprechenden Verfahren hinreichend gesichert und geregelt wird. Käme das Datenschutzgesetz ebenfalls zur Anwendung, würden sich zwei Gesetze mit zum Teil gleicher Zielsetzung überlagern, was zu Rechtsunsicherheiten, zu Koordinationsproblemen und schliesslich zu Verzögerungen führen würde (BGE 138 III 425 E. 4.3 mit Hinweis auf die Botschaft vom 23. März 1988 zum Bundesgesetz über den Datenschutz, BBl 1988 II 413, 443).
- 3.2 Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob Daten, die unter Verletzung des Datenschutzgesetzes erhoben wurden, im Strafverfahren als Beweise zugelassen werden müssen. Die Frage der Zulassung von rechtswidrig erlangten Beweisen im Strafverfahren wird durch die speziellen Vorschriften der Strafprozessordnung (Art. 139 ff. StPO) geregelt. Hingegen ist die Vorfrage, ob bei der dem Strafverfahren vorausgehenden Datenerhebung durch Private datenschutzrechtliche Grundsätze verletzt wurden, keine strafprozessrechtliche, sondern eine solche des Datenschutzrechts. Daran würde sich auch dann nichts ändern, wenn bereits die Sammlung von Beweisen im Hinblick auf eine allfällige Initiierung einer Strafuntersuchung als Bestandteil des Strafverfahrens betrachtet würde. Die strafprozessualen Regeln über die Beweiserhebung (Art. 139 ff. StPO) richten sich grundsätzlich nur an die staatlichen Strafverfolgungsorgane (NIKLAUS SCHMID, Praxiskommentar zur Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 3 zu Art. 141 StPO). Käme das Datenschutzgesetz auf Datenerhebungen, welche Private im Hinblick auf die Erstattung einer Strafanzeige vornehmen, nicht zur Anwendung, bestünde für die davon Betroffenen eine Rechtsschutzlücke. Es ist demnach nicht zu beanstanden, dass die Staatsanwaltschaft diese Vorfrage unter Anwendung des Datenschutzgesetzes prüfte.

4.

- 4.1 In BGE 136 II 508 in Sachen Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB) gegen Logistep AG (Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3144/2008 vom 27. Mai 2009) stand das Vorgehen dieser Firma bei der Durchsuchung von P2P-Netzwerken nach Urheberrechtsverletzungen zur Diskussion. Der EDÖB beanstandete, dass Logistep mit einer von ihr entwickelten Software in verschiedenen P2P-Netzwerken nach angebotenen urheberrechtlich geschützten Werken suchte. Beim Herunterladen dieser Werke wurden folgende Übermittlungsdaten aufgezeichnet und in einer Datenbank gespeichert: der Benutzername des Nutzers des P2P-Netzwerks; die IP-Adresse des verwendeten Internetanschlusses; die Identifikationsnummer der vom Anbieter des urheberrechtlich geschützten Werks verwendeten Software (...); das verwendete P2P-Netzwerkprotokoll; der Name und der elektronische Fingerabdruck (...) des urheberrechtlich geschützten Werks; das Datum, die Uhrzeit und der Zeitraum der Verbindung zwischen der Software der Logistep und der Software des Anbieters des jeweiligen urheberrechtlich geschützten Werks. Die so erhobenen Daten wurden in der Folge an die Urheberrechtsinhaber weitergegeben und von diesen zur Identifikation des Inhabers des Internetanschlusses verwendet. Zu diesem Zweck reichten die Urheberrechtsinhaber unter anderem Strafanzeige gegen Unbekannt ein und verschafften sich die Identitätsdaten im Rahmen des Akteneinsichtsrechts. Diese Daten wurden sodann zur Geltendmachung von Schadenersatzforderungen verwendet.

Das Bundesgericht entschied, dass IP-Adressen als bestimmbare Personendaten im Sinn von Art. 3 lit. a DSG zu betrachten sind, da der Aufwand zur Bestimmung der Namen der P2P-Teilnehmer durch das Einschalten der Strafverfolgungsbehörden nicht derart gross ist, dass die Urheberrechtsinhaber ihn nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht auf sich nehmen würden (BGE 136 II 508 E. 3). Weiter erkannte das Bundesgericht, dass durch die Art, wie Logistep vorgeing, die Grundsätze der Transparenz (Art. 4 Abs. 4 DSG) und der Zweckbindung der Datenbearbeitung (Art. 4 Abs. 3 DSG) verletzt werden. Die Datenbeschaffung geschieht im Regelfall ohne Wissen der betroffenen Personen, was bedeutet, dass sie für diese nicht erkennbar ist. Auch schliesst das Vorgehen aus, dass dem IP-Adressinhaber im Moment der Datenbeschaffung angegeben wird, wozu seine Daten gespeichert werden.

Ebenso wenig ist der Bearbeitungszweck aus den Umständen der Datensammlung ersichtlich. Selbst wenn es zutreffen sollte, dass vereinzelt darauf aufmerksam gemacht wird, dass "Anti-P2P-Firmen" nach Urheberrechtsverletzungen fahnden, könnte keineswegs von einer Angabe des Datenbeschaffungszwecks gesprochen werden (BGE 136 II 508 E. 4 unter Verweis auf die Erwägungen im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts).

Bei der Prüfung der Rechtfertigungsgründe kam das Bundesgericht (anders als das Bundesverwaltungsgericht) zum Schluss, dass die mit der rechtswidrigen Datenbearbeitung einhergehenden Persönlichkeitsverletzungen im konkreten Fall nicht durch das private (wirtschaftliche) Interesse von Logistep und das Interesse ihrer Auftraggeber an der wirksamen Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen aufgewogen werden und die Empfehlung des EDÖB, dass Logistep ihre Tätigkeit unverzüglich einzustellen habe, deshalb zu schützen sei (BGE 136 II 508 E. 6). Als Anmerkung fügte das Bundesgericht hinzu, dass es nicht Sache des Richters, sondern des Gesetzgebers sei, eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die generelle Überwachung von P2P-Netzwerken zu schaffen (BGE 136 II 508 E. 6.4). Die Frage indessen, ob die Strafverfolgungsbehörden die von Logistep erlangten Daten verwenden dürfen, liess das Bundesgericht ausdrücklich offen (BGE 136 II 508 E. 6.3).

- 4.2 Das Vorgehen von MarkMonitor erscheint ähnlich wie dasjenige von Logistep. Nach den Angaben der Beschwerdeführerin habe sie die Recherche- und Datenbearbeitungs-Unternehmung MarkMonitor mangels eigener Sachkompetenz beauftragt, anhand einer von ihr zusammengestellten Liste von Tonträgern zu prüfen, ob urheberrechtlich geschützte Werke im I._____ P2P-Netzwerk unautorisiert zum Download zugänglich gemacht worden seien. Wenn sich herausstelle, dass eines oder mehrere der Suchergebnisse über eine in der Schweiz angesiedelte IP-Adresse zugänglich gemacht worden sei, nehme MarkMonitor einen Testdownload vor und sammle mit einer speziellen Software Log-Dateien als Belege. MarkMonitor gebe der Beschwerdeführerin anonyme Testdownloads und die dazu gehörigen IP-Adressen heraus, wenn nachweislich über schweizerische Access-Provider Urheberrechte an aktuellen Werken verletzt worden seien (Urk. 2 S. 6-8).

Wie das Bundesgericht festhielt, fallen IP-Adressen entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin in den Schutzbereich des Datenschutzgesetzes. Das datenschutzrelevante Vorgehen von MarkMonitor betrifft das Beschaffen, Aufbewahren und Bekanntgeben von Daten (vgl. Art. 3 lit. e DSGVO). Die Datenbearbeitung ist für die Nutzer des P2P-Netzwerks I. _____ nicht erkennbar. Gleich wie im Fall Logistep ist daher eine Verletzung des Erkennbarkeits- und Zweckbindungsprinzip (Art. 4 Abs. 3 und 4 DSGVO) anzunehmen. Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin auf ihrer Homepage auf Kontrollen über die Einhaltung der Urheberrechte durch MarkMonitor aufmerksam macht und zusichert, Zivilforderungen erst nach der Verurteilung mutmasslicher Täter zu stellen, ändert an der Beurteilung der Vorgehensweise von MarkMonitor unter datenschutzrechtlichen Aspekten nichts. Es ist somit davon auszugehen, dass die Ermittlung der IP-Adresse ... durch MarkMonitor unter Verletzung des Datenschutzgesetzes erfolgte.

Die Frage, ob die Staatsanwaltschaft diese Daten dennoch als Beweise im Strafverfahren verwenden darf, hat das Bundesgericht, wie gesagt, offen gelassen. Sie ist nach Massgabe der Strafprozessordnung zu prüfen.

5.

- 5.1 Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise ist in Art. 141 StPO geregelt. Beweise, die unter Verletzung von verbotenen Beweiserhebungsmethoden (Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und Mittel, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können, Art. 140 StPO) erhoben wurden, sind in keinem Fall verwertbar (Art. 141 Abs. 1 Satz 1 StPO). Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, dürfen nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich (Art. 141 Abs. 2 StPO). Beweise, bei deren Erhebung Ordnungsvorschriften verletzt worden sind, sind verwertbar (Art. 141 Abs. 3 StPO). Ermöglichte ein Beweis, der nach Absatz 2 nicht verwertet werden darf, die Erhebung eines weiteren Beweises, so ist dieser nicht verwertbar, wenn er ohne die vorhergehende Beweiserhebung nicht möglich gewesen wäre (Art. 141 Abs. 4 StPO).

Art. 141 StPO richtet sich im Prinzip nur an die Strafverfolgungsbehörden bzw. an die im Auftrag oder mit Unterstützung der Strafverfolgungsbehörden handelnden Privatpersonen. Die Frage der Verwertbarkeit von Beweisen, die durch Private auf unrechtmässige Weise beschafft worden sind, wurde vom Gesetzgeber bewusst offen gelassen (vgl. SCHMID, a.a.O., N. 3 zu Art. 141 StPO, mit Hinweis auf den Vorentwurf der StPO; SASKIA PAREIN, Les preuves illégales recueillies par les particuliers sous l'empire du Code de procédure pénale suisse, in: Jusletter vom 8. Oktober 2012, N. 43). Das Bundesgericht geht unter Abstützung auf die Rechtslehre davon aus, dass von Privaten rechtswidrig erlangte Beweismittel verwertbar sind, wenn sie an sich auch von den Strafbehörden hätten erlangt werden können und kumulativ dazu eine Interessenabwägung für deren Verwertung spricht (Urteile 6B_323/2013 vom 3. Juni 2013 E. 3.4; 1B_22/2012 vom 11. Mai 2012 E. 2.4.4, mit Hinweis auf SABINE GLESS, Basler Kommentar zur Strafprozessordnung, 2011, N. 42 f. zu Art. 141 StPO; GUNHILD GODENZI, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 264 ff.). Gleich entschied das Obergericht des Kantons Zürich (Beschluss UE120217 vom 22. Februar 2013 E. II/3.1).

- 5.2 Im vorliegenden Zusammenhang ist indessen zu berücksichtigen, dass die Einstellung des Strafverfahrens nur in Betracht kommt, wenn die Unverwertbarkeit der Beweise offensichtlich ist. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darf ein Strafverfahren nur in rechtlich und sachverhältnismässig klaren Fällen eingestellt werden. Im Zweifelsfall ist Anklage zu erheben (BGE 138 IV 86 E. 4.1.1; 137 IV 219 E. 7.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_127/2013 vom 9. September 2013 E. 4.3). Dies gilt auch bei Zweifeln über die Verwertbarkeit von Beweismitteln (vgl. Entscheid des Bundesstrafgerichts BB.2012.148 vom 10. April 2013 E. 2.1).
- 5.3 Laut Staatsanwaltschaft wäre es angesichts der Vielzahl nationaler und internationaler Nutzer des I.____-Netzwerks lebensfremd, die Ermittlung der IP-Adresse ... als Zufall zu betrachten. Viel wahrscheinlicher sei, dass dem isoliert dargestellten Treffer eine gezielte und systematische Suche bei einer unbestimmten Vielzahl von Nutzern des fraglichen P2P-Netzwerks vorausgegangen sei (Urk. 5 S. 4). Bei der gegebenen Sach- und Rechtslage hätte sie, die Staatsanwaltschaft, selber die IP-Adresse nicht beschaffen können (Urk. 5 S. 5). Die Beschwerdeführerin wendet ein, bei der Datenerhebung habe sie sich darauf beschränkt,

Hinweisen auf unrechtmässige Filesharing-Angebote bestimmter Musikproduktionen nachzugehen. Es sei keinesfalls so, dass in den "Shared Files" gestöbert worden sei (Urk. 2 S. 6 und 26).

Die Staatsanwaltschaft lässt es bei der Vermutung eines gezielten und systematischen Vorgehens durch MarkMonitor (Rasterfahndung) bewenden. Laut Stellungnahme zur Beschwerde verzichtete die Staatsanwaltschaft darauf, die Beschwerdeführerin resp. MarkMonitor zur Methode der Datenerhebung zu befragen, da kein entsprechender Beweisergänzungsantrag gestellt worden sei (Urk. 7 S. 3). Für den vorliegenden Zusammenhang ist ausschlaggebend, dass aufgrund der Ausführungen der Staatsanwaltschaft die Frage, ob im konkreten Fall vor der Datenerhebung durch MarkMonitor bereits Hinweise auf Urheberrechtsverletzungen vorlagen, aufgrund derer die Beschwerdeführerin eine Strafanzeige hätte erheben können, nicht zweifelsfrei verneint werden kann. Wenn dies zu bejahen wäre, so hätte ein Anfangsverdacht einer Urheberrechtsverletzung bestanden und wäre die Staatsanwaltschaft befugt gewesen, selber Beweise zu erheben (vgl. Art. 309 Abs. 1 lit. a StPO). Der Vorwurf der Beweiserhebung "auf's Geratewohl" (BeweisAusforschung) wäre unbegründet. Die Beschaffbarkeit der Beweise durch die Staatsanwaltschaft kann im konkreten Fall folglich nicht zweifelsfrei verneint werden. Dies spricht gegen die Einstellung des Strafverfahrens.

Sodann gilt es zu bedenken, dass die Frage der Verwertbarkeit illegal beschaffter Beweise durch Private von einer Abwägung der Interessen an der Strafverfolgung und am Persönlichkeitsschutz abhängt. Der Entscheid darüber erfordert eine Ermessensbetätigung. Im Logistep-Urteil liess das Bundesgericht die Frage der Verwertbarkeit explizit offen (BGE 136 II 508 E. 6.3). Unter diesen Umständen kann nicht von einer klaren Rechtslage gesprochen werden. Dies erfordert, den Entscheid über die Verwertbarkeit der Beweise und die damit verbundene Interessenabwägung dem Sachgericht zu überlassen.

- 5.4 Insgesamt erweist sich die Sach- und Rechtslage betreffend die Frage der Verwertbarkeit der unter Verletzung des DSG beschafften Beweise somit als unklar. Aus diesem Grund verletzt die Einstellung des Strafverfahrens den Grundsatz "im Zweifel für die Anklageerhebung" (Art. 5 Abs. 1 BV und Art. 2 Abs. 1 StPO in Verbindung mit Art. 319 Abs. 1 und Art. 324 Abs. 1 StPO).

6. Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als begründet. Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen, der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen hat im Endentscheid zu erfolgen (Art. 421 Abs. 1 StPO). Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren ist zuhanden der das Strafverfahren abschliessenden Behörde in Beachtung der Bemessungskriterien von § 2 Abs. 1 lit. b-d GebV OG und gestützt auf § 17 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'000.-- festzusetzen.

Im Hinblick auf den Untersuchungszweck wird der vorliegende Beschluss der III. Strafkammer des Obergerichts dem Nutzer der IP-Adresse ... im deliktsrelevanten Zeitpunkt, J._____, ... [Adresse], vorerst nicht mitgeteilt, sondern die Staatsanwaltschaft damit beauftragt, J._____ in einem späteren Zeitpunkt des Verfahrens darüber zu informieren.

Es wird beschlossen:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 4. März 2013 (D-1/2013/101) aufgehoben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens an die Staatsanwaltschaft zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 1'000.-- festgesetzt.
3. Die Regelung der Kostenaufgabe und allfälliger Entschädigungen wird dem Endentscheid vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an:
 - dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, zweifach, für sich, und zuhanden der Beschwerdeführerin (per Gerichtsurkunde);
 - die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich, unter gleichzeitiger Rücksendung der beigezogenen Akten (Urk. 8) (gegen Empfangsbestätigung).

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 Beschwerde Voraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Zürich, 3. Februar 2014

Obergericht des Kantons Zürich
III. Strafkammer

Präsident:

Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Th. Meyer

Dr. iur. C. Schoder