

# ZH\_OBERGERICHT UE180108 vom 5. Oktober 2018

ZH Obergericht, 2018-10-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_UE180108](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_UE180108)

FR: ZH\_OBERGERICHT UE180108 du 5 octobre 2018

IT: ZH\_OBERGERICHT UE180108 del 5 ottobre 2018

## Erwägungen

### E. 1

Am 29. August 2017 stellte A. \_\_\_\_\_ bei der Staatsanwaltschaft Zürich- Limmat Strafantrag gegen C. \_\_\_\_\_ wegen übler Nachrede, eventualiter Verleumdung und Beschimpfung sowie wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz. A. \_\_\_\_\_ sei der Geschäftsführer der B. \_\_\_\_\_ AG. C. \_\_\_\_\_ sei Arbeitnehmerin der B. \_\_\_\_\_ AG gewesen und die Cousine von D. \_\_\_\_\_. C. \_\_\_\_\_ habe sich in einem WhatsApp-Chat mit D. \_\_\_\_\_ (welche ebenfalls angezeigt wurde) ehrverletzend über A. \_\_\_\_\_ geäußert. Aus dem WhatsApp-Chat ergebe sich zudem der Hinweis, dass sie gegen das Betäubungsmittelgesetz verstossen habe (Urk. 11/1). Die Staatsanwaltschaft erliess am 9. März 2018 eine Nichtanhandnahmeverfügung (Urk. 3).

#### E. 1.1

Angefochten ist eine Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft.

- 3 - Dagegen ist die Beschwerde beim Obergericht zulässig (Art. 310 Abs. 2 i.V.m. Art. 322 Abs. 2 und Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO sowie § 49 GOG).

#### E. 1.2

Gemäss Art. 382 Abs. 1 StPO kann jede Partei, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheids hat, ein Rechtsmittel ergreifen. Der Begriff Partei ist im Sinne von Art. 104 und Art. 105 StPO zu verstehen (vgl. BGE 139 IV 78 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 6B\_601/2017 vom 26. Februar 2018 E. 2). Die Privatklägerschaft ist Partei (Art. 104 Abs. 1 lit. b StPO). Gemäss Art. 118 StPO gilt als Privatklägerschaft die geschädigte Person, die ausdrücklich erklärt, sich am Strafverfahren als Straf- oder Zivilklägerin oder -kläger zu beteiligen (Abs. 1). Der Strafantrag ist dieser Erklärung gleichgestellt (Abs. 2). Bei Straftatbeständen, die nicht primär Individualrechtsgüter schützen, gelten nur diejenigen Personen als Geschädigte, die durch die darin umschriebenen Tatbestände in ihren Rechten beeinträchtigt werden, sofern diese Beeinträchtigung unmittelbare Folge der tatbestandsmässigen Handlung ist. Im Allgemeinen genügt es, wenn das von der geschädigten Person angerufene Individualrechtsgut durch den verletzten Straftatbestand auch nur nachrangig oder als Nebenzweck geschützt wird, selbst wenn der Tatbestand in erster Linie dem Schutz von kollektiven Rechtsgütern dient. Werden durch Delikte, die nur öffentliche Interessen verletzen, private Interessen indes bloss mittelbar beeinträchtigt, ist der Betroffene nicht Geschädigter im Sinne des Strafprozessrechts (Urteile des Bundesgerichts 6B\_1200/2017 vom 4. Juni 2018 E. 2.3.2; 1B\_29/2018 vom 24. August 2018 E. 2.2; 6B\_297/2018 vom 6. September 2018 E. 4.3; je mit Hinweisen). Das Betäubungsmittelgesetz schützt die Gesundheit des Einzelnen und der Bevölkerung insgesamt (vgl. Art. 1 BetmG; BBl 2006 8591). Individualrechtsgüter werden nicht primär geschützt. Inwiefern die

Beschwerdeführer 1 und 2 ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung der Einstellungsverfügung in Bezug auf den Vorwurf der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz haben, legen sie in der Beschwerde nicht dar und ist auch nicht ersichtlich (vgl. Urk. 2;

- 4 - Art. 396 Abs. 1 und Art. 385 Abs. 1 StPO). Auf die Beschwerde ist insofern nicht einzutreten.

### **E. 1.3**

Die Beschwerdeführerin 2 äussert sich in der Beschwerde nicht zu ihrer Legitimation zur Erhebung der Beschwerde (vgl. Urk. 2). In der Strafanzeige bzw. dem Strafantrag vom 29. August 2017 gegen die Beschwerdegegnerin 1 erscheint einzig der Beschwerdeführer 1 als Antragsteller (vgl. Urk. 11/1 S. 1). In der Strafanzeige werden einzig die Vorwürfe der Ehrverletzung und des Verstosses gegen das Betäubungsmittelgesetz erhoben (vgl. Urk. 11/1). Inwiefern die Beschwerdeführerin 2 diesbezüglich Geschädigte bzw. Partei sein soll, ist weder ersichtlich noch von der Beschwerdeführerin 2 dargetan. Wenn die Beschwerdeführerin 2 in der Beschwerde den Betreff "Verletzung des Geschäftsgeheimnisses" anführt (Urk. 2 S. 2 oben), übersieht sie, dass sie diesbezüglich keinen Strafantrag gegen die Beschwerdegegnerin 1 gestellt hat (vgl. Art. 162 StGB), obschon sie im Juni 2017 von den WhatsApp-Chats Kenntnis genommen hatte (vgl. Urk. 11/1 S. 2). Der Vorwurf der Verletzung des Geschäftsgeheimnisses durch die Beschwerdegegnerin 1 ist nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung und kann daher nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sein. Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 ist nicht einzutreten.

### **E. 1.4**

Der Beschwerdeführer 1 ist zur Erhebung der Beschwerde in Bezug auf den Vorwurf der Ehrverletzung befugt. Auf seine Beschwerde ist insofern sowie unter Vorbehalt der nachfolgenden Erwägungen einzutreten. 2. Nach Art. 309 Abs. 1 lit. a StPO eröffnet die Staatsanwaltschaft eine Untersuchung, wenn sich aus den Informationen und Berichten der Polizei, aus der Strafanzeige oder aus ihren eigenen Feststellungen ein hinreichender Tatverdacht ergibt. Sie verzichtet auf die Eröffnung, wenn sie sofort eine Nichtanhandnahmeverfügung oder einen Strafbefehl erlässt (Art. 309 Abs. 4 StPO). Gemäss Art. 310 Abs. 1 StPO verfügt die Staatsanwaltschaft die Nichtanhandnahme, sobald aufgrund der Strafanzeige oder des Polizeirapports feststeht, dass die fraglichen Straftatbestände oder die Prozessvoraussetzungen eindeutig nicht erfüllt sind (lit. a), Verfahrenshindernisse bestehen (lit. b) oder aus den in Art. 8 StPO genannten Gründen auf eine Strafverfolgung zu verzichten ist (lit. c). Die Frage,

- 5 - ob ein Strafverfahren über eine Nichtanhandnahme erledigt werden kann, beurteilt sich grundsätzlich nach dem aus dem Legalitätsprinzip abgeleiteten Grundsatz "in dubio pro durore" (Art. 5 Abs. 1 BV und Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 319 Abs. 1 und Art. 324 Abs. 1 StPO). Eine Nichtanhandnahme darf nur in sachverhältnismässig und rechtlich klaren Fällen ergehen. Es muss sicher feststehen, dass der Sachverhalt unter keinen Straftatbestand fällt. Im Zweifelsfall ist eine Untersuchung zu eröffnen (BGE 137 IV 285 E. 2.3; Urteile des Bundesgerichts 6B\_929/2015 vom 7. April 2016 E. 2.2.1; 6B\_544/2016 vom 17. November 2016 E. 3.1; 6B\_1053/2015 vom 25. November 2016 E. 4.2.1; 6B\_1104/2017 vom 13. April 2018 E. 2.3.1; 6B\_179/2018 vom 27. Juli 2018 E. 3.1; je mit Hinweisen).

### **E. 2**

A.\_\_\_\_\_ und die B.\_\_\_\_\_ AG erheben Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich (Urk. 2). Sie beantragen die Aufhebung der Nichtanhandnahmeverfügung. Die Staatsanwaltschaft sei anzuweisen, auf die Strafanzeige vom 29. August 2017 einzutreten und eine Untersuchung zu eröffnen. Die Staatsanwaltschaft und C.\_\_\_\_\_ haben sich je vernehmen lassen (Urk. 11 und Urk. 12). Sie beantragen je die Abweisung der Beschwerde. A.\_\_\_\_\_ und die B.\_\_\_\_\_ AG halten in der Replik an ihren Anträgen fest (Urk. 16). Die Staatsanwaltschaft hat auf eine Duplik verzichtet (Urk. 20). C.\_\_\_\_\_ hat ebenfalls auf eine Duplik verzichtet (Urk. 22).

### **E. 3**

Die Staatsanwaltschaft erwog in der angefochtenen Verfügung, der Beschwerdeführer 1 habe sämtliche Informationen zum Sachverhalt aus dem firmeneigenen Smartphone, welches von D.\_\_\_\_\_ genutzt worden sei. Anlässlich einer Überprüfung des Smartphones sei der Beschwerdeführer 1 auf die WhatsApp-Chats gestossen. Der Tatverdacht ergebe sich einzig aus den WhatsApp-Protokollen. Dabei handle es sich um privat beschaffte Beweismittel. Die Erstellung der WhatsApp-Protokolle mittels Screenshots sei ein Bearbeiten von Personendaten. Das Datenschutzgesetz (SR 235.1) sei anwendbar. Vor der Überprüfung des Smartphones habe kein Verdacht gegen die Beschwerdegegnerin 1 oder D.\_\_\_\_\_ bestanden. Die Überprüfung widerspreche dem Anstellungsverglement. Eine Einwilligung von D.\_\_\_\_\_ in eine verdachtsunabhängige Überprüfung des Smartphones liege nicht vor. Eine solche Überprüfung sei für sie nicht erkennbar gewesen und sei ihr nicht angekündigt worden. Es sei kein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse an der Überprüfung des Smartphones ersichtlich, das die begangene Persönlichkeitsverletzung rechtfertige. Die Überprüfung des Smartphones sei widerrechtlich gemäss Art. 12 f. DSG gewesen. Auch die Strafverfolgungsbehörden hätten die Protokolle mangels vorbestehenden Tatverdachts nicht rechtmässig erheben können. Die Beweismittel seien deshalb unverwertbar. Ohne die Protokolle gebe es keinen Tatverdacht, weshalb die Untersuchung nicht an die Hand zu nehmen sei (Urk. 3).

- 6 -

### **E. 4**

Bei der Verwertung privat beschaffter Beweismittel ist zu unterscheiden, ob die Privatperson sie rechtswidrig erlangte oder nicht. Sammeln Privatpersonen Beweise, ohne die für sie geltenden Vorschriften zu verletzen, dürfen die Strafbehörden die Beweise grundsätzlich verwerten (vgl. Stefan Maeder, Verwertbarkeit privater Dashcam-Aufzeichnungen im Strafprozess, in: AJP 2/2018 S. 155 ff., insb. S. 157; Sabine Gless, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2014, N. 40c zu Art. 141 StPO). Anders verhält es sich, wenn die Privatperson die Beweismittel rechtswidrig erlangt. Die Strafprozessordnung enthält Bestimmungen zu den verbotenen Beweiserhebungen (Art. 140 StPO) und zur Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise (Art. 141 StPO). Wieweit die Beweisverbote auch greifen, wenn nicht staatliche Behörden, sondern Privatpersonen Beweismittel sammeln, wird in der Strafprozessordnung nicht explizit geregelt. Nach der Rechtsprechung sind von Privaten rechtswidrig erlangte Beweismittel nur verwertbar, wenn sie von den Strafverfolgungsbehörden rechtmässig hätten erlangt werden können und kumulativ dazu eine Interessenabwägung für deren Verwertung spricht. Bei von Privaten rechtswidrig erlangten Beweismitteln gilt kein prinzipielles

Verwertungsverbot (Urteil des Bundesgerichts 1B\_76/2016 vom 30. März 2016 E. 2.2; vgl. auch Urteile des Bundesgerichts 6B\_786/2015 vom 8. Februar 2016 E. 1.2; 6B\_667/2016 vom 25. Januar 2017 E. 1.2; 6B\_1241/2016 vom 17. Juli 2017 E. 1.2.2; 6B\_911/2017 vom 27. April 2018 E. 1.1). Die Rechtswidrigkeit der Beweismittelerhebung durch Privatpersonen kann sich nicht nur aus einem Verstoss gegen eine Norm des Strafrechts ergeben. Die für Privatpersonen zu beachtenden Rechtsvorschriften sind umfassend zu verstehen. Auch Verstösse gegen die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen oder das Datenschutzgesetz können die Rechtswidrigkeit begründen (vgl. Maeder, a.a.O., S. 157; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 6B\_1310/2015 vom 17. Januar 2017 E. 5 und E. 7; vgl. auch ZR 117/2018 Nr. 37; Gless, a.a.O., N. 42 zu Art. 141 StPO; a.M. Gunhild Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 171, wonach nur strafrechtswidriges Verhalten der Pri-

- 7 - vatperson bei der Beweisbeschaffung für die Verwertungsfrage massgebend sein soll; ebenfalls a.M. Riedo/Fiolka/Niggli, Strafprozessrecht, Basel 2011, N. 1078).

### **E. 5.1**

Die Staatsanwaltschaft ist der Auffassung der Beschwerdeführer 1 habe die WhatsApp-Protokolle durch einen Verstoss gegen das Datenschutzgesetz erlangt. Der Beschwerdeführer 1 wendet ein, das Datenschutzgesetz sei nicht anwendbar (Urk. 2 S. 4 ff.).

### **E. 5.2**

Gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. a DSG gilt das Datenschutzgesetz für das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen durch private Personen. Gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG ist es nicht anwendbar auf hängige Strafverfahren.

### **E. 5.3**

Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG beschränkt den Geltungsbereich des Datenschutzgesetzes. Betroffen sind nach dem Wortlaut der Bestimmung "hängige" Strafverfahren. Die Ausnahmebestimmung von Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG beruht auf der Überlegung, dass der Persönlichkeitsschutz durch die Bestimmungen des Prozessrechts (StPO) hinreichend gesichert und geregelt wird. Käme das Datenschutzgesetz auf ein hängiges Strafverfahren zur Anwendung, würden sich zwei Gesetze teilweise überlagern. In Bezug auf den Zivilprozess hat es das Bundesgericht abgelehnt, den Begriff "hängig" in zeitlicher Hinsicht auf das Vorfeld des Zivilprozesses auszudehnen (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 4A\_188/2015 vom 31. August 2015 E. 3.1). Analoges gilt im Strafprozess, zumal adhäsionsweise zivilrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden können (vgl. Art. 122 ff. StPO). Ab wann ein Strafverfahren als "hängig" zu bezeichnen ist, kann hier offen bleiben. Der Beschwerdeführer 1 gelangte (autonom) in den Besitz der Chatprotokolle, bevor er Strafanzeige erstattete bzw. Strafantrag stellte. Er legte die Protokolle der Strafanzeige vom 29. August 2017 bei (vgl. Urk. 11/1 und Urk. 11/2). Damit hat er die Beweismittel erlangt, bevor ein Strafverfahren "hängig" war. Die diesbezüglichen Einwendungen des Beschwerdeführers 1 sind unbegründet (vgl. Urk. 2 S. 5-6). Das Datenschutzgesetz ist anwendbar.

- 8 -

### **E. 6.1**

Der Beschwerdeführer 1 macht geltend, die Überprüfung des Smartphones sei nicht widerrechtlich gewesen. Es liege der Rechtfertigungsgrund der "Einwilligung des Verletzten" gemäss Art. 13 Abs. 1 DSGVO vor. Für die Arbeit im Aussendienst seien ca. 400 Smartphones im Einsatz. Die Mitarbeiter unterzeichneten eine Verpflichtung, die Geräte nur für berufliche Zwecke zu verwenden. In unregelmässigen Abständen würden defekte Geräte an den Hauptsitz geschickt, um Fehler zu prüfen. Am 8. und 9. Juni 2017 seien 40 Geräte zum Hauptsitz geliefert worden. Bei der Überprüfung sei auf einem Gerät ein WhatsApp Account mit den entsprechenden Inhalten festgestellt worden. D.\_\_\_\_\_ habe als Assistentin des Beschwerdeführers 1 Kenntnis von sämtlichen Tagesabläufen und Vorgängen gehabt. Sie habe gewusst, dass das ihr aus geschäftlichen Gründen ausgeliehene Smartphone wie jedes andere standardmässig und verdachtsunabhängig geprüft werde. Sie sei folglich damit einverstanden gewesen, dass es für diese routinemässige Durchleuchtung des firmeneigenen Smartphones kein vorgängigen Verdacht gebraucht habe. Es sei für sie im Sinne von Art. 4 Abs. 4 DSGVO schon vor der Aushändigung des Smartphones erkennbar und aus den Umständen ersichtlich im Sinne von Art. 4 Abs. 3 DSGVO gewesen, dass nicht nur alle anderen Smartphones, sondern auch das ihr persönlich abgegebene und wieder zurückverlangte firmeneigene Smartphone einer verdachtsunabhängigen Routineprüfung unterliegen würde (Urk. 2 S. 6 ff.).

## **E. 6.2**

Gemäss Art. 13 Abs. 1 DSGVO ist eine Verletzung der Persönlichkeit widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist.

## **E. 6.3**

D.\_\_\_\_\_ war keine Mitarbeiterin im Aussendienst. Sie war als Assistentin des Beschwerdeführers 1 im "Innendienst" tätig. Sie erhielt das Smartphone von der Beschwerdeführerin 2 ausgeliehen, da sie ihr persönliches Smartphone verloren hatte und aus geschäftlichen Gründen erreichbar sein musste (Urk. 11/8 S. 2 und Urk. 2 S. 9). Die Staatsanwaltschaft erwog in der angefochtenen Verfügung, die Überprüfung des firmeneigenen Smartphones von D.\_\_\_\_\_ widerspreche dem Anstellungsreglement (Urk. 3 S. 4). Der Beschwerdeführer 1 äussert sich in der

- 9 - Beschwerde nicht dazu. Mit dem Hinweis, die Mitarbeiter würden eine Verpflichtung unterzeichnen, wonach sie die Geräte nur für berufliche Zwecke verwenden dürften, ist die Feststellung der Staatsanwaltschaft nicht substantiiert bestritten. Was der Beschwerdeführer 1 in der Replik (Urk. 16) zum Anstellungsreglement ausführt, ist unbeachtlich. Die diesbezüglichen Vorbringen erfolgten nicht innerhalb der Rechtsmittelfrist, obschon der Beschwerdeführer 1 Anlass hatte, sich diesbezüglich in der Beschwerde zu äussern (vgl. Art. 396 Abs. 1 und Art. 385 Abs. 1 StPO). D.\_\_\_\_\_ erhielt das Smartphone zu einem anderen Zweck als die Aussendienstmitarbeiter. Selbst wenn ihr die Abläufe in Bezug auf den Umgang mit den firmeneigenen Smartphones der Aussendienstmitarbeiter bekannt waren, lässt sich daraus keine Einwilligung ableiten. Werden nicht arbeitsbezogene Applikationen und Konfigurationen gelöscht und die Geräte auf die Ursprungskonfiguration zurückgesetzt (Urk. 2 S. 7), ist eine "Durchleuchtung" im Sinne einer Inhaltskontrolle nicht arbeitsbezogener Applikationen nicht notwendig und deshalb unverhältnismässig. Der Beschwerdeführer 1 legt die Notwendigkeit einer Inhaltskontrolle in der Beschwerde nicht dar. Aufgrund des von ihm beschriebenen Umgangs mit den

firmeneigenen Smartphones ergibt sich nicht, dass D.\_\_\_\_\_ mit einer Inhaltsprüfung nichtarbeitsbezogener Applikationen rechnen musste. Rechnen musste sie höchstens mit der Löschung der Applikation. Eine Einwilligung des Verletzten im Sinne von Art. 13 Abs. 1 DSGVO ist nach dem Gesagten nicht dargetan.

### **E. 7.1**

Der Beschwerdeführer 1 macht geltend, es liege der Rechtfertigungsgrund des "überwiegenden privaten Interesses" im Sinne von Art. 13 Abs. 1 DSGVO vor (Urk. 2 S. 8 ff.). Die Beschwerdegegnerin 1 unterliege als Arbeitnehmerin und D.\_\_\_\_\_ als Assistentin des Geschäftsführers einer Treuepflicht gegenüber der Beschwerdeführerin 2. Sie hätten jeglichen Schaden vom Arbeitgeber abzuwenden. Sie hätten die Arbeitsgeräte, wozu das Smartphone gehöre, fachgerecht zu bedienen. Die Benutzung des firmeneigenen Smartphones zu privaten Zwecken oder ehrverletzenden Äusserungen sei keine fachgerechte Bedienung. Das

- 10 - Smartphone habe ausschliesslich dazu gedient, um zu telefonieren und nicht, um WhatsApp zu installieren und damit Nachrichten auszutauschen. Die Beschwerdeführerin 2 sei auch der Arbeitgeber des Beschwerdeführers 1. Dieser sei Geschäftsführer. Ihm gegenüber habe die Beschwerdeführerin 2 eine Fürsorgepflicht. Sie habe die Pflicht, jeglichen Schaden vom leitenden Arbeitnehmer abzuwenden. Sie müsse ihn vor Übergriffen von Dritten schützen. Die auf dem Smartphone versandten WhatsApp-Nachrichten und Fotos eines Pornodarstellers seien zudem eine sexuelle Belästigung gegenüber dem Beschwerdeführer 1. Dieser Verstoss gegen Art. 3 und Art. 4 GlG sei ein Anwendungsfall von Art. 328 Abs. 2 OR. Die Beschwerdeführerin 2 sei zum Einschreiten verpflichtet gewesen. Damit sei der Rechtfertigungsgrund des privaten Interesses der Beschwerdeführerin 2 gemäss Art. 13 Abs. 1 DSGVO gegeben. Durch die strafbaren Handlungen der Beschwerdegegnerin 1 und von D.\_\_\_\_\_ seien die Persönlichkeitsrechte des Beschwerdeführers 1 verletzt worden. Er habe daher ein privates Interesse, gegen die Beschwerdegegnerin 1 vorzugehen. Dies gewähre ihm Art. 28 ff. ZGB. Der Rechtfertigungsgrund nach Art. 13 Abs. 1 DSGVO sei damit ebenfalls gegeben.

### **E. 7.2**

Art. 13 Abs. 1 DSGVO setzt ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse voraus. Wer Daten bearbeitet, hat zu belegen, weshalb die geltend gemachten Interessen überwiegen sollen. Es genügt nicht, dass die sich gegenüber stehenden Interessen gleichwertig sind (Amédéo Wermelinger, in: Baeriswyl/Pärli (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Bern 2015, N. 8 zu Art. 13 DSGVO). Der Beschwerdeführer 1 führt in der Beschwerde seine Interessen und diejenigen der Beschwerdeführerin 2 an. Inwiefern diese die Interessen der Beschwerdegegnerin 1 und von D.\_\_\_\_\_, welche ebenfalls Arbeitnehmerinnen der Beschwerdeführerin 2 waren, überwiegen sollen, legt der Beschwerdeführer 1 jedoch nicht dar. Um ein überwiegendes Interesse darzulegen, ist eine (zumindest kurze) Abwägung der auf der Spiel stehenden Interessen notwendig. Eine solche Abwägung ist allein mit der Darlegung der eigenen Interessen nicht begründet. Die Beschwerde genügt insofern den Begründungsanforderungen nicht (vgl. Art. 396 Abs. 1 und Art. 385 Abs. 1 StPO). Auf die Rüge ist folglich nicht weiter einzugehen.

- 11 -

### **E. 7.3**

Selbst wenn die Begründungsanforderungen erfüllt wären, wäre die fragliche Rüge nicht stichhaltig. Der Arbeitgeber darf nur Daten über den Arbeitnehmer bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrags erforderlich sind (vgl. Art. 328b OR). Der Arbeitgeber hat bei der Bearbeitung von Personendaten die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen (vgl. Art. 328 Abs. 1 Satz 1 OR). Die Bearbeitung von Personendaten muss verhältnismässig sein (Art. 4 Abs. 2 DSG). Der Beschwerdeführer 1, die Beschwerdegegnerin 1 und D.\_\_\_\_\_ sind/waren nach der Darstellung des Beschwerdeführers 1 Arbeitnehmer der Beschwerdegegnerin 2. Die Pflicht, die Persönlichkeit der Arbeitnehmer zu achten und zu schützen betrifft den Beschwerdeführer 1, die Beschwerdegegnerin 1 und D.\_\_\_\_\_ gleichermassen. Ein überwiegendes Interesse der Beschwerdeführerin 2 ist insofern nicht ersichtlich. Die Beschwerdeführerin 2 hatte das Smartphone an D.\_\_\_\_\_ ausgeliehen, weil sie ihr eigenes verloren hatte. Es ist fraglich, ob ihr unter diesen Umständen eine private Nutzung des Smartphones untersagt war. Sie nutzte ihr eigenes Smartphone, bevor sie es verlor, um geschäftlich erreichbar zu sein (Urk. 11/8 S. 2 lit. b). Wenn die Beschwerdeführerin 2 ihr Ersatzangebot, musste sie grundsätzlich damit rechnen, dass D.\_\_\_\_\_ das Smartphone auch privat nutzte. Selbst wenn es zutrifft, dass D.\_\_\_\_\_ das Smartphone nicht hätte privat nutzen dürfen, hätte die Verhältnismässigkeit der Bearbeitung von Personendaten nur erfordert, die Applikation (WhatsApp) zu löschen. Die Installation der Applikation rechtfertigt die Durchsichtung der damit versandten Nachrichten nicht. Daraus lässt sich kein überwiegendes Interesse der Beschwerdeführerin 2 herleiten. Soweit der Beschwerdeführer 1 ein privates Interesse geltend macht, wonach seine Persönlichkeitsrechte verletzt worden seien, übersieht er, dass er sich damit auf das Resultat der Datenauswertung beruft. Massgebend ist aber nicht das Resultat der beschafften Daten, sondern sein Interesse vor Erhebung der Daten, sprich der durchgeführten Inhaltskontrolle. An einer solchen Kontrolle konnte er vor deren Vornahme kein überwiegendes Interesse haben, da er von der Persönlichkeitsverletzung keine Kenntnis hatte. Andernfalls wäre er mit seinem Argu-

- 12 - ment stets legitimiert, sämtliche E-Mails seiner Mitarbeiter ohne Einschränkung präventiv zu überwachen. Eine derartige Verhaltensüberwachung ist jedoch grundsätzlich unzulässig (vgl. dazu den Leitfaden über Internet- und E-Mailüberwachung am Arbeitsplatz, Für die Privatwirtschaft, des eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten, September 2013, S. 6; abrufbar im Internet auf <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/arbeitsbereich/ueberwachung-am-arbeitsplatz/internet--und-e-mail-ueberwachung.html>). Zudem ist auch nicht ersichtlich, inwiefern sein Interesse an der Bestrafung der Beschwerdegegnerin 1 höher sein soll als jenes der Beschwerdegegnerin 1 und von D.\_\_\_\_\_ am Schutz ihrer Persönlichkeiten. Sowohl bei Ehrverletzungsdelikten als auch bei der unzulässigen Durchsichtung des Inhalts der WhatsApp-Nachrichten geht es um den Schutz der Persönlichkeit. Die Interessen erscheinen in vorliegender Konstellation gleichwertig. Der Beschwerdeführer 1 macht darüber hinaus keine weiteren Interessen geltend. Ein überwiegendes privates Interesse des Beschwerdeführers 1 ist nicht gegeben.

### **E. 8.1**

Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer 1 die Beweismittel rechtswidrig erlangte. Die Staatsanwaltschaft erwägt dazu, hätten die Strafverfolgungsbehörden die WhatsApp-Protokolle als Beweismittel erhoben, hätte dies

die Staatsanwaltschaft mittels Durchsuchung des Smartphones gemäss Art. 241 Abs. 1 StPO getan. Dabei handle es sich um eine Zwangsmassnahme, deren Anordnung einen hinreichenden Tatverdacht erfordere. Da sich dieser erst und ausschliesslich mit der Durchsuchung ergeben hätte, hätte es sich bei einer Durchsuchung um eine unzulässige Beweisausforschung gehandelt. Deren Ergebnisse wären nicht verwertbar gewesen. Die WhatsApp-Protokolle hätten nicht rechtmässig erlangt werden können, weshalb sie nicht verwertbar seien (Urk. 3 S. 5).

### **E. 8.2**

Der Beschwerdeführer 1 macht geltend, die Staatsanwaltschaft habe bereits konkrete Hinweise auf die ehrverletzenden Äusserungen gehabt. Im Strafantrag vom 29. August 2017 seien der Staatsanwaltschaft sämtliche WhatsApp-Auszüge

- 13 - als Beilagen zugestellt worden. Sie habe keine "fishing expedition" vornehmen müssen (Urk. 2 S. 10 f.).

### **E. 8.3**

Massgebend ist nach der Rechtsprechung, ob die Staatsanwaltschaft die Beweise rechtmässig hätte erlangen können (vgl. dazu vorne E. 4). Wesentlich ist, ob die Behörden das strittige Beweismittel hätten erheben können, wenn ihnen der Tatverdacht bekannt gewesen wäre (Urteil des Bundesgerichts 6B\_1241/2016 vom 17. Juli 2017 E. 1.2.2). Vor der Bearbeitung der WhatsApp-Daten war weder den Behörden noch dem Beschwerdeführer 1 ein Tatverdacht bekannt. Wie die Staatsanwaltschaft zutreffend ausführt, wäre es daher nicht möglich gewesen, eine Zwangsmassnahme anzuordnen, da diese einen hinreichenden Tatverdacht voraussetzt (vgl. Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO). Die Staatsanwaltschaft hätte die WhatsApp-Protokolle nicht rechtmässig erlangen können.

### **E. 9**

Sind die von dem Beschwerdeführer 1 eingereichten Beweismittel (WhatsApp-Auszüge) nicht verwertbar, sind keine Beweismittel vorhanden. Ein Tatverdacht, der die Eröffnung einer Strafuntersuchung rechtfertigt, liegt nicht vor. Die Staatsanwaltschaft hat zu Recht eine Nichtanhandnahmeverfügung erlassen.

### **E. 10.1**

Die Beschwerde des Beschwerdeführers 1 ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 ist nicht einzutreten. Die Beschwerdeführer unterliegen. Sie haben die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Da die Beschwerdeführer 1 und 2 gemeinsam eine Beschwerde eingereicht haben, haben sie die Kosten des Beschwerdeverfahrens gemeinsam verursacht. Sie haften für diese Kosten solidarisch (Art. 418 Abs. 2 StPO). Angesichts der Bedeutung und Schwierigkeit des Falls sowie des Zeitaufwands des Gerichts ist die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren auf Fr. 1'300.-- festzusetzen (§ 17 Abs. 1 und § 2 Abs. 1 GebV OG).

### **E. 10.2**

Da die Beschwerdeführer unterliegen, sind sie für das Beschwerdeverfahren nicht zu entschädigen (Art. 436 StPO).

- 14 - Wird das ausschliesslich vom Privatkläger erhobene Rechtsmittel abgewiesen, hat er die durch die adäquate Wahrnehmung der Verfahrensrechte entstandenen Verteidigungskosten der beschuldigten Person zu tragen (Urteil des Bundesgerichts

6B\_273/2017 vom 17. März 2017 E. 2, wonach es mit Bundesrecht in Einklang steht, wenn der Privatkläger die Anwaltskosten der beschuldigten Person im kantonalen Beschwerdeverfahren zu zahlen hat, wenn diese obsiegt). Vorliegend hat die Staatsanwaltschaft keine Strafuntersuchung eröffnet und eine Nichtanhandnahmeverfügung erlassen. Damit hat der Staat allfällige Kosten der Beschwerdegegnerin 1 nicht adäquat kausal verursacht. Auch allfällige Kosten der Beschwerdegegnerin 1 im Beschwerdeverfahren hat nicht der Staat adäquat kausal verursacht. Vielmehr haben die Beschwerdeführer 1 und 2 durch ihre Beschwerde allfällige Kosten der Beschwerdegegnerin 1 verursacht. Sie mussten aufgrund ihrer Beschwerde damit rechnen, dass sich die Beschwerdegegnerin 1 im Beschwerdeverfahren äussern wird. Die Kosten hat derjenige zu tragen, der sie adäquat kausal verursacht. Vorliegend haben deshalb die Beschwerdeführer 1 und 2 die Beschwerdegegnerin 1 für das Beschwerdeverfahren zu entschädigen. Da sie die Beschwerde gemeinsam eingereicht haben, haften sie der Beschwerdegegnerin 1 gegenüber solidarisch. Die Beschwerdegegnerin 1 hat sich im Beschwerdeverfahren durch eine Anwältin vertreten lassen (Urk. 12). Sie hat zur Beschwerde Stellung genommen und die Abweisung der Beschwerde beantragt. Sie obsiegt im Beschwerdeverfahren. Der Beizug eines Anwalts war vorliegend gerechtfertigt. Die Beschwerdeführer haben ihre Beschwerde ebenfalls durch einen Anwalt einreichen lassen. Die Waffen- gleichheit spricht deshalb für einen Beizug eines Anwalts durch die Beschwerdegegnerin 1. Die sich im Beschwerdeverfahren stellenden Fragen der Verwertbarkeit von Beweismitteln sind für einen Laien nicht einfach zu erfassen. Auch insofern war der Beizug eines Anwalts durch die Beschwerdegegnerin 1 gerechtfertigt. Die Beschwerdegegnerin 1 macht in ihrer Stellungnahme einen Aufwand von acht Stunden zuzüglich Spesen und Mehrwertsteuer geltend (Urk. 12 S. 10). Die Beschwerdeführer 1 und 2 haben sich dazu nicht geäußert (vgl. Urk. 16).

- 15 - Die Höhe der Entschädigung richtet sich nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV; LS ZH 215.3). Unter Berücksichtigung der Bedeutung und Schwierigkeit des Falls, der Verantwortung des Anwalts und des notwendigen Zeitaufwands ist die Entschädigung der Beschwerdegegnerin 1 auf Fr. 1'770.-- (zuzüglich 7,7% Mehrwertsteuer) festzusetzen.

### **E. 10.3**

Die Beschwerdeführerin 2 hat für das Beschwerdeverfahren eine Sicherheitsleistung von Fr. 5'000.-- bezahlt (Art. 383 StPO; Urk. 5-7). Die den Beschwerdeführern auferlegten Kosten und die ihnen auferlegte Entschädigung zu Gunsten der Beschwerdegegnerin 1 sind von der Sicherheitsleistung zu beziehen. Im Restbetrag ist die Sicherheitsleistung der Beschwerdeführerin 2 zurückzuerstatten - unter Vorbehalt allfälliger Verrechnungsansprüche des Staates. Es wird beschlossen:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.