



OGH Urteil vom 20.1.2011, 11 Os 163/10w – *Einziehung von Datenträgern*

**Der von der Einziehung gemäß § 26 Abs 1 StGB betroffene Gegenstand (hier: Computerfestplatten) muss insbesondere unter Klarstellung seiner Deliktstauglichkeit unverwechselbar bezeichnet werden, und zwar auch dann, wenn das Gericht von der Möglichkeit Gebrauch macht, das Urteil nach § 270 Abs 4 StPO gekürzt auszufertigen.**

Leitsatz verfasst von Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat am 20. Jänner 2011 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Zehetner als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schwab, Mag. Lendl, Mag. Michel und Dr. Oshidari als weitere Richter, in Gegenwart des Richteramtsanwärters Mag. Koller als Schriftführer, in der Strafsache gegen Thomas H\*\*\*\*\* wegen der Vergehen der pornographischen Darstellung Minderjähriger nach § 207a Abs 3 StGB, AZ 531 Hv 7/10f des Landesgerichts Korneuburg, über die von der Generalprokuratur gegen das Urteil dieses Gerichts vom 10. August 2010 (ON 13) erhobene Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprokuratur, Generalanwalt Dr. Eisenmenger und der Verteidigers Dr. Kier zu Recht erkannt:

Das Urteil des Landesgerichts Korneuburg vom 10. August 2010, GZ 531 Hv 7/10f-13, verletzt im Umfang der Einziehung der Festplatten Samsung SP 0812N, SN S00MJ10Y541291, Seagate SNF13KMA und Seagate Barracuda SN/9QFA8YFF § 26 Abs 1 StGB. Dieses Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, wird im Einziehungserkenntnis hinsichtlich der bezeichneten Festplatten aufgehoben und die Sache im Umfang der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landesgericht Korneuburg verwiesen.

### **Gründe:**

Im Ermittlungsverfahren AZ 24 St 7/10z der Staatsanwaltschaft Korneuburg gegen Thomas H\*\*\*\*\* wegen des Verbrechens der pornographischen Darstellung Minderjähriger nach § 207a Abs 3 StGB wurden am 22. März 2010 anlässlich der Durchführung einer vom Landesgericht Korneuburg zu AZ 433 HR 7/10i bewilligten Anordnung einer Durchsuchung die Festplatten Samsung SP 0812N, SN S00MJ10Y541291, Seagate SNF13KMA und Seagate Barracuda SN/9QFA8YFF sowie drei CDs sichergestellt (ON 5, Standblatt ON 7).

Auf allen Festplatten konnten im Zuge einer Suchwörterabfrage Textfragmente mit eindeutigem Bezug auf kinderpornographische Dateien vorgefunden werden. Weiters wurde auf der Festplatte Seagate SN/9QFA8YFF ein Aufruf von zwei kinderpornographischen Dateien nachvollzogen (S 7, 73 bis 91 in ON 5). Kinderpornographische Bild- oder Videodateien waren auf den Festplatten nicht festzustellen (S 7 in ON 5).

Mit (gekürzt ausgefertigtem) Urteil des Landesgerichts Korneuburg vom 10. August 2010, GZ 531 Hv 7/10f-13, wurde Thomas H\*\*\*\*\* rechtskräftig des Vergehens (richtig: der Vergehen) der pornographischen Darstellung Minderjähriger nach § 207a Abs 3 erster „bis“ (vgl allerdings *Philipp* in WK<sup>2</sup> § 207a Rz 33) vierter Fall StGB schuldig erkannt.

Danach hat er sich seit dem 3. August 2008 in M\*\*\*\*\* pornographische Darstellungen unmündiger und mündiger minderjähriger Personen verschafft und bis 22. März 2010 besessen, nämlich Video- und Bilddateien mit Nahaufnahmen der Schamgegend der Minderjährigen, indem er diese aus dem Internet „mittels der Festplatten Samsung SP 0812N, SN S00MJ10Y541291, Seagate SNF13KMA und Seagate Barracuda SN/9QFA8YFF

heruntergeladene“ und sodann auf der CD „nu“ 18 Video- und 5 Bilddateien, auf der CD „Sicherung“ 129 Bilddateien und auf der CD „SIC-NU1“ 145 Bilddateien speicherte. Unter einem wurden - entsprechend dem Antrag der Staatsanwaltschaft (ON 6) - die im Urteil bezeichneten Festplatten sowie die CDs gemäß § 26 Abs 1 StGB eingezogen. Einziehungsgründe sind der gekürzten Urteilsausfertigung nicht zu entnehmen (ON 13). Die CDs wurden über Auftrag des Landesgerichts Korneuburg vom 12. August 2010 durch die Verwahrungsstelle dieses Gerichts vernichtet (ON 18, 19). Am 28. September 2010 erteilte das Landesgericht Korneuburg dem Landeskriminalamt Niederösterreich den Auftrag, die dieser Behörde zuvor ausgefolgten (ON 17) Festplatten zu vernichten (ON 22). Diesem Auftrag wurde aufgrund einer telefonischen Anordnung des Einzelrichters bislang nicht entsprochen (vgl ON 26).

Das Einziehungserkenntnis steht - wie die Generalprokuratur gemäß § 23 Abs 1 StPO zutreffend ausführt - hinsichtlich der Festplatten mit dem Gesetz nicht im Einklang.

Eine Einziehung setzt nämlich voraus, dass diese vorbeugende Maßnahme nach der besonderen Beschaffenheit des Gegenstands geboten erscheint, um der Begehung mit Strafe bedrohter Handlungen durch den Täter selbst oder durch andere Personen entgegenzuwirken. Dabei spricht das in § 26 StGB verwendete Wort „geboten“ die Deliktstauglichkeit des Gegenstands an (*Ratz* in WK<sup>2</sup> § 26 Rz 6, 12; RIS-Justiz RS0121298).

Bei Datenträgern kommt eine Einziehung grundsätzlich dann in Betracht, wenn auf ihnen in Richtung der Begehung mit Strafe bedrohter Handlungen gefährliche Daten gespeichert sind (13 Os 96/06a; 14 Os 59/10y).

Der von der Einziehung betroffene Gegenstand muss jedoch insbesondere unter Klarstellung seiner Deliktstauglichkeit unverwechselbar bezeichnet werden (vgl *Lendl*, WK-StPO § 260 Rz 35; RIS-Justiz RS0123624), und zwar auch dann, wenn das Gericht von der Möglichkeit Gebrauch macht, das Urteil gemäß § 270 Abs 4 StPO gekürzt auszufertigen (vgl *Danek*, WK-StPO § 270 Rz 60).

Solche Feststellungen zu einer besonderen Beschaffenheit der eingezogenen Festplatten iSd § 26 Abs 1 StGB und zu einer fehlenden Möglichkeit deren Beseitigung (etwa durch Löschen verpönter Daten - 14 Os 59/10y - wodurch verhindert werden muss, dass sich jemand neuerlich den Besitz des pornographischen Materials verschaffen kann), enthält das Urteil nicht, sodass insoweit ein Rechtsfehler mangels Feststellungen vorliegt (*Ratz* in WK<sup>2</sup> § 26 Rz 18; 13 Os 43/08k).

Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich die Gesetzesverletzung zum Nachteil des Verurteilten ausgewirkt hat.

Nach Aufhebung des davon betroffenen Teils des Einziehungserkenntnisses (§ 292 letzter Satz StPO) war dem Erstgericht die Neudurchführung des Verfahrens aufzutragen.

## **Anmerkung\***

### **I. Das Problem**

Im Ermittlungsverfahren wegen des Verbrechens der pornographischen Darstellung Minderjähriger nach § 207a Abs 3 StGB stellte die StA anlässlich der Durchführung einer vom LG Korneuburg bewilligten Anordnung einer Durchsuchung die Festplatten Samsung SP 0812N, SN S00MJ10Y541291, Seagate SNF13KMA und Seagate Barracuda SN/9QFA8YFF sowie drei CDs beim späteren Angeklagten Thomas H\*\*\*\*\* sicher.

---

\* RA Dr. *Clemens Thiele*, LL.M. Tax (GGU), gerichtlich beedeter Sachverständiger in Urheberfragen aller Art, insbesondere Neue Medien und Webdesign; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

Auf allen Festplatten konnten im Zuge einer Suchwörterabfrage Textfragmente mit eindeutigem Bezug auf kinderpornographische Dateien vorgefunden werden. Auf einer Festplatte wurde ein Aufruf von zwei kinderpornographischen Dateien nachvollzogen. Kinderpornographische Bild- oder Videodateien waren auf den Festplatten allerdings nicht festzustellen. Nach durchgeführter mündlicher Hauptverhandlung wurde Thomas H\*\*\*\* mit (gekürzt ausgefertigtem) Urteil rechtskräftig der Vergehen der pornographischen Darstellung Minderjähriger nach § 207a Abs 3 erster und vierter Fall StGB schuldig erkannt. Unter einem wurden – entsprechend dem Antrag der StA – die im Urteil bezeichneten Festplatten sowie die CDs gemäß § 26 Abs 1 StGB eingezogen. Einziehungsgründe waren der gekürzten Urteilsausfertigung nicht zu entnehmen. Die CDs wurden über Auftrag des LG Korneuburg durch die Verwahrungsstelle dieses Gerichts vernichtet. Dem gleichlautenden Auftrag zur Vernichtung der Festplatten wurde aufgrund einer telefonischen Anordnung des Einzelrichters bislang nicht entsprochen.

Die Generalprokuratur bekämpfte das Einziehungserkenntnis über die Festplatten, da es mit § 26 StGB nicht im Einklang stünde.

## II. Die Entscheidung des Gerichts

Der OGH bestätigte diese Rechtsauffassung und führte aus, dass bei Datenträgern eine Einziehung grundsätzlich dann in Betracht kommt, wenn auf ihnen in Richtung der Begehung mit Strafe bedrohter Handlungen gefährliche Daten gespeichert sind. Eine Einziehung setzte nämlich voraus, dass diese vorbeugende Maßnahme nach der besonderen Beschaffenheit des Gegenstands geboten erschien, um der Begehung mit Strafe bedrohter Handlungen durch den Täter selbst oder durch andere Personen entgegen zu wirken.

Da nicht ausgeschlossen werden konnte, dass sich die Gesetzesverletzung zum Nachteil des Verurteilten ausgewirkt hatte, ordnete der OGH nach § 292 letzter Satz StPO eine Neudurchführung des Einziehungsverfahrens an.

## III. Kritische Würdigung und Ausblick

Die vorliegende Entscheidung ist durchaus bemerkenswert, wenngleich sich eine „technisch-semanticke Ungenauigkeit“ eingeschlichen hat: Dass der Täter das inkriminierte Bildmaterial „[...] aus dem Internet mittels der Festplatten [...] herunterlud“, ist faktisch ausgeschlossen, da es ein Herunterladen durch Festplatten nicht gibt, sondern nur ein solches *auf* derartige Datenträger. Dessen ungeachtet werden Festplatten für eine dauerhafte Speicherung der heruntergeladenen Daten benötigt und können demnach als Tatmittel für den Besitz durch Verkörperung der (unkörperlichen) Daten angesehen werden. Nach hM<sup>1</sup> spricht nämlich das in § 26 StGB verwendete Wort „geboten“ die Deliktstauglichkeit des Gegenstands an. Der von der Einziehung betroffene Gegenstand muss jedoch insbesondere unter Klarstellung seiner Deliktstauglichkeit unverwechselbar bezeichnet werden,<sup>2</sup> und zwar auch dann, wenn das Gericht von der Möglichkeit Gebrauch macht, das Urteil gemäß § 270 Abs 4 StPO gekürzt auszufertigen.<sup>3</sup>

Solche Feststellungen zu einer besonderen Beschaffenheit der eingezogenen Festplatten iSd § 26 Abs 1 StGB und zu einer fehlenden Möglichkeit deren Beseitigung (etwa durch Löschen verpönter Daten, wodurch verhindert werden muss, dass sich jemand neuerlich den Besitz des

---

<sup>1</sup> OGH 7.3.2007 13 Os 20/07a, nv zu SIM-Karten; Ratz in WK<sup>2</sup> § 26 Rz 6, 12.

<sup>2</sup> Vgl OGH 14.5.2008 13 Os 43/08k, nv; Lendl, WK-StPO § 260 Rz 35.

<sup>3</sup> Vgl Danek, WK-StPO § 270 Rz 60.

pornographischen Materials verschaffen kann), enthält das Urteil nicht, sodass insoweit ein Rechtsfehler mangels Feststellungen vorliegt.<sup>4</sup>

Damit greifen die Höchststrichter ein bislang eher vernachlässigbares Abgrenzungsproblem zwischen der Einziehung nach § 26 Abs 1 und Abs 2 StGB auf, das sich iZm elektronischen Datenträgern (erstmalig besonders drängend) stellt. Die Einziehung hat nämlich nach Abs 2 leg.cit. zu unterbleiben, wenn die vorbeugende Maßnahme unverhältnismäßig ist, d.h. der Betroffene wirtschaftlich unbillig getroffen wird.<sup>5</sup> Es ist aber nicht die Aufgabe des Gerichts, die wirtschaftlichste Vorgangsweise zu suchen oder die Kosten der Gefahrenbeseitigung zu tragen,<sup>6</sup> sodass die Unterstellung der Festplatten mit rechtsverletzendem Inhalt im Grundsatz unter § 26 Abs 1 StGB iS einer Deliktstauglichkeit mE vertretbar erscheint. Im neu durchzuführenden Verfahren bedarf es daher einer genaueren technischen Abklärung, ob ausreichend Gewähr dafür geboten ist, dass die Datenträger die Allgemeinheit nicht (weiter) gefährden.

#### **IV. Zusammenfassung**

Der OGH gestattet grundsätzlich die Einziehung von Computerfestplatten (hier: mit mutmaßlich kinderpornografischem Material) unter Klarstellung der Deliktstauglichkeit nach § 26 Abs 1 StGB. Im objektiven Verfahren nach § 26 Abs 3 StGB ist auf eine unverwechselbare Bezeichnung ebenso zu achten wie auf die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips (z.B. Löschen vor Vernichten), und zwar auch dann, wenn das Gericht von einer gekürzten Urteilsausfertigung nach § 270 Abs 4 StPO Gebrauch macht.

---

<sup>4</sup> So bereits OGH 18.5.2010, 14 Os 59/10y, nv; 29.1.2009, 13 Os 43/08k, EvBl-LS 2008/8 = Jus-Extra OGH-St 4186; ebenso Ratz in WK<sup>2</sup> § 26 Rz 18.

<sup>5</sup> Tischler in SbgK § 26 Rz 21.

<sup>6</sup> Vgl. OGH 21.6.1989, 14 Os 34/89, nv, zum Ansammeln von Kampfmitteln nach § 280 StGB.