



## Big Data in Entsiegelungssachen – zu einem neuen Textbaustein des Bundesgerichts

DOMINIK KAWA\*

*Entsiegelungshindernisse müssen substantiiert werden. Laut Bundesgericht gilt dies «besonders bei grossen Datenmengen». In diesen Fällen braucht das Gericht die versiegelten Speicher nicht auf tangierte Geheimnisinteressen hin zu durchforschen. Vielmehr ist es am Antragsgegner, die betreffenden Aufzeichnungen, Dateien und Speicherorte anzugeben. Ausgehend von einem Textbaustein des Bundesgerichts fasst der vorliegende Aufsatz dessen neueste Rechtsprechung zusammen und kommt zum Schluss, dass das Abstellen auf ganze Datenträger mithilfe von Suchbegriffen oft sachgerechter wäre.*

*Les objections à la levée des scellés doivent être suffisamment étayées. Selon le Tribunal fédéral, cela vaut « en particulier lorsqu'une grande quantité de données est en cause ». Dans ces cas, le tribunal n'est pas tenu de fouiller les supports de stockage mis sous scellés afin d'identifier les intérêts au maintien du secret qui pourraient être touchés. Il appartient au contraire à celui qui s'oppose à la demande de levée des scellés d'indiquer les enregistrements, fichiers et emplacements de stockage concernés. En se basant sur un élément de texte du Tribunal fédéral, le présent article résume sa jurisprudence la plus récente et parvient à la conclusion qu'il serait souvent plus approprié de s'appuyer sur les supports de données entiers grâce à des termes de recherche.*

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Wie gross sind «grosse» Datenmengen?
- III. Nicht «irgendwo irgendwelche»
  - A. Art des Entsiegelungshindernisses
  - B. Angabe des Speicherorts?
  - C. Vom Speicherort zum Suchbegriff
- IV. Folgen fehlender Substanziierung
- V. Schluss

### I. Einleitung

«Dies gilt besonders bei grossen Datenmengen.» Vor zwei Jahren gebrauchte das Bundesgericht diesen Satz zum ersten Mal.<sup>1</sup> Er betrifft die Substanziierungspflicht bei der Geltendmachung von Entsiegelungshindernissen: Wenn der Antragsgegner einwendet, die beschlagnahmten Sachen seien nicht untersuchungsrelevant oder geheimnissgeschützt, so hat er dies ausreichend klar zu umreißen. In diesem Zusammenhang etablierte sich die Formel von den «grossen Datenmengen» rasch als Textbaustein für Entsiegelungssachen, wann immer Datenträger im Zentrum standen – so zuletzt im Urteil 1B\_378/2020 vom 26. Mai 2021, E. 1.1.<sup>2</sup>

In den dreizehn Urteilen, in denen das Bundesgericht bisher auf den Satz zurückgriff, reicherte es ihn fallweise mit Zusatzbemerkungen an. Diese erlauben es, in der Zusammenschau näher zu bestimmen, wann man es mit «grossen Datenmengen» zu tun hat und was daraus für die Substanziierungspflichten des Antragsgegners folgt.<sup>3</sup>

### II. Wie gross sind «grosse» Datenmengen?

Daten sind angewiesen auf Datenträger, wobei die heutigen Speicherkapazitäten es mühelos erlauben, eine «grosse Datenmenge» auf nur einem Träger zu versammeln. Insofern greift die Aussage des Bundesgerichts zu kurz, dass bei drei Datenträgern noch nicht von einer grossen Datenmenge gesprochen werden könne.<sup>4</sup> Dies umso mehr, als es in der Vorwoche zwei Mobiltelefone und wenige Tage danach sogar nur eines als «grosse Datenmenge» angesehen hat.<sup>5</sup>

Klar erreicht ist die kritische Masse, wenn die Siegelung «unter anderem fünf Smartphones, fünf Notebooks, ein iPad und zwei externe Festplatten, je mit sehr umfang-

\* DOMINIK KAWA, MLaw, Anwaltssubstitut, Walder Wyss AG, Zürich. Für Durchsicht und praktische Anmerkungen danke ich RA Oliver Kunz und RA Ivan Dunjic, beide Walder Wyss AG, Zürich.

<sup>1</sup> BGer, 1B\_2/2019, 11.7.2019, E. 2.3.

<sup>2</sup> Zuvor BGer, 1B\_427/2020, 19.5.2021, E. 1.1; 1B\_243/2020, 26.2.2021, E. 3.1; 1B\_602/2020, 23.2.2021, E. 3; 1B\_78/2020, 17.2.2021, E. 4.1; 1B\_233/2020, 15.2.2021, E. 1.3; 1B\_464/2019, 17.3.2020, E. 2.1; 1B\_423/2019, 5.3.2020, E. 1.1; 1B\_389/2019, 16.1.2020, E. 4.2; 1B\_153/2019, 11.12.2019, E. 1.2; 1B\_329/2019,

14.10.2019, E. 2.4; 1B\_550/2018, 6.8.2019, E. 2.3; 1B\_2/2019, 11.7.2019, E. 2.3.

<sup>3</sup> Auf die verwaltungsstrafrechtliche Entsiegelung wird im Folgenden nur punktuell eingegangen; vgl. hierzu BSK VwStR-JEKER, Art. 50 N 56 ff., in: Friedrich Frank/Andreas Eicker/Nora Markwalder/Jonas Achermann (Hrsg.), Verwaltungsstrafrecht, Basler Kommentar, Basel 2020.

<sup>4</sup> BGer, 1B\_602/2020, 23.2.2021, E. 4.2.

<sup>5</sup> BGer, 1B\_78/2020, 17.2.2021, E. 4.1, und 1B\_243/2020, 26.2.2021, E. 3.1.

reichen Datenmengen» umfasst.<sup>6</sup> Auch der Fall der «sechs USB-Sticks, drei Mobiltelefone, ein Laptop, 34 CD-Roms und DVDs sowie drei externe Festplatten»<sup>7</sup> lässt keine Zweifel (obwohl man leicht ein Schulbuchbeispiel von x Mobiltelefonen mit nur je einer darauf gespeicherten Nachricht bilden könnte). Die erwähnten drei Datenträger liess das Bundesgericht jedenfalls nicht genügen, zumal sich dort auf allen Geräten infolge Synchronisation dieselben Daten befunden hatten.<sup>8</sup>

### III. Nicht «irgendwo irgendwelche»

Entsiegelungssachen werden in einem akzessorischen Zwischenverfahren behandelt.<sup>9</sup> Dem entsprechen die Anforderungen sowohl an die Substanziierung als auch an die richterliche Prüfung: Allzu hohe Anforderungen sind an das Entsiegelungsgesuch der Staatsanwaltschaft nicht zu stellen und bei der nicht erschöpfenden Beurteilung des Tatverdachts soll der erkennenden Sachrichterin nicht vorgegriffen werden.<sup>10</sup> Dennoch hat die Staatsanwaltschaft den Tatverdacht hinreichend zu belegen und darf es nicht bei pauschalen Hinweisen auf eingereichte Akten bewenden lassen.<sup>11</sup> Insbesondere hat sie bei Berufsgeheimnissen darzutun, inwiefern die betreffenden Unterlagen nicht die spezifische Tätigkeit betreffen (bei Anwälten etwa nicht deren «klassische», sondern bloss «akzessorische» Tätigkeit wie die Mäkelei oder Mediation).<sup>12</sup>

Diese Substanziierungslast ist insofern spiegelbildlich verteilt, als sowohl die Staatsanwaltschaft als auch den Antragsgegner eine gesteigerte Mitwirkungspflicht trifft: Während diese den mutmasslichen Beweiswert der versiegelten Aufzeichnungen darlegt, macht jener glaubhaft, weshalb die Unterlagen nicht verfahrenserheblich bzw. beweistauglich sein sollen.<sup>13</sup> Aufseiten des Antragsgeg-

ners kann die blosser Behauptung nicht genügen, «irgendwo könnten sich irgendwelche vom Anwaltsgeheimnis geschützte Aufzeichnungen befinden».<sup>14</sup> Aus dieser doppelten Unbestimmtheitspartikel kann für den Antragsgegner, wie sogleich erläutert wird, ein zweistufiges Rüge-schemata abgeleitet werden.

#### A. Art des Entsiegelungshindernisses

In einem ersten Schritt hat der Antragsgegner die Geheimhaltungsinteressen hinreichend zu spezifizieren bzw. die Untersuchungsrelevanz genügend konkret zu bestreiten. Während die Berufsgeheimnisse i.S.v. Art. 171 StPO keiner Abwägung zugänglich sind und insofern absoluten Schutz geniessen («Berufsgeheimnisse erster Klasse»),<sup>15</sup> muss bei den übrigen Berufs-, Privat- und Geschäftsgeheimnissen neben der Art auch deren Bedeutung untermauert und aufgezeigt werden, inwiefern sie im konkreten Fall das Strafverfolgungsinteresse überwiegen.<sup>16</sup> Um als belanglos aussortiert zu werden, müssen die Informationen demgegenüber «*offensichtlich irrelevant*» bzw. «*klarerweise unerheblich*» sein.<sup>17</sup> Die Anforderungen sind entsprechend hoch, aber trotzdem nicht bloss theoretischer Natur. So schützte das Bundesgericht jüngst einen Beschwerdeführer, dessen intime Aufnahmen in keinem erkennbaren Zusammenhang mit dem ihm vorgeworfenen Cannabisanbau standen.<sup>18</sup>

Selbst bei den gesetzlich geschützten Berufsgeheimnissen ist allerdings zu beachten, dass sie auf die spezifische Tätigkeit beschränkt sind, nicht missbräuchlich ausgenutzt werden dürfen und allemal voraussetzen, dass die Geheimnisträgerin nicht selbst beschuldigt ist.<sup>19</sup> Dementsprechend entfällt gegenüber Beschuldigten die von Art. 197 Abs. 2 StPO geforderte «besondere Zurückhaltung», namentlich was die Beurteilung der Beweiseig-

<sup>6</sup> BGer, 1B\_233/2020, 15.2.2021, E. 1.4.

<sup>7</sup> BGer, 1B\_423/2019, 5.3.2020, E. 1.4.

<sup>8</sup> BGer, 1B\_602/2020, 23.2.2021, E. 4.2.

<sup>9</sup> ANDREAS J. KELLER, in: Andreas Donatsch/Viktor Lieber/Sarah Summers/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 3. A., Zürich 2020 (zit. ZK-KELLER), Art. 248 StPO N 41.

<sup>10</sup> ZK-KELLER (FN 9), Art. 248 StPO N 39 und 41b f.; BGer, 1B\_389/2019, 16.1.2020, E. 2.3, und ausführlich 1B\_329/2019, 14.10.2019, E. 3.1.

<sup>11</sup> Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO; ZK-KELLER (FN 9), Art. 248 StPO N 39.

<sup>12</sup> ZK-KELLER (FN 9), Art. 248 StPO N 28a f. und 40; zur Kasuistik s. zuletzt FABIAN TEICHMANN/MADELEINE CAMPRUBI, Neuste Praxis des Bundesgerichts zum Siegelprivileg von Anwälten im Kontext des GwG, forumpoenale 2021, 37 ff. sowie BGer 1B\_333/2020, 22.6.2021 (zur Publ. vorgesehen), insb. E. 2.9.

<sup>13</sup> ZK-KELLER (FN 9), Art. 248 StPO N 43a. Ein ähnliches «Zusammenspiel der Obliegenheiten» greift bei der Siegelung, s. BSK

StPO-THORMANN/BRECHBÜHL, Art. 248 N 9b, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2014.

<sup>14</sup> BGer, 1B\_243/2020, 26.2.2021, E. 3.2.

<sup>15</sup> BSK StPO-THORMANN/BRECHBÜHL (FN 13), Art. 248 N 53; s. zum Anwaltsgeheimnis BGE 141 IV 77 E. 5.5.3.

<sup>16</sup> S. Art. 264 Abs. 1 StPO; BGer, 1B\_637/2012, 8.5.2013, E. 3.6.2; zum Ganzen ZK-KELLER (FN 9), Art. 248 StPO N 16 ff.

<sup>17</sup> BGE 141 IV 77 E. 4.3; 138 IV 225 E. 7.1 und 7.3; BGer, 1B\_562/2011, 2.2.2012, E. 6.3. In den französischsprachigen Entscheiden ist von «*manifestement aucun lien*» die Rede (s. zuletzt BGer, 1B\_108/2020, 25.11.2020, E. 6.3.1).

<sup>18</sup> BGer, 1B\_602/2020, 23.2.2021, E. 4.1 f.; s.a. 1B\_487/2020, 2.11.2020, E. 4.2 f., und 1B\_322/2018, 31.8.2018.

<sup>19</sup> BGer, 1B\_389/2019, 16.1.2020, E. 2.6, und 1B\_550/2018, 6.8.2019, E. 3.4; s.a. BSK StPO-THORMANN/BRECHBÜHL (FN 13), Art. 248 N 47, 49 und 54.

nung angeht.<sup>20</sup> Immerhin leitet die Rechtsprechung aus dem Verhältnismässigkeitsgebot von Art. 197 Abs. 1 lit. c StPO ab, dass die Informationen – unabhängig vom Beschuldigtenstatus – einen engen Deliktsskonnex aufweisen und für die Strafuntersuchung unentbehrlich sein müssen.<sup>21</sup>

Dass dem Beschuldigten der Schutz seiner Privatsphäre «*äusserst wichtig*» oder die Beteiligten auf gewissen Bildern «*bestenfalls leicht bekleidet*» sind, verhindert jedenfalls noch keine Entsiegelung.<sup>22</sup> Ebenso kommt längst nicht jedem selbstgeschossenen Landschaftsbild Geheimnisschutz zu und sogar intime Aktfotos stehen einer Auswertung nur so weit entgegen, als deren Ablageort hinreichend eingegrenzt wird.<sup>23</sup>

Desgleichen setzt die Anrufung des Redaktionsgeheimnisses voraus, dass die betroffenen Medienkontakte hinlänglich konkretisiert werden.<sup>24</sup> Ein Privileg etwa für Journalisten, wonach «*bei ihnen a priori kein relevantes Beweismaterial*» erhältlich zu machen wäre, widerspräche denn auch dem Sinn des Quellenschutzes.<sup>25</sup> Selbst beim Anwaltsgeheimnis, das innerhalb der Berufsgeheimnisse eine Sonderstellung einnimmt,<sup>26</sup> gilt die Substanziierungsobliegenheit unvermindert. So verwarf das Bundesgericht unlängst die Rüge eines Beschwerdeführers, der sich in einem Entsiegelungsverfahren auf den Standpunkt gestellt hatte, Berufsgeheimnisse gälten von Amtes wegen und enthöben ihn somit der Pflicht zur Substanziierung: Auf eine nähere Konkretisierung kann vielmehr nur bei *offensichtlichen* Geheimnissen (beispielsweise anlässlich einer Kanzleidurchsuchung) verzichtet werden.<sup>27</sup>

<sup>20</sup> BGE 138 IV 225 E. 7.3; vgl. BGer, 1B\_222/2019, 6.1.2020, E. 2.8 a.E.

<sup>21</sup> Zunächst auf ärztliche Unterlagen gemünzt (BGE 141 IV 77 E. 5.2; BGer, 1B\_36/2016, 8.6.2016, E. 6.2.2, und 1B\_330/2014, 21.11.2014, E. 5.2), weitete das Bundesgericht diese Voraussetzungen neuerdings auf sämtliche erhobenen «Aufzeichnungen» aus (s. Art. 246–248 StPO; BGer, 1B\_602/2020, 23.2.2021, E. 5.2; 1B\_487/2020, 2.11.2020, E. 3.2, und 1B\_269/2017, 25.10.2017, E. 3.2). Zu ärztlichen Unterlagen im Besonderen s. REGINA E. AEBI-MÜLLER/WALTER FELLMANN/THOMAS GÄCHTER/BERNHARD RÜTSCHÉ/BRIGITTE TAG, *Arztrecht*, Bern 2016, N 96.

<sup>22</sup> BGer, 1B\_378/2020, 26.5.2020, E. 1.2, und 1B\_78/2020, 17.2.2021, E. 4; s.a. 1B\_427/2020, 19.5.2021, E. 1.2.

<sup>23</sup> S. BGE 137 IV 189 E. 5.2 f.; BGer, 1B\_564/2019, 17.6.2020, E. 6.4; 1B\_423/2019, 5.3.2020, E. 1.2 ff., sowie 1B\_2/2019, 11.7.2019, E. 2.1 ff.

<sup>24</sup> BGer, 1B\_389/2019, 16.1.2020, E. 2.7 a.E. und 4.2.

<sup>25</sup> Ebd., E. 2.6 a.E.; s.a. BGer, 1B\_550/2018, 6.8.2019, E. 3.4.

<sup>26</sup> Statt vieler zuletzt BGer 1B\_333/2020, 22.6.2021 (zur Publ. vorgehen), E. 2.2.

<sup>27</sup> BGer, 1B\_243/2020, 26.2.2021, E. 3 und 3.1 f.; BSK StPO-THORMANN/BRECHBÜHL (FN 13), Art. 248 N 36.

## B. Angabe des Speicherorts?

Zusätzlich zur Art des Entsiegelungshindernisses ist der Speicherort der betreffenden Daten präzise zu umschreiben. Verlangt werden Angaben dazu, «*in welchen Datenspeichern nach welchen auszusondernden Aufzeichnungen zu suchen sei*».<sup>28</sup> Demgemäss hielt das Bundesgericht jüngst einem Beschwerdeführer vor, dass er es versäumt habe, anzugeben, «*auf welchen der diversen sichergestellten Geräte (Computer, Mobiltelefone, Kameras und andere Datenträger) solche Aufzeichnungen (in welchen Datenspeichern) vorzufinden*» seien.<sup>29</sup> Nach einer anderen Formel müssen die «*Aufzeichnungen, Dateien und Speicherorte*» angegeben werden.<sup>30</sup>

Was das beispielhaft für beschlagnahmte Mobiltelefone bedeutet, buchstabierte das Bundesgericht im Urteil 1B\_602/2020 vom 23. Februar 2021 aus. In diesem Fall hatte der Beschwerdeführer seine Privatinteressen dahingehend konkretisiert, dass sich die intimen Bilder auf den – miteinander synchronisierten – Geräten «*unter der App <Fotos>*» und die höchstpersönlichen Chatverläufe «*in den Apps <Whatsapp> und <Threema> und unter der App <E-Mail> befänden*» (E. 4.1). Da sein Antrag auf Akteneinsicht vor der Triageverhandlung abgelehnt worden war, war es ihm nicht möglich, darüberhinausgehende Angaben zu machen (E. 4.2). Dasselbe galt für die Anwaltskorrespondenz, wo der Beschwerdeführer die «*fünf Apps <Fotos>, <Whatsapp>, <Threema>, <Telefonie> und <E-Mail>*» angegeben hatte (E. 4.3). Im Verein mit den ebenfalls bekannten Namen der beteiligten Rechtsvertreter wäre es ein Leichtes gewesen, mittels Suchfunktion die betroffenen Dateien auszusondern (ebd.).

Die Grenze der nötigen Angaben ergibt sich daraus, dass der Berechtigte vernünftigerweise nicht dazu gedrängt werden darf, die angerufenen Geheimnisse der Sache nach offenzulegen.<sup>31</sup> Weiter verbietet es der Nemo-tenetur-Grundsatz, vom Beschuldigten zu verlangen, dass er Passwörter, PIN-Codes oder sonstige Schlüssel bekanntgibt.<sup>32</sup> Diese beiden Schranken der inhaltlichen Preisgabe und der Selbstbelastungsfreiheit sind gewahrt, solange dem Berechtigten nur «*kurze Angaben*» abverlangt werden, «*in welchen der umfangreichen Datenspeicher und Applikationen (inklusive Cloud-Apps) sich*

<sup>28</sup> BGer, 1B\_389/2019, 16.1.2020, E. 5.1.

<sup>29</sup> BGer, 1B\_153/2019, 11.12.2019, E. 1.6.

<sup>30</sup> BGer, 1B\_389/2019, 16.1.2020, E. 4.3.

<sup>31</sup> BGE 144 IV 74 (BGer, 1B\_394/2017, 17.1.2018) nicht publ. E. 6; s. zuletzt BGer, 1B\_427/2020, 19.5.2021, E. 1.1.

<sup>32</sup> YANIV BENHAMOU/JEAN-RENÉ OETTLI, *Traitement des données par les autorités pénales: de l'accès aux données à la procédure de tri*, ZStR 2021, 209 ff., 222 m.w.H.

geschützte Anwaltskorrespondenz befinden könnte».<sup>33</sup> Solche Hinweise zu Art und Ablageort zählen zur «minimale[n] Substanziierungsobliegenheit» und sollen verhindern, dass das Entsiegelungsverfahren trölerisch ausgenutzt wird.<sup>34</sup>

Besondere Probleme werfen Internetdaten pseudonymisierter Nutzer auf, weil im Entsiegelungsverfahren einzig *eigene* Interessen geltend gemacht werden können.<sup>35</sup> Infolgedessen muss der Antragsgegner in Bezug auf diese Daten zusätzlich glaubhaft machen, dass sie ihm persönlich zugerechnet werden können.<sup>36</sup>

### C. Vom Speicherort zum Suchbegriff

Das Kriterium des Speicherorts ist offenkundig dem analogen Zeitalter entlehnt, wo es noch entscheidend auf die genaue Ablage des einzelnen Briefs oder Ordnerblatts ankam. Bei digitalen Daten ist diese Angabe ohne grösseren Aufwand meist gar nicht praktikabel, weil z.B. die gespiegelten Daten eines Mobiltelefons in ihrem Dateipfad nicht der Benutzeroberfläche entsprechen, sondern entlang einer Ordnerstruktur angelegt sind, die nur im Hintergrund des Betriebssystems aktiv ist. Die Angabe einer App hilft da nicht weiter. Eine sinnvolle Lokalisierung wäre nur möglich in Kenntnis der genauen Dokumentennummer, mit der die gespiegelten Daten versehen worden sind.

Die Angabe des Speicherorts ist aber nicht nur impraktikabel, sie ist auch weitgehend entbehrlich. Denn der Schlüssel zu grossen Datenmengen liegt allemal bei den Suchbegriffen. Und ob der Algorithmus nun die gesamte Festplatte oder mehrere Einzelordner nach Anwaltskorrespondenz durchforstet, nimmt sich zeitlich wenig. Aus pragmatischen Gründen sollte es daher genügen, wenn der Antragsgegner den betroffenen Datenträger sowie die relevanten Suchbegriffe angibt. Dies natürlich unter der Voraussetzung, dass die Daten (insbesondere PDFs und bildlich erfasste Dokumente) auch tatsächlich durchsuchbar gemacht werden, so sie es nicht schon sind. Vor diesem Hintergrund behielte die bisherige Rechtsprechung ihre Bedeutung für nicht textbasierte Dateien wie etwa die erwähnten Aktfotos, soweit diese nicht über ihren Dateinamen oder anderweitige Metadaten greifbar sind.

Unter diesen Umständen empfiehlt es sich für Gerichte (und wird mancherorts schon so gehandhabt), die Dokumente – nach dem Siegelbruch, im Vorfeld der Triage – mithilfe von Texterkennungssoftware durchsuchbar zu machen. Ansonsten bleibt dem Antragsgegner nämlich nichts übrig, als eine Triageverhandlung zu beantragen, in deren Rahmen jedes einzelne Dokument im Beisein der RichterIn sowie des Staatsanwalts (der allerdings keine direkte Einsicht erlangen darf) zu sichten ist. Eine «Delegation» dieser Triage an die Untersuchungsbehörden ist ausgeschlossen und auch beim Beizug externer Sachverständiger oder spezialisierter Polizeidienste ist darauf zu achten, dass diese keinen Zugriff auf den Inhalt der Daten erhalten<sup>37</sup> – ein im Ganzen mühseliges Prozedere, das entsprechend häufig mit einer Verständigung nach Augenmass schliesst.

### IV. Folgen fehlender Substanziierung

Die Zeit der Ermittlungs- und Gerichtsbehörden ist kostbar. Daran hat auch die Algorithmisierung nichts geändert. Wichtigste Folge «grosser Datenmengen» ist mithin, dass sie die EntsiegelungsrichterIn der Aufgabe entheben, diese von sich aus «danach zu durchforschen, ob sich darunter irgendwelche [...] nicht näher bezeichnete [...] allenfalls geheimnisgeschützte Aufzeichnungen befinden könnten».<sup>38</sup> In dieser Hinsicht wird das Bundesgericht sehr deutlich: Weder ist es Aufgabe der RichterIn, «diesbezüglich von Amtes wegen selber aufwändige Nachforschungen anzustellen», noch jene der Rechtsmittelinstanz, «die umfangreichen versiegelten Dateien nach Anhaltspunkten abzusuchen».<sup>39</sup>

Parallel zu den erhöhten Mitwirkungsobliegenheiten der Parteien ist das Gericht gehalten, seinen Entscheid ausreichend zu begründen und – sozusagen nach dem Prinzip der Datensparsamkeit – anzugeben, weshalb im konkreten Fall nicht auch eine eingeschränkte Datenmenge für die Durchsuchung gereicht hätte.<sup>40</sup> Dabei hat

<sup>33</sup> BGer, 1B\_243/2020, 26.2.2021, E. 3.2.

<sup>34</sup> BGE 139 IV 246 (BGer, 1B\_637/2012, 8.5.2013) nicht publ. E. 3.6.2, sowie zuletzt BStGer, BE.2017.14, 21.11.2017, E. 2.2; s.a. ZK-KELLER (FN 9), Art. 248 StPO N 43a, und BSK StPO-THORMANN/BRECHBÜHL (FN 13), Art. 248 N 36.

<sup>35</sup> ZK-KELLER (FN 9), Art. 248 StPO N 43.

<sup>36</sup> BGer, 1B\_153/2019, 11.12.2019, E. 1.4.

<sup>37</sup> S. zuletzt BGer, 1B\_380/2020, 13.1.2021, E. 2.2; mit Bezug aufs Anwaltsgeheimnis bereits BGE 126 II 495 E. 5e/aa. Als unbedenklich stufte das Bundesgericht dagegen den gerichtlichen Wink an die Staatsanwaltschaft ein, sie möge «bei der weiteren Untersuchung» die Persönlichkeitsrechte und Privatgeheimnisse grösstmöglich schonen (BGer, 1B\_329/2019, 14.10.2019, E. 2.4 a.E.) oder bei nachträglichen Funden journalistischer Korrespondenz «geeignete Massnahmen» zur Wahrung des Quellenschutzes treffen (BGer, 1B\_550/2018, 6.8.2019, E. 2.3 a.E.). Vgl. zum Ganzen BENHAMOU/OETTLI (FN 32), 225 ff.

<sup>38</sup> BGer, 1B\_233/2020, 15.2.2021, E. 1.4; s.a. 1B\_564/2019, 17.6.2020, E. 6.4.

<sup>39</sup> BGer, 1B\_153/2019, 11.12.2019, E. 1.6.

<sup>40</sup> S. ZK-KELLER (FN 9), Art. 248 StPO N 43b.

das Bundesgericht im Rückgriff auf Art. 197 Abs. 1 lit. d StPO, welche die Zulässigkeit von Zwangsmassnahmen an die Bedeutung der Straftat rückbindet, durchblicken lassen, dass eine «*fokussierte Beschränkung*» bei geringfügigen Delikten umso eher angezeigt ist (wobei in dem konkreten Fall auch «*hochsensible medizinische Informationen*» betroffen waren).<sup>41</sup> Einen umso strengeren Massstab legte es umgekehrt kürzlich in einem Fall an, der die Verbreitung von Kinderpornographie betraf.<sup>42</sup>

Kommt der Antragsgegner seinen Substanziierungspflichten nicht nach, kann das Zwangsmassnahmengericht auf eine – zumindest detaillierte – Triage verzichten und in Extremfällen sogar das ganze Entsigelungsverfahren abkürzen.<sup>43</sup> Ohnehin gilt eine förmliche Triageverhandlung (unter Beizug von Parteien oder Sachverständigen) nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht als mildere Ersatzmassnahme, die im Rahmen der Verhältnismässigkeit automatisch zu berücksichtigen wäre. Vielmehr ist sie «*nur in sachlich begründeten Fällen*» angezeigt.<sup>44</sup> Dennoch können sensible Informationen wie zum Beispiel vertrauliche medizinische Unterlagen auch bei misslungener Substanziierung eine Triage erheischen.<sup>45</sup>

Auch wenn dem Entsigelungsgesuch stattgegeben wird, verbleibt den Betroffenen immerhin die Möglichkeit, Anträge an die Verfahrensleitung zu richten, um die tangierten Geheimnisinteressen zu schützen.<sup>46</sup> Ferner sind die Strafbehörden auch nach gutgeheissener Entsigelung aus Gründen der Verhältnismässigkeit verpflichtet, Unterlagen freizugeben, die sich nachträglich als unwesentlich herausstellen.<sup>47</sup> Handkehrum kann es sich für die Untersuchungsbehörden in Ausnahmefällen lohnen, bis zum Abschluss des Verfahrens die gerichtliche Hinterlegung einer Kopie zu beantragen, um sich eine spätere Datenanalyse anhand neugewonnener Stichworte offenzuhalten.<sup>48</sup>

## V. Schluss

Strafverfolgungsbehörden haben es heutzutage zusehends mit Eisbergen von Asservaten zu tun: Dem Mini-USB-Stick ist nicht anzusehen, ob er nicht Regalmeter von Akten enthält. Daher kann man die immer häufigere Rede von «*umfangreichen Unterlagen oder elektronischen Dateien*»<sup>49</sup> auch so verstehen, dass das Elektronische mehr und mehr synonym zum Umfang wird.

Nach der aktuellen Rechtsprechung zu Datenträgern in Entsigelungssachen hat der Antragsgegner in einem ersten Schritt die berührten Berufs-, Geschäfts- oder Privatgeheimnisse bzw. die fehlende Untersuchungsrelevanz darzulegen. Sodann hat er zu präzisieren, um welche Aufzeichnungen, Dateien, Speicherorte und insbesondere Apps es sich handelt. Sachdienlicher als diese Angaben, denen die analoge Herkunft deutlich anzusehen ist, scheint es, auf den Datenträger als Ganzes abzustellen, ihn durchsuchbar zu machen und anhand der eingeholten Suchbegriffe zu prüfen. Für nichttextbasierte Dateien wie etwa Filmmaterial behielte die bisherige Rechtsprechung ihre Bedeutung. Im Übrigen gilt die Faustregel: je grösser die Datenmenge und je schwerwiegender die Straftat, desto strenger die Substanziierungspflichten wie auch der angelegte Massstab. Umgekehrt drängt sich eine «*fokussierte Beschränkung*» der Entsigelung bei sensiblen und namentlich medizinischen Informationen auf.

Für den noch jungen Textbaustein zu den «*grossen Datenmengen*» bleibt abzuwarten, ob er zu einem tragenden Element ausgebaut wird oder sich zur Volute zusammenrollt. Um einen «*technischen*», klar fassbaren Begriff handelt es sich nicht, zumal die Rechtsprechung bislang von einer Legaldefinition abgesehen hat. Die Anzahl Datenträger, auf welche teils zurückgegriffen wird, taugt jedenfalls nur bedingt als Abgrenzungskriterium. Einstweilen liegt die Bedeutung der Formel darin, dass sie den Grad der verlangten Substanziierung bestimmt: In den erwähnten dreizehn Urteilen hat das Bundesgericht bezeichnenderweise einzig in jenem Fall, in dem es ein Entsigelungshindernis bejahte, auch das Vorliegen «*grosser Datenmengen*» verneint.<sup>50</sup>

<sup>41</sup> BGE 141 IV 77 E. 5.5.2.

<sup>42</sup> BGer, 1B\_243/2020, 26.2.2021, E. 3.3; s.a. 1B\_78/2020, 17.2.2021, E. 3.5 und 4.3; 1B\_378/2020, 26.5.2020, E. 1.2; 1B\_423/2019, 5.3.2020, E. 1.2 f., und 1B\_329/2019, 14.10.2019, E. 3.1.

<sup>43</sup> ZK-KELLER (FN 9), Art. 248 StPO N 43a.

<sup>44</sup> BGer, 1B\_313/2020, 4.11.2020, E. 3.2, und 1B\_389/2019, 16.1.2020, E. 3. In Rechtshilfesachen besteht zwar eine Pflicht zur Triagierung (s. zuletzt TPF 2017 66 E. 3.2 m.w.H.), doch dürfen auch Strafbehörden damit betraut werden (ZK-KELLER [FN 9], Art. 246 StPO N 12; vgl. TPF 2015 121 E. 7.3).

<sup>45</sup> Vgl. BGE 141 IV 77 E. 5.5.1 m.w.H.

<sup>46</sup> BGer, 1B\_389/2019, 16.1.2020, E. 5.2. a.E. Zu einem, allerdings abgelehnten, Schwärzungsantrag in einem verwaltungsstrafrechtlichen Verfahren vgl. BStGer, BE.2020.6, 21.12.2020, E. 7.5.

<sup>47</sup> Art. 197 Abs. 1 lit. c StPO; s.a. den in Verwaltungsstrafsachen ergangenen BGer, 1B\_243/2016, 6.10.2016, E. 8.3 a.E.

<sup>48</sup> S. BSK StPO-THORMANN/BRECHBÜHL (FN 13), Art. 248 N 58.

<sup>49</sup> BGer, 1B\_454/2018, 20.3.2019, E. 1; 1B\_349/2018, 13.3.2019, E. 1; 1B\_453/2018, 6.2.2019, E. 6.1; 1B\_437/2018, 6.2.2019, E. 2.3; 1B\_196/2018, 26.11.2018, E. 1.2; 1B\_433/2017, 21.3.2018, E. 4.14; 1B\_477/2017, 12.2.2018, E. 3.2; 1B\_394/2017, 17.1.2018, E. 6.1, sowie BStGer, BE.2020.6, 21.12.2020, E. 7.2, und BE.2019.17, 20.12.2019, E. 5.1.

<sup>50</sup> BGer, 1B\_602/2020, 23.2.2021, E. 4.2.