

An das  
Bundesministerium für Justiz  
zH Herrn StA Dr. Christian Kroschl  
Museumstraße 7  
1070 Wien  
Per E-Mail: kzl.l@bmj.gv.at  
Cc: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Wien, am 16. September 2009

Sehr geehrter Herr Dr Kroschl,

wir beziehen uns auf den am 12. August 2009 zur Begutachtung versandten Entwurf eines Bundesgesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung 1975 u.a. Gesetze (im Folgenden kurz „**Gesetzesentwurf**“). Die Unterzeichner nehmen dazu folgendermaßen Stellung:

#### **1. Zulässigkeit selbständiger Ermittlungsanträge (§ 71 Abs. 1 StPO)**

Nach der derzeitigen Fassung des § 445 StPO, der durch den Gesetzesentwurf nicht geändert werden soll, sind selbständige Anträge auf Erlassung vermögensrechtlicher Anordnungen nur zulässig, wenn darüber in einem Strafverfahren nicht entschieden werden kann. Abweichend davon sind nach dem Gesetzesentwurf Anträge auf Erlassung vermögensrechtlicher Anordnungen auch dann zulässig, wenn die Voraussetzungen zur Erhebung der Privatanklage vorliegen. Diese Erleichterung wird damit begründet, dass es unverhältnismäßig wäre, das Opfer zur Erhebung der Privatanklage zu verhalten.

Liegen die Voraussetzungen für eine Anklage oder einen Antrag auf Erlassung vermögensrechtlicher Anordnungen nicht vor, soll das Opfer nach dem Gesetzesentwurf selbständige Ermittlungsanträge nach dem 8. Hauptstück zur Ausforschung des Beschuldigten oder zur Sicherung von Beweisen oder vermögensrechtlichen Anordnungen stellen können.

Der Gesetzesentwurf lässt allerdings offen, ob ein selbständiger Ermittlungsantrag auch zulässig sein soll, wenn zwar ein selbständiger Antrag auf Erlassung vermögensrechtlicher Anordnungen möglich wäre, Privatanklage aber noch nicht erhoben werden könnte (zB wenn Eingriffsgegenstände aufgefunden wurden, ein konkreter Täter aber noch nicht bekannt ist). Nach dem Wortlaut des Gesetzesentwurfs wäre es möglich, dass in diesem Fall nur ein selbständiger Antrag auf Erlassung vermögensrechtlicher Anordnungen erhoben werden kann, aber kein selbständiger Ermittlungsantrag, um eine Privatanklage vorzubereiten. Es erscheint notwendig, die Voraussetzungen für die Stellung selbständiger Ermittlungsanträge genauer zu definieren, insbesondere in Hinblick auf die unklare Reichweite des in § 71 Abs. 6 StPO vorgesehenen Verfolgungsverzichts bei Stellung eines selbständigen Antrags auf Erlassung vermögensrechtlicher Anordnungen.

Wir schlagen daher folgende Formulierung vor:

„... Liegen jedoch die Voraussetzungen für eine Anklage **hinsichtlich aller Tatumstände und Tatbeteiligten noch nicht vor oder sind nicht alle Umstände hinsichtlich etwaiger Gegenstände, die von vermögensrechtlichen Anordnungen erfasst werden können, geklärt oder diese erst sicherzustellen**, so kann das Opfer bei Gericht (§§ 31 Abs. 1 Z 2, 104 und 105) einen Antrag auf Anordnung oder Bewilligungsmaßnahmen nach dem 8. Hauptstück zur Ausforschung von Beschuldigten oder zur Sicherung von Beweisen oder vermögensrechtlichen Anordnungen (Abs. 5) stellen.

## 2. **Zuständigkeit des Haft- und Rechtsschutzrichters (§ 71 Abs. 1 StPO)**

Nach dem Besonderen Teil der Erläuterungen soll der Haft- und Rechtsschutzrichter für selbständige Ermittlungsanträge in Privatanklageverfahren zuständig sein. Dies findet in §§ 31 Abs. 1 Z 2, 104 und 105 StPO, auf die § 71 Abs. 1 StPO idF des Gesetzesentwurfs verweist, keine Deckung, insbesondere da die bloße Ausforschung des Beschuldigten nicht unter § 31 Abs. 1 Z 2 StPO fällt.

Um Zweifel über die Zuständigkeit des HR-Richters für alle selbständigen Ermittlungsanträge zu vermeiden, sollte eine Klarstellung im Gesetz selbst erfolgen, bevorzugt durch eine entsprechende Ergänzung des § 31 Abs. 1 StPO. Dies erscheint auch im Hinblick auf die Ausgeschlossenheit von HV-Richtern gem. § 43 Abs. 2 StPO und im Licht des Art. 6 EMRK geboten.

## 3. **Verfolgungsverzicht bei selbständigem Antrag auf Erlassung vermögensrechtlicher Anordnungen (§ 71 Abs. 6 StPO)**

Bei Stellung eines selbständigen Antrags auf Erlassung vermögensrechtlicher Anordnungen nimmt der Gesetzesentwurf in § 71 Abs. 6 StPO einen Verfolgungsverzicht gegenüber den „Betroffenen“ an. Die Erläuterungen erwähnen ausdrücklich, dass dies nur gelten soll, wenn das Opfer überhaupt zwischen Privatanklage und selbständigem Antrag wählen kann.

Trotz der Legaldefinition in § 48 Abs. 1 Z 3 StPO bleibt unklar, wer unter dem „Betroffenen“ zu verstehen ist: Alle zum Zeitpunkt der Antragstellung namentlich und mit Anschrift bekannten Verdächtigen oder auch nicht näher bekannte oder völlig unbekannt Personen? Insbesondere bei komplexen Sachverhalten mit mehreren Tätern (zB mehrere Vertriebebenen, von denen zu Beginn der „Ermittlungen“ nicht alle bekannt sind) könnte dies zu Unklarheiten über den Umfang des Verfolgungsverzichts führen.

Eine Klarstellung im Gesetzestext, dass der Verfolgungsverzicht nur gegenüber Personen gilt, gegen die zum Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf Erlassung vermögensrechtlicher Anordnungen bereits Privatanklage hätte erhoben werden können, erscheint erforderlich zu sein. Dies könnte zum Beispiel durch folgende Formulierung erreicht werden:

„..., wird ein Verzicht der Verfolgung des Betroffenen, **gegen den sich der Antrag namentlich richtet**, angenommen.“

Der Gesetzesentwurf soll mit 1.1.2010 in Kraft treten. Bis zu diesem Zeitpunkt gestellte selbständige Anträge sollten jedenfalls nicht zu einem Verfolgungsverzicht führen.

#### **4. Amtswegige Sicherstellung von Eingriffsgegenständen durch die Kriminalpolizei (§ 110 Abs. 3 Z 4, § 113 Abs. 2 StPO)**

Trotz der in § 110 Abs. 3 Z 4 StPO vorgesehenen Befugnis der Kriminalpolizei zur Sicherstellung von Eingriffsgegenständen bei Verdacht einer Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums ist zu befürchten, dass auch in Zukunft in der Praxis Sicherstellungen nur in seltenen Fällen vorgenommen werden, da die Frage der Lagerung und der genauen Vorgangsweise unklar ist. Der in § 113 Abs. 2 StPO vorgesehene Verweis auf die sinngemäße Anwendung von Teilen des ProduktpiraterieG könnte nicht ausreichend sein.

#### **5. Abbrechung von Ermittlungen (§ 197 Abs. 1 bis 3 StPO)**

Für den Fall, dass trotz Ermittlungen ein Täter nicht ausgeforscht oder die Verfolgung nicht aufgenommen werden kann, sollte analog zu § 197 Abs. 1 bis 3 StPO die Ausschreibung zur Ermittlung des Aufenthalts, die Abbrechung von Ermittlungen und die etwaige spätere Fortsetzung des Verfahrens auch im Privatanklageverfahren vorgesehen werden, so wie dies auch vor der StPO-Novelle 2008 möglich war.

#### **6. Verfolgung von online begangenen Taten bei unbekanntem Tätern**

Nach der Entscheidung des OGH vom 14.7.2009, 4 Ob 41/09x besteht trotz des § 87b UrhG kein Anspruch auf Bekanntgabe des Inhabers einer dynamischen IP-Adresse. Eine solche Auskunft erfordert eine Bearbeitung von Verkehrsdaten, wofür keine gesetzliche Grundlage besteht. Im Ergebnis macht diese Entscheidung die Ausforschung unbekannter Täter im Internet trotz des Auskunftsanspruchs nach § 87b UrhG und des selbständigen Ermittlungsantrags nach § 71 Abs. 1 StPO unmöglich.

Eine Änderung der Gesetzeslage ist daher dringend notwendig, um die bestehenden Ansprüche von Inhabern von Rechten des geistigen Eigentums und der geplanten Ermittlungsmöglichkeiten nach der StPO auch im praktisch äußerst wichtigen Online-Bereich durchführbar zu machen. Diese Unzulänglichkeiten der bestehenden Rechtslage waren auch bereits Gegenstand einer parlamentarischen Anfrage des Abgeordneten Mag. Maier und GenossInnen vom Februar 2009.

Wir schlagen dazu folgenden neuen Abs. 5a zu § 71 StPO vor:

*„Beantragt ein Opfer eine gerichtliche Anordnung gemäß [Verweis auf noch in das TKG einzufügende Bestimmung], so setzt die Bewilligung voraus,*

*dass der behauptete Straftatbestand unmittelbar mit Hilfe der elektronischen Kommunikation im virtuellen, öffentlichen Raum verwirklicht wird,*

*dass der Antragsteller die Tatbegehung glaubhaft macht,*

*dass die Ermittlung, Aufklärung, Verfolgung und Unterbindung der strafbaren Handlung auf andere Weise nahezu aussichtslos ist, und*

*dass die Ablehnung derselben auf Grund der anzunehmenden Vielzahl gleichartiger Delikte zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung ausschließlicher Rechte der Geschädigten führen kann."*

Diese Bestimmung musste freilich durch eine entsprechende Verweisung im TKG abgesichert werden. Ein erster Entwurf des Boltzmann-Instituts wurde dem BMWIT am 11.9.2009 überreicht. Systematisch wäre dort eine Ausnahmebestimmung in § 99 TKG angezeigt, sodass auch für diesen speziellen Zweck eine Verarbeitung von bevorrateten Verkehrsdaten zulässig ist.

Mit freundlichen Grüßen

RAMag Thomas Adocker  
(Schwarz Schönherr Rechtsanwälte OG)

RA Dr. Alexander Cizek  
(DLA Piper Weiss-Tessbach Rechtsanwälte GmbH)

RA Dr. Egon Engin-Deniz  
(CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH)

RA Dr. Felix Daum  
(Deschka Klein Daum Rechtsanwälte-Partnerschaft OG)

RA Dr. Michael Horak  
(Schönherr Rechtsanwälte GmbH)

RA Hon. Prof. Dr. Guido Kucsko  
(Schönherr Rechtsanwälte GmbH)

RA Dr. Max W. Mosing  
(Gassauer-Fleissner Rechtsanwälte GmbH)



RA Dr. Philipp Spring  
(Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte OG)



RA Hon. Prof. Dr. Michel Walter