

BK 11 9

Beschluss der Beschwerdekammer in Strafsachen

unter Mitwirkung von Oberrichterin Schnell (Präsidentin), Oberrichter Stucki, Oberrichter Trenkel sowie Gerichtsschreiberin Beldi

vom 22. März 2011

in der Strafsache gegen

unbekannte Täterschaft

wegen Widerhandlung gegen das Urheberrechtsgesetz, Kostenvorschuss

Firma X

vertreten durch Rechtsanwalt R

Straf- und Zivilklägerin/Beschwerdeführerin

Beschwerde gegen die Verfügung der Regionalen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland vom 7. Januar 2011

Regeste

Nichtverwertbarkeit von privat ermittelten IP-Adressen

Die von einer privaten Firma ermittelten IP-Adressen gelten gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung als widerrechtlich erlangt und könnten auch von den Strafverfolgungsbehörden nicht auf rechtmässige Weise beschafft werden (E. 2.2 und 2.4). Deshalb sind diese nicht verwertbar und dürfen (analog zu Art. 141 Abs. 4 StPO) auch nicht zur Teilnehmeridentifikation verwendet werden (E. 2.6).

Die Beschwerdekammer in Strafsachen hat beschlossen:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung vom 7. Januar 2011 aufgehoben.
2. Die Verfahrenskosten gehen zulasten des Kantons Bern.
3. Der Beschwerdeführerin wird eine Entschädigung von [...] ausgerichtet.
4. Zu eröffnen: [...]

Begründung:

I. Sachverhalt

1. Die Firma X ist exklusive Inhaberin der Rechte an den Darbietungen der Künstlergruppe Y sowie den dazugehörigen Tonbandaufnahmen, u.a. des Musiktitels „A“. Am 13. Dezember 2010 liess sie mit gleichzeitiger Konstituierung als Privatklägerin im Straf- und Zivilpunkt Anzeige erstatten wegen Urheberrechtsverletzung im Sinn von Art. 67 Abs. 1 lit g^{bis} URG. Die Urheberrechtsverletzungen wurden nach Darstellung in der Anzeige dadurch begangen, dass Tauschbörsenbenutzer den fraglichen Musiktitel auf ihrem Rechner zum Download bereitgestellt haben (sog. Upload). Der Anzeige konnte entnommen werden, dass die Urheberrechtsinhaberin die Urheberrechtsverletzungen durch eine private Firma (E) hatte ermitteln lassen. Zwecks Identifikation der durch diese Ermittlungen gewonnenen 531 IP-Adressen beantragte die Firma X, dass der zuständige Staatsanwalt baldmöglichst beim Internet-Anbieter ein entsprechendes Auskunftsgesuch stelle.

Mit Verfügung vom 7. Januar 2011 forderte der zuständige Staatsanwalt die Firma X auf, einen Kostenvorschuss im Betrag von Fr. 132'750.00 zu leisten, ansonsten das von ihr gestellte Auskunftsgesuch unterbleibe. Begründet wurde der verlangte Kostenvorschuss damit, dass die beantragte Beweisführung (Teilnehmeridentifikation der 531 IP-Adressen) der Durchsetzung der Zivilklage diene und daher von der Leistung eines Kostenvorschusses (hier in der Höhe der durch die Beweismassnahme zu erwartenden Kosten) abhängig gemacht werden könne.

2. Gegen die Kostenvorschussverfügung erhob die Firma X mit Eingabe vom 20. Januar 2011 Beschwerde. Darin macht sie geltend, dass die Teilnehmeridentifikation in erster Linie der Strafverfolgung und wenn überhaupt nur am Rand einer Zivilklage diene, weshalb die angefochtene Verfügung aufzuheben und unverzüglich (durch die angerufene Instanz; eventualiter durch die Staatsanwaltschaft) ein Auskunftsgesuch zu stellen sei. Am 26. Januar 2011 hat die Präsidentin der Beschwerdekammer in Strafsachen der Generalstaatsanwaltschaft ein Doppel der Beschwerdeschrift vom 20. Januar 2011 unter Ansetzung einer Frist zur Stellungnahme zugestellt. Nach Eingang der Stellungnahme der Generalstaatsanwaltschaft vom 10. Februar 2011, mit welcher zufolge Rechtmässigkeit des verfügten Kostenvorschusses eine Beschwerdeabweisung beantragt wird, hat sie der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 14. Februar 2011 das Replikrecht eingeräumt. Die Replik der Beschwerdeführerin vom 8. März 2011 wurde der Generalstaatsanwaltschaft mit Verfügung vom 15. März 2011 zur Kenntnis gebracht.

II. Formelles

1. Gemäss Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO kann gegen Verfügungen der Staatsanwaltschaft bei der Beschwerdekammer in Strafsachen des Obergerichts des Kantons Bern Beschwerde geführt werden. Ausschlussgründe im Sinn von Art. 394 StPO liegen keine vor.
2. Die Firma X ist durch die angefochtene Verfügung unmittelbar betroffen und demzufolge zur Beschwerde legitimiert (Art. 382 Abs. 1 StPO). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde vom 20. Januar 2011 ist einzutreten.

III. Materielles

1.

1.1 Die Beschwerdeführerin bestreitet in ihrer Beschwerde nicht, dass die Staatsanwaltschaft die Erhebung von Beweisen, die in erster Linie der Durchsetzung der Zivilklage dienen, von der Leistung eines Kostenvorschusses der Privatklägerschaft abhängig machen kann. Sie weist jedoch darauf hin, dass der angefochtenen Verfügung nicht entnommen werden könne, weshalb vorliegend von einer solchen Konstellation ausgegangen werde. Die beantragte Identifikation der IP-Adressen erfolge im Rahmen des Strafverfahrens gemäss gesetzlicher Grundlage und stelle zwingende Voraussetzung der Strafverfolgung dar, weshalb sie auch ohne ausdrückliche Beantragung durch die Privatklägerschaft von Amtes wegen zu erfolgen habe. Vor diesem Hintergrund sei davon auszugehen, dass die beantragte Beweismassnahme in erster Linie der Strafverfolgung diene. Die Tatsache, dass sich die Beschwerdeführerin als Konsequenz der durch die Tauschbörsenbenutzer begangenen Straftat auch als Privatklägerin im Zivilpunkt konstituiert habe, ändere an dieser Tatsache nichts. Die Staatsanwaltschaft verletze durch ihr Vorgehen das Willkürverbot. Darüber hinaus missachte sie auch das Rechtsverweigerungsverbot gemäss Art. 29 BV sowie den Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 6 StPO, mache sie die Strafverfolgung doch von der Leistung eines (noch dazu) immensen Kostenvorschusses abhängig.

1.2 Die Generalstaatsanwaltschaft schliesst sich der Auffassung der Staatsanwaltschaft an, wonach die beantragte Beweismassnahme in erster Linie der Durchsetzung der Zivilklage diene. Einerseits gehe dies aus der Tatsache hervor, dass sich die Privatklägerin im Zivilpunkt konstituiert habe. Damit bringe sie zum Ausdruck, dass sie sich mit der ausschliesslich strafrechtlichen Ahndung der von ihr geltend gemachten Widerhandlung gegen das URG nicht begnüge. Andererseits führe die Berücksichtigung der Art des Streitgegenstands zum selben Ergebnis. Die im Strafverfahren beantragte Beweismassnahme bezwecke in erster Linie, die hinter den Urheberrechtsverletzungen stehenden Personen zu identifizieren. Sie stelle somit eine *conditio sine qua non* für die Lieferung der für den Zivilprozess benötigten Angaben zur Frage der Sachlegitimation dar. Für den Fall, dass in strafrechtlicher Hinsicht mangels Nachweis des Vorsatzes Einstellungen erfolgen sollten, könnte die Anzeigerin, welche nun über Name und Adresse der hinter den IP-Adressen stehenden Teilnehmer verfüge, trotzdem ihre Zivilklage durchsetzen. Die Subsumtion derartiger, sicher oft auftretender Konstellationen unter Art. 313 Abs. 2 StPO stimme mit dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung überein. Im Weiteren sei davon auszugehen, dass die beantragte Beweismassnahme weitere äusserst aufwändige Beweismassnahmen zur Folge habe werde (z.B. Hausdurchsuchungen, PC-Sicherstellungen, zeitaufwändige Auswertungen, Befragungen), welche geeignet seien, bei den Untersuchungsbehörden erhebliche Ressourcen zu beanspruchen.

1.3 In ihrer Replik zeigt sich die Beschwerdeführerin erstaunt über die von der Generalstaatsanwaltschaft gemachten Ausführungen betreffend den Aufwand bzw. die benötigten Ressourcen. Abgesehen davon, dass die Verpflichtung zur Strafverfolgung unabhängig vom damit verbundenen Aufwand bestehe (im Übrigen erfolge die Strafverfolgung im Interesse der Rechtsgemeinschaft), sei nicht nachvollziehbar, weshalb nach der Teilnehmeridentifikation umfangreiche Zwangsmassnahmen notwendig seien, stünden doch die begangenen Urheberrechtsverletzungen auf Grund der Ermittlungen der Beschwerdeführerin bereits fest. Ebenso haltlos sei es, wenn die Generalstaatsanwaltschaft mit

Einstellungsbeschlüssen rechne, sei doch notorisch, dass die Tauschbörsenbenützer mindestens eventualvorsätzlich handeln würden. Im Weiteren macht die Beschwerdeführerin geltend, dass der Strafrechtsschutz vor allem präventiv wirksamer sei als der zivilrechtliche Rechtsschutz, weshalb für die Beschwerdeführerin denn auch die strafrechtliche Verurteilung klar im Vordergrund stehe; der Zivilpunkt hingegen sei Nebensache. Wenn die Staatsanwaltschaft etwas anderes behauptete, sei dies frei erfunden.

2.

2.1 Das Strafverfahren dient primär der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs, weshalb Art. 313 Abs. 1 StPO vorsieht, dass Beweiserhebungen zur Beurteilung der Zivilansprüche nur zu erfolgen haben, wenn dadurch das Strafverfahren nicht wesentlich erschwert oder verzögert wird. Damit soll die Abnahme von Beweisen, die nur der Durchsetzung von Zivilansprüchen dienen, dann beschränkt werden können, wenn das Verfahren durch die Erhebung erheblich ausgedehnt/erschwert würde und als Folge davon eine Verzögerung zu erwarten wäre, die eine Verletzung des Beschleunigungsgebots bedeuten würde (LANDSHUT, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Hrsg. Donatsch/Hansjakob/Lieber, Art. 313 N. 8; GOLDSCHMID/MAURER/SOLL-BERGER, Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung, S. 303, auch zum Folgenden). Gemäss Art. 313 Abs. 2 StPO kann darüber hinaus die Erhebung von Beweisen von der Leistung eines Kostenvorschusses der Privatklägerschaft abhängig gemacht werden, wenn diese in erster Linie (oder ausschliesslich) der Durchsetzung der Zivilklage dienen. Damit wird das Kostenrisiko des Staates abgedeckt, sieht Art. 427 StPO doch für gewisse Konstellationen eine Kostentragungspflicht der Privatklägerschaft vor (LANDSHUT, a.a.O., Art. 313 N. 12 f., auch zum Folgenden). So können der Privatklägerschaft die Verfahrenskosten, die durch ihre Anträge zum Zivilpunkt verursacht worden sind, u.a. dann auferlegt werden, wenn das Verfahren eingestellt oder die beschuldigte Person freigesprochen wird.

2.2 Ob die Erhebung eines Beweises vorwiegend der Geltendmachung von Zivilansprüchen dient, ist in jedem Einzelfall zu prüfen. Vorfrageweise ist dabei zu klären, ob die von der Beschwerdeführerin beantragte Beweismassnahme (Teilnehmeridentifikation der IP-Adressen) rechtlich überhaupt zulässig ist, worunter auch die Frage fällt, ob allenfalls ein Beweisverwertungsverbot im Sinn von Art. 141 StPO entgegensteht (Art. 139 Abs. 1 StPO; GLESS, Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Art. 139 N. 17 f.). Zur Beantwortung dieser Vorfrage ist es unerlässlich, das von der Beschwerdeführerin beigebrachte Beweismittel (die ermittelten IP-Adressen) auf seine Rechtmässigkeit hin zu untersuchen. In diesem Zusammenhang zu beachten ist der zur Publikation bestimmte – und von der Generalstaatsanwaltschaft in ihrer Stellungnahme aufgeführte – Bundesgerichtsentscheid vom 8. September 2010 (BGE 1C_285/2009). Diesem Entscheid lag die gleiche Ausgangslage zugrunde: Die Firma Logistep AG hatte in verschiedenen Peer-to-Peer-Netzwerken nach angebotenen urheberrechtlich geschützten Werken gesucht und die so erhobenen Daten, u.a. die IP-Adressen, an die Urheberrechtsinhaber weitergegeben. Das Bundesgericht erklärte die IP-Adressen als Daten im Sinn des Datenschutzgesetzes (DSG) und erachtete deren – durch die Logistep AG durchgeführte – Ermittlung als widerrechtliche Datenbearbeitung. Im Dispositiv hat das Bundesgericht die Logistep AG dann angewiesen, jede Datenbearbeitung im Bereich des Urheberrechts einzustellen; ausserdem wurde ihr untersagt, die bereits beschafften Daten den betroffenen Urheberrechtsinhabern weiterzuleiten. Auf das hier interessierende Strafverfahren

übertragen bedeutet dies, dass die durch die Firma E im Auftrag der Beschwerdeführerin ermittelten IP-Adressen ebenfalls als widerrechtlich erlangt zu gelten haben.

- 2.3 Die Problematik der Verwertung von Beweismitteln, die Private rechtswidrig beschafft haben, ist in der StPO nicht geregelt; das Bundesgericht hat sich dazu im vorerwähnten Entscheid ebenfalls nicht geäußert. Geregelt ist in der StPO die Beweiserhebung und -verwertbarkeit durch den Staat (Art. 139-141 StPO). Das bedeutet jedoch kein qualifiziertes Schweigen in dem Sinn, dass alles, was von Privatpersonen stammt, unbesehen verwertet werden dürfte. Davon ging auch der Vorentwurf (VE) StPO nicht aus, befasste sich dieser doch in Art. 150 mit der Frage der von Privaten erhobenen Beweise. Der Grund, dass diese Bestimmung in der Folge keinen Eingang in die StPO gefunden hat, liegt darin, dass Art. 150 VE StPO im Vernehmlassungsverfahren auf Kritik gestossen ist. Durchgesetzt hat sich im Vernehmlassungsverfahren dann die Annahme, dass die Praxis die notwendige Klarheit schaffen werde und eine abstrakt-generelle gesetzliche Regelung einer Weiterentwicklung der Rechtsprechung nur im Weg stehen könne (zum Ganzen: GODENZI, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, S. 335 ff.; HÄRING, Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung – alte Zöpfe oder substanzielle Neuerung? in: ZStrR 2009 [127] 226 ff., S. 231; SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, S. 336 Fn. 66).

In Anlehnung an die bisherige Lehre und Praxis sind von privater Seite deliktisch erlangte Beweismittel nicht a priori unverwertbar (vgl. die Auflistung der Rechtsprechung in GODENZI, S. 144 ff. und 264 ff.; SCHMID, a.a.O., S. 337); sie sind dann verwertbar, wenn sie auch von den Strafverfolgungsbehörden hätten erlangt werden können und (kumulativ) eine Abwägung der im Spiel stehenden Interessen ähnlich wie in Art. 141 Abs. 2 StPO für eine Verwertung spricht und diese nicht wegen schwerer Grundrechtsverstöße an sich auszuschliessen ist (SCHMID, a.a.O., S. 336 f.; HÄRING, a.a.O., S. 231 f. mit der Bemerkung, dass sich der Staat nicht eines Privaten bedienen dürfe, um für ihn geltende absolute Verbote zu umgehen). Darüber hinaus ist – hier jedoch nicht weiter von Interesse – im Einzelfall bei der Frage der Verwertbarkeit privat erlangter Beweise zu prüfen, ob vorab der Geschädigte berechtigt ist, in dringenden Fällen und unter Beachtung der Verhältnismässigkeit selbst zuhanden der Strafverfolgungsbehörden Beweise zu sichern, auch wenn dies an sich deliktisch ist (z.B. zur Wahrung berechtigter Interessen, wenn der Bedrohte beispielsweise das Gespräch unerlaubterweise auf einem Tonbandgerät registriert oder wenn der Geschädigte der beschuldigten Person ein bedeutsames Beweisstück entwendet, das diese zu vernichten droht; zum Ganzen: SCHMID, a.a.O., S. 337).

Für die Kammer zu beurteilen ist demzufolge, ob das von der Beschwerdeführerin beigebrachte Beweismittel (die ermittelten IP-Adressen) auch auf rechtmässige Weise hätte beschafft werden können (Frage 1, nachfolgend E. 2.4) und ob das Interesse des Staats an der Wahrheitsfindung das Interesse des Betroffenen (des Tauschbörsenbenutzers) an der Nichtverwertung des Beweises überwiegt (Frage 2, nachfolgend E. 2.5).

- 2.4 Die StPO kennt keinen *numerus clausus* der Beweismittel. Sie will vielmehr alle nach dem Stand der Wissenschaft geeigneten und rechtlich zulässigen – d.h. auch grundrechtskonformen – Beweismittel berücksichtigt sehen (GLESS, a.a.O., Art. 139 N. 14 und 16; Letzteres auch zum Folgenden). Mit Beweiserhebungen gehen regelmässig Eingriffe in Freiheitsrechte einher. Hier müssen die Voraussetzungen von Art. 36 BV erfüllt sein, andernfalls der Grundrechtseingriff und damit das Beweismittel nicht zulässig sind. Die StPO qualifiziert Verfahrenshandlungen, welche in Grundrechte eingreifen und die (u.a.)

der Ermittlung der Täterin/des Täters dienen, als strafprozessuale Zwangsmassnahmen (Art. 196 StPO); mit Blick auf Art. 36 BV knüpft sie deren Zulässigkeit an strenge Voraussetzungen (Art. 197 StPO). Bei der Ermittlung von IP-Adressen (welche vom Bundesgericht als Personendaten qualifiziert wurden) wird die verfassungsmässige Garantie der Privatsphäre und damit ein Grundrecht tangiert, weshalb die entsprechende Verfahrenshandlung u.a. einer gesetzlichen Grundlage und eines hinreichenden Tatverdachts bedarf (Art. 197 Abs. 1 Bst. a und b StPO). Eine gesetzliche Grundlage für den Einsatz der für die IP-Adressen notwendigen Ermittlungsmethode besteht indessen nicht. Weder ist eine explizite Gesetzesbestimmung dieser Ermittlungsmethode gewidmet noch lässt sich die Ermittlungsmethode unter eine bereits normierte Zwangsmassnahme subsumieren. So können in vorliegender Konstellation zum einen nicht die Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung zur Anwendung gelangen, fehlt es doch bereits an der Voraussetzung des „Kontakte-Knüpfens“ mit anderen Menschen (ausserdem wären die Voraussetzungen der verdeckten Ermittlung ohnehin nicht erfüllt). Zum anderen ist auch Art. 14 Abs. 4 BÜPF als gesetzliche Grundlage auszuschliessen. Gemäss dem Wortlaut dieser Bestimmung besteht die Pflicht, Angaben zur Identifikation einer Person zu machen, wenn eine Straftat über das Internet begangen wird, nicht aber zur Prüfung der Frage, ob Straftaten begangen werden (genau dazu diente aber die von der Firma E verwendete Software). Schliesslich stellt auch die blosse „Rechtfertigung“ im Sinn von Art. 13 DSGVO keine genügende gesetzliche Grundlage dar.

Unabhängig davon fehlte es auch am Erfordernis des hinreichenden Tatverdachts, käme der Einsatz der hier von der Firma E angewendeten Ermittlungsmethode – selbst wenn sie von der Strafverfolgungsbehörde in Auftrag gegeben würde – einer sogenannten „fishing-expedition“ (verdachtsunabhängige Beweisausforschung) gleich. Eine solche ist bekanntlich verboten, weil sie den (konkreten) Verdacht erst begründen soll (vgl. hierzu Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005, S. 1237; GLESS, a.a.O., Art. 141 N. 81; BGer 6B_757/2010 vom 7.2.2011, E. 2.4); dass allgemein bekannt ist, dass es in Tauschbörsen zu Urheberrechtsverletzungen kommt, ändert daran nichts.

Die Kammer gelangt demzufolge zum Schluss, dass sich auch die Strafverfolgungsbehörde das Beweismittel bzw. die IP-Adressen nicht auf rechtmässige Weise hätte beschaffen können.

2.5 Im Weiteren kann nicht davon ausgegangen werden, dass das Interesse des Staats an der Wahrheitsfindung das Interesse des Betroffenen an der Nichtverwertung des Beweises überwiegt (Frage 2): Anders als in BGE 109 Ia 244 ff. (= Pra 1983 Nr. 275) handelt es sich hier nicht um die Aufklärung einer schweren Straftat (so die Voraussetzung in Art. 141 Abs. 2 StPO). Dem vorerwähnten Bundesgerichtsentscheid lag die Aufklärung einer versuchten Anstiftung zu Mord bzw. das Interesse der Allgemeinheit an der Aufklärung eines Tötungsdelikts zugrunde, wobei Letzteres schwerer wog als das Interesse des Angeeschuldigten an der Geheimhaltung eines Telefongesprächs. Im Zentrum des jetzigen Strafverfahrens steht ein als Antragsdelikt ausgestaltetes Vergehen im minimalsten Bereich (Geld- oder Freiheitsstrafe von maximal einem Jahr). Dass das Interesse der Allgemeinheit an der Aufklärung von Urheberrechtsverletzungen nicht besonders gross ist, zeigt der Umstand, dass diese Delikte als Antragsdelikt ausgestaltet worden sind; daran ändert ein unter Umständen der Urheberrechtsinhaberin zugefügter hoher Schaden nichts.

- 2.6 Da die ermittelten IP-Adressen nicht verwertbar sind, dürfen sie analog zu Art. 141 Abs. 4 StPO auch nicht zur Teilnehmeridentifikation verwendet werden (SCHMID, a.a.O., S. 333 ff. N. 799; GOLDSCHMID/MAURER/SOLLBERGER, a.a.O., S. 126); die entsprechende Auskunft bzw. Teilnehmeridentifikation wäre ebenfalls nicht verwertbar. Die beantragte Beweismassnahme (das Auskunftsgesuch der Beschwerdeführerin) ist somit für den strafprozessualen Zweck untauglich (WOHLERS, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Hrsg. Donatsch/Hansjakob/Lieber, Art. 139 N. 13) und braucht auch nicht erhoben zu werden. Als Folge davon entfällt auch eine Kostenvorschusspflicht der Privatklägerschaft. Die Beschwerde ist demzufolge gutzuheissen und die Verfügung vom 7. Januar 2011, mit welcher die Privatklägerin zur Bezahlung von Fr. 132'750.00 aufgefordert worden ist, ist aufzuheben. Vor diesem Hintergrund kann offen bleiben, ob das beantragte Beweismittel in erster Linie der Zivilklage gedient hätte, was die Aufforderung zur Leistung eines Kostenvorschusses in vorgenannter Höhe allenfalls gerechtfertigt hätte oder ob die Strafverfolgungsbehörde damit die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Grundsätze und Verbote (Untersuchungsgrundsatz, Verfolgungszwang, Rechtsverweigerungs- und Willkürverbot) verletzt hätte. Von Letzterem kann jedenfalls vor dem Hintergrund des Beweisverwertungsverbots nicht gesprochen werden.
3. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die gesamten Verfahrenskosten dem Kanton Bern aufzuerlegen. Der Beschwerdeführerin ist überdies eine angemessene Entschädigung auszurichten.

[...]