

Ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Tipold  
Institut für Strafrecht und Kriminologie  
Universität Wien  
Schenkenstraße 4  
1010 Wien



An das  
Bundesministerium für Justiz  
Museumstraße 7  
1070 Wien

Begutachtungsverfahren zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Strafgesetzbuch und das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG geändert werden  
Geschäftszahl: 2023-0.091.937

Wien, am 17.4.2023

Anbei erlaube ich mir, eine punktuelle Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Strafgesetzbuch und das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG geändert werden, abzugeben.

1. Der Ministerialentwurf ist in seiner Kürze und Schlichtheit optisch beeindruckend: In 14 von 17 Punkten wird die bestehende Strafdrohung durch eine höhere ersetzt oder aus einem Privatanklagedelikt ein Ermächtigungsdelikt gemacht. Im 15. Punkt wird neben der Strafdrohungsänderung ein Verweis eingefügt, der dazu führt, dass in Punkt 16 des ME ein Absatz einer Strafbestimmung entfallen kann. Nur in Punkt 17 wird eine neue Qualifikation geschaffen. Also reine Strafdrohungserhöhung auf 1,5 Seiten. Bei einer Reform des StGB ist eigentlich mehr zu erwarten als eine reine Welle an Erhöhungen von Strafdrohungen, noch dazu in inflationärer Höhe.
2. Immerhin erscheint bei § 118a StGB im Zusammenhang mit Hacking die Tatmodalität des Überwindens nicht ganz unproblematisch, siehe dazu *Salimi*, Cybercrime 2018 – Kryptowährungen, Internet of Things und Co als Herausforderungen für das Strafrecht in *Lewis* (Hrsg), Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2018, 15 ff. Sollte man nicht wenigstens diese Frage lösen und vielleicht den Rechtsgüterschutz wirklich erhöhen, denn durch die Erhöhung von Strafdrohung verbessert sich kein Schutz.
3. Bei den §§ 118a Abs 1, 119 Abs 1 119a Abs 1 und 126c Abs 1 StGB wird die Strafdrohung vervierfacht, damit „der erhöhte soziale Störwert dieser Taten zum Ausdruck gebracht wird“. Das ist eine für jede Verschärfung einsetzbare Floskel und wegen ihrer Inhaltsleere ungeeignet, die vorliegende Erhöhung um das Vierfache zu begründen.

Der Unwert der genannten Tatbestände ist hier offenbar genauso hoch wie etwa bei der Verhetzung des § 283 Abs 1 StGB, der schweren gemeinschaftlichen Gewalt nach § 274 Abs 1 StGB oder bei der Gründung einer oder führenden Betätigung in einer staatsfeindlichen Bewegung oder einer religiös motivierten extremistischen Verbindung nach den

§§ 247a bzw 247b StGB. Das ist angesichts des Gewaltpotentials dieser Vergleichsbestimmungen und der damit verbundenen Störung des öffentlichen Friedens nicht sachgerecht, wiewohl zuzugeben ist, dass der Vergleich von Strafdrohungen bei unterschiedlichen Tatbeständen nie ideal ist und man immer fragen kann, ob diese Strafdrohungen wirklich richtig abgestuft sind.

Mit der Erhöhung der Strafdrohung in § 126c Abs 1 StGB ist dieses Vorbereitungsdelikt nun genauso bestraft wie die vorbereiteten Delikte der §§ 118a, 119 und 119a StGB und höher bestraft als die Schädigungsdelikte der §§ 126a und § 126b (jeweils Abs 1) StGB. Das ist als wertungswidrig.

4. Darüber hinaus ist der erhöhte Störwert gar nicht der einzige Grund, denn die Materialien deuten darauf hin, dass mit dieser Erhöhung das Spektrum an Ermittlungsmaßnahmen erweitert wird. Die Strafdrohung wird somit – jedenfalls auch – nach dem Prozessrecht ausgerichtet; das erscheint als verfehlt und bereitet grundlegende Probleme bei einer ernsthaft betriebenen Strafzumessung (siehe Punkt 8).
5. § 126c Abs 1 Z 1 StGB erhält einen neuen Abs 3. Hierzu sei eine technische Frage gestellt: Gibt es ein Computerprogramm, das nach seiner besonderen Beschaffenheit ersichtlich zur Begehung eines widerrechtlichen Zugriffs auf ein Computersystem (§ 118a StGB), einer Verletzung des Telekommunikationsgeheimnisses (§ 119 StGB), eines missbräuchlichen Abfangens von Daten (§ 119a StGB), einer Datenbeschädigung (§ 126a StGB), einer Störung der Funktionsfähigkeit eines Computersystems (§ 126b StGB) oder eines betrügerischen Datenverarbeitungsmissbrauchs (§ 148a StGB) geschaffen oder adaptiert worden ist, aber nicht gleichzeitig geeignet ist, eine Beeinträchtigung wesentlicher Bestandteile der kritischen Infrastruktur iSd § 74 Abs 1 Z 11 StGB zu verursachen? Die bloße Eignung ist nämlich sehr weitgehend. Dieselbe Frage gilt für die übrigen Tatmittel des § 126c StGB.

Falls diese Frage verneint wird oder für den Regelfall zu verneinen ist, sollte diese „Qualifikation“ entfallen. Denn es wäre verfehlt, mit dieser Qualifikation das Grunddelikt des § 126c StGB einzurichten und dessen Abs 1 auf Fälle mangelnden Vorsatzes auf die Eignung zu reduzieren.

6. Auch in den §§ 121 Abs 1 und 122 Abs 1 StGB wird die Strafdrohung vervierfacht. Ebenso vervierfacht wird die Strafdrohung der §§ 11 und 12 UWG. Nach den Materialien soll in Umsetzung des Regierungsprogramms 2020-2024 dadurch der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen verstärkt werden. Bei § 121 StGB macht man dies aus systematischen Gründen. Der verfehlt Glaube an die abschreckende Wirkung von Strafdrohungen zeigt sich damit erneut. Aber die Materialien deuten letztlich auch diesbezüglich darauf hin, dass mit dieser Erhöhung das Spektrum an Ermittlungsmaßnahmen erweitert wird.

Da die Geheimnisschutzbestimmungen auch Qualifikationen enthalten, werden in den §§ 121 Abs 2 und 122 Abs 2 StGB die Strafdrohungen auf Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren erhöht. Hier wird die Strafe also nur verdreifacht, offenbar dürfte dies für den Schutz der Geheimnisse auf der Ebene der Qualifikation ausreichend sein. Das Spektrum von Ermittlungsmaßnahmen könnte bereits bei einer Verdoppelung der Strafdrohung erweitert werden, dann gäbe es aber keinen Unterschied zum Grunddelikt.

Da die Auskundschaftung eines Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses nach § 123 Abs 1 StGB ohnedies schon mit bis zu 2 Jahren Freiheitsstrafe bestraft wird, wurde hier die Strafdrohung nur um die Hälfte auf drei Jahre erhöht. Die Auskundschaftung eines Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses zugunsten des Auslandes nach § 124 StGB ist bisher mit bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe bestraft, mit dem ME sollen es sechs Monate bis zu fünf Jahren werden. Es wird also die nächste Strafdrohungsstufe gewählt.

Eine Systematik in diesem Drang zu Erhöhungen der Strafdrohungen ist nicht wirklich erkennbar.

7. Alle diese Geheimnisschutzdelikte – ausgenommen § 124 StGB – sind derzeit Privatanklagedelikte. Sie sollen nun zu Ermächtigungsdelikten umgestaltet werden. Die Materialien weisen diesbezüglich nur auf die Befreiung vom Kostenrisiko hin. Ist das der erste Schritt, Privatanklagedelikte weitgehend zu beseitigen und in Ermächtigungsdelikte umzuwandeln? Das könnte man auch – mit derselben Begründung – im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes machen (zB ua §§ 159 PatG, 42 GMG, 22 HlSchG, 60 und 68h MarSchG, 35 MuSchG) oder auch hinsichtlich § 91 UrhG.

Fraglich ist aber, ob der Umfang des Schutzes dieser Geheimnisse wegen der Möglichkeit zur Akteneinsicht im Strafverfahren nicht abnehmen könnte. Dann wäre die Schaffung als – wenn auch durch Ermächtigung eingeschränktes – Officialdelikt kontraproduktiv. Dies sollte genau überlegt werden, bevor man diesen Schritt unternimmt.

8. Mit einer Erhöhung auf Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren stehen etwa die qualifizierte Observation nach § 130 Abs 3 StPO, die verdeckte Ermittlung nach § 131 Abs 2 StPO, die Briefbeschlagnahme nach § 135 Abs 1 StPO, die Auskunft über Daten einer Nachrichtenübermittlung nach § 135 Abs 2 Z 3 und 4 StPO – für deren Z 2 genügt eine Strafdrohung von mehr als sechs Monate –, die Überwachung von Nachrichten nach § 135 Abs 3 Z 3 StPO sowie die optische Überwachung von Personen nach § 136 Abs 3 Z 2 StPO und die Personenfahndung nach § 169 Abs 1 StPO zur Verfügung. Abgesehen von § 135 Abs 2 Z 2 StPO knüpft noch die Festnahmebestimmung des § 170 Abs 1 Z 4 StPO und bei der Untersuchungshaft der Haftgrund des § 173 Abs 2 Z 3 StPO an eine mit mehr als sechs Monaten Freiheitsstrafe bedrohte Tat an. Die Vervielfachung hat also tatsächlich so manche Konsequenz auf prozessualer Ebene.

Wenn Strafen erhöht werden, damit prozessuale Eingriffsmittel zur Verfügung stehen, stellt sich die Frage, wie dieser Umstand bei der Strafzumessung zu berücksichtigen ist. Schließlich soll sich die Strafdrohung nach dem Unrecht der Tat richten (*Grafl/Schmoller*, Gutachten zum 19. ÖJT (2015) 14, 89 ff) und nicht nach prozessualen Möglichkeiten. Fließen nämlich diese Möglichkeiten in die Strafdrohung ein, spiegelt die Strafdrohung nicht das Unrecht wider, das mit einer mehr oder weniger großen Bandbreite vom jeweiligen Tatbestand erfasst ist. Bei der Strafzumessung gilt es aber an die Schuld anzuknüpfen, und da spielt die Möglichkeit prozessualer Eingriffsmittel keine Rolle.

Man wird daher für die Strafzumessung nur jene Höhe berücksichtigen dürfen, die das Unrecht der Tatbestandverwirklichung ausmacht. Zumeist wird man im Bereich der Vermutungen verbleiben. Immerhin bietet der Gesetzgeber im vorliegenden Entwurf aber Anknüpfungspunkte: Das bisherige Unrecht war zu wenig, eine Verdoppelung als nächste

Strafandrohungsstufe erscheint daher als angemessen, die Vervierfachung kann nur mehr mit dem Strafprozessrecht begründet werden. Dementsprechend wäre für die Strafzumessung nur eine Strafdrohung bis zu einem Jahr (im UWG bis zu sechs Monaten) unrechtsangemessen. Bei den Qualifikationen sollte man auch entsprechende Abstriche machen, um etwas systemkonform zu bleiben. Somit muss für die Strafzumessung von einer geringeren Strafdrohung ausgegangen werden, denn nur insoweit geht es um die Schuld des Täters.

Natürlich mag das spekulativ anmuten, aber wenn der Gesetzgeber auf der Ebene der Strafdrohungen den sachgerechten Weg verlässt und die Strafdrohung nach dem Prozessrecht ausrichtet, muss man dies auf Strafzumessungsebene ausgleichen. Denn die Strafzumessung knüpft nicht an das Prozessrecht an. Das soll auch Anstoß für grundlegende Überlegungen in diesem Bereich sein.

Besser wäre es, das Prozessrecht aus den Überlegungen zur Gestaltung von Strafdrohungen herauszuhalten.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Alexander Tipold