

# Der neue Tatbestand des Identitätsmissbrauchs nach Art. 179<sup>decies</sup> E-StGB

YANNICK REBER\*

SCHLAGWÖRTER	Identitätsmissbrauch – Datenschutz – Bestimmtheitsgebot – Tatbestand – Konkurrenzen
ZUSAMMENFASSUNG	Dieser Beitrag erörtert den neuen Tatbestand des Identitätsmissbrauchs nach Art. 179 <sup>decies</sup> E-StGB. Dabei wird eine erste Einordnung vorgenommen und es werden schwerpunktmässig Themen des objektiven und subjektiven Tatbestands und der Konkurrenzen behandelt. Ausserdem wird die Legitimation der neuen Norm diskutiert.
RÉSUMÉ	Cet article analyse le nouveau délit de l'usurpation d'identité prévu par l'article 179 <sup>decies</sup> CP. L'article donne une première classification et se focalise sur les éléments objectifs et subjectifs du crime et sur le concours d'infractions. En outre, la légitimité du nouveau délit est discuté.
ABSTRACT	This article analyses the new offence of identity abuse under Art. 179 <sup>decies</sup> CC. The article will provide an initial classification and focus on the objective and subjective elements of the crime and on concurrence of laws. In addition, the legitimacy of the new offence is discussed.

## I. Einleitung

Im Zuge der zurzeit laufenden Totalrevision<sup>1</sup> des Datenschutzgesetzes<sup>2</sup> setzte der Bundesrat auch die Motion Comte (14.3288) um, die verlangt, dass der Identitätsmissbrauch ein eigener Straftatbestand wird.

Mit dem neuen Art. 179<sup>decies</sup> E-StGB<sup>3</sup> soll der Identitätsmissbrauch künftig strafbar sein. Das Parlament folgte dem Vorschlag des Bundesrates diskussionslos und akzeptierte die neue Strafnorm,<sup>4</sup> wobei die Schlussabstimmung der gesamten Vorlage noch aussteht, da sich die Räte zurzeit noch im Differenzbereinungsverfahren betreffend einiger Streitpunkte im neuen Datenschutzgesetz befinden.

Dieser Beitrag nimmt eine Kurzanalyse zur Legitimation des neuen Tatbestandes vor und thematisiert Bereiche des objektiven und subjektiven Tatbestandes sowie

Rechtfertigungsgründe und Konkurrenzfragestellungen. Er handelt die neue Norm systematisch ab und präsentiert erste Lösungsvorschläge für Fragen, welche in Lehre und Praxis noch zu diskutieren sein werden.

## II. Zur Berechtigung der Sanktionierung des Identitätsmissbrauchs

Bevor der Tatbestand genauer erörtert wird, soll hier kurz darauf eingegangen werden, ob eine Strafnorm, welche die Identität von Individuen vor Missbrauch schützt, überhaupt seine Berechtigung hat.

Vorab sei in Erinnerung gerufen, dass das Strafrecht stets nur die sozialschädlichen Rechtsgutverletzungen, welche die Gesellschaft in der Gesamtbetrachtung schädigen und gegen die es keine anderen, mildereren Mittel gibt, sanktionieren soll («Ultima-Ratio-Prinzip»)<sup>5</sup>.

Zweifellos stellt der Missbrauch der Identität häufig eine schwere Persönlichkeitsverletzung dar. Das allein rechtfertigt allerdings Art. 179<sup>decies</sup> E-StGB nicht. Vielmehr müsste dieses Verhalten sich von anderen schweren Persönlichkeitsverletzungen abheben, um eine eigene

\* YANNICK REBER, Student der Rechtswissenschaften (Universität Bern), juristischer Mitarbeiter bei der Beck Klöti AG, Advokatur und Notariat, Bern. Manuskript geschlossen am 13.09.2020.

<sup>1</sup> Geschäft des Bundesrates 17.059.

<sup>2</sup> Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG, SR 235.1).

<sup>3</sup> Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz (Entwurf) vom 15. September 2017, BBl 2017 7193 ff., 7248.

<sup>4</sup> AB N 2019, 1837; AB S 2019, 1249.

<sup>5</sup> KURT SEELMANN/CHRISTOPHER GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Basel 2016, N 9 ff.; STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL/MARK PIETH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017, 23.

strafrechtliche Geltung zu beanspruchen. Es erscheint zumindest fragwürdig, ob ein Identitätsmissbrauch sozial-schädlicher ist als beispielsweise das Veröffentlichen von intimen Gesundheitsdaten, was für die betroffene Person ebenfalls gravierende Auswirkungen haben kann.

Weiter gab auch Bundesrätin Sommaruga während der Beratung der Motion zu bedenken, dass viele der Konstellationen, in welchen es zum Identitätsmissbrauch kommt, bereits vom geltenden Recht erfasst seien. Deshalb sehe der Bundesrat auch keine Strafbarkeitslücke und ein neuer Tatbestand führe demnach zu Abgrenzungsschwierigkeiten.<sup>6</sup> Zu denken ist etwa an Betrug, Urkundendelikte oder Ehrverletzungsdelikte. Je nach Verständnis des neuen Tatbestandes führt dies entweder zu einer kumulativen Bestrafung oder einem Wegfall des Identitätsmissbrauches bei den Konkurrenzen. Diese Fragestellungen werden unten behandelt.<sup>7</sup>

Zusammengefasst scheint die Legitimation der neuen Norm fraglich. Zumindest hat der Gesetzgeber mit der im subjektiven Tatbestand geforderten Vor- bzw. Nachteilsabsicht die Strafbarkeit eingeschränkt.<sup>8</sup> So haben auch schon BORGES/SCHWENK/STUCKENBERG/WEGENER (für das deutsche Recht) festgestellt, dass häufig Fälle von Identitätsmissbrauch (und Identitätsdiebstahl) bereits von bestehenden Strafnormen erfasst seien und für jene Konstellationen, wo durch den Identitätsmissbrauch lediglich die Persönlichkeit verletzt werde, erst die Sozialschädlichkeit empirisch nachgewiesen werden müsse. Erst dann könne man ggf. auf das Strafrecht als Ultima Ratio zurückgreifen.<sup>9</sup>

### III. Der Identitätsmissbrauch nach Art. 179<sup>decies</sup> E-StGB

#### A. Schutz der Persönlichkeit

Art. 179<sup>decies</sup> E-StGB hat folgenden Wortlaut:

*«Wer die Identität einer anderen Person ohne deren Einwilligung verwendet, um dieser zu schaden oder um sich oder einem Dritten einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen, wird auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft.»*

<sup>6</sup> Votum Sommaruga, AB S 2014, 541.

<sup>7</sup> III./E.

<sup>8</sup> Siehe hierzu III./C.

<sup>9</sup> GEORG BORGES/JÖRG SCHWENK/CARL-FRIEDRICH STUCKENBERG/CHRISTOPH WEGENER, Identitätsdiebstahl und Identitätsmissbrauch im Internet, Rechtliche und technische Aspekte, Berlin/Heidelberg 2011, 377 f.

Wie in der Einleitung oben erwähnt, geht dieser neue Straftatbestand auf eine Motion von Alt-Ständerat Raphaël Comte zurück. Diese verlangt, dass für den Missbrauch einer fremden Identität ein eigener Straftatbestand geschaffen wird. Der Motionär führte aus, dass durch den technischen Fortschritt und die damit einhergehenden neuen Möglichkeiten die Hemmschwelle generell tiefer sei, die Identität einer anderen Person anzunehmen. Dieses Verhalten sei nur teilweise strafrechtlich erfasst, weshalb die Lücken geschlossen werden müssten.<sup>10</sup>

Art. 179<sup>decies</sup> E-StGB schützt die Persönlichkeit des Individuums<sup>11</sup> und ist als Vergehen ausgestaltet (Art. 10 Abs. 3 StGB<sup>12</sup>). Er wird in die Reihe der Tatbestände eingeordnet, die den Geheim- und Privatbereich schützen (Art. 179 ff. StGB).

#### B. Objektiver Tatbestand

Die Tathandlung besteht in der Verwendung einer (fremden) Identität. Unter «verwenden» fallen alle möglichen Tatvarianten, wie z.B. das Erstellen eines Social-Media-Profiles, das Eingeben von Daten bei einer Online-Bestellung, aber auch das schlichte Sichvorstellen bei einer anderen Person. «Verwenden» kann man zusammenfassend als «sich als fremde Person ausgeben» umschreiben. Es wird passend auch der Terminus «Identitätsanmassung» verwendet.<sup>13</sup>

Zu klären ist ferner, was unter dem Begriff der «Identität» zu verstehen ist. Gemäss Duden ist die Identität die «Echtheit einer Person oder Sache; völlige Übereinstimmung mit dem, was sie ist oder als was sie bezeichnet wird».<sup>14</sup> Bei Art. 179<sup>decies</sup> E-StGB kann nur die Identität einer bestimmten fremden natürlichen Person infrage kommen – juristische Personen sind nicht erfasst. Das ergibt sich einerseits aus der Botschaft, die stets von «Menschen» oder «Individuen» spricht.<sup>15</sup> Andererseits ist festzuhalten, dass unter dem neuen Datenschutzgesetz Daten

<sup>10</sup> Votum Comte, AB S 2014, 540.

<sup>11</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017, BBl 2017 6941 ff., 7127; vgl. zur Definition des Begriffs der Persönlichkeit HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Aufl., Bern 2016, N 10.01 ff.

<sup>12</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0).

<sup>13</sup> JULIA MEYER, Identität und virtuelle Identität natürlicher Personen im Internet, Baden-Baden 2011, 40.

<sup>14</sup> www.duden.de/rechtschreibung/Identitaet, abgerufen am 13. September 2020.

<sup>15</sup> Botschaft DSG (Fn. 11), 7127.

von juristischen Personen zukünftig *nicht* mehr geschützt werden sollen, wobei sich diese jedoch weiterhin auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht von Art. 28 ZGB<sup>16</sup> berufen können.<sup>17</sup> Es wäre widersprüchlich, den Datenschutz für Daten von juristische Personen (im neuen DSG) insgesamt aufzuheben und ihn sogleich im Strafrecht beträchtlich zu erweitern. Schliesslich wäre eine Anwendung der Norm auf juristische Personen m.E. auch mit ihrem Wortlaut schwer vereinbar.

Die Identität einer natürlichen Person kann sodann durch verschiedene Merkmale bestimmt werden, die Botschaft nennt etwa Namen, Herkunft, Bild, soziale, familiäre oder berufliche Positionierung, aber auch Geburtsdatum, Internetadresse, Kontonummer oder Nickname.<sup>18</sup> Weiter sind auch E-Mail-Adresse oder AHV-Nummer denkbar. Die Auflistung ist nicht abschliessend. Treffend ist die Identität auch als «*Menge an Daten, durch die eine Person in einem bestimmten Zusammenhang eindeutig bezeichnet und von anderen unterschieden werden kann*» beschrieben worden.<sup>19</sup>

MEYER beschreibt den Identitätsmissbrauch im hier relevanten Zusammenhang schliesslich als «*Verwendung fremder Daten als eigene, das heisst für eigene Handlungen, um unter der Identität des wirklichen Dateninhabers zu handeln, ohne dazu befugt zu sein*».<sup>20</sup>

Eine genaue Abgrenzung, ab wann der Täter eine fremde Identität verwendet, scheint schwierig und bedarf der Konkretisierung von Lehre und Rechtsprechung. Die neue Norm strapaziert in dieser Hinsicht das Bestimmtheitsgebot (Art. 1 StGB) beträchtlich.

Klar scheint einzig, dass je mehr Daten und Merkmale verwendet werden, desto eher der Tatbestand erfüllt sein wird.

An dieser Stelle sei noch auf eine weitere Problematik hingewiesen, die weiterer Forschung bedarf: Was ist, wenn der Täter zwar einige Merkmale einer bestimmten Person verwendet, diese jedoch mit Merkmalen einer anderen (oder fiktiven) Person kombiniert? Zu denken ist beispielsweise an ein Profilfoto, kombiniert mit einem nicht zu der Person passenden Namen und Geburtsdatum. Der Täter verwendet demnach nur Teilaspekte der Identität. Ob eine solche Handlung unter die neue Norm subsumiert werden kann, ist unklar.

Schliesslich ist festzuhalten, dass es sich bei Art. 179<sup>decies</sup> E-StGB um ein Tätigkeitsdelikt handelt.<sup>21</sup> Eines Taterfolges (z.B. Täuschung) bedarf es deshalb *nicht*. Es ist demnach auch nicht nötig, dass der Identitätsmissbrauch vom Opfer oder von Dritten (aktiv) zur Kenntnis genommen wird.

### C. Subjektiver Tatbestand

Auf subjektiver Seite verlangt Art. 179<sup>decies</sup> E-StGB Vorsatz hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale, wobei nach den allgemeinen Regeln Eventualvorsatz genügt.<sup>22</sup> Darüber hinaus muss der Täter aber mit der Absicht handeln, dem Opfer zu schaden oder sich oder einem Dritten einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen. Es handelt sich dabei klarerweise um ein subjektives Tatbestandsmerkmal, nachdem der Bundesrat in der Botschaft von «Absicht» spricht<sup>23</sup> und auch auf das identische Tatbestandselement des Amtsmissbrauchs (Art. 312 StGB) verweist, welches auch dort einheitlich als subjektives Merkmal betrachtet wird.<sup>24</sup>

Umso verwirrender ist es, dass hinsichtlich der geforderten Absichten nicht auf den exakten Gesetzeswortlaut des Art. 312 StGB zurückgegriffen wurde, sondern in Art. 179<sup>decies</sup> E-StGB von «dieser [Person] zu schaden» statt von «Nachteil» die Rede ist, beide Tatbestände dann aber den Begriff des «unrechtmässigen Vorteils» verwenden.

Mit dieser Unterscheidung wird unnötig Unsicherheit geschaffen. Der Bundesrat verwendet in seiner Botschaft den Begriff «Nachteil» mehrmals<sup>25</sup> und verweist, wie oben ausgeführt, auf den Tatbestand des Amtsmissbrauchs. Art. 179<sup>decies</sup> E-StGB und Art. 312 StGB sind in dieser Hinsicht demnach identisch zu verstehen und auszulegen.

<sup>16</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210).

<sup>17</sup> Vgl. Botschaft DSG (Fn. 11), 7011.

<sup>18</sup> Botschaft DSG (Fn. 11), 7127; vgl. auch MEYER (Fn. 13), 26 ff.

<sup>19</sup> BORGES/SCHWENK/STUCKENBERG/WEGENER (Fn. 9), 4.

<sup>20</sup> MEYER (Fn. 13), 39.

<sup>21</sup> Zur Unterscheidung zwischen Tätigkeits- und Erfolgsdelikten: ANDREAS DONATSCH/BRIGITTE TAG, Strafrecht I – Verbrechenslehre, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, 101 ff.; TRECHSEL/NOLL/PIETH (Fn. 5), 73.

<sup>22</sup> Art. 12 Abs. 1 StGB; statt vieler SEELMANN/GETH (Fn. 5), N 127.

<sup>23</sup> Botschaft DSG (Fn. 11), 7128; vgl. auch den französischen Wortlaut (Hervorhebung hinzugefügt): «Celui qui aura utilisé l'identité d'une autre personne sans son consentement *dans le dessein de ...*».

<sup>24</sup> GÜNTER STRATENWERTH/FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. Aufl., Bern 2013, § 59 N 12; BSK StGB-HEIMGARTNER, Art. 312 N 23; ANDREAS DONATSCH/MARC THOMMEN/WOLFGANG WOHLERS, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017, 554.

<sup>25</sup> Botschaft DSG (Fn. 11), 7128.

Mit dieser zusätzlichen geforderten Vorteils- oder Nachteilsabsicht soll die Strafbarkeit eingeschränkt werden. Eventualabsicht wird genügen.<sup>26</sup> Nicht jedes Verwenden einer Identität erweist sich folglich als strafwürdig. Es muss eine gewisse Schwelle überschritten werden, die das Verhalten strafrechtlich relevant macht. Die Vor- bzw. Nachteile müssen gerade *nicht* vermögensrechtlicher Natur sein,<sup>27</sup> sondern es kommen sowohl solche materieller als auch immaterieller Natur infrage.<sup>28</sup>

Wie bei Art. 312 StGB genügt hier also etwa die Absicht, einen massiven Ärger zu verursachen<sup>29</sup> oder das Ansehen einer Person zu schädigen.<sup>30</sup> So ist davon auszugehen, dass jemand den Tatbestand erfüllt, der in einem Online-Shop auf Rechnung auf Name und Adresse einer anderen Person etwas bestellt, sodass sich das Opfer etwa mit einer zivilrechtlichen Forderung, gegebenenfalls gar mit einer Betreibung, konfrontiert sieht, was einen erheblichen Aufwand verursachen kann. Regelmässig nicht strafbar machen sollte sich m.E. aber jemand, der auf fremden Namen und E-Mail-Adresse einen (kostenlosen) E-Mail-Newsletter abonniert. Weiter kann auch vom blossen Erstellen eines «Fake-Profiles» auf Social Media (z.B. eines Politikers) nicht per se auf eine Vor- oder Nachteilsabsicht geschlossen werden.<sup>31</sup> Hinzu kommen müssen weitere Aspekte, wie etwa das Anschreiben anderer Personen und das (öffentliche) Kommentieren und Posten von Inhalten, die das Opfer lächerlich machen, es schlecht dastehen lassen oder sonst einen erheblichen Ärger verursachen (z.B. dadurch, dass das Opfer bspw. mit «seinen Aussagen» von seinem sozialen Umfeld vermehrt konfrontiert wird). Schliesslich erfüllt natürlich auch das Sichausgeben als eine bestimmte Person, im Zuge eines Täuschungsmanövers, etwa eines Betruges, um sich damit z.B. einen Vermögensvorteil zu verschaffen, häufig den Tatbestand.<sup>32</sup>

Ob das zusätzlich geforderte Absichtselement die Strafbarkeit auf ein sinnvolles Mass einschränken wird, muss sich weisen. Es ist aber aufgrund der m.E. fragwürdigen Legitimation der Norm und ihrer Strapazierung des Bestimmtheitsgebotes sicherlich zu begrüssen. Auch wenn meiner Auffassung nach wie oben erwähnt Eventualabsicht zu genügen hat, muss dem Täter dennoch nachgewiesen werden, dass er eine konkrete, bestimmbare Vor- oder Nachteilsabsicht zumindest in Kauf genommen hat.

## D. Rechtfertigungsgründe

Die Einwilligung wird bereits im Tatbestand erwähnt. Liegt eine Einwilligung des Opfers vor, wirkt diese deshalb *tatbestandsausschliessend*.<sup>33</sup>

Dem steht freilich nicht entgegen, dass auch die anderen Rechtfertigungsgründe, wie etwa Notwehr, Notstand, Wahrung berechtigter Interessen oder Art. 14 StGB, Anwendung finden können.<sup>34</sup>

## E. Konkurrenzen

### 1. Ausgangslage

Im Hinblick auf die Konkurrenzen ergeben sich mit dem neuen Tatbestand einige Fragen. Nachfolgend wird das Verhältnis zum Betrug und zu den Urkundendelikten sowie zu den Ehrverletzungsdelikten behandelt, weil diese Tatbestände in der Praxis wohl mit am häufigsten mit Art. 179<sup>decies</sup> E-StGB zusammentreffen werden.

### 2. Verhältnis zu Art. 146 und Art. 251 ff. StGB

Es ist regelmässig der Fall, dass ein Identitätsmissbrauch die täuschende Tathandlung eines Betruges (Art. 146 StGB) darstellt. Der Bundesrat postuliert in seiner Botschaft generell, dass «*in Fällen, in welchen der Unrechtsgehalt der Tat durch den gleichzeitig anwendbaren Tatbestand nicht gänzlich abgedeckt wird, der Aspekt der Persönlichkeitsverletzung durch den Identitätsmissbrauch also noch nicht berücksichtigt wird, von echter Konkurrenz auszugehen ist*».<sup>35</sup> Für die oben bereits aufgegriffene Konstellation, wo der Identitätsmissbrauch Teil des Betruges ist, könne der Identitätsmissbrauch aber bereits als Vor-

<sup>26</sup> So betreffend Art. 312 StGB DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS (Fn. 24), 554; BSK StGB-HEIMGARTNER, Art. 312 N 23, m.w.H.

<sup>27</sup> Vgl. STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 24), § 59 N 12, m.w.H.; GEORGES FREY/ESTHER OMLIN, Amtsmisbrauch – Die Ohnmacht der Mächtigen, Eine Analyse der Amtsmisbrauchsnorm mit Blick auf die Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden, AJP 2005, 82 ff., 85.

<sup>28</sup> Botschaft DSG (Fn. 11), 7128.

<sup>29</sup> STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 24), § 59 N 12.

<sup>30</sup> FREY/OMLIN (Fn. 27), 85.

<sup>31</sup> Vgl. Botschaft DSG (Fn. 11), 7127: «Es soll jedoch davon abgesehen werden, die Verwendung einer fremden Identität zum Selbstzweck, um ihrer selbst willen, unter Strafe zu stellen, da dadurch die Grenzen des Strafrechts zu stark ausgeweitet würden.»

<sup>32</sup> Botschaft DSG (Fn. 11), 7128, wo als Beispiel der Einzeltrickbetrug genannt wird.

<sup>33</sup> GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011, § 10 N 8, m.w.H.; DONATSCH/TAG (Fn. 21), 258; so auch SEELMANN/GETH (Fn. 5), N 117, m.w.H., die mit einer neueren Auffassung die Einwilligung immer als tatbestandsausschliessend betrachten.

<sup>34</sup> Dazu allgemein SEELMANN/GETH (Fn. 5), N 153 ff.

<sup>35</sup> Botschaft DSG (Fn. 11), 7128.

tat mitbestraft sein. Diese Auffassung kann jedoch nicht überzeugen, wenn man sich vor Augen führt, dass bei Art. 179<sup>decies</sup> E-StGB die Persönlichkeit einer natürlichen Person geschützt wird, der Betrugstatbestand aber das Vermögen<sup>36</sup> und die Urkundendelikte die Sicherheit und die Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs mit Urkunden als Beweismittel<sup>37</sup> schützen. Die Tatbestände bezwecken offensichtlich den Schutz unterschiedlicher Rechtsgüter. Wenn der Gesetzgeber den Missbrauch der Identität als strafwürdig einstuft, sollte er in solchen Konstellationen nicht wieder über die Konkurrenzen wegfallen.

Dafür spricht auch, dass gerade bei den Betrugsdelikten häufig das am Vermögen geschädigte Betrugsopfer und die durch den Identitätsmissbrauch in ihrer Persönlichkeit beeinträchtigte Person *nicht* identisch sind: Person A missbraucht (verwendet) die Identität von Person B, um Person C zu täuschen, woraufhin sich diese am Vermögen schädigt. C hat als Betrugsopfer einen Vermögensschaden erlitten, während die Persönlichkeit von B durch den Identitätsmissbrauch beeinträchtigt wurde.<sup>38</sup>

Aufgrund der eben vorgebrachten Argumente ist m.E. im Verhältnis von Art. 179<sup>decies</sup> E-StGB zu Art. 251 ff. und Art. 146 StGB stets *echte Konkurrenz* anzunehmen. Gleiches muss konsequenterweise auch im Verhältnis zu Art. 147 StGB (Betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage) gelten, insofern die Norm nicht ohnehin hinter Art. 146 StGB zurücktritt.<sup>39</sup>

### 3. Verhältnis zu Art. 173 ff. StGB

Der zweite Schwerpunkt ist beim Verhältnis zu den Ehrverletzungsdelikten (Art. 173 ff. StGB) zu setzen. Dabei stehen jene Fälle im Vordergrund, in denen der Täter nicht nur die Identität einer anderen Person missbraucht, sondern diese zugleich durch das Verhalten auch in ihrer Ehre beeinträchtigt. Der Bundesrat ist der Ansicht, dass in diesen Fällen zwischen der Ehrverletzung und Art. 179<sup>decies</sup> E-StGB *echte Konkurrenz* bestehe.<sup>40</sup>

Nur so könne dem begangenen Unrecht und den damit entstandenen negativen Folgen wie Reputationsverlust, Einleitung eines Verfahrens oder eine aufwendige (nur bedingt erfolgreiche) Richtigstellung Rechnung getragen werden.

Um diese Konstellation zu lösen, muss geklärt werden, ob sich die Rechtsgüter «Ehre» und «Persönlichkeit» überhaupt trennen lassen. Das Rechtsgut «Ehre», welches bei Art. 173 ff. StGB unbestrittenermassen geschützt wird,<sup>41</sup> umfasst immer auch das Rechtsgut «Persönlichkeit». Die Ehre ist ein Teilgehalt der Persönlichkeit,<sup>42</sup> wobei der strafrechtliche Ehrbegriff weniger weit geht als der zivilrechtliche Ehrbegriff (Art. 28 ZGB).<sup>43</sup> Dennoch ist der Auffassung des Bundesrates, die Tatbestände in echter Konkurrenz gemeinsam anzuwenden, zu folgen, da unterschiedliche Aspekte der Persönlichkeit geschützt werden. Das Unrecht, welches ein Täter begeht, der etwa nicht nur eine Person verleumdet (Art. 174 StGB), sondern dies auch noch mit dem Mittel des Identitätsmissbrauchs tut, kann nur abgedeckt werden, wenn eine Bestrafung aufgrund beider Tatbestände stattfindet. Die über die Ehrverletzung hinausgehende Persönlichkeitsverletzung muss deshalb meiner Ansicht nach immer eigenständig bestehen und strafbar bleiben.

## IV. Fazit

Eine erste Analyse des Tatbestandes zeigt, dass sich doch einige, durch Lehre und Praxis noch ausführlicher zu behandelnde, interessante Fragestellungen ergeben. Unglücklicherweise ist die Diskussion zu Art. 179<sup>decies</sup> E-StGB im Zuge der Mammut-Revision des Datenschutzgesetzes im Parlament zu kurz gekommen. Damit blieb ebenso ein Diskurs über die (fragwürdige) Legitimation der Norm aus.

Wie gross die Relevanz der neuen Norm in der Praxis sein wird, muss sich zeigen. Das hängt insbesondere davon ab, wie oft die betroffenen Personen Strafantrag stellen werden und wie man die Konkurrenzfragestellungen handhaben wird, aber auch wie weit man den Begriff «Identität» an sich interpretiert.

<sup>36</sup> BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 11, m.w.H.

<sup>37</sup> BSK StGB-BOOG, Vor Art. 251 N 5, m.w.H.; die ältere Rechtsprechung spricht auch von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, vgl. BGE 119 Ia 342, 346 E. 2b.

<sup>38</sup> Vgl. hierzu mit ähnlichen Überlegungen ERIC HILGENDORF, Das Problem des Identitätsdiebstahls – Erscheinungsformen, internationale Entwicklungen und gesetzgeberischer Handlungsbedarf, in: Schwarzenegger/Nägeli (Hrsg.), Identitätsdiebstahl in der digitalen Welt – die Gefahren des Missbrauchs persönlicher Daten und Prävention, Zürich/Basel/Genf 2016, 7 ff., 13.

<sup>39</sup> Zu den verschiedenen Konstellationen BSK StGB-FIOLKA, Art. 147 N 50 ff.

<sup>40</sup> Botschaft DSG (Fn. 11), 7128.

<sup>41</sup> Statt vieler BSK StGB-RIKLIN, Vor Art. 173 N 5.

<sup>42</sup> BSK ZGB I-MEILI, Art. 28 N 17; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 11), N 10.05.

<sup>43</sup> BSK ZGB I-MEILI, Art. 28 N 28; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 11), N 10.58; vgl. auch BGE 122 IV 311, 314, E. 1a.