

Die Drittschädigungsabsicht beim Identitätsmissbrauch

XUEDONG WANG*

SCHLAGWÖRTER	Identitätsmissbrauch – Persönlichkeitsrecht – Absicht – Schaden – Vorteil
ZUSAMMENFASSUNG	Die Frage, wie mit der Drittschädigungsabsicht bei der missbräuchlichen Verwendung fremder persönlicher Identität umzugehen ist, bedarf weiterer Klärung. Abgesehen von der Vorteilsabsicht beschränkt sich die Schädigungsabsicht aufgrund des ausdrücklichen Gesetzeswortlauts von Art. 179 ^{decies} StGB lediglich auf die Absicht, der Person, deren Identität verwendet wird, zu schaden. Nicht erwähnt wird die Drittschädigungsabsicht. Die subsidiäre Drittschädigungsabsicht kann im Rahmen des geltenden Rechts behandelt werden. Die eigenständige Drittschädigungsabsicht bedarf hingegen weiterer Auslegungsbemühungen. Dennoch ist eine Strafrechtsrevision zur Schließung aller Gesetzeslücken noch erforderlich.
RÉSUMÉ	La question de savoir comment traiter l'intention de nuire à un tiers en cas d'utilisation abusive de l'identité personnelle d'autrui mérite d'être clarifiée. Hormis l'intention d'en tirer profit, l'intention de nuire se limite, en raison du libellé explicite de l'art. 179 ^{decies} CP, à la seule intention de nuire à la personne dont l'identité est utilisée. L'intention de nuire à un tiers n'est pas mentionnée. L'intention subsidiaire de nuire à un tiers peut être traitée dans le cadre du droit en vigueur. En revanche, l'intention de nuire à autrui indépendante nécessite des efforts d'interprétation supplémentaires. Néanmoins, une révision du droit pénal est encore nécessaire pour combler toutes les lacunes de la loi.
ABSTRACT	The question of how to deal with the intention to harm a third party when misusing someone else's personal identity requires further clarification. Apart from the intention to gain an advantage, the intention to cause harm is limited to the intention to harm the person whose identity is used, due to the express wording of Art. 179 ^{decies} StGB. However, the intention to harm third parties is not mentioned in this context. The subsidiary intention to harm a third party can be dealt with within the framework of current law. The independent intention to harm third parties, on the other hand, requires further interpretation. Nevertheless, a revision of criminal law is still required to close all legal loopholes.

I. Fragestellung

Während in Deutschland nach wie vor kontrovers diskutiert wird, ob der Identitätsmissbrauch als ein legitimer Straftatbestand ins deutsche Strafgesetzbuch aufgenommen werden soll,¹ wurde er in der Totalrevision des Datenschutzgesetzes zufolge als Art. 179^{decies}

StGB² kodifiziert.³ Die Streitigkeiten im Zusammenhang mit der missbräuchlichen Verwendung anderer Identität sind jedoch aufgrund der neuen Gesetzgebung in der Schweiz weder verdeckt noch entschärft. Mangels ausreichender kritisierbarer Rechtsprechung werden vielmehr die Fragen nach dem materiellen Legitimationsansatz und der Anwendbarkeit dieser Strafnorm weiter auf die Spitze getrieben.⁴

* XUEDONG WANG, LL.M., Doktorand an der juristischen Fakultät der Universität Basel.

Dieser Beitrag ist lizenziert unter Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND. DOI dieses Artikels: 10.3256/978-3-03929-084-0_07.

¹ Verneinend vgl. BT-Drs. 16/9160, 1 ff., 2; GEORG BORGES/JÖRG SCHWENK/CARL-FRIEDRICH STUCKENBERG/CHRISTOPH WEGENER, Identitätsdiebstahl und Identitätsmissbrauch im Internet – Rechtliche und technische Aspekte, Heidelberg 2011, 377; bejahend vgl. STEFAN BARTZ, Identitätsdiebstahl. Zur Frage der Strafbarkeit des Identitätsdiebstahls und der Notwendigkeit eines eigenen Straftatbestandes im deutschen Recht, Diss. Bucerius Law School, Frankfurt a.M. 2017, 222 ff.

² Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0).

³ 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 ff. (zit. Botschaft DSG); diese Norm wurde durch Anhang 1 Ziff. II 26 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG; SR 235.1) vom 25. September 2020 in das StGB eingeführt und am 1. September 2023 in Kraft gesetzt.

⁴ Vgl. YANNIK REBER, Der neue Tatbestand des Identitätsmissbrauchs nach Art. 179^{decies} E-StGB, ex ante 2020, 33 ff., 34 ff.;

Eine davon ist der Fall, in dem der Identitätsinhaber nicht mit der durch die Verwendung der Identität geschädigten Person identisch ist.⁵ Mit anderen Worten: Obwohl die missbräuchliche Verwendung der Identität einer fremden Person in der Absicht, dieser zu schaden (Schädigungsabsicht) oder sich oder einem Dritten einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen (Vorteilsabsicht), nach Art. 179^{decies} StGB strafbar ist,⁶ sind auch die Fälle denkbar, in denen der Täter die fremde Identität missbräuchlich verwendet, um einen Dritten anstatt des Identitätsinhabers zu schädigen (Drittschädigungsabsicht). In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie die Drittschädigungsabsicht bei der Missbrauchshandlung zu behandeln ist, da sich die sogenannte Schädigungsabsicht lediglich nach dem gesetzlichen Wortlaut auf die «Absicht, der Person, deren Identität verwendet [wird], zu schaden»⁷, beschränkt. Zur Lösung des Problems werden an dieser Stelle zuerst die verschiedenen möglichen Konstellationen dargestellt (II.). Danach gilt es, den komplizierten Sachverhalt – die eigenständige Drittschädigungsabsicht – im Wege der Auslegung und Gesetzesrevision eingehend zu untersuchen (III.). Der Beitrag schliesst am Ende mit einem kurzen Fazit (IV.).

II. Konstellationen der Drittschädigungsabsicht

Wird die Drittschädigungsabsicht im Zusammenhang mit den anderen gesetzlich normierten Absichten berücksichtigt, lässt sich die subsidiäre Drittschadensabsicht von der eigenständigen Drittschadensabsicht unterscheiden: Im ersten Fall ist die Drittschädigungsabsicht mit der Schädigungs- oder Vorteilsabsicht stoffgleich. In diesem Zusammenhang ist diese Drittschädigungsabsicht von Natur aus in die anderen gesetzlich normierten Absichten einzuschliessen. Im letzten Fall steht die Drittschädigungsabsicht jedoch in keinem Zusammenhang mit den beiden gesetzlich aufgeführten Absichten.

MARK PIETH/MONIKA SIMMLER, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Basel 2024, 150 f.

⁵ Dazu ist bereits von einigen Autoren thematisiert, vgl. REBER (Fn. 4), 37; ERIC HILGENDORF, Das Problem des Identitätsdiebstahls – Erscheinungsformen, internationale Entwicklungen und gesetzgeberischer Handlungsbedarf, in: Christian Schwarzenegger/Rolf Nägeli (Hrsg.), Identitätsdiebstahl in der digitalen Welt – die Gefahren des Missbrauchs persönlicher Daten und Prävention, Zürich/Basel/Genf 2016, 7 ff., 13.

⁶ HK StGB-WOHLERS, Art. 179^{decies} N 3.

⁷ HK StGB-WOHLERS, Art. 179^{decies} N 3.

A. Die subsidiäre Drittschädigungsabsicht

Erstens kann sich die Absicht des Drittschadens inhaltlich mit der des unrechtmässigen Selbst- oder Dritt Vorteils überschneiden. Nicht selten kommt der Fall in Betracht, dass der Täter T das Vermögen des D unter Verwendung der Identität des O betrügt, um sich zu bereichern. In diesem Zusammenhang ist die Drittschädigungsabsicht nur als ein subsidiäres Element der Vorteilsabsicht nach Art. 179^{decies} StGB und der unrechtmässigen Bereicherungsabsicht nach Art. 146 StGB zu betrachten. Die Drittschädigungsabsicht des Identitätsmissbrauchs wird zugleich auch als das subsidiäre Element der Urkundenfälschung gemäss Art. 251 Ziff. 1 StGB und der Vorteilsabsicht nach Art. 179^{decies} StGB angesehen, wenn der Täter beispielsweise eine unechte Urkunde durch Zeichnen mit «falschen, ihm nicht zustehenden Namen»⁸ herstellt, um einem anderen einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen.

Zweitens ist es ebenso vorstellbar, dass die Drittschädigungsabsicht mit der Schädigungsabsicht gegen Identitätsinhaber übereinstimmt. Ein vollstellbares Beispiel liegt vor, wenn der Täter eine unerwartete Waren- oder Dienstleistungsbestellung für eine Person aufgibt,⁹ um den Waren- oder Dienstleistern zu schaden. Aus Rachsicht reserviert der Täter wiederholt die Plätze eines gleichen Flugzeugs unter Verwendung verschiedener fremder Identitätsdaten. Dies liegt daran, dass das System der Fluggesellschaft eine Zahlungsfrist von 30 Minuten gewährt. Innert dieser Zahlungsfrist kann die Fluggesellschaft das reservierte Ticket nicht an andere potenzielle Kunden verkaufen. Der Täter begleicht jedoch die Kosten für diese Tickets nicht. Damit hat die Fluggesellschaft bis zum Start dieses Flugzeugs noch 20 Tickets nicht verkauft; in der regulären Situation könnten jedoch alle Tickets von anderen Kunden gekauft werden. In diesem Fall geraten die Opfer auch in Gefahr, auf eine schwarze Liste der Fluggesellschaft gesetzt zu werden. In diesem Fall geht die Drittschädigungsabsicht von Natur aus mit einer Schädigungsabsicht gegenüber den Identitätsinhabern einher. Insofern kann auch ein gerechtes Ergebnis erfolgen.

Drittens gibt es auch die Drittschädigungsabsicht, die sowohl gegenüber der Schädigungs- als auch gegenüber der Vorteilsabsicht subsidiär ist. Dies ist der Fall, wenn der Täter T als ein Vertreter der Firma F unter missbräuchlicher Verwendung fremder Identitätsdaten mit F

⁸ BSK StGB-BOOG, Art. 251 N 9; JOHANNES WESSELS/MICHAEL HETTINGER/ARMIN ENGLÄNDER, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 1, 47. Aufl., Heidelberg 2023, N 814.

⁹ Botschaft DSG (Fn. 3), BBl 2017 7128.

einen Kaufvertrag abschliesst, um sich die Provision zu verdienen. Es gibt hier offensichtlich eine Vorteilsabsicht zur Selbstbereicherung wegen des Anspruchs auf die entsprechende Provision; ausserdem impliziert der wegen arglistiger Täuschung anfechtbare Vertrag auch einen Vermögensschaden der Kunden sowie eine Absicht, die Firma F unrechtmässig zu bereichern. Die Anfechtbarkeit des übereinstimmenden Vertrags schliesst in diesem Fall weder einen Drittschaden noch einen Dritt Vorteil im Rahmen des Betrugs aus, weil die Straftat nur auf den Tatzeitpunkt abstellt.¹⁰

Der Umgang mit der dargestellten subsidiären Drittschadigungsabsicht ist nicht komplex. Weil das vom Art. 179^{decies} StGB geschützte Rechtsgut die Persönlichkeit des Individuums sei,¹¹ bestehe eine *echte Konkurrenz*, wenn andere Tatbestände den Unrechtsgehalt der Handlungen des Täters, namentlich Art. 146 StGB und Art. 251 ff. StGB, nicht vollständig bewerten können.¹² Diese unvollständige Unrechtsbewertung existiert naturgemäss, wenn der Träger des durch den Identitätsmissbrauch beeinträchtigten Persönlichkeitsrechts nicht mit den anderen Trägern der geschädigten Rechtsgüter identisch ist.¹³ In diesem Zusammenhang ist es zu Recht, dass das Verhalten des Missbrauchs der fremden Identität und die weiteren strafbaren Handlungen mitbestraft werden.

B. Die eigenständige Drittschadigungsabsicht

Die heikle Situation besteht allerdings in der Verwendung der Identität einer anderen Person in der Drittschadensabsicht, die nichts mit den drei verschiedenen Absichtsformen zu tun hat. Ein offenes Ausgangsbeispiel wird von *Hilgendorf* angeführt, «dass A unter der Identität von B den C beleidigt oder am Vermögen schädigt»¹⁴. Bei der ersten Variante liegt der mögliche Einwand vor, dass der

Vorsatz von A im Rahmen von Art. 177 StGB zugleich die (Eventual-)Absicht enthält, B aufgrund der Verleumdung (Art. 174 StGB) oder der üblen Nachrede (Art. 173 StGB) als die Rufschädigung zu belasten. Jedoch bringt nicht jede Beschimpfung von A im Kontext des Identitätsmissbrauchs eine ausreichende begleitete Rufschädigung von B mit sich. In digitalen sozialen Netzwerken wie X usw. unterhält man sich in der Regel anonym miteinander.¹⁵ Insofern muss damit gerechnet werden, dass die mündliche oder schriftliche Beschimpfung nicht vom tatsächlichen Kontoinhaber stammt. Wenn der identische Benutzername nach der Regelung der Internetplattformen wiederverwendet werden darf, bleibt auch die Möglichkeit zur Rufschädigung von B zweifelhaft. Die Zweifel an der Seriosität von Inhalten in sozialen Netzwerken werden aufgrund der Entwicklung von KI zugespitzt. Nun ist nicht selten, dass ein Hacker an die Passwörter zahlreicher Konten gelangt und mithilfe von KI die Schimpfwörter, die Hassreden oder sogar die betrügerischen Schriften zum Ausdruck bringt.¹⁶ Angesichts des Klimas des fehlenden Vertrauens in sozialen Netzwerken ist es schwierig, die Belastung von B zu bejahen, wenn A lediglich die herabwürdigenden Einträge erzeugt und auf dem gehackten Konto veröffentlicht.¹⁷

Die zweite Variante bezüglich der Absicht zur Rechtsverletzung Dritter ist wie folgt denkbar: O besitzt ein Konto für Genshin Impact (ein Fantasy-Action-Rollenspiel). Bei der Registrierung des Spielkontos hat O die E-Mail-Adresse seiner Freundin F mit ihrer Einwilligung als die erforderlichen persönlichen Informationen erfüllt.¹⁸ Der Vater V von O findet, dass O zu viel Geld und Zeit für dieses Spiel aufgewendet hat. Da V die Kontonummer und das entsprechende Passwort weiss, loggt sich er ins Spiel mit der Kontonummer von F ein und löscht fast alle wertvollen Gegenstände (ca. CHF 10 000.00). In den

¹⁰ Vgl. BGHSt 21, 384, 386; NK StGB-KINDHÄUSER/HOVEN, § 263 N 46.

¹¹ Botschaft DSG (Fn. 3), BBl 2017 7128; Bejahung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als schutzwürdiges Rechtsgut für den Missbrauch von Identitätsdaten im deutschen Strafrecht vgl. BARTZ (Fn. 1), 214.

¹² PIETH/SIMMLER (Fn. 4), 150 f.; REBER (Fn. 4), 37.

¹³ Bemerkenswert ist, dass eine echte Konkurrenz hingegen *nicht immer* vorliegt, wenn derselbe Rechtsgutsträger mehrere Rechtsgutverletzungen erleidet. Die Kontaktanzeige mit dem Angebot sexueller Dienstleistungen unter Angabe der Telefonnummer des Opfers lässt sich als eine Form der Nachstellung ansehen, wenn der Täter diese Handlung wiederholt begeht. In diesem Fall besteht eine unechte Konkurrenz. Vgl. Parlamentarische Initiative StGB-Tatbestände mit Stalking ergänzen Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 22. Februar 2024, BBl 2024 751, 1 ff., 11.

¹⁴ HILGENDORF (Fn. 5), 13.

¹⁵ Bemerkenswert ist, dass der Nickname gemäss der Botschaft DSG (Fn. 3), BBl 2017 7127, ausdrücklich unter die qualifizierten Angriffsobjekte fällt.

¹⁶ Auch wenn diese Computerstraftaten ohne KI ebenfalls begangen werden können, ist die Verwendung der KI zumindest mit der gesteigerten Effizienz verbunden, vgl. SEVERIN GLASER, Künstliche Intelligenz im Strafrecht, SIAK 2024, 10 ff., 12 ff.

¹⁷ Eine Rufschädigung von B oder eine andersartige Schädigung kann jedoch nicht gänzlich ausgeschlossen werden, wenn A wiederholt Fake News oder betrügerische Inhalte veröffentlicht und das gehackte Konto aufgrund der bekannten Identität bereits ein ausreichendes Mass an Vertrauen aufgebaut hat.

¹⁸ Beispielsweise kommen die Fälle aufgrund der begrenzten Onlinespielzeit für Minderjährige in China nicht gelegentlich vor. Weil die Server in China von allen Personen auswählbar sind, ist die vorgenannte Situation in der Schweiz nicht völlig ausgeschlossen.

beiden Fällen beruht die Existenz der Drittschädigungsabsicht von A oder V *weder* auf einer Schädigungsabsicht gegenüber dem Identitätsinhaber *noch* auf einer Vorteilsabsicht, weil der vom Täter anvisierte, durch eine gewisse Schwere gekennzeichnete Schaden¹⁹ nicht vorliegt und der Täter nicht von seinem Verhalten profitieren will. Die Anwendung des Art. 179^{decies} StGB ist deshalb *prima facie* mangels der qualifizierten Absicht ausgeschlossen. Das logische Ergebnis ist, dass A nur wegen der Beschimpfung nach Art. 177 Abs. 1 StGB auf Antrag bestraft wird und V lediglich wegen der Datenbeschädigung nach Art. 144^{bis} Ziff. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 StGB strafbar ist.²⁰

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Identitätsmissbrauch mit der Drittschädigungsabsicht nicht vollständig aus der Strafbarkeit des Art. 179^{decies} StGB ausgeklammert wird. Die missbräuchliche Verwendung mit der subsidiären Drittschädigungsabsicht kann unmittelbar dem Gesetzeswortlaut des Art. 179^{decies} StGB nach bestraft werden. Demgegenüber bedarf es einer tiefgehenden Überlegung zur eigenständigen Drittschädigungsabsicht, um eine gerechte Schlussfolgerung zu ziehen.

III. Aufgaben der Gesetzesauslegung oder der Gesetzgebung

Dieser Abschnitt beschäftigt sich nur mit dem Identitätsmissbrauch mit der eigenständigen Drittschädigungsabsicht. Zunächst wird der Bemühung nachgegangen, eine nachvollziehbare Lösung mithilfe von unterschiedlichen Auslegungsmethoden zu suchen (A. und B.); im Anschluss folgt die Erörterung der Möglichkeit der neuen Revision des Art. 179^{decies} StGB (C.).

A. Die eigenständige Drittschädigungsabsicht als Selbstvorteilsabsicht?

Obwohl die eigenständige Drittschädigungsabsicht nicht ausdrücklich in Art. 179^{decies} StGB aufgenommen ist, stellt sich die Frage, ob die Vorteilsabsicht *per se* die eigenständige Drittschädigungsabsicht enthalten könnte. Der Grund liegt darin, dass der Vorteil im Rahmen des Art. 179^{decies} StGB nicht absolut auf den materiellen Vorteil begrenzt wird.²¹ Somit könnte die eigenständige Dritt-

schädigungsabsicht zugleich der Selbstvorteilsabsicht entsprechen. Dies ist jedoch abzulehnen.

Auf der einen Seite stösst dies auf die Kritik des Gesinnungsstrafrechts. Nach herrschender Lehre²² und der Gesetzesbegründung²³ zeichnet sich der unrechtmässige Vorteil entweder durch materielle oder durch immaterielle Natur aus. Aber die Immaterialität in den beiden Zusammenhängen ist nicht ganz identisch. Anders als die *immateriellen Nachteile*, wie zum Beispiel das Ansehen oder der massive Ärger, ist es nicht vermeidbar, dass der *immaterielle Vorteil* an sich unmittelbar mit der Befriedigung der niedrigen Verhaltenslust verbunden ist. Denn es ist kaum denkbar, dass eine vorteilhafte Stellung, eine verbesserte Bedingung oder ein anderer typischer immaterieller Vorteil²⁴ durch den Identitätsmissbrauch verschafft wird. Aber es sei der herrschenden Lehre nach nicht akzeptabel, dass die strafrechtliche Wertung unmittelbar an Täterinterna anknüpfe.²⁵ In diesem Sinne erfüllt nahezu jede unmoralische Handlung und sogar die reine vorwerfbare Gesinnung diese Voraussetzung. Darüber hinaus funktioniert die aufgeförderte bestimmte Absicht nicht als eine spezifische Schwere der Strafbarkeit wie die Erwartung des Gesetzgebers.²⁶

Auf der anderen Seite besteht kaum ein Raum für die Absicht, dem Identitätsinhaber selbst zu schaden oder sich oder einem Dritten unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen. Denn alle diese Absichten implizieren zugleich die Selbstvorteilsabsicht, wenn der immaterielle Vorteil uferlos verstanden wird. Diese Auslegung führt insofern dazu, dass die übrigen Varianten der Absicht entbehrlich werden. Zudem sind die unterschiedlichen Begriffe der Schädigungs- und der Vorteilsabsicht nicht zu vernachlässigen. Genau genommen impliziert die Formulierung «einen unrechtmässigen Vorteil», dass die Strafbarkeit des Identitätsmissbrauchs, um sich oder einem Dritten einen *rechtmässigen* Vorteil zu verschaffen, ausgeschlossen werden kann. Eine solche Privilegierung gibt es bei

¹⁹ Eine aufgeförderte Reputationsschadensabsicht ist hier nicht ersichtlich, vgl. HK StGB-WOHLERS, Art. 179^{decies} N 4.

²⁰ PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 144^{bis} N 11; BSK StGB-WEISSENBERGER, Art. 144^{bis} N 44.

²¹ Botschaft DSG (Fn. 3), BBl 2017 7128; BSK StGB-HEIMGARTNER, Art. 312 N 23.

²² REBER (Fn. 4), 37; JÜRIG KRUMM/LUCA GAMBINO, Unbefugtes Weiterleiten von nicht öffentlichen sexuellen Inhalten (Art. 197a revStGB), AJP 2024, 551 ff., 559.

²³ Botschaft DSG (Fn. 3), BBl 2017 7128.

²⁴ Zu den typischen immateriellen Vorteilen im deutschen Strafrecht vgl. MüKo StGB-KRICK, § 299 N 179.

²⁵ KAI AMBOS/PETER RACKOW, Was ist Gesinnungsstrafrecht? Überlegungen unter Berücksichtigung des § 89a Abs. 2a StGB, in: Eric Hilgendorf/Marcelo D. Lerman/Fernando J. Córdoba (Hrsg.), Brücken bauen, Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag, Berlin 2020, 19 ff., 22.

²⁶ Botschaft DSG (Fn. 3), BBl 2017 7128; HK StGB-WOHLERS, Art. 179^{decies} N 4.

der Schädigungsabsicht hingegen nicht.²⁷ Die eigenständige Drittschädigungsabsicht kann daher nicht unmittelbar unter der Selbstvorteilsabsicht subsumiert werden.

B. Die eigenständige Drittschädigungsabsicht als eine Schädigungsabsicht gegenüber dem Identitätsinhaber?

Auch wenn die eigenständige Drittschädigungsabsicht nicht als die Selbstvorteilsabsicht umgedeutet werden darf, kommt eine andere Möglichkeit in Betracht. Der zufolge wird die eigenständige Drittschädigungsabsicht des Täters durch die teleologische Auslegung mit der Schädigungsabsicht gegenüber dem Identitätsinhaber verbunden, da letzterer als der mutmassliche Straftäter in Verdacht gerät und stigmatisiert wird und zeitliche und wirtschaftliche Belastungen zu tragen hat. Diese Auslegung ist teilweise vertretbar. Zum einen kann die missbräuchliche Verwendung der fremden Identität, um einen Dritten zu betrügen oder zu beschimpfen, einen möglichen Beginn des Strafverfahrens zur Folge haben.²⁸ Wenn die Persönlichkeit des Opfers nach der Gesetzesbegründung als das Rechtsgut des Identitätsmissbrauchs gilt,²⁹ eignet sich der Täter zum anderen durch Verwendung anderer Identität die dem Opfer verbundene Reputation an und missbraucht sie für sich.³⁰ Dies wird als eine *eventuelle* Schädigungsabsicht gegenüber dem Identitätsinhaber angesehen. Die Eventualabsicht sei gerade ausreichend.³¹

Der Identitätsmissbrauch im Rahmen von Art. 179^{decies} StGB gilt nach herrschender Meinung als Tätigkeitsdelikt.³² Die wesentliche Eigenschaft der schlichten Tätigkeitsdelikte besteht darin, dass sie «ihren Unwert in sich selbst tragen und deren Strafbarkeit keinen weiteren Erfolg voraussetzt»³³. Die obige Überlegung führt dazu, dass die Strafbarkeit des Identitätsmissbrauchs von der Reak-

tion Dritter abhängt, da die Beweiswürdigung der Absicht in der Praxis auch auf einer Gesamtschau aller relevanter Umstände beruht. Zudem ist die Legitimität seiner Strafbarkeit aufgrund des geringen Unrechtsgehalts nicht ganz unumstritten.³⁴ Die drei Varianten der Absichten nach Art. 179^{decies} StGB haben somit vor allem die Beschränkungswirkung, sodass die Bagatellkonstellation entkriminalisiert wird. Bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale des Art. 179^{decies} StGB verfehlt man auch diese Wirkung nicht. Insoweit bedarf es mit anderen Worten einer restriktiven Auslegung.³⁵ Demgegenüber sind die Absichtsvarianten in Art. 312 StGB lediglich ein logischer Bestandteil im Geschehen der Tatbegehung, auch wenn in der Gesetzesbegründung darauf hingewiesen wird.³⁶ Insofern dient das Absichtsmerkmal in Art. 179^{decies} StGB der Einschränkung des Schutzes des Rechtsgutes, während es in Art. 312 StGB den Rechtsgutschutz verstärkt.³⁷ Die Persönlichkeit der Identitätsinhaber wird mit anderen Worten vom Strafrecht nicht absolut geschützt. Es ist daher fragwürdig, ob bei der Feststellung der Absicht in Art. 179^{decies} StGB eine unmodifizierte Analogie zu Art. 312 StGB zugelassen werden darf. Besonders zu berücksichtigen ist der massive Ärger, da fast jede unhöfliche Handlung diesen hervorbringen kann.

Ein Extremfall ist vorstellbar: Der Täter T ist mit dem Patienten P vertraut und sich der Tatsache bewusst, dass P aus persönlichen Gründen weder eine obligatorische noch eine private Krankenversicherung abgeschlossen hat. In der Absicht, die Begleichung seiner aufgrund von Zahlungsunfähigkeit nicht erfüllten Behandlungskosten zu ermöglichen, erstellt T unter dem Namen von P ohne seine Einwilligung zahlreiche Konten und postet zahlreiche Beiträge bezüglich der peinlichen Situationen und des Fotos von P auf X und anderen sozialen Medien. In den Beiträgen gibt T die korrekte Kontoverbindung von P an. O überweist aus Barmherzigkeit CHF 1000.00 auf das im Beitrag angegebene Konto. In diesem Fall sind weder eine eventuelle Absicht der Eröffnung einer Strafverfolgung noch eine Beeinträchtigung des Ansehens von P ersichtlich. Auf der einen Seite impliziert es keine Möglichkeit

²⁷ Zu dieser Einschränkung im Rahmen des Art. 312 StGB vgl. GÜNTER STRATENWERTH/FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. Aufl., Bern 2013, § 59 N 12; a.A. PK StGB-TRECHSEL/VEST, Art. 312 N 7.

²⁸ In diese Richtung auch BARTZ (Fn. 1), 214.

²⁹ Botschaft DSG (Fn. 3), BBl 2017 7127.

³⁰ BARTZ (Fn. 1), 212.

³¹ HK StGB-WOHLERS, Art. 179^{decies} N 3.

³² PIETH/SIMMLER (Fn. 4), 150; REBER (Fn. 4), 37; JAN WENK, Romance Scam: Phänomenologie und strafrechtliche Aspekte, recht 2023, 167 ff., 173.

³³ CLAUS ROXIN/LUIS GRECO, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Aufl., München 2020, § 10 N 103; GÜNTER STRATENWERTH/FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 5. Aufl., Bern 2024, § 9 N 10.

³⁴ REBER (Fn. 4), 36; zur Diskussion in Deutschland vgl. Fn. 1.

³⁵ Eine radikalere Überlegung nach Carl Stooss sei, dass die Eventualabsicht das Absichtserfordernis der ungerechtfertigten Bereicherung nicht erfülle, da die Beschränkungswirkung ins Leere laufe, vgl. BSK StGB-NIGGLI/MAEDER, Art. 12 N 78.

³⁶ Botschaft DSG (Fn. 3), BBl 2017 7128, Fn. 278.

³⁷ Zu dieser Unterscheidung vgl. THEODOR LENCKNER, Zum Begriff der Täuschungsabsicht in § 267 StGB, NJW 1967, 1890 ff., 1895. Zur Abgrenzungsfunktion der besonderen Absicht im Kontext des Art. 251 Ziff. 1 StGB vgl. BSK StGB-BOOG, Art. 251 N 185.

zur Eröffnung der Strafverfolgung, weil alle angegebenen Tatsachen der Wahrheit entsprechen und deshalb keinen Irrtum von O hervorführen. Eine mögliche Schädigung von O besteht lediglich im Affektionsinteresse, das ähnlich wie im Fall der einseitigen Vermögenszuwendung ist. Nach herrschender Lehre sei das Affektionsinteresse jedoch kein Vermögensschaden bei der einseitigen Vermögenszuwendung.³⁸ Eine Eventualabsicht, P zu schaden, ist hier ebenfalls schwierig zu bejahen, obwohl T den objektiven Tatbestand verwirklicht hat. Auch wenn keine wirksame Einwilligung von P zur Verwendung seiner Identität vorliegt, hat er nicht ausdrücklich im Voraus dagegen widersprochen. Jedenfalls kann angesichts der dauernden Zahlungsunfähigkeit des P und der Freundschaft zwischen T und P nicht davon ausgegangen werden, dass T die Identität des P in der (Eventual-)Absicht missbraucht, massiven Ärger hervorzurufen. Vielmehr steht seine *gute Absicht* bei der Tatbegehung konträr zu dieser bösen Absicht. Selbst wenn man zugunsten der Argumentation unterstellt, dass die selbstständige Drittschädigungsabsicht nicht gut einzustufen ist, darf diese Absicht höchstens als *neutral* anerkannt werden. In keinem Fall lässt sich aber daraus eine Eventualabsicht ableiten, die geeignet ist, massiven Ärger hervorzurufen.

Insofern ist T weder aufgrund Betrugs nach Art. 146 Abs. 1 StGB noch aufgrund Identitätsmissbrauchs nach Art. 179^{decies} StGB strafbar, denn es fehlt dabei sowohl an der Täuschungshandlung als auch an der gesetzlich geforderten Schädigungs- und Vorteilsabsicht. Darüber hinaus beeinflusst die Handlung von T die Reputation von P nicht, da die Zahlungsunfähigkeit von P auf jeden Fall nicht als eine zur Ehrminderung führende Tatsache angesehen wird. Allerdings kann dieser Fall nicht einfach als strafloses Bagatelldelikt eingestuft werden. Denn wegen des Grundlagenirrtums ist der Schenkungsvertrag nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 in Verbindung mit Art. 23 OR³⁹ unverbindlich. Diese Unverbindlichkeit ist mit einem nicht unerheblichen Aufwand verbunden. Wird der erhebliche Aufwand zur Abbestellung der unerwünschten Waren als die qualifizierte Schädigungsabsicht gegenüber dem Identitätsinhaber betrachtet, wird auch der anfechtbare Schenkungsvertrag nicht übersehen. Es ist jedoch nicht im Rahmen von Art. 179^{decies} StGB *de lege lata* zu bewerten.

C. Ausfüllung der Gesetzeslücke durch Gesetzesrevision

Zunächst ist festzustellen, ob tatsächlich eine Gesetzeslücke vorliegt (Lückenfeststellung).⁴⁰ Dazu müssen die anderen Regelungen in Bezug auf die vergleichbare Absicht im StGB in Betracht kommen. Gemäss dem Gesetzeswortlaut des Art. 251 Ziff. 1, Art. 254 Abs. 1 StGB beziehen sich die Schädigungs- und Vorteilsabsicht auf jede Modalität, nämlich auf die Schädigung fremden Vermögens oder anderer fremder Rechte und auf die Verschaffung eines unrechtmässigen Vorteils für sich oder einen anderen. Die unterschiedlichen Absichtsvarianten sind demnach nicht auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt. Nach dem Wortlaut des Art. 312 StGB setzt die Absicht auch das Zufügen eines Nachteils an einem *anderen* oder die Verschaffung eines unrechtmässigen Vorteils an sich oder einem andern voraus. Auch wenn die Formulierungen «einem andern» mit «jemanden» nicht übereinstimmen, implizieren sie dennoch eine uneingeschränkte Schädigungsabsicht. Der Gesetzgeber verwendet somit den anderen eindeutigen Ausdruck in Bezug auf die Schädigungsabsicht, wie Art. 251 Ziff. 1, Art. 254 Abs. 1 StGB oder Art. 312 StGB, solange er die eigenständige Drittschädigungsabsicht *nicht* ausschliessen will. Gemäss dem Ergebnis der systematischen Analyse lässt sich wiederum derselbe Schluss ziehen, dass die eigenständige Drittschädigungsabsicht nicht *per se* mit den anderen Absichtsvarianten in Art. 179^{decies} StGB gleichzusetzen ist.

Aufgrund des Analogienverbots im Strafrecht ist eine Normlücke (oder Regelungslücke) ersichtlich. Art. 179^{decies} StGB kann nicht angewendet werden, ohne eine weitere Vorsatzvariante hinzuzufügen.⁴¹ Es ist zuzugeben, dass diese geringfügige Revision fast keinen einflussreichen Mehrwert bietet, weil Art. 179^{decies} StGB in der Praxis ja am Rande steht. Der unvollständige Tatbestand verstösst jedoch gegen das Gebot, Gleiches gleich zu behandeln. So möchte der Verfasser die Behauptung wagen, dass die Gesetzeslücke nicht ausschliesslich durch die Methoden der Auslegung auszufüllen ist, obwohl die Probleme in den meisten Fällen durch die Auslegung gelöst werden können. Für die Ausfüllung dieser Lücke ist deshalb eine Gesetzesrevision erforderlich. Unter besonderer Berücksichtigung jeder Absichtsmodalität wird der vollständige subjektive Tatbestand des Identitätsmissbrauchs wie folgt vorgeschlagen:

³⁸ Vgl. BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 249; SAMUEL STRAUSS, Vermögensschaden und Zweckverfehlung. Überlegungen zum «Spenden- und Bettelbetrug», JuS 2025, 23 ff., 25 ff.
³⁹ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR; SR 220).

⁴⁰ KARL LARENZ/CLAUS-WILHELM CANARIS, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 1995, 220.

⁴¹ LARENZ/CANARIS (Fn. 40), 193.

«Wer die Identität einer anderen Person ohne deren Einwilligung verwendet, um dieser oder einem anderen 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.»⁴²

⁴² Ein ähnlicher Gesetzgebungsvorschlag im deutschen Strafrecht lautet: «Wer sich unbefugt Daten einer anderen Person, die dazu geeignet sind, sich als diese Person im Rechtsverkehr auszugeben (Identitätsdaten), in der Absicht verschafft, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu ... Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.» BARTZ (Fn. 1), 228 (Hervorhebung durch den Verfasser).

IV. Fazit

Die Frage bezüglich der Drittschädigungsabsicht ist in der strafrechtlichen Dogmatik nach wie vor umstritten. Im Kontext des neuen Straftatbestandes von Art. 179^{decies} StGB wird diese Frage wegen der ausdrücklichen Bestimmung auch nicht ganz beseitigt. Die subsidiäre Drittschädigungsabsicht kann offensichtlich im Rahmen des Gesetzeswortlautes von Art. 179^{decies} StGB behandelt werden, weil sie mit der gesetzlich normierten Schädigungs- oder Vorteilsabsicht verbunden ist und folglich darunter subsumiert werden kann. Die eigenständige Drittschädigungsabsicht ist hingegen fraglich. Obwohl in den meisten Fällen eine gerechte Lösung durch die unterschiedlichen Auslegungsmethoden zu finden ist, bedarf es auch einer Revision des Art. 179^{decies} StGB, um alle Situationen sachlich und gerecht zu bewerten.

Anzeige

Livia Brunner

Datenschutz beim Vollzug der flankierenden Massnahmen

Inwiefern sind Kantone, paritätische und tripartite Kommissionen und der Bund zum Datenaustausch berechtigt und verpflichtet?

Die notwendige Datenweitergabe durch die Vollzugsorgane der flankieren Massnahmen steht in Spannung zum Persönlichkeitsrecht und den Grundrechten von betroffenen Arbeitnehmenden. Diese Arbeit zeigt Möglichkeiten und Grenzen bei der Datenweitergabe auf.

Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen (RiU), Band 61
2024, 111 Seiten, broschiert
ISBN 978-3-03891-695-6
CHF 52.-



www.dike.ch/6956

RiU – LFE
Band 61

Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen

Roland Müller / Thomas Geiser / Kurt Pärli (Hrsg.)

Law for Private and Public Enterprises

Livia Brunner

Datenschutz beim Vollzug der flankierenden Massnahmen

Inwiefern sind Kantone, paritätische und tripartite Kommissionen und der Bund zum Datenaustausch berechtigt und verpflichtet?

DIKE

DIKE