

Bundeministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien

per E-Mail: team.s@bmj.gv.at
per Webformular:
Parlamentarisches Begutachtungsverfahren

Abteilung für Rechtspolitik
Wiedner Hauptstraße 63 | 1045 Wien
T 05 90 900DW | F 05 90 900233
E rp@wko.at
W wko.at/rp

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom
2023-0.091.937
8.3.2023

Unser Zeichen, Sachbearbeiter
60.1.1.5/23/AS/CG
Dr. Artur Schuschnigg

Durchwahl
4014

Datum
7.4.2023

Ministerialentwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Strafgesetzbuch und das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 geändert werden; Stellungnahme

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir danken für die Übermittlung des gegenständlichen Ministerialentwurfs und nehmen dazu, wie folgt, Stellung:

I. Allgemeines

Mit dem gegenständlichen Entwurf werden vor allem nachstehende Ziele verfolgt:

- Verschärfung der Strafdrohungen für Cybercrime-Delikte.
- Im Bereich des Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen soll es neben der Verschärfung der Strafdrohungen zu einer Ausgestaltung dieser Normen als Ermächtigungsdelikte kommen.

Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sind spezielle immaterielle Güter, die sich im Betriebswert niederschlagen und etwa bei einem Verkauf als sogenannter „Goodwill“ einen wesentlichen Bestandteil des Wertes eines Unternehmens ausmachen. Umso wichtiger ist es auch, diese Güter entsprechend zu schützen und die Strafdrohungen anzuheben.

Aus Sicht der Wirtschaftskammerorganisation sind diese Ziele ausdrücklich zu unterstützen.

II. Im Detail

Zu Art. 1 (Änderung des StGB)

Die Cyberkriminalität hat in den vergangenen Jahren erheblich zugenommen und stellt eine große Bedrohung nicht nur für die Unternehmen sondern auch für die Gesellschaft dar. Aus

unserer Sicht ist es daher wichtig, Straftatbestände zur Bekämpfung aller Arten von Cyberkriminalität an die nunmehrige Realität anzupassen.

Die erhöhten Schutzmaßnahmen zur Prävention von Cybercrime-Delikten, was auch im Hinblick auf den Schutz von kritischer Infrastruktur von besonderer Bedeutung ist, sind ausdrücklich zu begrüßen. Die Anhebung der Strafdrohungen eines widerrechtlichen Zugriffs auf ein Computersystem gemäß § 118a StGB, einer Verletzung des Telekommunikationsgeheimnisses gemäß § 119 StGB oder eines missbräuchlichen Abfragens von Daten gemäß § 119a StGB ist jedenfalls zu befürworten, um - wie auch in den Erläuterungen angeführt - den sozialen Störwert dieser Taten zum Ausdruck zu bringen und Unternehmen sowie Bevölkerung vor den negativen Auswirkungen durch die Begehung dieser Taten zu schützen. Diese Strafdrohungen orientieren sich nur scheinbar an ähnlichen Delikten wie Sachbeschädigung, Diebstahl inkl. der Qualifikationen. Über eine weitere Erhöhung der Strafdrohungen ließe sich daher durchaus diskutieren.

Der erhöhte Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ist ausdrücklich zu begrüßen, ebenso deren Ausgestaltung als Ermächtigungsdelikte. Denn damit wird die Strafverfolgung in die Hände der Staatsanwaltschaft gelegt, die dazu über andere Mittel verfügt als das betroffene Unternehmen. Seit der Abschaffung des Ermittlungsverfahrens bei Privatanklagedelikten durch die StPO-Reform 2008 war eine Verfolgung durch den Geschädigten oft unmöglich und damit auch die internationale Strafverfolgung erschwert. Sichergestellt werden sollte jedoch, dass die Möglichkeiten des Geschädigten, das Strafverfahren voranzutreiben, nicht hinter den Möglichkeiten eines Privatanklägers zurückbleibt, wobei auch Ausforschungsanträge zu berücksichtigen wären.

Auch die im Entwurf vorgesehene Anhebung des Strafrahmens bei den Delikten zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen im StGB erscheint zielführend. Aufgrund des großen Schädigungspotentials von Industriespionage könnte, zur Betonung der general- und spezialpräventiven Wirkung, eine noch stärkere Anhebung des auch im europäischen Vergleich niedrigen Strafrahmens erwogen werden.

Bei dieser Gelegenheit sei daran erinnert, dass sich die Problematik des fehlenden Ermittlungsverfahrens bei Privatanklagedelikten weiterhin auch bei anderen Straftatbeständen im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts stellt. Es kommt vor, dass in Österreich der Verdacht auf eine Rechtsverletzung besteht, aber weder Täter noch Eingriffsgegenstände ausreichend konkret bezeichnet werden können. Der potentiell Geschädigte kann weder eine Privatanklage erheben noch einen selbstständigen Antrag auf vermögensrechtliche Anordnungen stellen, wie Abschöpfung der Bereicherung, Verfall oder Einziehung (§ 445 StPO).

Auch das sollte dahingehend geändert werden, dass Opfern von gewerblichen Rechtsschutzverletzungen - in der Regel Unternehmer - die Möglichkeit eingeräumt wird, bei Gericht die Anordnung oder Bewilligung von Ermittlungsmaßnahmen zur Ausforschung des Beschuldigten, zur Sicherung von Beweisen und auch die schon erwähnten vermögensrechtlichen Anordnungen zu beantragen (wie dies in anderen Mitgliedstaaten möglich ist).

Zu Art. 2 (Änderung des UWG)

Auch im Bereich des UWG sind die Änderungen ausdrücklich zu begrüßen. Denn auch hier kann erwartet werden, dass mit diesen die Strafverfolgung erleichtert wird.

Sonstiges

Die Novelle sollte auch zum Anlass genommen werden, langjährige Anliegen der Wirtschaft umzusetzen:

- unlautere Erlagscheinwerbung

Formen von unlauterer und irreführender Anzeigenwerbung haben in den letzten Jahren massiv zugenommen. Irreführende Aussendungen für Eintragungen in Verzeichnisse wie Branchenregister beschäftigen die Gerichte im UWG schon lange. Aus diesem Grund wurde mit der UWG-Novelle 2000 im § 28a UWG ein eigener Verbotstatbestand eingeführt. Diese Bestimmung hat aber nicht verhindern können, dass Adressbuchswindel und ähnliche unlautere Geschäftspraktiken ein großes Geschäftsfeld geworden sind.

Eine strafrechtliche Verfolgung ist auch deshalb erforderlich, weil praktisch alle dieser Anbieter von Erlagscheinwerbung, Adressbuchswindel oder täuschender Vertragsanbahnung via Cold Calling (Telefonakquise) auch aufgrund der zahlreichen Verfahren des Schutzverbandes nach dem UWG nur mehr unter Fantasiebezeichnungen auftreten, reine Postfächer benutzen und in der Regel vom Ausland aus agieren. Die Hintermänner sind zivilrechtlich in der Regel daher nicht mehr greifbar.

In seiner Entscheidung vom 21.6.2011 zu 4 Ob 45/11p hat ein Zivilrechtssenat des Obersten Gerichtshofs klar festgehalten, dass derartige Vorgehensweisen unlauter sind. Ohne sich mit dieser Judikatur ihrer Kollegen auseinanderzusetzen, hat ein strafrechtlicher Senat des OGH zu 11 Os 64/14 t allerdings diametral entgegengesetzt entschieden und die Täuschungseignung von „Erlagscheinwerbung“ verneint (vgl. auch ÖBl 2015/5, 24 mit Glosse *Wiltschek*).

Aufgrund dieser letztgenannten Entscheidung ist in diesem Bereich die strafrechtliche Verfolgung derartiger irreführender Angebote von Branchenregistern vollkommen zum Erliegen gekommen. Es ist daher evident, dass entgegen der Ansicht des Justizministeriums mit dem geltenden Strafrechtsinstrumentarium derartigen internationalen Wirtschaftsbetrügereien nicht wirksam begegnet werden kann.

Als Formulierung im StGB schlagen wir vor:

„Betrügerische Eintragungswerbung

§ 148b. (1) Wer mit dem Vorsatz, sich oder einen Dritten unrechtmäßig zu bereichern, für Eintragungen in Verzeichnisse, wie etwa Branchen-, Telefon- oder ähnliche Register, mit Zahlscheinen, Erlagscheinen, Rechnungen, Korrekturangeboten oder ähnlichem wirbt oder diese Eintragungen auf solche Art unmittelbar anbietet, ohne entsprechend unmissverständlich und auch graphisch deutlich darauf hinzuweisen, dass es sich lediglich um ein Vertragsangebot handelt und dadurch einen anderen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung verleitet, die diesen oder einen anderen am Vermögen schädigt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Wer die Tat gewerbsmäßig begeht oder durch die Tat einen 5 000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, wer durch die Tat einen 300 000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.“

- Abmahnungen

Ungerechtfertigte Abmahnungen treten in Österreich vermehrt auf. Daher sollte dem ein wenig im UWG entgegengetreten werden.

Als Formulierung schlagen wir vor:

„Rechtsmissbräuchliche Abmahnung

§ 7a. (1) Wer im geschäftlichen Verkehr eine rechtsmissbräuchliche Abmahnung vornimmt, kann von diesem auf Unterlassung und Schadenersatz im Sinne des § 16 Abs. 2 in Anspruch genommen werden.

(2) Eine rechtsmissbräuchliche Abmahnung liegt vor, wenn

- eine größere Zahl von inhaltlich sehr ähnlichen Abmahnungen durchgeführt wird,
- keine – oder im Verhältnis zu den Abmahnungen nur geringfügige Zahl von – Klagen erhoben wird, wenn eine gütliche Lösung abgelehnt wird,
- versucht wird wirtschaftliche Einnahmen zu erzielen, ohne die bewirkten Rechtsverletzungen konkret bekämpfen zu wollen.

(3) Bei einer rechtsmissbräuchlichen Abmahnung steht dem Abmahnenden kein Ersatz der Kosten für die Abmahnung zu.

(4) Ebenso steht für die Kosten einer Abmahnung wegen Rechtsbruchs im Sinne einer sonstigen unlauteren Handlung bei Verstößen gegen gesetzliche Informations- und Kennzeichnungspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr oder durch Kommunikationsdienste kein Ersatz zu.“

In § 14 wird im ersten Satz nach der Wendung „§§ 1, 1a, 2, 2a, 3“, „7a“ eingefügt.“

Erläuterungen: Bei Abmahnungen in großer Zahl werden von Abgemahnten sehr kleine Beträge kumuliert. Soweit dies als Geschäftsmodell eingesetzt wird, werden dabei zeitintensive und deshalb weniger lukrative gerichtliche Verfahren vermieden. Derartige Geschäftsmodelle stellen grds einen Rechtsmissbrauch dar. Das Verbot des Rechtsmissbrauchs ist im österreichischen Recht zwar nicht normiert, aber allgemein anerkannt (zB *Reischauer in Rummel*, ABGB³ [2007] § 1295 Rn 86). Zur Eindämmung solcher Abmahnwellen erscheint daher eine spezielle Regelung zu deren Eindämmung notwendig.

Zu Abs 2: Auch nach Ansicht des EuGH überschreitet ein Rechtsmissbrauch die Grenze der Zulässigkeit der Rechtsdurchsetzung wie dies zB in Art 3 Abs 2 der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl L 2004/157, 45, (DurchsetzungsRL) anerkannt wird und auch in der Entscheidung des EuGH 3. 6. 2021, C-597/19, *M.I.C.M.*, klargestellt wurde. Auch wenn die zugrunde liegende DurchsetzungsRL gem EG 13 im Lauterkeitsrecht nur fakultativ anwendbar ist, ist die Heranziehung dieser Kriterien dieser Rechtsprechung zum Rechtsmissbrauch auch im Lauterkeitsrecht sinnvoll.

Die allgemein gehaltenen Kriterien des Gerichtshofs dürften zwar der Rechtssicherheit weniger dienlich sein, eröffnen den erkennenden Gerichten aber einen breiten Ermessenspielraum, um Einzelfallgerechtigkeit zu erzielen.

Zu Abs 3: Diese Bestimmung dient nur der Klarstellung und entspricht § 13 Abs 3 des deutschen UWG. Sie leitet auch über zur nachfolgenden Bestimmung über.

Zu Abs 4: Bei Abmahnungen in großer Zahl wird zumeist ein Rechtsbruch geltend gemacht, wobei sehr oft die Verletzung der sehr zahlreichen Informations- und Kennzeichnungspflichten im Online-Bereich abgemahnt werden. Um in den Fällen, in welchen unklar ist, ob die Schwelle zur rechtsmissbräuchlichen Abmahnung schon überschritten ist, soll auch eine eindämmende Maßnahme in solchen Fällen ergriffen werden, in welchen der Verstoß nur geringfügig ist. Das deutsche UWG sieht in § 13 Abs 4 eine ähnliche Regelung vor.

Im Übrigen steht in diesen Fällen – parallel – die Möglichkeit, durch eine Anzeige ein amtswegiges Verwaltungsstrafverfahren zur Einstellung des Verhaltens einzuleiten, nicht nur den aktivlegitimierten Mitbewerbern und juristischen Personen im Sinne des § 14 Abs 1 UWG, sondern jedermann offen.

III. Zusammenfassung

Aus Sicht der Wirtschaftskammerorganisation sind die Ziele des gegenständlichen Entwurfs ausdrücklich zu unterstützen.

Wir ersuchen um Berücksichtigung unserer Anmerkungen. Diese Stellungnahme wird auch per Webformular im Rahmen des parlamentarischen Begutachtungsverfahrens übermittelt.

Freundliche Grüße

Dr. Harald Mahrer
Präsident

Karlheinz Kopf
Generalsekretär