DOMINIK BOECKER
rechtsanwalt

Has the white rabbit already eaten § 202c StGB?

Aktuelle Entwicklungen rund um den „Hackerparagraphen“...

Easterhegg 2008

DOMINIK BOECKER
rechtsanwalt

Fahrplan für den Vortrag:

1. Teil: Hintergrund + Infos zum Strafrecht

2. Teil: Probleme des § 202c StGB

3. Teil: Zu den bislang bekannt gewordenen Ermittlungsverfahren

Zu § 202c StGB

DOMINIK BOECKER
rechtsanwalt

Der sog. „Hackerparagraph“ ist seit dem 11.08.2007 in Kraft.

Umsetzung der Cybercrime-Convention und des Beschlusses 2005/222/JJ des Europarates über Angriffe auf Informationssysteme in nationales Recht.

Änderungen an:

- § 202a StGB Ausspähen von Daten
- § 202b StGB Abfangen von Daten
- § 202c StGB (neu) Vorbereiten 202a|b
- § 303b StGB Computersabotage
- § 303c StGB (redaktionelle Ergänzung)
- § 130 OWiG (redaktionelle Ergänzung)

Zu § 202c StGB

DOMINIK BOECKER
rechtsanwalt

Es sollen „bestimmte besonders gefährliche Vorbereitungshandlungen“ mit Strafe bedroht werden. (BT/Drucks. 16/3656, S. 11, rechte Spalte Mitte).

Aber zu § 202a|b StGB: „Eine Versuchsstrafbarkeit wird wegen der geringen Schwelle zur Verwirklichung des TB (...) nicht vorgeschlagen.“(BT/Drucks. 16/3656, S. 11, linke Spalte am Ende).

Das ist in sich widersprüchlich.

Zu § 202c StGB

DOMINIK BOECKER
rechtsanwalt

Nach Art. 6 Abs. 1 lit. a) Nr. 1 der Cybercrime-Convention sind die Vertragsparteien wie folgt verpflichtet:

1 „Each Party shall adopt such legislative an other measures as may be necessary to establish as criminal offences under ist domestic law, when committed intentionally and without right:

a) The production, sale, procurement for use, import, distribution or otherwise making available of

i) a device, including a computer program, designed or adapted primarily for the purpose of committing any of the offences established in accordance with Articles 2 through 5; (...)

2 This article shall not be interpreted as imposing criminal liability where the production, (...) is not for the purpose of committing an offence (...), such as for the authorised testing or protection of a computer system.

Zu § 202c StGB

DOMINIK BOECKER
rechtsanwalt

Also die erforderlichen gesetzgeberischen Maßnahmen zu treffen, „um folgende Handlungen, wenn vorsätzlich und unbefugt begangen, (...)“

§ 202c StGB:

(1) Wer eine Straftat nach § 202a oder § 202b vorbereitet, indem er

1. Passwörter oder sonstige Sicherungscodes, die den Zugang zu Daten (§ 202a Abs. 2) ermöglichen, oder
2. Computerprogramme, deren Zweck die Begehung einer solchen Tat ist,

herstellt, sich oder einem anderen verschafft, verkauft, einem anderen überlässt, verbreitet oder sonst zugänglich macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) § 149 Abs. 2 und 3 gilt entsprechend.

§ 202a ist das Ausspähen von Daten (Überwindung einer Zugangssicherung)

§ 202b ist das Abfangen von Daten (Erlangen von Daten durch Abfangen der Datenübermittlung oder elektromagnetische Strahlungen)

Zu § 202c StGB

DOMINIK BOECKER
rechtsanwalt

Allgemeines zum Strafrecht:

- Tatbestand
- Rechtswidrigkeit
- Schuld

Beim Tatbestand wird zwischen a) dem objektiven Tatbestand und b) dem subjektiven Tatbestand unterschieden und bei zusätzlichem Vorliegen von rw und Sch eine Rechtsfolge angeordnet.

Beim objektiven Tatbestand wird geprüft, ob das Verhalten der Person die Merkmale der gesetzlichen Norm erfüllt und das Verhalten zur Erfüllung der Merkmale hinreichend ursächlich war.

Beim subjektiven Tatbestand wird geprüft, ob die individuell-subjektiven Merkmale der Norm erfüllt sind und der Täter vorsätzlich, bzw. fahrlässig gehandelt hat.

Zu § 202c StGB

DOMINIK BOECKER
rechtsanwalt

Typischer Verlauf einer Straftat: Vorbereitung -> Versuch -> Vollendung -> Beendigung

Vorbereitung: In der Regel straflos, es sei denn Strafbarkeit im Gesetz ausdrücklich angeordnet.

Versuch: Bei Verbrechen strafbar; bei Vergehen, wenn die Strafbarkeit im Gesetz ausdrücklich angeordnet wird.

Vollendung: Strafbar, wenn normiert.

Art. 103 Abs. 2 GG: „*(2) Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.*“

Anforderungen:

1. *nulla poena sine lege scripta*
2. *nulla poena sine lege praevia*
3. *nulla poena sine lege certa et stricta*

Zu § 202c StGB

DOMINIK BOECKER
rechtsanwalt

Beispiel zum Aufbau bei 242 StGB:

§ 242 Diebstahl

(1) Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

Objektive Tatbestandsmerkmale

Subjektive Tatbestandsmerkmale

Tathandlung

Rechtsfolge

Zu § 202c StGB

DOMINIK BOECKER
rechtsanwalt

Prüfungsschema zu § 242 StGB:

I. Tatbestandsmäßigkeit
  1. objektiver Tatbestand
      Tatobjekt: b) **bewegliche** a) **Sache**
      c) **fremde** Sache
      Tathandlung: **Wegnahme**
  2. subjektiver Tatbestand
      Vorsatz hinsichtlich der objektiven Merkmale
      Zueignungsabsicht
      Vorsatz dauernder Enteignung
  3. **Rechtswidrigkeit der Zueignung** + entsprechender **Vorsatz**

II. Rechtswidrigkeit der Tat

III. Schuld

Zu § 202c StGB

DOMINIK BOECKER
rechtsanwalt

Was bedeutet das alles im Hinblick auf § 202c StGB?

(1) Wer eine Straftat nach § 202a oder § 202b vorbereitet, indem er

1. Passwörter oder sonstige Sicherungscodes, die den Zugang zu Daten (§ 202a Abs. 2) ermöglichen, oder
2. Computerprogramme, deren Zweck die Begehung einer solchen Tat ist,

herstellt, sich oder einem anderen verschafft, verkauft, einem anderen überlässt, verbreitet oder sonst zugänglich macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) § 149 Abs. 2 und 3 gilt entsprechend. (Rücktrittsmöglichkeit durch sog. tätige Reue)

Objektive Tatbestandsmerkmale
Subjektive Tatbestandsmerkmale
Tathandlung
Rechtsfolge

Zu § 202c StGB

DOMINIK BOECKER
rechtsanwalt

§ 202c StGB ist ein abstraktes Gefährdungsdelikt in Vorbereitung des § 202a|b. Bereits im Singular tatbestandlich!

§ 202c Abs. 1 Nr. 1 erfasst dabei nicht nur das technische Sichverschaffen, sondern auch das per „social engineering“. Auch das Veröffentlichen von (aktuellen) Passwörtern dürfte bereits tatbestandlich sein.

§ 202c Abs. 1 Nr. 2 dürfte selbst ein untaugliches Programm erfassen, wenn deren Zweck auf eine Tat nach §§ 202a|b StGB gerichtet ist. Eine Zweckbestimmung in „gute“ und „böse“ Software kann nicht objektiv erfolgen.

Erfasst werden Programme, die „bereits nach Art und Weise ihres Aufbaus darauf ausgelegt sind, illegalen Zwecken zu dienen“. Eine Beschränkung der Strafbarkeit finde durch eine „objektivierte Zweckbestimmung“ statt. Es genüge aber, dass das Programm „auch illegalen Zwecken dienen“ kann.

Vorstehendes stammt aus der Gesetzesbegründung in BT/Drucks. 16/3656, S. 17+18

Zu § 202c StGB

DOMINIK BOECKER
rechtsanwalt

Eine „objektive Betrachtung“ ist immer subjektiv, weil die persönlichen Wertungen des „objektiven Betrachters“ einfließen. Ein Zweck eines Programms kann aber nicht objektiv bestimmt werden, nur die (wertneutralen) Eigenschaften eines Programms.

(Halbwegs) vergleichbare Normen:

§ 149 I Nr. 1 StGB: „Wer eine Fälschung von Geld oder Wertzeichen vorbereitet, indem er 1. (…) Computerprogramme oder ähnliche Vorrichtungen, die ihrer Art nach zur Begehung der Tat geeignet sind, (…)“

§ 263a III StGB: „Wer eine Straftat nach Absatz 1 vorbereitet, indem er Computerprogramme, deren Zweck die Begehung einer solchen Tat ist, (…)“

§ 22b I Nr. 3StVG: „ (…), wer (…) eine Straftat nach Nummer 1 oder 2 vorbereitet, indem er Computerprogramme, deren Zweck die Begehung einer solchen Tat ist, (…)“

Auslegungshinweise für 202c gibt es hierdurch nicht, weil es praktisch keine Entscheidungen gibt, die inhaltliches der Normen erörtern.

Zu § 202c StGB

DOMINIK BOECKER
rechtsanwalt

Lösung wird mE oft über den subjektiven Tatbestand (Vorsatz) erfolgen.

Dolus directus 1. Grades: „Absicht“ zielgerichteter Wille, den Erfolg herbeizuführen.

Dolus directus 2. Grades: „direkter Vorsatz“ wissentliches Handeln, der Erfolg muß nicht das Ziel sein.

Dolus eventualis: Taterfolg wird für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen. (Reicht für Vorsatz iSd sTB aus!)

Beim Anbieter des Programms in Übereinstimmung mit BVerfG 2 BvR 1589/05 zu 22b StVG: Anhaltspunkte zB Vertriebskonzept und insbesondere die Bewerbung des Programms (Ankündigung, Absatzwerbung, Nutzungsbeschreibung): Grundfrage: will der Anbieter die kriminelle Aktivität steigern oder fördern?

Aber alles Anhaltspunkte aus Umständen, die nichts mit dem Normwortlaut zu tun haben.

Zu § 202c StGB

DOMINIK BOECKER
rechtsanwalt

Die Inkonsequenz im System der §§ 202a ff StGB:

Der (auch massenhafte und systematische) Versuch des Ausspähens von Daten ist straffrei. Dabei ist gleich, ob der Angreifer zu dumm oder der Schutz des Systems zu gut war.

Wenn der Versuch erfolgreich ist, wird die Tat nur auf Antrag des „Geschädigten“ verfolgt.

Aber: Bereits die Vorbereitungshandlungen, also das Stadium vor dem Versuch und vor der Vollendung, wird jedoch von Amts wegen - ohne Antrag - verfolgt. Problem der Konkurrenzen, 52-55 StGB. mE materielle Subsidiarität.

„(...) einem anderen verschafft, verkauft, (...)“ Abstraktionsprinzip -> Bereits der Vertragsschluss beim Kauf würde zur Strafbarkeit führen!

Zu § 202c StGB

DOMINIK BOECKER
rechtsanwalt

Laufende oder abgeschlossene Verfahren #1:

- Klageerzwingungsverfahren in der Strafanzeige von TecChannel gegen das BSI (durch die StA Bonn eingestellt nach § 170 II stopp [430 Js 1496/07]). Beschwerde bei der Generalstaatsanwaltschaft war erfolglos. Zwischenzeitlich wurde das Klageerzwingungsverfahren angestrengt.

  Gang des Ermittlungsverfahrens:

  Auf Strafanzeige/Strafantrag Entscheidung der StA

  Beschwerde zur Generalstaatsanwaltschaft

  (Versuch der) Erzwingung der öffentlichen Klage gegen das BSI

  Entscheidung des OLG Köln über das Verfahren steht noch aus.

Zu § 202c StGB

DOMINIK BOECKER
rechtsanwalt

Aus der Begründung der StA Bonn:

Keine Anhaltspunkte für einen Verdacht -> Einstellung nach § 170 II StPO

- Nur „Hackertools“ gemeint und keine nicht ausschließlich der Abwehr fremder Angriffe dienende Programme.
- Objektive Zweckbestimmung des Tools zum „unberechtigten Knacken“ sei nicht gegeben, weil das Tool verbreitet sei.
- Von der Behörde angesichts der Aufgabenstellung gewollt und intendiert sei die Vermeidung von Straftaten und nicht deren Begehung, deswegen mangele es am notwendigen (Eventual-)Vorsatz.
- Keine genügend konkrete Vorstellung auf die Nachtat.
- „Hiermit wird bereits diejenige Software vom [Anm: objektiven] Tatbestand nicht erfasst, deren alleiniger Zweck nach dem Willen des Programmierers, Verkäufers usw „gutwillige“ Anwendungsgebiete sind, auch wenn sie zugleich zu „böswilligen“ Zwecken eingesetzt werden können.“

Zu § 202c StGB

DOMINIK BOECKER
rechtsanwalt

Laufende oder abgeschlossene Verfahren #2:

- Selbstanzeige von Michael Kubert (Diplom Informatiker; durch die StA Mannheim eingestellt nach § 170 II StPO [301 Js 27650/07]). Kein hinreichender Tatverdacht im Hinblick auf § 202c StGB durch Bereitstellen eines Dual-Use-Tools. Das angebotene Tool sei nach den Ermittlungen der Kriminalpolizei „nicht zum Hacking geeignet“, weil a) die Erreichbarkeit der Systeme, b) die Länge und c) der Zeichensatz der Passwörter bekannt sein müsse. Der Nutzen des Programms sei dadurch so eingeschränkt, dass „ein Suchlauf“ Tage brauchen würde und dieser „Angriff“ durch die Inanspruchnahme von Systemressourcen auf dem angegriffenen Rechner sofort auffallen würde.

- Verfassungsbeschwerde von visukom (IT-Sicherheitsdienstleister) gegen § 202c StGB gestützt auf Art. 12 GG (Berufsfreiheit)

Zu § 202c StGB

DOMINIK BOECKER
rechtsanwalt

To-Do?

- Sorgfalt

  Weitergabe von Tools nur an bekannte und zuverlässige Partner

  Keine Weitergabe an unbestimmten oder unbestimmbaren Personenkreis.

- Dokumentation (schriftlich und veränderungssicher)

  für welche Test- und Sicherheitszwecke das Programm beschafft wurde und welche Verwendung vorgesehen ist.

- Einwilligung (schriftlich und lückenlos!)

  Es gibt zwar keinen konkreten Rechtsgutsträger, der im Hinblick auf die Rechtswidrigkeit einwilligen könnte, aber eine Einwilligung der in concreto nach §§ 202a|b StGB geschützten ist sicherlich hilfreich und auch unschädlich.

Zu § 202c StGB

Fragen?

RA Dominik Boecker
Hohenstaufenring 57a
50674 Köln

Ab 01.04.2008:
greyhills
rechtsanwälte

Aachener Str. 1
50674 Köln
http://www.greyhills.eu/