

Festschrift für
Andreas Donatsch

Herausgegeben von:

Daniel Jositsch

Christian Schwarzenegger

Wolfgang Wohlers

Festschrift für

Andreas Donatsch

Herausgegeben von:

Daniel Jositsch

Prof. Dr., Universität Zürich

Christian Schwarzenegger

Prof. Dr., Universität Zürich

Wolfgang Wohlers

Prof. Dr., Universität Basel

Schulthess § 2017

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2017
ISBN 978-3-7255-7370-7

www.schulthess.com

Vorwort

«Jedes Gemeinwesen muss zur Garantie seines Bestandes Zwangsmittel bereithalten, die im äussersten Fall mit unmittelbarem Zwang verbunden sind. Wo staatliche Zwangsmittel nicht zur Verfügung stehen oder nicht eingesetzt werden, nutzen Einzelne oder Gruppen die Gelegenheit, ihrerseits Macht zu erwerben und Zwang auszuüben. Die Alternative zu staatlichem Zwang ist deshalb nicht Freiheit, sondern – wie sich immer wieder von neuem zeigt – privater Zwang». Mit dieser markanten rechtspolitischen Aussage leitete Andreas Donatsch im Jahr 1981 seine Dissertation mit dem Titel «Die strafrechtliche Beurteilung von Rechtsgutsverletzungen bei der hoheitlichen Anwendung unmittelbaren Zwangs» ein. Damit wurde dem Leser sogleich klar, dass hier ein wacher und verantwortungsvoller Geist sein wissenschaftliches Debüt gab. Freilich lässt das Zitat auch den damaligen beruflichen Werdegang von Andreas Donatsch durchschimmern: Er hatte im Wintersemester 1976/77 das Studium mit dem Lizentiat abgeschlossen. Danach war er in seinen Heimatkanton Graubünden zurückgekehrt, wo er 1979 das Rechtsanwaltspatent erworben hatte. Parallel dazu erfolgte sein beruflicher Einstieg bei der Kantonspolizei Graubünden.

Bereits 1981 kehrte Andreas Donatsch nach Zürich zurück und mindestens seine berufliche Karriere im Kanton Graubünden hat damit ihr definitives Ende gefunden. Die Verbundenheit mit der Polizei und seinem Heimatkanton sollte aber bestehen bleiben. Letzteres manifestiert sich durch den – mindestens für zürcherische Ohren – unverwüstlichen Bündner Dialekt. Ersteres zeigte sich nicht nur bei der Wahl des Dissertationsthemas, sondern auch durch die während der gesamten wissenschaftlichen Laufbahn prägende Praxisorientierung. Die Liebe zur wissenschaftlichen und forschenden Tätigkeit und schon damals zur Lehre führte dazu, dass der junge Doktor Donatsch 1981 die Stelle als Oberassistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich antrat, um sich zu habilitieren. In den folgenden 36 Jahren sollte Andreas Donatsch seiner *alma mater* – abgesehen von einem weiteren Ausflug in die Praxis 1986 bis 1987 bei der Bezirksanwaltschaft Bülach – treu bleiben.

Im Jahr 1987 schloss Andreas Donatsch die Habilitation mit seiner wegweisenden Arbeit zum Fahrlässigkeitsdelikt ab («Sorgfaltsbemessung und Erfolg bei Fahrlässigkeitsdelikt»). Unmittelbar danach erhielt er eine Förderstelle als Assistenzprofessor, im Sommersemester 1990 wurde Andreas Donatsch zum ausserordentlichen und im Wintersemester 1992/93 zum ordentlichen Professor befördert. Diese Tätigkeit übt er bis zum heutigen Tag aus.

Mit der Emeritierung von Andreas Donatsch im Frühlingsemester 2017, nach rund 60 Semestern also, verliert die Universität Zürich einen begnadeten Hochschullehrer und überragenden Wissenschaftler. Er stand und steht mit beiden Beinen in der Praxis, sei

es als Konsulent in einer Anwaltskanzlei, als Mitglied der Anwaltsprüfungskommission, als Richter am Kassationsgericht oder auch als Mitverfasser der letzten Zürcher Strafprozessordnung. Sein Geist blieb dabei offen und kritisch, einerseits als klassischer Allrounder, im materiellen Strafrecht ebenso bewandert wie im Prozessrecht, andererseits als Spezialist, der sich vernachlässigter Bereiche wie dem Steuerstrafrecht schon früh angenommen und ihre Bedeutung erkannt hatte. Es ist deshalb nicht erstaunlich, dass die Schar der Autorinnen und Autoren, die an der vorliegenden Festschrift mitgewirkt haben, und die von ihnen gewählten Themen eine grosse inhaltliche Breite aufweisen.

Die vorliegende Festschrift soll das Engagement von Andreas Donatsch an der Universität Zürich zugunsten von Lehre und Forschung aber auch generell sein Wirken würdigen. Andreas Donatsch ist – auch das zeigt die Liste der Autorinnen und Autoren – eine hoch geachtete und geschätzte Persönlichkeit und für viele, die mit ihm gearbeitet haben, auch ein Freund. Bei den Studierenden als durchaus konsequenter, aber verlässlicher und guter Lehrer bekannt, war er immer sehr beliebt. Ein besonders inniges Verhältnis pflegte er stets zu seinen Assistierenden. Wer einmal im Büro von Andreas Donatsch war, dem ist sofort das über die Jahre wachsende Bild aufgefallen, in dem alle ehemaligen Assistierenden verewigt sind. Und es war bekannt, dass diese sich auch nach Beendigung ihrer Tätigkeit am Lehrstuhl zu eigentlichen Ehemaligentreffen einfanden, so dass sich die Assistierenden von Andreas Donatsch bis weit ins Berufsleben hinein als eingeschworene Gruppe verstanden. Was Andreas Donatsch freilich auch auszeichnet, ist sein unverkennbarer Humor, fein, mit einem Hang ins Ironische. Damit ausgerüstet kann er, gerade wenn es ungemütlich wird, einen befreienden Spruch machen und durchaus auch über sich selbst lachen.

Lieber Andreas, im Namen der Autorinnen und Autoren dieser Festschrift wünschen wir Dir zu Deinem Geburtstag und Deiner Emeritierung alles Gute und danken Dir für die Zusammenarbeit und die Freundschaft.

Zürich, Frühling 2017

Daniel Jositsch

Christian Schwarzenegger

Wolfgang Wohlers

Danksagung

Dank gebührt an dieser Stelle den Assistierenden der Lehrstühle der Herausgeber, MLaw Gian Ege, MLaw Angela Giger, MLaw Aurelia Gurt, BLaw Sena Hangartner, stud. iur. Elif Haskaya, MLaw Katarina Jaksic, stud. iur. Felix Multerer, MLaw Jasmine Stössel, MLaw Madeleine von Rotz, die massgeblich an der Erstellung dieser Festschrift mitgewirkt haben. Ausserdem möchten wir uns beim Schulthess Verlag bedanken, der die Herstellung dieses Werks ermöglicht hat. Und schliesslich sind wir allen Sponsoren zu Dank verpflichtet, die diese Festschrift finanziert haben:

- Umbricht Rechtsanwälte, Zürich
- Prof. Dr. Peter Nobel, Zürich
- Zürcher Universitätsverein
- Stiftung für juristische Lehre und Forschung, RA Dr. Peter R. Isler, Zürich
- Prof. Dr. Peter Forstmoser, Zürich
- Prof. Dr. Markus Reich, Zürich
- RA Dr. iur. und lic. phil. Niklaus Lüchinger, Zürich
- RA lic. iur. Thomas Fingerhuth, Zürich
- RA Dr. Daniel R. Wyss, Zürich
- RA Dr. Caterina Nägeli, Zürich
- RA Dr. Dieter Gessler, Zürich

Und schliesslich darf eine Person nicht unerwähnt bleiben: Ohne Ingrid Donatsch wäre es nicht möglich gewesen, die notwendigen Informationen zusammen zu tragen und die Übergabe der Festschrift zu organisieren. Auch ihr gilt somit unser Dank.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Danksagung	VII
Inhaltsverzeichnis	IX

Materielles Strafrecht

OMAR ABO YOUSSEF

Die Nichtöffentlichkeit des Gesprächs i.S.v. Art. 179^{ter} Abs. 1 StGB bei polizeilichen Einvernahmen des Beschuldigten	3
---	----------

FELIX BOMMER

Das Verhältnis von lebenslanger Freiheitsstrafe und Verwahrung im dualistisch-vikariierenden System	15
--	-----------

CHRISTOPHER GETH/NICOLAS LEU

Gehilfenschaft durch berufsbedingtes Handeln bei vertragswidrigem Verhalten des Haupttäters	29
--	-----------

SABINE GLESS

Strafrechtsschutz für virtuelles Geld?	41
---	-----------

GUNHILD GODENZI

Verbotsirrtum aufgrund anwaltlicher oder gutachterlicher Beratung?	57
---	-----------

YVAN JEANNERET/ANDRÉ KUHN

L'enseignement à vie vs. l'internement à vie : jeu, set, Donatsch !	73
--	-----------

MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL

Der Zaum am Schwanz des Pferdes – Methodik des subjektiven Tatbestands	83
---	-----------

DANIEL JOSITSCH/MADELEINE VON ROTZ

Erweiterung des Straftatbestands der Rassendiskriminierung (Art. 261^{bis} StGB) um die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung	105
--	------------

ALAIN MACALUSO

L'application de l'art. 53 CP par le Ministère public et sa portée transnationale	121
--	------------

LAURENT MOREILLON Quelques Réflexions sur le Principe «ne bis in idem»	137
MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER Der Widerspenstigen Zähmung, oder viel Lärm um nichts? Zur Revision der Revision des AT StGB, insbesondere Art. 46 Abs. 1 nStGB	151
WALTER PERRON Sind deutsche Geschäftsführer untreuer als ihre Schweizer Kollegen?	167
ANDREAS POPP Nothilfe nach erlaubter Notwehr?	177
NICOLAS QUELOZ/PHILIPPE DELACRAUSAZ Difficultés et limites de l'art. 59 CPS : traitement institutionnel des troubles mentaux Points de vue juridique et de psychiatrie forensique	191
CHRISTOF RIEDO Die Gegenwart der Zukunft. Zur Möglichkeit der Täuschung über künftige Tatsachen	203
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER Twibel – «Tweets» und «Retweets» mit ehrenrührigem Inhalt aus strafrechtlicher Sicht	217
BERNHARD STRÄULI Légitime défense et provocation de l'attaque	233
BRIGITTE TAG/SEBASTIAN MICHEROLI Freiheitsentzug zwecks Straftatenprävention durch dessen unmittelbare Zwangswirkung	249
MARC THOMMEN/SOPHIE MATJAZ Die Fahrlässigkeit im Zeitalter autonomer Fahrzeuge	273
WOLFGANG WOHLERS/SONJA PFLAUM Todesgefährliche Notwehr	297

Strafprozessrecht

PETER ALBRECHT

**Verdrängte Risiken für fremdsprachige Beschuldigte im Strafprozess –
eine Problemskizze** 313

BENJAMIN F. BRÄGGER

**Untersuchungshaft in der Schweiz: Eine kritische Auslegeordnung mit
Verbesserungsvorschlägen der Haftbedingungen in einem föderalen
Vollzugssystem** 327

ANDREAS EICKER

**Das Ersatzmassnahmenrecht wird aus den Angeln gehoben –
Zur jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts in Haftsachen** 345

MARC FORSTER

**Antennensuchlauf und rückwirkende Randdatenerhebung bei Dritten
Bundesgerichtspraxis und gesetzliche Lücken betreffend Art. 273 und
Art. 270 lit. b StPO** 357

STEFAN HEIMGARTNER

**Akten- und Unterlagenedition bei Amtsstellen – rechtshilfeweiser
Aktensbeizug oder «ordentliche» Edition** 369

MARIANNE JOHANNA HILF

Wer ist das Opfer? 381

TOBIAS JAAG/SVEN ZIMMERLIN

Die Polizei zwischen Gefahrenabwehr und Ermittlung von Straftaten 399

KARL LUDWIG KUNZ

**Aspekte der Strafbefreiung und der Einstellung des Verfahrens wegen
Geringfügigkeit** 415

FRANK MEYER

Plea Bargaining und EMRK 427

SARAH SUMMERS

Überlegungen zur Unparteilichkeit und der richterlichen Befragung 443

HANS VEST

Probleme der «freiwilligen» Hausdurchsuchung 457

Nebenstrafrecht

MARTIN KILLIAS

Rechtswidrige Zerstörung geschützter Bauten: Welche Strafen, welche Massnahmen, welche Lösungen? 471

PETER NOBEL

Die Aktiengesellschaft und das Strafrecht 485

ROLF SETHE/LUKAS FAHRLÄNDER

Frontrunning durch Vermögensverwalter als Insiderdelikt 499

MADELEINE SIMONEK

Voraussetzung eines Steuerdelikts für ein Gruppensuchen im Steuerrecht? 513

OTHMAR STRASSER

Strafrechtliche Risiken im neuen Meldesystem bei Geldwäschereiverdacht nach dem Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière 529

Andere Rechtsgebiete

RUTH ARNET/STEFANO ROSSI

«From Heaven to Hell»? – Gedanken zum vertikalen Umfang von Grundeigentum 557

ANDREA BÜCHLER

Der Kaiserschnitt aus Notwendigkeit und auf Wunsch. Oder auch mit Zwang?
Historische, gesellschaftliche, medizinische und rechtliche Anmerkungen zu einem besonderen Eingriff 571

URSULA CASSANI/KATIA VILLARD

La responsabilité pénale pour l'infraction commise dans le cadre d'activités outsourcées 583

GERHARD FOLKA

Das «Vertrauensprinzip» in der Rechtshilfe als organisierte Unverantwortung 605

REGINA KIENER

Die «Rote Zora», die Zuhälterbande und die Polizei
Wie das Zürcher Kassationsgericht (sinngemäss) Schutzpflichten anerkannte 619

HANS CASPAR VON DER CRONE/OLIVIA WIPF Aktienrechtliche Würdigung der strafbewehrten Stimm- und Offenlegungspflicht für Vorsorgeeinrichtungen	633
ROLF H. WEBER Rechtstaatliche Anforderungen für börsengesetzliche Meldepflichten	653
Publikationen von Andreas Donatsch	665
Autorenverzeichnis	683

Strafrechtsschutz für virtuelles Geld?

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	41
II.	Fragmentarischer Charakter des Strafrechts	42
III.	Strafverfolgung im virtuellen Raum	44
IV.	Virtuelles Geld als Beispiel	46
1.	Strafrechtsschutz für virtuelles Geld – <i>de lege lata</i>	46
1.1	Bitcoin – ein Beispiel	47
1.2	Strafrechtsschutz für Bitcoin?	48
a	Schutz von Bitcoin als Wertaufbewahrungsmittel	49
b	Schutz von Bitcoin als Zahlungsmittel	50
1.3	Zwischenergebnis	52
2.	Strafrechtsschutz für virtuelles Geld – <i>de lege ferenda</i>	52
V.	Fazit	54

I. Einleitung

Strafrecht gilt als «ultima ratio».¹ Die Mahnung zum sparsamen Einsatz von Strafrecht ist ein Appell an den Gesetzgeber und – in Verbindung mit der Wortlautgrenze – eine Aufforderung an die Gerichte, Strafrecht nicht inflationär einzusetzen, sondern nur «soweit dies zum Schutz des ungestörten Zusammenlebens in einer pluralistischen Gesellschaft unerlässlich ist».² So steht es im ersten Kapitel des Lehrbuchs für Strafrecht Allgemeiner Teil, das ANDREAS DONATSCH – zunächst mit JÖRG REHBERG und jetzt mit BRIGITTE TAG – verfasst hat. Mit Strafe könne der Gesetzgeber aber auch geringfügigere Normverstösse ahnden, wenn dies die einzig adäquate Form der Reaktion sei.³ Das *ultima ratio*-Prinzip sollte damit auch die Erwartungen bestimmen, die

¹ A. DONATSCH/B. TAG, Strafrecht I, 9. Aufl., Zürich 2013, 5.

² A.a.O.

³ A.a.O.

Einzelne an die Strafverfolgung haben dürfen: Niemand kann bei jeder Beeinträchtigung seiner Interessen direkt die Staatsanwaltschaft rufen.⁴

Dass Strafe dem Staat nur als letzte Handlungsoption gegenüber den Rechtsunterworfenen offen steht, gilt schon lange als gefestigtes Prinzip.⁵ Welche konkrete Bedeutung das *ultima ratio*-Prinzip jedoch tatsächlich hat, erscheint in vielen Situationen bis heute ungeklärt. Gegenstand der folgenden Abhandlung ist die Frage, ob der Staat den Gebrauch von virtuellem, privat initiiertem Geld durch Strafverfolgung schützen sollte oder ob unter anderem das *ultima ratio*-Prinzip hier dafür spricht, diejenigen, die sich sehenden Auges des staatlichen Schutzes beim Geldgebrauch entziehen, für sich selbst sorgen zu lassen, wenn sie durch unrechtmässiges Handeln anderer Schaden erleiden.

II. Fragmentarischer Charakter des Strafrechts

Hinter den Überlegungen zum Strafrecht als *ultima ratio* und den Diskussionen zur Geltung der Wortlautgrenze für Strafgesetze steht letztlich die Idee eines fragmentarischen Charakters des Strafrechts. Nicht alles, was Schaden verursacht, muss durch Kriminalstrafe geahndet werden.⁶ Ob ein Konsens darüber besteht, was sich hinter diesem Anspruch an ein liberales Rechtssystem im Einzelfall *in concreto* verbirgt, scheint jedoch unklar. Einigkeit herrscht aber etwa darüber, dass im Vermögensrecht nicht jedes schädigende Handeln einer Reaktion durch das Strafrecht bedarf, sondern in bestimmten Situationen andere Mittel probater erscheinen. Insgesamt steht der Gesetzgeber in einer gewissen Rechtfertigungspflicht, wenn er zum scharfen Mittel des Strafrechts greifen will. Diese Grundsätze eines von aufklärerischem Denken geprägten und zuweilen auch pragmatisch orientierten Staats- und Strafrechtsverständnisses gerät den Gesetzgebern gelegentlich aus den Augen, selbst in jenen Staaten, die sich der Tradition der Aufklärung verpflichtet fühlen.⁷ Das ändert jedoch nichts an der Geltung der *Maxime*, dass der Griff zum Strafrecht einer Begründung bedarf.

⁴ Vgl. dazu auch A. DONATSCH, Die Bedeutung des Strafrechts für die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage, in: P.R. Isler/R. Sethe (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Europa Institut Zürich, Band 171, Zürich 2016, 170 ff.

⁵ K. SEELMANN, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Basel 2012, 6 f.

⁶ Siehe etwa zur Diskussion über die Strafwürdigkeit einer fahrlässigen Sachbeschädigung: Urteil (des Obergerichts des Kantons Zürich) vom 31.8.2015, E. 5.3.5, <http://www.gerichtszh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/SB150172-O1.pdf>.

⁷ So erscheint etwa fraglich, ob französische Strafverfolgungsbehörden bereit sind, flächendeckend die Strafverfolgung der Kunden von Prostituierten nach dem neuen Art. 611-1 Code pénal aufzunehmen («Le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir des relations de nature sexuelle d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, en échange d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe», <www.legifrance.gouv.fr>).

Wer das *ultima ratio*-Prinzip, die Wortlautgrenze und einen fragmentarischen Charakter des Strafrechts hoch hält, muss sich jedoch dem Problem stellen, dass – etwa infolge neuer technologischer Entwicklungen – staatlicher Schutz durch Strafverfolgung zu kurz greifen kann. Zuweilen kann ein Verhalten, das klar als strafwürdig erscheint, nicht geahndet werden, weil entsprechende Strafgesetze fehlen.⁸ Was das in der Praxis bedeutet, hat in den letzten Jahren vor allem die Digitalisierung unserer Lebenswelt und die damit verbundene Entstehung eines virtuellen Raumes vor Augen geführt.⁹ Dass nicht alle strafwürdigen Aktivitäten auch strafrechtlich geahndet werden können, ist jedoch kein ganz neues Phänomen. Die Einführung neuer Technologien hat auch davor zu Strafbarkeitslücken geführt. Ein prominentes Beispiel aus der analogen Welt bot die Nichtverfolgbarkeit der Wegnahme elektrischer Energie. Ebenso können neue Wertungen zu einem Strafbedürfnis führen, wie etwa bei der Strafverfolgung von Insiderdelikten.¹⁰ In solchen Fällen hat der Gesetzgeber nach Entdeckung einer als inadäquat empfundenen Lücke mit einer Gesetzesreform reagiert.

Der in den letzten Jahren neu entstandene virtuelle Raum scheint sich jedoch in einer bisher nicht bekannten Dimension der staatlichen Strafverfolgung zu entziehen. Die ihm eigenen Informationsflüsse und Kommunikationsmöglichkeiten umgehen traditionelle staatliche Kontrolle, sie ignorieren nationale Grenzen und manche der Akteure nehmen für sich in Anspruch, ganz ohne Staatsgewalt funktionieren zu können.¹¹ Was aber ist, wenn etwa das Internet zu Betrügereien oder Geldwäscherei genutzt und in der realen Welt Schaden angerichtet wird?

Unser heutiges Strafrecht ist für die reale Welt geschaffen. Es bezieht sich auf die Menschen, die in einem Staatsgebiet nach bestimmten Regeln zusammen leben. Die Straftatbestände sind auf Aktionen in dieser analogen Welt ausgerichtet. Die Verlagerung vieler Aktivitäten in den virtuellen Raum, die Übertragung von Aufgaben auf automatisierte Technologien und Roboter sowie der weitere Ausbau der Vernetzung von Sachen und Menschen haben zur Folge, dass Aktionen, die als strafwürdig beurteilt werden, nicht unbedingt von einem strafbewehrten Verbot erfasst werden und

⁸ DONATSCH/TAG (Fn. 1), 31 f.

⁹ S. SUMMERS/CH. SCHWARZENEGGER/G. EGE/F. YOUNG, *The Emergence of EU Criminal Law, Cybercrime and the Regulation of the Information Society*, Oxford and Portland, Oregon 2014, 85 f.

¹⁰ A. DONATSCH, *Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen*, 10. Aufl., Zürich 2013, 190.

¹¹ Vgl. S. GLESS, *Strafverfolgung im Internet*, ZStrR 2012, 3 ff.

damit – hält man sich an die Wortlautgrenze – nicht strafbar sind.¹² Eine strafrechtliche Ahndung ist erst möglich, wenn der Gesetzgeber tätig geworden ist.

III. Strafverfolgung im virtuellen Raum

Der fragmentarische Charakter des Strafrechts ist derzeit im virtuellen Raum in besonderer Weise spürbar, unter anderem weil in diesem von Menschen künstlich mit Hilfe digitaler Instrumente geschaffen Raum, Kompetenzen für eine Strafverfolgung ungeklärt erscheinen.¹³ Das ist nicht überraschend und wohl auch nicht ganz ungewollt. Denn während wir traditionell den Anspruch haben, dass ein Staat im Rahmen seines Territoriums Staats- und Strafgewalt ausübt, ist es nicht selbstverständlich, dass ein Staat seine Jurisdiktion auf Aktivitäten im Internet ausdehnt. Vielmehr könnte man hier – im Rückgriff auf das *ultima ratio*-Prinzip – die Akteure im Internet darauf verweisen, dass sie sich durch technische Absicherung selbst vor Schaden bewahren müssen. Wer sich in den virtuellen Raum begibt, wäre dann auf sich gestellt, schon weil nationale Gesetzgeber ihre Strafgewalt im Internet eben nicht so ausüben können wie sie es in der realen Welt, in ihrem Hoheitsgebiet, tun.¹⁴ Die Geltung von Strafrecht in den weltweiten Netzen resultiert unter anderem aus den Entscheidungen über die Reichweite nationaler Jurisdiktionen, die von pragmatischen Erwägungen und *ultima ratio*-Überlegungen getragen sein können. Gerade bei der Diskussion über Kriterien für eine legitime Jurisdiktionsbegründung im Internet zeigt sich, dass die Debatte um einen fragmentarischen Charakter des Strafrechts weder antiquiert noch überflüssig ist. Denn einerseits sind in der weltweiten Vernetzung gewisse Strafbarkeitslücken gewollt, andererseits soll der Einzelne nicht gänzlich ungeschützt bleiben.

Eine allgemein akzeptierte Antwort auf die Frage, wie im virtuellen Raum Strafrechtsschutz adäquat ausgestaltet sein müsste, ist noch nicht gefunden. Teilweise knüpft man an Lösungen aus altbekannten positiven und negativen Jurisdiktionskonflikten an, teilweise sucht man nach neuen Lösungen. Bekanntlich geben Territorialitätsprinzip (Art. 3 Abs. 1 StGB) und Ubiquitätsprinzip (Art. 8 StGB) hier keine eindeutige Antwort.¹⁵ Bei mutmasslichen Internetdelikten könnte der Aufenthaltsort des Täters im Moment der

¹² Etwa Diebstahl oder Betrug in dem Computerspiel *World of Warcraft*, <<https://www.theguardian.com/technology/shortcuts/2014/jul/24/thieves-world-warcraft-real-prisons-tory-mike-weatherley>>, vgl. S. GLESS/P. KUGLER/D. STAGNO, Was ist Geld? Und warum schützt man es?, recht 2015, 82 ff.

¹³ Vgl. SUMMERS/SCHWARZENEGGER/EGE/YOUNG (Fn. 9), 85.

¹⁴ Zu den Konsequenzen von Territorialitätsstaatsdenken insgesamt S. GLESS, Bird's-Eye View and Worm's-Eye View: Towards a Defendant-Based Approach in Transnational Criminal Law, *Transnational Legal Theory* 2015, 117 ff.

¹⁵ Siehe ausführlich mit Beispielen dazu CH. SCHWARZENEGGER, Der räumliche Geltungsbereich des Strafrechts im Internet, Die Verfolgung von grenzüberschreitender Internetkriminalität in der Schweiz im Vergleich mit Deutschland und Österreich, *ZStrR* 2000, 109 ff., 114 ff.

Eingabe des fraglichen Befehls in den Computer massgebend sein oder der Ort, an dem ein strafrechtlich relevanter Erfolg eintritt oder der Ort an dem ein Computer rechnet, also der Server steht.¹⁶ Bisher scheint eher eine extensive Jurisdiktionsbegründung dominierend, wonach Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Schweizer Strafrechts entweder die Manipulation an einem Computer oder aber die eigentliche Vermögensverschiebung mittels eines Computers (veranlasst durch den Täter) auf schweizerischem Territorium sei.¹⁷ Handelt es sich bei dem betreffenden Delikt um ein schlichtes Tätigkeitsdelikt, so genüge, dass der Täter ein Tatbestandsmerkmal auf dem betreffenden Territorium verübt.¹⁸ Damit würde eine Vornahme einer Datenmanipulation in der Schweiz zur Jurisdiktionsbegründung ausreichen, etwa die Manipulation einer Datenverarbeitungsanlage bzw. von Datenbeständen, sofern sich diese in der Schweiz befinden; auch wenn die Dateneingabe im Ausland stattfindet.¹⁹

Langfristig könnte es einer neuartigen Verbindung von Aspekten aus dem materiellen, prozeduralen und internationalen Strafrecht bedürfen, um detaillierter die Ausübung von Strafgewalt im Internet zu begründen.²⁰ Eine Erwägung kann dabei durchaus der *ultima ratio*-Gedanke sein, der eine Forderung nach einer eher restriktiven Anwendung von Strafrecht im weltweiten Netz stützen könnte. Man könnte diesen mit einer Opfermitverantwortung verknüpfen und dem allzu leichtsinnigen Opfer den strafrechtlichen Schutz versagen.²¹ Langfristig müssten sich Staaten dann aber wohl der Frage stellen, ob sie noch ihrer Schutzfunktion gerecht werden. Ihr Anspruch auf das Gewaltmonopol in der realen Welt verpflichtet sie zumindest dann zum Überdenken einer adäquaten staatlichen Reaktion, wenn sich ein – durch einen Vorgang in der virtuellen Welt in Gang gesetztes – Ereignis in einem realen Schaden manifestiert. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn jemand reales Geld in eine virtuelle Währung umwandelt und sein «gutes Geld» durch unrechtmässiges Gebaren Dritter verliert.²² Können sich staatliche Stellen in solchen Fällen darauf berufen, die Gefahren der Nutzung des Internets seien bekannt und eine Person, die mit Hilfe von Internet-Netzwerken generierte Zahlungs-

¹⁶ SCHWARZENEGGER (Fn. 15), 109, 118.

¹⁷ N. SCHMID, Strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Computerdelikten und neuen Informationstechnologien im allgemeinen, ZStrR 1993, 81 ff., 107.

¹⁸ SCHMID (Fn. 17), 107.

¹⁹ SCHMID (Fn. 17), 107.

²⁰ S. GLESS, Internationales Strafrecht, 2. Aufl., Basel 2015, Rn. 157 ff. und 1003; SUMMERS/SCHWARZENEGGER/EGE/YOUNG (Fn. 9), 107 f.

²¹ M. ELLMER, Betrug und Opfermitverantwortung, Diss. Berlin 1986, 25 f.

²² Vgl. dazu <http://www.bka.de/nn_233148/DE/Presse/Pressemitteilungen/Presse2013/131204_Festnahme_wegen_gewerbsm_C3_A4_C3_9Figen_Computerbetrugs.html> (11.7.2016); <<http://www.independent.co.uk/news/uk/crime/world-of-warcraft-fraudsters-cyber-crime-chief-warns-of-new-threat-10030202.html>> (11.7.2016).

mittel statt staatlich ausgegebenem Geld nutzt, begeben sich aus dem staatlichen Schutzbereich und sei damit auf sich selbst gestellt?²³

IV. Virtuelles Geld als Beispiel

Grundsätzlich besteht bereits Einigkeit darüber, dass einzelne Internetnutzer im virtuellen Raum nicht ganz ungeschützt bleiben dürfen, selbst wenn nicht bei jedem Straftatverdacht in den weltweiten Netzen eine Staatsanwaltschaft tätig wird. Das Strafverfolgungsinteresse ergibt sich bereits daraus, dass unsere Gesellschaft heute Informationstechnologie, bspw. in Form von Mobiltelefonie oder Kommunikationsnetzen, benötigt, um zu funktionieren.²⁴ Deshalb gilt eine adäquate Reaktion auf Internetkriminalität als staatliche Herausforderung: Strafverfolgung wird als notwendig angesehen, selbst wenn ein Nutzer der Informationstechnologie, sich des damit einhergehenden Sicherheitsrisikos bewusst, dieses eingeht.²⁵ Denn ohne staatlichen Schutz bei der Nutzung des Internets fehlte eine wichtige Voraussetzung dafür, dass bestimmte Wirtschaftszweige oder soziale Aktivitäten im virtuellen Raum funktionieren könnten. Die Vision einer weiteren Vernetzung im Rahmen der Industrie 4.0, der vermehrte Einsatz von virtuellen Zahlungsmöglichkeiten, der Ausbau von Geschäften, die über das Internet abgewickelt werden, legen eher ein wachsendes Schutzbedürfnis als einen Rückzug des staatlichen Strafrechts nahe. Im Zentrum der folgenden Ausführungen steht – *pars pro toto* – die Frage nach der Notwendigkeit eines strafrechtlichen Schutzes für privat initiierte, virtuelle Währungen, *de lege lata* und mit Blick auf möglichen Reformbedarf auch *de lege ferenda*.

1. Strafrechtsschutz für virtuelles Geld – *de lege lata*

Die Frage, ob virtuelles Geld durch staatliches Strafrecht geschützt werden sollte, wenn es sich zu einer allgemein benutzten Währung entwickelt hat,²⁶ gewinnt durch Pionierangebote zur staatlichen Nutzung des privat initiierten Geldes neue Brisanz. So akzep-

²³ Zahlungen mit Bitcoin können grundsätzlich nicht rückgängig gemacht werden. Es besteht lediglich die Option, dass der dazu gewillte Empfänger diese zurückerstattet. Bei einer Klage auf Herausgabe von Bitcoin ist es deshalb auch kaum möglich, eine Zwangsvollstreckung durchzusetzen, da grundsätzlich nur der Besitzer von Bitcoin Zugang zu seiner Wallet hat und nicht etwa eine zentrale Stelle, bspw. eine Bank, mit der Transaktion beauftragt werden kann. Vergleiche dazu: M.E. KÜTÜK/CH. SORGE, Bitcoin im deutschen Vollstreckungsrecht, Von der «Tulpenmanie» zur «Bitcoinmanie», MMR 2014, 644 f.

²⁴ M. GERCKE/PH. W. BRUNST, Praxishandbuch Internetstrafrecht, Stuttgart 2009, Rn. 3 f.

²⁵ GERCKE/BRUNST (Fn. 24), Rn. 4.

²⁶ GLESS/KUGLER/STAGNO (Fn. 12), 82 ff.

tiert der Kanton Zug seit Mai 2016 Bitcoin zur Begleichung von Gebührenschulden, allerdings nur bis zur Höchstgrenze von 200 Schweizer Franken.²⁷

1.1 Bitcoin – ein Beispiel

Bitcoin ist das wohl bekannteste Beispiel für eine virtuelle Währung, die ohne staatliches Geld zu sein, heute (aus ökonomischer Sicht) alle Funktionen von Geld erfüllt. Die sog. «Kryptowährung» ist Zahlungsmittel, Recheneinheit und Wertaufbewahrungsmittel. Sie basiert auf Algorithmen, welche jede einzelne Werteinheit eindeutig identifiziert und Duplikation verhindert. So wollten die Erfinder dieser Privatwährung durch technische Vorsorge den fehlenden staatlichen Schutz kompensieren. Missbrauchslücken können allerdings etwa dann entstehen, wenn Bitcoin-Daten durch eine Datensicherung (sog. Back-up) gesichert werden und so in falsche Hände geraten. Denn grundsätzlich ist jeder, der Bitcoin nutzt, auf sich selbst gestellt und muss bei Bedarf für die eigenen Sicherungs- und Schutzmechanismen sorgen.

Generiert wird die Währung durch ein Peer-to-Peer-Netzwerk: Jede Person, die Zugang zum Internet hat, kann sich dem Netzwerk anschliessen.²⁸ Es ist dezentral organisiert und eröffnet die Möglichkeit in der sog. *Blockchain*, durch Lösung mathematischer Aufgaben – durch Netzwerkprotokolle begrenzte – Bitcoin herzustellen. Es fehlt damit eine übergeordnete Instanz, die Verantwortung für die Währungsausgabe o.ä. übernimmt.²⁹ Vielmehr funktioniert die Währung zwischen den *Nutzern*, welche Bitcoin als Zahlungsmittel oder als Anlageinstrumente verwenden, um Transaktionen in Bitcoin zu tätigen,³⁰ und den *Minern*, die Bitcoin generieren.³¹ Jenseits der virtuellen Welt werden Bitcoin kaum genutzt. Eine Annahmepflicht zur Schuldbegleichung, ähnlich der Annahmepflicht für gesetzliche Zahlungsmittel gem. Art. 3 WZG, besteht nicht. Insgesamt beruht der Handel einzig auf privatvertraglichem Verhältnis zwischen den Parteien.³² Ein Zahlungsverprechen entsteht damit nie: Im dezentralen Bitcoin-

²⁷ <<http://www.nzz.ch/schweiz/crypto-valley-zukunftsmodell-oder-marketing-gag-ld.22911>> (13.7.2016).

²⁸ S. NAKAMOTO, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>> (13.7.2016).

²⁹ F. BOEHM/P. PESCH, Bitcoins: Rechtliche Herausforderungen einer virtuellen Währung, Eine erste juristische Einordnung, MMR 2014, 76 ff.

³⁰ Zu Einzelheiten vgl. GLESS/KUGLER/STAGNO (Fn. 12), 5 f.; B. BECK, Bitcoins als Geld im Rechtssinne, NJW 2015, 583.

³¹ Individuen können in beiden Rollen auftreten.

³² Vgl. dazu M.A. NIGGLI, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, Band 6a: Fälschung von Geld, amtlichen Wertzeichen, amtlichen Zeichen, Mass und Gewicht, Art. 240–250 sowie Art. 327 und 328 StGB, Bern 2000, vor Art. 240 ff. N 37 ff.; dasselbe gilt für Deutschland, vgl. C. ENGELHARDT/S. KLEIN, Bitcoins – Geschäfte mit Geld, das keines ist, Technische Grundlagen und zivilrechtliche Betrachtung, MMR 2014, 356 m.w.V.

Netzwerk gibt es keinen Schuldner und keinen Emittenten, denn es bestehen weder Forderungen gegen die Blockchain (die lediglich ein Kontrollprotokoll ist), noch gegen das Netzwerk aus rechnenden Computern.³³

Am virtuellen Zahlungsverkehr nehmen Nutzer über *Wallets*, die wie eine Art Kontonummer funktionieren, teil. Sie sind jedoch – mit Rücksicht auf die Dezentralität des Systems – nur dem jeweiligen Nutzer bekannt. Grundsätzlich bleiben die Nutzer also anonym, denn die *Wallet* selbst gibt keine Hinweise über die Identität. Die Transaktion an sich wird jedoch gespeichert. Jeder einzelne Nutzer ist für die Sicherheit und Sicherung seiner *Wallet* selbst verantwortlich. Denkbar ist, dass ein Nutzer für jede einzelne Transaktion ein weiteres kostenloses Konto anlegt, und damit sichernde Back-ups herstellt. Das erhöht und schwächt die Sicherheit und erschwert gleichzeitig die Identitätsaufklärung für Dritte. Insgesamt ist die Währung so auch für kriminelle Machenschaften attraktiv.³⁴ Wer seine Bitcoin in eine offizielle Staatswährung umwandeln will, benutzt eine der vielen Handelsplattformen im Netz.³⁵

Bitcoin wurden durch Staaten bisher nicht offiziell als Währung anerkannt. Weltweit einmalig scheint insoweit die eingangs erwähnte Nutzung durch den Kanton Zug.³⁶ Es könnte in der Schweiz also erstmals passieren, dass Individuen, zur Begleichung einer vom Staat zugestellten Rechnung, Bitcoin auf einer Handelsplattform erwerben, für deren Echtheit aber kein Staat garantiert, und deren Anbieter keine Strafverfolgung fürchten müssen, wenn sie das virtuelle Geld unzulässigerweise durch Aktivierung von Sicherungsdateien von Bitcoin (Backups) fremder Nutzer erlangt haben.³⁷

1.2 *Strafrechtsschutz für Bitcoin?*

Zum Entstehungszeitpunkt des Phänomens virtuellen Geldes, war die vorherrschende Meinung, dass man eine solche Währung auf eigenes Risiko nutzt, durchaus legitim. Seither hat sich die Kryptowährung jedoch als feste Position im internationalen Wirtschaftsverkehr etabliert. Das hat sie unter anderem den durch die Erfinder festgelegten technischen Rahmenbedingungen und einem gewissen Vertrauensverlust in bestimmte staatliche Währungen zu verdanken. Nach der Öffnung eines öffentlichen Gebührenwesens für Bitcoin in der Schweiz erscheint ein Standpunkt, welcher der virtuellen

³³ KÜTÜK/SORGE (Fn. 23), 644.

³⁴ Gleichwohl ist es in der Schweiz nicht verboten, Bitcoins zu besitzen, siehe dazu D. STOLL, *Le bitcoin et les aspects pénaux des monnaies virtuelles*, fp 2015, 103 f.; BOEHM/PESCH (Fn. 29), 75 ff.

³⁵ Zum Beispiel *BitInstant* oder *Mt. Gox*, wobei ersterer wegen Geldwäschereivorwürfen im Januar 2014 geschlossen wurde und zweitere im Februar 2014 Insolvenz anmelden musste.

³⁶ <<http://www.nzz.ch/schweiz/crypto-valley-zukunftsmodell-oder-marketing-gag-ld.22911>> (13.7.2016).

³⁷ GLESS/KUGLER/STAGNO (Fn. 12), 89 ff.

Währung gänzlich jeden Strafrechtsschutz verweigert, fragwürdig. Heute erscheint es deshalb angemessen den fehlenden Strafrechtsschutz für Bitcoin zu überdenken. Ohne hin gibt die Einführung virtueller Währungen Anlass zu Reformüberlegungen. Strafrecht schützt Geld – entsprechend seiner ökonomischen Funktion – in unterschiedlicher Weise: Einerseits als Wertaufbewahrungsmittel, siehe unten (a), und andererseits als Zahlungsmittel siehe unten (b).

a Schutz von Bitcoin als Wertaufbewahrungsmittel

Als Wertaufbewahrungsmittel geniessen Bitcoin bereits einen gewissen Schutz, obwohl die traditionell einschlägigen Tatbestände bei virtuellem Geld grundsätzlich versagen. So liegt etwa kein Diebstahl gem. Art. 139 StGB vor, wenn ein Hacker aus einer Wallet eines anderen Bitcoin-Daten kopiert. Denn es fehlt an einer fremden beweglichen Sache. Bitcoin sind keine Sachen im Sinne der Art. 137 ff. StGB, weil sie keine körperlichen Gegenstände im Sinne von Art. 713 ZGB sind.³⁸

Schutz bieten unter bestimmten Umständen jedoch der Betrugs- oder Computerbetrugstatbestand: Wenn etwa eine Person aus ihrer *Wallet* Bitcoin an eine andere Person überträgt in dem Glauben, dass damit eine Gebührenschild beglichen wird, es sich aber bei dem Gegenüber gar nicht um die zum Einzug ermächtigte Person handelt, dann wird durch Täuschung bedingt über eine Wertposition verfügt, ohne einen erwarteten Gegenwert zu erhalten.³⁹ Legt man den von der herrschenden Meinung vertretenen wirtschaftlich-juristischen Vermögensbegriff zugrunde, kann ein Schaden in dem strafrechtlich geschützten Vermögen bejaht werden.⁴⁰ Das setzt voraus, dass zum Vermögen die Summe aller rechtlich geschützten wirtschaftlichen Werte gezählt wird, die einer Person von Rechts wegen zustehen.⁴¹ Es wird also alles als Vermögen angesehen, was Gegenstand eines Tauschgeschäfts gegen Geld sein kann,⁴² selbst wenn die Vermögensposition nicht ausdrücklich durch Recht zugewiesen ist, sie darf lediglich nicht rechtlich missbilligt sein, wie etwa Ansprüche aus kriminellen Betäubungsmittelge-

³⁸ H. BÖTTCHER, Die urheberrechtliche Erschöpfung und ihre Bedeutung im digitalen Umfeld, Diss. Bern 2013, 220 f.; ST. TRECHSEL/D. CRAMERI, in: St. Trechsel/M. Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, vor Art. 137 N 2 f.; S. GLESS/D. STAGNO, Virtueller Bankraub fordert das Strafrecht heraus, pläd 5/2013, 34.

³⁹ Bericht des Bundesrates zu virtuellen Währungen, 21.

⁴⁰ GLESS/KUGLER/STAGNO (Fn. 12), 9 f.

⁴¹ M.A. NIGGLI/CH. RIEDO, in: M.A. Niggli/H. Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 3. Aufl., Basel 2013, vor Art. 137 N 20; G. STRATENWERTH/G. JENNY/F. BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Aufl., Bern 2010, § 15 N 47.

⁴² U. NELLES, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften, Zugleich ein Beitrag zur Struktur des Vermögensbegriffs als Beziehungsbegriff, Habilitation, Berlin 1991, 437; NIGGLI/RIEDO, in: BSK StGB II (Fn. 41), vor Art. 137 N 21 zu.

schäften.⁴³ Einen Strafrechtsschutz verneinen müsste man hier nur dann, wenn die Ansicht vertreten wird, dass privat initiiertes Geld, für dessen Annahme niemand einsteht, nicht dem strafrechtlich geschützten Vermögen unterfallen kann.⁴⁴

In gewisser Weise überraschend entfalten ferner die sog. Datendelikte Schutz für Bitcoin als Wertaufbewahrungsmittel: Da es sich bei Bitcoin um verschlüsselte, maschinenlesbare Informationen, also Daten⁴⁵ handelt, können grundsätzlich Art. 143 (Unbefugte Datenbeschaffung), Art. 143^{bis} (Unbefugtes Eindringen in ein Datenverarbeitungssystem), Art. 144^{bis} (Datenbeschädigung) sowie Art. 147 StGB (Betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage) greifen. Diese vom Gesetzgeber zum Schutz der Nutzung von Informationstechnologie geschaffenen Tatbestände dienen zwar nicht per se dem Schutz von Geld.⁴⁶ Gleichwohl können sie Nutzer von Bitcoin schützen, indem sie etwa den Ausschliesslichkeitsanspruch des Besitzers (von Bitcoin und Wallet) wahren: Würden Bitcoin (oder backup-Dateien) aus einer passwortgeschützten *Wallet* kopiert, und damit beschafft, kann Art. 143 StGB eingreifen, auch wenn die Originaldatei weder verändert noch gelöscht wird. Bereits im Vorfeld könnte Art. 143 StGB relevant werden, wenn jemand in die durch verschiedene Passwörter geschützte *Wallet* eines anderen eindringt, ohne sich bereits der dort gelagerten Bitcoins zu bemächtigen.

b Schutz von Bitcoin als Zahlungsmittel

Weitgehend ungeschützt erscheinen Bitcoin jedoch in ihrer Funktion als Zahlungsmittel. Traditionell sichern die Geldfälschungstatbestände das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit, Sicherheit und Zuverlässigkeit des Geldverkehrs. Dahinter steht letztlich der Schutz eines gesetzlichen Zahlungsmittels als einer Art staatlichen Urkunde.⁴⁷ Dieser Zweck entfällt, wenn sich jemand eines privaten Zahlungsmittels bedient. Das klingt bereits in der Tatbestandsfassung an: Strafbar ist nur, wer unbefugterweise «Metallgeld, Papiergeld oder Banknoten» herstellt, und zwar in einer Art, welche den Produkten den Anschein der Echtheit verleiht.⁴⁸

Nach der h.L. und Rechtsprechung fallen deshalb grundsätzlich auch nur die von einem völkerrechtlich anerkannten Staat oder von einer durch diesen ermächtigte Stelle als

⁴³ K. TIEDEMANN, in: H.W. Laufhütte/R. Rissing-van Saan/K. Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Grosskommentar, 12. Aufl., Berlin 2007 ff., § 263 N 132, 141.

⁴⁴ GLESS/KUGLER/STAGNO (Fn. 12), 91 f.

⁴⁵ STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (Fn. 41), § 14 N 24 f.

⁴⁶ GLESS/KUGLER/STAGNO (Fn. 12), 93 ff.

⁴⁷ G. ARZT/U. WEBER/B. HEINRICH/E. HILGENDORF, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Bielefeld 2015, § 34 N 2.

⁴⁸ A. DONATSCH/W. WOHLERS, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 4. Aufl., Zürich 2011, 111.

Wertträger beglaubigtes Zahlungsmittel unter den strafrechtlichen Geldbegriff.⁴⁹ Selbst ein ausser Kurs gesetztes Zahlungsmittel ist danach kein Geld im erwähnten Sinne. Von den Banken zurück gerufenes Geld soll demgegenüber weiter unter Strafrechtsschutz stehen, wegen der Verpflichtung der Banken, das zurückgerufene Geld weiterhin anzunehmen. Entscheidend scheint also die Verpflichtung, dass eine bestimmte Geldsorte von einem Staat als Zahlungsmittel angenommen werden muss. Geldfälschungsdelikte sind damit an sich bereits fragmentarisch angelegt: Es fallen eben ausschliesslich Metall- und Papiergeld sowie Banknoten unter den strafrechtlichen Schutz der Art. 240 ff., während Buch- und Girogeld sowie andere gängige Zahlungsmittel wie z.B. Wechsel, Check oder Kreditkarten nicht durch Geldfälschungstatbestände geschützt werden.⁵⁰ Nicht alles, was als Geld funktioniert, steht damit auch unter entsprechendem strafrechtlichem Schutz.

Ein so ausgestalteter Strafrechtsschutz für Geld als Zahlungsmittel führt jedoch nicht zu befriedigenden Ergebnissen, auch nicht in der analogen Welt. So wären zum Beispiel diejenigen, die als strafrechtlich geschütztes Geld nur die von einem völkerrechtlich anerkannten Staat als Wertträger beglaubigten Zahlungsmittel akzeptieren,⁵¹ gleichwohl bereit wären, «[m]indestens theoretisch [...] auch die Herstellung von sog. ‘Fantasiegeld’» als strafbar anzusehen, «falls dieses für einen Durchschnittsbetrachter als echt erscheint, so z.B. wenn jemand selber in dieser Form gar nicht existierende Banknoten eines weit entfernten Kleinstaates entwerfen und produzieren sollte».⁵²

«Fantasiegeld» dürfte in unserer heutigen Gesellschaft, in der man fast jederzeit Informationslücken durch eine Internetabfrage schliessen kann, kaum grosse praktische Bedeutung als Falschgeld erlangen können. Anders sieht das bei virtuellen Währungen aus: Hier führt eine enge Interpretation des Schutzbereiches der Geldfälschungsdelikte zu Schutzlücken, selbst bei technisch sehr guter Absicherung, wie bei Bitcoin.⁵³ Virtuelle Währungen, die in der Zwischenzeit von vielen als Zahlungsmittel benutzt werden, sind bereits durch den Wortlaut der einschlägigen Tatbestände ausgeschlossen, da nach den Prinzipien der Kryptographie durch verschlüsselte Algorithmen geschaffenes Geld

⁴⁹ Vgl. a. LENTJES MEILI/KELLER, in: BSK StGB II (Fn. 41), vor Art. 240 N 3; G. STRATENWERTH/F. BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. Aufl., Bern 2013, § 33 N 4; NIGGLI (Fn. 32), vor Art. 240 ff. N 36 m.w.V.

⁵⁰ DONATSCH/WOHLERS (Fn. 48), 111.

⁵¹ Vgl. a. LENTJES MEILI/KELLER, in: BSK StGB II (Fn. 41), vor Art. 240 N 3; STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 49), § 33 N 4; NIGGLI (Fn. 32), vor Art. 240 ff. N 36 m.w.V.

⁵² DONATSCH/WOHLERS (Fn. 48), 111; gleicher Ansicht: LENTJES MEILI/KELLER, in: BSK StGB II (Fn. 41), Art. 240 N 12; E. HAFTER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, Berlin 1943, 573 Anm. 2.

⁵³ Vgl. GLESS/STAGNO (Fn. 38), 34.

eben weder Metall- noch Papiergeld ist.⁵⁴ Die Wortlautgrenze ist mit Rücksicht auf das in Art. 1 StGB niedergelegte Gesetzlichkeitsprinzip bindend.⁵⁵

1.3 Zwischenergebnis

De lege lata geniesst der einzelne beim Gebrauch von elektronischem Privatgeld unter bestimmten Umständen also zwar mit Blick auf die Funktion als Wertaufbewahrungsmittel einen gewissen Schutz, nicht aber im Hinblick auf die generelle Funktion von Geld als Zahlungsmittel.

2. Strafrechtsschutz für virtuelles Geld – *de lege ferenda*

Besteht Anlass zur Reform, weil virtuelles Geld heute offiziell als Zahlungsmittel eingesetzt wird, sogar zur Begleichung kantonaler Gebührenschulden, obwohl es in dieser Funktion nicht strafrechtlich geschützt ist? Die staatliche Nutzung von privat initiiertem Geld hat Tradition – nicht nur in der Schweiz.⁵⁶ Ein Blick in die Geschichte zeigt, dass viele staatliche Währungen auf privat initiiertes Geld zurückgehen, das sich *de facto* als Zahlungs- und Wertaufbewahrungsmittel⁵⁷ durchgesetzt hat.⁵⁸ Dann gingen allgemeiner Gebrauch und staatlicher Schutz schliesslich Hand in Hand.⁵⁹ In Übergangszeiten eines Nebeneinanders von (ineffizientem) staatlichem Geld und (neu initiiertem) privatem Geld gab es aber immer wieder Grauzonen des rechtlichen Schutzes.

Fraglich ist, ob der Umfang der Nutzung oder die staatliche Nutzniessung von privatem Geld eine Grenze markieren könnten, bei deren Überschreiten sich eine staatliche Schutzpflicht aufdrängt. Muss ein Staat, wenn Internetgeschäfte zunehmend mit Hilfe einer privaten Kryptowährung abgewickelt werden, seine Zurückhaltung aufgeben und bei strafwürdigem Verhalten mit Strafe drohen? Oder kann man – mit Berufung auf *ultima ratio* und einen Ansatz, der sich eher auf die Opfermitverantwortung stützt – diejenigen, die eine privat initiierte virtuelle Währung nutzen, darauf verweisen, dass sie von Anfang an um die fehlende staatliche Garantie, Aufsicht und Macht wussten? Die Adressaten einer solchen Erklärung würden heute wohl entgegenen, dass ihr Vertrauen auf staatlichen Schutz dadurch genährt wurde, dass das elektronische Geld

⁵⁴ Unter Metallgeld werden abschliessend Umlaufmünzen i.S.v. Art. 4 WZG sowie Gedenk- oder Anlagemünzen i.S.v. Art. 6 WZG verstanden. Als Banknoten gelten nur die gem. Art. 7 WZG von der SNB ausgegebenen Banknoten. NIGGLI (Fn. 32), vor Art. 240 ff. N 77 ff.; nach Art. 250 StGB findet die Bestimmung aber auch auf ausländisches Geld Anwendung.

⁵⁵ G. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011, § 4 N 26 ff.; SEELMANN (Fn. 5), 34.

⁵⁶ GLESS/KUGLER/STAGNO (Fn. 12), 86 f.

⁵⁷ NIGGLI (Fn. 32), vor Art. 240 ff. N 27; Bericht des Bundesrates zu virtuellen Währungen, 7.

⁵⁸ Vgl. hierzu L.H. WHITE, *The Theory of Monetary Institutions*, Oxford UK, 1999, 1–25.

⁵⁹ GLESS/KUGLER/STAGNO (Fn. 12), 86 f.

vielerorts und auch durch staatliche Stellen als Zahlungsmittel akzeptiert wird und damit die Praxis nach einer Strafrechtsreform verlange.

Dieses praktische Argument könnte rechtlich durch den Hinweis unterfüttert werden, dass sich hier eine ähnliche Schutzlücke auftut, wie bei denjenigen, die auf «Fantasiegeld» vertrauen, für das aber letztlich kein Staat eintreten will. Die Einbeziehung von «Fantasiegeld» in den Schutzbereich der Geldfälschungsdelikte⁶⁰ weist auf gewisse Kuriositäten beim strafrechtlichen Schutz von Geld hin, die wohl einerseits dem Anliegen geschuldet sind, verschiedene Interessen eines strafbewehrten Währungsschutzes zu vereinbaren und andererseits der historischen Entwicklung bestimmter Tatbestände. Das wird unter anderem deutlich an dem Auseinanderfallen der abstrakten Definition von Geld und der Umschreibung des Schutzobjektes der Geldfälschungstatbestände. Während h.L. und Rechtsprechung – wie bereits erläutert – nur die von einem völkerrechtlich anerkannten Staat oder von einer durch diesen ermächtigten Stelle als Wertträger beglaubigtes Zahlungsmittel unter den strafrechtlichen Geldbegriff fassen,⁶¹ will man gleichzeitig Individuen schützen, die auf die Umlauffähigkeit eines erfundenen Geldes, Fantasiegeld, vertraut haben.⁶² Vor diesem Hintergrund erschliesst sich die Forderung nach einem allfälligen Schutz von sog. Fantasiegeld.⁶³

Dieser Wunsch nach einem strafrechtlichen Schutz Privater, die einem (vermeintlich) offiziellen Zahlungsmittel vertrauen, spricht, mit der steigenden Akzeptanz von virtuellem Geld, für eine entsprechende Reform des Strafrechts. Die Annahme von Bitcoin im Kanton Zug sind hier nur ein Mosaikstein: Wenn die Kryptowährung von der Kantonalverwaltung als Zahlungsmittel akzeptiert wird, könnten Bürgerinnen und Bürger resp. Kantonsschuldner auch einen gewissen Schutz erwarten. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass der Kanton Zug hier keine Geldgarantie übernimmt – und das auch nicht darf. Vielmehr war einerseits die Nutzung des Zahlungsmittels vorläufig bis Ende 2016 befristet und andererseits weist Art. 99 der Bundesverfassung das Geld- und Währungswesen der Bundeskompetenz zu.⁶⁴ Eine «Geldgarantie» besteht wohl nur im Rahmen des Faktischen: Wenn mit Bitcoin eine Schuld beglichen wird, ist bezahlt. Die Zahlungsoption im Kanton Zug erweitert somit nicht notwendigerweise den Begriff von Geld im strafrechtlichen Sinne, sie sorgt aber für Diskussionsstoff.

⁶⁰ Siehe oben IV.1.1.2.b.

⁶¹ Vgl. a. LENTJES MEILI/KELLER, in: BSK StGB II (Fn. 41), vor Art. 240 N 3; STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 49), § 33 N 4; NIGGLI (Fn. 32), vor Art. 240 ff. N 36 m.w.V.

⁶² DONATSCH/WOHLERS (Fn. 48), 111; STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 49), § 33 N. 5; HAFTER (Fn. 52), 573 Anm. 2.

⁶³ DONATSCH/WOHLERS (Fn. 48), 111; LENTJES MEILI/KELLER, in: BSK StGB II (Fn. 41), Art. 240 N 12; HAFTER (Fn. 52), 573 Anm. 2.

⁶⁴ Darauf hat auch die SVP-Fraktion im Kantonsrat aufmerksam gemacht, vgl. G. R. BRUHIN, Interpellation: Bitcoin – städtisches Pilotprojekt in zweifelhaftem Kontext!, SVP Schweiz.

Anlässlich dieser Debatte sollten Juristen pragmatischere Definitionen von Geld bedenken, wie sie etwa von den Ökonomen vertreten werden: Danach ist alles Geld, was als standardisierte Währung funktioniert,⁶⁵ möglicherweise eben sogar Fantasiegeld⁶⁶ oder Bitcoin. Es ist deshalb durchaus vorstellbar, dass ein neuer Tatbestand virtuelle Währungen als Zahlungsmittel schützt. Eine Ergänzung der Geldfälschungsdelikte könnte möglicherweise folgende Tatbestandsalternativen umfassen und so aussehen:

Art. 240^{bis} StGB: Kryptowährungen⁶⁷

Abs. 1: Wer eine Datensignatur einer Kryptowährung unrechtmässig herstellt, verändert oder dupliziert, wird bestraft.

Abs. 2: Als Kryptowährung gelten (virtuelle) Währungen, welche durch ein gesichertes (Blockchain-)Verfahren geschützt, generiert werden, namentlich a. Bitcoin, b. Bitgold⁶⁸ c. ...

Ginge man diesen Schritt, so wäre weiter zu überlegen, ob man allenfalls auch demjenigen Strafe androht, der bei einer Kryptowährung eine Sicherheitslücke entdeckt, diese den Betreibern nicht meldet und in der Absicht geheim hält, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern oder wer wissentlich falsche Kryptowährungseinheiten in Umlauf bringt. Solche Straftatbestände sind gesetzgeberisches Neuland und auf einen möglichst umfassenden Schutz von Geld fokussiert, auch wenn dieses nicht durch Staaten abgesichert wird, sondern durch Technik und Markt. Ausschlaggebend wäre die sichere Etablierung einer virtuellen Währung, etwa durch eine Blockchain wie beispielsweise bei Bitcoin. Dabei ist zu beachten, dass sich Kryptowährungen technisch weiter entwickeln und bestimmte Kinderkrankheiten überwinden müssen.⁶⁹

V. Fazit

Das *ultima ratio*-Prinzip gilt als Ermahnung zum zurückhaltenden Gebrauch von Strafrecht und erfüllt damit in verschiedener Hinsicht eine Sicherungsfunktion.⁷⁰ Viele leiten aus dem Grundsatz materielle Grenzen für den Gesetzgeber ab. Diese Grenzen

⁶⁵ «Money is anything that is generally accepted in payment for goods and services or repayment of debt.», F.S. MISHKIN, *The Economics of Money Banking and Financial Market*, Boston 2000, 9.

⁶⁶ STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 49), § 33 N 5; HAFTER (Fn. 52), 573 Anm. 2.

⁶⁷ Herzlichen Dank an stud. iur. Armand Kurath, der diesen Vorschlag unterbreitet hat.

⁶⁸ Vgl. <<http://www.financemagnates.com/cryptocurrency/news/bitgold-goes-live-looks-to-make-gold-a-blockchain-currency/>> (11.7.2016); <<http://bravenewcoin.com/news/bitgold-connects-blockchain-platform-to-9-major-us-banks/>> (11.7.2016).

⁶⁹ So ist etwa der Energiekonsum für das Mining ein Kritikpunkt, vgl. C. BERGMANN, *Ist Bitcoin-Mining noch profitabel in Deutschland?*, <<https://bitcoinblog.de/2014/08/12/ist-bitcoin-mining-noch-profitabel-in-deutschland/>> (13.7.2016).

⁷⁰ A. DONATSCH/E. HIESTAND, *Wortlaut des Gesetzes oder allgemeine Rechtsprinzipien bei der Auslegung von Normen der StPO*, 2014, 1 ff., 16.

bewertet ANDREAS DONATSCH aber weniger strikt als andere. Er spricht dem Gesetzgeber eine recht grosse Einschätzungsprärogative zu: Was des strafrechtlichen Schutzes bedürfe, hänge von verschiedenen Faktoren ab, die im Lichte der jeweiligen wirtschaftlichen, technischen und sozialen Faktoren beurteilt werden müssten.⁷¹ Gleichzeitig sieht er den Gesetzgeber jedoch in der Pflicht: Da die Gerichte die Wortlautgrenze wahren müssen und nicht durch Rechtsfortbildung zum Gesetzgeber werden dürfen, müssen die gesetzgebenden Instanzen veränderte wirtschaftliche, technische und soziale Faktoren zum Anlass für Reformüberlegungen nehmen. Die zunehmende Nutzung einer Kryptowährung könnte ein rechtzeitiger Denkanstoss für eine gesetzgeberische Neubeurteilung des Strafrechtsschutzes für Geld sein.

In dieser Diskussion darf nicht übersehen werden, dass Bitcoin in der aktuellen Machart nicht der Idealfall sind. Denn diese Währung wird von einigen Nutzern gerade deshalb als effiziente Währung angesehen, weil sie sich der staatlichen Kontrolle entzieht. Viele offizielle Stellen beurteilen die Kryptowährung kritisch, weil das Peer-to-Peergenerierte Geld heute über anonyme *Wallets* ohne Aufsichtsmöglichkeit funktioniert. Es beschwört damit unter anderem eine neue Dimension der Geldwäschereiproblematik herauf. Denn das Wechseln von Geld gegen Bitcoin oder der Handel in Bitcoin kann grundsätzlich «geeignet [sein], die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln, die, wie er weiss oder annehmen muss, aus einem Verbrechen herrühren». Bitcoin-Netzwerke funktionieren dezentral und bieten eine höhere Anonymität als bestehende elektronische Zahlungssysteme, auch wenn alle Transaktionen im Bitcoin-Netzwerk erfasst und veröffentlicht werden. Rückschlüsse auf die involvierten Nutzer lassen sich verschleiern, etwa indem für den Zahlungsverkehr immer wieder neue Adressen erstellt werden. Durch die dezentrale Struktur von Bitcoin sind keine – strafrechtlich zu besonderer Sorgfalt verpflichteten – Finanzintermediäre in die Geldgeschäfte einbezogen. Dienstleister, die Bitcoins für Nutzer verwalten, sind, anders als die Banken in der realen Welt, kaum reguliert. Dadurch haben Strafverfolgungsbehörden keine Ansprechpartner zur Kundenidentifizierung etc. und selbst wenn Onlinehandelsplattformen Auskunft geben müssten, würden erfolgreiche Nachforschungen oft an der Anonymität der Benutzer scheitern.⁷²

Geht der Gesetzgeber auf die Forderung nach einem staatlichen Schutz von virtuellem Geld ein, dürfte er auf zwei Seiten regulierend tätig werden: zum Schutz des einzelnen beim Gebrauch von Kryptowährungen sowie zur Etablierung eines (staatlichen) Kontrollsystems. Strafrechtliche Verbote und Gebote definieren dabei nur die unerlässlichen Regeln, die es für ein Funktionieren dieser neuen Geldformen in unserer technophilen Gesellschaft braucht.⁷³ Eine neue Austarierung der Tatbestände wird mit

⁷¹ DONATSCH/TAG (Fn. 1), 4 f.

⁷² Siehe dazu auch STOLL (Fn. 34), 108.

⁷³ A.a.O.

zunehmender Digitalisierung unserer Lebenswelt wohl immer wieder notwendig werden. Die damit verbundenen Wertentscheidungen obliegen, wie ANDREAS DONATSCH zu Recht hervorhebt, dem Gesetzgeber.⁷⁴

⁷⁴ DONATSCH/TAG (Fn. 1), 4 f.