

Löschung als Einziehung von Daten

FELIX BOMMER

Inhaltsverzeichnis

Löschung als Einziehung von Daten	171
1. Ausgangslage und Begriffsklärung	171
2. Löschung als Einziehung von Daten	173
2.1 Grundlagen der Einziehung.....	173
2.1.1 Ausgleichseinziehung?.....	173
2.1.2 Sicherungseinziehung.....	177
2.2 Objekt der Einziehung.....	178
2.3 Schicksal des eingezogenen Gegenstandes.....	179
2.3.1 Unbrauchbarmachung/Vernichtung?.....	179
2.3.2 Löschung.....	180
2.3.3 Einziehung des Computers/Laptops als instrumentum sceleris?.....	182
2.3.3.1 Anwendungsbereich der Sondereinziehungsbestimmungen.....	182
2.3.3.2 Zur Verhältnismässigkeit und zur Gefährlichkeitsprognose.....	185
3. Löschung von strafrechtlich relevanten Inhalten auf Servern von Internet-(Hosting-)Providern	189
3.1 Ausgangslage.....	189
3.2 Entwurf der Expertenkommission „Netzwerkkriminalität“.....	190
3.2.1 Löschung der Daten.....	191
3.2.2 Löschung „ungeachtet schweizerischer Strafhoheit“.....	193
3.2.2.1 Verfahren gegen den Content-Provider.....	193
3.2.2.2 Verfahren gegen den Hosting-Provider.....	193
3.2.2.3 Selbständiges Lösungsverfahren.....	198
3.3 Löschung als Sanktion des materiellen Strafrechts?.....	199
Literaturverzeichnis	202

1. Ausgangslage und Begriffsklärung

a) Die Entwicklung der Informationstechnologie hat Tatbeständen wie der Pornographie (Art. 197 StGB), den Gewaltdarstellungen (Art. 135 StGB) oder der Rassendiskriminierung (Art. 261^{bis} StGB) neue Aktualität verliehen. Sie stellen den rechtspolitischen Hintergrund dar, vor dem sich die Frage der Einziehung bzw. der Löschung von Daten stellt. Die entsprechenden Bestände sind heute vielfach nicht mehr in unmittelbar lesbarer

Form greifbar, sondern nur noch als digital gespeicherte Daten auf Computern, Laptops oder reinen Datenträgern und dort beliebig reproduzierbar. Und sie sind im Rahmen des Datenverkehrs über das world wide web nicht mehr nur auf Datenträgern von Endverbrauchern gespeichert, sondern können auch auf Servern von Hosting-Providern abgelegt sein, die für die Verbreitung des illegalen Angebotes genutzt werden. Damit sind in geraffter Form die beiden Bereiche abgesteckt, denen die nachfolgenden Überlegungen gelten: Der erste Teil befasst sich mit der Frage, worauf sich die Einziehung von Daten stützen lässt, der zweite mit Einziehungsfragen im Zusammenhang mit Netzwerkkriminalität, zu denen eine Expertenkommission des Bundes kürzlich Vorschläge vorgelegt hat.

b) Wenn der Strafrichter den Angeklagten wegen Körperverletzung verurteilt und die Tatwaffe sichergestellt werden konnte, dann zieht er sie, bei gegebenen Voraussetzungen, gestützt auf Art. 58 StGB ein. Lässt diese Norm auch die Löschung von Daten zu? Zunächst mag es in einem ersten Schritt nötig erscheinen, sich über die Bedeutung des Datenbegriffs im vorliegenden Zusammenhang Rechenschaft abzulegen. Daten finden sich als Merkmale des objektiven Tatbestandes in verschiedenen Bestimmungen des Strafgesetzbuches, selbständig als Tatobjekte etwa in Art. 143 (unbefugte Datenbeschaffung) oder Art. 144^{bis} StGB (Datenbeschädigung), aber auch in Art. 147 StGB (Betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage) und zahlreichen weiteren Bestimmungen¹. Nachdem der Gesetzgeber auf eine Legaldefinition der Daten verzichtet hat, fehlt es nicht an Versuchen, diesen Begriff in eine (hinreichend) abstrakte und zugleich aussagekräftige Formel zu bannen². Die Differenzen, zu welchen diese Versuche der Auslegung des Datenbegriffs geführt haben³, können aus zwei Gründen auf sich beruhen: Einmal steht im Vordergrund des Interesses nicht der Gegenstand der (Einziehung oder) Löschung, sondern die Löschung selber. Die Fragestellung lautet also: *Wenn Daten*

¹ Häufig in Kombination mit der Speicherung, Verarbeitung oder Übermittlung von Daten, z.B. Art. 110 Ziff. 5 Abs. 1 Satz 2 (Aufzeichnung auf „Datenträgern“ als Urkunde), Art. 143^{bis} (Unbefugtes Eindringen in ein „Datenverarbeitungssystem“, „Datenübertragungseinrichtung“), Art. 144^{bis} („Datenbeschädigung“), Art. 147 (Betrügerischer Missbrauch einer „Datenverarbeitungsanlage“, „Datenverarbeitungs- oder Datenübermittlungsvorgang“), Art. 150 (Erschleichen einer Leistung, „Datenverarbeitungsanlage“), Art. 150^{bis} („Datenverarbeitungsprogramme“).

² BasK-WEISSENBERGER, N 5 ff. zu Art. 143 StGB; Botschaft 1991, 986 ff.; REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 158 f.; SCHMID, Daten, 317 ff.; SCHMID, Kreditkartenkriminalität, § 2 N 7 ff.; SCHWARZENEGGER, Harmonisierung, 313 f.; STRATENWERTH/JENNY, § 14 N 23 ff.; TRECHSEL, N 3 zu Art. 143.

³ Nachweise bei BasK-WEISSENBERGER, a.a.O.

vorliegen, worauf lässt sich deren Löschung stützen? Dazu kommt, dass die Fälle, die ein praktisch bedeutsames Bedürfnis nach Löschung haben entstehen lassen, nicht diejenigen der „Computerdelikte“ sind, insbesondere nicht der Fall der unbefugten Datenbeschaffung (Art. 143 StGB)⁴. Vielmehr sind es diejenigen, die im Brennpunkt der öffentlichen Aufmerksamkeit stehen, vor allem die bereits genannten Bestimmungen der Gewaltdarstellungen (Art. 135 StGB), der Pornographie (Art. 197 StGB) und der Rassendiskriminierung (Art. 261^{bis} StGB). Tatbestandsmerkmale dieser Normen sind jedoch nicht „Daten“ (im technischen Sinn), sondern z.B. Ton- oder Bildaufnahmen mit gewalttätigen Grausamkeiten, Schriften pornographischen oder Aufzeichnungen rassendiskriminierenden Charakters, und sie sind es, die im vorliegenden Zusammenhang als Daten bezeichnet werden. Die folgenden Überlegungen gehen also von einem pragmatischen Begriff der Daten aus und beschäftigen sich auf dieser Grundlage mit ihrer Einziehung.

2. Löschung als Einziehung von Daten

2.1 Grundlagen der Einziehung

2.1.1 Ausgleichseinziehung?

Wenn die „Computerdelikte“ unter dem Gesichtspunkt der Daten als Merkmale ihres Tatbestandes keine Hilfe zu leisten vermögen, so könnte man doch zumindest erwarten, dass sie näheren Aufschluss über das Schicksal der Daten zu vermitteln in der Lage sind, die der Täter unbefugt beschafft hat. Denn die verschuldete Unrechtsverwirklichung von Art. 143 StGB und die dafür ausgesprochene Strafe sind das eine, sie ändern aber nichts daran, dass der Täter noch immer über die Daten verfügt. Beim Diebstahl, welchem der Tatbestand der unbefugten Datenbeschaffung nachgebildet sein soll⁵, würde man das sichergestellte oder beschlagnahmte Diebesgut unter Verzicht auf die Einziehung dem Verletzten zur Wie-

⁴ Die gerichtspraktische Bedeutung von Art. 143 StGB ist gering geblieben; die Strafurteilsstatistik (Stand 3.7.2003) weist seit 1995 jährlich zwischen einer und vier Verurteilungen nach; in der amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide findet sich ein einziges Urteil (BGE 128 IV 11).

⁵ „Datendiebstahl“, Botschaft 1991, 1009; REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 160; kritisch BasK-WEISSENBGER, N 2 zu Art. 143; STRATENWERTH/JENNY, § 14 N 21 f.; TRECHSEL, N 1 zu Art. 143.

derherstellung des rechtmässigen Zustandes aushändigen. Der Verzicht auf diese Form der Einziehung stützt sich auf Art. 59 StGB, erfolgt also unter dem Gesichtspunkt des deliktisch erlangten Vermögenswertes und seiner Erstattung an den Berechtigten. Geht es um unbefugt beschaffte Daten, ist zunächst dem im Vergleich mit Sachen unterschiedlichen Hintergrund Rechnung zu tragen: Der Bestohlene verliert durch den Diebstahl die (Verfüugungsmacht über die) Sache, der Verletzte von Art. 143 StGB regelmässig nicht die Daten; sie kommen ihm nicht abhanden, sondern werden durch die Tat – anders als bei Art. 139 StGB – typischerweise verdoppelt⁶. Die Aushändigung an den Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes, ein von der Vorstellung der physischen Verschiebung der Sache und ihrer bloss einmaligen Verfügbarkeit geprägtes Ziel, scheidet deshalb in dem Masse aus, wie der Verletzte seine (ausschliessliche) Herrschaft über die Daten nicht verloren hat.

Das wirft die Frage auf, ob die Anwendung von Art. 59 StGB in den Fällen der unbefugten Datenbeschaffung überhaupt ausgeschlossen ist. Die Anordnung der Einziehung setzt voraus, dass die Daten durch eine strafbare Handlung erlangt worden sind und dass sie einen Vermögenswert darstellen. Am Deliktikonnex ist nach der Ausgangslage nicht zu zweifeln, so dass eine Einziehung nach Art. 59 StGB nur ausser Betracht fallen würde, wenn sich die Daten nicht unter den Begriff der Vermögenswerte fassen lassen. Würde der Täter von Art. 143 StGB die Daten verkaufen, wäre klar, dass das für sie erlangte Entgelt eingezogen werden könnte, und zwar gestützt auf Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 StGB⁷. Wenn aber die Daten verkäuflich sind, ergibt sich daraus, dass bereits die Daten selber einen Vermögenswert i.S.v. Art. 59 StGB darstellen; den Vermögenswert hat der Täter bereits mit der Beschaffung der Daten erlangt, nicht erst mit ihrem Verkauf⁸; es liegt hier nicht anders als beim Dieb, auf dessen nicht in Bargeld bestehende Beute ebenfalls unter dem Titel der Ausgleichseinziehung gegriffen wird. In beiden Fällen ist die Anordnung der Einziehung schon mit Blick auf den Grundgedanken der Bestimmung ge-

⁶ Unter dem Gesichtspunkt des Tatobjekts gleicht die Situation damit weniger der Sach- als vielmehr der unbefugten Geheimniserlangung (vgl. BGer, Urteil vom 28.6.1978, ZBl 1979, 174 [dem Amtsgeheimnis unterliegende Urkundenkopien]; OGer SG, Urteil vom 18.10.1972, GVP 1972 Nr. 22 [Kopierte Pläne einer Feinstanzpresse]).

⁷ Zur Einziehbarkeit von (echten oder unechten) Surrogaten ausführlich BGE 126 I 97, 106 E. 3c/cc; BAUMANN, 183 ff.; BasK-BAUMANN, N 40 zu Art. 59; SCHMID, Kommentar, 49 ff. zu Art. 59.

⁸ Anders wohl SCHMID, Kommentar, N 23 zu Art. 58; N 12 zu Art. 59; BGE 121 IV 365, 370 E. 8b.

boten: dass der Täter nicht im Besitz der Früchte seiner Tat verbleiben und sich deliktisches Verhalten nicht bezahlt machen soll⁹. Vermögenswerte Daten könnten also unter den Voraussetzungen der Ausgleichseinziehung dem Täter entzogen werden. Daran ändert nichts, dass es sich bei Daten um unkörperliche Vermögenswerte handelt: Unter dem Gesichtspunkt von Art. 59 StGB ist die Körperlichkeit des Einzuziehenden nicht vorausgesetzt, sondern sind unstrittig unkörperliche Vermögenswerte¹⁰ und damit auch Daten einziehbar.

Überträgt man diese Überlegungen auf Daten in Gestalt strafbarer Darstellungen von Gewalt oder pornographischer oder rassendiskriminierender Aufzeichnungen, so stellt sich zunächst die Frage, ob man von ihnen sagen kann, sie seien „durch eine strafbare Handlung erlangt“. Der Vergleich mit dem Fall, dass der Täter die entsprechenden Erzeugnisse veräussert, liegt abermals nahe, diesmal (nicht für die Frage des Vermögenswertes, sondern) mit Bezug auf den Deliktikonnex: Die dafür vereinnahmten Erlöse gelten als durch die Straftaten der Gewaltdarstellungen, der Pornographie oder der Rassendiskriminierung „erlangt“¹¹. Angesichts dieses Befundes könnte sich ein Erst-Recht-Schluss aufdrängen: Wenn selbst die Entgelte für die Aufzeichnungen den Anforderungen an den Konnex zwischen Tat und aus ihr hervorgegangenem Wert genügen, so müsse dies umso mehr für die Aufzeichnungen selber gelten; auch sie wiesen dann den nötigen inneren Zusammenhang mit dem Delikt auf¹². Ins Allgemeine gewendet: Aus der Einziehbarkeit des Surrogats nach Art. 59 StGB folge notwendig die Einziehbarkeit des „Originals“ ebenfalls nach Art. 59 StGB¹³. Doch dürfte diese Folgerung an einer unzureichen-

⁹ Vgl. statt vieler BGE 129 IV 305, 312 E. 4.2.5; 129 IV 107, 109 E. 3.2; 125 IV 4, 6 E. 2a/aa; 119 IV 17, 20 E. 2a; 117 IV 107, 110 E. 2a; BasK-BAUMANN, N 3 zu Art. 59; STRATENWERTH, AT II, § 14 N 47, 61; TRECHSEL, N 1 zu Art. 59. – Mit Blick auf die Einziehung bei Dritten geht die Vorschrift freilich weit über diesen Grundgedanken hinaus, vgl. ARZT, 97 ff.

¹⁰ Z.B. Forderungen, Immaterialgüterrechte oder beschränkte dingliche Rechte (SCHMID, Kommentar, N 17 zu Art. 59). Das ergibt sich auch daraus, dass sogar bloss rechnerisch zu ermittelnde Vorteile der Einziehung unterliegen können (STRATENWERTH, AT II, § 14 N 49).

¹¹ Dazu die Beispiele bei SCHMID, Kommentar, N 32 zu Art. 59.

¹² Dagegen SCHMID (Kommentar, N 44 zu Art. 58, N 35 zu Art. 59), der solche Aufzeichnungen als Beziehungsgegenstände nach Art. 58 StGB einziehen will.

¹³ Dass Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 a.E. die Aushändigung an den Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes vorsieht, wäre jedenfalls kein Argument, um die Anwendung der Bestimmung auf solche Konstellationen abzulehnen, denn die Existenz eines privatrechtlichen Ausgleichsanspruchs beschränkt nicht den Anwendungsbereich von Art. 59 StGB, sondern regelt nur, unter welcher Voraussetzung eine Ein-

ziehen; dasselbe gilt für Gewaltdarstellungen (Art. 135 Abs. 2 StGB). Damit entfällt die Gefährdungsprognose nach Art. 58 StGB. Sie ist in diesen beiden Fällen obsolet oder wird – was auf dasselbe hinausläuft – bereits vom Gesetz unwiderlegbar vorgenommen²¹. Anders liegt dies beim dritten der einschlägigen Tatbestände, bei der Rassendiskriminierung (Art. 261^{bis} StGB), der eine Sonderbestimmung fehlt, sowie im Fall der „weichen“ Pornographie (Art. 197 Ziff. 1 und 2 StGB); hier bleibt nur der Weg über Art. 58 StGB²².

2.2 Objekt der Einziehung

Ungeachtet der jeweiligen gesetzlichen Grundlage stellt sich in allen Fällen die Frage nach dem Objekt der Sicherungseinziehung. Die Einziehungsbestimmungen sprechen von „Gegenständen“, die eingezogen werden können. In den vorliegenden Fällen geht es indessen um Daten, also gerade um unkörperliche Einziehungsobjekte, die sich nicht bei den Gegenständen einreihen lassen²³. Vom Erfordernis der Körperlichkeit bei Daten eine Ausnahme zu machen²⁴, lässt sich unter dem Gesichtspunkt der gesetzlichen Anforderungen an das Einziehungsobjekt nicht begründen.

Da Unkörperliches als solches nicht einziehbar ist, erfolgt die Konfiskation über die *Träger* der Daten, also etwa den Laptop, die Festplatte des Computers²⁵ oder ein externes Speichermedium wie ein USB memory stick, eine CD-ROM oder eine Diskette²⁶. Das klingt vertraut: Auch bei den guten alten Schundheften hat man ja stets die Hefte eingezogen, obwohl es nie um die Hefte als solche ging, sondern um ihren Inhalt, und das war auch bei der Filmrolle mit den (damals) „unzüchtigen Veröffentlich-

²¹ BGE 117 IV 336, 340; Botschaft 1985, 1047; BasK-AEBERSOLD, N 35 zu Art. 135; BasK-SCHWAIBOLD/MENG, N 61 zu Art. 197; CASSANI, représentations, 439; JENNY, N 25 zu Art. 197; STRATENWERTH, AT II, § 14 N 30; TRECHSEL, N 15 zu Art. 197.

²² BGE 124 IV 121; 127 IV 203.

²³ Für eine Beschränkung auf *körperliche* Gegenstände auch PIOTET, N 49; REHBERG, 176; SCHULTZ, 310; STRATENWERTH, AT II, § 14 N 17; TRECHSEL, N 5 zu Art. 58. Mit der Ausdehnung der Sicherungseinziehung auf Grundstücke i.S.v. Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB (BGE 114 IV 98) dürfte die äusserste Grenze zulässiger Auslegung erreicht sein.

²⁴ So SCHMID, Kommentar, N 23 (Fn. 57), 39, 57 zu Art. 58; SCHMID, Fragen, 106; BasK-BAUMANN, N 11 zu Art. 58.

²⁵ SCHMID, Kommentar, N 39 zu Art. 58; SCHMID, Kreditkartenkriminalität, § 4 N 159.

²⁶ BGE 124 IV 121 (Disketten mit rassendiskriminierenden Aufzeichnungen).

ungen“ (Art. 204 StGB)²⁷ nicht anders. Damit ist das Problem der Unkörperlichkeit umgangen, indem die Einziehung am gegenständlichen Träger der Daten festgemacht wird, aber es bleibt die Frage nach dem Schicksal des Eingezogenen.

2.3 Schicksal des eingezogenen Gegenstandes

Das Gesetz äussert sich nur sehr lückenhaft dazu, wie mit den eingezogenen Gegenständen zu verfahren ist: Der Richter kann ihre Unbrauchbarmachung oder Vernichtung anordnen (Art. 58 Abs. 2 StGB); andere Arten des Umgangs mit dem Einziehungsgut sind nicht vorgesehen. Den Sondereinziehungsbestimmungen fehlt sogar jeder Hinweis darauf, was mit dem gewaltverherrlichenden oder pornographischen Material geschehen soll. Daraus ergeben sich zwei Fragen: Lässt sich die Unbrauchbarmachung oder Vernichtung auf den Fall der Daten münzen²⁸? Und: Der Richter kann nur, aber er muss offenbar nicht die Unbrauchbarmachung oder Vernichtung anordnen; welche weiteren Möglichkeiten stehen ihm offen?

2.3.1 Unbrauchbarmachung/Vernichtung?

Was den erstgenannten Bereich betrifft, so reproduziert sich hier das dargestellte²⁹ Problem des Einziehungsobjektes: Unbrauchbar gemacht oder vernichtet werden *die eingezogenen Gegenstände*. Aber eben darum geht es nicht: Das Interesse muss dahin zielen, *die Daten* unbrauchbar zu machen, nicht ihre Träger. Das ist auch bei den altbekannten Beispielen der Einziehung etwa von pornographischem Material oder Anleitungen zur Herstellung von Betäubungsmitteln³⁰ nicht anders, allgemeiner gesagt immer dort, wo das Unrecht einer Straftat in einer (Gedanken-)Äusserung liegt. Es verkörpert sich nie *in*, sondern immer nur *auf* einem sachlichen Substrat, das als ihr Träger eingezogen werden kann. Die Daten gestützt auf die explizite Anordnung in Art. 58 Abs. 2 StGB unbrauchbar zu machen oder zu vernichten scheidet deshalb aus.

²⁷ BGE 97 IV 99; 109 IV 121.

²⁸ So wohl SCHMID, Kommentar, N 74 zu Art. 58.

²⁹ Vorne Ziff. 2.2.

³⁰ OGer ZH, 19.8.1981, ZR 81 (1982) Nr. 1.

2.3.2 Löschung

Damit ist das Schicksal der eingezogenen Gegenstände und deren Daten strafgesetzlich nicht vorgezeichnet, jedenfalls nicht explizit. So erhebt sich die Frage, ob dieser Bereich kantonalem Recht überantwortet bleibt, zumal nach Art. 381 StGB die Kantone über eingezogene Gegenstände und Vermögenswerte verfügen können³¹. Für das Schicksal des *Verwertungserlöses* aus eingezogenen gefährlichen Gegenständen (Pistolen) hat das Bundesgericht die Frage verneint³², und zwar mit einer Begründung, welche die Lösung des Problems präjudiziert: Den Verwertungserlös dem Täter nicht herauszugeben ist vom Sicherungszweck der Massnahme nicht mehr gedeckt, m.a.W.: Wenn es der Einziehung nach Art. 58 StGB darum geht, die von einem Gegenstand ausgehende Gefahr für die Zukunft zu bannen, so ist dieses Ziel bereits dann erreicht, wenn der Gegenstand dem Täter entzogen ist; ihm dazu noch das Äquivalent in Geld vorzuenthalten geht über das Notwendige hinaus^{33,34}.

Darin liegt nur eine der vielgestaltigen Ausprägungen des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, der das Einziehungsrecht des Art. 58 StGB prägt³⁵. Er muss auch für die Ausgangsfrage der Einziehung von Daten

³¹ Mit dem Inkrafttreten des BG über die Teilung eingezogener Vermögenswerte vom 19. März 2004 (TEVG, SR 312.4; 1. August 2004) ist diese Verfügungsmacht der Kantone (weiter [vgl. bereits Art. 340^{bis} StGB]) eingeschränkt worden, vgl. die Ergänzung von Art. 381 StGB durch einen Abs. 3, der die Bestimmungen des TEVG vorbehält.

³² Unveröffentlichter Entscheid des BGer vom 16.7.1984, zit. und bestätigt in BGE 117 IV 345, 346 f. E. 2a; anders noch BGE 84 IV 6.

³³ Anders die im Zuge der Aktion Genesis im Kanton Luzern ergangenen Strafverfügungen aufgrund von Art. 197 Ziff. 3^{bis} StGB: Die dabei eingezogenen Computer sollen verkauft und der Erlös einer Kinderschutzorganisation zugesprochen werden, näher FREY/OMLIN, 1388.

³⁴ Dagegen könnte man einwenden, mit der Aushändigung des Erlöses werde es dem Täter erleichtert, den eingezogenen Gegenstand wieder zu beschaffen. Unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks von Art. 58 StGB verfängt dieses Argument nicht: Die Einziehung richtet sich gegen die Gefährlichkeit des *deliktverstrickten* Gegenstandes, nicht gegen die (finanzielle) Fähigkeit des Täters zur Wiederbeschaffung (SCHULTZ, 329). Im Übrigen beweist das Argument zu viel: Falls die Aushändigung des Verwertungserlöses die Wiederbeschaffungschance tatsächlich in nennenswertem Ausmass zu fördern vermag, handelt es sich offenbar um einfach erwerbbarer Gegenstände; dann aber ist unter dem Aspekt der Zwecktauglichkeit der Einziehung schon ihre Anordnung mehr als zweifelhaft (vgl. BGE 117 IV 345, 349).

³⁵ BGE 125 IV 185, 187 E. 2a; 124 IV 121, 126 E. 2c; 104 IV 149; Botschaft 1993, 306; BasK-BAUMANN, N 14 zu Art. 58; PIOTET, N 10 ff.; SCHMID, Kommentar, N 67 ff. zu Art. 58; STRATENWERTH, AT II, § 14 N 31 f.; TRECHSEL, N 12 zu Art. 58. – Soweit sich der Umgang mit dem eingezogenen Gegenstand im Rahmen des Verhältnismässig-

massgebend sein. Dass er *für sie* noch kaum praktische Bedeutung entfaltet hat, liegt an den Konstellationen, die der publizierten Judikatur nach bisher überwiegend zu beurteilen waren. Aber die Verhältnismässigkeitsfrage lässt sich auch für die altbekannten Fälle der Einziehung von pornographischem oder rassendiskriminierendem³⁶ Material in Heft- oder Buchform stellen, sie würde dort lauten: Müsste man den Träger, dem sie aufgeschrieben sind, das Papier des Heftes oder Buches, dem Täter zurückgeben, nachdem man die Darstellungen zum Verschwinden gebracht hat? Die Frage ist skurril: Selbstverständlich nicht, weil der Aufwand für das Verschwindenlassen der Bilder oder Texte in keinem Verhältnis zum Wert des Informationsträgers steht und dieser zudem ganz oder nahezu wertlos ist. Aber das ändert sich dort, wo dem Informationsträger ein eigener Wert zukommt und sich auf ihm auch (oder gar ganz überwiegend) „legale“ Daten befinden. Ein Laptop, die Festplatte eines Computers oder ein reines Speichermedium unterscheiden sich also in doppelter Hinsicht von Papier als Informationsträger: Erstens sind auf ihnen – neben den „strafrechtlich verbotenen“ – regelmässig Daten abgelegt, die mit der Anlasstat nichts zu tun haben, sondern anderen Zwecken dienen, die strafrechtlich nicht zu beanstanden sind. Zweitens kommt dem Informationsträger – wiederum anders als bei blossem Papier – ein erheblicher wirtschaftlicher Wert zu. Das ist bei einem Laptop oder der Festplatte eines Computers offensichtlich, es kann aber auch für ein reines Speichermedium gelten, wenn es mehr als nur marginalen Eigenwert hat, z.B. ein USB memory stick. Hier gebietet es der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (in Gestalt der Subsidiarität), die Daten nur (unwiederherstellbar³⁷) zu löschen³⁸ und dem Berechtigten anschliessend den Datenträger wieder

keitsprinzips hält, sind kantonale Sonderregelungen nicht ausgeschlossen, etwa die Überlassung an ein Polizei- oder Schmuggelmuseum etc.. näher PIOTET, N 74.

³⁶ Aufgeworfen in BGE 124 IV 121, 126 für Bücher und CD mit rassendiskriminierendem Inhalt.

³⁷ Vgl. zur Wiederherstellung gelöschter Daten in anderem Zusammenhang (Beweis des Umgangs mit kinderpornographischem Material als Grund für eine Kündigung innerhalb der Probezeit) BGER, Urteil 2P.187/2003 vom 27.11.2003.

³⁸ Die Praxis hat für den *Vollzug* der Löschung differenzierte Lösungen entwickelt. Die einfachste liegt darin, dass die Vollzugsbehörde die Löschung selber vornimmt und die Kosten dafür dem Verurteilten auferlegt. Sind indessen umfangreiche Datenbestände zu löschen, kann dies den Beizug externer Experten nötig machen, was zu einer erheblichen Steigerung der (vom Verurteilten zu tragenden) Kosten führt. In solchen Fällen wird dem Verurteilten die (i.d.R. kostengünstigere) Alternative angeboten, zunächst die nicht zu löschenden Dateien zu bezeichnen; nach deren Überprüfung fertigt die Vollzugsbehörde eine Kopie davon an. Anschliessend wird die Festplatte komplett neu

auszuhändigen³⁹. Damit können im Ergebnis auch Daten Objekte der Einziehung sein, aber nicht etwa deshalb, weil der Begriff der Gegenstände auch sie unmittelbar erfassen würde, sondern weil die Einziehung der Gegenstände selber über das Einziehungsnotwendige hinausgeht⁴⁰.

2.3.3 Einziehung des Computers/Laptops als *instrumentum sceleris*?

Noch offen ist bislang der Punkt, ob die Löschung der Daten mit Blick auf zukünftige Gefahren, die vom Täter ausgehen könnten, genügt, oder ob der Computer/Laptop unter dem Gesichtspunkt erneuter deliktischer Verwendung physisch einzuziehen und nach Möglichkeit zu veräußern ist. Aber damit ist man schon nicht mehr bei der Frage, wie Daten einzuziehen sind, sondern bei der ganz anderen, ob in solchen Fällen nicht einfach der Rechner oder das Speichermedium als Tatwerkzeuge eingezogen werden könnten. Denn mit ihrer Hilfe hat der Verurteilte auf die pornographischen Daten oder die gewaltverherrlichenden Bildaufnahmen zugegriffen und sie gespeichert (Art. 197 Ziff. 3^{bis} Abs. 1, Art. 135 Abs. 1^{bis} StGB), und dank ihnen konnte er die Ideologie verbreiten, die auf systematische Herabsetzung der Angehörigen einer Religion gerichtet ist (Art. 261^{bis} Abs. 2 StGB). Lässt sich damit von diesen Medien nicht sagen, sie hätten i.S.v. Art. 58 StGB zur Begehung einer strafbaren Handlung gedient? Wer die Frage bejaht, ist aller Überlegungen zur Löschung der Daten enthoben.

2.3.3.1 Anwendungsbereich der *Sondereinziehungsbestimmungen*

Es geht somit um die traditionelle Unterscheidung zwischen den *producta*⁴¹ und den *instrumenta sceleris*. Auf den ersten Blick scheint sie

formatiert (mit der Folge der Löschung sämtlicher Daten) und in diesem Zustand zusammen mit den kopierten Daten dem Verurteilten ausgehändigt. Dieses Vorgehen stellt zudem sicher, dass nicht doch (versteckte) Datenbestände auf der Festplatte verbleiben, die hätten gelöscht werden müssen.

³⁹ Vgl. TRECHSEL, N 5 zu Art. 58. – Vorbehalten bleiben kantonale Rückbehaltungs- oder Verwertungsrechte, die sich auf ungedeckte und vom Verurteilten zu tragende Kosten des Verfahrens stützen.

⁴⁰ Vgl. bereits SCHUBARTH, N 71 zu Art. 179^{bis}; REHBERG, 178; SCHMID, Fragen, 106.

⁴¹ Einzuziehende Daten sind bei Art. 135 und 197 Ziff. 3 und 3^{bis} StGB jedenfalls in der Herstellungsvariante *producta sceleris*. BGE 124 IV 121 behandelt rassistische Zeitschriften und Computerdisketten allerdings als *instrumenta sceleris*. Darin liegt

freilich überflüssig⁴²: Das Gesetz (Art. 58 StGB) nimmt sie zwar vor, aber es knüpft an *beide* Fälle die Rechtsfolge der Einziehung und unterscheidet damit zwischen ihnen gerade in dem Punkt nicht, auf den es ankäme. Wer näher zusieht, merkt schnell, dass die Dinge so einfach nicht liegen; das hängt mit dem Zusammenwirken der beiden Einziehungsvoraussetzungen „Deliktstkonnex“ und „Gefährdungsprognose“ zusammen. Bekanntlich genügt für die Sicherungseinziehung der Deliktstkonnex allein nicht; dazu kommen muss stets die Gefährdung der Sicherheit von Menschen, der Sittlichkeit oder der öffentlichen Ordnung, und in dieser Hinsicht unterscheiden sich die beiden Kategorien. *Producta sceleris*, also Gegenstände, die „durch eine strafbare Handlung hervorgebracht worden sind“, genügen diesem Erfordernis regelmässig⁴³. Bei ihnen handelt es sich um die materialisierte Entäusserung einer Tat, deren Unrecht zunächst einmal in der *Herstellung* bestimmter Gegenstände oder Darstellungen liegt⁴⁴. Als *producta sceleris* werden diese Objekte aber auch insoweit aufgefasst, als es um ihren Besitz⁴⁵ oder ihr Verbreiten⁴⁶ geht, obwohl hier die Unterscheidung zu den *instrumenta sceleris* zu verschwimmen beginnt⁴⁷; diese Gleichstellung lässt sich jedenfalls in dem Masse halten, wie diese Objekte je *producta sceleris* *waren*, selbst wenn sie im weiteren Verlauf zu *instrumenta* würden. Denn gemeinsam ist all diesen Fallgruppen, dass die einzuziehenden Gegenstände Emanationen des Unrechts der jeweiligen Tathandlungen darstellen, ungeachtet dessen, ob es um ihre Herstellung, ihren Besitz (genauer: seine Erlangung⁴⁸) oder ihr Verbreiten geht. Die

insofern kein Widerspruch, als beide nur als Träger und damit als Mittel der eigentlich rassendiskriminierenden Informationen fungieren. Zudem kennt Art. 261^{bis} StGB keine Sondereinziehungsbestimmung, deshalb würde sich mit einer andern Qualifizierung ohnehin nichts ändern.

⁴² SCHMID, Kommentar, N 55 zu Art. 58 („letztlich eine akademische Frage“); MÜLLER, 15.

⁴³ So im Ergebnis auch SCHMID, Kommentar, N 60 zu Art. 58.

⁴⁴ Nebst den bereits vielfach genannten Beispielen ist etwa zu denken an gefälschte Waren (Art. 155 StGB) oder Urkunden oder unzulässig hergestellte Sprengstoffe (Art. 226 StGB); reiche Kasuistik bei SCHMID, Kommentar, N 57 zu Art. 58.

⁴⁵ Zu den mit Besitzdelikten verfolgten Zielen ECKSTEIN, 66 ff.

⁴⁶ Z.B. dem Amtsgeheimnis unterliegende Urkunden(-kopien: Art. 320 StGB).

⁴⁷ SCHMID, Kommentar, N 55 zu Art. 58; TRECHSEL, N 8 zu Art. 58.

⁴⁸ Die Redeweise vom „Besitz“ als tatbestandsmässiger Handlung ist irreführend: Besitz bezeichnet einen Zustand und nicht eine Handlung oder Unterlassung (STRATENWERTH/JENNY, § 10 N 22). An eine solche anzuknüpfen ist freilich für jede strafrechtliche Unrechtsverwirklichung unerlässlich. Dabei kommt als Ansatzpunkt die *Besitzbegründung* in Betracht, sei es durch eigene Handlung des Täters oder aber durch Unterlassung bei bestehender Garantenstellung. Aber dann stützt sich die

darauf gerichteten Verbote zielen sämtlich darauf ab, solches Unrecht gar nicht erst entstehen zu lassen oder mindestens seinem Fortdauern oder Fortwirken ein Ende zu setzen. Die Sicherungseinziehung dient in diesen Fällen der physischen Beseitigung der Unrechtsentäusserung⁴⁹. Eben darum macht es im Ergebnis keinen Unterschied, wenn Sondereinziehungsvorschriften wie Art. 135 Abs. 2 oder 197 Ziff. 3 und 3^{bis} (je Abs. 2) StGB auf das Gefährdungserfordernis verzichten: Wenn das Unrecht in der Herstellung der Verfügbarkeit von gewaltverherrlichenden oder pornographischen Daten liegt, dann kennzeichnet es sich durch sein Andauern in der Zeit, indem es von der erstmaligen Besitzbegründung an besteht. Würde man dagegen nicht mit der Einziehung angehen, bliebe es bis in ungewisse Zukunft erhalten. Erst sie bzw. die ihr zeitlich vorangehende Beschlagnahme setzt dem strafbaren Unrecht ein Ende. Damit ist deutlich geworden, dass in diesen Fällen *immer* eine Gefährdung vorliegt, wie sie Art. 58 StGB explizit verlangt: Ohne Einziehung droht das straf-

strafrechtliche Haftung *darauf*, und in der Fortdauer dieses Zustandes („Besitz“) ohne weitere tatbestandsmässige Handlung (sonst: aktive Aufrechterhaltung des Besitzes) findet nur der Dauerdeliktscharakter der Straftat (Besitzdelikte gelten als Dauerdelikte, ECKSTEIN, 171 ff.) seinen Ausdruck. Fehlt es hingegen im Zeitpunkt der Besitzbegründung am Vorsatz oder, wo nur eine solche durch Unterlassen in Frage kommt, an der Garantienstellung (wie regelmässig in den Fällen aufgedrängten Besitzes), so bleibt unerklärt, worin die Zurechnungsgrundlage für einen Zustand liegen könnte, für dessen Herbeiführung oder Nicht-Beseitigung derjenige, in dessen Bereich er fällt, eben nicht verantwortlich gemacht werden kann (insofern gl. M. ECKSTEIN, 220 ff.). Der verwaltungsrechtliche Zustandsstörer (HÄFELIN/MÜLLER, N 2490 ff.) hat im Strafrecht gerade kein Pendant. Die strafrechtliche Haftung auf den Bereich jenseits der Verantwortung für die Herbeiführung oder Aufrechterhaltung der strafrechtswidrigen Besitzlage auszudehnen (ECKSTEIN, 249 ff.), läuft im Ergebnis auf die Anerkennung von Unterlassungsdelikten (scil. Garantienpflichten) hinaus, für die ehemals keine Garantienstellung bestand. Der Vorwurf zielt dahin, erlangte Herrschaft über Daten, sofern in diesem Zeitpunkt der Vorsatz fehlte, nicht durch deren Zerstören, Wegwerfen oder Abliefern beendet zu haben oder, bei sehenden Augen aufgedrängtem Besitz, dagegen nicht energisch genug eingeschritten zu sein. In beiden Fällen geht es schlicht um eine Ausweitung der Strafbarkeit durch neue und den Begehungsvarianten gleichgestellte Unterlassungstatbestände, obwohl doch in der Wertung ein erheblicher Unterschied besteht zwischen demjenigen, der vorsätzlich entsprechende Daten beschafft (wobei bereits dessen Strafbarkeit auf ernsthafte Bedenken stösst, näher STRATENWERTH/JENNY, § 10 N 22) und demjenigen, der bloss nichts gegen deren Weiterbestand in seiner Besitzsphäre unternimmt.

⁴⁹ Das Unrecht selbst lässt sich als Normverletzung und insofern ideelle Grösse natürlich nicht beseitigen.

rechtlich relevante Unrecht seinen Lauf zu nehmen⁵⁰. Aus dieser Überlegung ergibt sich aber auch die Beschränkung dieses Verzichts auf künftige Gefährdung: Sie geht nur von denjenigen Gegenständen aus, welche die Tat gegen aussen manifestieren, m.a.W.: Die Sondervorschriften erfassen nur die gegenwärtigen oder ehemaligen *producta sceleris*, aber nicht solche *instrumenta*, die stets bloss als Tatwerkzeuge in Erscheinung getreten sind⁵¹. Denn nur in den Tatergebnissen in dem genannten weiten Sinn liegt die Entäusserung der Tat, nicht in den Mitteln, die ausschliesslich zu ihrer Begehung gedient haben. Die Bestimmungen, die eine Einziehung (scheinbar) ohne Rücksicht auf eine künftige Gefährdung zulassen, helfen also nicht weiter, wenn es darum geht, etwa einen Computer als Tatwerkzeug einzuziehen.

Nun mag man daran zweifeln, ob reine Speichermedien (Diskette, CD-ROM, USB memory stick) noch als *producta sceleris* gelten können; genau besehen sind ja nicht sie selber, sondern die auf ihnen verkörperten Daten „Gegenstand“ des Unrechts; immerhin aber fungieren sie noch als dessen Träger. Sicher jedoch lässt sich ein Laptop oder ein Computer, auf dem die Daten gespeichert sind, nicht mehr gestützt auf eine Sondereinziehungsvorschrift einziehen. Bei ihnen führt kein Weg an der Anwendung von Art. 58 StGB vorbei und damit auch nicht an den allgemeinen Voraussetzungen der Sicherungseinziehung, insbesondere der Verhältnismässigkeit und der Gefährlichkeitsprognose. Deshalb lautet die Antwort auf die vorhin gestellte Frage: Das Tatwerkzeug einzuziehen kommt nur in Betracht, wenn dieses Vorgehen verhältnismässig ist und eine hinreichend wahrscheinliche Gefährdung der Sicherheit von Menschen, der Sittlichkeit oder der öffentlichen Ordnung abzuwenden vermag.

2.3.3.2 Zur Verhältnismässigkeit und zur Gefährlichkeitsprognose

a) Die Einziehung des Laptops oder Computers als Tatwerkzeug hat also in einem ersten Sprung die Hürde der Verhältnismässigkeit zu nehmen, nun freilich in anderer Hinsicht als bei der Löschung der Daten⁵² statt der Einziehung ihrer Träger: Hier geht es um die Frage, ob der Verhältnis-

⁵⁰ Unter dem Gesichtspunkt der Unrechtsbeendigung entspricht die Einziehung in solchen Fällen strukturell der Befreiung eines Entführten oder einer Geisel (Art. 183 ff. StGB).

⁵¹ Anders wohl REHBERG, 178.

⁵² Verhältnismässigkeit liegt in solchen Fällen der *producta sceleris* regelmässig vor, weil der Träger dem Verurteilten nach Löschung der Daten zurückgegeben wird.

mässigkeitsgrundsatz auch in dem (engeren) Sinn gilt, dass trotz Vorliegens aller gesetzlichen Voraussetzungen der Einziehung auf sie zu verzichten sei, wenn sie sich mit Blick auf die für den Betroffenen mit ihr verbundenen Nachteile als unverhältnismässig erweist, zugespitzt: Ob es eine Schonung des Einziehungsbetroffenen geben kann, selbst wenn es sich um ein auch künftig in seiner Hand gefährliches Tatwerkzeug handelt. Die Frage so gestellt, scheint die negative Antwort auf der Hand zu liegen. Man kann auch aus der entgegengesetzten Perspektive fragen: Ist die Einziehung so rigoros durchzusetzen, dass selbst unverhältnismässige Nachteile für den von ihr Betroffenen in Kauf zu nehmen sind? Nun wird darauf kaum jemand noch eine positive Antwort geben wollen, und in diesem Sinn entscheiden auch Praxis und Doktrin die Frage: Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit soll tatsächlich zum Verzicht auf die Einziehung überhaupt führen können⁵³. Dass das richtig ist, ergibt sich aus einer allgemeineren Überlegung zu den strafrechtlichen Sanktionen: Im Bereich der Freiheitsstrafen erfolgt deren zeitliche Bemessung anhand der Leitlinie des Schuldprinzips⁵⁴, das seinerseits in einem Teilbereich die strafrechtliche (ungleich aussagekräftigere) Ausprägung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes darstellt⁵⁵. Aber nicht nur die Dauer der Freiheitsstrafe ist dieser Begrenzung unterworfen; ihre Verhängung überhaupt kann unter gesetzlich vorgesehenen Kautelen ausscheiden, etwa dann, wenn der Täter „durch die unmittelbaren Folgen seiner Tat so schwer betroffen“ ist, dass eine Strafe „unangemessen“ wäre (Art. 66^{bis} StGB). Darin liegt nichts anderes als eine Strafbefreiung, die sich auf Verhältnismässigkeitsgesichtspunkte stützt. Und schliesslich durchzieht der Verhältnismässigkeitsgrundsatz auch das gesamte Massnahmerecht als (mehr oder minder differenzierungskräftiger) Ersatz des Schuldprinzips, das in diesem Bereich als begrenzender Faktor entfällt⁵⁶. Die Verhältnismässigkeit i.e.S. muss also im Einzelfall zum Verzicht auf die Anordnung der Einziehung führen können⁵⁷ und erlangt damit Bedeutung nicht für die

⁵³ BasK-BAUMANN, N 14 zu Art. 58; REHBERG, 179; SCHMID, Kommentar, N 67 f. zu Art. 58.

⁵⁴ Dazu näher BasK-BOMMER, N 21 ff. vor Art. 10.

⁵⁵ STRATENWERTH, AT II, § 9 N 20.

⁵⁶ STRATENWERTH, AT II, § 14 N 1. – Daran ändert nichts, dass die Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips im StGB 2002 (Art. 56) systematisch nur für die therapeutischen Massnahmen und die Verwahrung vorgeschrieben ist: Die verfassungsrechtliche Verankerung (Art. 36 Abs. 3 BV) verlangt die Erstreckung auch auf die „andere(n) Massnahmen“ (Art. 66 ff. StGB 2002).

⁵⁷ Die amtlich publizierte bundesgerichtliche Praxis zum Sicherungseinziehungsrecht folgt zwar ebenfalls dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit, indessen sind keine

Frage nach dem Schicksal des eingezogenen Gegenstandes, sondern bereits für das Ob der Einziehung. Fraglich ist nur, ob sie tatsächlich in dem Ausmass von der Gefährlichkeitsprognose unabhängig ist⁵⁸, wie die genannten Beispiele glauben machen könnten. Nahe liegender dürfte ein Gleichlauf von Verhältnismässigkeit und künftiger Gefährdung sein: Je grösser und wahrscheinlicher die Gefährdung, desto eher ist die Einziehung verhältnismässig, und je weniger sie verhältnismässig wäre, desto kleiner und weniger wahrscheinlich ist auch die Gefährdung⁵⁹. Dieser Gleichlauf lässt sich in der Sache erklären: Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit i.e.S. wird das Ziel der Einziehung in Beziehung gesetzt zu dem Mittel, mit dem dieses Ziel erreicht werden soll. Das Ziel, die Vermeidung der Gefährdung der Sicherheit von Menschen, der Sittlichkeit oder der öffentlichen Ordnung, fliesst also in die Verhältnismässigkeitsprüfung ein, und deren Ergebnis ist u.a. abhängig von der Grösse der Gefahr und der Wahrscheinlichkeit ihrer Verwirklichung. Auch so gesehen spricht alles dafür, die Verhältnismässigkeit in ihren sämtlichen Facetten als Begrenzung der Einziehung zu begreifen.

b) Was Ausmass und Wahrscheinlichkeit der Gefährdung selbst betrifft, so ist vorab deren Gegenstand zu präzisieren. Das Gesetz spricht von einer Gefährdung der Sicherheit von Menschen, der Sittlichkeit oder der öffentlichen Ordnung. Was darunter im Einzelnen zu verstehen sei, darüber herrscht bekanntlich Streit. Ausser Diskussion ist mittlerweile nur der Ausgangspunkt: Nicht gemeint sind damit die verwaltungsrechtlichen

Fälle bekannt, in denen das Bundesgericht mangels Verhältnismässigkeit i.e.S. den Verzicht auf eine Einziehung angeordnet oder ihn bestätigt hätte (vgl. aber Urteil des BGer vom 22.6.1988 i.S. T., S. 12 E. 2d/cc, zit. in OGer SH, Urteil vom 26.11.1988, AB 1988, 79, 82). BGE 114 IV 98 hat sogar die Einziehung eines zu Zwecken des unerlaubten Nachrichtendienstes gekauften Hauses bestätigt, obwohl in diesem Fall wenn schon nicht der Einziehungsverzicht, so zumindest die Veräusserung der Liegenschaft und die Aushändigung des Erlöses an den Verurteilten nahe gelegen hätte (kritisch auch MÜLLER, 20 Fn. 53). BGE 123 IV 55, 57 E. 1 betrifft nicht den Verzicht auf die Einziehung, sondern die (bejahte) Frage, ob *nach* erfolgter Einziehung eine als falsch gekennzeichnete Münze dem Eigentümer zurückgegeben werden müsse (vgl. Art. 249 StGB); daraus ergibt sich, dass eine Einziehung immer dann vorliegt, wenn der Gegenstand dem Berechtigten nicht oder nicht in identischer Gestalt zurückgegeben wird.

⁵⁸ So wohl SCHMID, Kommentar, N 68 zu Art. 58.

⁵⁹ Exemplarisch AppGer BS, Urteil vom 15.8.1984, BJM 1986, 262, wo die Ablehnung der Einziehung einer Spezialwaage, die der Täter zum Wägen von Heroin verwendet hatte, einerseits mit der fehlenden Verhältnismässigkeit der Massnahme und andererseits damit begründet wurde, dass erneuter deliktischer Gebrauch nicht zu befürchten sei; ebenso OGer SH, Urteil vom 26.11.1988, AB 1988, 79, 82.

Unbeschadet?
 (Aber "Störer" zu dir, reicht nicht für Einziehung)

Kategorien der klassischen Polizeigüter⁶⁰) und auch nicht ungeschriebene Regeln des menschlichen Zusammenlebens⁶¹. Aber geht es um den künftigen Schutz vor der Verletzung strafrechtlich geschützter Rechtsgüter, d.h. um den Schutz vor Straftaten⁶², oder genügt es, dass der Gegenstand (weiterhin) gefährlich ist⁶³? An den Beispielen, die im Spiel sind, wird deutlich, dass sich die Frage einer einheitlichen Antwort entzieht. Für die producta sceleris, etwa das hergestellte oder vertriebene pornographische Material, muss das letzte in der Tat genügen; so entscheidet auch die Sondereinziehungsnorm von Art. 197 Ziff. 3 und 3^{bis} StGB die Frage, denn die Einziehung beendet in diesen Fällen einen strafrechtswidrigen und damit insofern gefährlichen Zustand. Anders liegt es bei Tatwerkzeugen wie einem Computer oder einem Laptop: Im Unterschied etwa zu pornographischen Darstellungen fehlt ihnen der direkte Bezug auf das geschützte Rechtsgut; da aber die Sicherungseinziehung trotz ihrer prospektiven Ausrichtung eine strafrechtliche Massnahme bleibt, können mit den genannten Gefahren nur diejenigen gemeint sein, die sich aus erneuter deliktischer Tätigkeit ergeben. Für die Frage der Einziehung des Computers oder Laptops als instrumentum sceleris müsste sich die hinreichende Gefahr also aus der begründeten Vermutung herleiten lassen, dass der Verurteilte ihn andernfalls von neuem zur Beschaffung oder zum Vertrieb etwa pornographischer Darstellungen verwendet.

Im Übrigen hat man es bei der Gefährdungsprognose mit einer Reihe von Variablen zu tun, wobei nur eines gewiss ist: Der Täter hat sein Werkzeug (mindestens einmal) zur Begehung einer Tat benutzt, und ob er es je wieder tun wird, ist zunächst davon abhängig, ob sich die Umstände seit der Tatbegehung verändert haben. Das wiederum hängt mit einer Ausnahme ganz von der konkreten Fallgestaltung ab. Verändert hat sich mit Sicherheit nur, dass er mittlerweile (u.U. erneut) verurteilt und vorbestraft ist. Idealtypischerweise sollte ihm dies Mahnung sein, von erneutem Delinquieren abzusehen. Dass es dies nicht ist, bedarf keiner weiteren Erklärung. Aber nur unter dieser unausgesprochenen Voraussetzung gewinnt das Gefährdungserfordernis bei instrumenta sceleris⁶⁴ seinen Sinn: Hätte man Gewissheit über die (bestehende) spezialpräventive Wirksamkeit der

⁶⁰ SCHMID, Kommentar, N 62 zu Art. 58.
⁶¹ STRATENWERTH, AT II, § 14 N 27; implizit auch SCHULTZ, 319.
⁶² So MÜLLER, 17; SCHMID, Kommentar, N 62 zu Art. 58; THORMANN/VON OVERBECK, N 2 zu Art. 58; wohl auch SCHULTZ, 319.
⁶³ So STRATENWERTH, AT II, § 14 N 27.
⁶⁴ Anders bei producta sceleris, deren Einziehung einen strafrechtswidrigen Zustand beseitigt, vorne Ziff. 2.3.3.1.

Empathy und Gedächtnis, sowie: auch Einziehung
 Stratenwerth

Bestrafung, wäre die Einziehung unnötig. Jenseits dessen sind Aussagen zur Gefährdungsprognose auf der abstrakten Ebene stets mit dem Vorbehalt verknüpft, dass sich ihnen keine eindeutigen Entscheidenweisungen entnehmen lassen; vielmehr fliessen sie in die Verhältnismässigkeitsentscheidung ein, und diese Interessenabwägung kann das Gesetz nicht vorwegnehmen (sonst wäre sie überflüssig), sondern sie hat im Einzelfall zu erfolgen. Ausgangsfrage ist demnach die Grösse der Wahrscheinlichkeit, dass der Verurteilte das Tatinstrument erneut deliktisch verwenden wird. Diese Prognose lässt sich auf die Erkenntnisse stützen, die im Verfahren zu dem Verurteilten gewonnen wurden, etwa ob er das instrumentum einzig zu dem Zweck der Tatbegehung angeschafft oder dazu bereits mehrmals benutzt hat oder ob ein anderer als deliktischer Gebrauch vernünftigerweise nicht in Betracht kommt⁶⁵. Das erste Beispiel ist im vorliegenden Zusammenhang wenig wahrscheinlich, das zweite denkbar und das dritte wohl ausgeschlossen. Weiter fällt gegen die Einziehung ins Gewicht, dass ein Computer oder Laptop einen erheblichen Eigenwert aufweist, und schliesslich ist zu beachten, dass die Verfügbarkeit anderer Daten auf dem Träger ebenfalls dafür spricht, ihn dem Verurteilten zu belassen. Insgesamt dürften es, um zur Ausgangsfrage zurückzukehren, seltene Fälle sein, die es erlauben, einen Computer oder Laptop im Zusammenhang mit Gewaltdarstellungen, Pornographie oder Rassendiskriminierung einzuziehen; im Vordergrund steht vielmehr die Löschung der inkriminierten Daten mit anschliessender Rückgabe an den Berechtigten.

3. Löschung von strafrechtlich relevanten Inhalten auf Servern von Internet-(Hosting-)Providern

3.1 Ausgangslage

Den bisherigen Überlegungen war der Fall zugrunde gelegt, dass ein (dem Beschuldigten gehörender) Computer oder Laptop mit pornographischen oder gewaltverherrlichenden Aufzeichnungen zunächst beschlagnahmt wird und sich anschliessend die Frage der Einziehung bzw. der Löschung dieser Daten stellt. Das ist allerdings nur eine von zahlreichen Möglichkeiten, und erst noch die einfachste. Die Situation kann sich praktisch sehr

⁶⁵ BGE 116 IV 117, 120 E. 2a.

viel verwickelter darstellen. Zu denken ist etwa an einen Hosting-Provider, auf dessen Server ein Content-Provider entsprechende Aufzeichnungen oder rassistische Daten geladen hat. Dieser Server lässt sich nicht mehr einfach in Verwahrung nehmen mit Hinweis darauf, er enthalte strafrechtlich relevante Daten. Der Hosting-Provider ist zur Aufrechterhaltung seines Betriebs darauf angewiesen, den Server weiterhin benutzen zu können⁶⁶, die Daten müssen anderweitig sichergestellt werden, etwa durch Herstellung einer Reproduktion und deren Beschlagnahme⁶⁷. Aber dabei geht es erst um den Gesichtspunkt der Beweismittelsicherung. Eine mögliche spätere Einziehung bzw. Löschung der Daten ist durch die Reproduktion keineswegs gesichert. Hier macht sich die Unkörperlichkeit und beliebige Reproduzierbarkeit von Daten erneut bemerkbar⁶⁸. Jedenfalls lässt sich das Ziel der Einziehungsbeschlagnahme bei Daten nicht bereits mit deren Beschlagnahme zu Beweis Zwecken erreichen, sondern muss auf andere Weise gewährleistet werden⁶⁹. Was es für die Einziehung bedeutet, dass der Entzug des Gegenstandes unter Beschlagnahme Gesichtspunkten im Normalfall ausscheidet, bedarf nach dem vorhin Gesagten keiner langen Erläuterung mehr: Sie ist regelmässig unverhältnismässig, weil alle andern Kunden des Hosting-Providers, deren Daten auf dem gleichen Server lagern, von der Massnahme mitbetroffen wären.

3.2 Entwurf der Expertenkommission „Netzwerkkriminalität“

Die Löschung von Daten auf dem Server des Hosting-Providers ist nur ein Teilaspekt der Problematik der angemessenen Erfassung von Straftaten im

⁶⁶ Vgl. AEPLI, 86; SCHMID, Fragen, 97.

⁶⁷ Näher AEPLI, 76 ff. – Die Beweismittelsicherung erfordert zudem ein (an den Hosting-Provider gerichtetes) Verbot der Veränderung des Datenbestandes durch den Content-Provider.

⁶⁸ Die Beschlagnahme von gefährlichen Gegenständen kann sowohl unter dem Gesichtspunkt der Beweismittelsicherung wie auch späterer Sicherungseinziehung erfolgen. Soweit es um Sachen geht, hat der behördliche Zugriff unmittelbar den Zugriffsverlust beim Betroffenen zur Folge. Das ändert sich im Falle von zu Beweis Zwecken reproduzierten und anschliessend beschlagnahmten *Daten*: die Ursprungsdaten, die u.U. zu löschen sein werden, verbleiben damit in der Verfügungsgewalt des Einziehungs betroffenen, m.a.W.: Die Beschlagnahme gewährleistet nicht zugleich auch die vorläufige Ausser-Verkehr-Setzung der Daten.

⁶⁹ Etwa dadurch, dass der Hosting-Provider angewiesen wird, den Zugriff von Dritten auf die möglicherweise strafrechtswidrigen Inhalte vorläufig zu verhindern.

world wide web. Eine vom EJPD eingesetzte Expertenkommission hat dazu Vorschläge erarbeitet und sich insbesondere um die strafrechtliche Haftung von Content-, Hosting- und Access-Providern gekümmert. Für den Content-Provider, also denjenigen, der bei seinem Hosting-Provider strafrechtlich bedeutsame Inhalte bereitstellt, gelten die allgemeinen Regeln; auf ihn wartet die Täterstrafe desjenigen Delikts, das er begeht. Differenziert ist die Ordnung des Entwurfs zur Frage, ob in der genannten Konstellation (auch) der Hosting-Provider strafrechtlich für diese Daten einzustehen hat. Dessen Haftung kommt tatsächlich in Betracht, allerdings nur unter zwei Gesichtspunkten: wenn er es wider besseres Wissen unterlässt, die Nutzung dieser Informationen zu verhindern, oder, bei Fehlen dieses sicheren Wissens um die Strafbarkeit der Inhalte, wenn er es unterlässt, Hinweise auf solche Informationen an die Strafverfolgungsbehörden weiterzuleiten⁷⁰.

3.2.1 Löschung der Daten

E-Art. 322^{bis} Ziff. 1 Abs. 5 StGB ordnet in diesen beiden Fällen ausdrücklich die Löschung der Daten an. Fraglich ist, ob dafür Art. 58 StGB nicht genügt hätte. Die neuen Tatbestände verankern je eine Unterlassungsstrafbarkeit: Bestraft wird nicht das Bereithalten der Informationen, sondern die unterlassene Verhinderung ihrer Nutzung bzw. die unterlassene Weiterleitung von Hinweisen auf sie an die Strafverfolgungsbehörden.

⁷⁰ Entwurf einer neuen Ziff. 1 von Art. 322^{bis} StGB (Nichtverhindern strafbarer Handlungen in Kommunikationsnetzen und in Medien; der bisherige Text von Art. 322^{bis} StGB wird zu Ziff. 2):

¹Wer in einem elektronischen Kommunikationsnetz fremde Informationen automatisiert bereithält, mittels deren, wie er sicher weiss, eine strafbare Handlung begangen wird, und es unterlässt, die Nutzung dieser Informationen zu verhindern, obwohl es ihm technisch möglich und zumutbar ist, wird mit Gefängnis oder Busse bestraft.

²Wer in einem elektronischen Kommunikationsnetz fremde Informationen automatisiert bereithält, mittels deren eine strafbare Handlung begangen wird, und es unterlässt, von Dritten an ihn gerichtete und bei ihm eingegangene Hinweise auf solche Informationen an die Strafverfolgungsbehörden weiterzuleiten, wird mit Gefängnis oder Busse bestraft.

³Handelt es sich bei der strafbaren Handlung im Sinne der Abs. 1 und 2 um ein Antragsdelikt, so wird die Tat nur verfolgt, wenn ein Antrag auf Verfolgung der strafbaren Handlung vorliegt.

⁴Ob mittels einer Information eine strafbare Handlung im Sinne der Abs. 1 und 2 begangen wird, beurteilt sich nach schweizerischem Recht.

⁵Informationen im Sinne der Abs. 1 und 2 werden ungeachtet schweizerischer Straflosigkeit gelöscht.

Wer Art. 58 StGB beim Wort nimmt, stolpert zunächst über den darin verwendeten Begriff der strafbaren *Handlung*, wo es in E-Art. 322^{bis} Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB doch je um eine Unterlassung geht. Selbst wenn im Grundsatz auch sie darunter zu fassen ist, strafbare Handlung also im Sinne von Straftat zu verstehen ist⁷¹, bleibt die Frage, ob die Unterlassung mit den Informationen in der Weise verknüpft ist, wie Art. 58 StGB dies verlangt: Wie sollen solche Informationen zur Begehung einer strafbaren Unterlassung gedient haben können oder durch sie hervorgebracht worden sein, wo mit Blick auf die Tatbestandserfüllung ein Mittel nicht nötig ist und ein reales Ursache-Wirkungs-Verhältnis fehlt? Generell: Soweit das strafbare Unrecht in der (reinen) Untätigkeit liegt, bedarf es zu seiner Verwirklichung regelmässig keinerlei Tatwerkzeuge und bringt seine Verwirklichung keine Tatprodukte hervor⁷². Es handelt sich also weder um instrumenta noch um *producta sceleris*. Die explizite Erwähnung der Löschung in E-Art. 322^{bis} Ziff. 1 Abs. 5 StGB dürfte also durchaus nicht überflüssig sein. Sie macht darüber hinaus zwei weitere Punkte deutlich: Erstens ist damit die physische Einziehung der „kontaminierten“ Server mit anschliessender Säuberung und Rückgabe, im Regelfall aus Verhältnismässigkeitsgründen ausgeschlossen, bereits vom Wortlaut her ausgeschlossen; Löschung ist in diesen Fällen nicht mehr ein Minus gegenüber der Einziehung, sie wird zu einem Aliud. Zweitens können Rückkopplungseffekte auf die Einziehung in den im ersten Teil behandelten „Normalfällen“ erwartet werden. Die Norm verankert als erste im Bereich der Einziehungsbestimmungen die Grundüberlegung (für die Fälle des Content-Providers sogar zwingend), dass bei Daten die Einziehung im Regelfall in Gestalt der Löschung erfolgen soll.

⁷¹ Wie etwa in Art. 37^{bis}, 38 Ziff. 4 Abs. 1, 71 lit. a, 96 Ziff. 1, 99 Ziff. 3 StGB, etc. – Nach SCHMID (Kommentar, N 27 zu Art. 58) soll als Anlasstat „tendenziell“ jeder Tatbestand in Frage kommen, die a.a.O. angeführten Beispiele erwähnen die Unrechtsverwirklichung durch Unterlassen indessen nicht.

⁷² Eine Ausnahme von diesem letztgenannten Fall der *producta sceleris* könnte allenfalls dort vorliegen, wo ein Garant die unvorsätzliche Herstellung von Falschprodukten durch einen Dritten (der mangels Strafdrohung oder Sorgfaltsmangel nicht wegen fahrlässiger Tatbegehung bestraft werden kann, so dass es an einem Anknüpfungspunkt für die Einziehung fehlt) nicht hindert. Für die hier interessierende Frage bleibt dies schon deshalb ausser Betracht, weil die strafrechtlich bedeutsamen Informationen (*producta*) im Zeitpunkt der Tatbegehung durch den Hosting-Provider bereits vorliegen.

3.2.2 Löschung „ungeachtet schweizerischer Strafhoheit“

Die Voraussetzungen der Löschung sind damit erst insoweit determiniert, als die Verwirklichung von E-Art. 322^{bis} Ziff. 1 Abs. 1 oder 2 StGB verlangt ist. Zusätzlich sieht Abs. 5 der genannten Bestimmung vor, dass die Löschung „ungeachtet schweizerischer Strafhoheit“ erfolgt.

3.2.2.1 *Verfahren gegen den Content-Provider*

Lädt ein Kunde eines Hosting-Providers, ein Content-Provider, z.B. ehrverletzende oder rassendiskriminierende Inhalte auf dessen Server und macht er sich damit nach Art. 173 f. oder Art. 261^{bis} StGB strafbar, kann im Urteil gegen den Content-Provider die Löschung dieser Inhalte angeordnet werden, weil sie mit der Begehung einer strafbaren Handlung so zusammenhängen, wie Art. 58 StGB dies vorsieht; geht es um pornographische oder gewaltverherrlichende Darstellungen, finden die Parallelnormen von Art. 135 Abs. 2 und Art. 197 Ziff. 3 Abs. 2 StGB Anwendung. Es hindert die Sicherungseinziehung bzw. –löschung als rein sachliche Massnahme nicht, dass sich ihr Gegenstand bei einem Dritten und nicht beim Täter befindet⁷³. Im Verfahren gegen den Content-Provider bleibt es bei der Anwendung von Art. 58 StGB; auf diesen einfachen Fall ist die Spezialnorm von E-Art. 322^{bis} Ziff. 1 Abs. 5 StGB nicht gemünzt.

3.2.2.2 *Verfahren gegen den Hosting-Provider*

Ihre Bedeutung entfaltet die Bestimmung in Verfahren gegen den Hosting-Provider nach E-Art. 322^{bis} Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB. Kommt es zu einer Verurteilung, sieht Abs. 5 zwingend die Löschung und nicht die Einziehung vor. Auch dies hat mit schweizerischer Strafhoheit insofern noch nichts zu tun, als diese Strafhoheit bei einem verurteilenden Verfahrensausgang unzweifelhaft vorliegt, sonst hätte kein Verfahren stattfinden dürfen.

Das ändert sich allerdings dort, wo am Ende des Verfahrens ein Freispruch des Hosting-Providers steht, etwa deshalb, weil ihm das sichere Wissen fehlt, dass mit den bei ihm abgelegten Informationen strafrechtliches Unrecht verwirklicht wird (E-Art. 322^{bis} Ziff. 1 Abs. 1 StGB). Art. 58 StGB sieht die Einziehung „ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer

⁷³ Ganz h.M., vgl. nur SCHMID, Kommentar, N 13 zu Art. 58; TRECHSEL, N 4 zu Art. 58.

bestimmten Person“ vor. Das gilt auch für E-Art. 322^{bis} Ziff. 1 Abs. 5 StGB und bedeutet zweierlei: Hat der Hosting-Provider tatbestandsmässig und rechtswidrig die Tat von E-Art. 322^{bis} Ziff. 1 Abs. 1 oder 2 StGB begangen, ist dies hinreichende Voraussetzung für die Löschung; allfällig vorhandene Schuldausschliessungsgründe (mit Freispruchsfolge) ändern daran nichts⁷⁴. Praktisch bedeutsamer ist die andere Folgerung, die aus der Wendung „ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person“ gezogen wird: Ursprünglich war dabei an den Fall gedacht, dass der Täter nicht zu ermitteln ist⁷⁵; mittlerweile sind ähnliche Konstellationen hinzugeetreten, etwa dass er nicht zu ergreifen (flüchtig) ist oder nicht ausgeliefert wird. In all diesen Fällen soll die Einziehung nicht gehindert sein, m.a.W.: Die Löschung ist auch dann zulässig, wenn nicht der beschuldigte Hosting-Provider die Straftat von E-Art. 322^{bis} Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB begangen hat, sondern ein Dritter eine andere⁷⁶, z.B. eine Ehrverletzung (Art. 173 f. StGB) oder eine Gewaltdarstellung (Art. 135 StGB). Anknüpfungspunkt bildet in diesem Fall nicht das Sonderdelikt von E-Art. 322^{bis} Ziff. 1 Abs. 1 oder 2 StGB⁷⁷, sondern die Tat des Content-Providers. Deren Entäusserungen können dank E-Art. 322^{bis} Ziff. 1 Abs. 5 StGB auf dem Server des Hosting-Providers gelöscht werden.

Unangefochten ist diese Lösung freilich nur dort, wo über die Tat des Content-Providers schweizerische Strafhoheit besteht, weil die Tat in der Schweiz verübt wurde (Art. 3 Ziff. 1 Abs. 1 StGB), d.h. hier ihre Ausführung geschehen⁷⁸ oder mindestens ihr Erfolg eingetreten⁷⁹ ist (Art. 7 Abs. 1 StGB). Denkbar ist indessen, dass die Tat im Ausland ausgeführt wird und keinen (Aussen-)Erfolg kennt; dann fällt sie nicht unter schweizerische Strafhoheit⁸⁰. Das Schrifttum⁸¹ hat in diesem Fall eine Einziehung

⁷⁴ Vgl. nur BGE 117 IV 233, 238 E. 3; BasK-BAUMANN, N 7 zu Art. 58; SCHMID, Kommentar, N 34 zu Art. 58; STRATENWERTH, AT II, § 14 N 20; TRECHSEL, N 10 zu Art. 58.

⁷⁵ Botschaft 1918, 23; dabei wurde die Einziehung als vorläufige Massnahme verstanden, vgl. Botschaft 1918, a.a.O.

⁷⁶ Die Tat von E-Art. 322^{bis} Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB kann durch unqualifizierte Dritte nicht begangen werden, da sie als Sonderdelikt konzipiert ist.

⁷⁷ Zum selbständigen Lösungsverfahren, wenn gegen den Hosting-Provider kein Verfahren wegen Verdachts des Verstosses gegen E-Art. 322^{bis} Ziff. 1 Abs. 1 oder 2 StGB geführt wird, hinten Ziff. 3.2.2.3.

⁷⁸ Z.B. Art. 197 Ziff. 3 StGB.

⁷⁹ Z.B. Art. 197 Ziff. 2 StGB.

⁸⁰ Mittlerweile ist ein Streit über die Frage entbrannt, ob der Erfolgsbegriff von Art. 7 StGB mit der h.M. im Sinne der Tatbestandslehre zu verstehen sei (so mit Nachdruck NIGGLI, Strafrecht, 144 ff.) oder einen eigenständigen, weiter gefassten Gehalt auf-

überwiegend abgelehnt. Die spärlich publizierte Praxis des Bundesgerichts zu der Frage, soweit sie Art. 58 StGB betrifft, ist schwankend: In einem obiter dictum hat es sich dem Schrifttum angeschlossen⁸², aber dort, wo die Frage ausschlaggebend geworden wäre⁸³, gegenteilig entschieden (und sie dabei wohl übersehen): Danach ist die Einziehung von Zeitschriften und CD mit rassendiskriminierendem Inhalt, die in den USA mit Ziel Schweiz verschickt und am schweizerischen Zoll beschlagnahmt

weise (Überblick m.H. auf die Lit. bei BASK-POPP, N 7 zu Art. 7). Die Kontroverse hat für die Ausgestaltung von E-Art. 322^{bis} Ziff. 1 Abs. 5 StGB insofern Bedeutung, als dieser Bestimmung die h.M. zugrunde liegt, wonach „Erfolg“ i.S.v. Art. 7 Abs. 1 StGB eine von der Täterhandlung zeitlich und örtlich abtrennbare Veränderung der Aussenwelt bezeichnet (BASK-POPP, a.a.O.). Jenseits dieser Implikation erscheint eine nähere Stellungnahme zu der Streitfrage hier nicht nötig. Nur eine Bemerkung aus methodischer Sicht sei nicht unterdrückt: Selbst wenn es zutreffen sollte, dass die herkömmliche Auslegung des Erfolgsbegriffs bei Tätigkeitsdelikten (inkl. abstrakten Gefährdungsdelikten) unter dem Gesichtspunkt schweizerischer Strafhöheit zu rechtspolitisch unbefriedigenden Ergebnissen führt (z.B. bei Art. 135, 197 Ziff. 3, 261^{bis} StGB), bleibt eine Neuinterpretation des Erfolgsbegriffs (Erfolg der abstrakten Gefährdungsdelikte als Gefahr für eine „nicht fest umrissene und nicht individualisierbare Anzahl von Angriffsobjekten“ [SCHWARZENEGGER, Geltungsbereich, 124]) solange unabgesichert, wie ihre Auswirkungen auf alle anderen abstrakten Gefährdungsdelikte, die im Zusammenhang mit dem world wide web keine oder nur eine unbedeutende Rolle spielen, nicht untersucht sind. Denn die Überzeugungskraft einer neuen Auslegung ist das Ergebnis einer Gewinn- und Verlustrechnung, die bislang noch nicht umfassend aufgemacht worden ist. Der Nachweis solcher „besserer“ Gesamtergebnisse stellt eine Bringschuld der neuen Auslegung dar (an deren Tilgung bzw. dem Versuch dazu sich freilich nicht nur die „Neuerer“ zu beteiligen hätten, sondern auch die Verfechter der traditionellen Lösung!). Dabei dürfte allerdings erheblich negativ ins Gewicht fallen, dass der neue Ansatz im Bereich der Äusserungsdelikte via world wide web im Grundsatz zu einer Allzuständigkeit schweizerischer Gerichte führen würde.

⁸¹ HAUSER/SCHWERI, § 93 N 1; SCHULTZ, 325 f.; TRECHSEL, N 10 zu Art. 58; anders SCHMID, Kommentar, N 31 zu Art. 58; SCHMID, Einziehungsrecht, 325.

⁸² BGE 117 IV 233, 238 E. 4. Die ändern in diesem Zusammenhang üblicherweise genannten Entscheide (BGE 112 Ib 576, 599 E. 12c/ca; 115 Ib 517, 553; 122 IV 91, 94 E. 3b) betreffen die Einziehung von Vermögenswerten nach Art. 59 StGB bzw. Art. 59 IRSG.

⁸³ Vorausgesetzt wird dabei, dass die Norm von Art. 261^{bis} StGB nicht dem Weltrechtsprinzip von Art. 6^{bis} StGB untersteht (so aber NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 62). Gegen diese These spricht, dass das Internationale Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (SR 0.104) weder Bestimmungen über die Erstreckung der nationalen Strafhöheit auf extraterritoriale Taten noch eine staatliche Pflicht zu deren Verfolgung (wie Art. 6^{bis} StGB es verlangen würde) enthält, wogegen etwa das nur wenige Jahre zuvor abgeschlossene Einheitsübereinkommen vom 30. März 1961 über die Betäubungsmittel (SR 0.812.121.0) in Art. 36 (Abs. 2 lit. a. iv) explizit das Prinzip „aut dedere aut prosequi“ verankert (HENZELIN, 345).

wurden, zulässig, selbst wenn der Empfänger, an den die Sendung gerichtet war, nicht nach Art. 261^{bis} Abs. 1 StGB verurteilt werden kann. Die Begründung ist einfach: Die Sicherungseinziehung kommt selbst dann in Betracht, wenn der Beschuldigte sich nicht strafbar gemacht hat, sofern an eine andere Straftat angeknüpft werden kann; diese liegt darin, dass die Autoren der Zeitschrift (in den USA!) objektiv und subjektiv Art. 261^{bis} Abs. 1 StGB verwirklicht haben⁸⁴. Kurz: Die Zulässigkeit der Sicherungseinziehung bei Auslandstaten ohne schweizerische Strafhoheit ist unklar.

Vermehrte Aufmerksamkeit hat die Parallelsituation bei der Ausgleichseinziehung (Art. 59 StGB) gefunden; sie war Gegenstand ausgehnter literarischer Debatten⁸⁵. Unlängst hat das Bundesgericht die Frage mit der h.L. dahin entschieden, dass eine Einziehung von Vermögenswerten ausscheidet, wenn über die Anlasstat, aus der sie hervorgegangen sind, keine schweizerische Strafhoheit besteht und keine Sondernorm die Einziehung erlaubt⁸⁶. Ob das nach der höchstrichterlichen Praxis auch für die Sicherungseinziehung gelten soll, ist offen. Dafür spricht immerhin, dass Lehre und Rechtsprechung die Frage für beide Arten der Einziehung

⁸⁴ BGE 124 IV 121, 123 E. 2a, 125 E. 2b, 126. – Art. 261^{bis} Abs. 1 StGB weist keinen Aussenerfolg auf, der in der Schweiz eintreten könnte, und zwar unbeschrieben um den Streit um das von der Bestimmung geschützte Rechtsgut: Sieht man es in der Menschenwürde (so Praxis [vgl. nur BGE 129 IV 95, 99 E. 3.2, 102 E. 3.3.2; erstmals BGE 123 IV 202] und ein Teil der Lehre [etwa NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 112 ff.; BasK-SCHLEIMINGER, N 7 zu Art. 261^{bis}, m.w.H.]), die durch den Aufruf zu Hass oder Diskriminierung verletzt wird, hindert dies nicht, die Bestimmung als Tätigkeitsdelikt einzustufen (NIGGLI, a.a.O., N 236 f.), mit der Folge, dass keine schweizerische Strafhoheit vorliegt, wenn die tatbestandsmässige Handlung im Ausland ausgeführt wird. Die Gegenmeinungen gelangen zum gleichen Ergebnis: Ob man das geschützte Rechtsgut im öffentlichen Frieden erblickt (so z.B. TRECHSEL, N 6 zu Art. 261^{bis}; Botschaft 1992, 309) oder die Auffassung teilt, ein solches lasse sich in der Bestimmung gar nicht namhaft machen (JENNY, ZBJV 134 [1998] 629; KUNZ, 230; STRATENWERTH, BT II, § 39 N 22; so nun auch DONATSCH/WÖHLERS, 209), Art. 261^{bis} Abs. 1 StGB stellt so oder anders ein abstraktes Gefährdungsdelikt dar (KUNZ, a.a.O.; TRECHSEL, a.a.O.), das keinen Erfolgseintritt kennt.

⁸⁵ Dabei hält die h.L. die Einziehung nur für zulässig, wenn die Tat, aus der die Vermögenswerte stammen, schweizerischer Strafhoheit untersteht, sofern nicht eine Spezialnorm wie Art. 24 BetrMG (BGE 122 IV 91) die Einziehung dennoch erlaubt (BAUMANN, 16 f.; CASSANI, Anwendbarkeit, 259 f.; CASSANI, crime, 261 f.; SCHULTZ, 325; STRATENWERTH, AT II, § 14 N 79; TRECHSEL, N 8 zu Art. 59); dagegen HARARI, 12 f.; SCHMID, Kommentar, N 28 zu Art. 59; SCHMID, Einziehungsrecht, 325; cour de cassation GE, Urteil vom 8.5.1998, SJ 1999, 91 ff. (Vi zu BGE 128 IV 145); widersprüchlich LEVI, 362 f.

⁸⁶ BGE 128 IV 145; in den vorne Fn. 82 genannten Entscheiden wurde die Frage zwar gleich entschieden, sie war jedoch nicht unmittelbar ausschlaggebend.

stets einheitlich behandelt und entschieden haben, und dafür spricht auch, dass sich das Bundesgericht im genannten Entscheid zur Sicherungseinziehung mit der Frage gar nicht befasst hat⁸⁷.

⁸⁷ In der Sache spricht alles dafür, die Anwendung von Art. 59 StGB an schweizerische Strafhoheit über die Anlasstat zu knüpfen. Denn der Grundsatz lautet, dass die Befugnis zur Verhängung strafrechtlicher Sanktionen die Befugnis zur Aburteilung des sie voraussetzenden strafrechtlichen Unrechts bedingt; es gibt keine stichhaltigen Gründe, dass Art. 59 StGB eine Ausnahme von diesem Grundsatz vorsieht oder gar erfordern würde: Das Übereinkommen über Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten vom 8.11.1990 (ÜER; SR 0.311.53), auf das sich SCHMID (Kommentar, N 31 zu Art. 58; N 28 zu Art. 59 Fn. 136) beruft, verlangt die Einziehung bei fehlender Strafhoheit über die Anlasstat nicht: Art. 2 Ziff. 1 ÜER besagt nur, dass jede Vertragspartei innerstaatlich (vgl. die Kapitelüberschrift) die nötigen gesetzlichen Vorschriften zur Ermöglichung der Einziehung aufzustellen hat, äussert sich jedoch nicht zu deren Reichweite; will man der Norm zu der Frage überhaupt etwas entnehmen, läge der gegenteilige Schluss näher, weil *jede einzelne* Vertragspartei zur Etablierung von Einziehungsbestimmungen verpflichtet wird, so dass eine Einziehung im Tatortstaat möglich sein muss. Art. 13 Ziff. 1 lit. a und b ÜER sind schon nach ihrem Wortlaut auf den Fall des Einziehungsersuchens einer (anderen) Vertragspartei beschränkt (so mit Recht ACKERMANN, 38). Dass die Einziehung auch bei Art. 59 StGB „ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person“ zulässig ist, trifft zwar zu (vgl. nur BASK-BAUMANN, N 17 zu Art. 59), bedeutet aber nicht den Verzicht auf Strafhoheit über die Anlasstat, sondern nur auf das Erfordernis der Schuldhafteit oder der Tatverübung *durch den Beschuldigten*, nicht aber eines Dritten (CASSANI, crime, 262 f.). Und schliesslich wäre die Bestimmung von Art. 24 BetmG ganz überflüssig, wenn bei ausländischer Anlasstat schon nach den allgemeinen Regeln eingezogen werden könnte (die Botschaft betr. Änderung des BetmG vom 9.5.1973 [BBl 1973 I 1348 ff., 1369] vermittelt keinen weiteren Aufschluss). – An sich sind diese Überlegungen auf die Sicherungseinziehung übertragbar; zu prüfen bleibt nur noch, ob das über die Anordnung von Art. 58 StGB mitentscheidende (und bei Art. 59 StGB fehlende) Element der zukünftigen Gefährdung eine andere Beurteilung nahe legt. Immerhin kann der Verzicht auf die Einziehung einer für eine Auslandstat verwendeten gefährlichen Waffe (anders als derjenige von Vermögenswerten) zu einer Gefährdung der Sicherheit von Menschen etc. in der Schweiz führen (SCHMID, Kommentar, N 31 zu Art. 58). So sehr in diesem Fall ein Bedürfnis nach Einziehung nachvollziehbar sein mag, auf Art. 58 StGB lässt sich seine Verwirklichung nicht stützen (aber u.U. auf Art. 31 Abs. 3 WG [Waffengesetz vom 20.6.1997; SR 514.54] oder auf das kantonale Polizeirecht). Der für Art. 59 StGB genannte Ausgangspunkt gilt auch hier, und Gegengründe sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist das Gefährdungserfordernis kein Argument, die Frage für die Sicherungseinziehung anders zu entscheiden, denn es stellt Bestandteil der Anordnungsvoraussetzungen von Art. 58 StGB dar, ist also nicht schon für sich allein einziehungsbegründend; die Sicherungseinziehung bleibt vielmehr eine Massnahme *des Strafrechts*. Dass sie bei einer Auslandstat nicht zum Zuge kommt, ist Ausdruck ihrer Janusköpfigkeit, indem sie sich einerseits retrospektiv an begangenen strafrechtlichem Unrecht orientiert, andererseits prospektiv eine Gefährdung verlangt (vgl. BGE 129 IV

Damit dürfte der Sinn der Klausel „ungeachtet schweizerischer Strafhoheit“ deutlich geworden sein. Lädt der Content-Provider die rechtswidrigen Inhalte aus dem Ausland auf⁸⁸, ohne dass der Tatbestand einen Erfolg vorsieht, der in der Schweiz eintreten könnte, fehlt es – vorbehaltlich Art. 4-6^{bis} StGB – an der schweizerischen Strafhoheit über die Anlasstat; die Daten auf dem Server eines in der Schweiz ansässigen Hosting-Providers könnten nicht gelöscht werden. In dem Urteil, das den Hosting-Provider freispricht (oder dem Entscheid am Ende eines selbständigen Lösungsverfahrens), würde zwar festgestellt, dass ein (bestimmter) Kunde von ihm einen tatbestandsmässig-rechtswidrigen Inhalt auf den Server geladen hat, dessen Löschung jedoch mangels schweizerischer Strafhoheit über die Tat ausser Betracht falle. Diese rechtspolitisch unbefriedigende Situation soll die Bestimmung von E-Art. 322^{bis} Ziff. 1 Abs. 5 StGB vermeiden. Sie erlaubt es, die Löschung auch dann anzuordnen, wenn die Tat des Content-Providers nicht unter schweizerische Strafgewalt fällt.

3.2.2.3 *Selbständiges Lösungsverfahren*

Wird gegen einen Hosting-Provider ein Verfahren wegen Verdachts der Verletzung von E-Art. 322^{bis} Ziff. 1 Abs. 1 oder 2 StGB geführt, kann die Löschung in diesem Verfahren angeordnet werden, bei einer Verurteilung ohnehin, bei einem Freispruch dann, wenn das Bereitstellen der Daten einem Dritten als Straftat zugerechnet werden kann. Verfahren gegen Hosting-Provider, zumal solche nach Abs. 1, werden freilich die Ausnahme bleiben. Strafrechtlich relevante Inhalte werden den Strafverfolgungsbehörden viel eher dadurch bekannt, dass ihnen die Hosting-Provider entsprechende Hinweise zur Kenntnis bringen, wie E-Art. 322^{bis} Ziff. 1 Abs. 2 StGB es verlangt. Dann ist i.d.R.⁸⁹ kein Strafverfahren gegen den

81, 93 E. 4.1), und die beiden Kategorien in territorialer Hinsicht auseinander fallen können.

⁸⁸ Der Ort der Ausführung bestimmt sich nach dem Aufenthaltsort des Täters im Zeitpunkt der Tathandlung. Diese liegt bei Netzwerkdelikten im Betätigen des Übermittlungs- oder Abspeicherungsbefehls, der die Datenverarbeitung durch automatisierte Programmabläufe in Gang setzt (Entscheid der Anklagekammer des BGer vom 11.8.1999 [8G.43/1999], referiert von WEISSENBERGER, ZBJV 135 [1999] 703 ff.; zustimmend SCHWARZENEGGER, E-Commerce, 339; NIGGLI, Strafrecht, 144).

⁸⁹ Theoretisch ist denkbar, dass trotz sicherem Wissen um die Strafbarkeit ein Hosting-Provider Hinweise bloss weiterleitet statt die Nutzung der Informationen zu verhin-

Hosting-Provider einzuleiten; dennoch besteht der Verdacht auf einen „strafrechtswidrigen“ Inhalt, der eventuell gelöscht werden muss. Ihm ist im Rahmen eines selbständigen Lösungsverfahrens nachzugehen, das sich an das bekannte selbständige Einziehungsverfahren⁹⁰ anlehnt. Den Gerichtsstand dafür wird man dem Ort zuweisen, an dem sich die Datenträger des Hosting-Providers befinden⁹¹.

3.3 Löschung als Sanktion des materiellen Strafrechts?

Die Möglichkeit, Informationen auf dem Server eines Hosting-Providers „ungeachtet schweizerischer Strafhoheit“ zu löschen, führt unweigerlich zur Frage, ob sich die Löschung von strafrechtlich relevanten Inhalten (noch) als Sanktion des materiellen Strafrechts begreifen lässt. Unter dem Gesichtspunkt ihrer systematischen Verankerung fällt eine bejahende Antwort leicht. Nimmt man für die Zuordnung ihren Gehalt zum Massstab, wird eine eindeutige Stellungnahme schwieriger: Die Ambivalenz der Sicherungseinziehung mit ihrem sowohl repressiven wie präventiven Gesicht ist schon oft festgestellt worden⁹², und das ist auch für die Löschung nicht anders, soweit sie die aus Verhältnismässigkeitsgründen gebotene mildere Form der Einziehung darstellt. Noch einen Schritt weiter geht die Löschung nach E-Art. 322^{bis} Ziff. 1 Abs. 5 StGB, die von schweizerischer Strafhoheit über die Anlasstat absieht. Die Unterlassungshaftung des Hosting-Providers nach E-Art. 322^{bis} Ziff. 1 Abs. 1 StGB hat den Zweck, unbesehen um die Strafbarkeit des Content-Providers, der für die Bereitstellung der strafrechtlich relevanten Inhalte verantwortlich ist, deren künftige Nutzung durch Dritte zu verhindern, m.a.W.: Die Wirkungen der Haupttat auf Dritte, z.B. die Kenntnismahme einer pornographischen Darstellung oder von rassendiskriminierenden Aufzeichnungen, sollen in ihrem Ausmass eingedämmt werden. Von den Hosting-Providern kann nicht verlangt werden, Straftaten ihrer Kunden, d.h. der Content-Provider, zu verhindern, weil sie auf den Inhalt der Publikationen und deren Auf-

dern; in diesem Fall bleibt seine Haftung nach E-Art. 322^{bis} Ziff. 1 Abs. 1 StGB erhalten.

⁹⁰ Dazu näher HAUSER/SCHWERTI, § 93 N 1 ff.; SCHMID, Kommentar, N 80 zu Art. 58; dort N 83 auch zu den Rechten Dritter.

⁹¹ So nunmehr explizit Art. 350^{bis} Abs. 1 StGB (in der Fassung nach Inkrafttreten des TEVG, vgl. vorne Fn. 31); ähnliche subsidiäre örtliche Zuständigkeitsregelung bei den Mediendelikten, vgl. Art. 347 Abs. 2 StGB.

⁹² Vgl. nur STRATENWERTH, AT II, § 14 N 20; SCHMID, Kommentar, N 58 zu Art. 58.

schaltung keinen Einfluss haben. Die strafrechtlich relevante Information ist bereits in die Welt gesetzt, rückgängig machen lässt sich dies nicht. Möglich ist den Hosting-Providern hingegen, die Folgewirkungen solcher Straftaten, die in der Verbreitung der Inhalte liegen, zu begrenzen, indem sie deren Kenntnissnahme verhindern; eben dies verlangt E-Art. 322^{bis} Ziff. 1 Abs. 1 StGB von ihnen. Daran lässt sich die Stossrichtung der Norm erkennen: Es geht ihr – zusammen mit der Löschungsvorschrift – um klassische Gefahrenabwehr. Natürlich hat auch sie den Bezug zu einer Straftat nicht eingebüsst; aber schon diese weist mit der Unterlassung der Nutzungsverhinderung in die Zukunft, und bei ausländischer Anlasstat ohne schweizerische Strafhoheit wird vollends deutlich, dass die (u.U. noch in einem selbständigen Verfahren angeordnete) Löschung überwiegend polizeiliche Bedürfnisse erfüllt.

Angesichts dieser Sachlage drängt sich die Frage auf, ob damit das Strafrecht nicht für strafrechtsfremde Bedürfnisse missbraucht wird. Denn die genannten Ziele wären im Prinzip auch über die polizeiliche Gefahrenabwehr in Gestalt von an die Hosting-Provider gerichteten Sperrverfügungen erreichbar. Deren gesetzliche Grundlage ist allerdings überaus zweifelhaft: Auf die polizeiliche Generalklausel lassen sie sich jedenfalls nicht stützen; entsprechende Situationen sind seit längerem vorhersehbar, so dass jene keinen Ausweg aus gesetzgeberischer Untätigkeit darstellt⁹³. Eine gesetzliche Grundlage im Radio- und Fernsehgesetz⁹⁴ fehlt, weil es (nur) auf Programme, aber nicht auf Dienstleistungen von Hosting-Providern anwendbar ist⁹⁵. Die Abstützung auf das Fernmeldegesetz⁹⁶ scheidet daran, dass es als Infrastrukturrecht in erster Linie die fernmeldetechnische Übertragung von Informationen regelt⁹⁷, sich aber nicht mit deren Gefahrenpotential für Polizeigüter befasst. Aus diesen Gründen hätte die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage im RTVG oder im FMG systematisch eine Fehlleistung dargestellt. Dazu kommt, dass der Umfang der Strafbarkeit von Content-, Hosting- und Access-Providern für Inhalte im

⁹³ Näher BGE 126 I 112, 118 E. 4b; HÄFELIN/MÜLLER, N 2468; SCHWARZENEGGER (Sperrverfügungen), 272.

⁹⁴ BG über Radio und Fernsehen vom 21.6.1991 (RTVG; SR 784.40).

⁹⁵ Art. 1 Abs. 1 RTVG. Das soll sich auch mit der geplanten Revision des RTVG nicht ändern. vgl. Botschaft vom 18.12.2002 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (BBl 2003, 1569 ff.) und Art. 2 lit. a des Entwurfs (zum Programmbegriff).

⁹⁶ FMG, vom 30.4.1997 (SR 784.10).

⁹⁷ Art. 2 FMG. Mit inhaltlichen Belangen der übertragenen Informationen befasst sich das FMG nur vereinzelt, etwa in Art. 43 ff. (Fernmeldegeheimnis) oder Art. 49 FMG (Fälschen oder Unterdrücken von Informationen).

world wide web ohnehin der gesetzgeberischen Klärung harrt⁹⁸. Deshalb liegt es nahe, die Mittel zur Verhinderung der Verbreitung illegaler Inhalte an diese strafrechtliche Haftung zu knüpfen. Die Regelung der Sicherungseinziehung hat dafür als Vorbild gedient.

Das world wide web hat die Kommunikation entgrenzt; nationalstaatliche Schranken überwindet es mühelos⁹⁹. Wir sind heute noch weit davon entfernt, dass grenzenlose Kommunikation grenzenlose Strafverfolgung nach sich ziehen würde, ganz abgesehen davon, dass die Vision mit Blick auf den Doppelsinn von „Grenzenlosigkeit“ ambivalent ist. Aber die überkommenen Konzepte von nationaler Territorialität stossen im Cyberspace tatsächlich an ihre Grenzen, und insoweit kann deren Überwindung auch zustimmen, wer das Strafrecht nur als eines von mehreren Mitteln zur Regulierung menschlicher Kommunikation betrachtet.

⁹⁸ Dazu SCHWARZENEGGER (in diesem Band).

⁹⁹ JESSBERGER, 435.

Literaturverzeichnis

- ACKERMANN, JÜRIG-BEAT: Geldwäschereinormen – taugliche Vehikel für den privaten Geschädigten?, in: NIKLAUS SCHMID/JÜRIG-BEAT ACKERMANN (Hrsg.), Wiedererlangung widerrechtlich entzogener Vermögenswerte mit Instrumenten des Straf-, Zivil-, Vollstreckungs- und internationalen Rechts, Zürich 1999, 35 ff.
- AEPLI, MICHAEL: Die strafprozessuale Sicherstellung von elektronisch gespeicherten Daten, Diss., Zürich 2004.
- ARZT, GUNTHER: Einziehung und guter Glaube, in: NIKLAUS SCHMID/MARTIN KILLIAS (Hrsg.), *Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit, Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Gauthier*, ZStrR 114/1996, 89 ff.
- BAUMANN, FLORIAN: „Deliktisches Vermögen“, Diss., Zürich 1997.
- BOMMER, FELIX: Grenzen des strafrechtlichen Vermögensschutzes bei rechts- und sittenwidrigen Geschäften, Diss., Bern 1996.
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Strafgesetzbuch vom 23. Juli 1918, BBl 1918 IV 1 ff. (Botschaft 1918).
- Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Sittlichkeit und gegen die Familie) vom 26. Juni 1985, BBl 1985 II 1009 ff. (Botschaft 1985).
- Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen das Vermögen und Urkundenfälschung) vom 24. April 1991, BBl 1991 II 969 ff. (Botschaft 1991).
- Botschaft über den Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und über die entsprechende Strafrechtsrevision vom 2. März 1992, BBl 1992 III 269 ff. (Botschaft 1992).
- Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Einziehungsrechts; Strafbarkeit der kriminellen Organisation; Melderecht des Financiers) vom 30. Juni 1993, BBl 1993 III 277 ff. (Botschaft 1993).
- CASSANI, URSULA (Anwendbarkeit): Die Anwendbarkeit des schweizerischen Strafrechts auf internationale Wirtschaftsdelikte, ZStrR 114/1996, 237 ff.
- CASSANI, URSULA (crime): Combattre le crime en confisquant les profits: Nouvelles perspectives d'une justice transnationale, in: Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie (Hrsg.), *Wirtschaftskriminalität*, Chur/Zürich 1999, 257 ff.
- CASSANI, URSULA (représentations): Les représentations illicites du sexe et de la violence, ZStrR 111/1993, 428 ff.
- DONATSCH, ANDREAS/WOHLERS, WOLFGANG: *Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit*, 3. Aufl., Zürich 2004.
- ECKSTEIN, KEN: *Besitz als Straftat*, Berlin 2001.
- FREY, GEORGES/OMLIN, ESTHER: „Genesis“ – Pornographie & Internet, AJP 2003, 1378 ff.
- HÄFELIN, ULRICH/MÜLLER, GEORG: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2002.
- HARARI, MAURICE: Corruption à l'étranger: quel sort réserver aux fonds saisis en Suisse?, ZStrR 116/1998, 1 ff.
- HAUSER, ROBERT/SCHWERTI, EDUARD: *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 5. Aufl., Basel/Genf/München 2002.

- HENZELIN, MARC: Le principe de l'universalité en droit pénal international, Diss., Genf 2000.
- JENNY, GUIDO/SCHUBARTH, MARTIN/ALBRECHT, PETER: Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Bd., Delikte gegen die sexuelle Integrität und gegen die Familie (Art. 187-200, 213-220 StGB), Bern 1997.
- JESSBERGER, FLORIAN: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 12.12.2000 (1 StR 184/00), JR 2001, 432 ff.
- KUNZ, KARL-LUDWIG: Zur Unschärfe und zum Rechtsgut der Strafnorm gegen Rassendiskriminierung (Art. 261^{bis} StGB und Art. 171c MStG), ZStrR 116/1998, 223 ff.
- LEVI, ROBERT: Schwerpunkte der strafprozessualen Rechtsprechung des Bundesgerichtes und der Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZStrR 102/1985, 345 ff.
- MÜLLER, JÜRIG LUZIUS: Die Einziehung im schweizerischen Strafrecht (Art. 58 und 58^{bis}), Diss., Basel/Bern 1993.
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER (Strafrecht): Nationales Strafrecht vs. globales Internet, in: ROLF H. WEBER/RETO M. HILTY/ROLF AUF DER MAUR (Hrsg.), Geschäftsplattform Internet II, Zürich 2001, 144 ff.
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER (Rassendiskriminierung): Rassendiskriminierung. Ein Kommentar zu Art. 261^{bis} StGB und Art. 171c MStG, Zürich 1996.
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER, HANS: Basler Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht, Strafgesetzbuch I (Art. 1-110) und Strafgesetzbuch II (Art. 111-401), Basel/Genf/München 2003 (zit. BasK-AUTORIN).
- PIOTET, DENIS: Les effets civils de la confiscation pénale, Berne 1995.
- REHBERG, JÖRG: Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, Jugendstrafrecht, 7. Aufl., Zürich 2001.
- REHBERG, JÖRG/SCHMID, NIKLAUS/DONATSCH, ANDREAS: Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 8. Aufl., Zürich 2003.
- SCHMID, NIKLAUS (Daten): Zu den Begriffen der Daten, der Datenverarbeitung und der Datenverarbeitungsanlage im neuen Vermögens- und Urkundenstrafrecht, in: Aktuelle Probleme der Kriminalitätsbekämpfung, FS zum 50jährigen Bestehen der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft, ZStrR 110/1992, 315 ff.
- SCHMID, NIKLAUS (Fragen): Strafprozessuale Fragen im Zusammenhang mit Computerdelikten und neuen Informationstechnologien im allgemeinen, ZStrR 111/1993, 81 ff.
- SCHMID, NIKLAUS (Kreditkartenkriminalität): Computer- sowie Check- und Kreditkartenkriminalität, Zürich 1994.
- SCHMID, NIKLAUS (Einziehungsrecht): Das neue Einziehungsrecht nach StGB Art. 58 ff., ZStrR 113/1995, 321 ff.
- SCHMID, NIKLAUS (Hrsg.) (Kommentar): Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Bd. I, Zürich 1998.
- SCHUBARTH, MARTIN: Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Bd., Delikte gegen die Ehre, den Geheim- oder Privatbereich und gegen die Freiheit (Art. 173-186 StGB), Bern 1984.
- SCHULTZ, HANS: Die Einziehung, der Verfall von Geschenken und anderen Zuwendungen sowie die Verwendung zugunsten des Geschädigten gemäss StrGB rev. Art. 58, ZBJV 114/1978, 305 ff.
- SCHWARZENEGGER, CHRISTIAN (Geltungsbereich): Der räumliche Geltungsbereich des Strafrechts im Internet, ZStrR 118/2000, 109 ff.
- SCHWARZENEGGER, CHRISTIAN (E-Commerce): E-Commerce – Die strafrechtliche Dimension, in: ARTER, OLIVER/JÖRG, FLORIAN S. (Hrsg.): Internet-Recht und Electronic Commerce Law, Lachen/St. Gallen 2001, 329 ff.

- SCHWARZENEGGER, CHRISTIAN (Harmonisierung): Die internationale Harmonisierung des Computer- und Internetstrafrechts durch die Convention on Cybercrime vom 23. November 2001, in: DONATSCH, ANDREAS/FORSTER, MARC/SCHWARZENEGGER, CHRISTIAN (Hrsg.): Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, FS für Stefan Trechsel, Zürich 2002, 305 ff.
- SCHWARZENEGGER, CHRISTIAN (Sperrverfügungen): Sperrverfügungen gegen Access-Provider – Über die Zulässigkeit polizeilicher Gefahrenabwehr durch Sperranordnungen im Internet, in: ARTER, OLIVER/JÖRG, FLORIAN S. (Hrsg.): Internet-Recht und Electronic Commerce Law, Bern 2003, 249 ff.
- STRATENWERTH, GÜNTER (AT II): Schweizerisches Strafrecht, AT II: Strafen und Massnahmen, Bern 1989.
- STRATENWERTH, GÜNTER (BT II): Schweizerisches Strafrecht, BT II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 5. Aufl., Bern 2000.
- STRATENWERTH, GÜNTER/JENNY, GUIDO: Schweizerisches Strafrecht, BT I: Straftaten gegen Individualinteressen, 6. Aufl., Bern 2003.
- THORMANN, PHILIPP/VON OVERBECK, ALFRED: Das schweizerische Strafgesetzbuch. 1. Bd., Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-110, Zürich 1940.
- TRECHSEL, STEFAN: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997.
- TSCHIGG, ROBERTA: Die Einziehung von Vermögenswerten krimineller Organisationen, Diss., Bern 2003.