



Prof. Dr. Marc Thommen, Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität Zürich

MLaw Luisa Lichtenberger, LL. M., Substitutin bei Badertscher Rechtsanwälte AG

Die Strafbarkeit der Dinge

Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts 6B_217/2021 vom 26. Mai 2021

Inhaltsübersicht:

- I. Einleitung
- II. Sicherheitseinziehung
 - 1. Systematik
 - 2. Einziehungsobjekt
 - 3. Anlasstat
 - 4. Deliktstkonnex
 - 5. Gefährlichkeit
- III. Dritteinziehung
 - 1. Umfang
 - 2. Guter Glaube
 - 3. Gefährlichkeit
- IV. Rechtsfolgen
 - 1. Zivilrechtliche Folgen
 - 2. Faktische Folgen
 - 3. Finanzielle Folgen
- V. Fazit

I. Einleitung

A. reiste am 22. Januar 2017 mit seinem Personenwagen von Deutschland in die Schweiz ein. Er wurde beim Grenzübergang Thayngen/Schaffhausen angehalten und kontrolliert.

Ein Oberflächenwischtest an den Händen von A. ergab ein positives Resultat auf Kokain. Im Personenwagen wurde zwischen den Rücksitzlehnen und dem Kofferraum ein «Geheimversteck» mit einer Breite von 140 cm, einer Höhe von 65 cm und einer Tiefe von 30 cm entdeckt. Es war mit einem elektronischen Riegelsystem samt Fernbedienung versehen.

Die Eidgenössische Zollverwaltung testete den Personenwagen am 2. Februar 2017 mit einem Sprengstoff- und Drogenspuren detektionsgerät (Itemiser). Der Test ergab,

dass der Personenwagen mit Betäubungsmitteln kontaminiert war. Konkret wurden am Fahrersitz ein Kokainwert von 3.80 und Heroinwerte von 2.83 sowie 2.77 gemessen. Im Geheimversteck selbst fanden sich ein Kokainwert von 1.91 und ein Heroinwert von 1.08. Drogen wurden keine gefunden.

Bei der Kontrolle wies der Personenwagen einen Kilometerstand von 205 526 km auf. A. gab an, er habe den Personenwagen mit einem Kilometerstand von 130 000 km gekauft und am 30. März 2016 in der Schweiz eingelöst.

Mit Bescheid vom 19. Juli 2019 verfügte die Eidgenössische Zollverwaltung, den Personenwagen definitiv einzuziehen. A. verlangte daraufhin eine gerichtliche Beurteilung. Mit Urteil vom 28. August 2020 (PEN 19 332)¹ erkannte das Regionalgericht Oberland des Kantons Bern, dass der beschlagnahmte Personenwagen an A. herauszugeben sei. Dagegen erhob die Eidgenössische Zollverwaltung Beschwerde beim Obergericht des Kantons Bern.

In der Folge erstattete das Obergericht bei der Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen Strafanzeige gegen A. wegen Widerhandlungen gegen das Waffengesetz und das Betäubungsmittelgesetz. Das Beschwerdeverfahren wurde sistiert, bis die Staatsanwaltschaft am 23. Dezember 2020 mitteilte, dass sie die Strafanzeige mittels Nichtanhandnahme erledige, weshalb am beschlagnahmten Personenwagen kein Bedarf bestehe.

Mit Beschluss vom 19. Januar 2021 hiess das Obergericht die Beschwerde der Eidgenössischen Zollverwaltung gut und hob das Urteil des Regionalgerichts vom 28. August 2020 auf.² Es beschloss, der Personenwagen sei in seinen Originalzustand zurückzubauen. Nach Vorliegen

¹ Mit Schreiben vom 17. August 2021 haben wir ein Gesuch um Urteilseinsicht gestellt, welches das Regionalgericht Oberland mit der Begründung abgelehnt hat, der Fall sei noch hängig.

² OGer BE, Urteil v. 1. 1. 2021, BK 20 440.



der Offerte über die Kosten des Rückbaus werde A. Frist angesetzt zur Stellungnahme, ob er eine Herausgabe des Personenwagens unter Belastung der Rückbaukosten oder eine Verwertung des Personenwagens unter Auszahlung des Nettoerlöses bevorzuge. A. werde für die Rückbaukosten einen Vorschuss zu bezahlen haben. Leiste er den Vorschuss nicht fristgemäss, werde der Personenwagen zwecks Vernichtung eingezogen. Auf die Zivilforderung von A. trat das Obergericht nicht ein. Es auferlegte A. die Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens, Entschädigungen wurden keine ausgerichtet.

A. beantragt mit Beschwerde in Strafsachen, der obergerichtliche Beschluss vom 19. Januar 2021 sei aufzuheben. Der Personenwagen sei ihm herauszugeben, eventualiter sei das Geheimversteck unbrauchbar zu machen.³ Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab und stützt damit den Entscheid des Obergerichts.

Am 23. Juli 2021 hat KONRAD JEKER das Bundesgerichtsurteil auf seinem Blog strafprozess.ch unter dem Titel «Civil Forfeiture» oder die Strafbarkeit der Dinge» als bizarr eingestuft.⁴ Der Entscheid wirft zunächst die Frage auf, ob ein mit Betäubungsmitteln kontaminiertes Fahrzeug eingezogen werden darf (II.). Sodann, ob eine solche Einziehung auch bei einem Dritten erfolgen kann (III.). Schliesslich sind die Rechtsfolgen der Einziehung zu besprechen (IV.). Im Fazit (V.) wird die Frage beantwortet, wie die Strafbehörden hätten vorgehen müssen.

II. Sicherheitseinziehung

Die Sicherheitseinziehung ist systematisch als Sanktion ausgestaltet (1.). Gemäss Art. 69 Abs. 1 StGB verfügt das Gericht ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person die Einziehung von Gegenständen (2.), die zur Begehung einer Straftat (3.) gedient (4.) haben, wenn diese Gegenstände die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden (5.).

1. Systematik

Systematisch ist die Sicherheitseinziehung eine *Sanktion* des Dritten Titels (Strafen und Massnahmen, Art. 34 ff. StGB). Wie alle anderen strafrechtlichen Sanktionen setzt sie eine Straftat voraus und kann nicht rein präventiv-polizeilich angeordnet werden. Innerhalb der Sanktionen ist die Sicherheitseinziehung bei den «*andere[n]*» Massnahmen (Art. 66 StGB) geregelt. Sie ist damit konzipiert als sachliche (*in rem*) Massnahme,⁵ welche die persönlichen

(*in personam*) Sicherungsmassnahmen des Strafgesetzbuchs komplementieren soll.⁶ Die Sicherungsverwahrung soll gefährliche *Täter*, die Sicherungseinziehung gefährliche *Gegenstände* aus dem Verkehr ziehen. Deshalb spricht KONRAD JEKER von der «Strafbarkeit der Dinge».

Die Konzeption der Sicherheitseinziehung ist nur vor ihrem historischen Hintergrund zu verstehen.⁷ In den Entwürfen zum Strafgesetzbuch von 1937 waren polizeiliche und pönale Einziehungen strikt getrennt.⁸ «Absolut»⁹ gefährliche Gegenstände, von denen per se eine Gefahr ausgeht (verdorbene Lebensmittel) resp. für die es keinen legalen Verwendungszweck (verbotene Pornografie) gibt, sollten unabhängig von einer Anlasstat *polizeilich* eingezogen werden, weil sie auch künftig eine Gefahr für die Allgemeinheit darstellen.¹⁰ Relativ gefährliche Gegenstände, die zur Deliktsbegehung als Mittel verwendet wurden (z.B. legale Waffen), sollten *pönal* einzuziehen sein, weil damit eine Straftat begangen wurde.¹¹

Der Bundesrat entschied dann aber, die beiden Konzepte in einer Bestimmung zur Sicherheitseinziehung zusammenzuführen, ohne – das zeigt der vorliegende Entscheid eindrücklich – die Folgen zu überblicken.¹² Auch wenn die Sicherheitseinziehung heute bei den Massnahmen eingeordnet ist, kann sie – was das Bundesgericht verkennt¹³ – Strafcharakter haben. Etwa wenn entschädigungslos eingezogen wird oder harmlose Deliktswerkzeuge (z.B. Mobiltelefone) allein deshalb konfisziert werden, *weil* mit ihnen delinquent wurde.¹⁴

2. Einziehungsobjekt

Als *Einziehungsgegenstände* kommen nur körperliche Objekte in Betracht.¹⁵ Vorliegend ging es um einen Personenwagen und damit um einen physischen Gegenstand.

³ BGer, Urteil v. 26.5.2021, 6B_217/2021, Sachverhalt, lit. B–E (gekürzt).

⁴ JEKER, «Civil Forfeiture» oder die Strafbarkeit der Dinge», strafprozess.ch, 23. Juli 2021.

⁵ Vgl. BGer, Urteil v. 26.5.2021, 6B_217/2021, E. 4 («die Sicherheitseinziehung ein Verfahren gegen Sachen oder Werte darstellt»).

⁶ Zu In-rem- und In-personam-Massnahmen THOMMEN, Sicherheitseinziehung, Kommentar Art. 69 StGB, in: J.-B. Ackermann (Hrsg.), Kommentar Kriminelles Vermögen, Kriminelle Organisationen – Einziehung, Kriminelle Organisation, Finanzierung des Terrorismus, Geldwäscherei, Band I, Zürich 2018, Art. 69 N 85 ff.

⁷ Vgl. ESER, Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum, Tübingen 1969, 12 ff.; STROOS, Zur Natur der Vermögensstrafen, Bern 1878, 32 ff.

⁸ Siehe Schweizerisches Strafrecht, Verhandlungen der von dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement einberufenen Expertenkommission über den Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Band I, 1896, 225 ff.

⁹ BÖHLER, Die Einziehung im schweizerischen Strafrecht, Diss., Zürich 1945, 18, dort Fn. 34.

¹⁰ ESER (Fn. 7), 258 f.; MÜLLER, Die Einziehung im schweizerischen Strafrecht (Art. 58 und 58^{bis}), Diss., Bern 1993, 22 f.

¹¹ THOMMEN, KVKO (Fn. 6), Art. 69 N 274.

¹² BBl 1918 IV 23.

¹³ BGer, Urteil v. 26.5.2021, 6B_217/2021, E. 5 («hat keinen Strafcharakter»).

¹⁴ THOMMEN, KVKO (Fn. 6), Art. 69 N 70.

¹⁵ BGE 126 I 58; TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, in: TRECHSEL/PIETH (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich 2021, Art. 69 N 1 m. w. H.

3. Anlasstat

Ein Gegenstand ist einzuziehen, wenn er zur Begehung einer Straftat gedient hat. Es braucht somit eine Anlasstat. Die Gerichtsinstanzen sind davon ausgegangen, dass der Wagen verwendet wurde, um Drogen zu transportieren (Art. 19 Abs. 1 lit. b BetrMG), bei dem «*Volumen des Geheimverstecks von rund 270 Litern*» wohl auch in qualifizierten Mengen (Abs. 2 lit. a). Offen bleibt, ob die Behörden in casu von einer Anlasstat im In- oder Ausland ausgingen. Im letzteren Fall wäre eine Einziehung nur auf Rechtshilfeersuchen zulässig gewesen.¹⁶

4. Deliktikonnex

«*Gedient*» hat ein Gegenstand der Begehung einer Straftat, wenn er das Werkzeug des Verbrechens (*instrumentum sceleris*) war. Es braucht somit einen *Konnex* zwischen der Anlasstat und dem Confiscandum. Werden illegale Betäubungsmittel in einem Auto transportiert, dann ist dieses Mittel zur Verschiebung der Drogen an den Bestimmungsort. Den Strafbehörden stellten sich in casu zwei Beweisprobleme. Erstens musste nachgewiesen werden, dass das Auto für Drogentransporte verwendet wurde, und zweitens, dass A. diese Transporte durchgeführt hatte. Wenn beides bewiesen worden wäre, hätte A. wegen Drogentransports verurteilt und das Auto akzessorisch eingezogen werden können.¹⁷

Da in casu weder Drogen im Auto gefunden wurden noch ein Geständnis vorlag, musste bereits der Transport mittels Indizien nachgewiesen werden. Angesichts der Drogenspuren, des ausgeklügelten Verstecks und der «*verdächtig viele[n] Kilometer*» sahen es die Strafbehörden als erwiesen an, dass das Auto für Betäubungsmitteltransporte verwendet wurde. Auch wenn nicht klar ist, inwiefern die gefahrenen Kilometer ein Anzeichen für Drogentransporte sein sollen, darf der Schluss, dass mit dem spurenkontaminierten Fahrzeug Betäubungsmittel befördert wurden, als willkürfrei bezeichnet werden.

Eine Täterschaft von A. liess sich nicht nachweisen. Deshalb wird die Frage zu beurteilen sein, ob die Voraussetzungen einer Dritteinziehung gegeben sind (II.).

5. Gefährlichkeit

Eingezogen werden können nur Gegenstände, die die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung *gefährden*. Die Gefährlichkeit ist die komplexeste Voraussetzung von Art. 69 StGB. Sie hat zwei Seiten. Eingezogen wird ein Gegenstand nicht nur, weil damit eine Straftat begangen wurde («*zur Begehung einer Straftat gedient haben*»), sondern auch, weil damit in Zukunft Straftaten begangen werden können («*Sicherheit... gefähr-*

den»). Diese Janusköpfigkeit der Einziehung ist damit zu erklären, dass die in den Entwürfen noch strikt getrennten repressiv-pönalen und die präventiv-polizeilichen Einziehungen im Strafgesetzbuch von 1937 in einer Bestimmung vereint wurden.¹⁸ Die Gefährlichkeit muss sich retrospektiv in der Anlasstat offenbart haben (pönales Element) und prospektiv fortbestehen (polizeiliches Element).

Die Strafbehörden gingen davon aus, dass mit dem Auto Drogen transportiert wurden. Angesichts der Grösse des «*Geheimverstecks*» sei auch das künftige «*Gefährdungspotential [...] enorm, weshalb vom Personenwagen eine Gefährdung für die Gesundheit von Menschen und die öffentliche Ordnung ausgeht*». ¹⁹ Hier zeigen sich erste Risse in der gesetzlichen Ausgestaltung der Sicherungseinziehung als Massnahme *in rem*. So plausibel die Konzeption auf den ersten Blick erscheint, nicht nur gefährliche Personen, sondern auch gefährliche Gegenstände aus dem Verkehr zu ziehen, so verfehlt ist diese «*Strafbarkeit der Dinge*» bei näherem Hinsehen.

Gefährlich sind Menschen, nicht Gegenstände.²⁰ Richtet sich eine Einziehung akzessorisch gegen einen verurteilten Täter, lässt sich dieses konzeptionelle Defizit in der Praxis noch notdürftig kaschieren, indem argumentiert wird, dass der Täter seine Gefährlichkeit in der Anlasstat offenbart habe und der Gegenstand in seinen Händen deshalb weiterhin eine Gefahr darstelle.²¹ So wurden einem Bauern, der notorisch ohne Führerausweis fuhr, seine Traktoren entzogen, weil zu befürchten war, dass er sie auch künftig auf öffentlichen Strassen benutzen werde.²² Bei ehrlicher Betrachtung ging es nicht um die Gefährlichkeit der Traktoren. Vielmehr wurden diese eingezogen, weil damit delinquent wurde. Spätestens bei Dritteinziehungen kollabiert diese konstruierte Gefährlichkeit.²³

III. Dritteinziehung

Soweit sich eine Einziehung nicht gegen den Täter oder Teilnehmer der Anlasstat richtet, liegt eine Dritteinziehung vor.²⁴ Zu beurteilen ist, in welchem Umfang Einziehungen bei Dritten möglich sind (1.), ob sie vom guten Glauben abhängen (2.) und wie der Gefährlichkeitsnachweis bei Dritten geführt werden kann (3.).

¹⁶ BGE 128 IV 145, E. 2.

¹⁷ Zur akzessorischen Einziehung BAUMANN, in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), BSK StPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 376.

¹⁸ Art. 38 Abs. 1 und 2 VE 1903; Art. 38 und 47 VE 1908; Art. 50 und 58 VE 1916; BBL 1918 IV 23.

¹⁹ BGer, Urteil v. 26. 5. 2021, 6B_217/2021, E. 6.2

²⁰ THOMMEN, KVKO (Fn. 6), Art. 69 N 273; zum Grundgedanken bereits ESER (Fn. 7), 261 m. w. H.

²¹ BGer, Urteil v. 27. 9. 2011, 6B_46/2011.

²² BGer, Urteil v. 27. 9. 2011, 6B_46/2011.

²³ Dazu unten III.3.

²⁴ BAUMANN, in: NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), BSK StGB I, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 69 N 18.



1. Umfang

Das Bundesgericht geht davon aus, dass eine Einziehung sich ohne Weiteres gegen einen nicht tatbeteiligten Dritten richten kann.²⁵ Auf den ersten Blick stützt die Formulierung in Art. 69 Abs. 1 StGB, wonach gefährliche Gegenstände «*ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person*» einzuziehen sind, diese Sicht. Bei näherer Betrachtung lässt sich dem Gesetz aber nur entnehmen, dass ein Gegenstand auch eingezogen werden kann, wenn niemand strafrechtlich zur Verantwortung gezogen wurde. Der Täter muss nicht verfolgt oder abgeurteilt worden sein. Er kann flüchtig oder schuldunfähig sein. Es reicht, wenn eine tatbestandsmässige und rechtswidrige Tat begangen wurde. Die Formulierung besagt aber nicht, dass die Einziehung sich gegen einen beliebigen Dritten richten kann.²⁶

Ein Blick in die Gesetzgebungsgeschichte zeigt, dass der Verzicht auf eine abgeurteilte Anlasstat nicht umfassend für alle Confiscanda gelten sollte. Ursprünglich war die Einziehung von (relativ gefährlichen) Deliktinstrumenten als *Nebenstrafe* konzipiert, setzte also die Verurteilung des Täters voraus (pönale Einziehung).²⁷ Dritte können nicht bestraft werden. Bei ihnen war die Einziehung von Deliktinstrumenten deshalb ausgeschlossen. Nur gemeingefährliche Gegenstände sollten «*ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person*» eingezogen werden können (polizeiliche Einziehung).²⁸ Dass «*Sprengstoffe, Höllenmaschinen, Molotow-Cocktails*»,²⁹ verdorbene Lebensmittel, revisionistische Schriften, illegale Pornografie oder Drogen selbst dann sollen eingezogen werden können, wenn man ihrer Urheber nicht habhaft wird, leuchtet ein. Hier geht es um einen präventiv-polizeilichen Schutz der Allgemeinheit. Allerdings ist fraglich, ob bei solchen nicht verkehrsfähigen Sachen überhaupt Eigentumsrechte von Dritten betroffen sein können.³⁰

Entgegen dem trügerischen Wortlaut von Art. 69 StGB, der Dritteinziehungen in vollem Umfang zuzulassen scheint, bestehen bei historischer Interpretation gewichtige Zweifel, ob *Deliktinstrumente* bei nicht tatbeteiligten Dritten eingezogen werden können.

²⁵ BGer, Urteil v. 26.5.2021, 6B_217/2021, E. 4. («*Dementsprechend kann die Sicherungseinziehung [...] auch gegenüber Drittpersonen angeordnet werden*»).

²⁶ Thommen, KVKO (Fn. 6), Art. 69 N 114.

²⁷ Vgl. Art. 50 Ziff. 1 VE-StGB 1916.

²⁸ Art. 47 VE StGB 1908 oder Art. 58 VE-StGB 1916.

²⁹ SCHULTZ, Die Einziehung, der Verfall von Geschenken und anderen Zuwendungen sowie die Verwendung zugunsten des Geschädigten gemäss StGB Rev. Art. 58 f., ZBJV 1978, 305, 319.

³⁰ WOLF/WIEGAND, in: GEISER/FOUNTOULAKIS (Hrsg.), BSK ZGB I, 6. Aufl., Basel 2018 Vor Art. 641 ff. N 37; zu den verschiedenen Theorien ausführlich ESER (Fn. 7), 150 ff.

2. Guter Glaube

Gemäss Bundesgericht kann die Sicherungseinziehung «*auch gegenüber Drittpersonen angeordnet werden, ohne dass ihnen böser Glaube nachgewiesen werden muss*».³¹ Das ist in dieser Pauschalität wohl falsch. Bei absolut gefährlichen Gegenständen, wie etwa illegalen Drogen, ist bereits ein gutgläubiger Erwerb schwer denkbar, bei relativ gefährlichen Deliktswerkzeugen hingegen schon.³² Das Einziehungsrecht von 1974 stellte den *gutgläubigen* Erwerber dem Dritteigentümer gleich.³³ Beiden sollten *Deliktswerkzeuge* herauszugeben sein.³⁴ Daran sollte sich auch mit der Gesetzesnovelle von 1994 nichts ändern. Der Gesetzgeber nahm die Drittrechte bei der Sicherungseinziehung nur deshalb nicht in die Revision auf, weil er sie durch das Verhältnismässigkeitsprinzip als ausreichend geschützt betrachtete.³⁵ Sowohl beim Dritten, dessen Eigentum ohne sein Wissen für die Tat als Werkzeug eingesetzt wird, als auch beim Dritten, der das Eigentum am Einziehungsgegenstand «*in Unkenntnis der strafbaren Handlung*»³⁶ erworben hat, ist eine Einziehung deshalb als unverhältnismässig einzustufen. Im Umkehrschluss dürfen Deliktswerkzeuge somit – wenn überhaupt³⁷ – nur bei bösgläubigen Dritten eingezogen werden. Entgegen dem Bundesgericht ist Bösgläubigkeit deshalb nachzuweisen,³⁸ was in casu soweit ersichtlich unterblieben ist.

3. Gefährlichkeit

Selbst wenn ein Dritter um die deliktische Verwendung seines Gegenstands weiss, bleibt es jedoch zweifelhaft, ob er eingezogen werden kann. Wie erwähnt ist bei einfachen Tatwerkzeugen nicht nur ihre Deliktverstrickung nachzuweisen, sondern auch ihre künftige Gefährlichkeit. Beide Nachweise scheitern beim Dritten. Erstens ist der Dritte an der Anlasstat nicht beteiligt, sonst wäre er nicht Dritter.

³¹ BGer, Urteil v. 26.5.2021, 6B_217/2021, E. 4.

³² Zum «*rechtswidrigen Besitz*» BOMMER, Grenzen des strafrechtlichen Vermögensschutzes bei rechts- und sittenwidrigen Geschäften, Diss., Bern 1996, 155 f.; 186 f.; SEELMANN, Kein Diebstahl an Betäubungsmitteln möglich?, recht 1997, 37 ff.

³³ Art. 58^{bis} Abs. 1 StGB 1974 («*Ist ein Dritter anspruchsberechtigter Eigentümer des einzuziehenden Gegenstandes oder Vermögenswertes oder hat er den Anspruch auf Verschaffung von Eigentum in Unkenntnis der strafbaren Handlung erworben, so wird ihm der Gegenstand oder Vermögenswert ausgehändigt, es sei denn, dieser sei unbrauchbar zu machen oder zu vernichten.*»).

³⁴ Das ergibt sich e contrario aus der Formulierung: «*es sei denn, dieser sei unbrauchbar zu machen oder zu vernichten.*», welche sich auf absolut gefährliche Gegenstände bezieht; Bemerkungen zum Entwurf der II. Expertenkommission von Prof. Carl Stooss, S. 18 ff.; SCHMID, Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band I, 2. Aufl., Zürich 2007, Art. 69 N 73 f.

³⁵ BBl 1993 III 306.

³⁶ Art. 58^{bis} Abs. 1 StGB 1974.

³⁷ Siehe III.1.

³⁸ BGer, Urteil v. 26.5.2021, 6B_217/2021.

Die Deliktsverstrickung hat er somit nicht zu vertreten. Zweitens scheidet bei ihm auch der Nachweis künftiger Gefährlichkeit. Mangels eigener Delinquenz des Dritten ist nicht zu begründen, weshalb der harmlose Gegenstand in seinen Händen eine Gefahr darstellen soll. Auch ein sehr «geheimes»³⁹ Versteck macht ein Fahrzeug nicht zur Gefahr für die Volksgesundheit.⁴⁰ Hinzu kommt, dass ein solches Geheimfach auch für legale Zwecke (Diebstahlsicherung) verwendet werden kann. Entgegen dem Bundesgericht sind daher nicht «sämtliche Voraussetzungen für eine Einziehung bei der Drittperson» bewiesen.⁴¹

IV. Rechtsfolgen

Im vorangegangenen Abschnitt (III.) wurde aufgezeigt, dass Art. 69 StGB bei historischer Auslegung eine Einziehung von Deliktswerkzeugen bei Dritten nicht zulässt. Die Vorinstanz und das Bundesgericht gehen indes davon aus, dass die Voraussetzungen der Einziehung bei A. erfüllt sind.⁴² Sie lassen ihm deshalb die Wahl zwischen zwei *Rechtsfolgen*: Erstens die Herausgabe des Personenwagens unter Belastung der Rückbaukosten oder zweitens die Verwertung des Personenwagens unter Auszahlung des Nettoerlöses. In diesem Abschnitt wird aufgezeigt, dass beide Optionen verfassungswidrig sind. Die erste verletzt das Schuldprinzip und die zweite zusätzlich elementare Grundsätze des Enteignungsrechts.

Sind alle Voraussetzungen erfüllt, verfügt das Gericht die *Einziehung* der Gegenstände (Art. 69 Abs. 1 StGB). Die Einziehung bezieht sich auf die *zivilrechtlichen* Folgen der Konfiskation (1.). Nach Art. 69 Abs. 2 StGB kann das Gericht anordnen, dass die eingezogenen Gegenstände unbrauchbar gemacht oder vernichtet werden. Die Anordnungen, wie mit dem Gegenstand zu verfahren ist, betreffen die *tatsächlichen* Folgen der Konfiskation (2.).⁴³ Zu beurteilen sind sodann auch die *finanziellen* Folgen (3.).

1. Zivilrechtliche Folgen

Die Einziehung stellt eine formelle Enteignung dar. Der Staat darf eingezogene Gegenstände vernichten oder kann sie nach Art. 73 Abs. 1 lit. b StGB einem Geschädigten zusprechen. Diese Befugnisse setzen typischerweise eine Eigen-

tümerstellung voraus. Formelle Enteignungen sind schwere Eingriffe in die Eigentumsfreiheit. Erforderlich ist eine «*eine klare und eindeutige Grundlage in einem formellen Gesetz*».⁴⁴ Ferner braucht es ein öffentliches Enteignungsinteresse, das verhältnismässig umgesetzt wird und den Kerngehalt der Eigentumsgarantie wahrt (Art. 36 BV). Die Enteignung ist voll zu entschädigen (Art. 26 Abs. 2 BV).

Die Rechtsprechung⁴⁵ und Lehre⁴⁶ gehen davon aus, dass der Staat mit dem Einziehungsentscheid nach Abs. 1 bloss «*Verfügungsmacht*» über das Confiscandum begründe. Diese Verfügungsgewalt erlangt der Staat jedoch bereits mit der Beschlagnahme.⁴⁷ Es ist nicht ersichtlich, wozu es eine Einziehung dann noch bräuchte.⁴⁸ Selbst wenn man die wohl noch herrschende Auffassung teilte, handelt es sich um eine Eigentumsbeschränkung, die einer Enteignung gleichkommt, weil der Berechtigte vom Gebrauch seiner Sache dauerhaft ausgeschlossen werden kann. Damit läge zumindest eine materielle Enteignung vor. Auch diese muss den Voraussetzungen der Grundrechtseinschränkung (Art. 36 BV) genügen und ist nach Art. 26 Abs. 2 BV ebenfalls voll zu entschädigen.

Vorliegend konnte A. zwischen zwei Optionen wählen. Nach der zweiten sollte der Wagen eingezogen und verwertet werden. Damit würde A. als nicht deliktsbeteiligter Dritter *enteignet* und wäre auf den Verwertungserlös vertröstet. Diese Rechtsfolgen sind mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Enteignungsrechts nicht in Einklang zu bringen:

Eine klare *gesetzliche Grundlage* für Einziehungen bei Dritten fehlt. Ab 1974 gab es in Art. 58^{bis} Abs. 1 StGB vorübergehend eine gesetzliche Grundlage für Sicherungseinziehungen bei Dritten: «*Ist ein Dritter anspruchsberechtigter Eigentümer des einzuziehenden Gegenstandes [...], so wird ihm der Gegenstand [...] ausgehändigt, es sei denn, dieser sei unbrauchbar zu machen oder zu vernichten.*» Die Novelle von 1994 regelte die Drittrechte nur noch mit Bezug auf Vermögenswerte.⁴⁹ Auch wenn sich nach dem Willen des Gesetzgebers materiell nichts ändern sollte, fehlt im geltenden Recht somit eine Grundlage in einem formel-

³⁹ Vgl. den lakonischen Kommentar zum «Geheimversteck» von JEKER (Fn. 4): «nein, kein blosses Versteck, sondern ein geheimes».

⁴⁰ Die Volksgesundheit nach Praxis und h. L. als das zu schützende Rechtsgut bei den BetmG-Delikten, BGE 122 IV 211, E. 4; ALBRECHT, SHK, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes (Art. 19–28 BetmG), 3. Aufl., Bern 2016, Art. 19 N 15.

⁴¹ BGer, Urteil v. 26.5.2021, 6B_217/2021, E. 4.

⁴² BGer, Urteil v. 26.5.2021, 6B_217/2021, E. 5.2 und 6.2.

⁴³ THOMMEN, KVKO (Fn. 6), Art. 69 N 121 ff. und 293.

⁴⁴ BGE 130 I 360, E. 1.2., wo die Vernichtung beschlagnahmten Hanfs als schwerer Eingriff in die Eigentumsgarantie eingestuft wurde. Vgl. auch WALDMANN, in: WALDMANN/BELSER/EPINEY (Hrsg.), BSK BV, Basel 2015, Art. 26 N 62 ff.

⁴⁵ BGE 123 IV 55, E. 3a; im gleichen Sinne BGE 132 IV 5 E. 3.4.5 = Praxis 2006 Nr. 136 E. 3.4.5.

⁴⁶ SCHMID (Fn. 34), Art. 69 N 66; SCHULTZ (Fn. 29), 328.

⁴⁷ HEIMGARTNER, Strafprozessuale Beschlagnahme, Wesen, Arten und Wirkungen. Unter Berücksichtigung der Beweismittel-, Einziehungs-, Rückgabe- und Ersatzforderungsbeschlagnahme, Habil.-Schr. Univ. Zürich, Zürich/Basel/Genf, 2011, 102 f.

⁴⁸ Detailliert THOMMEN, KVKO (Fn. 6), Art. 69 N 121 ff.

⁴⁹ Art. 59 Ziff. 1 Abs. 2 StGB/1994; heute Art. 70 Abs. 2 StGB.



len Gesetz.⁵⁰ Selbst wenn man der Auffassung sein sollte, dass eine implizite Grundlage ausreicht, zeigt sich rasch, dass die Regelung der Drittrechte von 1974 den vorliegenden Fall nicht erfasst. Weil nur absolut gefährliche Gegenstände, für die es keinen legalen Verwendungszweck gibt, «zu vernichten» sind,⁵¹ müssen vom Täter als *Deliktswerkzeug* verwendete Gegenstände dem Dritteigentümer herausgegeben werden.⁵²

Nicht nur die Gesetzesgrundlage, sondern auch die weiteren Voraussetzungen der Grundrechtseinschränkung sind nicht erfüllt. Ihrer dualen Natur entsprechend werden mit der Sicherungseinziehung einerseits *öffentliche Interessen* polizeilicher Natur geschützt, indem gefährliche Gegenstände aus dem Verkehr gezogen werden, andererseits aber auch pönal-repressive Interessen, indem Gegenstände, die deliktischen Zwecken gedient haben, konfisziert werden. Mit Blick auf die *Verhältnismässigkeit* ist die Einziehung von Deliktswerkzeugen bei nicht tatbeteiligten Dritten nicht *geeignet*, diese Interessen zu bedienen. Deliktswerkzeuge sind nicht per se gefährlich und können deshalb nicht polizeilich eingezogen werden. Die pönale Einziehung scheitert daran, dass nur Täter und nicht Dritte bestraft werden dürfen. Auch der in Aussicht gestellte Verwertungserlös⁵³ ändert nichts daran, dass der Wagen vorliegend nicht eingezogen werden konnte. Eine unzulässige Enteignung wird nicht dadurch erlaubt, dass sie entschädigt wird. Die Einziehung von Deliktswerkzeugen bei Dritten ist somit verfassungswidrig.

2. Faktische Folgen

Vom Einziehungsentscheid, also dem zivilrechtlichen Schicksal der Sache, zu unterscheiden sind die Anordnungen, die über die Sache getroffen werden. Mit der Zerstörung oder Unbrauchbarmachung erwähnt Art. 69 Abs. 2 StGB nur zwei Möglichkeiten. Auch die Verwertung und

die Herausgabe an den Täter oder an Dritte können angeordnet werden.⁵⁴

Wie hängen die Einziehung (Abs. 1) und die Anordnungen (Abs. 2) zusammen? Illegale Drogen und Pornografie oder rassendiskriminierende Schriften sind zu *zerstören*. Soweit die Zerstörung nicht verkehrs- und damit nicht eigentumsfähige Sachen (z. B. harte Pornografie) betrifft, braucht es keine vorgängige Enteignung.⁵⁵ Bei der *Verwertung*, etwa von Raserfahrzeugen, muss vorab eine Enteignung stattfinden, weil die Strafbehörde nur verkaufen (lassen) kann, was ihr gehört. Bei der *Unbrauchbarmachung* geht es um eine partielle Zerstörung. Weil die Sache nach der Modifikation an den Eigentümer herausgegeben wird, braucht es hier keine Enteignung.⁵⁶ So kann es bei Bildern ausreichen, diese als Fälschungen zu kennzeichnen, oder bei Schusswaffen diese «*schiessuntauglich*»⁵⁷ zu machen, bevor sie dem Täter ausgehändigt werden.⁵⁸

In casu hätte sich A. nach der ersten Option für die Herausgabe des Wagens unter Erstattung der Rückbaukosten entscheiden können. Hier lagen die Anordnungen in einer Unbrauchbarmachung des «Geheimverstecks» und der Herausgabe des Wagens. Indem das Versteck zurückgebaut werde, so wohl die Überlegung, soll das Fahrzeug nicht mehr für den Drogentransport gebraucht werden können, was eine Herausgabe rechtfertige. Hier hätte A. nicht enteignet werden müssen, weshalb diese Anordnungen grundsätzlich zulässig waren. Fraglich bleibt auch hier die Tragung der Rückbaukosten.

3. Finanzielle Folgen

Bei der Einziehung nach Art. 69 Abs. 1 StGB ergeben sich die Kostenfolgen bereits aus der Verfassung. Unabhängig davon, ob man sie als formelle oder materielle Enteignung einstuft, ist eine volle Entschädigung geschuldet (Art. 26 Abs. 2 BV). Wird der Gegenstand nicht eingezogen, aber in der Substanz verändert, wie bei der Unbrauchbarmachung (Abs. 2), liegt auch ein Eingriff ins Eigentum vor, der Entschädigungsfolgen auslöst. Während das Bundesgericht früher noch davon ausging, dass polizeilich motivierte Eigentumsbeschränkungen entschädigungslos zu

⁵⁰ THOMMEN, KVKO (Fn. 6), Art. 69 N 113 («In Bezug auf die Sicherungseinziehung sah man die Drittrechte als durch das Verhältnismässigkeitsprinzip ausreichend geschützt an. Sie dürfe daher «nur dann erfolgen, wenn ein ausreichendes Mass an Wahrscheinlichkeit besteht, dass ohne diese Massnahme die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährdet wären. Ein in Täterhand gefährlicher Gegenstand kann aber nach Rückgabe an den ursprünglichen Eigentümer durchaus als harmlos erscheinen.» Der Gesetzgeber beabsichtigte mit der Neuregelung keine materielle Änderung der Sicherungseinziehung bei Dritten. Damit steht fest, dass der Einziehung grundsätzlich auch Gegenstände unterliegen sollen, die nicht dem Täter gehören, sondern im Eigentum eines Dritten stehen.»).

⁵¹ SCHMID (Fn. 34), Art. 69 N 73 f.

⁵² THOMMEN, KVKO (Fn. 6), Art. 69 N 327 («Für Einziehungen zulasten nicht deliktisbeteiligter Dritter bietet Art. 69 StGB keine genügende gesetzliche Grundlage.»).

⁵³ Dazu unten IV.3.

⁵⁴ Weitere denkbare Anordnungen sind die Verwendung zugunsten Geschädigter (Art. 73 StGB), die Herausgabe z. B. an Polizeiarchive oder Museen zur gutscheinenden Verwendung, siehe beispielhaft BGE 104 IV 149, E. 2.

⁵⁵ BGE 122 IV 179 E. 3.c.aa; BGE 117 IV 139; zur Verkehrsfähigkeit von Sachen WOLF/WIEGAND, BSK ZGB (Fn. 30), Vor Art. 641 ff. N 37; a. A. BGE 135 I 209, E. 3.3.1 sowie SEELMANN (Fn. 32).

⁵⁶ Weitergehend ESER (Fn. 7), 160 in Fn. 80, der bei einer Unbrauchbarmachung selbst den Eingriff in die Eigentumsrechte verneint.

⁵⁷ BBl 1993 III 306.

⁵⁸ THOMMEN, KVKO (Fn. 6), Art. 69 N 295.

dulden seien,⁵⁹ anerkennt die neuere Rechtsprechung, dass Einziehungen zu kompensieren sind.⁶⁰

Als erste Wahlmöglichkeit hätte A. den Wagen *herausverlangen* können. Er hätte jedoch die Kosten der Unbrauchbarmachung tragen müssen, indem er den Rückbau bezahlt. Für diese Kostenfolgen sind keine legitimen öffentlichen Interessen ersichtlich. Weder stellt ein «Geheimversteck» bei einem Dritten eine Gefahr dar, die eine polizeiliche Intervention rechtfertigen würde, noch gibt es Vergeltungsinteressen. A. ist Eigentümer eines Autos, das gemäss den Strafbehörden für Drogen Transporte verwendet wurde. Für diese Verwendung hat A. aber nicht einzustehen, da er am Drogen Transport nicht beteiligt war.

Als zweite Möglichkeit hätte A. die Einziehung erdulden und auf einen *Verwertungserlös* hoffen können. Dass für diese Einziehung bei einem Dritten bereits die Gesetzesgrundlage fehlt, wurde ausgeführt.⁶¹ Doch selbst wenn die Enteignung zulässig wäre, müsste sie voll entschädigt werden. Vorliegend sollte nicht der gesamte Ertrag aus der Verwertung, sondern bloss der Nettoerlös erstattet werden. Es ist davon auszugehen, dass die Verfahrens- und Verwertungskosten vorab abgezogen würden. Die Rückbaukosten sollte A. sogar vorschliessen müssen.⁶² Damit müsste A. wiederum für eine Anordnung (Rückbau) eintreten, die er nicht zu vertreten hat.

In beiden Varianten wurden A. die Kosten überbunden. Damit wird er im Resultat mit einer Vermögensstrafe für ein Drogendelikt belegt, an dem er nicht beteiligt war.⁶³ Das ist mit dem Schuldprinzip unvereinbar.⁶⁴

V. Fazit

KONRAD JEKER hat den Entscheid als «bizarr» eingestuft. Falsch lag er damit nicht. Es handelt sich eindeutig um ein Fehlurteil. Auf den ersten Blick scheint der Wortlaut von Art. 69 StGB («ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person») die Sicherungseinziehung bei Dritten zuzulassen. Eine historische Betrachtung hat indes gezeigt,

dass nur sog. absolut gefährliche Gegenstände, für die es keine legale Verwendungsmöglichkeit gibt, bei Dritten eingezogen werden können. Das trifft auf ein Auto mit einem Geheimfach nicht zu. Genauso wie ein im Haus hinter einem Bild versteckter Safe eine zulässige Massnahme darstellt, um eigene Wertgegenstände gegen Einbruchdiebstahl zu sichern, kann ein Geheimfach im Auto legal der Diebstahlsprävention dienen. Selbst wer dieser Auslegung nicht folgen kann, wird einräumen müssen, dass die Einziehung an der Gefährlichkeit scheitert. Ein Auto ist weder per se noch in den Händen eines Dritten gefährlich. In casu war A. an der Anlasstat nicht beteiligt und hat somit bereits initial keine Gefährlichkeit offenbart. Es fehlen auch Anhaltspunkte, die befürchten lassen, dass das Fahrzeug in seinen Händen künftig eine Gefahr darstellen werde. Die Voraussetzungen von Art. 69 StGB waren somit entgegen dem Bundesgericht nicht erfüllt.

Gestützt auf Art. 69 StGB wurde A. vorliegend vor die Wahl gestellt: Entweder konnte er die Herausgabe des Personenwagens unter Belastung der Rückbaukosten oder die Verwertung des Personenwagens unter Auszahlung des Nettoerlöses verlangen. Beide Optionen sind verfassungswidrig. Die erste verletzt das Schuldprinzip, weil ihm mit der Überbindung der Rückbaukosten im Ergebnis eine Vermögensstrafe auferlegt wird für eine Anordnung, die er nicht zu vertreten hat. Das gilt auch für die Kostenregelung in der zweiten Option, wo ihm bloss der Nettoerlös erstattet wird und er deshalb für die Kosten eines Verfahrens aufkommen muss, das er nicht verschuldet hat. Hinzu kommt, dass die Verwertung eine formelle Enteignung darstellt, für die sämtliche Voraussetzungen von Art. 36 BV (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit) fehlen.

Wie hätten die Behörden vorgehen müssen? Nachdem das Strafverfahren gegen A. nicht an die Hand genommen wurde,⁶⁵ hätte ein Strafverfahren wegen Drogenhandels und -transports gegen unbekannt eröffnet werden müssen. Im Rahmen dieses Strafverfahrens hätte der kontaminierte Wagen beschlagnahmt werden können. Soweit sich die Täterschaft in der Folge nicht hätte eruieren lassen, wäre das Strafverfahren einzustellen gewesen. Im Rahmen dieses Einstellungsentscheids hätte auch über das Schicksal des Fahrzeugs entschieden werden müssen.

Unserer Auffassung nach hätte der Wagen *tel quel* an A. herausgegeben werden müssen, zumal es legale Verwendungsmöglichkeiten für Geheimfächer gibt (Diebstahl-

⁵⁹ BGE 96 I 350, E. 4.

⁶⁰ THOMMEN, KVKO (Fn. 6), Art. 69 N 304; BGE 135 I 209.

⁶¹ Siehe oben IV.1.

⁶² BGer, Urteil v. 26.5.2021, 6B_217/2021 lit. D («A. werde für die Rückbaukosten einen Vorschuss zu bezahlen haben.»).

⁶³ THOMMEN, KVKO (Fn. 6), Art. 69 N 305: Die Einziehung muss eine entschädigungspflichtige Enteignung sein, will man sie nicht unter der Hand zu einer Vermögensstrafe machen.

⁶⁴ Zur Verankerung des Schuldprinzips BOMMER, in: NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), BSK StGB, 4. Aufl., Basel 2018, Vor Art. 19 N 32; HEIZMANN, Strafe im schweizerischen Privatrecht, ASR 2015, N 732; TOPHINKE, Das Grundrecht der Unschuldsumutung, Diss., Bern 2000, S. 269, Fn. 447.

⁶⁵ Zur Frage, weshalb trotz deutlicher Anhaltspunkte keine Untersuchung eröffnet wurde, THOMMEN, Civil forfeiture – Confiscation d'un véhicule portant des traces de drogue chez un tiers ?, in: <https://www.crimen.ch/91/> du 24 mars 2022.



schutz). Wenn die Strafbehörden in einem solchen «Geheimversteck» ein derart grosses Missbrauchspotenzial verorten, dass sie eine unveränderte Herausgabe nicht verantworten können, hätten sie den Rückbau zusammen mit den Verfahrenskosten für den Einstellungsentscheid auf die Staatskasse nehmen müssen.

Stichwörter: Strafrecht, Massnahmen, Einziehung, formelle und materielle Enteignung, Entschädigung, *civil forfeiture*, Betäubungsmittel, Auto

Mots-clés: droit pénal, mesures, confiscation, expropriation formelle et expropriation matérielle, indemnisation, *civil forfeiture*, stupéfiants, véhicule automobile

■ **Zusammenfassung:** Das Bundesgericht bestätigt die Sicherheitseinziehung eines Fahrzeuges, in dem ein Geheimfach entdeckt und Drogenspuren nachgewiesen wurden. Der Eigentümer des Autos war an den Betäubungsmittelstraftaten nicht beteiligt. Entgegen dem Bundesgericht ist die Einziehung von Deliktswerkzeugen bei Dritten unzulässig.

Résumé: Le Tribunal fédéral confirme la confiscation en qualité d'objet dangereux d'un véhicule automobile dans lequel un compartiment secret avait été découvert et des traces de drogue avaient été retrouvées. Le propriétaire de la voiture n'était pas impliqué dans le trafic de stupéfiants. Contre l'opinion du Tribunal fédéral, la confiscation au détriment d'un tiers des instruments qui ont servi commettre une infraction n'est pas admissible.