

Art. 69 Sicherungseinziehung

5. Einziehung

a. Sicherungseinziehung

¹ Das Gericht verfügt ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person die Einziehung von Gegenständen, die zur Begehung einer Straftat gedient haben oder bestimmt waren oder die durch eine Straftat hervorgebracht worden sind, wenn diese Gegenstände die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden.

² Das Gericht kann anordnen, dass die eingezogenen Gegenstände unbrauchbar gemacht oder vernichtet werden.

Art. 69 Confiscation d'objets dangereux

5. Confiscation

a. Confiscation d'objets dangereux

¹ Alors même qu'aucune personne déterminée n'est punissable, le juge prononce la confiscation des objets qui ont servi ou devaient servir à commettre une infraction ou qui sont le produit d'une infraction, si ces objets compromettent la sécurité des personnes, la morale ou l'ordre public.

² Le juge peut ordonner que les objets confisqués soient mis hors d'usage ou détruits.

Art. 69 Confisca di oggetti pericolosi

5. Confisca

a. Confisca di oggetti pericolosi

¹ Il giudice, indipendentemente dalla punibilità di una data persona, ordina la confisca degli oggetti che hanno servito o erano destinati a commettere un reato o che costituiscono il prodotto di un reato se tali oggetti compromettono la sicurezza delle persone, la moralità o l'ordine pubblico.

² Il giudice può ordinare che gli oggetti confiscati siano resi inservibili o distrutti.

Materialien zu Art. 69 StGB

Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich für das Vorverfahren (WOSTA), Stand 1. September 2016 (zit. WOSTA/ZH 2016)

Botschaft vom 20. Oktober 2010 zu Via sicura, Handlungsprogramm des Bundes für mehr Sicherheit im Strassenverkehr, BBl 2010, 8447 ff. (zit. Botschaft, BBl 2010)

Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006, 1085 ff. (zit. Botschaft, BBl 2006)

Botschaft vom 9. Dezember 2002 zur Revision des Tierschutzgesetzes, BBl 2002, 657 (zit. Botschaft, BBl 2002)

- Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung, Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bern 2001 (zit. VE-StPO/2001)
- Botschaft vom 29. November 1995 betreffend das Übereinkommen von 1988 gegen den unerlaubten Verkehr mit Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen, BBl 1996 I, 609 ff. (zit. Botschaft, BBl 1996 I)
- Referendumsvorlage vom 18. März 1994, Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Einziehungsrechts, Strafbarkeit der kriminellen Organisation, Melderecht des Financiers), BBl 1993 III, 277 ff., 329 (zit. Referendumsvorlage, BBl 1994 II);
- Botschaft vom 30. Juni 1993 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Einziehungsrechts, Strafbarkeit der kriminellen Organisation, Melderecht des Financiers), BBl 1993 III, 277 ff. (zit. Botschaft, BBl 1993 III)
- Botschaft vom 19. August 1992 betreffend Ratifikation des Übereinkommens Nr. 141 des Europarates über Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten, BBl 1992 VI, 9 ff. (zit. Botschaft, BBl 1992 VI)
- Botschaft vom 26. Juni 1985 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Sittlichkeit und gegen die Familie), BBl 1985 II, 1009 (zit. Botschaft, BBl 1985 II)
- Referendumsvorlage vom 22. März 1974, Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR), BBl 1974 I, 727 ff., 763 f. (zit. Referendumsvorlage, BBl 1974 I)
- Botschaft vom 21. April 1971 des Bundesrates zum Entwurf eines Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht, BBl 1971 I, 993 ff. (zit. Botschaft, BBl 1971 I)
- Bundesgesetz über die Getreideversorgung des Landes (Getreidegesetz) vom 20. März 1959, Referendumsvorlage, BBl 1959 I, 526 ff.
- Referendumsvorlage vom 30. September 1955, Bundesgesetz über die wirtschaftliche Kriegsvorsorge, BBl 1955 II, 596 ff. (zit. Referendumsvorlage, BBl 1955 II)
- Botschaft vom 29. April 1955 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die wirtschaftliche Kriegsvorsorge, BBl 1955 I, 805 ff. (zit. Botschaft, BBl 1955 I)
- Botschaft vom 9. April 1951 über die Revision des Bundesgesetzes betreffend Betäubungsmittel, BBl 1951 I, 829 ff.
- Referendumsvorlage vom 21. Dezember 1937 zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, BBl 1937 III, 625 ff. (zit. Referendumsvorlage, BBl 1937 III)
- (Entwurf) Schweizerisches Strafgesetzbuch, BBl 1918 IV, 1 ff., 103 ff. (zit. E-StGB/1918)
- Botschaft vom 23. Juli 1918 des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Strafgesetzbuch, BBl 70/1918 IV, 1 ff. (zit. Botschaft, BBl 1918 IV)
- Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Fassung der zweiten Expertenkommission, Oktober 1916, Zürich 1916 (zit. VE-StGB/1916)
- Schweizerisches Strafgesetzbuch – Erläuterungen zum Vorentwurf vom April 1908, Bern 1914 (zit. Erläuterungen VE-StGB/1908)
- Vorlage der Redaktionskommission von 1912, abgedruckt in: Schweizerisches Strafgesetzbuch - Code pénal suisse, Protokoll der zweiten Expertenkommission, Band II, September-Oktober 1912, Procès-verbal de la deuxième commission d'experts, Volume II, Septembre-Octobre 1912, Luzern 1913, S. 3 ff. (zit. Vorlage-StGB/1913)
- Schweizerisches Strafgesetzbuch – Protokoll der zweiten Expertenkommission, Bd. 1, April 1912, Luzern 1912 (zit. Protokoll-I/1912)
- Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch im Auftrage des hohen schweizerischen Justizdepartements, neu gefasst von Carl Stooss, Februar 1908, Bern 1908 (zit. VE-StGB/1908)
- Bibliographie und kritische Materialien zum Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches 1898-1907 von Ernst Hafter, Bern 1908 (zit. Bibliographie/1908)
- Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch und zu einem Bundesgesetz betreffend Einführung des schweizerischen Strafgesetzbuches, nach den Beschlüssen der von dem eidgenössischen Justizdepartement mit der Durchsicht des Vorentwurfs von 1896 beauftragten Expertenkommission, Juni 1903, Bern 1903 (zit. VE-StGB/1903)

- Bericht über den Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission von Carl Stooss, zweiter Teil, Bern 1901 (zit. Bericht II VE-StGB/1896)
- Bericht über den Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission von Carl Stooss, Bern 1899 (zit. Bericht I VE-StGB/1896)
- Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission, Bern 1896 (zit. VE-StGB/1896)
- Beschluss vom 21. Dez. 1898 über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 13. Nov. 1898, BBl 1896 IV, 733 ff. (zit. Beschluss, BBl 1896 IV)
- Verhandlungen der von dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement einberufenen Expertenkommission über den Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Bd. 1, Allgemeiner Teil (Erste Lesung), Bern 1896 (zit. Verhandlungen-I/1896)
- Schweizerisches Strafgesetzbuch, Vorentwurf mit Motiven, im Auftrage des schweizerischen Bundesrates, ausgearbeitet von Carl Stoss und französische Übersetzung des Vorentwurfs von Alfred Gautier, Basel/Genf 1894 (zit. Motive VE-StGB/1894)
- Schweizerisches Strafgesetzbuch, Vorentwurf im Auftrage des schweizerischen Bundesrates von Carl Stooss, Basel/Genf 1894 (zit. VE-StGB/1894)
- Motive zu dem Vorentwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, im Auftrage des Bundesrates von Carl Stooss, September 1893, Basel/Genf 1893 (zit. Motive VE-StGB/1893)
- Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, Im Auftrage des Bundesrates, ausgearbeitet von Carl Stooss, 1893, Basel/Genf 1893 (zit. VE-StGB/1893)
- Die Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts, im Auftrage des Bundesrathes vergleichend dargestellt von Carl Stooss, Bd. 2, Basel/Genf 1893 (zit. Grundzüge-II/1893)
- Die Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts, im Auftrage des Bundesrathes vergleichend dargestellt von Carl Stooss, Bd. 1, Basel/Genf 1892 (zit. Grundzüge-I/1892)
- Preussisches Strafgesetzbuch von 1851, <http://koeblergerhard.de/Fontes/StrafgesetzbuchPreussen1851.pdf> (besucht am 28. April 2017)
- Constitution de la République et Canton de Genève, acceptée par le Peuple Genevois, réuni en Conseil Général, le 24 Mai 1847, doc.rero.ch (besucht am 28. April 2017)

Literatur zu Art. 69 StGB

- ALBRECHT P. (Hrsg.), Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes (Art. 19–28 BetmG), Stämpflis Handkommentar SHK, 3. Aufl., Bern 2016 (zit. SHK BetmG³–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- AMSLER B./CALDERARI L., La réglementation des armes à feu par la loi fédérale sur les armes, AJP 2014, 309 ff.
- ARNET L., Einziehung von Fahrzeugen bei Verkehrsdelikten de lege lata und de lege ferenda, Strassenverkehr 1/2012, 17 ff.
- ARZT, Beweiserleichterung bei der Einziehung, recht 1993, 77 ff. (zit. ARZT, recht 1993)
- BAUMANN E., Die Einziehung im schweizerischen Strafrecht, Diss. Zürich 1907
- BAUMANN F., «Deliktisches Vermögen» Dargestellt anhand der Ausgleichseinziehung (Art. 59 Ziff. 1, 2 und 4 StGB), Diss. Zürich 1997 (zit. BAUMANN F. [1997])
- BAUMANN F./STENGEL C., Einziehung von Motorfahrzeugen, Jusletter vom 25. November 2013
- BAUMGARTNER A., Die Zuständigkeit im Strafverfahren, Diss. Zürich 2014
- BERCHER Y., Le séquestre pénal, approche critique des rapports entre procédure et droit de fonds (Etude de procédure pénale vaudoise), Diss. Lausanne 1991, Lausanne 1992
- BIAGGINI G., BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, mit Auszügen aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zürich 2007 (zit. BV Kommentar, Art. ... N ...)
- BLATTNER E., Die Desinteresse-Erklärung der geschädigten Person im Strafverfahren, Diss. Zürich 2015
- BÖHLER A., Die Einziehung im schweizerischen Strafrecht, Diss. Zürich 1945
- BOMMER F., Offensive Verletztenrechte im Strafprozess, Bern 2006 (zit. BOMMER [2006])

- DERS., Löschung als Einziehung von Daten, in: Schwarzenegger C./Arter O./Jörg F. (Hrsg.), *Internet-Recht und Strafrecht*, Bd. 4, Bern 2005, 171 ff. (zit. BOMMER [2005])
- BOMMER F./KAUFMANN A., Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011, ZBJV 2015, 873 ff.
- BÜRGI S., *Der Raser im Strafrecht : die raserspezifischen Normen und ihre Ursprünge in Medien und Politik*, Diss. Luzern 2014, Zürich/Basel/Genf 2014
- COHEN E., Nr. 55 Bezirksgericht Laufenburg, Strafgericht, Urteil vom 16. Januar 2014 i.S. Staatsanwaltschaft Rheinfelden-Laufenburg gegen R.F. – ST.2013.130, *forum poenale* 2014, 282 ff.
- DAPHINOFF M., *Das Strafbefehlsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessordnung*, Diss. Freiburg, Zürich 2012
- DONATSCH A./HANSJAKOB T./LIEBER V. (Hrsg.), *Schweizerische Strafprozessordnung (StPO)*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. ZK StPO²–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- DONATSCH A./HEIMGARTNER S./MEYER F./SIMONEK M., *Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht*, 2. Aufl., Zürich 2015
- DONATSCH A./TAG B., *Strafrecht I, Verbrechenlehre*, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013
- EGLI P., *Grundrechte, Aktuelle Entwicklungen im Sicherheits- und Polizeirecht*, *Sicherheit & Recht* 2012, 193 ff.
- EHRENZELLER B./SCHINDLER B./SCHWEIZER R./VALLENDER K. (Hrsg.), *St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. SGK BV³–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- EICKER A., Grundzüge strafrechtlicher Konkurrenzlehre, *ius.full* 04/2003, 146 ff. (zit. EICKER, *ius.full* 2003)
- ESER A., *Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum, Dogmatische und rechtspolitische Untersuchungen zu Einziehung, Unbrauchbarmachung und Gewinnverfall*, Habil. Tübingen 1969
- FISCHER T., *Beck'scher Kurz-Kommentar Strafgesetzbuch*, 63. Aufl., München 2016
- FROWEIN J./PEUKERT W., *Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar*, 3. Aufl., Berlin 2009
- GAILLARD L., *La confiscation des gains illicites. Le droit des tiers (art. 58 et 58bis du Code Pénal)*, in: Gauthier J. (Hrsg.), *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*. Ed. Universitaires, Fribourg 1985, 155 ff.
- GASSER P., *Von der vermuteten Unschuld des Geldes – die Einziehung von Vermögenswerten krimineller Herkunft*, in: Pieth M. (Hrsg.), *Bekämpfung der Geldwäscherei, Modellfall Schweiz?*, Basel 1992, 157 ff.
- GAUTHIER J., *Quelques aspects de la confiscation selon l'article 58 du code pénal suisse*, in: FG Hans Schultz, *Lebendiges Strafrecht*, ZStrR 94/1977, 346 ff.
- GERMANN U., *Die späte Erfindung der Zweispurigkeit, Carl Stooss und die Entstehung der Zweispurigkeit von Strafen und Massnahmen im schweizerischen Strafrecht – eine historisch-kritische Retrospektive*, ZStrR 2009, 152 ff. (zit. GERMANN, ZStrR 2009)
- DERS., *Zweispurige Verbrechensbekämpfung*, RG 2009, 84 ff. (zit. GERMANN, RG 2009)
- GIGER H., *Grundsatzprobleme im Bereich der Sicherungseinziehung von Motorfahrzeugen*, *Jusletter* vom 7. Mai 2012 (zit. GIGER, *Jusletter* 2012)
- DERS., *Grundsatzprobleme im Bereich der Sicherungseinziehung von Motorfahrzeugen*, *Strassenverkehr* 2/2012, 4 ff. (zit. GIGER, *Strassenverkehr* 2/2012)
- GLESS S., *Internationales Strafrecht*, Basel 2011
- GOLDSCHMIDT J., *Strafen (Haupt- und Nebenstrafen) und verwandte Massregeln unter Berücksichtigung der den Inhalt der Strafe bestimmenden Grundsätze des Strafvollzugs*, in: von Birkmeyer K./van Calker F./Frank R./von Hippel R./Kahl W./von Lilienthal K./von Liszt F./Wach A. (Hrsg.), *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, Bd. 4, Berlin 1908, 433 ff.
- GRABENWARTER C., *European Convention on Human Rights: Commentary*, München 2014
- GRABENWARTER C./PABEL K., *Europäische Menschenrechtskonvention: ein Studienbuch*, 6. Aufl. München 2016

- GRETER J.-P./SCHNEITER S., Die strafprozessuale Immobilienbeschlagnahme (Art. 266 Abs. 3 StPO), AJP 2014, 1037 ff.
- GRÜTER E., Zur Lehre von der Einziehung mit besonderer Rücksicht auf schweizerisches Strafrecht, Diss. Göttingen 1895
- HÄBERLING W., Waffenhandel, Erwerb, Besitz und Tragen von Waffen aus der Sicht des Nebenstrafrechts insbesondere im Kanton Zürich, Diss. Zürich 1989, Zürich 1990
- HÄFELIN U./HALLER W./KELLER H./THURNHERR D., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016
- HÄFELIN U./MÜLLER G./UHLMANN F., Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016
- HAEMMERLI H., Der Verfall von Geschenken und anderen Zuwendungen, Diss. Langenthal 1950
- HAFTER E., Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 1946 (zit. Hafter, AT²)
- DERS., Das schweizerische Strafgesetzbuch, in: Burckhardt W. (Hrsg.), Politisches Jahrbuch der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 1917, 33 ff. (zit. HAFTER [1917])
- DERS., Die Arbeiten am schweizerischen Strafgesetzbuch, Zweiter Beitrag, ZStrR 1914, 4 ff. (HAFTER, ZStrR 1914)
- DERS., Die Arbeiten am schweizerischen Strafgesetzbuch, Erster Beitrag, ZStrR 1913, 253 ff. (zit. HAFTER, ZStrR 1913)
- DERS., Die Schadensdeckung durch den Verbrecher. Sollen dazu auch die Geldstrafen und der Verdiensteil des Sträflings Verwendung finden können?, ZStrR 1911, 353 ff. (HAFTER, ZStrR 1911)
- DERS., Strafe und sichernde Massnahmen im Vorentwurfe zu einem schweizerischen Strafgesetzbuche, ZStrR, 1904, 211 ff. (HAFTER, ZStrR 1904)
- HARARI M., Corruption à l'étranger: quel sort réserver aux fonds saisis en Suisse?, ZStrR 1998, 1 ff.
- HEIMGARTNER S., Strafprozessuale Beschlagnahme, Wesen, Arten und Wirkungen, unter Berücksichtigung der Beweismittel-, Einziehungs-, Rückgabe- und Ersatzforderungsbeschlagnahme, Habil. Zürich 2010, Zürich/Basel/Genf 2011, 85 ff.
- HEINRICH P., DesG/HMA Kommentar, Haager Musterschutzabkommen und weitere Erlasse, OFK – Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2014 (zit. OFK DesG²–HEINRICH, Art. ... N ...)
- HIRSIG-VOUILLOZ M., Le nouveau droit suisse de la confiscation pénale et de la créance compensatrice (art. 69 à 73 CP), AJP 2007, 1376 ff.
- HIRT A./MAISACK CH./MORITZ J., Tierschutzgesetz – Kommentar, 3. Aufl., München 2016, zit. TSchG³, Art. ... N ...)
- HONSELL H. (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Art. 1–1186 OR, Basel 2014 (zit. KU-KO OR–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- IVORY R., Corruption, asset recovery, and the protection of property in public international law – the human rights of bad guys, Diss. Basel 2012, Cambridge 2014
- JEDELHAUSER R., Das Tier unter dem Schutz des Rechts. Die tierethischen Grundlagen eines rechtlichen Schutzmodells für das tierschutzrechtliche Verwaltungshandeln, Diss. Basel 2011
- KAENEL P., Die kriminalpolitische Konzeption von Carl Stooss im Rahmen der geschichtlichen Entwicklung von Kriminalpolitik und Strafreorien, Diss. Bern 1981
- KARPENSTEIN U./MAYER F. (Hrsg.), EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten – Kommentar, München 2012 (zit. KMK–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- DIES. (Hrsg.), EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten – Kommentar, 2. Aufl., München 2015 (zit. KMK²–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- KINDHÄUSER U./NEUMANN U./PAEFFGEN H.-U. (Hrsg.), Nomos-Kommentar, Strafgesetzbuch, 4. Aufl., Baden-Baden 2013 (zit. NK StGB⁴–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- KRUMM J., Die Sicherungseinziehung von Motorfahrzeugen, AJP 2013, 375 ff.
- KÜHL K./HEGER M., Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl., München 2014 (zit. KÜHL/HEGER²⁸)

- KUHN A./JEANNERET Y. (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse*, 2011 Basel (zit. CR CPP–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- KUNZ K.-L., *Tatbeweis jenseits eines vernünftigen Zweifels, Zur Rationalität der Beweiswürdigung bei der Tatsachenfeststellung*, ZStW 2009, 572 ff. (zit. KUNZ, ZStW 2009)
- LOGOZ P., *Commentaire du Code Pénale Suisse, Partie Générale (Art. 1 à 110)*, Neuchâtel 1939 (zit. LOGOZ [1939], Art. ... N ...)
- MAURACH R., *Die Objekte der Einziehung nach § 86 StGB*, JZ (DE) 1964, 529 ff.
- MEYER J., *Gewinnabschöpfung durch Vermögensstrafe?* ZRP 1990, 85 ff.
- MEYER-LADEWIG J., *EMRK Europäische Menschenrechtskonvention – Handkommentar*, 4. Aufl., Basel 2017 (zit. MEYER-LADEWIG⁴ [2017])
- MICHEL M., *Tierschutzgesetzgebung im Rechtsvergleich: Konzepte und Entwicklungstendenzen*, in: Michel M./Kühne D./Hänni J. (Hrsg.), *Animal Law – Tier und Recht, Developments and Perspectives in the 21st Century*, Entwicklungen und Perspektiven im 21. Jahrhundert, Zürich 2012, 593 ff.
- MIZEL C., *Quo vadis, via sicura?*, *Anwaltsrevue* 2015, 434 ff.
- MOHLER M., *Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz*, Basel 2012
- MÜLLER B./OERTLI R. (Hrsg.), *Urheberrechtsgesetz (URG), Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Mit Ausblick auf EU-Recht, deutsches Recht, Staatsverträge und die internationale Rechtsentwicklung*, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2012 (zit. SHK URG²–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- MÜLLER C./RISKE O., *Einziehung von Fahrzeugen gemäss Artikel 90a SVG: verfassungsrechtlich heikel – privatrechtlich problematisch*, recht 2013, 249 ff.
- MÜLLER J., *Die Einziehung im schweizerischen Strafrecht (Art. 58 und 58^{bis})*, Diss. Basel 1992, Bern et al. 1993
- NADELHOFER DO CANTO S., *Vermögenseinziehung bei Wirtschafts- und Unternehmensdelikten*, Diss. Luzern 2008 (zit. NADELHOFER DO CANTO [2008])
- NIGGLI M. (Hrsg.) *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, Bd. 6a: Fälschung von Geld, amtlichen Wertzeichen, amtlichen Zeichen, Mass und Gewicht, Art. 240–250 sowie Art. 327 und 328 StGB*, Bern 2000, (zit. StGB BT–NIGGLI, Art. ... N ...)
- NIGGLI M./HEER M./WIPRÄCHTIGER H. (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung*, 2. Aufl., Basel 2014, (zit. BSK StPO²–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- NIGGLI M./HEIMGARTNER S. (Hrsg.), *Basler Kommentar, Internationales Strafrecht*, Basel 2015 (zit. BSK ISTR–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- NIGGLI M./WIPRÄCHTIGER H. (Hrsg.), *Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1–110 StGB, Jugendstrafgesetz*, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK StGB I³–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- DIES., *Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111–392 StGB*, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK StGB II³–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- DIES., *Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111–392 StGB*, 2. Aufl., Basel 2007 (zit. BSK StGB II²–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- DIES., *Basler Kommentar, Strafrecht*, Basel 2003 (zit. BSK StGB–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- NOTH M./BÜHLER G./THOUVENIN F. (Hrsg.), *Markenschutzgesetz (MschG), Stämpflis Handkommentar*, Bern 2009 (SHK MSchG–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- OETKER F., *Massregeln der Besserung und Sicherung, gemeinschädliches Verhalten*, GS 92/1926, 1 ff.
- PAVLIDIS G., *Confiscation internationale: instruments internationaux, droit de l'Union européenne, droit suisse*, Diss. Genf, Genf 2012
- PÉQUIGNOT E., *Das kriegswirtschaftliche Strafrecht und die kriegswirtschaftliche Strafrechtspflege*, Bundesratsbeschluss vom 17. Oktober 1944, Textausgabe mit Einleitung, verlegt beim Aufklärungsdienst der eidg. Zentralstell für Kriegswirtschaft, ohne Orts- und Datumsangabe
- PETRZILKA W., *Zürcher Erläuterungen zum Schweizerischen Strafgesetzbuch*, Winterthur 1942
- PIETH M., *«Korruptionsgeldwäsche»*, in: FS Niklaus Schmid, *Wirtschaft und Strafrecht*, 2001, 437 ff. (zit. PIETH, FS Schmid)

- PIOTET D., Les effets civils de la confiscation pénale, Berne 1995 (zit. PIOTET [1995])
- RICHNER M., Heimtierhaltung aus tierschutzstrafrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 2014
- RIKLIN F., StPO Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2014 (zit. RIKLIN, OFK StPO², Art. ... N ...)
- SCHEFER M., Die Kerngehalte von Grundrechten, Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Habil. Bern 2001
- SCHMID N., Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013 (zit. SCHMID [2013])
- DERS., (Hrsg.), Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, 2. Aufl., Zürich 2007 (zit. Schmid EOVG²–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- DERS., Strafprozessrecht, Eine Einführung auf Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes, 4. Aufl., Zürich 2004 (zit. SCHMID [2004])
- DERS., Das neue Einziehungsrecht nach StGB Art. 58 ff., ZStrR 1995, 321 ff. (zit. SCHMID, ZStrR 1995)
- DERS., Strafprozessuale Fragen im Zusammenhang mit Computerdelikten und neuen Informationstechnologien im allgemeinen, ZStrR 1993, 81 ff. (SCHMID, ZStrR 1993)
- SCHÖDLER S., Dritte im Beschlagnahme- und Einziehungsverfahren, Diss. Luzern, Zürich 2012
- SCHÖNKE A./SCHRÖDER H./ESER A. (Hrsg.), Strafgesetzbuch: Kommentar, 29. Aufl., München 2014 (zit. S/S²⁹–BEARBEITER, § ... N ...)
- SCHOLL M., Werkzeug Beschlagnahme: Beispiele aus der Praxis, in: Weiterbildungskommission des Bernischen Obergerichts (Hrsg.), info-special, Sonderausgabe des infointerne «Beschlagnahme und Einziehung», Bern 2005, 15 ff.
- SCHUBARTH M., Einziehung oder Anlasstat? – Grenzen der Einziehung des «pretium sceleris», ZStrR 2010, 214 ff. (zit. SCHUBARTH, ZStrR 2010)
- DERS., Konfiskation des Autos – angemessene Sanktion gegen «Raser»? Zur Einziehung des Fahrzeuges im Kontext der Sanktionen gegen Verkehrsdelinquenten und ihre rechtsstaatlichen Grenzen, AJP 2005, 527 ff. (zit. SCHUBARTH, AJP 2005)
- DERS., Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, 3. Bd., Art. 173–186 StGB, Bern 1984 (zit. SCHUBARTH [1984])
- SCHÜRMAN F./CLÉMENT T./GOLDSCHMID P./RIDORÉ C.-A./SCHEIDEGGER A., Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte – Chronik der Rechtsprechung 2001, AJP 2003, 88 ff.
- SCHULTZ H., Die Einziehung, der Verfall von Geschenken und anderen Zuwendungen sowie die Verwendung zugunsten des Geschädigten gemäss StrGB rev. Artikel 58 ff., ZBJV 1978, 305 ff. (zit. SCHULTZ, ZBJV 1978)
- SCHWANDER V., Das Schweizerische Strafgesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, Zürich 1952
- SCHWARZENEGGER C./HUG M./JOSITSCH D., Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007
- STOOS C., Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Wien/Leipzig 1912 (zit. STOOS, AT²)
- DERS., Strafe und sichernde Massnahme, ZStrR 1905, 1 ff. (zit. STOOS, ZStrR 1905)
- DERS., Zur Natur der Vermögensstrafen, Diss. Bern 1878 (zit. STOOS [1878])
- STRATENWERTH G., Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I – Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011 (zit. STRATENWERTH, AT I⁴)
- DERS., Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II – Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., Bern 2006 (zit. STRATENWERTH, AT II²)
- STRATENWERTH G./BOMMER F., Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. Aufl., Bern 2013 (zit. STRATENWERTH/BOMMER, BT II⁷)
- STRATENWERTH G./JENNY G./BOMMER F., Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Aufl., Bern 2010 (zit. STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I⁷)
- STUTZ R./BEUTLER S./KÜNZI M., Designgesetz DesG, Stämpfli Handkommentar SHK, Bern 2006 (zit. SHK DesG)
- THOMMEN M., Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Habil. Luzern 2013, Bern 2013

- THORMANN P./VON OVERBECK A., Das Schweizerische Strafgesetzbuch, Bd. 1, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–110, Zürich 1940 (zit. THORMANN/VON OVERBECK (1940), Art. ... N ...)
- TRECHSEL S., Human rights in criminal proceedings, Oxford 2005 (zit. TRECHSEL [2005])
- DERS., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkomentar, 2. Aufl., Zürich 1997, hier zitiert nach dem Nachdruck von 2005 (zit. KK²–TRECHSEL, Art. ... N ...)
- VAHLE J., Beschlagnahme eines sogenannten Bekennerschreibens bei Presseunternehmen, Kriminalistik 1996, 327
- WALDMANN B./BESLER E./EPINEY A. (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung (BV), Basel 2015 (zit. BSK BV–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- WEISS I., Einziehung in der Schweiz liegender Vermögen aus ausländischem Drogenhandel, ZStrR 1985, 192 ff.
- WEISSENBERGER P., Die Strafbestimmungen des Waffengesetzes (unter Berücksichtigung von Art. 260quater StGB), AJP 2000, 153 ff. (zit. WEISSENBERGER, AJP 2000)
- WOHLERS W., Nr. 12 Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 28. Oktober 2013 i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn – 1B_275/2013, forumpoenale 2014, 28 ff. (zit. WOHLERS, fp 2014b)
- WOHLERS W./COHEN E., Verschärfte Sanktionen bei Tempoexzessen und sonstigen «elementaren» Verkehrsregelverletzungen, Strassenverkehr 4/2013, 5 ff.

Inhaltsverzeichnis

A.	Systematik	2
B.	Begriffe	5
C.	Zuständigkeit («Das Gericht»)	9
1.	Örtliche Zuständigkeit	10
2.	Sachliche Zuständigkeit	14
3.	Strafantrag	18
4.	Unschuldsvermutung	23
5.	Beweis	26
6.	Parteirechte	29
D.	Entscheid («verfügt»)	32
1.	Urteil	33
2.	Strafbefehl	35
3.	Einstellung	36
4.	Sistierung	45
5.	Akzessorische und selbständige Einziehung	47
E.	Strafe oder Massnahme? («ohne Rücksicht [...]»)	53
1.	Geschichte	54
2.	Lehre und Rechtsprechung	66
3.	Strafe und Massnahme	68
4.	Deutschland	73
5.	Strafrechtliche Anklage (Art. 6 EMRK)	75
6.	Sanktion «in rem» oder «in personam»	85
F.	Unrecht und Verfolgung («[...]auf die Strafbarkeit»)	89
1.	Tatbestandsmässigkeit	91
2.	Rechtswidrigkeit	92
3.	Schuld	93
4.	Objektive Strafbarkeitsbedingungen	95
5.	Strafbefreiungsgründe	96
6.	Häusliche Gewalt (Art. 55a StGB)	102

7.	Strafaufhebungsgründe	103
G.	Einziehungsbetroffene («Person»)	104
1.	Täter	105
2.	Teilnehmer	108
3.	Dritte	109
4.	Tod	119
H.	Rechtsfolge («Einziehung»)	121
1.	Geschichte	123
2.	Verfüugungsmacht	124
3.	Eigentumsübergang	126
I.	Einziehungsobjekt («Gegenständen»)	136
1.	Geschichte	138
2.	Instrumenta sceleris («gedient haben»)	143
3.	Designierte instrumenta sceleris («bestimmt waren»)	151
4.	Producta sceleris («hervorgebracht worden sind»)	155
5.	Corpus delicti – Beziehungsgegenstände	160
6.	Ersatzeinziehung	169
7.	Geld	171
8.	Waffen	176
9.	Motorfahrzeuge	184
10.	Tiere	198
11.	Daten	206
12.	Grundstücke	210
13.	Betäubungsmittel	213
J.	Anlasstat («zur Begehung einer Straftat»)	217
1.	Geschichte	218
2.	Deliktikonnex	225
3.	Inlandtat/Auslandtat	228
4.	Verbrechen/Vergehen/Übertretung	236
5.	Vorsatz/Fahrlässigkeit	238
6.	Begehung/Unterlassung	243
7.	Versuchte Anlasstat	246
K.	Gefährlichkeit («wenn diese Gegenstände [...] gefährden»)	256
1.	Geschichte	258
2.	Relative und absolute Gefährlichkeit	268
3.	«Gefährden»	277
4.	«Sicherheit von Menschen»	284
5.	«Sittlichkeit»	288
6.	«Öffentliche Ordnung»	291
L.	Anordnungen (Abs. 2)	292
1.	Unbrauchbarmachung	294
2.	Vernichtung	299
3.	Verwertung	302
4.	Verwertungserlös	304
5.	Herausgabe an den Täter	311
6.	Herausgabe an Dritte	313

7.	Aushändigung an den Verletzten (Art. 70 Abs. 1 in fine)	316
8.	Verwendung zu Gunsten Geschädigter (Art. 73)	317
9.	Herausgabe zur «gutscheinenden Verwendung»	321
10.	«Ersatzmassnahmen»	323
M.	Eigentumsgarantie und Verhältnismässigkeit	326
1.	Gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV)	327
2.	Öffentliches Interesse (Art. 36 Abs. 2 BV)	329
3.	Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV)	331
4.	Eignung	332
5.	Erforderlichkeit	337
6.	Zumutbarkeit	338
7.	Kerngehalt (Art. 36 Abs. 4 BV)	340
8.	Enteignung und Entschädigung (Art. 26 Abs. 2 BV)	342
N.	Verjährung	346
O.	Konkurrenz	351
1.	Sicherungseinziehung – Vermögenseinziehung	352
2.	Sicherungseinziehung – Einziehung von Vermögenswerten einer kriminellen Organisation (Art. 72 StGB)	357
3.	Sicherungseinziehungen im Allgemeinen und Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs	358
4.	Kern- und nebenstrafrechtliche Sicherungseinziehung	361
5.	Straf- und zivilrechtliche Einziehung	367

- 1 Mit der Sicherungseinziehung («*Confiscation d'objets dangereux*»; «*Confisca di oggetti pericolosi*») soll die Allgemeinheit geschützt werden, indem gefährliche Deliktsgegenstände aus dem Verkehr gezogen werden.¹

A. Systematik

- 2 Systematisch ist die Einziehung im Dritten Titel des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs bei den Strafen und Massnahmen (Art. 34–73 StGB) geregelt. Innerhalb des Dritten Titels findet sich die Einziehung bei den Massnahmen (Art. 56–73 StGB). Die Massnahmen sind unterteilt in einen Ersten Abschnitt zu den therapeutischen Massnahmen und der Verwahrung (Art. 56–65 StGB) sowie in einen Zweiten Abschnitt zu den «anderen Massnahmen» (Art. 66–73 StGB). Letztere gliedern sich auf in 1. die Friedensbürgschaft (Art. 66 StGB), 1a. die Landesverweisung (Art. 66a–66d StGB), 2. die Tätigkeits-, Kontakt- und Rayonverbote (Art. 67–67d StGB), 3. das Fahrverbot (Art. 67e StGB), 4. die Urteilsveröffentlichung (Art. 68 StGB), 5. die Einziehung (Art. 69–72 StGB) und 6. die Verwendung zugunsten des Geschädigten (Art. 73 StGB).

¹ BGE 137 IV 249, E. 4.4.

Aus dem systematischen Kontext ergibt sich, dass die Einziehung eine *Sanktion* 3 ist. Sie ist somit eine mögliche Folge einer Straftat. Damit steht bereits in systematischer Hinsicht fest, dass es für die Einziehung einen Deliktsskonnex braucht. Sie knüpft an strafrechtlich relevantes Unrecht an. Sie ist m.a.W. keine rein präventive oder polizeiliche Massnahme. Mit der Einordnung bei den Massnahmen bringt der Gesetzgeber aber auch zum Ausdruck, dass er die Einziehung nicht als Strafe verstanden haben will. Sie soll keinen repressiven Charakter haben. Gleichwohl wird die pönale Dimension der Einziehung im Auge zu behalten sein.²

Wie die therapeutischen Massnahmen und die Verwahrung können auch die anderen 4 Massnahmen entweder auf eine Wiederherstellung («Therapie») oder auf eine Sicherung gerichtet sein. Die Wiederherstellung eines rechtmässigen Zustands erfolgt jedoch i.d.R. nicht über die Einziehung nach Art. 69 StGB, sondern über die Beschlagnahme und die Aushändigung an den Verletzten (Art. 263 Abs. 1 lit. c StPO; Art. 70 Abs. 1 i.f. StGB). Das gilt etwa für die Aushändigung von Diebesgut an den rechtmässigen Eigentümer. Falls der Eigentümer nicht eruiert werden kann, stellt die Einziehung den rechtmässigen Zustand zumindest insofern wieder her, als dem Täter der unrechtmässig erlangte Gegenstand entzogen wird (Art. 70 f. StGB). Im Zentrum der Einziehung nach Art. 69 StGB soll indes der Sicherungscharakter stehen. Sichernden Charakter hat die Einziehung, wenn ein Gegenstand wegen seiner Gefährlichkeit in den Händen des Täters eingezogen wird, ihm also bspw. eine Tatwaffe entzogen wird, weil zu befürchten ist, dass er damit erneut delinquieren werde.

B. Begriffe

Die Begriffe *Einziehung* und *Konfiskation* werden hier synonym verwendet. Dies 5 rechtfertigt sich nur schon mit Blick auf die französischen und italienischen Gesetzestexte («*Confiscation*»; «*Confisca*»). Bei der Einziehung nach Art. 69 StGB geht es darum, dem Täter (allenfalls einem Dritten)³ eine gefährliche Sache präventiv und definitiv wegzunehmen.⁴ Deshalb wird sie in der Marginalie als *Sicherungseinziehung* («*Confiscation d'objets dangereux*»; «*Confisca di oggetti pericolosi*») bezeichnet. Bei der *Einziehung von Vermögenswerten* (Art. 70 StGB, «*Confiscation de valeurs patrimoniales*»; «*Confisca di valori patrimoniali*») geht es darum, unrechtmässige Gewinne abzuschöpfen.⁵ Diese Vorteile sollen über die Vermögenseinziehung ausgeglichen werden, nach dem Motto: Strafbares Verhalten darf

² Siehe dazu hinten N 53 ff.

³ Zur Sicherungseinziehung bei Dritten im Detail hinten N 109 ff.

⁴ Botschaft, BBl 1993 III, 305 f.

⁵ Botschaft, BBl 1993 III, 305.

sich nicht lohnen.⁶ Die Vermögenseinziehung wird deshalb auch als *Abschöpfungs-* oder *Ausgleichseinziehung*⁷ bezeichnet.

- 6 Die *Beschlagnahme* hingegen ist eine (Zwangs-)Massnahme des Strafprozessrechts (vgl. Art. 263 ff. StPO). Mit der Beschlagnahme wird ein deliktsverstrickter Gegenstand bis zum definitiven Entscheid *vorläufig* unter staatliche Verfügungsgewalt gebracht.⁸
- 7 Nicht restlos geklärt ist der Begriff des *Verfalls*.⁹ Art. 59 des Strafgesetzbuchs von 1937 regelte den Verfall von Geschenken und anderen Zuwendungen.¹⁰ Diese Bestimmung statuierte den Verfall des Verbrecherlohns (*pretium sceleris*) oder räumte dem Staat eine entsprechende Ersatzforderung ein (Abs. 1). Ferner verfiel die Deliktsbeute dem Staat, wenn deren Eigentümer nicht eruiert werden konnte (Abs. 2). Eine allgemeine Einziehung unrechtmässig erwirtschafteten Gewinns gab es damals noch nicht.¹¹ Die Verfallsbestimmung ist 1994 in der Vermögenseinziehung aufgegangen.¹² Zum Teil werden die Begriffe Verfall und Vermögenseinziehung synonym verwendet i.d.S. dass es sich um staatliche *Anordnungen* handelt, mit welchen den Betroffenen in einem Endentscheid Vermögenswerte aberkannt werden.¹³ Teilweise wird mit dem Begriff des Verfalls aber auch die Vorstellung verbunden, dass das Einziehungsobjekt dem «Schuldigen» nicht erst mit dem Einziehungsentscheid abgesprochen wird. Vielmehr soll die Tat zu einer Verwirkung führen (sog. *Ipsa-Iure-Verfall*).¹⁴ Dieser Verwirkungsgedanke findet sich heute noch in der offiziellen englischen Übersetzung des Strafgesetzbuches, wo von «*forfeiture*» die Rede ist.¹⁵

⁶ St. Rsp., vgl. nur BGE 139 IV 209, E. 5.3 sowie STOOSS (1878), 48.

⁷ BAUMANN F. (1997), 29 *et passim*; Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70 N 10.

⁸ SCHULTZ, ZBJV 1978, 307; Allg. BSK StPO²–BOMMER/GOLDSCHMID, Vor Art. 263 ff. N 1.

⁹ Vgl. bereits BAUMANN E. (1907), XIII–XIV.

¹⁰ Art. 59 StGB/1937: «*Geschenke und andere Zuwendungen, die dazu bestimmt waren, eine strafbare Handlung zu veranlassen oder zu belohnen, verfallen dem Staate. Sind sie nicht mehr vorhanden, so schuldet der Empfänger dem Staate deren Wert (Abs. 1). Dem Staate verfallen auch Gegenstände, die sich jemand durch eine strafbare Handlung angeeignet hat, wenn während fünf Jahren, von der amtlichen Bekanntmachung an gerechnet, der Eigentümer nicht festgestellt werden kann (Abs. 2)*».

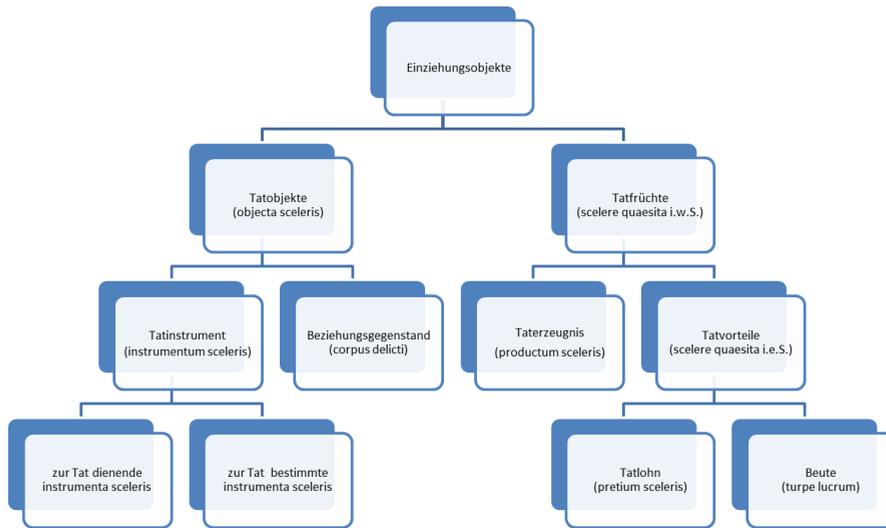
¹¹ Botschaft, BBl 1993 III, 307.

¹² Botschaft, BBl 1993 III, 305.

¹³ SCHULTZ, ZBJV 1978, 306 f.; s.a. Botschaft, BBl 1993 III, 307.

¹⁴ Diff. zur Frage, ob der Verfall von Gesetzes wegen oder erst auf behördlichen Entscheid erfolgt HAEMMERLI (1950), 16 f., der eine konstitutive Wirkung der richterlichen Verfallserklärung annimmt; zum *Ipsa-Iure-Verfall* ESER (1969), 14 Fn. 11 m.w.H. und BAUMANN E. (1907), 2; zur Verwirkung ferner GOLDSCHMIDT (1908), 446, wohl auch BÖHLER (1945), 84 und GRÜTER (1895), 24, dann aber auch a.a.O., 29.

¹⁵ Art. 69 StGB/englische Fassung: «*Forfeiture of dangerous objects*».



Die *Einziehungobjekte* lassen sich einteilen in *Tatobjekte (objecta sceleris)* einerseits und die deliktisch erlangten *Tatfrüchte (fructa sceleris, scelere quaesita i.w.S.)* andererseits. Die *Tatobjekte* lassen sich weiter unterteilen in die *Tatwerkzeuge (instrumenta sceleris)*, die bei der Begehung tatsächlich *verwendet* wurden (z.B. Mordwaffe) oder zur Tatbegehung *bestimmt* waren, und die in einem weiteren Sinne mit der Tat zusammenhängenden *Beziehungsgegenstände (corpora delicti)*.¹⁶ Zu den durch die Tat erlangten «Früchten» werden einerseits die eigentlichen *Taterzeugnisse (producta sceleris)* sowie die wirtschaftlichen *Tatvorteile (scelere quaesita i.e.S.)* andererseits gezählt. Letztere wiederum gliedern sich noch auf in den *Verbrecherlohn (pretium sceleris)* und die durch die Straftat erlangten Gegenstände und Vermögenswerte (*turpia lucra*), welche man vereinfacht als *Beute*¹⁷ bezeichnen kann.¹⁸

C. Zuständigkeit («Das Gericht»)

Nach dem Wortlaut von Art. 69 Abs. 1 StGB ist einzig das «Gericht» zuständig, die Einziehung zu verfügen. Es stellt sich zunächst die Frage, welches Gericht örtlich zuständig ist (1.), sodann ob vor dem Gericht allenfalls bereits die Staatsan-

¹⁶ Teilweise werden innerhalb der *Tatobjekte* die *Tatgegenstände*, an denen das Delikt verübt wurde (*corpora delicti*; z.B. gequältes Tier), noch von den in einem weiteren Sinne mit der Tat zusammenhängenden *Beziehungsgegenständen* unterschieden, so ESER (1969), 317; SCHMID, ZStrR 1995, 329 verwendet die Begriffe *Beziehungsgegenstände* und *corps du délit* wie hier synonym.

¹⁷ Früher bestimmte Art. 59 StGB/1937 den Verfall des Tatlohns (Abs. 1) und der (gegenständlichen) Beute (Abs. 2); zu letzterer SCHULTZ, ZBJV 1978, 312.

¹⁸ Zu dieser Aufteilung s.a. ESER (1969), 317.

waltschaft sachlich für die Einziehung zuständig sein könnte (2.). Für einen Einziehungsentscheid müssen die Prozessvoraussetzungen, wie der Strafantrag (3.), gegeben sein. Im Einziehungsverfahren selbst stellen sich Fragen zur Unschuldsvermutung (4.), zum Beweisthema (5.) und zu den Parteirechten (6.).

1. Örtliche Zuständigkeit

- 10 Wenn die Einziehung zusammen mit der Beurteilung der Tat erfolgt (sog. *akzessorische Einziehung*),¹⁹ ist der Hauptsachenrichter auch für die Beurteilung der Einziehung zuständig.²⁰ Es gilt somit i.d.R. der Gerichtsstand am Ort, an dem die Tat verübt wurde (Art. 31 Abs. 1 Satz 1 StPO). Im Übrigen gelten die allgemeinen Gerichtsstandsregeln (Art. 31 ff. StPO).²¹ Wurde die Tat im Ausland verübt, ist zunächst zu beurteilen, ob schweizerische Strafhoheit etwa dadurch begründet werden kann, dass der Taterfolg in der Schweiz eingetreten ist (Art. 8 Abs. 1 StGB).²² In diesem Fall besteht ein Gerichtsstand am Erfolgsort in der Schweiz (Art. 31 Abs. 1 Satz 2 StPO).
- 11 Problematischer sind Fälle, in denen für Taten im Ausland keine schweizerische Strafhoheit nach Art. 3–8 StGB beansprucht werden kann und ein schweizerischer Gerichtsstand zur Beurteilung der Anlasstat fehlt. Nach umstrittener Ansicht von NIKLAUS SCHMID sollen in der Schweiz liegende gefährliche Gegenstände unabhängig von schweizerischer Strafgewalt hier selbständig eingezogen werden können. Zur Begründung verweist er auf (polizeiliche) Schutzüberlegungen.²³ Richtigerweise können Massnahmen des schweizerischen Strafgesetzbuches nicht ohne schweizerische Strafhoheit angeordnet werden.²⁴
- 12 Bei «*selbstständigen*» *Einziehungen* richtet sich der Gerichtsstand nach Art. 37 StPO. Nach Abs. 1 sind selbständige Einziehungen i.S.v. Art. 376–378 StPO am Ort durchzuführen, an dem sich die einzuziehenden Gegenstände oder Vermögenswerte befinden (sog. *locus rei sitae*). Soweit sich die einzuziehenden Gegenstände in mehreren Kantonen befinden und ein sachlicher Zusammenhang besteht, sind nach Abs. 2 die Behörden des Ortes zuständig, an dem das Einziehungsver-

¹⁹ Vgl. dazu hinten N 47 ff.

²⁰ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 81 und BSK StGB I³–BAUMANN F., Art. 69 N 17, beide noch m.H.a. die unterdessen aufgehobenen Art. 346 ff. StGB; BAUMGARTNER (2014), 343 Fn. 1438.

²¹ Im Detail BSK StPO²–BARTETZKO, Art. 31 und Art. 32 *passim* sowie BSK StPO²–MOSER/SCHLAPBACH, Art. 33 ff. *passim*.

²² Zur Frage, ob der Erfolgsbegriff von Art. 7 StGB/2002 (heute Art. 8 StGB) i.S.d. Tatbestandslehre zu verstehen ist BOMMER (2005), 194 Fn. 80.

²³ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 31 und 109; DERS. (2013), N 1431 Fn. 199; ähnlich BSK StPO²–BARTETZKO, Art. 31 N 3; offengelassen BOMMER (2005), 196.

²⁴ Zur Begründung eingehend hinten N 228 ff.; STRATENWERTH, AT II², § 13 N 139; BAUMGARTNER (2014), 347; BGE 128 IV 145, E. 2d; BGE 117 IV 233, E. 4; BGE 115 Ib 538, E. 13c; ohne eindeutige Stellungnahme BSK StGB I³–BAUMANN F., Art. 69 N 8.

fahren zuerst eröffnet worden ist (sog. *forum praeventionis*).²⁵ Bei *unechten selbständigen Einziehungsverfahren*, wenn also Einziehungssubstrate erst nach abgeschlossenem Gerichtsverfahren gefunden werden,²⁶ richtet sich die örtliche Zuständigkeit nach der Hauptsachenzuständigkeit, sofern dieser Gerichtsstand in der Schweiz liegt.²⁷ Nach der dargestellten, umstrittenen Auffassung von NIKLAUS SCHMID soll das Verfahren der selbständigen Einziehung hierzulande auch bei Auslandstraftaten ausserhalb schweizerischer Strafhoheit zum Zug kommen.²⁸ Richtigerweise kann jedoch auch Art. 37 StPO keinen Gerichtsstand für Anlasstaten begründen, die nicht schweizerischer Strafhoheit unterstehen.²⁹

13 Gerichtsstände können auch vereinbart werden. Art. 38 StPO hat für die von der Gerichtspraxis bereits früher tolerierten *Gerichtsstandsvereinbarungen*³⁰ nunmehr eine explizite Gesetzesgrundlage geschaffen. Danach können die Staatsanwaltschaften untereinander einen anderen als den in den Art. 31–37 StPO vorgesehenen Gerichtsstand vereinbaren, wenn der Schwerpunkt der deliktischen Tätigkeit oder die persönlichen Verhältnisse der beschuldigten Person es erfordern oder andere triftige Gründe vorliegen (Abs. 1). Voraussetzung ist allerdings, dass am Ort des vereinbarten Gerichtsstands tatsächlich ein örtlicher Anknüpfungspunkt besteht.³¹ Sofern diese Voraussetzungen erfüllt sind, erstreckt sich ein gültig vereinbarter Gerichtsstand für die Anlasstat auch auf die örtliche Zuständigkeit zur (akzessorischen) Einziehung.

2. Sachliche Zuständigkeit

14 Nach dem eindeutigen Wortlaut von Art. 69 Abs. 1 StGB liegt die sachliche Zuständigkeit zur Anordnung der Einziehung beim «*Gericht*».³² Welches Gericht die Einziehung verfügen kann, richtet sich nach den kantonalen Gerichtsorganisationsgesetzen³³ und bei Strafsachen in Bundeszuständigkeit nach dem Strafbehördenorganisationsgesetz.³⁴

15 ERNST HAFTER hat bereits 1946 dafür plädiert, «Richter» in einem weiten Sinne zu verstehen. Auch «Untersuchungsrichter etc.» seien deshalb zur Einziehung be-

²⁵ BSK StPO²–MOSER/SCHLAPBACH, Art. 37 N 4 f.; zum alten Recht noch: Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 81 und BSK StGB II²–NAY/THOMMEN, Art. 344a N 2.

²⁶ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 80; SCHÖDLER (2012), 177 f.; krit. BSK StPO²–BAUMANN F., Art. 376 N 4 Fn. 18.

²⁷ SCHMID, ZStrR 1995, 361 Fn. 211.

²⁸ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 80.

²⁹ Insofern unzutreffend BSK StPO²–MOSER/SCHLAPBACH, Art. 37 N 2; eingehend hinten N 228 ff.

³⁰ BGE 120 IV 280, E. 2b; BSK StGB II²–NAY/THOMMEN, Vor Art. 340 N 17 f.

³¹ BGE 120 IV 280, E. 2b; BSK StPO²–MOSER/SCHLAPBACH, Art. 38 N 2; BSK StGB II²–NAY/THOMMEN, Vor Art. 340 N 19.

³² STRATENWERTH, AT II², § 13 N 140.

³³ Für den Kanton Zürich vgl. etwa das Gesetz vom 10. Mai 2010 über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG; LS 211.1), § 22 (Zuständigkeit des Bezirksgerichts als Kollegialgericht) und § 27 Abs. 1 (Zuständigkeit des Einzelrichters des Bezirksgerichts).

³⁴ Art. 35 und Art. 36 StBOG.

fugt.³⁵ Noch 1982 hatte das Bundesgericht indes entschieden, dass Einziehungsentscheide dem *Gericht stricto sensu* vorbehalten sind. Der Generalprokurator des Kantons Genf sei keine hinreichend unabhängige richterliche Behörde.³⁶ Heute kann die Einziehung auch von der *Staatsanwaltschaft* in einem Strafbefehl angeordnet werden (Art. 352 Abs. 2 StPO).³⁷ Die Staatsanwaltschaft ist auch zuständig, selbständige Einziehungen in einem Einziehungsbefehl anzuordnen (Art. 377 Abs. 2 StPO). Die Regelungen in der Strafprozessordnung derogieren somit als späteres Recht den Richtervorbehalt in Art. 69 StGB.

- 16 Noch nicht beantwortet ist damit die Frage, ob die staatsanwaltschaftliche Einziehungsbefugnis gegen übergeordnetes Recht verstösst. Unabhängig davon, ob Einziehungsentscheide eine «strafrechtliche Anklage»³⁸ darstellen oder «zivilrechtliche Ansprüche»³⁹ betreffen, besteht jedenfalls Einigkeit, dass sie in den Schutzbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK fallen.⁴⁰ Damit steht fest, dass Einziehungsbetroffene u.a. Anspruch haben auf ein unabhängiges Gericht sowie auf eine öffentliche Verhandlung. Diese Rechte werden beim Erlass eines Strafbefehls, der eine Einziehung anordnet (Art. 352 Abs. 2 StPO), nicht gewährt. Die Staatsanwaltschaft ist kein unabhängiges Gericht und das Untersuchungsverfahren ist bloss parteiöffentlich. Weil und soweit der Beschuldigte die Möglichkeit hat, Strafbefehle gerichtlich überprüfen zu lassen (Art. 354 ff. StPO), werden die Gerichts- und Öffentlichkeitsgarantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht verletzt.⁴¹ Verzichten der Beschuldigte oder allfällige weitere von der Einziehung betroffene Personen sehenden Auges auf Einsprache gegen den Strafbefehl,⁴² gilt dies zugleich als Verzicht auf ihre Konventionsrechte.⁴³ Im Ergebnis bedeutet dies, dass es nicht gegen übergeordnetes Recht verstösst, wenn Staatsanwaltschaften Einziehungen verfügen.
- 17 Das Gleiche gilt sinngemäss für *selbständige Einziehungsverfahren*⁴⁴ sowie für Einziehungen in *Einstellungsverfügungen*.⁴⁵ Im Vorentwurf zur Strafprozessordnung war noch vorgesehen, selbständige Einziehungen über CHF 50'000 dem Ge-

³⁵ HAFTER, AT², 418.

³⁶ BGE 108 IV 154, Regeste; heute noch i.d.S. SHK MSchG–RÜETSCHLI, Art. 68 N 3.

³⁷ BSK StPO²–RIKLIN, Art. 352 N 12; nach DAPHINOFF (2012), 496 gehe die staatsanwaltschaftliche Einziehungskompetenz aus Art. 353 Abs. 1 lit. h StPO hervor.

³⁸ I.d.S. für die Ausgleichseinziehung BSK StGB I¹–BAUMANN F., Art. 59 N 73; abweichend EGMR Urteil i.S. Phillips gg. Vereinigtes Königreich (41087/98) vom 5. Juli 2001, Ziff. 37–39.

³⁹ SCHÖDLER (2012), 32; ebenfalls i.d.S. zu deuten: EGMR Urteil i.S. Raimondo gg. Italien (12954/87) vom 22. Februar 1994, Ziff. 43 sowie EGMR Urteil i.S. Arcuri *et al.* gg. Italien (52024/99) vom 5. Juli 2001, Ziff. 2.

⁴⁰ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 87.

⁴¹ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 87; SCHÖDLER (2012), 30 ff.; zur EMRK-Konformität von Strafbefehlsverfahren Allg. THOMMEN (2013), 37 ff.

⁴² Zur Einsprachelegitimation: Art. 354 Abs. 1 lit. a (Beschuldigter) und lit. b (weitere Betroffene) StPO; zu Letzteren DAPHINOFF (2012), 582.

⁴³ THOMMEN (2013), 116 ff.

⁴⁴ Art. 376 ff. StPO.

⁴⁵ Art. 320 Abs. 2 Satz 2 StPO: Einstellungsverfügung; zur Zulässigkeit der Einziehung in Einstellungsverfügungen vgl. BSK StPO²–GRÄDEL/HEINIGER, Art. 320 N 10 sowie hinten N 36 ff.

richt vorzubehalten.⁴⁶ Heute ist die Staatsanwaltschaft alleine sachlich zuständig, selbständige Einziehungen anzuordnen (Art. 377 Abs. 2 StPO). Da den Betroffenen die Möglichkeit offensteht, sich gegen solche Einziehungen gerichtlich zur Wehr zu setzen, ist ihr konventionsrechtlicher Anspruch auf eine gerichtliche Beurteilung nicht verletzt: Die Einsprache gegen selbständige Einziehungen richtet sich nach den Bestimmungen über den Strafbefehl (Art. 377 Abs. 4 Satz 1 StPO), die Beurteilung erfolgt somit durch das erstinstanzliche Gericht (Art. 356 StPO). Einstellungsverfügungen können innert zehn Tagen mit Beschwerde (Art. 393 ff. StPO) an die Beschwerdeinstanz gerichtlich angefochten werden (Art. 322 Abs. 2 StPO). Legitimiert dazu sind der «Beschuldigte» und weitere betroffene Personen, soweit sie durch die Einziehung beschwert sind.⁴⁷

3. Strafantrag

Die Einleitung und Durchführung von Strafverfahren ist von zahlreichen verfahrensrechtlichen Vorbedingungen («*Prozessvoraussetzungen*») abhängig. «Positive» Prozessvoraussetzungen, wie die Verfolgungsermächtigung⁴⁸ oder die Verhandlungsfähigkeit, müssen vorliegen, damit überhaupt ein Strafverfahren aufgenommen werden darf. Hierzu zählt auch der hier speziell zu diskutierende Strafantrag. «Negative» Prozessvoraussetzungen, wie der Tod des «Täters», bilden Verfahrenshindernisse.⁴⁹ Teilweise wird auch die Verjährung als Verfahrenshindernis betrachtet.⁵⁰ 18

Es stellt sich die Frage, ob eine Sicherungseinziehung möglich ist, auch wenn kein Strafantrag vorliegt. Früher wurde das ohne weitere Begründung verneint.⁵¹ Selbst wenn man den Strafantrag mit der älteren Lehre als objektive Strafbarkeitsbedingung einstuft,⁵² würde ein fehlender Strafantrag die Einziehung nicht hindern. Die Einziehung erfolgt «*ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit*» (Art. 69 Abs. 1 StGB); vorausgesetzt ist lediglich ein strafrechtliches Unrecht. Objektive Strafbarkeitsbedingungen sind – wie ihr Name bereits andeutet – blossе Strafbarkeitsbedingungen. Ihr Fehlen wirkt sich nur auf die Verfolgbarkeit, nicht aber auf das Unrecht aus.⁵³ 19

Heute gilt der Strafantrag unbestrittenemassen als Prozessvoraussetzung (Art. 303 Abs. 1 StPO).⁵⁴ Die neuere Lehre sieht den Strafantrag nicht länger als Einzie- 20

⁴⁶ Art. 409 Abs. 6 VE-StPO/2001; dazu Bericht VE-StPO/2001, 245.

⁴⁷ BSK StPO²–GRÄDEL/HEINIGER, Art. 320 N 5 f., 12.

⁴⁸ BSK StPO²–RIEDO/FIOLKA, Art. 7 N 73 ff.

⁴⁹ Zum Tod des Einziehungsbetroffenen vgl. hinten N 119 f.

⁵⁰ Vgl. SCHMID (2013), N 315 ff.; vorliegend wird davon ausgegangen, dass die Verjährung materiell-rechtlicher Natur ist, vgl. daher hinten N 346 ff.

⁵¹ SCHULTZ, ZBJV 1978, 324; diff. GAILLARD (1985), 162 und dortige Fn. 38; GAUTHIER, ZStrR 1977, 371.

⁵² BSK StGB I³–RIEDO, Vor Art. 30 N 22.

⁵³ Im Detail hinten N 89 ff.

⁵⁴ BSK StGB I³–RIEDO, Vor Art. 30 N 21 ff. m.w.H.

hungsvoraussetzung an: Der Strafantrag betreffe den individuellen Strafverfolgungswunsch des Geschädigten, auf diesen könne es aber bei einer Einziehung im Allgemeininteresse nicht ankommen. Ferner ändere ein fehlender Strafantrag nichts daran, «*dass die Straftat objektiv und subjektiv begangen wurde*».⁵⁵ Der Gesetzestext stützt diese Ansicht: Es wird lediglich eine *Straftat*, mithin tatbestandsmässiges und rechtswidriges Unrecht, verlangt, aber gerade keine *Strafbarkeit*.⁵⁶ Wenn sich der Eigentümer eines Autos erst nach vier Monaten dazu durchringt, den Vandalen zur Verantwortung zu ziehen, der seine Windschutzscheibe zertrümmert hat, dann kann er mit seinem Strafantrag offenkundig keine Strafverfolgung wegen Sachbeschädigung mehr herbeiführen, weil die dreimonatige Antragsfrist (Art. 31 StGB) bereits abgelaufen ist. Die beim Einschlagen der Scheibe verwendete Eisenstange könnte in einer Nichtanhandnahmeverfügung dennoch eingezogen werden,⁵⁷ wenn erstens die «Tat» des Vandalen objektiv und subjektiv feststeht und zweitens weitere Vandalenakte zu befürchten sind. Grundsätzlich hindert ein fehlender Strafantrag die Einziehung somit nicht.

- 21 Gleichwohl ist eine Einziehung nur insofern legitim, als objektiv und subjektiv⁵⁸ begangenes Unrecht auch wirklich feststeht. Zwar kommt es bei fehlendem Strafantrag naturgemäss nie zu einer *gerichtlichen* Unrechtsfeststellung. Dennoch ist zu verlangen, dass die Tatbegehung mit verurteilungsgenügender, an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststeht. Daran kann es fehlen, wenn die Strafbehörde mangels Strafantrags überhaupt keine Untersuchung eröffnet und keine Beweise erhoben hat und auch die Polizei keine unaufschiebbaren Beweismassnahmen nach Art. 303 Abs. 2 StPO getroffen hat.⁵⁹ In diesen Fällen bleibt auch offen, wie die Strafbehörden nachweisen wollen, dass der einzuziehende Gegenstand in den Händen des «Täters» weiterhin eine Gefahr darstellt. Wurde hingegen eine Untersuchung eröffnet, später aber aufgrund eines Antragsrückzugs wieder eingestellt, können die Tat und die Gefährdung aufgrund der erhobenen Beweise hinreichend erstellt sein, um eine Einziehung zu rechtfertigen.
- 22 Dass eine Einziehung trotz Verfahrenseinstellung möglich ist, ist eine Folge der gesetzgeberischen Entscheidung, Konfiskationen unabhängig von der «*Strafbarkeit einer bestimmten Person*» zuzulassen. Diese Regelung kann mit der Unschuldsvermutung in Konflikt geraten, wenn über die Einziehung der Anschein erweckt wird, der Beschuldigte habe die Tat begangen.⁶⁰ Dass über die Einziehung von Gegenständen nur bedingt Prävention betrieben werden kann, wird noch zu

⁵⁵ Beide Argumente von Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 35; pauschal auch STRATENWERTH, AT II², § 13 N 62.

⁵⁶ Verkannt von GAUTHIER, ZStrR 1977, 371 f.

⁵⁷ Zur Einziehung in Nichtanhandnahmeverfügungen hinten N 46.

⁵⁸ So z.R. STRATENWERTH, AT II², § 13 N 61; a.A. Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 29.

⁵⁹ Genau mit diesem Argument, wonach «*nicht einmal ansatzweise ein Beweisverfahren durchgeführt*» werde, lehnt es SCHÖDLER (2012), 140, ab, Einziehungen in Nichtanhandnahmeverfügungen zuzulassen.

⁶⁰ Vgl. EGMR Urteil i.S. Geerings gg. die Niederlande (30810/03) vom 1. März 2007, Ziff. 47; Allg. BSK StPO²-TOPHINKE, Art. 11 N 29.

zeigen sein.⁶¹ Führt man die Sicherungseinziehung *de lege ferenda* auf ihren pönalen Kern zurück, wonach ein Gegenstand alleine deshalb eingezogen wird, weil damit delinquent wurde,⁶² könnte bei fehlendem Strafantrag wohl i.d.R. mangels gerichtlicher Feststellung einer Straftat nicht länger eingezogen werden.

4. Unschuldsvermutung

Der idealtypische Fall ist, dass eine Einziehung akzessorisch in einem Strafurteil ausgesprochen wird. In solchen Strafverfahren ist die Unschuldsvermutung anwendbar: Jede Person gilt bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig (Art. 32 Abs. 1 BV; Art. 10 Abs. 1 StPO). Die Unschuldsvermutung wirkt sich unmittelbar auf das Beweisrecht aus: Als Beweislastregel verpflichtet sie die Strafbehörden die Schuld nachzuweisen und dazu von Amtes wegen alle bedeutenden Tatsachen abzuklären (Art. 6 Abs. 1 StPO). Als Beweiswürdigungsregel besagt sie, dass sich Zweifel zugunsten des Angeklagten auswirken (*in dubio pro reo*; Art. 10 Abs. 3 StPO).⁶³ Die Unschuldsvermutung umschreibt auch das Beweisthema: Nachzuweisen ist die Schuld der beschuldigten resp. angeklagten Person. Nach überzeugender Auffassung bedeutet der Nachweis von «Schuld» im Kontext der Unschuldsvermutung primär, dass die Täterschaft, also der objektive und subjektive Tatbestand sowie das Fehlen von Rechtfertigungs- und Schuldausschlussgründen, nachzuweisen sind.⁶⁴ Die Unschuldsvermutung verpflichtet den Staat aber auch, die übrigen Voraussetzungen von *Sanktionen* nachzuweisen.⁶⁵

23

Die Rechtsprechung scheint davon auszugehen, dass die Unschuldsvermutung in selbständigen Einziehungsverfahren nicht gelte. Es handle sich um rein sachliche Verfahren (*«procédures de caractère réel»*), in denen einzig zu beurteilen sei, ob ein Einziehungssubstrat mit einer Straftat in Verbindung stehe. Die Schuld (*«culpabilité»*) des Täters sei nicht zu beurteilen.⁶⁶ Diese Rechtsprechung wird zu Recht als Kastration der Unschuldsvermutung gegeißelt.⁶⁷ Sie geht insbesondere von einem zu engen Schuldverständnis aus. Zwar trifft es zu, dass die Schuld i.S.d. Vorwerfbarkeit keine Einziehungsvoraussetzung ist, doch sind wie eingangs dargestellt unter dem Titel des Schuldnachweises sämtliche übrigen Strafbarkeitsvoraussetzungen nachzuweisen. Feststellungen über den objektiven und subjektiven

24

⁶¹ Vgl. hinten N 332 ff.

⁶² Dazu hinten N 274.

⁶³ Vgl. BGE 127 I 38, E. 2a; das Bundesgericht setzt die Unschuldsvermutung jedoch in st. Rsp. mit dem *In-Dubio-pro-Reo-Grundsatz* gleich und leitet sowohl die Beweislast als auch die Beweiswürdigungsregel aus Letzterem ab; RIKLIN, OFK StPO², Art. 10 N 8 ff.

⁶⁴ BSK StPO²-TOPHINKE/HOFER, Art. 10 N 20 f.; NADELHOFER DO CANTO (2008), 154.

⁶⁵ BSK StPO²-TOPHINKE/HOFER, Art. 10 N 20 m.w.H.

⁶⁶ BGE 132 II 178, E. 4.1 = Praxis 2002 Nr. 83, E. 4.1; BVGer BVGE 2013/40, E. 6.4.3.2.

⁶⁷ Mit eingehender Kritik BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 70/71 N 39; krit. auch NADELHOFER DO CANTO (2008), 152 ff.; zur Kritik am *In-Rem-Argument* s.a. hinten N 85 ff.

Tatbestand haben sehr wohl Relevanz für die Unschuldsvermutung. Die Unschuldsvermutung gilt deshalb auch in selbständigen Einziehungsverfahren.⁶⁸

- 25 Die Unschuldsvermutung schützt auch vor *Vorverurteilung*.⁶⁹ Die Strafbehörden dürfen vor einer Verurteilung nichts unternehmen, was den Anschein erwecken könnte, eine verdächtige Person sei schuldig. Erst recht dürfen sie nach einem Freispruch nichts unternehmen, was einer *Verdachtsstrafe* (z.B. Kostenauflage)⁷⁰ respektive einer «*presumption of guilt*» gleichkommt.⁷¹ Vor- und Verdachtsverurteilungen drohen v.a. in selbständigen Einziehungsverfahren: Die vorgezogene Einziehung und Vernichtung von Hanfpflanzen könnte als Vorverurteilung interpretiert werden.⁷² Ebenso, wenn hiezulande eine selbständige Einziehung angeordnet wird, bevor im Ausland über die Hauptsache entschieden ist.⁷³ Eine nachträgliche Verdachtsverurteilung kann vorliegen, wenn trotz eines Freispruchs eingezogen wird.⁷⁴

5. Beweis

- 26 *Beweisthema* in (akzessorischen und selbständigen) Einziehungsverfahren sind die Voraussetzungen der Einziehung. Soweit es um eine Sicherungseinziehung (Art. 69 StGB) geht, haben die Strafbehörden somit nachzuweisen, dass die Einziehungsgegenstände zu einer zumindest tatbestandsmässigen und rechtswidrigen Anlasstat verwendet wurden resp. daraus hervorgegangen sind sowie, dass diese Gegenstände, lässt man sie weiterhin in Täterhand, künftig eine Gefahr für die allgemeine Sicherheit darstellen werden.⁷⁵
- 27 Wie soeben dargelegt gilt die Unschuldsvermutung sowohl in akzessorischen als auch in selbständigen Einziehungsverfahren. Dies hat unmittelbare Auswirkungen auf das Beweisrecht: Der Staat hat die *Beweislast*; er muss die Voraussetzungen der Einziehung nachweisen. Dieser Grundsatz wird etwa durchbrochen in Art. 72 StGB bei der Einziehung von Vermögenswerten krimineller Organisationen. Dort besteht eine Vermutung, dass das Privatvermögen von Unterstützern krimineller Organisationen in der Verfügungsmacht des Verbrechensverbands steht. Den Betroffenen wird in Verletzung von Art. 6 Ziff. 2 EMRK die Last auferlegt, das Gegenteil zu beweisen.⁷⁶

⁶⁸ Zum Ganzen eingehend hinten N 83 *passim*.

⁶⁹ RIKLIN, OFK StPO², Art. 10 N 1.

⁷⁰ BSK StPO²–TOPHINKE/HOFER, Art. 10 N 5.

⁷¹ EGMR Urteil i.S. Geerings gg. die Niederlande (30810/03) vom 1. März 2007, Ziff. 47.

⁷² Nicht thematisiert in BGE 130 I 360.

⁷³ S.a. KassGer ZH, ZR 2005 Nr. 73, S. 281.

⁷⁴ Vgl. EGMR Urteil i.S. Geerings gg. die Niederlande (30810/03) vom 1. März 2007, Ziff. 47; vorbehalten bleiben hier selbstverständlich Einziehungen im Gefolge von Freisprüchen wegen Schuldunfähigkeit, vgl. hinten N 48 ff.

⁷⁵ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 88; analog für die Vermögensseinziehung BSK StGB I³–BAUMANN F., Art 70/71 N 39.

⁷⁶ Vgl. dazu SCHOLL, Art. 72 StGB N 53 ff.

Aus der Unschuldsvermutung folgt aber auch die Beweiswürdigungsregel *in dubio pro reo* (Art. 10 Abs. 3 StPO), welche besagt, dass sich Zweifel zugunsten der beschuldigten Person auswirken müssen. Können die Einziehungsvoraussetzungen nicht zweifelsfrei nachgewiesen werden, hat die Konfiskation zu unterbleiben. Damit steht auch das *Beweismass* fest. Einziehungsvoraussetzungen sind zweifelsfrei nachzuweisen.⁷⁷ Der EGMR verlangt bei Konfiskationen einen Nachweis «*beyond a reasonable doubt*».⁷⁸ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung soll der Grundsatz *in dubio pro reo* bei Prognoseentscheidungen zu Sanktionen nicht gelten.⁷⁹ Dieser auf Gefährlichkeitsprognosen bei der Verwahrung zugeschnittenen Rechtsprechung scheinen eher praktische Bedenken zur Beweisbarkeit künftigen Verhaltens als normative Überlegungen zugrunde zu liegen.⁸⁰ Nach zutreffender Ansicht unterliegen die tatsächlichen Grundlagen der Prognoseentscheidung einem strikten Nachweiserfordernis.⁸¹ Dies muss auch für die Gefährlichkeitsprognose bei der Sicherungseinziehung gelten.

6. Parteirechte

Der von der Einziehung betroffenen Person sind Parteirechte, insbesondere das rechtliche Gehör, zu gewähren. Soweit es sich dabei zugleich um die beschuldigte Person handelt, ergeben sich die Teilnahme- und Anhörungsrechte direkt aus ihrer Parteistellung (Art. 104 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 107 StPO).²⁹

Von der Einziehung betroffenen *Dritten* wurden in der Strafverfolgungspraxis nicht immer in ausreichendem Masse Parteirechte eingeräumt.⁸² Sie sind «andere Verfahrensbeteiligte» i.S.v. Art. 105 StPO, die durch eine Verfahrenshandlung beschwert sind (Abs. 1 lit. f.). Da die Einziehung unmittelbar in ihre Eigentumsrechte eingreift, stehen ihnen die Verfahrensrechte einer Partei zu (Abs. 2).⁸³³⁰

Probleme in Bezug auf die Parteirechte können sich insbesondere in selbständigen Einziehungsverfahren ergeben. Nach Art. 377 Abs. 2 StPO gibt die Staatsanwaltschaft der betroffenen Person Gelegenheit zur Stellungnahme. Dies kann faktisch unmöglich sein, wenn der Täter verstorben oder unbekanntem Aufenthaltsort ist.⁸⁴ Auch Dritten ist vor dem Erlass eines Befehls zu selbständiger Einziehung Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen.⁸⁵³¹

⁷⁷ BSK StPO²–TOPHINKE/HOFER, Art. 10 N 82; zum Nachweis Allg. KUNZ, ZStW 2009, 572 ff.

⁷⁸ EGMR Urteil i.S. Geerings gg. die Niederlande (30810/03) vom 1. März 2007, Ziff. 47.

⁷⁹ BGE 118 IV 108, E. 2a; bestätigt in: BGE 127 IV 1, E. 2a.

⁸⁰ Vgl. Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 88.

⁸¹ BSK StPO²–TOPHINKE/HOFER, Art. 10 N 20.

⁸² Zum Ganzen SCHÖDLER (2012), *passim*.

⁸³ ZK StPO²–LIEBER, Art. 105 N 8 und N 13; zum alten Recht bereits Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 83.

⁸⁴ Vgl. dazu etwa der «Mordfall von Seewen», wo zwar die Mordwaffe, nicht aber ihr Eigentümer gefunden werden konnte, dazu KIEFER, Neue Erkenntnisse zum Mordfall Seewen, NZZ, 29. Oktober 1996, 20.

⁸⁵ SCHÖDLER (2012), 179 ff.; BSK StPO²–BAUMANN F., Art. 376 N 4; SCHMID (2013), N 1433.

D. Entscheid («verfügt»)

- 32 Gemäss Art. 69 Abs. 1 StGB «verfügt» das Gericht über die Einziehung. Wie bereits dargelegt, kann die Einziehung unter bestimmten Voraussetzungen auch durch die Staatsanwaltschaft angeordnet werden.⁸⁶ Die Einziehung kann im Sachurteil ausgesprochen werden (1.), aber auch in Strafbefehlen (2.), Einstellungs- (3.), Sistierungs- (4.) oder Nichtanhandnahmeverfügungen (5.). Einen Spezialfall bildet die Verfügung einer selbständigen Einziehung (6.).

1. Urteil

- 33 Der idealtypische Fall ist, dass das Gericht zusammen mit einer *Verurteilung* des Täters (akzessorisch) eine Sicherungseinziehung verfügt. Es ist aber auch möglich, dass in der Sache ein *Freispruch* ergeht und trotzdem eine Einziehung angeordnet wird. So etwa, wenn ein Schuldunfähiger von einem Tötungsvorwurf freigesprochen wird, ihm seine Tatwaffe aber aus Sicherheitsüberlegungen dauernd entzogen werden muss. Hingegen ist eine Einziehung nicht zulässig, wenn der Freispruch erfolgt, weil eine strafbare Handlung nicht nachgewiesen werden konnte, z.B. weil der «Täter» in rechtfertigender Notwehr gehandelt hat. Hier fehlt es an einer rechtswidrigen Anlasstat. Wird dennoch eine Einziehung angeordnet, verletzt dies die Unschuldsvermutung.⁸⁷
- 34 Erfolgt ein Freispruch, weil dem *Angeklagten* die Tat nicht nachgewiesen werden kann, steht aber weiterhin fest, dass eine Straftat begangen wurde, ist zu differenzieren. Steht die Tatwaffe im Eigentum des nunmehr Freigesprochenen, ist sie ihm grundsätzlich herauszugeben, es sei denn die Voraussetzungen für eine Dritteinziehung lägen bei ihm ausnahmsweise vor.⁸⁸ Ist nicht bekannt, wem die Waffe gehört, ist eine Sicherungseinziehung ausgeschlossen. Zwar liegt eine Anlasstat vor, doch kann keine Gefährdungsprognose gestellt werden. Bis zur Abklärung der Täterschaft kann jedoch die Beweismittelbeschlagnahme (Art. 263 Abs. 1 lit. a StPO) aufrechterhalten werden.

2. Strafbefehl

- 35 Sicherungseinziehungen können nicht nur in gerichtlichen Urteilen, sondern auch in Strafbefehlen der Staatsanwaltschaft angeordnet werden.⁸⁹ Hier stellen sich die erläuterten Probleme mit Freisprüchen nicht, weil Strafbefehle immer auf Verur-

⁸⁶ Vgl. vorne N 14 ff.

⁸⁷ EGMR Urteil i.S. Geerings gg. die Niederlande (30810/03) vom 1. März 2007, Ziff. 47; s.a. BSK StPO²–HEIMGARTNER/NIGGLI, Art. 351 N 12.

⁸⁸ Dazu hinten N 109 ff.

⁸⁹ Art. 352 Abs. 2 StPO; insoweit zu eng STRATENWERTH, AT II², § 13 N 140.

teilung lauten.⁹⁰ Unabhängig von der nach wie vor nicht eindeutig geklärten Frage, ob eine Sicherungseinziehung konventionsrechtlich als «zivilrechtlicher Anspruch» oder als «strafrechtliche Anklage» einzustufen ist,⁹¹ steht nach der Strassburger Rechtsprechung jedenfalls fest, dass die Richtergarantie von Art. 6 Abs. 1 EMRK anwendbar ist.⁹² Dieser kann auch dadurch genüge getan werden, dass ein Einziehungsentscheid zunächst von einer Exekutivbehörde (Staatsanwaltschaft) angeordnet wird und erst auf Einsprache des Einziehungsbetroffenen hin gerichtlicher Beurteilung zugeführt wird.⁹³

3. Einstellung

Die Staatsanwaltschaft kann bei der Einstellung des Verfahrens anordnen, dass Gegenstände und Vermögenswerte eingezogen werden (Art. 320 Abs. 2 Satz 2 StPO). Eine Einstellungsverfügung kommt einem freisprechenden Urteil gleich (Art. 320 Abs. 4 StPO). Ebenso wie bei einem freisprechenden Urteil eine Einziehung nicht per se ausgeschlossen ist, kann sie in einer Einstellungsverfügung angeordnet werden. Es kommt auch hier auf den Grund der Verfahrenseinstellung an. 36

Nach Art. 319 Abs. 1 lit. a StPO ist einzustellen, wenn kein genügender *Tatverdacht* erhärtet ist. Eine Einziehung soll zulässig sein, «wenn das Verfahren mangels konkreten Tatverdachts eingestellt wird [...], sofern nur eine strafbare Handlung vorliegt».⁹⁴ Hier werden Tat- und Täterverdacht ungenügend auseinandergehalten: Findet die Polizei in einer Wohnung eine Frau mit tödlichen Schussverletzungen sowie die Tatwaffe, so besteht grundsätzlich ein *Tatverdacht* auf ein Tötungsdelikt.⁹⁵ Wenn sich in der Folge herausstellt, dass die Frau in einem erbitterten Scheidungsstreit lag, begründet dies einen konkreten *Täterverdacht* gegen ihren Ehemann, was in die Eröffnungsverfügung aufzunehmen ist (Art. 309 Abs. 3 StPO). Kann dieser Verdacht nicht erhärtet werden, ist das Verfahren gegen den Ehemann einzustellen. Soweit aber feststeht, dass die Frau mit der vorgefundenen Schusswaffe getötet wurde, kann das Verfahren strenggenommen nicht mangels *Tatverdachts* nach Art. 319 Abs. 1 lit. a StPO eingestellt werden. Vieles spricht dafür, dass diese Bestimmung entgegen ihres Wortlauts («kein *Tatverdacht*») nicht auf die Fälle abzielt, in denen es gänzlich an einem *Tatverdacht* fehlt, sondern auf solche, in denen ein bestehender *Tatverdacht* gegen *keine bestimmte* Person erhärtet werden konnte, es mithin an einem *Täterverdacht* fehlt. Diese Einstellung kommt einem Freispruch gleich (Art. 320 Abs. 4 StPO). Steht die Waffe, mit der die Ehefrau getötet wurde, im Eigentum des Ehemanns ist sie 37

⁹⁰ THOMMEN (2013), 243.

⁹¹ Diff. (in Bezug auf die Dritteinziehung) SCHÖDLER (2012), 30 ff.

⁹² Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 87.

⁹³ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 87; SCHÖDLER (2012), 30 ff.; zur EMRK-Konformität von Strafbefehlsverfahren Allg. Thommen (2013), 37 ff.

⁹⁴ BSK StPO²-GRÄDEL/HEINIGER, Art. 320 N 10.

⁹⁵ In Anlehnung an das Beispiel bei BSK StPO²-GRÄDEL/HEINIGER, Art. 320 N 10.

ihm grundsätzlich herauszugeben, sofern nicht die strengen Voraussetzungen einer Dritteinziehung erfüllt sind.⁹⁶ Sofern das Strafverfahren, nachdem es gegen den Ehemann eingestellt worden ist, noch weitergeführt wird, um den Täter zu finden, kann vorübergehend eine Beweismittelbeschlagnahme angeordnet werden (Art. 263 Abs. 1 lit. a StPO).

- 38 Das Verfahren ist weiter einzustellen, wenn *kein Straftatbestand* erfüllt ist (Art. 319 Abs. 1 lit. b StPO). Stellt sich im soeben geschilderten Beispiel heraus, dass die Ehefrau sich das Leben genommen hat, wird das Verfahren nach lit. b eingestellt, weil der Suizid keine Straftat darstellt. In diesem Fall ist eine Einziehung der Schusswaffe ausgeschlossen.⁹⁷
- 39 Verfahren können nach Art. 319 Abs. 1 lit. c StPO ferner eingestellt werden, wenn «*Rechtfertigungsgründe einen Straftatbestand unanwendbar machen*». Diese Formulierung ist insofern missverständlich, als sich das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes nicht auf die Anwendbarkeit eines Straftatbestandes, sondern nur auf das Unrecht einer tatbestandsmässigen Handlung auswirken kann. In der Sache ist aber klar, das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes schliesst die Einziehung aus. Setzt sich eine Frau gegen ihren Vergewaltiger mit einem Messer zur Wehr, kann dieses mangels Unrechtmässigkeit der zugefügten Stichverletzung nicht eingezogen werden. Das Verfahren ist nach lit. c einzustellen und das Messer herauszugeben.⁹⁸
- 40 Nach Art. 319 Abs. 1 lit. d StPO können auch nicht erfüllte Prozessvoraussetzungen (oder negativ formuliert: eingetretene Prozesshindernisse) Anlass zur Verfahrenseinstellung geben. So hat die Staatsanwaltschaft oder das Gericht das Verfahren einzustellen, wenn der Beschuldigte respektive der Angeklagte verstirbt. Eine Sicherungseinziehung kann in diesem Fall nur angeordnet werden, wenn der Gegenstand auch in den Händen der Erben eine Gefahr darstellt.⁹⁹
- 41 Das Verfahren wird nach Art. 319 Abs. 1 lit. e StPO eingestellt, wenn nach gesetzlicher Vorschrift auf Strafverfolgung oder Bestrafung verzichtet werden kann. Gründe für den Verzicht auf die Strafverfolgung sind u.a. in Art. 8 StPO aufgezählt:¹⁰⁰ Nach Abs. 1 sehen Staatsanwaltschaft und Gerichte namentlich unter den Voraussetzungen der Art. 52, 53 und 54 StGB von der Strafverfolgung ab. Geringfügige Schuld und Tatfolgen (Art. 52 StGB), Wiedergutmachung (Art. 53 StGB) sowie die Betroffenheit des Täters durch seine Tat (Art. 54 StGB) ändern nichts daran, dass strafrechtliches Unrecht vorliegt. Dies ergibt sich bereits aus dem systematischen Kontext: Diese Strafbefreiungsgründe sind im Dritten Titel des Allgemeinen Teils bei den «Strafen und Massnahmen» (Art. 33 ff. StGB) geregelt.

⁹⁶ Dazu hinten N 109 ff.

⁹⁷ Ebenso BSK StPO²-GRÄDEL/HEINIGER, Art. 320 N 10.

⁹⁸ I.d.S. auch BSK StPO²-GRÄDEL/HEINIGER, Art. 320 N 10.

⁹⁹ Zur Einziehung bei Tod vgl. hinten N 119 f.; zur Einstellung durch das Gericht bei fehlenden Prozessvoraussetzungen: vgl. BSK StPO²-HEIMGARTNER/NIGGLI, Art. 351 N 7.

¹⁰⁰ Weitere Anwendungsfälle bei RIKLIN, OFK StPO², Art. 319 N 2 ff. und ZK StPO²-LANDSHUT/BOSSHARD, Art. 319 N 27 ff.

Als Straftatfolgen setzen Sanktionen die Verwirklichung strafrechtlichen Unrechts voraus. Eine andere Frage ist, ob eine Einziehung bei geringen Tatfolgen, Wiedergutmachungen oder schwerer Tatbetroffenheit überhaupt verhältnismässig sein kann.¹⁰¹ Wird ein Kind aus einem Fahrzeug geschleudert, weil es ungenügend angeschnallt war, und stirbt es in der Folge, so kann das Verfahren gegen den fahrgelenkenden Elternteil wegen Betroffenheit nach Art. 54 StGB eingestellt werden. Für eine Einziehung des Fahrzeugs läge zwar grundsätzlich¹⁰² eine hinreichende Anlasstat vor (Art. 117 StGB), gleichwohl erscheint eine Konfiskation als unverhältnismässig.¹⁰³ Bei einem Täter, der Wiedergutmachung geleistet hat, ist vor einer Sicherungseinziehung sorgfältig zu prüfen, ob weiterhin Gefährlichkeit besteht.

Nach Art. 8 Abs. 2 StPO kann von einer Strafverfolgung abgesehen werden, wenn die Tat für die Strafzumessung (lit. a–b) oder die Vollstreckung irrelevant ist.¹⁰⁴ Diese prozessökonomisch motivierten Einstellungsgründe ändern nichts daran, dass die einzelnen Taten strafrechtliches Unrecht darstellen und insoweit taugliche Anlasstaten für Einziehungen sind. Ein Drogenhändler, der nachgewiesenermassen ein Kilogramm Kokain umgesetzt hat, braucht nicht noch zusätzlich verfolgt zu werden, weil er einen Joint geraucht hat. Gleichwohl kann das beschlagnahmte Marihuana eingezogen werden.¹⁰⁵ 42

Wird auf die Strafverfolgung verzichtet, weil die Straftat bereits im Ausland verfolgt oder ins Ausland abgetreten wurde (Art. 8 Abs. 3 StPO), können Tatinstrumente oder -produkte, die sich in der Schweiz befinden, hier selbständig eingezogen werden, wenn schweizerische Strafhoheit gegeben ist.¹⁰⁶ 43

Das Verfahren ist nach Art. 319 Abs. 2 StPO einzustellen, wenn der Schutz minderjähriger Opfer dies zwingend erfordert, was etwa bei Suizidalität des Kindes gegeben sein kann.¹⁰⁷ Die Norm ist insbesondere zugeschnitten auf minderjährige Opfer häuslicher Gewalt- und/oder Sexualstraftaten. Durch das Kindeswohl motivierte Einstellungen ändern nichts daran, dass strafrechtliches Unrecht gegeben ist. Hat ein Vater seine Tochter regelmässig mit einem Stock geschlagen, kann dieser auch dann eingezogen werden, wenn das Verfahren nach Art. 319 Abs. 2 StPO eingestellt wird. 44

4. Sistierung

Ein Verfahren kann auch vorübergehend eingestellt (sistiert) werden (Art. 314 StPO). Weil das Verfahren bloss provisorisch ausgesetzt wird, kann im Sistie-

¹⁰¹ Vgl. Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 34.

¹⁰² Für Kritik zu Fahrlässigkeitstaten als Anlassdelikte vgl. hinten N 238 ff.

¹⁰³ Vgl. den Fall bei BSK StGB I³–RIKLIN, Vor Art. 52–55 N 35.

¹⁰⁴ ZK StPO²–WOHLERS, Art. 8 N 19 ff.

¹⁰⁵ Siehe Art. 28e Abs. 4 BetmG; zur Einziehung von Betäubungsmitteln vgl. hinten N 213 ff.

¹⁰⁶ Vgl. hinten N 51.

¹⁰⁷ BSK StPO²–GRÄDEL/HEINIGER, Art. 319 N 24 ff.

rungsentscheid i.d.R. keine definitive Einziehung angeordnet werden.¹⁰⁸ Falls die längerfristige Aufbewahrung der Sache zu aufwendig ist, z.B. die Bewachung oder Lagerung von Hanfpflanzen,¹⁰⁹ kann allenfalls auch bei der Sistierung eine Einziehung angeordnet werden.¹¹⁰ Teilweise wird gefordert in solchen Fällen ein selbständiges Einziehungsverfahren durchzuführen.¹¹¹ Interpretiert man die Einziehung in einer solchen Konstellation als Vorverurteilung, liegt jedoch eine Verletzung der Unschuldsvermutung vor, welche der Zulässigkeit der Konfiskation entgegensteht. Nichtanhandnahme

- 46 Nach Art. 310 Abs. 1 StPO nimmt die Staatsanwaltschaft kein Strafverfahren an die Hand, wenn Straftatbestände oder Prozessvoraussetzungen eindeutig nicht gegeben sind (lit. a), Verfahrenshindernisse bestehen (lit. b) oder aus anderen Gründen auf die Strafverfolgung verzichtet werden kann (lit. c). Die Bestimmungen über die Verfahrenseinstellung sind sinngemäss anwendbar (Abs. 2). Grundsätzlich kann deshalb auch in Nichtanhandnahmeverfügungen die Einziehung von Gegenständen angeordnet werden.¹¹² Nach SARA SCHÖDLER kann in Nichtanhandnahmeverfügungen nicht über die Einziehung entschieden werden, da kein Beweisverfahren durchgeführt werde und das rechtliche Gehör nicht gewährt werden könne.¹¹³ Bei klaren Verhältnissen können die Einziehungsvoraussetzungen indes auch ohne Beweisverfahren feststehen. Auch ist es entgegen SARA SCHÖDLER möglich, die Einziehungsbetroffenen vor dem Erlass einer Nichtanhandnahmeverfügung anzuhören. Im Übrigen hängt die Zulässigkeit der Einziehung wie bei der Verfahrenseinstellung davon ab, aus welchem Grund das Verfahren nicht an die Hand genommen wurde.¹¹⁴

5. Akzessorische und selbständige Einziehung

- 47 I.d.R. erfolgt die Einziehung zusammen mit der materiellen Beurteilung der Straftat. Man spricht dann von akzessorischer oder unselbständiger Einziehung. Die akzessorische Einziehung kann entweder vom Staatsanwalt im Strafbefehl (Art. 352 Abs. 2 StPO)¹¹⁵ oder vom Gericht im Sachurteil angeordnet werden (Art. 351 Abs. 1 StPO).¹¹⁶ Meist erfolgen akzessorische Einziehungen in einer Verurteilung. Es ist aber auch möglich, einen Freispruch oder eine Verfahrenseinstellung akzessorisch mit einer Einziehung zu verbinden. Wenn sich herausstellt, dass der Täter eines Tötungsdelikts schuldunfähig ist, wird das Verfahren eingestellt; vor Gericht erfolgt ein Freispruch. Die Tatwaffe wird im gleichen Entscheid akzessorisch

¹⁰⁸ SCHÖDLER (2012), 140.

¹⁰⁹ Dazu BGE 130 I 360, E. 14.3; ferner HEIMGARTNER (2010), 322 f. und SCHÖDLER (2012), 177 f.

¹¹⁰ Mit weiteren Beispielen SCHÖDLER (2012), 140 f.

¹¹¹ SCHÖDLER (2012), 141.

¹¹² Art. 310 Abs. 2 i.V.m. Art. 320 Abs. 2 Satz 2 StPO; SCHMID (2004), N 802.

¹¹³ SCHÖDLER (2012), 139; gleich BSK StPO²-OMLIN, Art. 310 N 8a.

¹¹⁴ Vgl. vorne N 36 ff.

¹¹⁵ BSK StPO²-RIKLIN, Art. 352 N 12.

¹¹⁶ BSK StPO²-HEIMGARTNER/NIGGLI, Art. 351 N 12.

eingezogen («schuldunabhängige Einziehung»),¹¹⁷ sofern sie in der Hand des Schuldunfähigen weiterhin eine Gefahr darstellt.

Die Sicherungseinziehung ist «ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person» zu verfügen (Art. 69 Abs. 1 StGB). Gefährliche Gegenstände können somit auch eingezogen werden, wenn kein Strafverfahren gegen den Täter geführt werden kann. Sei es, weil kein Strafantrag gestellt wurde, der Täter verstorben, nicht prozessfähig, unbekanntes Aufenthalts oder im Ausland ist.¹¹⁸ Man spricht dann von *selbständiger Einziehung*, resp. in der Terminologie der Strafprozessordnung von «*selbstständiger*» Einziehung. Diese erfolgt im Verfahren nach Art. 376 ff. StPO durch die Staatsanwaltschaft.¹¹⁹ Wurde in solchen Fällen ein Strafverfahren angestrebt, konnte aus den genannten Gründen aber nicht eröffnet werden, ist es auch möglich die Nichtanhandnahmeverfügung akzessorisch mit einer Einziehung zu verbinden.¹²⁰

Von *unechter selbständiger Einziehung* spricht man, wenn Einziehungssubstrate erst *nach* abgeschlossenem Gerichtsverfahren gefunden werden und über deren Einziehung zu entscheiden ist.¹²¹ In der Sache handelt es sich bei den nachgeschobenen Einziehungen um einen nachträglichen Massnahmenentscheid (Art. 363 StPO), der allerdings nach den Vorschriften des selbständigen Einziehungsverfahrens zu treffen ist.¹²² *Ne bis in idem* steht einem nachgeschobenen Einziehungsverfahren nicht entgegen, wenn das Gericht im Zeitpunkt des ersten Urteils keine Kenntnis vom Konfiskandum hatte.¹²³

Das selbständige Einziehungsverfahren soll nach h.L. auch Anwendung finden, wenn wegen zeitlicher Dringlichkeit bereits *vor* einem Gerichtsverfahren ein Einziehungsentscheid zu treffen ist. Wenn für die Bewachung oder Lagerung von Hanfpflanzen hohe Kosten drohen, dann besteht gemäss Bundesgericht die «*Möglichkeit, ein selbständiges Einziehungsverfahren mit allfälliger anschliessender Vernichtung der Pflanzen durchzuführen*».¹²⁴ Die Anordnung eines selbständigen Einziehungsverfahrens verdient aus prozessökonomischer Sicht und zum Schutz der Einziehungsbetroffenen Zustimmung. Die unter altem Recht begründete Rechtsprechung lässt sich jedoch nicht mit Art. 376 StPO in Einklang bringen, wonach ein selbständiges Einziehungsverfahren durchgeführt wird, wenn «*ausserhalb*» eines Strafverfahrens über die Einziehung von Gegenständen zu entscheiden ist. Typischerweise ist über die Einziehung von Hanfpflanzen im Rahmen eines *laufenden* Strafverfahrens zu entscheiden. Weil es sich bei der Vernichtung von Hanfplantagen aber um eine Streitigkeit über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK handelt, ergibt sich die

¹¹⁷ So z.R. BSK StPO²–BAUMANN F., Art. 376 N 3.

¹¹⁸ SCHMID (2013), N 1431; BSK StPO²–BAUMANN F., Art. 376 N 4.

¹¹⁹ Eingehend SCHÖDLER (2012), 176 ff.

¹²⁰ SCHMID (2004), N 802; a.A. SCHÖDLER (2012), 139; BSK StPO²–OMLIN, Art. 310 N 8a.

¹²¹ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 80; SCHÖDLER (2012), 177 f.

¹²² SCHMID (2013), N 1390 Fn. 104; BSK StPO²–HEER, Art. 363 N 1.

¹²³ BGer, Urteil 6B_810/2008 vom 12. März 2009, E. 2.3.

¹²⁴ BGE 130 I 360, E. 14.3; ferner HEIMGÄRTNER (2010), 322 f. und SCHÖDLER (2012), 177 f.

Notwendigkeit, ein Einziehungsverfahren mit richterlicher Überprüfungsmöglichkeit vorzusehen, bereits aus übergeordnetem Recht.¹²⁵ Das selbständige Einziehungsverfahren nach Art. 376 StPO muss deshalb auf die Fälle vorgezogener Einziehungen in laufenden Verfahren analog angewendet werden.

- 51 Die selbständige Einziehung ist auch möglich, wenn sich der Täter einer *Inlandtat*¹²⁶ ins Ausland abgesetzt hat und nicht an die Schweiz ausgeliefert wird. Bei im *Ausland* begangenen Taten muss differenziert werden: Soweit für die Auslandstat schweizerische Strafhoheit (Art. 3–8 StGB) beansprucht werden kann, etwa weil der Erfolg in der Schweiz eingetreten ist (Art. 8 Abs. 1 StGB),¹²⁷ kann hier am Gerichtsstand des Erfolgsorts (Art. 31 Abs. 1 Satz 2 StPO) eine selbständige Einziehung angeordnet werden. Wenn es für die Auslandstat an schweizerischer Gerichtsbarkeit fehlt, kann die Einziehung nur auf Rechtshilfeersuchen aus dem Ausland erfolgen.¹²⁸ Insbesondere vermag Art. 37 StPO, wonach selbständige Einziehungen am Ort durchzuführen sind, an dem sich die einziehenden Gegenstände befinden, die fehlende schweizerische Gerichtsbarkeit nicht zu substituieren.¹²⁹
- 52 Die grösste Herausforderung liegt bei selbständigen Einziehungen im Nachweis einer Anlasstat. Deren Tatbestandsmässigkeit und Rechtswidrigkeit muss mit der für strafrechtliche Sanktionen notwendigen, an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit festgestellt werden.¹³⁰ Eine solche Feststellung kann aber die Unschuldsvermutung verletzen, wenn implizit ein Unrechtsvorwurf gegenüber dem «Täter» erhoben wird.¹³¹ Auch ist darauf zu achten, die Einziehungsbetroffenen in das selbständige Einziehungsverfahren einzubeziehen, damit sie sich verteidigen können.¹³²

E. Strafe oder Massnahme? («ohne Rücksicht [...]»)

- 53 Handelt es sich bei der Einziehung um eine (Neben-)Strafe oder um eine Massnahme? Kurz nach Inkrafttreten der eidgenössischen Einziehungsregelung schien die Frage bereits definitiv entschieden: «Die Einziehung ist im schweizerischen Strafgesetz nicht als Nebenstrafe, sondern als reine Massnahme, als ein in die Hand des Richters gelegter Verwaltungsakt zum Zwecke der Verbrechensverhü-

¹²⁵ BGer, Urteil 1P.775/2000 vom 10. April 2001, E. 4.

¹²⁶ Gemäss Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 8 StGB.

¹²⁷ Zur Frage, ob der Erfolgsbegriff von Art. 7 StGB/2002 (heute Art. 8 StGB) i. S. d. Tatbestandslehre zu verstehen ist BOMMER (2005), 194 Fn. 80.

¹²⁸ Eingehend dazu hinten N 228 ff.

¹²⁹ Insofern missverständlich BSK StPO²–MOSER/SCHLAPBACH, Art. 37 N 2.

¹³⁰ EGMR Urteil i. S. Geerings gg. die Niederlande (30810/03) vom 1. März 2007, Ziff. 47; gemäss SCHMID (2013), N 1432 gelten «die üblichen Beweisregeln».

¹³¹ BSK StPO²–BAUMANN F., Art. 376 N 4 Fn. 10.

¹³² BSK StPO²–BAUMANN F., Art. 376 N 4; SCHMID (2013), N 1433.

gung gestaltet».¹³³ Diese Frage betrifft das Wesen und die Rechtsnatur der Einziehung. Wird ein Gegenstand zur Strafe eingezogen, weil damit ein Verbrechen begangen wurde oder wird er aus der rein präventivpolizeilichen Überlegung eingezogen, dass er für die Allgemeinheit eine Gefahr darstellt? Von praktischer Relevanz sind diese Fragen etwa mit Blick darauf, ob auch Gegenstände eines Verstorbenen oder Schuldunfähigen eingezogen werden können oder ob die Einziehung bei nicht deliktsbeteiligten Dritten möglich ist. Stuft man die Einziehung als Strafe ein, müssten auch die Verjährung, ein fehlender Strafantrag oder die *reformatio in peius* beachtet werden.¹³⁴ Ferner wäre die durch die Einziehung beigefügte Vermögenseinbusse bei der Strafzumessung mit zu berücksichtigen.

1. Geschichte

Seit Beginn der Gesetzgebungsarbeiten zum Strafgesetzbuch war umstritten, ob es sich bei der Einziehung um eine Strafe oder eine Massnahme handelt. Bereits der Vergleich der kantonalen Strafgesetzbücher hat CARL STOOSS 1892 in Bezug auf die Rechtsnatur der Einziehung zur Schlussfolgerung geführt, «dass es den geltenden Gesetzgebungen an einem leitenden Gesichtspunkte fehlt»; man sei sich nicht im Klaren über «das Wesen der Konfiskation, namentlich über ihren strafrechtlichen und polizeirechtlichen Charakter».¹³⁵ 54

Die Frage nach dem Wesen der Einziehung ist auch im Kontext des damals tobenden Schulenstreits zu sehen. Nichts weniger als der Sinn und Zweck von Strafe und Strafrecht standen in diesem Streit zur Debatte. Für die Anhänger der klassischen Schule diente die Strafe einzig der Vergeltung für verwirkte Tatschuld. Die moderne Schule trat dagegen dafür ein, mit Strafe spezialpräventive Zwecke zu verfolgen.¹³⁶ CARL STOOSS nahm in diesem Streit eine vermittelnde Position ein: Seiner Meinung nach ist das Strafrecht vor allem einem zweckmässigen Rechtsgüterschutz verpflichtet.¹³⁷ Strafen allein können dieser Verpflichtung jedoch nicht genügend nachkommen, weshalb es besonderer Massnahmen bedarf. Bereits im Vorentwurf von 1893 unterschied er Strafen und sichernde Massnahmen: «Wichtiger als die Vergeltung des begangenen Unrechts an dem Übelthäter ist es für den Staat, dem Verbrechen vorzubeugen».¹³⁸ Ein umfassender Rechtsgüterschutz verlangt Repression und Prävention. CARL STOOSS verknüpfte deshalb Repression und Prävention und damit Straf- und Verwaltungsrecht insoweit miteinander, als einerseits eine Strafe auch präventiven Charakter aufweisen kann und andererseits dem Strafrichter zwecks Verbrechensbekämpfung polizeirechtliche Funktionen übertragen wurden. Für diese Verknüpfung wurde CARL STOOSS später als Erfin- 55

¹³³ AppGer BS, RS 1949 Nr. 20.

¹³⁴ Grundlegend ESER (1969), 57 ff.; zur Verjährung GAUTHIER, ZStrR 1977, 371.

¹³⁵ STOOSS, Grundzüge-I/1982, 386 (beide Zitate); diff. dazu STOOSS (1878), 32 ff.; s.a. BAUMANN E. (1907), 22.

¹³⁶ Vgl. zum Schulenstreit STRATENWERTH, AT I⁴, § 1 N 11 ff. und KAENEL (1981), 79.

¹³⁷ KAENEL (1981), 79 ff.

¹³⁸ Motive VE-StGB/1893, 35.

der des dualistischen Sanktionensystems gefeiert. Eine klare Vorstellung über das Wesen der Massnahme hatte er zu diesem Zeitpunkt allerdings noch nicht. Es ist deshalb wohl verfehlt, bereits im Vorentwurf von 1893 die Erfindung des dualistischen Sanktionensystems zu sehen.¹³⁹

- 56 Bevor CARL STOOSS mit den Gesetzgebungsarbeiten beauftragt wurde, setzte er sich im Rahmen seiner Dissertation «Zur Natur der Vermögensstrafe» vertieft mit der rechtlichen Natur der Einziehung auseinander. Die dabei gewonnenen Erkenntnisse dienten ihm als Grundlage für die Einziehungsbestimmung in den Vorentwürfen. Er kam zum Ergebnis, dass die Einziehung je nach angestrebtem Ziel Strafe oder Massnahme sein kann: Die pönale Einziehung findet ihre Rechtfertigung in einer strafbaren Handlung.¹⁴⁰ Sie bezweckt als Reaktion auf das Delikt, den Willen des Täters «zu *affliciren*»,¹⁴¹ indem sein Vermögen vermindert wird. Ziel oder Zweck der Einziehung ist also, dem Schuldigen ein Übel oder Strafleiden zuzufügen. Folglich kann ein Gegenstand strafweise nur eingezogen werden, sofern ein strafbares Verhalten bejaht werden kann und der betreffende Gegenstand im Eigentum des Täters steht.¹⁴² Die polizeiliche Einziehung dient dagegen dem Gemeinwohl. Sie bezweckt den Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Gegenständen. CARL STOOSS unterteilte sie aufgrund des Gefährlichkeitsgrades des einzuziehenden Gegenstands in eine notwendige (absolute) und eine fakultative (relative) Einziehung.¹⁴³
- 57 Gemeingefährlich sind für ihn «*alle Gegenstände, welche der Gesetzgeber an sich als gemeingefährlich erachtet, wegen ihrer schädlichen Beschaffenheit oder nahe liegenden Missbrauchs*».¹⁴⁴ Ihre Einziehung ist absolut notwendig, das heisst, sie sind zum Wohl des Staates ohne Rücksicht auf die Person des Eigentümers, Besitzers oder Inhabers einzuziehen.¹⁴⁵ Erkennt der Strafrichter auf die Einziehung absolut gemeingefährlicher Gegenstände, übt er eine *rein polizeiliche Funktion* aus.¹⁴⁶ Damit scheidet die strafweise Einziehung bei gemeingefährlichen Gegenständen aus. Sie können nur als Massnahme eingezogen werden.¹⁴⁷
- 58 Als relativ gefährlich bezeichnete CARL STOOSS Gegenstände, welche an sich nicht als gemeingefährlich zu betrachten sind, sondern erst beim Zusammentreffen gewisser Voraussetzungen das Merkmal der Gefährlichkeit erhalten. Darunter fallen insbesondere Gegenstände, welche zu einem Delikt als Mittel oder Werkzeug dienen, oder als solche bestimmt sind. Ihre Gefährlichkeit liegt in der Möglichkeit

¹³⁹ So überzeugend GERMANN, Rg 2009, 85, wonach das Konzept der Zweispurigkeit von Freiheitsstrafen und Massnahmen im Vorentwurf von 1893 erst *ansatzweise* kodifiziert war.

¹⁴⁰ STOOSS (1878), 37.

¹⁴¹ STOOSS (1878), 32; s.a. STOOSS, AT², 246.

¹⁴² STOOSS (1878), 36 ff.

¹⁴³ STOOSS (1878), 33 f.

¹⁴⁴ STOOSS (1878), 46.

¹⁴⁵ STOOSS (1878), 35 f.

¹⁴⁶ STOOSS (1878), 39.

¹⁴⁷ STOOSS (1878), 39.

einer künftigen Verwendung zu weiteren Delikten durch eine bestimmte Person.¹⁴⁸ Relativ gefährliche Gegenstände sind nur *in den Händen* einer bestimmten Person gefährlich.¹⁴⁹ Ihre Einziehung dient der Verbrechensbekämpfung.¹⁵⁰ Trotz dieses Sicherungsgedankens sind sie seiner Meinung nach strafweise einzuziehen.¹⁵¹

Diese Überlegungen setzte CARL STOOSS in Art. 28 des Vorentwurfs von 1893 59
eins zu eins um.¹⁵² Nach Abs. 1 wurden *instrumenta* und *producta sceleris* als Nebenstrafe eingezogen. Abs. 2 statuierte, dass gefährliche Gegenstände unabhängig von der Strafbarkeit einer Person einzuziehen und allenfalls unbrauchbar zu machen seien. Die Einziehung nach Abs. 1 hatte Straf-, diejenige nach Abs. 2 Massnahmencharakter.¹⁵³ Das bedeutete, dass gemeingefährliche Gegenstände ausschliesslich¹⁵⁴ nach Abs. 2 einzuziehen waren. Als Anknüpfungspunkte dienten einzig der Deliktikonnex¹⁵⁵ und die Gemeingefährlichkeit des Gegenstands.¹⁵⁶ Dies erlaubte die Einziehung ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer Person und ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse.¹⁵⁷

Relativ gefährliche Gegenstände dagegen sollten nach CARL STOOSS wohl entweder nach Abs. 1 oder nach Abs. 2 eingezogen werden können.¹⁵⁸ Allerdings räumte er der pönalen Einziehung den Vorrang ein. Das heisst, grundsätzlich sind relativ gefährliche Gegenstände nach Abs. 1 einzuziehen. Die Einziehung nach Abs. 1 hat den Vorteil, dass damit pönale *und* polizeiliche Zwecke erreicht werden können, indem einerseits der Täter mit der Einziehung bestraft wird und sie andererseits vor der Verübung eines künftigen Delikts schützt.¹⁵⁹ Ausnahmsweise konnten relativ gefährliche Gegenstände wohl auch polizeilich nach Abs. 2 eingezogen werden, sofern der Täter bspw. schuldunfähig war.¹⁶⁰ Obwohl Abs. 1 die Gefährlichkeit eines Gegenstands nicht erwähnte, ist anzunehmen, dass nach CARL STOOSS strafweise nicht irgendwelche dem Täter gehörende Gegenstände eingezogen werden konnten, sondern nur solche, welche als relativ gefährlich einzustufen waren.¹⁶¹ 60

¹⁴⁸ STOOSS (1878), 39 f.

¹⁴⁹ STOOSS (1878), 34, 39 f.; s.a. Grundzüge-I/1892, 384 f.

¹⁵⁰ STOOSS (1878), 40.

¹⁵¹ STOOSS (1878), 44 ff.

¹⁵² VE-StGB/1893, 19.

¹⁵³ Vgl. Motive VE-StGB/1893, 65 f.; Votum CARL STOOSS, Verhandlungen-I/1896, 225 f.

¹⁵⁴ Motive VE-StGB/1893, 66; ESER (1969), 70.

¹⁵⁵ Nach dem Wortlaut von Art. 28 Abs. 2 VE-StGB/1893 muss der Gegenstand bloss mit einem Verbrechen *in Zusammenhang* stehen. Krit. hierzu GOLDSCHMIDT (1908), 452.

¹⁵⁶ Vgl. STOOSS, AT², 246.

¹⁵⁷ Vgl. zu «ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse» Protokoll-I/1912, 346; s.a. STOOSS, AT², 229 f.

¹⁵⁸ STOOSS (1878), 44, wonach ausnahmsweise «*der polizeiliche Zweck die Einziehung eines Gegenstandes aus der Hand einer bestimmten Person geradezu erheischt*» und diesfalls Einziehung nicht strafweise erfolgen darf; siehe jedoch ESER (1969), 70 Fn. 84.

¹⁵⁹ STOOSS (1878), 45; Motive VE-StGB/1893, 66.

¹⁶⁰ A.M. BAUMANN E. (1907), 37 f. und 39 f.; zum Ganzen auch ESER (1969), 69 und 70 Fn. 84.

¹⁶¹ Vgl. STOOSS (1878), 46; siehe aber auch Protokoll-I/1912, 346.

- 61 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass nach Art. 28 des Vorentwurfes von 1893 nur gefährliche Gegenstände eingezogen werden konnten. Die Qualifizierung des fraglichen Gegenstands als absolut oder relativ gefährlich sollte über die Art der Einziehung entscheiden. Absolut gefährliche Gegenstände waren ausschliesslich als Massnahme einzuziehen, relativ gefährliche Gegenstände dagegen grundsätzlich als Strafe.¹⁶²
- 62 In den weiteren Vorentwürfen von 1894, 1896 und 1903 blieb die Einziehungsbestimmung im Wesentlichen unverändert. In dieser Zeit intensivierte sich hierzu-lande jedoch die Debatte um das Wesen der Massnahmen. Wie gesehen nahm CARL STOOSS bereits zu Beginn der Gesetzgebungsarbeiten zwecks einer effektiven Verbrechensbekämpfung Strafen *und* Massnahmen im Strafgesetzbuch auf. Damals fehlte es ihm bzw. der Strafrechtswissenschaft aber noch an einer klaren Vorstellung über die Wesensmerkmale der Massnahme. Insbesondere seine Auseinandersetzung mit ERNST HAFTER anfangs des 20. Jahrhunderts verschaffte mehr Klarheit hinsichtlich des Massnahmebegriffs.¹⁶³ ERNST HAFTER, Vertreter der Zweckstrafe, kritisierte an den bisherigen Vorentwürfen insbesondere die unklare Abgrenzung von Strafen und Massnahmen.¹⁶⁴ Auf diese Kritik reagierte CARL STOOSS mit einem gesetzgeberischen Vorschlag, welcher eine klare Trennung zwischen Strafen und Massnahmen enthielt.¹⁶⁵ So schlug er vor, die strafweise Einziehung neu in Art. 38 unter den Vermögensstrafen und die polizeiliche Einziehung neu in Art. 45 unter den «Anderen sichernden Massnahmen» zu regeln.¹⁶⁶ Diese Vorschläge fanden Eingang in den Vorentwurf von 1908.¹⁶⁷
- 63 In den weiteren Vorentwürfen blieb es bei der Zweiteilung in eine pönale und eine polizeirechtliche Einziehungsbestimmung. Erst der bundesrätliche Entwurf von 1918 vereinte die Einziehung wieder in einem Artikel. Entgegen dem Vorentwurf von 1893 wurden die zwei unterschiedlichen Einziehungsarten nicht in separaten Absätzen geregelt. Vielmehr wurde die strafweise Einziehung in die massnahmenrechtliche integriert und bekam so ihre heutige Gestalt. Nach Art. 55 E-StGB/1918 ist die Einziehung von Deliktsgegenständen und Produkten anzuordnen, wenn sie ein Sicherheitsrisiko darstellen.
- 64 Hierzu führte der Bundesrat in seiner Botschaft aus, die Einziehung *«wird meist als Nebenstrafe angesehen, und ist es auch, wenn die Einziehung im Urteil gegen den Täter ausgesprochen werden kann. Oft ist aber der Täter nicht zu ermitteln und doch müssen die der Rechtssicherheit gefährlichen Gegenstände, die Sprengbomben, die gefälschten Banknoten, der Vorrat gesundheitsschädlicher Lebens-*

¹⁶² BÖHLER (1945), 12; zur Unterscheidung zwischen absolut und relativ gefährlichen Gegenständen vgl. hinten N 268 ff.

¹⁶³ Zu dieser epischen Auseinandersetzung zwischen ERNST HAFTER und CARL STOOSS aus historischer Sicht GERMANN, ZStrR 2009, 171 ff.; Bibliographie/1908, 54 f.

¹⁶⁴ HAFTER, ZStrR 1904, 218.

¹⁶⁵ STOOSS, ZStrR 1905, 9.

¹⁶⁶ STOOSS, ZStrR 1905, 12.

¹⁶⁷ Art. 38 VE-StGB/1908 – Einziehung von Gegenständen;
Art. 47 VE-StGB/1908 – Einziehung gefährlicher Gegenstände.

*mittel beseitigt oder in anderer Weise unschädlich gemacht werden. Dann ist die Einziehung lediglich vorsorgliche Massnahme. Die beiden Fälle auseinander zu halten, schien nicht notwendig, sie werden hier beide berücksichtigt (Art. 55)».*¹⁶⁸

Die Zusammenführung der ehemals separat geregelten strafweisen und als Massnahme ausgestalteten Einziehung gründete einerseits auf der praktischen Überlegung, nichts «Ueberflüssiges» zu schaffen,¹⁶⁹ andererseits im verbreiteten Bestreben die strafweise Einziehung gänzlich fallen zu lassen und die Einziehung nur noch als sichernde Massnahme zu qualifizieren.¹⁷⁰ Die Materialien zeigen jedoch, dass dem Gesetzgeber trotz Zusammenlegung der beiden Einziehungsartikel zu jedem Zeitpunkt klar war, dass es sich bei der Einziehung um eine Strafe *und* eine Massnahme handeln kann.¹⁷¹

Zusammenfassend hat man im gesamten Gesetzgebungsverfahren sorgfältig danach differenziert, welcher Zweck mit der Einziehung verfolgt werden sollte. Soweit die Einziehung der Sicherung diene, sollte sie eine Massnahme sein, wurden mit ihr repressive Zwecke verfolgt, mutierte sie zur Strafe. 65

2. Lehre und Rechtsprechung

Mit dem Inkrafttreten des Schweizerischen Strafgesetzbuchs war die Diskussion um die Rechtsnatur der Einziehung noch nicht abgeschlossen.¹⁷² Teile der Lehre anerkennen weiterhin, dass die Einziehung auch repressive Elemente umfasst.¹⁷³ Andere Autoren differenzieren, indem sie einerseits hervorheben, dass es sich bei der Einziehung um eine «*Massnahme und nicht um eine Vermögensstrafe*» handle, welche deshalb auch beim Versterben des Täters angewendet werden könne, andererseits aber einschränken, dass dies nicht gelte, wenn das Konfiskandum nur in der Hand des verstorbenen Täters gefährlich war.¹⁷⁴ Insbesondere ERNST HAFTER wandte sich indessen gegen die geschilderte differenzierende Sichtweise des Gesetzgebers, wonach die Einziehung den Charakter einer Strafe hat, sofern sie sich gegen den Schuldigen richtete, ansonsten aber denjenigen einer Massnahme. Entscheidend sei vielmehr, ob Deliktswerkzeuge oder -produkte die Sicherheit gefährdeten. Treffe dies zu, so habe eine Einziehung ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person zu erfolgen. Seiner Auffassung nach sollte die «*Konfiskation [...] einheitlich sichernde Massnahme sein*».¹⁷⁵ Auch PHILLIP THORMANN/ALFRED VON OVERBECK schlossen wohl aus der systematischen Ein- 66

¹⁶⁸ Botschaft, BBl 1918 IV, 23.

¹⁶⁹ Protokoll-I/1912, 294.

¹⁷⁰ Vgl. BÖHLER (1945), 37; HAFTER, AT², 415; SCHWANDER (1952), 214; THORMANN/VON OVERBECK (1940), Art. 58 N 1; PETRZILKA (1942), 84; BGE 77 IV 18, E.1.

¹⁷¹ Protokoll-I/1912, 345; StenBull NR 1928, 961; StenBull NR 1928, 962; StenBull SR 1931, 330; Protokoll-I/1912, 347; HAFTER, ZStrR 1914, 15.

¹⁷² Vgl. BÖHLER (1945), 11 ff.

¹⁷³ GAUTHIER, ZStrR 1977, 371.

¹⁷⁴ SCHULTZ, ZBJV 1978, 324 f., dann aber a.a.O., 325.

¹⁷⁵ HAFTER (1946), 416; gleich LOGOZ (1939), Art. 58 N 2 und N 3 und SCHWANDER (1952), N 476.

gliederung, dass die die Einziehung nicht länger als Nebenstrafe am Vermögen, sondern als Massnahme zu betrachten sei. Es sei daher auch nicht notwendig, dass die Konfiskanda dem Verurteilten gehörten.¹⁷⁶

- 67 Diese Sichtweise setzte sich in der Folge durch. So wird die Einziehung heute als rein sachliche Massnahme angesehen.¹⁷⁷ Sie soll im Gegensatz zu den Massnahmen nach Art. 56 ff. StGB nicht eine Sanktion *in personam*, sondern *in rem* sein.¹⁷⁸ Zwar werde an ein Delikt angeknüpft, im Vordergrund stünden aber Sicherungsgedanken. Begründet wird dies meist unter Verweis auf den systematischen Kontext: Die Einziehung habe keinen pönalen Charakter, sie sei reine Massnahme, weil sie systematisch bei den Massnahmen geregelt sei.¹⁷⁹ Auch das Bundesgericht lässt keinen Zweifel daran, dass es die Sicherungseinziehung als rein polizeiliche Massnahme einstuft.¹⁸⁰

3. Strafe und Massnahme

- 68 Ist die Sicherungseinziehung nun Strafe oder Massnahme? Für die Sichtweise, dass die Sicherungseinziehung ausschliesslich Massnahmencharakter hat, scheint zunächst der Gesetzestext zu sprechen. Die Einziehung kann «*ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person*» angeordnet werden. Wo ein Täter nicht ermittelt werden kann, dieser verstorben oder nicht schuldfähig ist, kann eine Einziehung ohne Rücksicht auf diese Umstände angeordnet werden, sofern sich eine Gefährlichkeit begründen lässt. In diesen Fällen steht der Massnahmencharakter ausser Zweifel. Doch bloss weil Einziehungen ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit angeordnet werden *können*, ändert dies nichts daran, dass sie in den meisten Fällen gegen einen schuldfähigen Täter ausgesprochen *werden* und insoweit an dessen vergangener Straftat anknüpfen und mit der Einziehung repressiv auf ihn einwirken, mithin seinen Willen «*afficiren*».¹⁸¹
- 69 Hinzu kommt, dass der heutige Gesetzestext wie gesehen aus einer Zusammenführung zweier separater Einziehungsbestimmungen entstanden ist. Der Gesetzgeber hatte die pönale und polizeiliche Einziehung nur aus praktischen Überlegungen in einem Artikel zusammengefasst. Damit sollte gerade *nicht* zum Ausdruck gebracht werden, dass die Einziehung nur Massnahmencharakter hat.¹⁸² Dies verkennt die h.L. ebenso wie den Umstand, dass sich der Charakter einer Massnahme nicht al-

¹⁷⁶ THORMANN/VON OVERBECK (1940), Art. 58 N 2.

¹⁷⁷ SCHÖDLER (2012), 11 m.w.H.; gleich PAVLIDIS (2012), 192.

¹⁷⁸ Z.R. kritisiert BSK StPO²-BAUMANN F., Art. 376 N 1, dass der Begriff «*in rem*» unterschlage, dass sich das Verfahren immer gegen den «Vermögensinhaber» richte; zur Kritik am *In-Rem-Argument* s.a. hinten N 85 ff.

¹⁷⁹ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 13; BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 69 N 3.

¹⁸⁰ BGer, Urteil 6B_659/2010 vom 20. Dezember 2010, E. 5.1; a.A. die h.L. in Deutschland: NK StGB⁴-SALIGER, Vor §§ 73 ff. N 6.

¹⁸¹ STOOSS (1878), 32; s.a. STOOSS, AT², 246.

¹⁸² Botschaft, BBl 1918 IV, 23.

leine über deren systematische Einordnung festlegen lässt,¹⁸³ sondern zwingend auch eine Frage der *Anknüpfung*, des im Einzelfall verfolgten *Zwecks* und der *Auswirkung* auf den Betroffenen ist.¹⁸⁴

Eine Einziehung hat Strafcharakter, wenn sie an die Tat eines volldeliktisch, also tatbestandsmässig, rechtswidrig und schuldhaft handelnden Täters *anknüpft*. Mit der Sicherungseinziehung werden nach verbreiteter Auffassung primär polizeiliche *Zwecke* verfolgt.¹⁸⁵ Je nach Einziehungsgegenstand fällt es jedoch schwer zu erklären, inwiefern die Gefährlichkeit der leitende Gedanke der Einziehung sein soll. So etwa, wenn Mobiltelefone von Drogenhändlern eingezogen werden. Bei ehrlicher Betrachtung geht es hier primär nicht um den Schutz der Allgemeinheit vor Gefahren, sondern um Repression. Dem Täter wird die Sache hier nicht wegen ihrer Gefährlichkeit entzogen, sondern *weil* er damit delinquent hat.¹⁸⁶ Die Einziehung verfolgt so den Zweck, repressiv auf den Täter einzuwirken.¹⁸⁷ Schliesslich müssen auch noch die *Auswirkungen* beim enteigneten¹⁸⁸ Täter beachtet werden. Wenn Gegenstände eingezogen und vernichtet¹⁸⁹ werden oder wenn der (Netto-)Verwertungserlös der eingezogenen Sache dem Täter nicht erstattet wird, wirkt sich die Sicherungseinziehung wie eine Vermögensstrafe aus.¹⁹⁰

70

Wird z.B. das Auto eines Rasers eingezogen und verwertet, ihm aber in Anwendung von Art. 90a Abs. 2 SVG der Nettoerlös nach Abzug der Verwertungs- und Verfahrenskosten nicht ausgehändigt, dann hat diese Einziehung pönalen Charakter.¹⁹¹ Es wird an eine strassenverkehrsrechtliche Straftat angeknüpft.¹⁹² Dass mit der Einziehung (auch) Sicherungsinteressen verfolgt werden sollen,¹⁹³ ändert nichts daran, dass hier über die Enteignung repressiv auf den Täter eingewirkt wird und er diesen Eingriff subjektiv auch als Strafe empfindet.

71

Zusammengefasst machen es sich die Rechtsprechung und Lehre zu einfach, wenn sie die Einziehung unbesehen konkreter Umstände pauschal zu einer Massnahme erklären.¹⁹⁴ Wird dem Täter z.B. ein Motorfahrzeug weggenommen, weil er es bei einem Einbruchdiebstahl verwendet hat,¹⁹⁵ so wird er diese Einziehung nicht nur subjektiv als Strafe empfinden, sie hat – zumindest soweit sie entschädigungslos

72

¹⁸³ Gleich S/S²⁹-ESER, Vorbem. §§ 73 ff. N 12.

¹⁸⁴ ESER (1969), 90.

¹⁸⁵ Dazu hinten N 256 ff.

¹⁸⁶ Für Deutschland vgl. NK StGB⁴-SALIGER, Vor §§ 73 N 7, wonach Gegenstände, von denen im Moment der Einziehung keine konkrete Gefahr ausgeht, bei Tätern und Teilnehmern eingezogen werden, weil ihnen der «*Makel des sozialwidrigen Gebrauchs*» anhaftet.

¹⁸⁷ STOOSS (1878), 32; s.a. STOOSS, AT², 246.

¹⁸⁸ Zur enteignenden Wirkung der Einziehung vgl. hinten N 126 ff.

¹⁸⁹ Hinten N 299 ff.

¹⁹⁰ So auch BGE 135 I 209, E. 3.3.2.

¹⁹¹ SCHUBARTH, AJP 2005, 532 und KRUMM, AJP 2013, 382 f.; zur Einziehung von Motorfahrzeugen hinten N 184 ff.

¹⁹² Dazu hinten N 186 ff.

¹⁹³ Zur fehlenden Präventionseignung der Sicherungseinziehung vgl. hinten N 332 ff.

¹⁹⁴ Wie hier die h.L. in D: NK StGB⁴-SALIGER, Vor §§ 73 ff. N 6.

¹⁹⁵ Beispiel bei FISCHER (2016), § 74 N 8.

erfolgt – auch bei objektiver Betrachtung repressiven Charakter, weil der Gedanke der Allgemeingefährdung diese Enteignung nicht zu tragen vermag. Ein Blick auf die Rechtslage in Deutschland wird zeigen, dass der Einziehung von Deliktsgegenständen dort vorwiegend pöner Charakter zugesprochen wird (4.). Ferner wird auch noch die Frage zu beantworten sein, ob bei Sicherungseinziehungen nicht die konventionsrechtlichen Garantien für strafrechtliche Anklagen beachtet werden müssen (5.).

4. Deutschland

- 73 In Deutschland sind die Voraussetzungen der Einziehung in § 74 StGB/D wie folgt geregelt: Ist eine vorsätzliche Straftat begangen worden, so können Gegenstände, die durch sie hervorgebracht oder zu ihrer Begehung oder Vorbereitung gebraucht worden oder bestimmt gewesen sind, eingezogen werden (Abs. 1). Die Einziehung ist gemäss Abs. 2 nur zulässig, wenn die Gegenstände zur Zeit der Entscheidung dem Täter oder Teilnehmer gehören oder zustehen (Nr. 1; sog. Strafeinziehung) oder die Gegenstände nach ihrer Art und den Umständen die Allgemeinheit gefährden oder die Gefahr besteht, dass sie der Begehung rechtswidriger Taten dienen werden (Nr. 2; sog. Sicherungseinziehung). Der Blick über unsere nördliche Grenze ist deshalb interessant, weil der gegen den Täter oder Teilnehmer gerichteten Einziehung von *producta* und *instrumenta sceleris* «überwiegend Strafcharakter» zugemessen wird.¹⁹⁶ Deshalb wird die Massnahme nach § 74 Abs. 2 Nr. 1 StGB/D auch als «Strafeinziehung» bezeichnet. Gegenstände, von denen im Moment der Einziehung keine konkrete Gefahr ausgeht, werden beim Täter und Teilnehmer eingezogen, weil ihnen der «Makel des sozialwidrigen Gebrauchs» anhaftet.¹⁹⁷ Mit der Einziehung soll hier spezialpräventiv auf den Täter und generalpräventiv auf die Allgemeinheit eingewirkt werden. Die Einziehung ist insoweit eine gegen den Täter oder Teilnehmer gerichtete «gegenständlich spezifizierte Vermögensstrafe».¹⁹⁸ Als solche ist sie in die Strafzumessungsüberlegungen miteinzubeziehen.¹⁹⁹
- 74 Dagegen stehen bei der Einziehung von Gegenständen, welche die Allgemeinheit gefährden oder bei denen die Gefahr deliktischer Verwendung besteht, *sichernde* Aspekte im Vordergrund. Deshalb können nicht nur Gegenstände des Täters und Teilnehmers, sondern auch von Dritten eingezogen werden.²⁰⁰

¹⁹⁶ NK StGB⁴–SALIGER, Vor §§ 73 N 7.

¹⁹⁷ NK StGB⁴–SALIGER, Vor §§ 73 N 7.

¹⁹⁸ S/S²⁹–ESER, Vor §§ 73 ff. N 14.

¹⁹⁹ NK StGB⁴–SALIGER, Vor §§ 73 N 7.

²⁰⁰ NK StGB⁴–SALIGER, Vor §§ 73 N 8; S/S²⁹–ESER, Vor §§ 73 ff. N 15.

5. Strafrechtliche Anklage (Art. 6 EMRK)

Unbestritten ist, dass die Verfahrensgarantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK auf die Sicherungseinziehung Anwendung finden.²⁰¹ Unklar ist, ob es sich bei der Sicherungseinziehung um eine «*strafrechtliche Anklage*» oder um eine Streitigkeit über «*zivilrechtliche Ansprüche*» handelt.²⁰² 75

Nach der sog. *Engel*-Rechtsprechung liegt eine strafrechtliche Anklage vor, wenn eine staatliche Massnahme entweder im nationalen Recht dem Strafrecht zugeordnet wird oder wenn die Natur des Vergehens und die Art und Schwere der Sanktionen für den strafrechtlichen Charakter sprechen.²⁰³ Im Gegensatz dazu hat der Gerichtshof für die zivilrechtlichen Ansprüche keinen Kriterienkatalog aufgestellt.²⁰⁴ Damit Ansprüche und Verpflichtungen als zivilrechtlich gelten können, muss eine echte und ernsthafte Streitigkeit über den Bestand oder den Umfang von Rechten vorliegen, die sich aus dem nationalen Recht ergeben müssen.²⁰⁵ Der Begriff «*civil rights*» bezieht sich nicht nur auf zivilrechtliche Streitigkeiten zwischen Privaten, sondern auch auf Verwaltungsakte, sofern diese massgeblich in privatrechtliche Rechtsverhältnisse eingreifen.²⁰⁶ Als zivilrechtlich gelten insbesondere auch Streitigkeiten im Schutzbereich der Eigentumsgarantie von Art. 26 BV.²⁰⁷ 76

In Bezug auf die Vernichtung von Hanfpflanzen hat das Bundesgericht zunächst entschieden, dass es sich sowohl um eine Streitigkeit über zivilrechtliche Ansprüche als auch um eine verkappte (vorweggenommene) strafrechtliche Sanktion handle.²⁰⁸ In einem späteren Entscheid hat es die Vernichtung von Hanfpflanzen wohl als zivilrechtliche Streitigkeit eingestuft. Es handle sich um einen irreversiblen Eingriff in das Verfügungsrecht, welcher die Beschwerdeführerin in ihrer Erwerbstätigkeit für eine unbestimmte Zeitspanne einschränke.²⁰⁹ Im *PKK*-Urteil hielt das Bundesgericht fest, dass die Einziehung von Propagandamaterial zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK berühre.²¹⁰ Später hat es Konfiskationsentscheide pauschal als zivilrechtlich eingestuft.²¹¹ 77

²⁰¹ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 87; gleich für die Vermögenseinziehung NADELHOFER DO CANTO (2008), 141 und dortige Fn. 641.

²⁰² Offen gelassen etwa in EGMR Urteil i.S. Raimondo gg. Italien (12954/87) vom 22. Februar 1994, Ziff. 43.

²⁰³ EGMR Urteil i.S. Engel et al. gg. die Niederlande (5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72) vom 8. Juni 1976, Ziff. 82; s.a. BGE 140 II 384, E. 3.2.1.

²⁰⁴ KMK²-MEYER, Art. 6 N 13.

²⁰⁵ EGMR Urteil i.S. Athanassoglou et al. gg. die Schweiz (27644/95) vom 6. April 2000, Ziff. 43.

²⁰⁶ BGE 134 I 140, E. 5.2.

²⁰⁷ BGE 131 I 12, E. 1.2.

²⁰⁸ BGer, Urteil 1P.775/2000 vom 10. April 2001, E. 4.

²⁰⁹ Nicht eindeutig BGE 129 I 103, E. 2.3.3 mit missverständlichem Bezug auf BGer, Urteil 1P.775/2000 vom 10. April 2001, wo die Frage gerade offengelassen wurde; nicht eindeutig auch BGE 126 IV 107, E. 1b/cc = Praxis 2000 Nr. 126, E. 1b/cc.

²¹⁰ BGE 125 II 417, E. 4b.

²¹¹ BGE 133 IV 278, E. 2.2 = Praxis 2008 Nr. 69, E. 2.2.

- 78 Die Lehre ist sich uneinig. Streitigkeiten, die das Eigentum betreffen, fallen grundsätzlich unter den Begriff der «*zivilrechtlichen Ansprüche*» gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Die Einziehung stelle einen solchen Eingriff dar.²¹² Andere beharren darauf, dass das Verfahren zur (Ausgleichs-)Einziehung als «*strafrechtliche Anklage*» die Unschuldsvermutung zu beachten habe.²¹³ Kritisiert wird insbesondere die Praxis²¹⁴, selbständige Einziehungsverfahren generell von der Geltung der Unschuldsvermutung auszunehmen.²¹⁵ In Deutschland wird der gegen den Täter oder Teilnehmer gerichteten Einziehung von *producta* und *instrumenta sceleris* «*überwiegend Strafcharakter*» zugemessen.²¹⁶ Gesonderte Verfahren wegen *Beschlagnahme oder Einziehung* nach abgeschlossenen Strafverfahren sollen Strafverfahren i.S.v. Art. 6 EMRK sein.²¹⁷
- 79 Die Rechtsprechung des EGMR in dieser Frage ist unübersichtlich und wenig kohärent.²¹⁸ Beschlagnahmen von Geldern, welche mutmasslich organisierter Kriminalität entsprangen, wurden als zivilrechtliche Streitigkeiten eingestuft, da sie keine Schuldfeststellung enthielten und einzig der Deliktprävention dienen.²¹⁹ In *Walsh gg. Vereinigtes Königreich* wurde die nach einem Freispruch angeordnete, selbständige Konfiskation von deliktisch erlangtem Vermögen nach dem «*Proceeds of Crime Act*» als zivilrechtliche Angelegenheit eingestuft, weil die Massnahme innerstaatlich dem Zivilrecht zugeordnet werde und ihrer Natur nach keine strafenden oder abschreckenden Zwecke verfolge, sondern lediglich auf die Wiedererlangung des Vermögens gerichtet sei.²²⁰ In einem Verfahren zur Konfiskation von Vermögenswerten, deren Herkunft aus Drogenhandel kraft gesetzlicher Anordnung zu vermuten war, wurde die Unschuldsvermutung (Art. 6 Ziff. 2 EMRK) für unanwendbar erklärt, eine strafrechtliche Anklage nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK

²¹² SCHÖDLER (2012), 32.

²¹³ I.d.S. für die Ausgleichseinziehung BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 59 N 73; unentschieden NADELHOFER DO CANTO (2008), 141 Fn. 641; zur Vermögensentziehung BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 70/71 N 39; s.a. BSK StPO²-BAUMANN F., Art. 377 N 3; FROWEIN/PEUKERT (2009), Art. 6 N 43; vgl. zur Verneinung der Verletzung von Art. 6 Ziff. 2 EMRK EGMR Urteil i.S. Phillips gg. Vereinigtes Königreich (41087/98) vom 12. Dezember 2001, Ziff. 28 ff.; s.a. die Ausführungen in BGer, Urteil 1C_513/2010 vom 11. März 2011, E. 5.3 ff. = Praxis 2012 Nr. 10, E. 5.3 ff.; GRABEWARTER/PABEL (2016), 550, die darauf verweisen, dass der EGMR die im Abschöpfungsverfahren geltende Beweislastregel gleichwohl unter dem Aspekt der Unschuldsvermutung überprüft, diesen jedoch aus dem allgemeinen Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK herleitet.

²¹⁴ BGE 117 IV 233, E. 3; BGer, Urteil 6S.68/2004 vom 9. August 2005, E. 11.2.1; BGer, Urteil 6S.298/2005 vom 24. Februar 2006, E 2.1.

²¹⁵ Überzeugend NADELHOFER DO CANTO (2008), 152 ff.; s.a. BSK StPO²-BAUMANN F., Art. 377 N 3.

²¹⁶ NK StGB⁴-SALIGER, Vor §§ 73 N 7.

²¹⁷ MEYER-LADEWIG⁴ (2017), Art. 6 N 32.

²¹⁸ Z.R. IVORY (2014), 250; s.a. die *concurring/dissenting opinion* von Richter Pinto de Albuquerque in: EGMR Urteil i.S. Varvara gg. Italien (17475/09) vom 29. Oktober 2013.

²¹⁹ EGMR Urteil i.S. Arcuri et al. gg. Italien (52024/99) vom 5. Juli 2001, Ziff. 2; EGMR Urteil i.S. Raimondo gg. Italien (12954/87) vom 22. Februar 1994, Ziff. 43.

²²⁰ EGMR Urteil i.S. Walsh gg. Vereinigtes Königreich (43384/05) vom 21. November 2006, Ziff. 1.

aber (wohl) bejaht.²²¹ Die Unschuldsvermutung soll hingegen anwendbar sein, wenn eine Einziehung im Gefolge eines Freispruchs angeordnet wird.²²² Keine strafrechtliche Anklage liege vor, wenn sich die Einziehung gegen einen Dritten richtet.²²³ Die Verurteilung von *Felix Müller* und die Einziehung seiner als obszön eingestuften Bilder hat der EGMR als «*penalties or restrictions*» i.S.v. Art. 10 Ziff. 2 EMRK qualifiziert.²²⁴

Um zu beurteilen, ob eine Einziehung konventionsrechtlich als «*strafrechtliche Anklage*» einzustufen ist, komme es gemäss EGMR darauf an, wie die entsprechenden Verfahren im nationalen Recht qualifiziert werden, welches ihre wahre Natur («*essential nature*») ist sowie auf die Art und Schwere der Sanktion.²²⁵ Diese Kriterien entstammen den vom Gerichtshof in *Engel*²²⁶ und *Öztürk*²²⁷ aufgestellten Merkmalen des Strafbegriffs.²²⁸ Allerdings wird in einziehungsspezifischen Entscheiden, wie z.B. *Phillips gg. das Vereinigte Königreich*,²²⁹ unterschlagen, dass die Einordnung im nationalen Recht bereits hinreichend ist, um eine Massnahme als strafrechtlich zu qualifizieren.²³⁰ Erst wenn es daran fehlt, ist zu beurteilen, ob die Natur des Vergehens und die Art und Schwere der Sanktionen für den strafrechtlichen Charakter sprechen.²³¹ Der EGMR scheint bestrebt, seinen autonomen Begriff der Strafe universell anzuwenden, ihn also nicht auf die strafrechtliche Anklage nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK einzuschränken.²³² Die Natur einer Sanktion ist dann strafrechtlich, wenn diese eine abschreckende und repressive Funktion innehat.²³³ Schuld als Urteilsvoraussetzung soll ein Indikator für den

80

-
- ²²¹ EGMR Urteil i.S. Phillips gg. Vereinigtes Königreich (41087/98) vom 5. Juli 2001, Ziff. 36, vgl. SCHÜRMANN *et al.*, AJP 2003, 95 Ziff. 7.
- ²²² EGMR Urteil i.S. Geerings gg. die Niederlande (30810/03) vom 1. März 2007, Ziff. 41 ff.
- ²²³ EGMR Urteil i.S. Agosi gg. Vereinigtes Königreich (9118/80) vom 24. Oktober 1986, Ziff. 65 f.; s.a. EGMR Urteil i.S. Air Canada gg. Vereinigtes Königreich (18465/91) vom 5. Mai 1995, Ziff. 53 ff.; FROWEIN/PEUKERT (2009), Art. 6 N 39; krit. NADELHOFER DO CANTO (2008), 152; krit. ebenso BSK StPO²–BAUMANN F., Art. 377 N 3; diff. SCHÖDLER (2012), 31 ff.
- ²²⁴ EGMR Urteil i.S. Müller *et al.* gg. die Schweiz (10737/84) vom 24. Mai 1988, Ziff. 28.
- ²²⁵ EGMR Urteil i.S. Phillips gg. Vereinigtes Königreich (41087/98) vom 5. Juli 2001, Ziff. 31, m.H.a. EGMR Urteil i.S. A.P., M.P. und T.P. gg. die Schweiz (19958/92) vom 29. August 1997, Ziff. 39 und EGMR Urteil i.S. Welch gg. Vereinigtes Königreich (17440/90) vom 9. Februar 1995, Ziff. 27–28; s.a. SCHÜRMANN *et al.*, AJP 2003, 95 Ziff. 7.
- ²²⁶ EGMR Urteil i.S. Engel *et al.* gg. die Niederlande (5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72) vom 8. Juni 1976, Ziff. 82.
- ²²⁷ EGMR Urteil i.S. Öztürk gg. Deutschland (8544/79) vom 21. Februar 1984, Ziff. 50.
- ²²⁸ EGMR Urteil i.S. A.P., M.P. und T.P. gg. die Schweiz (19958/92) vom 29. August 1997, Ziff. 39 nimmt direkt Bezug auf die *Öztürk*-Rechtsprechung; krit. zur Rechtsprechung des EGMR FROWEIN/PEUKERT (2009), Art. 6 N 44; KMK²–MEYER, Art. 6 N 27.
- ²²⁹ EGMR Urteil i.S. Phillips gg. Vereinigtes Königreich (41087/98) vom 5. Juli 2001, Ziff. 31.
- ²³⁰ Vgl. KMK²–MEYER, Art. 6 N 24.
- ²³¹ EGMR Urteil i.S. Engel *et al.* gg. die Niederlande (5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72) vom 8. Juni 1976, Ziff. 82; s.a. BGE 140 II 384, E. 3.2.1.
- ²³² Vgl. EGMR Urteil i.S. Welch gg. Vereinigtes Königreich (17440/90) vom 9. Februar 1995, Ziff. 27–28.
- ²³³ EGMR Urteil i.S. Lutz gg. Deutschland (9912/82) vom 25. August 1987, Ziff. 54 ff.; EGMR Urteil i.S. Öztürk gg. Deutschland (8544/79) vom 21. Februar 1984, Ziff. 53; vgl. auch GRABENWARTER (2014), Art. 6 N 22.

ahndenden Charakter einer Sanktion sein.²³⁴ Das Kriterium der Art und Schwere der Sanktion bemisst sich nach einer *abstrakten* Betrachtung der gesetzlich verwirkbahren Höchststrafe.²³⁵ Wie bereits erwähnt ist die Klassifizierung nach dem nationalen Recht zur Begründung der Anwendung von Art. 6 EMRK hinreichend, jedoch nicht notwendig.²³⁶ Im Falle der fehlenden formellen Zuordnung zum nationalen Strafrecht kommen die beiden anderen Kriterien zum Zug. Die Natur des Vergehens und der Schweregrad der Sanktion kommen dabei alternativ zur Anwendung und können daher den strafrechtlichen Charakter einer Norm selbständig begründen.²³⁷ Im Zweifel über das Vorliegen eines der letzteren beiden Kriterien kann bei deren kumulativer Anwendung eine Gesamtwürdigung vorgenommen werden.²³⁸ Obwohl der Gerichtshof seit der *Engel*-Entscheidung daran festhält, dass es auf die «Natur des Vergehens» ankomme, untersucht er bei diesem zweiten Kriterium meist nicht die Natur der zugrundeliegenden Tat, sondern die Natur der angeordneten Rechtsfolge. Dies kommt etwa darin zum Ausdruck, dass er den strafenden oder abschreckenden *Zweck* der Massnahme für entscheidend erklärt.²³⁹

- 81 Richtigerweise sind die *Engel*-Kriterien einschlägig für die Frage, ob eine Einziehung strafrechtlichen Charakter hat. So hat das Bundesverwaltungsgericht im *Duvalier*-Urteil in Anwendung der drei *Engel*-Kriterien entschieden, dass die Unschuldsumutung von Art. 6 Ziff. 2 EMRK keine Anwendung finde auf die Vermutung unrechtmässigen Vermögenserwerbs in Art. 6 des Bundesgesetzes vom 1. Oktober 2010 über die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte politisch exponierter Personen (RuVG). Erstens liege keine strafrechtliche Anklage vor, weil das RuVG innerstaatlich dem Verwaltungsrecht zuzuordnen sei. Zweitens sei die Einziehung *in casu* nicht strafrechtlicher Natur, weil es nur um die unrechtmässige Herkunft («*d'origine illicite*») und nicht um die Schuld des Täters («*culpabilité de l'auteur*») gehe. Drittens richte sich die Massnahme nicht gegen einen Schuldigen, sondern es handle sich um eine Sanktion «*in rem*», die vorliegend nicht die Schwere einer Strafe erreiche.²⁴⁰ Die Begründungen zum zweiten und dritten *Engel*-Kriterium überzeugen freilich nicht. Selbstverständlich setzt die Einziehung (implizit) eine Unrechtsfeststellung voraus.²⁴¹ Dass die Wegnahme der

²³⁴ EGMR Urteil [GC] i.S. Benham gg. Vereinigtes Königreich (19380/92) vom 10. Juni 1996, Ziff. 56.

²³⁵ EGMR Urteil i.S. Campbell und Fell gg. Vereinigtes Königreich (7819/77) vom 28. Juni 1984, Ziff. 72 f.; KMK²-MEYER, Art. 6 N 26.

²³⁶ KMK²-MEYER, Art. 6 N 24.

²³⁷ EGMR Urteil i.S. Jussila gg. Finnland (73053/01) vom 23. November 2006, Ziff. 31; EGMR Urteil i.S. Ezech und Connors gg. Vereinigtes Königreich (39665/98 und 40086/98) vom 9. Oktober 2003, Ziff. 86.

²³⁸ EGMR Urteil i.S. Bendenoun gg. Frankreich (12547/86) vom 24. Februar 1994, Ziff. 44 ff.; GRABENWARTER/PABEL (2016), § 24 N 26.

²³⁹ EGMR Urteil i.S. Walsh gg. Vereinigtes Königreich (43384/05) vom 21. November 2006, Ziff. 1; EGMR Urteil i.S. Welch gg. Vereinigtes Königreich (17440/90) vom 9. Februar 1995, Ziff. 27–28; stark auf den präventiven Zweck fokussiert EGMR Urteil i.S. Arcuri *et al.* gg. Italien (52024/99) vom 5. Juli 2001, Ziff. 2; krit. dazu IVORY (2014), 250.

²⁴⁰ Vorbildlich BVGer BVGE 2013/40, E. 6.

²⁴¹ Zum insoweit zu engen Schuldbegriff vgl. vorne N 24.

unrechtmässig erlangten Bereicherung auch repressiven Charakter hat, räumt selbst das Bundesverwaltungsgericht ein.²⁴² Immerhin ist dem Gericht zugute zu halten, dass es einen systematischen Zugang findet zur Frage, ob die Einziehung eine strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK darstellt.

Klare Stellungnahmen zur Frage, ob die *Sicherungseinziehung* als strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK einzustufen ist, finden sich in der Rechtsprechung und Literatur nur selten.²⁴³ Wendet man die *Engel*-Kriterien an, ist diese Frage zu bejahen: Die Sanktion der Sicherungseinziehung ist hierzulande im Strafgesetzbuch geregelt. Dieser Befund alleine würde nach der *Engel*-Rechtsprechung schon ausreichen, um die Sicherungseinziehung als Strafrecht zu taxieren. Ferner hat die Sicherungseinziehung ihrem Wesen nach – wie alle Sanktionen des Strafgesetzbuchs – präventive und repressive Elemente. Sie knüpft zwingend an eine tatbestandsmässige und rechtswidrige Straftat an. Systematisch ist sie bei den Massnahmen untergebracht und sie soll die Gefahren bannen, die von einem Gegenstand ausgehen. Je nach Einziehungsgegenstand fällt es jedoch schwer zu erklären, inwiefern die Gefährlichkeit der leitende Gedanke der Einziehung sein soll.²⁴⁴ So etwa, wenn Schraubenzieher von Einbrechern oder Mobiltelefone von Drogenhändlern eingezogen werden. Bei ehrlicher Betrachtung geht es hier primär nicht um den Schutz der Allgemeinheit vor Gefahren, sondern um Repression. Dem Täter wird die Sache nicht wegen ihrer Gefährlichkeit entzogen, sondern *weil* er damit delinquent hat. Die Einziehung verfolgt so den Zweck, repressiv auf den Täter einzuwirken.²⁴⁵ Schliesslich müssen auch noch die *Auswirkungen* beim enteigneten²⁴⁶ Täter beachtet werden. Wenn Gegenstände eingezogen und vernichtet²⁴⁷ werden oder wenn der (Netto-)Verwertungserlös der eingezogenen Sache dem Täter nicht erstattet wird, wirkt sich die Sicherungseinziehung wie eine Vermögensstrafe aus.²⁴⁸

Die Sicherungseinziehung ist somit nach vorliegend vertretener Auffassung als strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 EMRK einzustufen. Damit finden nicht nur die Gerichts-, Fairness- und Öffentlichkeitsgarantien nach Ziff. 1 Anwendung, sondern insbesondere auch die Unschuldsvermutung nach Ziff. 2 und die spezifischen strafrechtlichen Verteidigungsgarantien nach Ziff. 3. Soweit die Sicherungseinziehung akzessorisch in einem Strafverfahren behandelt wird, ergeben sich diese Garantien bereits aus der Aburteilung der Anlasstat. Eigenständige Bedeutung

²⁴² BVGer BVGE 2013/40, E. 6.4.3.2.

²⁴³ Kategorisch immerhin Richter Pinto de Albuquerque in *concurring/dissenting opinion* zu EGMR Urteil i.S. Varvara gg. Italien (17475/09) vom 29. Oktober 2013.

²⁴⁴ Zur fehlenden Präventionseignung der Sicherungseinziehung siehe hinten bei N 332 ff.

²⁴⁵ STOOSS (1878), 32; s.a. STOOSS, AT², 246; siehe dazu auch die Ausführungen vorne N 68 ff.

²⁴⁶ Zur enteignenden Wirkung der Einziehung vgl. hinten N 126 ff.

²⁴⁷ Hinten N 299 ff.

²⁴⁸ So auch BGE 135 I 209, E. 3.3.2; für Deutschland vgl. S/S²⁹-ESER, Vor §§ 73 ff. N 14; vgl. hierzu insb. Art. 90a Abs. 2 SVG und die entsprechenden Bemerkungen unter N 184 ff.

haben sie deshalb vor allem in selbständigen Einziehungsverfahren. Insbesondere *in dubio pro reo* gilt daher auch in selbständigen Einziehungsverfahren.²⁴⁹

- 84 Noch nicht beantwortet ist damit die Frage, ob auch Einziehungen gegen Schuldunfähige oder Dritte als strafrechtliche Anklagen i.S.v. Art. 6 EMRK einzustufen sind. Die Sicherungseinziehung richtet sich auch hier nach Art. 69 StGB, ist also innerstaatlich dem Strafrecht zugeordnet. Ihrem Wesen nach ist die Sanktion soweit sie Schuldunfähige und Dritte betrifft indes rein präventiver Natur.²⁵⁰ Die kommunikative Dimension der Repression läuft hier wesensgemäss ins Leere. Schuldunfähige und Dritte sind keine tauglichen Adressaten strafrechtlicher Schuldvorwürfe. Der strafrechtliche Charakter ist deshalb zu verneinen, auch wenn sich die Massnahme beim Dritten in ihren faktischen Auswirkungen wie eine Strafe anfühlt.²⁵¹ Weil mit der Einziehung in das Eigentum der Betroffenen eingegriffen wird, liegt jedoch eine Streitigkeit über zivilrechtliche Ansprüche vor, weshalb zumindest die Garantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu beachten sind.

6. Sanktion «in rem» oder «in personam»

- 85 Zur Begründung der Natur der (Sicherungs-)Einziehung wird immer wieder angeführt, dass es sich hierbei um eine Sanktion «in rem» handle, also um eine Massnahme, die sich nicht gegen eine Person («in personam»), sondern gegen eine Sache (*res*) richte.²⁵² Damit soll einerseits rein deskriptiv auf den Umstand hingewiesen werden, dass sich die Einziehung im Gegensatz zu den übrigen Sanktionen, wie etwa Freiheitsstrafen oder therapeutische Massnahmen, nicht gegen Personen richtet, sondern gegen ein Einziehungsobjekt in Gestalt einer gefährlichen Sache oder eines deliktisch erlangten Vermögenswerts.²⁵³ Um die Einordnung als rein sachliche Massnahme zu unterstreichen, wird in diesem Zusammenhang noch darauf hingewiesen, dass die Einziehung «ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person»²⁵⁴ angeordnet werden könne und hierfür auch ein selbständiges Einziehungsverfahren (Art. 376 ff. StPO) vorgesehen sei.²⁵⁵ Das selbständige Einziehungsverfahren werde deshalb auch «Verfahren in rem» genannt.²⁵⁶

²⁴⁹ Gleich NADELHOFER DO CANTO (2008), 152 ff.

²⁵⁰ Zur Sicherungseinziehung bei Dritten im Detail hinten N 109 ff.

²⁵¹ Vgl. etwa EGMR Urteil i.S. Agosi gg. Vereinigtes Königreich (9118/80) vom 24. Oktober 1986, Ziff. 65 f.; EGMR Urteil i.S. Air Canada gg. Vereinigtes Königreich (18465/91) vom 5. Mai 1995, Ziff. 53 ff.; diff. SCHÖDLER (2012), 34; für die Geltung der Unschuldsvermutung auf für unbeteiligte Dritte BSK StPO²–BAUMANN F., Art. 377 N 3; BSK StGB I³–BAUMANN F., Art. 70/71 N 39 unter Verweis auf ARZT, recht 1993, 78.

²⁵² So etwa das BVGer BVGE 2013/40, E. 6.4.3.2.

²⁵³ Statt vieler PAVLIDIS (2012), 192.

²⁵⁴ BGE 117 IV 233, E. 3; BGE 132 II 178, E. 4 = Praxis 2007 Nr. 83, E. 4.

²⁵⁵ BGer, Urteil 6S.68/2004 vom 9. August 2005, E. 11.2.1; BVGer BVGE 2013/40, E. 6.4.3.2.

²⁵⁶ Botschaft, BBl 2006, 1306; zu dieser Terminologie zu Recht krit. BSK StPO²–BAUMANN F., Art. 376 N 1.

Andererseits ist die Einordnung der Einziehung als sachliche Massnahme auch *instrumenteller* Natur. Hinter der Kategorisierung als Massnahme «*in rem*» steckt das handfeste Bestreben, die Anwendbarkeit strafrechtlicher Verfahrensgarantien auszuschliessen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung soll die Unschuldsvermutung in selbständigen Einziehungsverfahren nicht gelten. Begründet wird dies damit, dass die Einziehung ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person möglich sei und somit auch nicht die Durchführung eines Strafverfahrens gegen eine bestimmte Person voraussetze. Die zuständige Behörde dürfe und müsse daher auch in Fällen, in denen ein Strafverfahren aus irgendwelchen Gründen nicht stattfindet oder eingestellt wird, prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der Einziehung erfüllt seien. Eine strafrechtliche Schuld sei denn auch gerade nicht Voraussetzung für eine Einziehung.²⁵⁷ Weil es sich nicht um ein Verfahren gegen eine Person («*in personam*»), sondern eben gegen eine Sache («*in rem*») handle, bestehe – so wohl die Überlegung – kein vergleichbar grosses Schutzbedürfnis. Auch der EGMR wendet die Unschuldsvermutung in diesem Kontext i.d.R. nicht an.²⁵⁸ In *Walsh gg. Vereinigtes Königreich* schützte er ein selbständiges Einziehungsverfahren, welches der nordirische *Court of Appeal* als Verfahren *in rem* eingestuft hatte.²⁵⁹

86

Sowohl die deskriptive als auch die instrumentelle Verwendung des Begriffs der *Massnahme in rem* sind abzulehnen. In seiner beschreibenden Funktion geht der Begriff fehl, weil er verharmlosend eine reine Objektbezogenheit suggeriert, obwohl in Wirklichkeit immer Personen von Einziehungsmassnahmen betroffen sind. Egal ob die Einziehung akzessorisch oder selbständig erfolgt, trifft sie immer entweder den Täter oder einen Dritten in seinen Eigentums- oder Vermögensrechten.²⁶⁰ Die Einziehung als sachliche Massnahme zu bezeichnen, ist aber auch deshalb verfehlt, weil sie sich nicht gegen die Gefährlichkeit der Sache, sondern des Täters richtet. Die h.L. und Rechtsprechung versucht mit ihrer Konstruktion, wonach der *Gegenstand* in Täterhand weiterhin eine Gefahr darstellen müsse, den Schein aufrecht erhalten kann, dass es sich bei der Sicherungseinziehung um eine rein sachliche und deshalb auf den konkreten Einziehungsgegenstand beschränkte Massnahme handle. Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass in der Hand

87

²⁵⁷ So etwa in BGE 117 IV 233, E. 3; BGE 132 II 178, E. 4 = Praxis 2007 Nr. 83; BGer, Urteil 6S.68/2004 vom 9. August 2005, E. 11.2.1; BGer, Urteil 6S.298/2005 vom 24. Februar 2006, E 2.1; vgl. auch KassGer ZH, ZR 2005 Nr. 73, S. 280; anders noch die Entscheide des OG ZH vom 12. April 1988 (i.S. C. & Kons.) sowie vom 31. März 1987 (i.S. C. und T.) erwähnt bei GASSER (1992), 166, gemäss denen auch im selbständigen Einziehungsverfahren uneingeschränkt und absolut der Grundsatz der Unschuldsvermutung gelte.

²⁵⁸ EGMR Urteil i.S. Phillips gg. Vereinigtes Königreich (41087/98) vom 5. Juli 2001, Ziff. 36; anders hingegen EGMR Urteil i.S. Geerings gg. die Niederlande (30810/03) vom 1. März 2007, Ziff. 41 ff., wonach die Unschuldsvermutung anwendbar ist, wenn eine Einziehung im Gefolge eines Freispruchs angeordnet wird; vgl. auch Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 88 und v.a. dortige Fn. 460, Art. 70–72 StGB Fn. 779.

²⁵⁹ EGMR Urteil i.S. Walsh gg. Vereinigtes Königreich (43384/05) vom 21. November 2006.

²⁶⁰ So für die Vermögenseinziehung z.R. BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 70/71 N 20 und N 58; BSK StPO²-BAUMANN F., Art. 376 N 1.

bestimmter Personen jeder Gegenstand gefährlich sein kann. Im Zentrum steht deshalb die Tätergefährlichkeit.²⁶¹

- 88 Der Begriff der Massnahme *in rem* sollte aber auch nicht instrumentalisiert werden, um Verfahrensgrundrechte ausser Kraft zu setzen. Grundsätzlich unbestritten ist, dass bei der zu einem ordentlichen Strafverfahren akzessorisch durchgeführten Einziehung die strafprozessualen Grundprinzipien zur Anwendung gelangen.²⁶² In Bezug auf die *selbständige* Einziehung gibt es Stimmen, die sich dem Bundesgericht unkritisch anschliessen.²⁶³ Die Rechtsprechung, wonach die Unschuldsvermutung in (selbständigen) Einziehungsverfahren nicht gelte, weil es sich um eine rein sachliche Massnahme handle, wird von der h.L. jedoch zu Recht kritisiert.²⁶⁴ Nach MARTIN SCHUBARTH ist die Kontroverse gar ein «*sinnloser Streit um Worte*». Zu Recht weist er darauf hin, dass die Einziehungsvoraussetzungen in jedem Fall nachzuweisen seien. Eine Vermutung gelte insoweit nicht.²⁶⁵

F. Unrecht und Verfolgung («[...]auf die Strafbarkeit»)

- 89 Wie bereits eingangs erwähnt, knüpfen die strafrechtlichen Massnahmen an verwirklichtes *Unrecht* an.²⁶⁶ Dies bedeutet, dass die Anlasstat tatbestandsmässig und rechtswidrig, nicht aber schuldhaft begangen worden sein muss. Die *Strafbarkeit* des Täters ist, wie der Gesetzestext unmissverständlich zum Ausdruck bringt («*ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person*»), keine Einziehungsvoraussetzung. Notwendig ist mithin der Nachweis von Unrecht, ohne dass es zur strafrechtlichen Verfolgung der Tat gekommen sein muss.
- 90 Ein Blick in die Gesetzgebungsgeschichte zeigt, dass es keineswegs selbstverständlich ist, dass heute für eine Einziehung nur noch strafrechtliches Unrecht und nicht auch eine Verurteilung verlangt wird. In den Vorentwürfen zum Strafgesetzbuch wurden nämlich noch pönale und polizeiliche Einziehungen unterschieden. Grundsätzlich sollten *instrumenta* und *producta sceleris* als *Nebenstrafe* und damit pönal eingezogen werden. Die strafweise Einziehung richtete sich deshalb gegen den «Schuldigen» (Art. 28 Abs. 1 VE-StGB/1893). Lediglich gefährliche Gegenstände sollten *polizeilich* unabhängig von der Strafbarkeit einer Person eingezogen werden. Hierzu bestimmte Art. 28 Abs. 2 VE-StGB/1893, dass diese Massnahme «*ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer Person*» stattfinde.²⁶⁷ Erst durch die

²⁶¹ Hierzu eingehend hinten N 273 ff.

²⁶² BGer, Urteil 6S.300/2003 vom 30. Oktober 2003, E. 2; NADELHOFER DO CANTO (2008), 147.

²⁶³ CR CPP–CONTI, Art. 377 N 20; PCR CPP–MOREILLON/PAREIN-REYMOND, Art. 377 N 19; HIRSIG-VOUILLOZ, AJP 2007, 1389.

²⁶⁴ BSK StGB I³–BAUMANN F., Art. 70/71 N 58; NADELHOFER DO CANTO (2008), 152 ff.; PK StPO²–SCHMID, Art. 377 N 3; Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 StGB N 88, Art. 70–72 StGB Fn. 779.

²⁶⁵ SCHUBARTH, ZStrR 2010, 223; s.a. ZK StPO²–SCHWARZENEGGER, Art. 377 N 3.

²⁶⁶ Siehe vorne N 3.

²⁶⁷ Vgl. Motive VE-StGB/1893, 65 f.; Verhandlungen-I/1896, 225 f.

wenig überzeugend begründete Zusammenführung dieser beiden Einziehungsbestimmungen durch den Bundesrat²⁶⁸ und das Parlament ergab sich die heutige Regelung, dass auch Deliktswerkzeuge und -produkte ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person eingezogen werden können. Sachgerecht ist diese Lösung immerhin für die Einziehung von Deliktsgegenständen zulasten von schuldunfähigen, aber gefährlichen Straftätern.

1. Tatbestandsmässigkeit

Unrecht setzt zunächst Tatbestandsmässigkeit voraus. Der Täter muss somit sämtliche objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale erfüllen.²⁶⁹ Dies verkennt das Bundesgericht, wenn es die Einziehung von gefälschten Goldmünzen gemäss der Spezialbestimmung von Art. 249 StGB auch für einen Fall bejaht, in dem der subjektive Tatbestand nicht erfüllt war.²⁷⁰ Am subjektiven Tatbestand fehlt es etwa, wenn der Täter aufgrund eines Sachverhaltsirrtums (Art. 13 StGB) ohne Vorsatz handelt.²⁷¹ Ebenfalls wegen fehlenden Vorsatzes ausgeschlossen ist eine Einziehung bei Putativnotwehr und -notstand.²⁷² Unzutreffend ist, dass beim Drogenbesitz auf den subjektiven Tatbestand verzichtet werden kann.²⁷³ Wenn der Beschuldigte nicht weiss, dass sich illegale Drogen in seinem Reisekoffer befinden, handelt er nicht unrechtmässig. Die Einziehung kann sich somit nicht auf *seinen* Drogenbesitz stützen. Eine andere Frage ist, ob anderweitig objektiv und subjektiv tatbestandsmässige Betäubungsmitteldelikte, z.B. unerlaubte Einfuhr (Art. 19 Abs. 1 lit. b BetmG) in mittelbarer Täterschaft, nachgewiesen werden können,²⁷⁴ und ob diese für die Einziehung ausreichen.²⁷⁵

91

2. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe schliessen das Unrecht der Tat aus. Bei gesetzlich erlaubten Handlungen (Art. 14 StGB), Notwehr (Art. 15 StGB), Notstand (Art. 17 StGB) oder Wahrung berechtigter Interessen etc., fehlt es ebenso an strafrechtlichem Unrecht wie beim Vorliegen einer Einwilligung des Verletzten.²⁷⁶ Konkret kann die Waffe, mit der zu Recht Notwehr geübt wurde, nicht eingezogen werden. Ebenso wenig können die Werkzeuge eingezogen werden, mit denen sich Wanderer Zutritt

92

²⁶⁸ Botschaft, BBl 1918 IV, 23.

²⁶⁹ So z.R. STRATENWERTH, AT II², § 13 N 61.

²⁷⁰ BGE 123 IV 55, E. 1.

²⁷¹ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 29.

²⁷² A.A. Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 33.

²⁷³ So aber Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 29.

²⁷⁴ Für diese Sachverhaltskonstellation vgl. EGMR Urteil i.S. Salabiaku gg. Frankreich (10519/83) vom 7. Oktober 1988. *I.c.* ging es um «versehentlichen» Schmuggel. Salabiaku führte am Flughafen statt eines erwarteten Pakets einen fremden Koffer aus, der 10 kg Cannabis enthielt.

²⁷⁵ Zur Einziehung von Betäubungsmitteln vgl. hinten N 213 ff.

²⁷⁶ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 33.

zu einer Berghütte verschaffen, um sich vor einem schweren Unwetter in Sicherheit zu bringen.

3. Schuld

- 93 Schuld i.S.e. persönlichen Vorwerfbarkeit der Tat ist keine Voraussetzung der Einziehung. Die Einziehung hat *«ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person»* zu erfolgen. Fehlende Schuld steht einer Bestrafung entgegen, ändert jedoch nichts daran, dass Unrecht verwirklicht worden ist. Die Sicherungseinziehung ist somit grundsätzlich auch gegen Personen möglich, die nicht schuld-fähig (Art. 19 Abs. 1 StGB) sind,²⁷⁷ sich in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum (Art. 21 StGB) befanden,²⁷⁸ in einer entschuldbaren Notstandssituation waren (Art. 18 StGB) oder in einem asthenischen Notwehrexzess gehandelt haben (Art. 16 Abs. 2 StGB).
- 94 NIKLAUS SCHMID vertritt die Auffassung, dass eine Sicherungseinziehung grundsätzlich entfallende, wenn *«der Täter in Nötigungsnotstand schuldlos handelte»*.²⁷⁹ Es leuchtet ein, dass eine Sicherungseinziehung – ebenso wie therapeutische Massnahmen oder die Verwahrung – auch gegenüber schuldunfähigen Tätern möglich sein müssen. So muss die Waffe eines psychisch schwer gestörten Gewalttäters auch dann eingezogen werden können, wenn dieser infolge Schuldunfähigkeit freigesprochen werden muss. Bei einem Täter, der die Grenzen der Notwehr in entschuldbarer Bestürzung über den Angriff überschreitet oder der sich unter dem Eindruck einer schweren Drohung in einem Nötigungsnotstand befindet, fehlt es i.d.R. wohl an einer vergleichbaren Gefährlichkeit, weshalb die Einziehung aus diesem Grund entfallen kann. Ferner dürfte sie in solchen Fällen auch eine unverhältnismässige Massnahme sein. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Einziehung aufgrund des objektiv und subjektiv verwirklichten Unrechts grundsätzlich möglich ist.

4. Objektive Strafbarkeitsbedingungen

- 95 Objektive Strafbarkeitsvoraussetzungen, wie der Eintritt einer Körperverletzung beim Raufhandel oder die Konkurseröffnung bei den Art. 163 ff. StGB²⁸⁰, sind – wie ihre Bezeichnung bereits sagt – Voraussetzungen der Strafbarkeit. Früher wurde auch der Strafantrag als objektive Strafbarkeitsbedingung angesehen.²⁸¹ Ihre Besonderheit liegt darin, dass sich der Vorsatz nicht auf sie beziehen muss.²⁸²

²⁷⁷ OGer LU, LGVE 1999 I Nr. 48, S. 100.

²⁷⁸ KK²-TRECHSEL, Art. 58 N 10 m.H.a. den m.E. mangels Verbotsirrtums nicht einschlägigen BGE 97 IV 10.

²⁷⁹ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 29 Fn. 104, m.H.a. SCHULTZ, ZBJV 1978, 323.

²⁸⁰ STRATENWERTH, AT I⁴, § 8 N 29.

²⁸¹ BSK StGB I³-RIEDO, Vor Art. 30 N 22 m.w.H.

²⁸² DONATSCH/TAG (2013), § 8 N 3.

Kann ein bei einer Schlägerei verwendeter gefährlicher Gegenstand auch dann eingezogen werden, wenn niemand ernsthaft zu Schaden gekommen ist? Sofern den Beteiligten Tätlichkeiten nachzuweisen sind, können diese als Anlasstaten fungieren. Falls nicht, stellt sich die Frage, ob auch bei Fehlen objektiver Strafbarkeitsbedingungen eingezogen werden kann. Die neuere Lehre bejaht dies.²⁸³ Der Gesetzestext stützt diese Auffassung: Die Einziehung ist ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit, und damit wohl auch ohne Rücksicht auf deren objektive Bedingungen, zugelassen. Objektive Strafbarkeitsbedingungen sind keine notwendige Einziehungsvoraussetzung, weil sie nicht Bestandteil des Unrechts sind: Der Gesetzgeber stuft bereits die Teilnahme an einer Schlägerei als Unrecht ein, erst im Schadensfall sieht er sich aber zu strafrechtlicher Ahndung veranlasst.²⁸⁴ M.a.W. offenbart sich das Anlasstatenrecht bereits zureichend in der Teilnahme an der Schlägerei, sodass allfällige Tatwerkzeuge eingezogen werden können, sofern sie in Täterhand weiterhin eine Gefahr darstellen.

5. Strafbefreiungsgründe

Nach Art. 52 StGB sieht die zuständige Behörde «von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung ab», wenn die Schuld und die Tatfolgen nur von geringfügigem Ausmass sind. Die gleichen Rechtsfolgen ordnen Art. 53 StGB für die Wiedergutmachung und Art. 54 StGB für die persönliche Betroffenheit des Täters durch seine Tat an. Auch im übrigen materiellen Recht finden sich zahlreiche Bestimmungen, welche ein Absehen von Strafe vorsehen.²⁸⁵ Der Ehemann, der seiner Frau hilft, vor einer Gerichtsverhandlung zu fliehen, indem er mit einem Fahrzeug bereitsteht, macht sich der Begünstigung nach Art. 305 StGB strafbar. Wegen der persönlichen Nähe zu seiner Frau kann gemäss Art. 305 Abs. 2 StGB von einer Bestrafung Umgang genommen werden.²⁸⁶ 96

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind die Rechtsfolgen je nach Verfahrensstadium verschieden: Während die Strafverfolgungsbehörden von der Strafverfolgung absehen, mithin eine Einstellung oder Nichtanhandnahme verfügen können, kann das Gericht nur noch einen Schuldspruch unter Verzicht auf Bestrafung ausfällen.²⁸⁷ Diese unter altem Recht ergangene Rechtsprechung ist mit Art. 8 Abs. 1 StPO («Staatsanwaltschaft und Gerichte sehen von der Strafverfolgung ab») nicht länger vereinbar. Richtigerweise müssten deshalb auch Gerichte 97

²⁸³ STRATENWERTH, AT II², § 13 N 62; etwas zögerlicher Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 34 Fn. 134; a.A. noch SCHULTZ, ZBJV 1978, 324.

²⁸⁴ STRATENWERTH, AT I⁴, § 8 N 29.

²⁸⁵ Vgl. hierzu die Liste bei BSK StGB I³–RIKLIN, Vor Art. 52–55 N 12.

²⁸⁶ Sachverhalt in Anlehnung an BGE 73 IV 237, wo es allerdings um die Anstiftung zur Begünstigung durch Bekannte ging.

²⁸⁷ So zur Wiedergutmachung BGE 135 IV 27, E. 2.4.

in diesen Fällen Strafverfahren einstellen dürfen. Gleichwohl hat das Bundesgericht an seiner Rechtsprechung festgehalten.²⁸⁸

- 98 Folgt man der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und verpflichtet die Gerichte, bei Vorliegen von Strafbefreiungsgründen einen Schuldspruch unter Strafverzicht auszufällen, dann ergeben sich zumindest für damit verbundene Einziehungen keine Probleme. Es liegt dann eine *gerichtlich festgestellte* tatbestandsmässige und rechtswidrige Anlasstat vor, die eine Einziehung ermöglicht.
- 99 Doch auch wenn die Staatsanwaltschaft das Verfahren nach Art. 52 ff. StGB einstellt oder nicht an die Hand nimmt, bleibt eine Einziehung grundsätzlich möglich.²⁸⁹ Geringfügige Schuld und Tatfolgen (Art. 52 StGB), Wiedergutmachung (Art. 53 StGB) sowie die Betroffenheit des Täters durch seine Tat (Art. 54 StGB) ändern nichts daran, dass strafrechtliches Unrecht vorliegt. Dies ergibt sich bereits aus Bezeichnung dieser Institute als «Strafbefreiungsgründe»: Trotz vorliegendem Unrecht wird auf die Strafe verzichtet. Zum gleichen Ergebnis führt ein Blick auf den systematischen Kontext: Die Strafbefreiungsgründe sind im Dritten Titel des Allgemeinen Teils bei den «Strafen und Massnahmen» (Art. 33 ff. StGB) geregelt. Als Straftatfolgen setzen Sanktionen die Verwirklichung strafrechtlichen Unrechts voraus.
- 100 Eine andere Frage ist, ob eine Einziehung bei geringen Tatfolgen, Wiedergutmachungen oder schwerer Tatbetroffenheit überhaupt verhältnismässig sein kann.²⁹⁰ Soll ein Fahrzeuglenker, der bei dem von ihm verschuldeten Verkehrsunfall seine Partnerin sowie seine Eltern verloren hat, zusätzlich mit einer Einziehung seines Fahrzeugs belastet werden?²⁹¹ Für eine Einziehung des Fahrzeugs läge zwar grundsätzlich²⁹² eine hinreichende Anlasstat vor (Art. 117 StGB), gleichwohl erscheint eine Konfiskation als unverhältnismässig. Bei einem Täter, der Wiedergutmachung geleistet hat, ist vor einer Sicherungseinziehung sorgfältig zu prüfen, ob weiterhin Gefährlichkeit besteht. Das Gesagte gilt *ceteris paribus* auch für die übrigen Opportunitätseinstellungen des materiellen Strafrechts.²⁹³
- 101 Der entscheidende Unterschied zwischen einem gerichtlichen Schuldspruch unter Strafverzicht und einer staatsanwaltschaftlichen Verfahrenseinstellung gestützt auf Strafbefreiungsgründe besteht im Grad des Unrechtsnachweises. Im ersten Fall liegt eine gerichtliche Unrechtsfeststellung vor, welche den Schuldspruch und damit auch die Einziehung trägt. Genau daran fehlt es bei Verfahrenseinstellungen und Nichtanhandnahmen, welche sich auf Art. 52 ff. StGB stützen. «Die Einstellung des Verfahrens unter Anwendung des Opportunitätsprinzips enthält nicht im-

²⁸⁸ BGE 139 IV 220, Regeste.

²⁸⁹ Dazu bereits vorne N 36 ff.

²⁹⁰ Vgl. Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 34.

²⁹¹ Vgl. den Fall bei BSK StGB I³-RIKLIN, Vor Art. 52–55 N 35.

²⁹² Für Kritik zu Fahrlässigkeitstaten als Anlassdelikte vgl. hinten N 238 ff.

²⁹³ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 34; vgl. etwa Art. 19a Ziff. 2 BetMG (Verfahrenseinstellung bei leichten Fällen von Betäubungsmittelkonsum); Art. 194 Abs. 2 StGB (Verfahrenseinstellung, wenn sich der exhibitionistische Täter ärztlicher Behandlung unterzieht).

plizit die Feststellung, dass die strafbare Handlung begangen worden ist». Eine verbindliche Unrechtsfeststellung findet somit nicht statt, weil das Verfahren ohnehin aufgrund geringer Tatfolgen etc. nicht weitergeführt wird. Gleichwohl muss bei Opportunitätseinstellungen ein «ausreichender Tatverdacht» festgestellt sein, weil ansonsten bereits aufgrund fehlender Verurteilungswahrscheinlichkeit einzustellen wäre.²⁹⁴ Gleich wie bei der selbständigen Einziehung stellt sich hier die Frage, welchen Grad an Tatnachweis es braucht. Auch hier gilt, dass die Tatbestandsmässigkeit und Rechtswidrigkeit mit der für strafrechtliche Sanktionen notwendigen, an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit feststehen muss. Ein blosser Tatverdacht reicht nicht aus.²⁹⁵

6. Häusliche Gewalt (Art. 55a StGB)

Die Verfolgung von Delikten im Rahmen häuslicher Gewalt wird von Amtes wegen aufgenommen. Das Verfahren kann jedoch mit Zustimmung des Opfers sistiert werden (Art. 55a Abs. 1 StGB). Widerruft das Opfer seine Zustimmung zur Verfahrenssistierung nicht innerhalb von sechs Monaten, so ist das Verfahren definitiv einzustellen (Art. 55a Abs. 3 StGB). Selbst wenn hier ein ausreichender Verdacht auf häusliche Gewalt weiterbestehen sollte, sind der Behörde die Hände gebunden: Sie muss einstellen. Art. 55a StGB statuiert keinen Strafbefreiungsgrund,²⁹⁶ der es erlauben würde einen Schuldspruch ohne Straffolgen zu fällen. Die Einstellung kommt vielmehr einem freisprechenden Urteil gleich.²⁹⁷ Wenn man diesen Freispruch zum Nennwert nehmen würde, hätte dies in der Praxis die unschöne Konsequenz, dass «Tatwaffen» bei häuslicher Gewalt mangels Delikt-konnexes nicht eingezogen werden könnten.²⁹⁸ Man muss deshalb danach differenzieren, weshalb hier ein Freispruch ergeht: Delikte im Rahmen häuslicher Gewalt nach Art. 55a StGB sind nach geltender Rechtsprechung²⁹⁹ de facto Antragsdelikte.³⁰⁰ Widerruft das Opfer häuslicher Gewalt seinen Sistierungswunsch nicht (Art. 55a Abs. 3 StGB), wirkt sich dies wie ein fehlender oder zurückgezogener Strafantrag aus.³⁰¹ Es fehlt an einer Prozessvoraussetzung, die aber

102

²⁹⁴ Beide Zitate aus BGer, Urteil 6B_568/2007 vom 28. Februar 2008, E. 5.1; zum Ganzen BSK StGB I³-RIKLIN, Vor Art. 52–55 N 30 ff.

²⁹⁵ Vgl. hierzu die Ausführungen vorne N 47 ff. zur selbständigen Einziehung m.H.a. EGMR Urteil i.S. Geerings gg. die Niederlande (30810/03) vom 1. März 2007, Ziff. 47; gemäss SCHMID (2013), N 1432 gelten «die üblichen Beweisregeln»; zur Vereinbarkeit mit der Unschuldsvermutung vgl. vorne N 23 ff.

²⁹⁶ BSK StGB I³-RIEDO/ALLEMANN, Art. 55a N 216.

²⁹⁷ BSK StGB I³-RIEDO/ALLEMANN, Art. 55a N 224.

²⁹⁸ Vgl. etwa den *Sachverhalt* in BGer, Urteil 6S.454/2004 vom 21. März 2006, Lit. A, wo der Beschwerdeführer seiner Tochter ein Brotmesser unter das Kinn hielt und drohte, sie umzubringen. Im *Ergebnis* wurde i.c. das Verfahren jedoch trotz Widerrufs nicht eingestellt; weiteres Beispiel bei GAILLARD (1985), 162 Fn. 38.

²⁹⁹ BGer, Urteil 6S.454/2004 vom 21. März 2006, E. 3.

³⁰⁰ BLATTNER (2015), 117; ähnlich BSK StPO²-RIEDO/FIOLKA, Art. 7 N 137.

³⁰¹ Dazu bereits vorne N 20 ff.

«nichts daran ändert, dass die Straftat objektiv und subjektiv begangen wurde».³⁰² Eine Einziehung bleibt somit bei einem häuslichen Gewaltdelikt auch nach einer Verfahrenseinstellung grundsätzlich möglich. Jedoch ist wiederum zu fordern, dass die Tatbegehung und die fortbestehende Gefährlichkeit feststehen.³⁰³ Bei einem *ex officio* aufgenommenen und durch Sistierung und Widerrufsverzicht zum Erliegen gekommenen Strafverfahren wegen häuslicher Gewalt können genügend diesbezügliche Beweise vorliegen, um eine Einziehung zu rechtfertigen. Anders präsentiert sich die Beweissituation, wenn etwa mangels Anzeige bereits *a priori* keinerlei Untersuchungshandlungen vorgenommen wurden. In beiden Fällen gilt auch hier, dass eine Einziehung, welche trotz Verfahrenseinstellung angeordnet wird, mit der Unschuldsvermutung in Konflikt geraten kann, wenn dadurch der Anschein erweckt wird, der Täter habe die Tat begangen.³⁰⁴

7. Strafaufhebungsgründe

- 103 Die Möglichkeit, eine ausgesprochene Strafe zu vollziehen, kann nachträglich entfallen. Dies ist trifft zu, wenn die Vollstreckung verjährt ist (Art. 99 f. StGB), der Verurteilte begnadigt wird (Art. 381 ff. StGB) oder verstirbt. In diesen Fällen bleibt eine Sicherungseinziehung grundsätzlich möglich, sofern der Gegenstand in den Händen des Besitzers (ausnahmsweise) weiterhin eine Gefahr darstellt.³⁰⁵ Die Amnestie («Massenbegnadigung»)³⁰⁶ nach Art. 384 StGB wirkt sich in Bezug auf die bereits Verurteilten als Strafaufhebungsgrund aus, in Bezug auf Beschuldigte und noch nicht im Fokus der Strafverfolgung stehende Personen, wie ein Strafbefreiungsgrund. Grundsätzlich hindert auch eine Amnestie nicht daran, deliktsverstrickte Gegenstände einzuziehen.³⁰⁷ Liegt der Grund für die Amnestie darin, dass ein Verhalten nicht länger als strafwürdiges Unrecht angesehen wird, kann dies gegen eine Einziehung sprechen.

G. Einziehungsbetroffene («Person»)

- 104 Gegen wen kann sich die Einziehung richten? Das Gericht verfügt die Einziehung ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit «*einer bestimmten Person*» (Art. 69 Abs. 1 StGB). Damit wird lediglich zum Ausdruck gebracht, dass für eine Einziehung der Nachweis strafrechtlichen Unrechts ausreicht und nicht auch eine bestimmte *Person* für dieses Unrecht strafrechtlich zur Verantwortung gezogen worden sein muss. *Wer* aber Einziehungsbetroffener sein kann, sagt Art. 69 StGB nicht. Kön-

³⁰² Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 35; pauschal auch STRATENWERTH, AT II², § 13 N 62.

³⁰³ Siehe bereits vorne bei N 21.

³⁰⁴ Vgl. EGMR Urteil i.S. Geerings gg. die Niederlande (30810/03) vom 1. März 2007, Ziff. 47; Allg. BSK StPO²-TOPHINKE, Art. 11 N 29; vgl. bereits vorne N 22.

³⁰⁵ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 37.

³⁰⁶ BSK StGB II³-GASS, Vor Art. 381 N 26.

³⁰⁷ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 37.

nen Gegenstände nur beim Täter (1.) oder allenfalls auch bei Teilnehmern (2.) oder gar bei Dritten (3.) eingezogen werden? Schliesslich ist noch zu beurteilen, was geschieht, wenn die einziehungsbetroffene Person stirbt (4.).

1. Täter

I.d.R. werden mit der Sicherungseinziehung gefährliche Gegenstände eingezogen, die sich im Eigentum des Täters befinden. Obligatorische oder dingliche Rechte Dritter an Sachen im Eigentum des Täters stehen der Einziehung ebensowenig entgegen, wie eine bereits erfolgte vollstreckungsrechtliche Pfändung der Sache oder ein entsprechender Konkursbeschlagnahme (Art. 44 SchKG).³⁰⁸ Mit «Täter» ist diejenige Person gemeint, welche die Anlasstat in tatbestandsmässiger, rechtswidriger und schuldhafter Weise begangen hat. Dabei ist unerheblich, ob sie die Tat als Haupttäter, Mittäter oder mittelbarer Täter begangen hat. Mit dem gegen sie gerichteten Urteil in der Sache wird zugleich die Einziehung, z.B. der Tatwaffe, angeordnet. Weil die Einziehung «ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit» zu erfolgen hat, kann sie auch gegen schuldunfähige oder u.U. gegen entschuldigte³⁰⁹ «Täter» angeordnet werden. Ist nachgewiesen, dass der Täter strafrechtliches Unrecht verwirklicht hat, steht auch sein Tod einer Einziehung nicht entgegen.³¹⁰ Dies gilt allerdings nur (für den praktisch wohl seltenen Fall) als der Gegenstand auch in den Händen der Erben weiterhin eine Gefahr darstellt.³¹¹

Soweit sich die Einziehung gegen den Täter richtet, hat sie nach hier vertretener Ansicht (auch) pönalen Charakter. Neben den (problematischen)³¹² Sicherungsaspekt, die Allgemeinheit vor Gefahren zu schützen, die von einem Deliktsgegenstand in den Händen des Täter ausgehen, tritt hier die kommunikative Dimension der Einziehung: Die Sache wird dem Täter weggenommen, weil er damit delinquent hat. Der Zweck der Einziehung somit liegt darin, den Willen des Täters «zu affizieren».³¹³ Dies gilt jedenfalls dann, wenn der eingezogene Gegenstand vernichtet oder dem Täter der die Verwertungs- und Gerichtskosten übersteigende (Netto-)Verwertungserlös der eingezogenen Sache vorenthalten wird.³¹⁴

Gegenstände, die sich zwar in der faktischen Verfügungsgewalt respektive im Besitz des Täters befinden, jedoch im Eigentum eines Dritten stehen, sei es, weil sie der Täter von diesem ausgeliehen, gemietet oder geleast hat, können nur nach den

³⁰⁸ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 24 m.w.H.; BGE 120 IV 365, E. 2; KUKO SchKG-ROHNER, Art. 44 N 2.

³⁰⁹ Dazu vorne N 93 f.

³¹⁰ Anders noch die Vorentwürfe bis 1916: vgl. etwa Art. 50 Ziff. 1 Abs. 2 VE-StGB/1916 – Strafweise Einziehung von Gegenständen.

³¹¹ Z.R. SCHULTZ, ZBJV 1978, 325.

³¹² Zur fehlenden Präventionseignung der Sicherungseinziehung vgl. hinten N 332 ff.

³¹³ So bereits STOOSS (1878), 32; s.a. STOOSS, AT², 246.

³¹⁴ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 76; MÜLLER/RISKE, recht 2013, 252 f.; auch für den Fall der Aushändigung des Nettoverwertungserlöses skeptisch SCHUBARTH, AJP 2005, 532 und KRUMM, AJP 2013, 382 f.

Voraussetzungen der Dritteinziehung³¹⁵ konfisziert werden. Das Gleiche gilt, wenn der Täter die Sache vom Dritten aufgrund eines dinglichen Rechtsgeschäfts bekommen hat und es etwa als Pfand oder in Nutzniessung (z.B. als Wohnrecht) hält.³¹⁶

2. Teilnehmer

- 108 Die Einziehung kann sich auch gegen Personen richten, die an der Anlasstat bloss als Teilnehmer beteiligt waren,³¹⁷ sei es, dass sie die Tat durch Anstiftung in Gang gesetzt oder als Gehilfe unterstützt haben. Für die Teilnehmer gilt das für die Täter Gesagte sinngemäss. Der Teilnehmer hat im Rahmen der Akzessorietät am Haupttatunrecht Anteil. Entsprechend verfolgt die Einziehung hier nicht nur Sicherungs- sondern auch Bestrafungszwecke. Sie wird gegen den Teilnehmer auch deshalb angeordnet, *weil* er für die Haupttat mitverantwortlich ist. Das Brecheisen und das Fluchtfahrzeug, welche der Gehilfe dem Einbrecher zur Verfügung gestellt hat, brauchen somit nicht nach den Regeln über die Dritteinziehung³¹⁸ konfisziert zu werden. Das Gleiche gilt für das Mobiltelefon, welches der Anstifter verwendet hat, um den Auftragsmörder zu kontaktieren. Freilich ist der Nettoverwertungserlös, also der Restsaldo nach Abzug von Verwertungs- und Verfahrenskosten, auch hier dem Teilnehmer auszuhändigen.³¹⁹

3. Dritte

- 109 Als Dritte im hier relevanten Sinne gelten nur Personen, bei denen keinerlei Deliktsskonnex besteht. Bei sog. absolut gefährlichen Gegenständen, wie verbotene Betäubungsmittel oder Pornografie, sind die Erwerber zwar insofern Dritte als sie z.B. nicht Hersteller sind. Weil aber auch der Besitz solcher Gegenstände bestraft wird, ist ein Deliktsskonnex gleichwohl gegeben.
- 110 Bereits Ende des 19. Jahrhunderts wurde gefordert, dass die *polizeiliche* Einziehung absolut gefährlicher Gegenstände³²⁰ ohne Rücksicht auf die Person des Eigentümers, Besitzers oder Inhabers, also auch bei nicht tatbeteiligten Dritten möglich sein soll.³²¹ Auf der anderen Seite sollte die *pönale* Einziehung von Gegenständen, die bloss in den Händen des Täters eine Gefahr darstellten, bei

³¹⁵ Siehe dazu hinten N 109 ff.

³¹⁶ Anders Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 24, der davon ausgeht, dass «*allfällig bestehende beschränkte dingliche Rechte Dritter (Pfand-, Retentionsrechte etc.)*» die Einziehung generell nicht hinderten.

³¹⁷ Implizit Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 70 sowie explizit in Bezug auf die Vermögenseinziehung a.a.O., Art. 70 N 24.

³¹⁸ Sogleich N 109 ff.

³¹⁹ Vgl. vorne N 106.

³²⁰ Zu den sog. absolut gefährlichen Gegenständen vgl. hinten N 268 ff.

³²¹ Vgl. schon STOOSS (1878), 35 f.

Dritten, insbesondere bei den Erben des Täters, nicht mehr möglich sein.³²² Nachdem die ursprünglich getrennt geregelten polizeilichen und pönalen Einziehungen³²³ im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens (mit wenig überzeugenden Argumenten) in einer Norm vereint wurden,³²⁴ stellt sich die Frage, ob unter heutigem Recht eine Sicherungseinziehung bei Dritten möglich ist.

Im Gegensatz zur Vermögenseinziehung, welche die Frage der Dritteinziehung in Art. 70 Abs. 2 StGB explizit regelt, fehlt eine entsprechende Normierung bei der Sicherungseinziehung.³²⁵ Die ursprüngliche Einziehungsbestimmung von 1937 erfuhr durch das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974, welches am 1. Januar 1975 in Kraft trat, eine erste und zugleich kapitale Änderung: Neu unterlagen nicht mehr nur Gegenstände, sondern auch Vermögenswerte der Einziehung (Art. 58 StGB/1974). In diesem Zusammenhang wurden auch die Rechte Dritter erstmals gesetzlich geregelt (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»*.³²⁶ Diese Bestimmung bezog sich sowohl nach ihrem Wortlaut als auch nach ihrer systematischen Stellung auch auf die Sicherungseinziehung. Ungefährliche Deliktsgegenstände konnten danach nur bei bösgläubigen Dritten zur Sicherung eingezogen werden. Ferner konnten zu vernichtende – gemeint waren hier wohl sog. absolut gefährliche³²⁷ – Gegenstände auch bei Dritten konfisziert werden.

111

Ein Problem dieser Bestimmung war, dass sie die Vermögens- und die Sicherungseinziehung zusammen regelte, was sich als kompliziert und unzweckmässig erwies. Im Rahmen der Bestrebungen zur wirksamen Bekämpfung der Geldwäscherei in den 1990er Jahren beschloss man, auch die erkannten Schwächen des Einziehungsrechts zu eliminieren, um *«die Einziehung als Instrument gegen die Geldwäscherei und das organisierte Verbrechen wirkungsvoller zu gestalten»*.³²⁸

112

³²² Art. 38 Satz 2 VE-StGB/1903; damit wurde der Strafcharakter verdeutlicht: Erläuterungen VE-StGB/1908, 88.

³²³ STOOS (1878), 32 ff.; vgl. Motive VE-StGB/1893, 65 f.; Verhandlungen-I/1896, 225 f.; Art. 38 VE-StGB/1908 – Einziehung von Gegenständen: *«Der Richter kann dem Schuldigen neben der Strafe oder statt einer Busse das Eigentum an Gegenständen absprechen, die er zu dem Verbrechen benützt hat oder benützen wollte, oder die durch das Verbrechen hervorgebracht worden sind. Stirbt der Verurteilte, so fällt diese Strafe weg.»*; Art. 47 VE-StGB/1908 – Einziehung gefährlicher Gegenstände: *«Gefährdet ein Gegenstand, der mit einem Verbrechen im Zusammenhang steht, das öffentliche Wohl oder die Rechtsordnung, so zieht ihn der Richter ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer Person ein und lässt ihn, soweit es nötig ist, unbrauchbar machen oder vernichten»*; vgl. Erläuterungen VE-StGB/1908, 88.

³²⁴ Botschaft, BBl 1918 IV, 23.

³²⁵ Krit. dazu PIOTET (1995), N 173 ff.

³²⁶ Referendumsvorlage, BBl 1974 I, 763.

³²⁷ Krit. dazu hinten N 268 ff.

³²⁸ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 2.

Als konzeptionelle Verbesserungen sollten die Sicherungs- und Vermögenseinziehung künftig in zwei separaten Artikeln geregelt werden und der Verfall von Art. 59 StGB in der Vermögenseinziehung aufgehen.³²⁹ *«In einer Kurzformel heisst das: Alles, was im Sinne der Gefährdung der öffentlichen Ordnung gefährlich bleibt, fällt unter Artikel 58. Hingegen wird alles, was nicht gefährlich ist, auf der Grundlage von Artikel 59 eingezogen»*.³³⁰ Die Loslösung der Sicherungseinziehung von der Vermögenseinziehung erlaubte, sie im Entwurf wieder in ihre alte Form von 1937 zu überführen. Art. 58^{bis} StGB/1974, der bis dahin die Rechte Dritter sowohl in Bezug auf die Vermögens- als auch die Sicherungseinziehung regelte, wurde gestrichen.³³¹ Die Vermögenseinziehung sollte weiterhin auch bei Dritterwerbemern möglich sein; es sei denn, diese seien bezüglich der deliktischen Herkunft gutgläubig gewesen *und* hätten für die erworbenen Vermögenswerte eine gleichwertige Gegenleistung erbracht (Art. 59 Ziff. 1 Abs. 2 StGB/1994).

- 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»*.³³² Der Gesetzgeber beabsichtigte mit der Neuregelung keine materielle Änderung der Sicherungseinziehung bei Dritten.³³³ Damit steht fest, dass der Einziehung grundsätzlich auch Gegenstände unterliegen sollen, die nicht dem Täter gehören, sondern im Eigentum eines Dritten stehen.³³⁴
- 114 Diese eindeutige gesetzgeberische Intention ändert nichts daran, dass es *de lege lata* an einer expliziten *gesetzlichen Grundlage* für die Sicherungseinziehung bei Dritten fehlt. Die Formulierung, dass Gegenstände unabhängig von der Strafbarkeit *«einer bestimmten Person»* eingezogen werden können, besagt nur, dass niemand strafrechtlich zu Verantwortung gezogen worden sein muss, nicht aber, dass sich die Einziehung auch gegen eine mit dem Delikt in keiner Weise verbundene Drittperson richten kann. Sicherungseinziehungen führen zur formellen Enteignung des Betroffenen.³³⁵ Diese Enteignung stellt einen schweren Eingriff in die Eigentumsgarantie dar (Art. 26 BV). Dies ist besonders problematisch, wenn sie einen Dritten betrifft, der keinen deliktischen Anlass für diese Einziehung gesetzt hat. Ein solcher Eingriff ist nach Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV nur zulässig, wenn er auf einer hinreichenden Grundlage in einem formellen Gesetz beruht.³³⁶ Vom Erfordernis der Gesetzesgrundlage kann nach Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV nur abgewi-

³²⁹ Botschaft, BBl 1993 III, 305.

³³⁰ So AmtlBull SR 1993, 981.

³³¹ Dazu Botschaft, BBl 1993 III, 309 ff.; krit. PIOTET (1995), N 173 ff.

³³² Botschaft, BBl 1993 III, 306; krit. PIOTET (1995), N 173 ff.

³³³ Botschaft, BBl 1993 III, 306.

³³⁴ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 24; SCHÖDLER (2012), 6.

³³⁵ Dazu eingehend hinten N 126 ff.

³³⁶ BGE 135 I 209, E. 3.3.1.

chen werden in Fällen ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr. Diese sog. polizeiliche Generalklausel³³⁷ kann nach der Rechtsprechung nicht anrufen werden, wenn «*typische und erkennbare Gefährdungslagen trotz Kenntnis der Problematik nicht normiert werden*».³³⁸ Dass es notwendig sein kann, gefährliche Gegenstände auch bei Dritten einzuziehen, ist vorhersehbar, was sich nur schon daran zeigt, dass der Gesetzgeber dieses Problem zwischen 1975 und 1994 explizit geregelt hatte. Die Anrufung der polizeilichen Generalklausel ist deshalb ausgeschlossen.

Hält man die Einziehung unabhängig von der fehlenden Gesetzesgrundlage für möglich, ist sie jedenfalls nur unter der Voraussetzung zulässig, dass der Gegenstand auch in den Händen des Dritten eine *Gefahr* darstellt.³³⁹ Die gleiche Gefahreinschätzung ist vorzunehmen, wenn der Gegenstand nach der Tat an einen Dritten veräussert wurde.³⁴⁰ Selbstverständlich ist dem Dritteigentümer im Falle der Einziehung das rechtliche Gehör zu gewähren.³⁴¹ 115

Noch nicht geklärt ist damit die Frage, ob die Einziehung beim Dritten ausgeschlossen ist, wenn dieser in *gutem Glauben* war bezüglich der Deliktsverstricktheit des Gegenstands.³⁴² Nach sehr weit gehender Auffassung können *instrumenta sceleris* bei Dritten eingezogen werden, «*unabhängig davon, ob der Drittberechtigte in strafrechtlich relevanter oder sonst vorwerfbarer Weise an der Anlasstat mitwirkte, ob er von dieser Kenntnis hatte, ohne für die Tat selbst mitverantwortlich zu sein oder ob der Gegenstand für die Tat ohne sein Wissen verwendet wurde bzw. er diesen vor oder nach der Anlasstat arglos erwarb*».³⁴³ Richtig ist, dass Dritten keine Deliktsbeteiligung nachzuweisen ist. Sonst wären sie keine Dritten im hier relevanten Sinne und könnten nach den Vorschriften beurteilt werden, die für einziehungsbetroffene Täter und Teilnehmer gelten. Unzutreffend ist hingegen, dass es auf die Kenntnisse der Dritten nicht ankomme. Art. 58^{bis} StGB/1974 schloss die Sicherungseinziehung von Deliktsgegenständen bei gutgläubigen Dritten aus. Daran sollte sich auch mit der Revision von 1994 nichts ändern.³⁴⁴ Drittrechte bei der Sicherungseinziehung seien über den Verhältnismässigkeitsgrundsatz abgesichert.³⁴⁵ Dies kann nur so interpretiert werden, dass die Sicherungseinziehung bei einem gutgläubigen Dritten ausgeschlossen ist.³⁴⁶ Selbst bei bösgläubigen Dritten darf eine Sicherungseinziehung nur angeordnet werden, 116

³³⁷ BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 36 N 16 f.

³³⁸ BGE 130 I 369, E. 7.3.

³³⁹ BSK StGB I³–BAUMANN F., Art. 69 N 13 f.; BGE 121 IV 365, E. 8b.

³⁴⁰ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 70.

³⁴¹ So z.R. bereits AppG BS, BJM 1993, S. 37.

³⁴² Nach SCHÖDLER (2012), 8 m.w.H., werde der gute Glaube im Einziehungsrechts strenger gehandhabt als im Zivilrecht. So begründe hier die «*Verletzung einer Sorgfaltpflicht noch keine Bösgläubigkeit. Erforderlich ist vielmehr, dass dem Dritten eine dem Eventualvorsatz entsprechende Kenntnis über vorhandene Einziehungsgründe nachgewiesen werden kann*».

³⁴³ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 24.

³⁴⁴ Botschaft, BBl 1993 III, 306; s.a. BGE 121 IV 365, E. 8b.

³⁴⁵ Botschaft, BBl 1993 III, 306.

³⁴⁶ A.A. Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 70.

wenn der einzuziehende Gegenstand in deren Händen nachgewiesenermassen auch künftig eine Gefahr darstellt resp. sie keine Gewähr dafür bieten, diese Gefahr zu bannen.³⁴⁷ Dagegen könnte man einwenden, dass Gegenstände, welche in den Händen von Dritten eine Gefahr darstellen, auch eingezogen werden müssen, wenn diese nichts von der Anlasstat wussten. Das gebieten die Sicherungsbedürfnisse der Allgemeinheit. Für eine solche rein polizeiliche Einziehung bei Dritten fehlt es jedoch wie erwähnt bereits an einer gesetzlichen Grundlage in Art. 69 StGB. Hinzu kommt, dass der Dritte hier enteignet wird, ohne dazu Anlass gegeben zu haben.

- 117 Nach dem Gesagten konnte etwa das im Eigentum des Vaters stehende Sportmotorrad wenn überhaupt nur eingezogen werden, falls ihm die Raserneigung seines Sohnes bekannt war und davon ausgegangen werden musste, dass er ihn auch künftig nicht wird davon abhalten können, sein Fahrzeug für Raserfahrten zu verwenden.³⁴⁸ Ferner hat ein kantonales Gericht entschieden, dass das geleaste Fahrzeug eines notorischen Rasers eingezogen und verwertet werden durfte, weil die (deutsche) Leasingfirma keine Gewähr dafür bieten konnte, dass der Täter *«das nach Vertragsauflösung im Bieterverfahren zu verwertende Fahrzeug nicht wieder erwerben würde»*.³⁴⁹ Nach hier vertretener Auffassung ist eine solche Dritteinziehung nur verhältnismässig, wenn die Leasinggesellschaft bösgläubig war. Der Verwertungserlös wurde der Leasinggesellschaft erstattet, allerdings erst nach Abzug der Verwertungs- und Verfahrenskosten, was in Bezug auf letztere unhaltbar ist.³⁵⁰
- 118 Zusammengefasst sind Sicherungseinziehungen bei Dritten nach hier hier vertretener Auffassung mangels einer expliziten gesetzlichen Grundlage in Art. 69 StGB nicht zulässig. Hält man sie trotzdem für erlaubt, müssen Gefährdung *und* böser Glaube nachgewiesen werden. Hat der Täter bei der Tatausführung einen Gegenstand verwendet, der im Eigentum eines Dritten steht, ist dieser dem gutgläubigen Dritten immer und dem bösgläubigen Dritten grundsätzlich herauszugeben, soweit er in dessen Händen keine Gefahr darstellt.³⁵¹

4. Tod

- 119 Ob der Tod des Täters die Einziehung ausschliessen soll, wurde bereits im Gesetzgebungsverfahren zum Strafgesetzbuch debattiert: So wurde im Vorentwurf von

³⁴⁷ Gl. M. allerdings ohne Einschränkung auf Bösgläubigkeit BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 69 N 13 f.; BGE 121 IV 365, E. 8b.

³⁴⁸ Zu dieser Sachverhaltskonstellation vgl. OGer AG, fp 2015 Nr. 3, S. 155 ff.; s.a. ESER (1969), 264; daran ändert auch Art. 90a SVG (Einziehung und Verwertung von Motorfahrzeugen); MIZEL, Anwaltsrevue 2015, 440.

³⁴⁹ Vgl. BezirksG Laufenburg, ST.2013.130 und die Besprechung von COHEN, fp 2014, 283 ff.

³⁵⁰ Im gleichen Sinne unhaltbar deshalb auch OGer AG, fp 2015 Nr. 3, S. 155 ff.

³⁵¹ Gl. M. allerdings ohne die Einschränkung auf die Bösgläubigkeit BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 69 N 13 f.; Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 36; zur Dritteinziehung von Kriegsmaterial vgl. BGE 121 IV 365, E. 9b.

1903 zum ersten Mal differenziert. Die pönale Einziehung von Gegenständen, die zu einem Delikt verwendet wurden, sollte nach dem Tod des *Verurteilten* nicht mehr möglich sein.³⁵² Damit sollte der Strafcharakter dieser Einziehungsart hervorgehoben werden. Die polizeiliche Einziehung *gefährlicher* Gegenstände hingegen sollte schon nach dem damaligen Vorschlag ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person möglich sein.³⁵³ Später wurden die beiden Einziehungsarten bekanntlich als sachliche Massnahmen in einem Artikel vereinigt.³⁵⁴ Die Einziehung hing danach nur noch von einer begangenen Straftat und der Gefährlichkeit des Einziehungsobjektes, indes nicht länger von der Strafbarkeit des Täters ab. Damit könnte zumindest nach dem Gesetzeswortlaut eine Sicherungseinziehung in jedem Fall auch noch nach dem Tod des Täters angeordnet werden.

Es ist jedoch zu differenzieren. Hat ein Gegenstand nur in den Händen des nunmehr verstorbenen Täters eine Gefahr für die Allgemeinheit dargestellt, so z.B. ein von diesem bei Einbrüchen regelmässig verwendeter Schraubenzieher, besteht keine Handhabe für eine Einziehung bei den Erben.³⁵⁵ Gegenstände, die in den Händen jeder Person eine Gefahr darstellen (z.B. verbotene Waffen oder Betäubungsmittel), können auch bei Erben eingezogen werden. Weil der Besitz solcher Gegenstände i.d.R. bereits strafbar ist, sind die Erben bei entsprechendem Besitzwillen selbst Täter.³⁵⁶ In den übrigen Fällen richtet sich die Einziehung bei Erben nach den Voraussetzungen der Sicherungseinziehung bei Dritten.³⁵⁷

H. Rechtsfolge («Einziehung»)

Sind die Voraussetzungen von Art. 69 Abs. 1 StGB erfüllt, verfügt das Gericht die Einziehung. Umstritten ist, welche zivilrechtlichen Folgen die Einziehung zeitigt.³⁵⁸ Während man früher davon ausging, dass die Einziehung zum Eigentumsübergang auf den Staat führen müsse (1.), wird heute mehrheitlich der Standpunkt vertreten, dass die Einziehung dem Staat bloss eine Verfügungsmacht einräume (2.). Wie zu zeigen sein wird, hat die alte Lehre vom Eigentumsübergang die besseren Argumente auf ihrer Seite (3.).

Wichtig ist, dass die Rechtsfolgen der Einziehung nach Art. 69 Abs. 1 StGB nicht mit den darauf folgenden Anordnungen (Abs. 2) vermengt werden. Bei der

³⁵² Art. 38 Satz 2 VE-StGB/1903.

³⁵³ Art. 47 VE-StGB/1903.

³⁵⁴ Vgl. Botschaft, BBl 1918 IV, 23.

³⁵⁵ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 36; PK StGB²-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 69 N 11; GAUTHIER, ZStrR 1977, 369 f.

³⁵⁶ Gerade bei Betäubungsmitteln stellt sich dann aber das Problem, dass Drogen beim unerlaubten Besitz bloss Beziehungsgegenstände sind, für deren Einziehung Art. 69 StGB keine genügende Grundlage bietet; zur Einziehung von Betäubungsmitteln vgl. hinten N 213 ff.

³⁵⁷ Vgl. vorne N 109 ff.

³⁵⁸ Eingehend PIOTET (1995), N 29 ff.

Rechtsfolge geht es um die *zivilrechtliche* Wirkung der Konfiskation (Eigentumsübergang oder staatliche Verfügungsmacht). Davon zu unterscheiden ist die Frage, was mit den eingezogenen Gegenständen geschehen soll. Hier geht es um die *tatsächlichen* Folgen der Einziehung. Das Gericht kann z.B. anordnen, dass die eingezogenen Gegenständen unbrauchbar gemacht, vernichtet, herausgegeben oder für Ausbildungszwecke verwendet werden.³⁵⁹

1. Geschichte

- 123 In den frühen Vorentwürfen zum Strafgesetzbuch war noch explizit vorgesehen, dass dem «*Schuldigen das Eigentum an Gegenständen*» abgesprochen werden kann.³⁶⁰ Die ältere Lehre stellte sich mehrheitlich auf den Standpunkt, dass mit der Einziehung das Eigentum auf den Staat übergeht.³⁶¹ Es handle sich um einen «*Eigentumserwerb kraft Richterspruchs*».³⁶² Auch das Bundesgericht und der Bundesrat gingen noch in den 1990er Jahren davon aus, dass die Einziehung zum Eigentumsübergang führe.³⁶³ Teilweise wurde wohl gar die Auffassung vertreten, dass das Eigentum dem «Schuldigen» nicht erst mit dem Einziehungsentscheid abgesprochen, sondern bereits mit der Tat verwirkt werde.³⁶⁴ Dieser Verwirkungsgedanke findet sich heute noch in der offiziellen englischen Übersetzung des Strafgesetzbuches, wo von «*forfeiture*» die Rede ist.³⁶⁵

2. Verfügungsmacht

- 124 Nach neueren Lehrmeinungen soll der Staat mit der Einziehung bloss die *Verfügungsmacht* über die Sache erhalten.³⁶⁶ Die einziehungsbetroffene Person bleibe Eigentümerin.³⁶⁷ Es finde kein zivilrechtlicher Eigentumsübergang an den Staat statt, was sich nur schon daraus ergebe, dass eine Rückgabe an den Täter oder Dritte sowie eine Verwendung zugunsten Geschädigter möglich sei.³⁶⁸ Das Bundesgericht hat die Frage nach dem Eigentumsübergang zunächst noch offengelassen.

³⁵⁹ Hierzu im Detail hinten N 292 ff.

³⁶⁰ Art. 28 Abs. 1 VE-StGB/1893; Art. 38 Abs. 1 VE-StGB/1903; vgl. dann aber Art. 50 und Art. 58 VE-StGB/1916.

³⁶¹ BÖHLER (1945), 96; HAFTER, AT², 417 Fn. 4; LOGOZ (1939), Art. 58 N 2; SCHWANDER (1952), N 476; THORMANN/VON OVERBECK, Art. 58 N 3; vgl. auch Votum Protokoll-IX/1920, 45.

³⁶² BÖHLER (1945), 112.

³⁶³ BGE 104 IV 149, E. 2; BGE 118 Ib 263, E. 2a; Botschaft, BBl 1993 III, 316.

³⁶⁴ Nachweise bei GOLDSCHMIDT (1908), 446; wohl auch GRÜTER (1895), 24, dann aber auch a.a.O., 29.

³⁶⁵ Art. 69 StGB/englische Fassung: «*Forfeiture of dangerous objects*».

³⁶⁶ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 66; SCHULTZ, ZBJV 1978, 328; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (2007), 206; widersprüchlich STRATENWERTH, AT II², § 13 N 75, dann aber a.a.O., § 13 N 65.

³⁶⁷ PIOTET (1995), N 75.

³⁶⁸ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 66 m.H.a. BGE 123 IV 70, der sich jedoch zum zivilrechtlichen Eigentumsübergang nicht äussert.

sen und nur darauf verwiesen, dass die Ansprüche Dritter erst fünf Jahre nach der amtlichen Bekanntgabe der Einziehung erlöschen, was nur Sinn ergebe «wenn dem Drittberechtigten die Möglichkeit offensteht, seinen Anspruch noch nach angeordneter Einziehung geltend zu machen».³⁶⁹ Später hat es sich dann ausdrücklich zur neueren Lehre bekannt, wonach die Einziehung zunächst lediglich darin bestehe, dass die Sache in amtliche Verwahrung genommen werde, und sodann dazu führe, dass der Staat die Verfügungsmacht über die betroffenen Gegenstände erlange.³⁷⁰

Nach DENIS PIOTET, der sich eingehend mit den zivilrechtlichen Wirkungen der Einziehung auseinandergesetzt hat, fehle es für einen Eigentumsübergang zunächst an der gesetzlichen Grundlage.³⁷¹ Zur Hauptsache bringt er gegen den Eigentumsübergang in Anlehnung an BGE 112 IV 74 vor, dass die Ansprüche Verletzter und Dritter erst fünf Jahre nach der amtlichen Bekanntmachung der Einziehung erlöschen:³⁷² Wenn aber Drittansprüche noch fünf Jahre weiterbeständen, könne Eigentum des Staates noch nicht entstehen.³⁷³ Er postuliert deshalb einen während fünf Jahren suspensiv bedingten Eigentumserwerb durch den Staat.³⁷⁴ 125

3. Eigentumsübergang

Nach hier vertretener Ansicht spricht der überwiegende Teil der Argumente dafür, dass die Einziehung zu einem Eigentumsübergang an den Staat führt. Es handelt sich deshalb um eine *formelle* Enteignung.³⁷⁵ 126

Das stärkste Argument *gegen* den Eigentumsübergang ist, dass die Einziehungsgegenstände allenfalls an den Täter oder Dritte zurückgegeben werden.³⁷⁶ Nach Art. 69 Abs. 2 StGB kann das Gericht anordnen, dass eingezogene Gegenstände unbrauchbar gemacht werden, um sie – was das Gesetz nicht ausdrücklich sagt – dem Täter wieder herausgeben zu können. Dahinter steckt die Überlegung, dass wenn der Massnahmезweck der Sicherung bereits erreicht werden kann, indem z.B. eine Waffe schiessuntauglich gemacht wird, es unverhältnismässig wäre, sie dem Berechtigten dauernd zu entziehen. In diesen Fällen wäre es in der Tat unsinnig, dass sich der Staat zunächst das Eigentum an der Sache verschafft, diese dann unbrauchbar macht und sie sodann dem Täter zurücküberträgt. Das Gleiche gilt *a fortiori*, wenn Gegenstände an Dritte herauszugeben sind. Das nach einer Raser- 127

³⁶⁹ BGE 112 IV 74, E. 3c.

³⁷⁰ 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.

³⁷¹ PIOTET (1995), N 39.

³⁷² Art. 59 Ziff. 1 Abs. 4 StGB/1994; heute Art. 70 Abs. 4 StGB; PIOTET (1995), N 29.

³⁷³ PIOTET (1995), N 44.

³⁷⁴ PIOTET (1995), N 44.

³⁷⁵ Zum Begriff HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 2359; wie hier BSK BV–WALDMANN, Art. 26 N 87; a.A. wohl BGE 135 I 209, E. 3.3.1 und BGE 118 Ia 305, E. 6b, dazu BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 26 N 32.

³⁷⁶ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 66.

fahrt beschlagnahmte Fahrzeug ist der Leasinggesellschaft herauszugeben.³⁷⁷ Auch hier wäre es unsinnig, wenn sich der Staat mit der Einziehungsentscheidung vorübergehend zum Eigentümer des Fahrzeugs machte. Eine andere Frage ist, ob in solchen Fällen überhaupt eine Einziehung anzuordnen ist.³⁷⁸

- 128 Art. 69 Abs. 2 StGB erlaubt dem Gericht auch, die Vernichtung des Einziehungsgegenstandes anzuordnen. Die Vernichtung ist eine Befugnis, die normalerweise nur einem Eigentümer zusteht. Trotzdem ist ein Eigentumsübergang auch hier nicht zwingend. So kann der Staat eine baurechtswidrige Baute als *ultima ratio* abreißen (i.e. zerstören) lassen, ohne sich vorher die Eigentümerstellung daran verschafft zu haben.³⁷⁹ Das Gleiche soll auch für beschlagnahmtes Cannabis gelten: Gemäss Bundesgericht spreche für die blosse Verfügungsmacht, dass ein Eigentumsübergang ein unverhältnismässiger Eingriff in die Eigentumsfreiheit sei und es deshalb reiche, dass sich der Staat eine hoheitliche Verfügungsmacht (*«maîtrise de droit public»; «potere di disposizione»*) verschaffe.³⁸⁰ Dem lässt sich entgegenhalten, dass die dem Staat als *ultima ratio* zustehende Befugnis zur Vernichtung der Sache (Art. 69 Abs. 2 StGB) zu deren definitivem Untergang führt und deshalb noch stärker in die Eigentumsfreiheit eingreift. Der entscheidende Unterschied zur rechtswidrigen Baute besteht darin, dass sich das Cannabis bereits in amtlichem Gewahrsam befindet. Wenn somit im Einziehungsentscheid angeordnet wird, *beschlagnahmte* Gegenstände zu vernichten, dann umfasst diese Entscheidung auch den vorgängigen Eigentumsübergang auf den Staat.
- 129 Ein gewichtiges Argument *für* den Eigentumsübergang bei der Einziehung ergibt sich ferner aus der Herausgabe an den Geschädigten. Entgegen der jüngeren Lehre spricht die Möglichkeit, eingezogene Gegenstände oder deren Verwertungserlös an Geschädigte herauszugeben (Art. 73 StGB),³⁸¹ nicht gegen einen Eigentumsübergang, sondern gerade dafür, dass der Staat bei der Einziehung zunächst Eigentümer des konfiszierten Gegenstands werden muss. Wie sonst soll er dem Geschädigten das Eigentum am konfiszierten Gegenstand verschaffen können?³⁸²
- 130 Zur Klarstellung: Es geht hier nicht um die direkte Aushändigung an den Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands (Art. 70 Abs. 1 *in fine* StGB). Selbstverständlich kann dem bestohlenen Eigentümer das beschlagnahmte Diebesgut direkt ausgehändigt werden, ohne dass der Staat vorher durch Einziehung Eigentum an der gestohlenen Sache begründen muss. Das gebietet schon der Verhältnismässigkeitsgrundsatz. Richtigerweise ist die Aushändigung an den Ver-

³⁷⁷ Vgl. BezirksG Laufenburg, ST.2013.130, und die Besprechung von COHEN, fp 2014, 282 ff., i.c. wurde das Fahrzeug allerdings nicht herausgegeben, sondern verwertet, weil die Leasinggesellschaft keine Gewähr bieten konnte, dass der Täter *«das nach Vertragsauflösung im Bieterverfahren zu verwertende Fahrzeug nicht wieder erwerben würde»*.

³⁷⁸ Dazu hinten N 323 ff.

³⁷⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 1470.

³⁸⁰ BGE 132 IV 5, E. 3.4.5 = Praxis 2006 Nr. 136, E. 3.4.5.

³⁸¹ Siehe Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 66.

³⁸² Zum Eigentumsübergang mit dem Zuspruchsentscheid vgl. Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 80.

letzten nicht eine Folge, sondern eine Voraussetzung der Einziehung. Nur wenn der Deliktsgegenstand nicht dem Geschädigten direkt ausgehändigt werden kann, ist eine Einziehung überhaupt zulässig.

Bei Art. 73 StGB geht es jedoch um ein anderes Anliegen: Hier sollen Personen, die durch ein Verbrechen oder Vergehen einen Schaden erlitten haben, nebst Busen, Geldstrafen oder Ersatzforderungen auch *eingezogene Gegenstände* oder deren *Verwertungserlös* zugesprochen werden können. Der Staat kann einem Geschädigten aber nur dann das Eigentum an einer eingezogenen Sache (z.B. Auto oder konfiszierte Liegenschaft)³⁸³ verschaffen, wenn er selber vorher Eigentümer geworden ist. Im Einziehungsentscheid ist deshalb das Grundbuch anzuweisen, den Staat als Eigentümer einzutragen. Dasselbe gilt für die Verwertung. Wenn der Staat ein Auto oder eine Liegenschaft verwerten will, muss er zunächst *qua* Einziehung Eigentümer werden. Nur so ist er in der Lage, dem Erwerber die Eigentümerstellung daran zu verschaffen und den Kaufpreis als Verwertungserlös zu verteilen. 131

Hier zeigt sich auch, dass die von DENIS PIOTET vorgeschlagene Lösung des suspensiv bedingten Eigentumserwerbs nicht nur praktisch schwer umsetzbar, sondern auch rechtlich unzutreffend ist. Die Zusprechung des Gegenstands oder des Verwertungserlöses wird im Einziehungsentscheid angeordnet und mit diesem vollzogen.³⁸⁴ Die Verwendung zugunsten Geschädigter in Art. 73 StGB steht nicht unter einem Fünfjahresvorbehalt. Dies gilt auch für den nachträglichen Zuspruchsentscheid.³⁸⁵ 132

Das Argument, dem Eigentumsübergang stehe entgegen, dass Dritte ihre Ansprüche bis fünf Jahre nach der amtlichen Bekanntgabe der Einziehung geltend machen können (Art. 70 Abs. 4 StGB),³⁸⁶ ist bei der Sicherungseinziehung nicht einschlägig. Wie sich aus dem systematischen Kontext ergibt, bezieht sich der Fünfjahresvorbehalt von Art. 70 Abs. 4 StGB nur auf die Vermögenseinziehung von Art. 70 Abs. 1 StGB,³⁸⁷ nicht aber auf die Sicherungseinziehung von Art. 69 StGB. Ein entsprechender Vorbehalt fehlt bei der Sicherungseinziehung. 133

Schliesslich spricht auch noch für den Eigentumsübergang, dass die von der neueren Lehre postulierte Verfügungsmacht ein vages Konzept bleibt. Besonders offenkundig wird dies in den Ausführungen des Bundesgerichts: «*Mit der Einzie-* 134

³⁸³ *Nota bene*: Entgegen dem diesbezüglich zu weiten Wortlaut von Art. 73 Abs. 1 lit. b StGB («*eingezogene Gegenstände und Vermögenswerte*») kann praktisch nur nach Art. 70 StGB Eingezogenes an Geschädigte herausgegeben werden. Zur *Sicherung* eingezogene Gegenstände könnten nur dann nach Art. 73 StGB dem Geschädigten zugewiesen werden, wenn der Staat den Täter zugleich schadlos hielte. Mit der Einziehung ist der Sicherungszweck von Art. 69 StGB erfüllt, eine zusätzliche Abschöpfung des Sachwerts wäre unverhältnismässig, weshalb der Verwertungserlös oder bei Zuweisung an den Geschädigten ein Betrag in Höhe des Verwertungserlöses an den Täter ausbezahlt ist. Zur Begründung vgl. Kommentar zu Art. 73 N 102 ff.

³⁸⁴ ZHK StPO²–SCHWARZENEGGER, Art. 378 N 1.

³⁸⁵ Vgl. Art. 73 Abs. 3 StGB.

³⁸⁶ So BGE 112 IV 74, E. 3c.

³⁸⁷ Zum Fünfjahresvorbehalt bei der Vermögenseinziehung vgl. THOMMEN, Art. 73 StGB N 70.

hung – die zunächst lediglich darin besteht, dass die Sache in amtliche Verwahrung genommen wird – erlangt der Staat die Verfügungsmacht über die betroffenen Gegenstände.»³⁸⁸ Entgegen dem Bundesgericht ist es nicht die Einziehung, sondern die Beschlagnahme, welche dazu führt, dass der Gegenstand in die amtliche Verwahrung genommen wird. Doch auch so bleibt unklar, worin sich die mit der Beschlagnahme bereits begründete Sachherrschaft von der in der Einziehung anzuordnenden Verfügungsmacht unterscheiden soll.

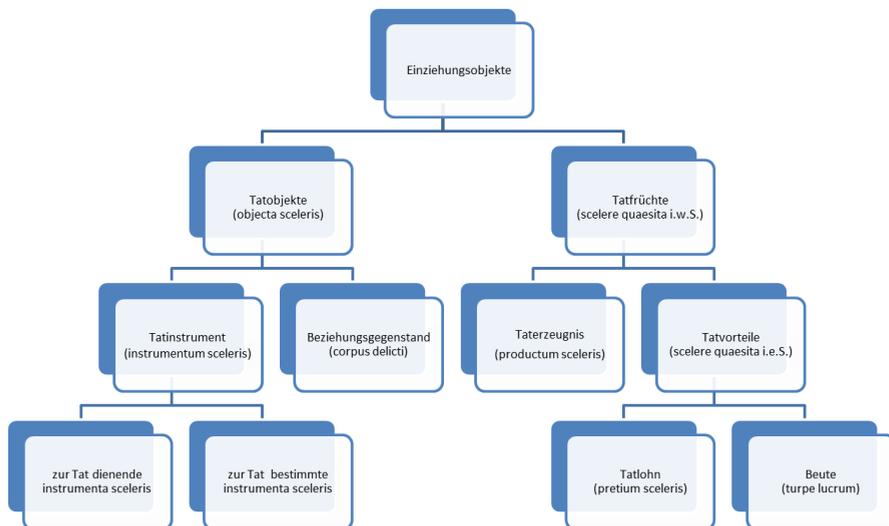
- 135 Zusammenfassend führt die Sicherungseinziehung dazu, dass das Eigentum auf den Staat übergeht. Ohne Eigentumsübergang ist der Staat nicht in der Lage, Geschädigten das Eigentum an konfiszierten Gegenständen zu verschaffen. Eine andere Frage ist, ob stets zwingend eine Einziehung anzuordnen ist. Wenn sich der Massnahmepurpose über weniger einschneidende Anordnungen erreichen lässt, sind diese zu ergreifen. Dies gilt etwa für die direkte Herausgabe von Diebesgut an den verletzten Eigentümer. Hier wäre es nicht nur unverhältnismässig, sondern auch unsinnig zunächst staatliches Eigentum zu begründen und dieses dann dem Verletzten wieder zurückzuübertragen. Auf diese *Ersatzmassnahmen zur Einziehung* wird zurückzukommen sein.³⁸⁹

³⁸⁸ BGE 123 IV 55, E. 3a.

³⁸⁹ Vgl. hinten N 323 ff.

I. Einziehungsobjekt («Gegenständen»)

Nach den Art. 69–72 StGB unterliegen Gegenstände und Vermögenswerte der Einziehung. Die *Einziehungsobjekte* lassen sich generell einteilen in *Tatobjekte* (*objecta sceleris*) und die deliktisch erlangten *Tatfrüchte* (*fructa secleris, scelere quaesita i.w.S.*). Die Tatobjekte lassen sich weiter unterteilen in die *Tatwerkzeuge* (*instrumenta sceleris*), die bei der Begehung tatsächlich *verwendet* wurden (z.B. Mordwaffe) oder zur Tatbegehung *bestimmt* waren, und die in einem weiteren Sinne mit der Tat zusammenhängenden *Beziehungsgegenstände* (*corpora delicti*).³⁹⁰ Zu den durch die Tat erlangten «Früchten» werden einerseits die eigentlichen *Taterzeugnisse* (*producta sceleris*) sowie die wirtschaftlichen *Tatvorteile* (*scelere quaesita i.e.S.*) andererseits gezählt. Letzere wiederum gliedern sich noch auf in den *Verbrecherlohn* (*pretium sceleris*) und die durch die Straftat erlangten Gegenstände und Vermögenswerte (*turpia lucra*), welche man vereinfachend als *Beute*³⁹¹ bezeichnen kann.³⁹²



³⁹⁰ Teilweise werden innerhalb der Tatobjekte die *Tatgegenstände*, an denen das Delikt verübt wurde (*corpora delicti*; z.B. gequältes Tier), noch von den in einem weiteren Sinne mit der Tat zusammenhängenden *Beziehungsgegenständen* unterschieden, so ESER (1969), 317; SCHMID, ZStrR 1995, 329 verwendet die Begriffe Beziehungsgegenstände und *corps du délit* wie hier synonym.

³⁹¹ Früher bestimmte Art. 59 StGB/1937 den Verfall des Tatlohns (Abs. 1) und der (gegenständlichen) Beute (Abs. 2); zu letzterer SCHULTZ, ZBJV 1978, 312. Heute unterliegen die *scelere quaesita i.e.S.* der Vermögensinziehung nach Art. 70 Abs. 1 StGB. Als «Beute» gelten danach alle Vermögenswerte, «die durch eine Straftat erlangt worden sind», als «Tatlohn» solche, die dazu «bestimmt waren, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen».

³⁹² Zu dieser Aufteilung auch ESER (1969), 317.

- 137 Art. 69 Abs. 1 StGB fasst die Einziehungssubstrate enger. Objekt der Sicherungseinziehung sind nach expliziter Anordnung nur «Gegenstände». Damit sind körperliche und in erster Linie bewegliche Sachen gemeint.³⁹³ Gesetzgebungsgeschichtlich sollte mit «Gegenstand» ein Überbegriff zu den «Mitteln» und «Werkzeugen» der Tat gesetzt werden.³⁹⁴ Unter Strapazierung des Begriffs «Gegenstand» fasst das Bundesgericht auch Grundstücke unter die Einziehungsobjekte.³⁹⁵ Unkörperliches, wie insbesondere Forderungen, Vermögenskomplexe oder Daten, kann nicht nach Art. 69 StGB eingezogen werden.³⁹⁶ Deshalb unterliegen weder Buchgeld noch vermischtes Bargeld der Sicherungseinziehung.³⁹⁷

1. Geschichte

- 138 Historisch ist die Beschränkung der Einziehung auf *einzelne* Gegenstände (sog. Spezialeinziehung, «*confiscation spéciale*»³⁹⁸) das Ergebnis eines über zwei Jahrtausende währenden und auch heute noch nicht abgeschlossenen³⁹⁹ Kampfes gegen die allgemeine Vermögenseinziehung («*confiscatio generalis*», «*confiscation générale des biens*»⁴⁰⁰), die in zahlreichen Epochen nicht nur Mittel strafrechtlicher Repression war, sondern auch dazu missbraucht wurde, wirtschaftliche und politische Gegner auszuschalten.⁴⁰¹ In der Schweiz wurde die allgemeine Vermögenskonfiskation in der Helvetik abgeschafft. Nach 1803 wurde sie zwar in zahlreichen Kantonen wieder eingeführt, verschwand dann aber im Laufe des 19. Jahrhunderts allmählich vollständig aus der kantonalen Gesetzgebung.⁴⁰²
- 139 Im Zuge der Ausarbeitung des Schweizerischen Strafgesetzbuches war deshalb klar, dass die Konfiskation auf einzelne Gegenstände beschränkt bleiben muss-

³⁹³ PC CP, Art. 69 N 4; SCHULTZ, ZBJV 1978, 310; BAUMANN E. (1907), 89; zum Begriff des Gegenstands in Abgrenzung zur Sache a.a.O., 90; s.a. MAURACH, JZ (DE) 1964, 530 f.; GOLDSCHMIDT (1908), 449; eindeutig auch die Beispiele bei StenBull NR 1928, 962; s.a. ESER (1969), 300 ff.

³⁹⁴ BAUMANN E. (1907), 96; ESER (1969), 318.

³⁹⁵ BGE 114 IV 98, Regeste; z.R. krit. BOMMER (2005), 178 Fn. 23.

³⁹⁶ SCHULTZ, ZBJV 1978, 310; PK StGB²-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 69 N 1; BOMMER (2005), 178; STRATENWERTH, AT II², § 13 N 59; bereits BAUMANN E. (1907), 90; GOLDSCHMIDT (1908), 449; a.A. SCHMID, ZStrR 1993, 106 und HEIMGARTNER (2011), 82; zur Einziehung von Daten siehe hinten N 206 ff.

³⁹⁷ Dazu im Detail hinten N 171 ff.

³⁹⁸ LOGOZ (1939), Art. 58 N 1.

³⁹⁹ Vgl. etwa die Debatten um die «vollständige Enteignung» krimineller Organisationen nach Art. 72 StGB (BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 72 N 8); ferner MÜLLER (1993), 7; MEYER, ZRP 1990, 87.

⁴⁰⁰ Art. 7 *Constitution de la république et du canton de Genève* vom 24. Mai 1847: «*La confiscation générale des biens ne peut être établie; le séquestre des biens des accusés et des condamnés contumaces ne peut avoir lieu*», zitiert nach: BAUMANN E. (1907), 20 f.; zur allgemeinen Gütereinziehung (*confiscatio bonorum universalis*) vgl. auch HEIMGARTNER (2011), 274.

⁴⁰¹ LOGOZ (1939), Art. 58 N 1 i.f.; eingehend BAUMANN E. (1907), 1 ff.

⁴⁰² BAUMANN E. (1907), 7; ferner GRÜTER (1895), 14 ff.

te.⁴⁰³ Dem Gesetzgeber standen konkret «*die Waffen des Mörders und die Werkzeuge des Einbrechers [...], das falsche Geld, die gefälschten Urkunden, [...] die Sprengbomben, die gefälschten Banknoten, der Vorrat gesundheitsschädlicher Lebensmittel*»⁴⁰⁴, aber auch «*littérature pornographique*»⁴⁰⁵ vor Augen.

Dass die Sicherungseinziehung von allem Anfang an auf körperliche Sachen beschränkt war, zeigt auch der Umstand, dass später eine Vermögenseinziehung eingeführt werden musste, die es auch erlaubte, unkörperliche Forderungen, wie z.B. Bankguthaben, einzuziehen.⁴⁰⁶ Schon kurz nach Inkrafttreten des Schweizerischen Strafgesetzbuches hatte sich gezeigt, dass die strafrechtlichen Einziehungsregeln für die Belange des (kriegswirtschaftlichen) Verwaltungsstrafrechts zu eng waren.⁴⁰⁷ Der Hintergrund war, dass kriegswirtschaftliche Widerhandlungen oft Lebensmittel betrafen. Diese konnten – soweit sie nicht gesundheitsschädigend waren – mangels Gefährlichkeit i.S.v. Art. 58 StGB nicht eingezogen werden.⁴⁰⁸ Ferner war der Verletzung von Rationierungsvorschriften mit Strafen alleine nicht beizukommen. Die Erhöhung des Anteils an rationierten Gütern musste ausgeglichen und die dadurch erwirtschafteten unrechtmässigen Gewinne abgeschöpft werden können. Ansonsten war zu befürchten, dass die drohenden Bussen lediglich in die Schwarzmarktpreise einkalkuliert würden.⁴⁰⁹ Der Bundesrat beschloss deshalb am 17. Oktober 1944,⁴¹⁰ dass im Zusammenhang mit kriegswirtschaftlichen Widerhandlungen künftig nicht nur die *instrumenta* und *producta* sowie das *pretium sceleris* einzuziehen (Art. 9), sondern auch, dass die durch die kriegswirtschaftlichen Vergehen erlangten unrechtmässigen Vorteile zu erstatten sind (Art. 10).⁴¹¹

1948 stellte sodann auch das Bundesgericht klar, dass der Gewinn von CHF 200.000, den ein Churer Weinhändler in den Kriegsjahren mit dem Verkauf verschnittenen Veltliners erwirtschaftet hatte, nicht über die bei Gewinnsucht unbeschränkte Busse abzuschöpfen sei, sondern eine «*Sache der Konfiskation*» sei und so «*dem ethischen Grundsatz, wonach dem Täter die Früchte des Verbrechens nicht zu belassen sind*» Rechnung getragen werde.⁴¹² Die kriegsrechtliche Regelung von 1944 wurde in der Folge in das ordentliche Recht überführt: In Art. 28 des Bundesgesetzes über die wirtschaftliche Kriegsvorsorge vom 30. Septem-

⁴⁰³ LOGOZ (1939), Art. 58 N 1; BÖHLER (1945), 9; s.a. § 19 Preussisches Strafgesetzbuch von 1851: «*[Beschlagnahme] Die Konfiskation findet nur in Beziehung auf einzelne Gegenstände statt [...]*».

⁴⁰⁴ Botschaft, BBl 1918 IV, 23.

⁴⁰⁵ AmtlBull NR 1928, 962.

⁴⁰⁶ Vgl. auch GAUTHIER, ZStrR 1977, 364.

⁴⁰⁷ BÖHLER (1945), 75.

⁴⁰⁸ BÖHLER (1945), 75 f.

⁴⁰⁹ BÖHLER (1945), 71.

⁴¹⁰ Vgl. Bundesratsbeschluss vom 17. Oktober 1944, abgedruckt in: PÉQUIGNOT (1944).

⁴¹¹ PÉQUIGNOT (1944), 17; eingehend dazu BÖHLER (1945), 76 ff., insbesondere 84.

⁴¹² BGE 74 IV 139, E. 4.

ber 1955⁴¹³ wurde der Verfall unrechtmässiger Vermögensvorteile aufgenommen als «*ein Gebot der sozialen Gerechtigkeit*».⁴¹⁴

- 142 Später wurde erwogen, die Einziehungsregeln des Kriegswirtschaftsrechts in das Verwaltungsstrafrechtsgesetz zu übernehmen,⁴¹⁵ dann aber entschieden, die Vermögenseinziehung im Strafgesetzbuch zu regeln.⁴¹⁶ Damit wurde der Kreis der *Confiscanda*, welcher bis dahin auf körperliche Gegenstände beschränkt war, generell auf Vermögenswerte ausgeweitet.⁴¹⁷ Diese Revision hob die «*noch im letzten Jahrhundert für unerlässlich gehaltene Beschränkung der Einziehung auf Gegenstände wieder auf*».⁴¹⁸ Bis zu jenem Zeitpunkt waren Vermögenswerte im Kernstrafrecht nur im sehr beschränkten Umfang des Art. 59 StGB/1937 staatlichem Zugriff unterworfen. Diese Bestimmung statuierte den Verfall des Tatlohns (*pretium sceleris*) oder räumte dem Staat eine entsprechende Ersatzforderung ein. Ferner verfiel die (gegenständliche) Deliktsbeute⁴¹⁹ dem Staat, wenn deren Eigentümer nicht eruiert werden konnte. Eine allgemeine Einziehung unrechtmässig erwirtschafteten Gewinns gab es bis dahin noch nicht.⁴²⁰ Deliktsbeute in Form von Bargeld konnte bis zu jenem Zeitpunkt nur eingezogen werden, wenn das Geld noch als ausgesonderter Gegenstand beim Täter sichergestellt werden konnte. Sobald es sich mit seinem Vermögen vermischt hatte, scheiterte eine Einziehung, weil es an einem gegenständlichen Konfiskandum fehlte. Nach revidiertem Recht konnten neu deliktisch erlangte *Vermögenswerte* umfassend eingezogen werden.⁴²¹ Die im Strafgesetzbuch von 1937 historisch begründete Beschränkung der Einziehung auf einzelne körperliche Gegenstände war damit – so muss man sagen: wieder einmal – entfallen.

⁴¹³ Referendumsvorlage, BBl 1955 II, 603 f.

⁴¹⁴ So der Bundesrat in seiner Botschaft, BBl 1955 I, 853 unter Verweis auf BGE 74 IV, 143; vgl. auch Art. 54 Abs. 1 Bundesgesetz über die Getreideversorgung des Landes (Getreidegesetz) vom 20. März 1959, Referendumsvorlage, BBl 1959 I, 543; dazu Botschaft, BBl 1971 I, 1007.

⁴¹⁵ Botschaft, BBl 1971 I, 1007 f.; s.a. AmtlBull SR 1971, 843, wonach mit Art. 13 E-VStrR «*die Artikel 58 und 59 des Strafgesetzbuches ergänzt und erweitert [würden]. Während nach den allgemeinen Normen nur gefährliche Gegenstände eingezogen werden können, muss im Verwaltungsstrafverfahren die Einziehung sich auf jedes Objekt beziehen können, das durch eine Widerhandlung erlangt oder hervorgebracht worden ist, und zwar unbekümmert um die Strafbarkeit einer Person*». Die Bestimmung wurde in der Folge vom Ständerat ohne weitere Diskussionen angenommen.

⁴¹⁶ Vgl. AmtlBull NR 1973, 459.

⁴¹⁷ AmtlBull NR 1973, 497; zu den Ursprüngen dieser Erweiterung BÖHLER (1945), 9; aus prinzipiellen Überlegungen krit. GOLDSCHMIDT (1908), 449.

⁴¹⁸ MÜLLER (1993), 5.

⁴¹⁹ SCHULTZ, ZBJV 1978, 312.

⁴²⁰ Botschaft, BBl 1993 III, 307.

⁴²¹ SCHULTZ, ZBJV 1978, 313.

2. Instrumenta sceleris («gedient haben»)

Der Sicherungseinziehung nach Art. 69 StGB unterliegen die *instrumenta sceleris*, die Werkzeuge des Verbrechens.⁴²² Unterschieden werden *instrumenta sceleris*, die zur Begehung einer Straftat «gedient haben», von den designierten Tatwerkzeugen, die zur Begehung einer Tat «bestimmt waren».⁴²³ Auch das Europaratsübereinkommen zur Einziehung unterscheidet Tatwerkzeuge, die zur Begehung von Straftaten verwendet wurden («*employés*»), von solchen die zur Deliktsbegehung verwendet werden sollten («*destinés*»).⁴²⁴ 143

Ob Gegenstände zur Begehung einer Straftat *gedient* haben, ist eine Frage des Deliktikonnexes.⁴²⁵ Wie eng muss die Beziehung zur Straftat sein?⁴²⁶ ERNST HAFTER forderte noch, zu den Mitteln der Verbrechensbegehung nur solche Gegenstände zu zählen, «*die zu einem verbrecherischen Zwecke besonders hergestellt, eingerichtet oder angeschafft wurden (Falschmünzengeräte, Nachschlüssel, photographische Platten zur Herstellung unsittlicher Bilder usf.)*». ⁴²⁷ Nach der Rechtsprechung ist jedoch weder erforderlich, dass die Deliktswerkzeuge nur zum rechtswidrigen Gebrauch taugen noch, dass sie allgemein dazu geeignet sein müssen.⁴²⁸ Die Lehre zieht eine Parallele zur *Gehilfenschaft*. Der Gegenstand müsse die Tat gefördert haben, brauche jedoch nicht *conditio sine qua non* der Tatbegehung gewesen zu sein.⁴²⁹ In Anlehnung an die Rechtsprechung zur Beihilfe wäre demnach erforderlich, dass sich die Tat ohne den Gegenstand «*anders abgespielt hätte*», nicht jedoch, dass es ohne ihn «*nicht zur Tat gekommen wäre*». Es reichte somit ein «*untergeordneter Tatbeitrag*». Ein solcher aber wäre unabdingbar. Der Gegenstand müsste «*tatsächlich zur Tat beitragen*». ⁴³⁰ Dass die Tat bloss «*hätte gefördert werden sollen*»⁴³¹, genüge danach für die Einziehung von *instrumenta sceleris* nicht.⁴³² 144

Die Parallele zur Gehilfenschaft erweist sich gleich in doppelter Hinsicht als problematisch. Einerseits ist sie zu eng. Designierte Tatwerkzeuge, welche die Tat hätten fördern sollen, die aber entgegen dem ursprünglichen Plan nicht verwendet 145

⁴²² BGE 124 IV 121, E. 2a = Praxis 1998 Nr. 107, E. 2a; umfassende Kasuistik bei BAUMANN E. (1907), 97 f.; Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 39.

⁴²³ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 39 ff.; vgl. bereits BAUMANN E. (1907), 95.

⁴²⁴ Art. 1 lit. c des Übereinkommens über Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten vom 8. November 1990, die amtliche Deutschübersetzung ist missverständlich im Präsens gefasst.

⁴²⁵ Dazu hinten bei N 225 ff.

⁴²⁶ Siehe ESER (1969), 323 ff.; BÖHLER (1945), 95.

⁴²⁷ HAFTER, ZStrR 1914, 16.

⁴²⁸ BGE 114 IV 98, E. 4 m.H.a. SCHULTZ, ZBJV 1978, 310.

⁴²⁹ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 40; MÜLLER (1993), 13; krit. ESER (1969), 324 ff.

⁴³⁰ Sämtliche Zitate aus: BGE 129 IV 124, E. 3.2; BGE 132 IV 49, E. 1.1 = Praxis 2007 Nr. 12, E. 1.1; zur effektiven Förderung der Tat ESER (1969), 328; zu den Gehilfenschaftskriterien Allg. STRATENWERTH, AT I⁴, § 13 N 115 ff.

⁴³¹ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 40.

⁴³² Wie hier MÜLLER (1993), 12 f.

wurden, können bei im Übrigen gegebenen Voraussetzungen als zur Tatbegehung *bestimmte* Objekte eingezogen werden. Der Sache nach geht es hier um erfolg- und damit straflose versuchte Gehilfenschaft.⁴³³ Die Anlehnung an die Gehilfenschaft ist somit zu eng, weil sie eine Begrenzung suggeriert, wo in Wirklichkeit eine Einziehung designierter *instrumenta sceleris* möglich ist.⁴³⁴ Andererseits ist die Anlehnung an die Gehilfenschaft aber auch zu weit, weil sie die Einziehungsobjekte nicht hinreichend eingrenzt. In Anwendung des Beihilfekriteriums hat nicht nur ein Computer, der für das Verfassen eines Erpresserschreibens⁴³⁵ verwendet wurde, zur Begehung von Art. 156 StGB gedient und könnte wegen dieser Tatförderung eingezogen werden, sondern auch die hierbei verwendete Maus, die Tastatur, der Bildschirm, der Drucker,⁴³⁶ das Modem, der Bürotisch, der Stuhl, die Wohnung, in der das Schreiben aufgesetzt wurde, und das Auto, das der Erpresser verwendet hat, um den Brief zur Post zu bringen. Alle diese Objekte haben die Tat gefördert und sie hätte sich ohne sie anders zugetragen.⁴³⁷

- 146 Während es für einen Teil der Lehre auf der Hand liegt, dass diese Gegenstände nicht einziehbar sind,⁴³⁸ ordnet ein anderer Teil sie ohne weiteres den Einziehungsobjekten zu.⁴³⁹ Die Vertreter letzterer wollen Korrekturen über die Gefährlichkeit oder die Verhältnismässigkeit vornehmen: Bei Gegenständen, welche bei der Tatbegehung eine bloss untergeordnete Rolle spielten, oder bloss mittelbar verwendet worden seien, sei häufig die künftige Gefährlichkeit zu verneinen.⁴⁴⁰ Nach zutreffender Auffassung sollte diese Eingrenzung bereits beim Konfiskationsobjekt selbst vorgenommen werden, weil die Gefährlichkeit und die Verhältnismässigkeit sie zu leisten entweder ausserstande sind oder diese Kriterien von der Praxis zu weit gehandhabt werden.⁴⁴¹ So sind ein Messer und ein Drucker zunächst per se gleichermassen ungefährlich, können aber in den Händen rezidivierender Täter künftig eine Gefahr darstellen. Ob die Gegenstände bei der Tatbegehung eine bloss untergeordnete Rolle gespielt haben, ist in Bezug auf die Gefährlichkeit insoweit irrelevant. Auch die Verhältnismässigkeit wird nicht genügend konsequent zur Eingrenzung der Konfiskation bemüht. So wurde nicht einmal die Einziehung eines für unerlaubten Nachrichtendienst verwendeten Hauses unter Verhältnismässigkeitsgesichtspunkten beanstandet.⁴⁴²
- 147 Zur Eingrenzung des Kreises möglicher Einziehungsobjekte wurden bereits im Gesetzgebungsfahren (implizit) auch verfassungsrechtliche Beschränkungen der

⁴³³ PC CP, Art. 25 N 15.

⁴³⁴ Zu den zur Tatbegehung bestimmten *instrumenta sceleris* i.w.S. vgl. hinten N 151 ff.

⁴³⁵ Beispiel bei Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 39 m.w.H.

⁴³⁶ NK StGB⁴-HERZOG/SALIGER, § 74 N 13 Fn. 99 m.H.a. OLG Düsseldorf, JR 1993, S. 516 ff.: Einziehung von Schreibgeräten (Computer etc.) abgelehnt, mit welchen ein beleidigender Brief an einen Richter verfasst wurde.

⁴³⁷ Weitere Beispiele «uferloser» Einziehung bei ESER (1969), 323 ff.

⁴³⁸ MÜLLER (1993), 13; BÖHLER (1945), 97 f.

⁴³⁹ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 39 mit umfassender Kasuistik.

⁴⁴⁰ So Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 42.

⁴⁴¹ MÜLLER (1993), 14.

⁴⁴² BGE 114 IV 98, E. 4.

Einziehungsobjekte angesprochen. So gab Oskar Wettstein zu bedenken, dass die vorgeschlagene Konfiskationsnorm auch die Einziehung von Druckerpressen erlaube, was in «politisch aufgeregten Zeiten» zu vermeiden sei.⁴⁴³ Später wurde vorgeschlagen, auf die hypothetische Frage abzustellen, was ohne den Gegenstand geschehen wäre, oder darauf, ob das Risiko der Tatbestandsverwirklichung durch den Gegenstand erhöht wurde.⁴⁴⁴ Andere halten für entscheidend, inwieweit der benutzte Gegenstand ausschliesslich oder wesentlich zur Tatbegehung bedient hat.⁴⁴⁵ Die Einziehung soll auf unmittelbare Tatwerkzeuge beschränkt bleiben, welche die Begehung auch effektiv gefördert hätten.⁴⁴⁶ Soweit ersichtlich fordert niemand mehr, dass Gegenstände eine besondere Tateignung aufweisen müssen oder gar nur zu deliktischen Zwecken dürfen verwendet werden können.⁴⁴⁷

Um den geschilderten Bedenken zur Uferlosigkeit der Konfiskation Rechnung zu tragen, könnte die Begrenzung in Anlehnung an die Rechtsprechung zur *Mittäterschaft* erfolgen, indem nur noch Objekte der Einziehung unterliegen, die in so massgeblicher Weise zur Tat beigetragen haben, dass sie als «Hauptsache» dastehen.⁴⁴⁸ Dies würde in unserem Beispiel erlauben, die Einziehung auf den Computer und Drucker einzuschränken. Aus den gleichen Überlegungen können auch die zum Deliktsversuch aus grobem Unverstand verwendeten, früher sog. absolut untauglichen, Tatmittel nicht eingezogen werden.⁴⁴⁹ 148

In *zeitlicher* Hinsicht wirkt sich der verlangte Deliktsskonnex nicht nur im Vorfeld, sondern auch im Nachgang zur Tatbegehung aus. Von Gegenständen, die nicht bloss in der Beendigungsphase eines Diebstahls zur Gewahrsamssicherung eingesetzt wurden (z.B. Sporttasche), sondern der späteren Verwahrung gestohlener Gegenstände dienten (z.B. Tresor), lässt sich nicht mehr sagen, dass sie zur Tatbegehung «gedient haben».⁴⁵⁰ Dies gilt dort nicht, wo das Verstecken der Beute als eigenständiges Anschlussdelikt (Hehlerei⁴⁵¹, Geldwäscherei⁴⁵²) strafbar ist. 149

⁴⁴³ Protokoll-I/1912, 294.

⁴⁴⁴ MÜLLER (1945), 14.

⁴⁴⁵ BAUMANN E. (1907), 97 und BÖHLER (1945), 98.

⁴⁴⁶ ESER (1969), 327 f.

⁴⁴⁷ MÜLLER (1945), 12; BGE 114 IV 98, E. 4; m.H.a. SCHULTZ, ZBJV 1978, 310; s.a. BGE 103 IV 76, E. 2.

⁴⁴⁸ Zur Definition der Mittäterschaft vgl. BGE 130 IV 58, E. 9.2.1; BGE 135 IV 152, E. 2.3.1; BGE 133 IV 76, E. 2.7.

⁴⁴⁹ BAUMANN E. (1907), 53 f.; zum untauglichen Versuch Allg. PK StGB²-TRECHSEL/GETH, Art. 22 N 16 ff.

⁴⁵⁰ ESER (1969), 327; a.A. Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 43; Allg. zur Be- und Vollendung des Diebstahls PK StGB²-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 139 N 11.

⁴⁵¹ Gilt nicht für den Vortäter der Hehlerei, STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I⁷, § 20 N 27; BSK StGB II³-WEISSENBERGER, Art. 160 N 92.

⁴⁵² Umstritten ist, ob der Vortäter auch Geldwäscher sein kann; verneinend PK StGB²-TRECHSEL/AFFOLTER, Art. 305^{bis} N 33 m.w.H.; bejahend BGE 120 IV 323, Regeste = Praxis 1995 Nr. 212, Regeste und STRATENWERTH/BOMMER, BTII⁷, § 57 N 43. Str. ist aber auch, ob die Geldwäscherei *alleine* Anlass für eine Einziehung sein kann. Zur Begründung hinten N 158; a.A. ohne weitere Begründung Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 70-72, N 23.

150 Zu begrüssen ist die von NIKLAUS SCHMID vorgeschlagene *subjektive* Eingrenzung, wonach der Täter den Gegenstand mit Blick auf die Tat absichtlich verwendet haben müsse.⁴⁵³ Zwar kommen nach der sehr weit gehenden schweizerischen Regelung auch Fahrlässigkeitstaten als Anlassdelikte in Betracht,⁴⁵⁴ doch reicht eine pflichtwidrig unvorsichtige Verwendung eines Gegenstandes nicht zur Einziehung aus,⁴⁵⁵ weil sich hier schon begrifflich schlecht von «Werkzeugen» sprechen lässt, die zur Begehung der Tat «gedient haben». Bei Fahrlässigkeitsdelikten fehlt es definitionsgemäss an der finalen Inanspruchnahme eines Gegenstands mit Blick auf ein strafrechtlich verpöntes Ziel. Weder das Unfallfahrzeug⁴⁵⁶ noch die Skier, mit denen versehentlich eine Lawine ausgelöst wurde, kommen deshalb als Einziehungsobjekte in Betracht.

3. Designierte *instrumenta sceleris* («bestimmt waren»)

- 151 Der Sicherungseinziehung nach Art. 69 StGB unterliegen die Werkzeuge des Verbrechens (*instrumenta sceleris*).⁴⁵⁷ Unterschieden werden die soeben behandelten *instrumenta sceleris*, die zur Begehung einer Straftat «gedient haben», von den Tatwerkzeugen, die zur Begehung einer Tat «bestimmt waren» (*designierte instrumenta sceleris*).⁴⁵⁸ Auch das Europaratsübereinkommen zur Einziehung unterscheidet Tatwerkzeuge, die zur Begehung von Straftaten verwendet wurden («*employés*»), von solchen die zur Deliktsbegehung verwendet werden sollten («*destinés*»).⁴⁵⁹
- 152 Die umstrittenste Frage bei der Einziehung von designierten Tatwerkzeugen ist, in welches Stadium der Deliktsverwirklichung die Anlasstat gediehen sein muss, um sagen zu können, der Gegenstand sei zur Tat bestimmt gewesen.⁴⁶⁰ Nach richtiger Auffassung muss zumindest ein strafbarer Versuch vorliegen.⁴⁶¹ Damit sind die

⁴⁵³ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 40.

⁴⁵⁴ Zum Vergleich § 74 Abs. 1 StGB/D; dazu NK StGB⁴-HERZOG/SALIGER, § 74 N 3; skeptisch bereits GOLDSCHMIDT (1908), 447.

⁴⁵⁵ A.A. MÜLLER (1993), 15.

⁴⁵⁶ Im Ergebnis gleich AppG BS, RS 1949 Nr. 20, Regeste. Die Einziehung wurde *i.c.* allerdings nicht ausgeschlossen, weil die Anlasstat ein Fahrlässigkeitsdelikt war, sondern mit dem Verhältnismässigkeitsargument fehlender Eignung: Die Einziehung werde nicht verhindern, «*dass Reist weiterhin durch rücksichtslose Drauflosfahren mit einem andern seiner Motorfahrzeuge Leib und Leben der Strassenbenützer [...] gefährdet.*».

⁴⁵⁷ BGE 124 IV 121, E. 2a = Praxis 1998 Nr. 107, E. 2a; umfassende Kasuistik bei BAUMANN E. (1907), 97 f.; Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 39.

⁴⁵⁸ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 39 ff.; Art. 1 lit. c des Übereinkommens über Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten vom 8. November 1990.

⁴⁵⁹ Art. 1 lit. c des Übereinkommens über Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten vom 8. November 1990, SR 0.311.53, die amtliche Deutschübersetzung ist missverständlich im Präsens gefasst.

⁴⁶⁰ Vgl. dazu die Ausführungen zur versuchten Anlasstat hinten N 162 ff.

⁴⁶¹ SCHULTZ, ZBJV 1978, 311 und BAUMANN E. (1907), 53 und 95 Fn. 1, dazu im Detail hinten N 162 ff.

Einziehungsobjekte aber noch nicht entscheidend eingeschränkt. Auch bei den zur Tat *bestimmten* Deliktswerkzeugen stellt sich die Frage, wie diese sinnvoll eingegrenzt werden können. Die von Teilen der Lehre vorgeschlagene Anlehnung an die Gehilfenschaft hilft hier wie erwähnt nicht weiter. Die Beihilfeanalogie schränkt die Konfiskationsobjekte ungenügend ein, weil jede noch so entfernte Tatförderung einziehungs begründend wirkt. Für die *instrumenta sceleris*, die zur Begehung der Tat *gedient* haben, wurde deshalb eine Anlehnung an die Mittäterschaftsdoktrin vorgeschlagen.⁴⁶² Nur Deliktswerkzeuge, die der Anlasstat Tat als eigentliche «Hauptsachen» gedient haben, sollen eingezogen werden können. Für die designierten Tatwerkzeuge kann nichts anderes gelten. Sie können nur eingezogen werden, wenn die Tat, für die sie bestimmt sind, mit ihnen steht oder fällt. Übertragen auf die hier interessierende Problematik: Unabhängig davon, ob die Erpressung vollendet wurde oder erst das Stadium des strafbaren Versuchs erreicht hat, kann jedenfalls nur der für das Aufsetzen des Schreibens *unabdingbare* Computer eingezogen werden und nicht auch das für den Transport des Schreibens unterstützend verwendete resp. dafür in Aussicht genommene Motorfahrzeug.

Zur Deliktsbegehung *bestimmt* sind demnach Gegenstände, die deshalb nicht verwendet wurden, weil die Anlasstat nur, aber immerhin, ins Versuchsstadium gelangt ist: Der Kunstdieb, welcher bereits über dem Gartenzaun geklettert ist (vollendeter Hausfriedensbruch), wird auf dem Weg zum Haus erwischt. Das mitgeführte Brecheisen war zum Aufbrechen der Türe (versuchte Sachbeschädigung), die Tasche zur Gewahrsamssicherung (versuchter Diebstahl) bestimmt. Weil die Deliktobjekte zum vollendeten Hausfriedensbruch keinen Bezug haben, können sie nur aufgrund der im Versuchsstadium steckengebliebenen Delikte eingezogen werden. Ein strafbarer Versuch setzt voraus, dass der Täter durch eine Handlung unmittelbar zur Ausführung seines Tatplans ansetzt.⁴⁶³ Das Brecheisen wäre für die Sachbeschädigung, die Tasche für den Diebstahl essentiell gewesen, weshalb hier trotz blossen Versuchsunrechts ein hinreichender Tatkonnex besteht.⁴⁶⁴ 153

Nicht als designierte Tatinstrumente eingezogen werden können hingegen Gegenstände, die zwar ursprünglich zur Tat bestimmt waren, dann jedoch aufgrund geänderter Pläne nicht zum Einsatz gekommen sind: Richard Bauer ermordete seinen Schwiegervater mittels Schlagstocks und Dolchs. Den im Hinblick auf die Tatbegehung gekauften Revolver hatte er zwar mitgeführt, nicht aber verwendet.⁴⁶⁵ Hier ist die Deliktsbegehung mit dem Revolver nicht einmal ins Versuchsstadium gelangt. Die h.L. grenzt die *instrumenta sceleris* wie gesehen über eine Parallele zur Gehilfenschaft ein. Dieser Weg führt vorliegend dazu, dass die Einziehung unzulässig ist. Der Struktur nach liegt hier nämlich erfolg- und damit straflose Gehilfenschaft vor.⁴⁶⁶ Zum gleichen Resultat gelangt man auch über die hier vorge- 154

⁴⁶² Vgl. vorne N 96.

⁴⁶³ STRATENWERTH, AT I⁴, § 12 N 32; s.a. BGE 131 IV 100, E. 7.2.1.

⁴⁶⁴ Für die diesbezügliche Parallele zur Mittäterschaft vgl. vorne N 96.

⁴⁶⁵ BGE 88 IV 53, E. 5b; Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 49.

⁴⁶⁶ Vgl. dazu vorne N 94; ferner PC CP, Art. 25 N 15.

schlagene Anlehnung an die Mittäterschaftsdoktrin.⁴⁶⁷ Der Revolver hat hier nicht nur nicht in massgeblicher Weise, sondern gar nicht zur Tat beigetragen. Mangels hinreichender Verbindung hätte der Mord somit nicht die Anlasstat für die Einziehung des Revolvers sein können. Die Waffe hätte jedoch möglicherweise nach Art. 31 Abs. 3 lit. a Waffengesetz⁴⁶⁸ eingezogen werden können. Angesichts der umfangreichen organisatorischen Vorkehren, die Richard Bauer und seine Frau Josette getroffen hatten (alternative Tatpläne, Beschaffung der Schusswaffe in Frankreich etc.) hätte wohl auch eine strafbare Vorbereitungshandlung zu Mord (Art. 260^{bis} Abs. 1 lit. b StGB)⁴⁶⁹ als Anlasstat für eine Sicherungseinziehung vorgelegen.⁴⁷⁰

4. *Producta sceleris* («hervorgebracht worden sind»)

- 155 Das Gericht verfügt die Einziehung von Gegenständen, die durch eine Straftat hervorgebracht worden sind (Art. 69 Abs. 1 StGB). Man spricht von Taterzeugnissen, sog. *producta sceleris*.⁴⁷¹ Bereits der Vorentwurf zum Strafgesetzbuch von 1894 ordnete an, dass «dem Schuldigen das Eigentum an Gegenständen abgesprochen werden [kann], die [...] durch das Verbrechen hervorgebracht worden sind».⁴⁷² CARL STOOSS sah diese Form der Konfiskation als Vermögensstrafe an.⁴⁷³ Die Botschaft nennt als Beispiele für Deliktserzeugnisse falsches Geld, gefälschte Urkunden und gesundheitsschädliche Lebensmittel.⁴⁷⁴ In der parlamentarischen Debatte wurde zusätzlich noch pornografische Literatur erwähnt.⁴⁷⁵ Erfasst werden auch rechtswidrig hergestellte Betäubungsmittel oder Sprengstoffe.⁴⁷⁶ Das Bekenntnis einer terroristischen Vereinigung ist kein Deliktserzeugnis.⁴⁷⁷
- 156 Aus der Bezeichnung als Deliktserzeugnisse geht hervor, dass den *producta sceleris* als Anlasstat i.d.R. eine Straftat zugrunde liegt, die die Herstellung dieses Gegenstands als solche unter Strafe stellt.⁴⁷⁸ Typisch für *producta sceleris* ist auch,

⁴⁶⁷ Vgl. vorne N 96.

⁴⁶⁸ Vgl. dazu hinten N 115 ff.

⁴⁶⁹ Dazu BSK StGB II³–ENGLER, Art. 260^{bis} N 5 ff.

⁴⁷⁰ Vgl. zu diesem Fall auch die Ausführungen zur versuchten Anlasstat hinten N 162 ff.

⁴⁷¹ Vgl. Art. 74a Abs. 2 lit. b IRSG.

⁴⁷² Motive VE-StGB/1894, 20.

⁴⁷³ Verhandlungen-I/1896, 226.

⁴⁷⁴ Botschaft, BBl 1918 IV, 23.

⁴⁷⁵ AmtlBull NR 1928, 962.

⁴⁷⁶ SCHULTZ, ZBJV 1978, 312.

⁴⁷⁷ So z.R. VAHLE, Kriminalistik (1996), 327.

⁴⁷⁸ Z.B. Fälschungsdelikte: Art. 155 StGB (Warenfälschung); Art. 240 ff. StGB (Fälschung von Geld, amtlichen Wertzeichen, amtlichen Zeichen, Mass und Gewicht); Art. 251 ff. und 317 StGB (Urkundenfälschung); Art. 318 StGB (Falsches ärztliches Zeugnis); aber auch folgende Herstellungsverbote: Art. 135 StGB (Gewaltdarstellungen); Art. 144^{bis} Ziff. 2 StGB (Datenbeschädigung); Art. 150^{bis} (Herstellen und Inverkehrbringen von Materialien zur unbefugten Entschlüsselung codierter Angebote); Art. 179^{sexies} (Inverkehrbringen und Anpreisen von Abhör-, Ton- und Bildaufnahmegegeräten); Art. 197 Abs. 4 und 5 StGB (Pornografie); Art. 226 Abs. 1 StGB (Herstellen, Verbergen,

dass der Besitz solcher Gegenstände oder der Handel mit ihnen als Straftat ausgestaltet sind (z.B. Drogen oder harte Pornografie).⁴⁷⁹ In Bezug auf letztere Straftaten sind sie dann aber nicht mehr Deliktsprodukte, sondern Beziehungsgegenstände (*corpora delicti*). Möglich ist auch, dass Deliktsprodukte, wie z.B. Fälschungen, wenn sie später im Verkehr zu Täuschungszwecken eingesetzt werden, zu Deliktsinstrumenten mutieren.⁴⁸⁰

Auch bei den *producta sceleris* muss der Deliktikonnex ein unmittelbarer sein. 157 Nicht über Art. 69 StGB einziehbar sind daher die früher sog. *fructa sceleris*,⁴⁸¹ also die mit dem Deliktsprodukt, z.B. Falschgeld, angeschafften Gegenstände. Heute würde man in Anlehnung an die entsprechende Debatte zur Vermögenseinziehung wohl eher von *Surrogats-* oder *Ersatzeinziehung* sprechen.⁴⁸² Wenn *producta sceleris* (Drogen, harte Pornografie etc.) verkauft werden, ist der Erlös über die Vermögenseinziehung nach Art. 70 f. StGB abzuschöpfen und nicht über die Sicherungseinziehung.⁴⁸³

Ebenso wenig gelten die *scelere quaesita i.e.S.*, d.h. die durch eine Straftat erlangten Gegenstände (Diebesbeute) und Vermögenswerte, insbesondere (vermisches) Bar- und Buchgeld, als *producta sceleris*.⁴⁸⁴ Diese *scelere quaesita* sind entweder direkt dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands auszuhandigen (Art. 70 Abs. 1 in fine StGB) oder sie unterliegen der Vermögenseinziehung (Art. 70 f. StGB). Daten, wie Virenprogramme, Raubkopien⁴⁸⁵ oder kinderpornografische Filme, sind mangels Körperlichkeit keine einziehungsfähigen *producta sceleris*; beschlagnahmt werden die Datenträger und die Einziehung erfolgt über die Löschung der Daten.⁴⁸⁶ 158

Kontrovers bleibt, ob die Unterscheidung von *producta* und *instrumenta sceleris* 159 ein reiner Streit um des Kaisers Bart ist. Dafür spricht, dass die Rechtsfolge identisch ist. Produkte und Werkzeuge werden gleichermaßen eingezogen.⁴⁸⁷ Dagegen spricht, dass den *producta sceleris* die Gefährlichkeit quasi von Gesetzes wegen inhärent ist. Wenn der Gesetzgeber die Herstellung bestimmter Produkte (Kokain, Falschgeld etc.) verbietet, bringt er damit zugleich zum Ausdruck, dass deren blosser Existenz seiner Auffassung nach «die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung» (Art. 69 Abs. 1 StGB) gefährden. So lässt

Weiterschaffen von Sprengstoffen und giftigen Gasen) etc.; Art. 19 Abs. 1 BetrMG (unbefugte Herstellung von Betäubungsmitteln); weitere Bsp. bei Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 55.

479 S.a. Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 55.

480 Gleich PK StGB²-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 69 N 4.

481 So entgegen der vorliegend verwendeten Terminologie, wonach die *scelere quaesita* i.w.S. als Tatfrüchte bezeichnet werden (dazu vorne N 87), BÖHLER (1945), 98.

482 Zu dieser Debatte etwa BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 70/71 N 47.

483 Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 23; vgl. bereits ESER (1969), 342.

484 Vgl. hinten N 110 ff.; so bereits BÖHLER (1945), 98 f.

485 BezirksG ZH, ZR 2003 Nr. 47, S. 249 f. (2067 illegal hergestellte Videokassetten).

486 BOMMER (2005), 178; a.A. Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 57; zur Einziehung von Daten siehe hinten N 137 ff.

487 Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 55.

sich auch erklären, dass Falschgeld nach der Sondereinziehungsbestimmung von Art. 249 StGB unabhängig von seinem künftigen Gefährdungspotential eingezogen werden kann. Bei *instrumenta sceleris* ist der Nachweis, dass sie in den Händen des Täters auch künftig eine Gefahr darstellen werden, in jedem Einzelfall zu führen.⁴⁸⁸ Bereits ERNST HAFTER sah die Abgrenzung zu den *instrumenta sceleris* darin, dass Deliktinstrumente (Schusswaffen, Dolche, Abtreibungsinstrumente) stets nur in den Händen eines bestimmten Täters gefährlich seien, während *producta sceleris*, wie Falschgeld oder unsittliche Bilder oder Literatur allgemein eine Gefahr darstellten.⁴⁸⁹

⁴⁸⁸ BOMMER (2005), 182 ff.

⁴⁸⁹ HAFTER (1917), 418.

5. *Corpus delicti* – Beziehungsgegenstände

Zu den *objecta sceleris* gehören nebst den *instrumenta sceleris* auch die sog. *Beziehungsgegenstände (corpora delicti)*.⁴⁹⁰ Als Beziehungsgegenstände werden Sachen bezeichnet, die in die Tat verstrickt waren, ohne Mittel oder Produkte der Tat zu sein. Während das *instrumentum sceleris* als Mittel zur Verwirklichung eines deliktischen Zwecks eingesetzt wird und das *productum sceleris* das bezweckte Resultat eines deliktischen Herstellungsprozesses ist, ist das *corpus delicti* sozusagen Selbstzweck. Es geht um Gegenstände, die lediglich passive Objekte der Tat bilden. Gegenstände, «an [...] denen eine strafbare Handlung begangen wurde»;⁴⁹¹ z.B. das gequälte Tier oder die Droge beim unerlaubten Drogenkonsum oder -handel.⁴⁹² Vielfach findet sich auch die Definition, dass sich die Straftat im Gebrauch dieser Gegenstände erschöpfe.⁴⁹³ Als weitere Beispiele genannt werden: das Fahrzeug beim Fahren ohne Führerausweis,⁴⁹⁴ das Schmuggelgut,⁴⁹⁵ das vorschriftswidrig «frisierte»⁴⁹⁶ oder das zum Drogentransport verwendete Motorfahrzeug⁴⁹⁷, das zu unerlaubtem Nachrichtendienst verwendete Haus.⁴⁹⁸ Umstritten ist, inwieweit diese übrigen Tatobjekte einziehbar sind.⁴⁹⁹

⁴⁹⁰ Teilweise werden innerhalb der Tatobjekte die *Tatgegenstände*, an denen das Delikt verübt wurde (*corpora delicti*; z.B. gequältes Tier), noch von den in einem weiteren Sinne mit der Tat zusammenhängenden *Beziehungsgegenständen* unterschieden, so ESER (1969). 317; SCHMID, ZStrR 1995, 329 verwendet die Begriffe Beziehungsgegenstände und *corps du délit* wie hier synonym.

⁴⁹¹ Art. 58 Abs. 1 StGB/1974; Referendumsvorlage, BBl 1974 I, 763.

⁴⁹² Zur Einziehung von Betäubungsmitteln vgl. hinten N 141 ff.

⁴⁹³ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 44; ESER (1969), 317 ff.; NK StGB⁴-HERZOG/SALIGER, § 74 StGB N 11; S/S²⁹-ESER, § 74 StGB N 12a.

⁴⁹⁴ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 44; vgl. OLG Frankfurt/Main, NJW 1954, S. 652, dort wurde die Einziehung eines Beiwagenmotorades, das der Angeklagte ohne Fahrerlaubnis geführt hatte, abgelehnt, weil es «nicht Werkzeug, sondern Gegenstand der Straftat» war und, «da der Tatbestand dieses Vergehens auf keine andere Weise als durch Benutzung eines Kraftfahrzeuges verwirklicht werden» könne.

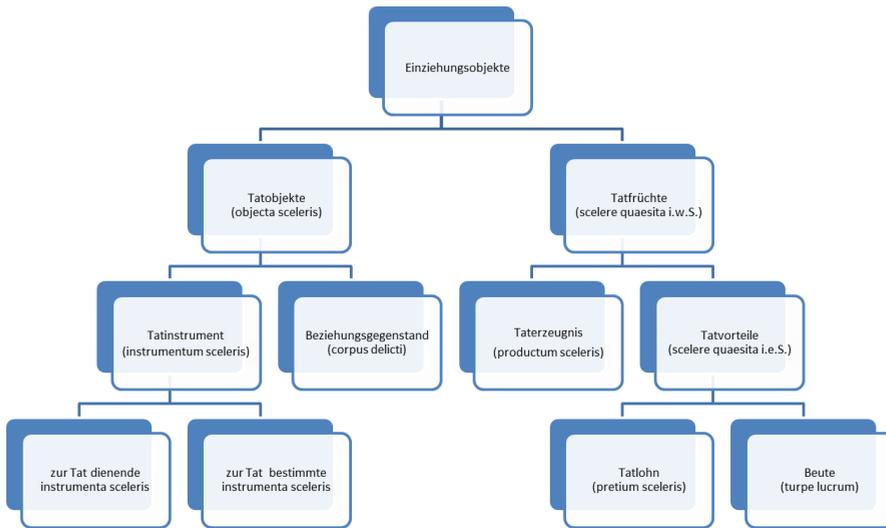
⁴⁹⁵ NK StGB⁴-HERZOG/SALIGER, § 74 StGB N 11.

⁴⁹⁶ SCHULTZ, ZBJV 1978, 311 f.

⁴⁹⁷ TRECHSEL (2005), 35 ff. (fraglich, Fahrzeug hier wohl eher *instrumentum sceleris*); s.a. BGH, NStZ-RR 2012 Nr. 12, S. 169, allerdings ohne Spezifikation der Art des Einziehungsgegenstandes (*instrumentum* oder *objectum sceleris*).

⁴⁹⁸ So entgegen BGE 114 IV 98 z.R. TRECHSEL (2005), Art. 58 N 8.

⁴⁹⁹ Dazu Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 45.



- 161 Vor dem Inkrafttreten der gesamtschweizerischen Kodifikation wurde in verschiedenen welschen Strafgesetzbüchern die Einziehung von Tatobjekten, sog. *corps du délit*, angeordnet.⁵⁰⁰ Zu den «Objekten des Verbrechens» wurden etwa Gegenstände gezählt, «in Bezug auf welche eine Zolldefraudation begangen wurde» oder «die Waffen, die gegen polizeiliches Verbot getragen werden»⁵⁰¹. In den ersten Vorentwürfen zum Strafgesetzbuch erstreckte sich die *polizeiliche* Einziehung noch sehr pauschal auf den «Gegenstand, der mit einem Verbrechen in Zusammenhang stand»⁵⁰². In der ersten Expertenkommission wurde die Unbestimmtheit dieser Norm dann aber bemängelt. Es wurde beantragt, sie auf *instrumenta sceleris* einzuschränken und insbesondere das *Objekt des Verbrechens* auszuschliessen.⁵⁰³ In der Vorlage der Redaktionskommission von 1912 wurde die Sicherungseinziehung sodann erstmals eingeschränkt auf *instrumenta* und *producta sceleris*.⁵⁰⁴ Diese Einschränkung war im weiteren Gesetzgebungsverfahren nicht mehr umstritten.⁵⁰⁵ In Art. 58 StGB/1937 waren die Tat- und Beziehungsgegenstände nicht von der Einziehung umfasst.⁵⁰⁶
- 162 Bereits Art. 9 Ziff. 1 des Bundesratsbeschlusses über das kriegswirtschaftliche Strafrecht vom 17. Oktober 1944 verfügte dann jedoch die Einziehung von Gegen-

⁵⁰⁰ HAFTER (1917), 415; BAUMANN E. (1907), 48 m.H.a. die kantonalen Gesetze von Waadt, Wallis, Neuenburg, Genf und dem Tessin.

⁵⁰¹ BAUMANN E. (1907), 94; a.A. HÄBERLING (1990), 265.

⁵⁰² Art. 28 Abs. 2 VE-StGB/1893; Art. 27 Abs. 2 VE-StGB/1894; Art. 30 Abs. 2 VE-StGB/1896; zur polizeilichen Natur dieser Konfiskationsbestimmung Verhandlungen-I/1896, 226; s.a. Art. 47 VE-StGB/1908.

⁵⁰³ Verhandlungen-I/1896, 226.

⁵⁰⁴ Vorlage-StGB/1913, 17.

⁵⁰⁵ Art. 58 VE-StGB/1916 und Art. 55 E-StGB/1918.

⁵⁰⁶ Referendumsvorlage, BBl 1937 III, 645.

ständen, «an [...] denen eine kriegswirtschaftliche Widerhandlung begangen wurde». ⁵⁰⁷ Es erstaunt daher wenig, dass neben den *instrumenta sceleris* auch diese Deliktobjekte später im Entwurf zum Verwaltungsstrafgesetz von 1971 der Einziehung unterworfen wurden. ⁵⁰⁸ Als Beispiel nannte der Bundesrat etwa die Veränderung von Branntwein und den – allen Ernstes so genannten – «Bundessäcken». ⁵⁰⁹ Diese Erweiterung wurde per 1. Januar 1975 auf das Kernstrafrecht übertragen. ⁵¹⁰ Nach Art. 58 Abs. 1 StGB/1974 waren neu auch Gegenstände einzuziehen «an [...] denen eine strafbare Handlung begangen wurde». ⁵¹¹ So fand die Konfiskation dieser *objecta sceleris* im Schatten der Vermögenseinziehung relativ unbemerkt Eingang in das Strafgesetzbuch. ⁵¹² Allerdings war diese Ausdehnung der *Confiscanda* nicht von Dauer. Im Rahmen des zweiten Massnahmenpakets ⁵¹³ zur Bekämpfung des organisierten Verbrechens sollten die erkannten Schwächen des Einziehungsrechts eliminiert werden, um «die Einziehung als Instrument gegen die Geldwäscherei und das organisierte Verbrechen wirkungsvoller zu gestalten». ⁵¹⁴ Als konzeptionelle Verbesserung wurden die Sicherungs- und die Vermögenseinziehung in zwei separaten Artikeln geregelt werden. Die *Sicherungseinziehung* wurde wieder in ihre alte Form von 1937 überführt. Am 1. August 1994 verschwand damit die rund zwanzig Jahre zuvor erstmals eingeführte Erweiterung der Einziehung auf die Beziehungsgegenstände wieder aus dem Strafgesetzbuch. ⁵¹⁵

Mangels gesetzlicher Grundlage unterliegen die Beziehungsgegenstände deshalb nicht der Sicherungseinziehung nach Art. 69 StGB. ⁵¹⁶ Auch der Umstand, dass diese *objecta sceleris* im Gesetzgebungsverfahren zum zweiten Massnahmenpaket nicht debattiert wurden, ändert nichts an der fehlenden Gesetzesgrundlage. ⁵¹⁷ Auf die Einziehung der *corps du délit* wurde 1937 verzichtet, weil man sie mit einem Teil der Lehre und entgegen weiter gehender kantonaler Strafgesetze (VD, VS, NE, GE, TI) für überflüssig hielt. Diese Lehrmeinungen stellten sich auf den Standpunkt, es brauche die Tatobjekte nicht als separate Kategorie von *Confiscanda*, weil es sich immer entweder um *instrumenta* oder *producta sceleris* handle. ⁵¹⁸ In der Folge wurde im Schrifttum jedoch darauf hingewiesen, dass diese Sichtwei-

163

⁵⁰⁷ PÉQUIGNOT (1944), 23.

⁵⁰⁸ Art. 13 Abs. 1 E-VStrR; Botschaft, BBl 1971 I, 1031.

⁵⁰⁹ Zur erst- und letztgenannten Änderung vgl. AmtlBull NR 1973, 497.

⁵¹⁰ AmtlBull NR 1973, 459; der Antrag auf Streichung der Art. 13–15 E-VStrR wurde in der Folge ohne Diskussionen angenommen, AmtlBull NR 1973, 469.

⁵¹¹ Referendumsvorlage, BBl 1974 I, 763.

⁵¹² SCHULTZ, ZBJV 1978, 311 f.

⁵¹³ So die Bezeichnung in der Botschaft, BBl 1993 III, 285.

⁵¹⁴ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 2.

⁵¹⁵ Art. 58 Abs. 1 StGB/1994; Botschaft, BBl 1993 III, 305; AmtlBull SR 1993, 981 f. sowie AmtlBull NR 1994, 55 ff. und AmtlBull NR 1994, 64 ff.

⁵¹⁶ Gleich auch die dt. Doktrin: NK StGB⁴–HERZOG/SALIGER, § 74 N 11.

⁵¹⁷ So aber Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 45.

⁵¹⁸ BAUMANN E. (1907), 94; GOLDSCHMIDT (1908), 448; daran anschliessend auch HAFTER, AT², 415 f.

se auf einem verfehlten Verständnis des Tatobjekts beruhe.⁵¹⁹ Daraufhin wurden die *objecta sceleris* 1975 ins Strafgesetzbuch aufgenommen. 1994 ist der Gesetzgeber sodann sehenden Auges zur Einziehungsbestimmung von 1937 zurückgekehrt. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu begründen, dass Beziehungsgegenstände weiterhin nach Art. 69 StGB einziehbar bleiben sollen.⁵²⁰

- 164 Vorbehalten bleiben spezialgesetzliche Bestimmungen, welche entweder die Einziehung von Beziehungsgegenständen explizit anordnen⁵²¹ oder die Einziehung zumindest nicht auf *instrumenta* und *producta sceleris* einschränken. Art. 135 Abs. 4 StGB ordnet zu den Gewaltdarstellungen pauschal an: «Die Gegenstände werden eingezogen». Soweit es um die Tathandlung des Herstellens geht, könnten diese Gewaltdarstellungen bereits als *producta sceleris* nach Art. 69 StGB eingezogen werden.⁵²² In den übrigen Tathandlungsvarianten des Anpreisens, Ausstellens, Anbietens, Zeigens etc. fungieren die Gewaltdarstellungen lediglich als *Beziehungsgegenstände*. Die Einziehung kann hier nur gestützt auf die offene Formulierung von Art. 135 Abs. 4 StGB erfolgen.⁵²³ Eine entsprechend offene Einziehungsbestimmung kennt das Betäubungsmittelgesetz nur in Bezug auf cannabis-haltige Produkte.⁵²⁴ Im Übrigen können Betäubungsmittel nur eingezogen werden, sofern sie das Produkt unerlaubter Produktion sind, nicht aber als Beziehungsgegenstände illegalen Handels, Besitzes oder Konsums.⁵²⁵
- 165 Während bei verbotenem Handel oder Besitz von Betäubungsmitteln derzeit noch ein ausgewiesenes polizeiliches Interesse besteht, *objecta sceleris* einziehen zu können, ist dies bei anderen Beziehungsgegenständen weniger offensichtlich. Sollen – um auf die eingangs erwähnten Beispiele zurückzukommen – auch Fahrzeuge beim Fahren ohne Führerausweis oder das zu unerlaubtem Nachrichtendienst verwendete Haus eingezogen werden können? Wenn man letzteres bejaht, kann dann auch die Wohnung eingezogen werden, in welcher ein sexueller Übergriff stattgefunden hat? Was ist mit dem Auto, in welchem ein Sexualdelikt begangen wurde oder aus welchem ehrverletzende Äußerungen getätigt wurden?⁵²⁶
- 166 Die Einziehung eines Beiwagenmotorrades, das der Angeklagte ohne Fahrerlaubnis geführt hatte, lehnte die deutsche Rechtsprechung ab, weil es «nicht Werkzeug, sondern Gegenstand der Straftat» war, «da der Tatbestand dieses Ver-

⁵¹⁹ ESER (1969), 330 Fn. 62; SCHMID, ZStrR 1995, 329; Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 45 Fn. 198.

⁵²⁰ So jedoch Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 45; dann aber ohne weitere Begründung relativierend in Bezug auf Wertschriften und Liegenschaften, a.a.O. N 46.

⁵²¹ So früher Art. 9 Ziff. 1 des Bundesratsbeschlusses über das kriegswirtschaftliche Strafrecht vom 17. Oktober 1944 bezüglich Gegenständen, «an [...] denen eine kriegswirtschaftliche Widerhandlung begangen wurde», abgedruckt in: PÉQUIGNOT (1944), 23.

⁵²² Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 44 Fn. 193.

⁵²³ Gleich: Art. 197 Abs. 6 StGB (Einziehung harter Pornografie); zum Ganzen Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 44.

⁵²⁴ Vgl. Art. 28e Abs. 4 BetmG.

⁵²⁵ Zur Einziehung von Betäubungsmitteln vgl. hinten N 141 ff.

⁵²⁶ Einziehbarkeit eines Kraftfahrzeugs bejaht, «welches zur Begehung v. Sexualstraftaten benutzt wurde»; NK StGB⁴–HERZOG/SALIGER, § 74 N 12 m.w.H.

gehens auf keine andere Weise als durch Benutzung eines Kraftfahrzeuges verwirklicht werden» könne.⁵²⁷ Das leuchtet nur im Ergebnis ein. Mit dieser Begründung könnte auch die Einziehung eines bei einem qualifizierten Diebstahl mitgeführten Revolvers abgelehnt werden, zumal der Tatbestand von Art. 139 Ziff. 3 al. 3 StGB auf keine andere Weise als durch Benutzung einer Schusswaffe verwirklicht werden kann. Entscheidend könnte nach einer weiteren häufig vorgebrachten Begründung sein, dass sich das strassenverkehrsrechtliche Vergehen im Gebrauch des Motorrads erschöpfte. Wer diese Begründung akzeptiert, muss sie konsequenterweis auch auf Drogendelikte übertragen: Auch beim Konsum von Betäubungsmitteln erschöpft sich die Tathandlung (Art. 19a BetmG) im Gebrauch der Sache, die Einziehung der Betäubungsmittel muss *deshalb* ausscheiden.⁵²⁸

In der Lehre wird versucht, diese Probleme entweder dadurch zu lösen, dass man die Beziehungsgegenstände — unter Strapazierung des Gesetzeswortlauts — auch der Sicherungseinziehung unterwirft,⁵²⁹ oder dadurch, dass man die Abgrenzbarkeit von Deliktinstrumenten und Beziehungsgegenständen per se negiert⁵³⁰ und sich auf den Standpunkt stellt, dass das Fahrzeug der Begehung der Tat (Art. 95 Abs. 1 SVG – Fahren ohne Berechtigung) i.S.v. Art. 69 Abs. 1 StGB «gedient» hat und deshalb als *instrumentum sceleris* einziehbar ist. 167

Abgesehen davon, dass man damit dem Begriff des Werkzeugs als «Zeug», mit dem ein ausserhalb seiner selbst liegendes Ziel ins Werk gesetzt wird, Gewalt antut, kommt man im einen wie im anderen Fall nicht um eine Einschränkung der Einziehungsgegenstände herum. Dies anerkennen auch die Befürworter der Einziehung von Beziehungsgegenständen,⁵³¹ indem sie «*an sich ungefährliche Gegenstände bei im Prinzip legalen Geschäften, die jedoch eine unerlaubte Ausrichtung haben*», von der Einziehung ausnehmen. Konkret sollen weder Wertschriften bei Insiderdelikten oder Kursmanipulationen noch Liegenschaften, bei deren Erwerb gegen Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland verletzt wurde («*Schwarzkanzleiung*») Gegenstand der Einziehung sein können.⁵³² Unerklärt bleibt dabei jedoch, *weshalb* die Einziehung der Wertschriften oder Liegenschaft ausgeschlossen sein soll. Bereits bei den *instrumenta sceleris* wurde auf die Notwendigkeit hingewiesen, deren Einziehung nicht erst bei der Gefährlichkeit oder der Verhältnismässigkeit einzuschränken, sondern schon den Kreis der *Confiscanda* möglichst eng zu ziehen.⁵³³ Um den geschilderten Bedenken zur Uferlosigkeit der Konfiskation Rechnung zu tragen, wurde deshalb vorgeschlagen, die Begrenzung in Anlehnung an die Rechtsprechung 168

⁵²⁷ OLG Frankfurt/Main, NJW 1954, S. 652.

⁵²⁸ Zur Einziehung von Betäubungsmitteln vgl. hinten N 141 ff.

⁵²⁹ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 45; TRECHSEL (2005), Art. 58 N 8.

⁵³⁰ So die ältere Lehre: BAUMANN E. (1907), 94; GOLDSCHMIDT (1908), 448; daran anschliessend auch HAFTER (1917), 415 f.

⁵³¹ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 45; TRECHSEL (2005), Art. 58 N 8.

⁵³² Beide Zitate Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 46; zu Insiderhandel und Marktmanipulation vgl. heute Art. 142 und 143 Finanzmarktinfrastrukturgesetz.

⁵³³ Vgl. vorne N 94 ff.

zur *Mittäterschaft* festzulegen, indem nur noch Objekte der Einziehung unterliegen, die in so massgeblicher Weise zur Tat beigetragen haben, dass sie als «Hauptsache» dastehen.⁵³⁴ Legt man diesen Massstab bei den Beziehungsgegenständen an, so erscheinen sowohl die Liegenschaft bei der Schwarzkanzleierung als auch die Wertschriften bei der Kursmanipulation als Hauptsachen und müssten daher der Einziehung unterliegen. Der hier vertretene Ansatz, Beziehungsgegenstände getreu dem Gesetzestext von der Sicherungseinziehung auszunehmen, verdient daher auch unter diesem Gesichtspunkt den Vorzug.

6. Ersatzeinziehung

- 169 Was geschieht, wenn der einzuziehende Gegenstand nicht mehr vorhanden ist? Hier gilt es zu unterscheiden zwischen *instrumenta* und *producta sceleris*. Bei *Tatwerkzeugen* ist eine Ersatzeinziehung nicht möglich. Wurde das bei der Tat verwendete Küchenmesser verkauft, kann der Erlös mangels Gefährlichkeit nicht über Art. 69 StGB eingezogen werden: «*La confiscation n'est pas transformable en une condamnation à payer la valeur des objets [...] confiscales*».⁵³⁵ Selbst wenn die Tatwaffe gegen eine ähnlich gefährliche Waffe eingetauscht wurde, scheidet eine Einziehung aus, da es bei dieser Ersatzwaffe an einem Deliktskonnex fehlt.⁵³⁶
- 170 Werden *Delikterzeugnisse* (Drogen, Falschgeld, harte Pornografie etc.) veräussert, kann der Erlös mangels Gefährlichkeit zwar ebenfalls nicht über Art. 69 StGB zur Sicherung eingezogen werden, er kann jedoch bei gegebenen Voraussetzungen über die Vermögenseinziehung nach Art. 70 f. StGB abgeschöpft werden.⁵³⁷

7. Geld

- 171 *Falsches Geld* und das von gesetzgeberischer Komik nicht ganz freie verfälschte Geld unterliegen als Produkte der Geldfälschungsdelikte der Einziehung.⁵³⁸ Fraglich ist, ob *echtes Geld* zur Sicherung eingezogen werden kann. *Buchgeld* entfällt schon deshalb als Objekt der Sicherungseinziehung, weil Forderungen keine körperlichen Sachen sind.⁵³⁹ *Bargeld* erfüllt indes das Körperlichkeitskriterium. Begrifflich könnte man deshalb versucht sein, den baren *Pot-de-vin* als Instrument der Bestechung oder das erschwindelte Bargeld als Erzeugnis betrügerischen Wirkens einzustufen. *Echtes Geld* kann jedoch weder *instrumentum* noch *productum*

⁵³⁴ Zur Definition der Mittäterschaft vgl. BGE 130 IV 58, E. 9.2.1; BGE 135 IV 152, E. 2.3.1; BGE 133 IV 76, E. 2.7.

⁵³⁵ LOGOZ (1939), Art. 58 N 5.

⁵³⁶ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 23; verkannt bei ESER (1969), 342.

⁵³⁷ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 23; a.A. in Bezug auf den Erlös für Falschgeld STRATENWERTH, AT II², § 13 N 120.

⁵³⁸ StGB BT-NIGGLI, Art. 241 N 12 ff. (zum Verfälschen), Art. 249 N 5 ff. (zur Einziehung).

⁵³⁹ Dazu vorne N 87.

sceleris i.S.v. Art. 69 StGB sein. Auch als Beziehungsgegenstand fällt es ausser Betracht.⁵⁴⁰

Aus der Gesetzgebungsgeschichte geht klar hervor, dass weder die bei einer Straftat verwendeten noch die durch sie erlangten Vermögenswerte (*scelere quaesita* i.e.S.) über die Sicherungseinziehung abzuschöpfen sind.⁵⁴¹ Unter *scelere quaesita* i.e.S.⁵⁴² versteht man die unrechtmässigen wirtschaftlichen Vorteile aus einer Straftat. Darunter fallen der Anstiftungs- oder Verbrechenlohn (*pretium sceleris*) sowie der Deliktserlös (*turpe lucrum*).⁵⁴³ Zu Beginn des Gesetzgebungsverfahrens stand der Sicherungsaspekt der Einziehung im Vordergrund. Es war deshalb nicht vorgesehen, die Einziehung deliktisch erlangter Vermögenswerte in das Strafgesetzbuch aufzunehmen. Man sah deren Rückforderung als ein Problem des Zivilrechts an.⁵⁴⁴ Der Verfall des Verbrecherlohns (*pretium sceleris*) fand dann zunächst über die passive Bestechung Eingang in die Entwürfe zum Strafgesetzbuch⁵⁴⁵ und wurde später in den Allgemeinen Teil überführt:⁵⁴⁶ «Geschenke und andere Zuwendungen, die dazu bestimmt waren, eine strafbare Handlung zu veranlassen oder zu belohnen, verfallen dem Staate» (Art. 59 Abs. 1 StGB/1937).⁵⁴⁷ Der Verfall des gegenständlichen Deliktserlöses (*turpe lucrum*) wurde sogar erst anlässlich der parlamentarischen Debatten in Art. 59 Abs. 2 StGB/1937 aufgenommen:⁵⁴⁸ «Dem Staate verfallen auch Gegenstände, die sich jemand durch eine strafbare Handlung angeeignet hat, wenn während fünf Jahren, von der amtlichen Bekanntmachung an gerechnet, der Eigentümer nicht festgestellt werden kann.»⁵⁴⁹ Diese Bestimmung zielte auf die Deliktsbeute, in Form gestohlener, veruntreuter, ertrogener oder erpresster Sachen,⁵⁵⁰ mithin auf – wie der

172

⁵⁴⁰ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 46.

⁵⁴¹ Vgl. HAFTER (1917), 419; zu den drei verschiedenen Arten von Gegenständen siehe SCHULTZ, ZBJV 1978, 310; GOLDSCHMIDT (1908), 448 f.

⁵⁴² Vgl. hierzu die grafische Übersicht am Kapitelanfang bei N 86.

⁵⁴³ ESER (1969), 16 f. und 26, scheint das *scelere quaesitum* als Oberbegriff einerseits des Tatlohns (*pretium sceleris*) und andererseits des Tatgewinns (*turpe lucrum*) zu interpretieren; teilweise abweichend in der Terminologie BÖHLER (1945), 50, der nur im Zusammenhang mit dem Verfall der Deliktsbeute von *scelere quaesita* spricht sowie STOOSS (1878), 48, der die Begriffe «*turpia lucra*» und «*scelere quaesita*» synonym verwendet.

⁵⁴⁴ STOOSS (1878), 46 ff.; HAEMMERLI (1950), 6; in einem Entscheid (BGE 43 I 220, E. 6) vom 18. Juni 1917, vertrat das Bundesgericht noch die Ansicht, dass «wo sich der Angeklagte durch eine Straftat vermögensrechtliche Vorteile auf Kosten anderer Personen verschafft, i.d.R. die Grundsätze des Zivilrechts [genügen], um die Remedur für die erfolgte Rechtsverletzung herbeizuführen [...]»; GOLDSCHMIDT (1908), 449.

⁵⁴⁵ Art. 217 Abs. 4 VE-StGB/1903, 77.

⁵⁴⁶ Protokoll-I/1912, 293; a.a.O., 346; a.a.O., 348; a.a.O., 382; BÖHLER (1945), 48, vgl. sodann Art. 59 Abs. 1 StGB/1937; zum Verbrecherlohn nach Art. 59 Abs. 1 StGB Allg. SCHWANDER (1952), 216; HAFTER, AT², 420; BÖHLER (1945), 45.

⁵⁴⁷ Referendumsvorlage, BBl 1937 III, 645 f.

⁵⁴⁸ StenBull NR 1928, 961 ff.; BÖHLER (1945), 50.

⁵⁴⁹ Referendumsvorlage, BBl 1937 III, 646.

⁵⁵⁰ SCHULTZ, ZBJV 1978, 312; Botschaft, BBl 1993 III, 307.

Gesetzestext explizit festhielt – *gegenständliche turpia lucra*.⁵⁵¹ Beim Täter vorgefundenes, noch nicht vermischtes Bargeld, wie etwa die bei Clara Fischer als zurückgelegten Kupplerlohn beschlagnahmten CHF 699.30 konnte unter diesem Titel eingezogen werden.⁵⁵²

- 173 Mit Einfügen der Verfallsnorm von Art. 59 StGB/1937 wurde erstmals der bei der Einziehung im Vordergrund stehende Sicherungscharakter der Massnahme zugunsten einer Abschöpfung deliktischer Vorteile aufgeweicht.⁵⁵³ Das Problem lag einerseits darin, dass die Verfallsbestimmung weitgehend auf körperliche Gegenstände beschränkt war und deshalb Vermögenswerte i.w.S. nicht erfasste. Zumindest in Bezug auf den Verfall der Deliktsbeute nach Art. 59 Abs. 2 StGB/1937 ergab sich dies bereits aus dem Gesetzestext («Gegenstände») und war deshalb unbestritten.⁵⁵⁴ Kontroverser war, ob mit der Formulierung «Geschenke und *andere Zuwendungen*» der Verfall in Art. 59 Abs. 1 StGB/1937 ebenfalls auf ein gegenständliches *pretium sceleris* beschränkt war.⁵⁵⁵ Relevant war diese Frage etwa bei Bargeld, welches infolge Vermischung ins Eigentum des Täters übergegangen war. Vor der Einführung der Vermögenseinziehung wäre dieses nicht an den Staat verfallen.⁵⁵⁶ Dies hinderte das Bundesgericht freilich nicht daran, im Rahmen einer «extensiven» Auslegung auch deliktische erlangte *Vermögenswerte*, wie den bereits ins Vermögen der Täterin übergegangenen Kupplerlohn⁵⁵⁷ oder das Honorar für illegale Abtreibungen der Einziehung nach Art. 59 StGB/1937 zu unterwerfen.⁵⁵⁸
- 174 Diese Probleme wurden behoben, als zusammen mit dem Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974, welches am 1. Januar 1975 in Kraft trat, die Einziehungsbestimmungen des Strafgesetzbuches erweitert wurden.⁵⁵⁹ Zunächst war noch vorgesehen, die Vermögenseinziehung auf das Verwaltungsstrafrecht zu beschränken.⁵⁶⁰ Im Gefolge des bundesstrafgerichtlichen Urteils ge-

⁵⁵¹ BGE 74 IV 20, Regeste; s.a. HAFTER, AT², 420 mit dem Hinweis, dass Abs. 2 durch die Marginalie («Verfall von Geschenken und andern Zuwendungen») nicht mehr gedeckt ist.

⁵⁵² BGE 72 IV 101.

⁵⁵³ BÖHLER (1945), 44 und 47; s.a. SCHULTZ, ZBJV 1978, 308; vermittelnd HAEMMERLI (1950), 4, s.a. 8.

⁵⁵⁴ BGE 74 IV 20, Regeste.

⁵⁵⁵ Bejahend mit überzeugendem Verweis auf den französischen Text von Art. 59 Abs. 1 Satz 2 StGB («*objets*») HAEMMERLI (1950), 27 f.; auch THORMANN/VON OVERBECK (1940), 208 f., verwenden bezüglich der Zuwendungen ausschliesslich den Begriff «Sachen»; skeptisch, ob die Einziehung von Geschenken und insbesondere Zuwendungen auf Körperliches beschränkt ist, BÖHLER (1945), 80; schwankend HAFTER, ZStrR 1914, 16, spricht zunächst von «*Dingen*»; dann aber DERS., AT², 420.

⁵⁵⁶ SCHULTZ, ZBJV 1978, 312 f.

⁵⁵⁷ BGE 72 IV 101, E. 2, wo der von einer Basler Kupplerin ausgesondert in bar zurückgelegte Kupplerlohn im Betrag von CHF 699.30 (z.R.) eingezogen, das Sparguthaben von CHF 5023.60 aber nicht kategorisch von der Einziehung ausgeschlossen wurde; s.a. Botschaft, BBl 1993 III, 307.

⁵⁵⁸ BGE 103 IV 3.

⁵⁵⁹ Vgl. GAUTHIER, ZStrR 1977, 364.

⁵⁶⁰ Botschaft, BBl 1971 I, 1007 f.; AmtlBull SR 1971, 843, wonach mit Art. 13 E-VStrR «*die Artikel 58 und 59 des Strafgesetzbuches ergänzt und erweitert [würden]. Während nach den allgemeinen*

gen Dieter Bührlé, welcher trotz millionenschwerer Gewinne aus Kriegsmateriallieferungen neben einer bedingten Gefängnisstrafe von acht Monaten lediglich zu einer Busse von CHF 20'000 verurteilt wurde,⁵⁶¹ kehrte die Stimmung. Der Nationalrat nahm die Vermögenseinziehung und die Ersatzforderung in das Strafgesetzbuch auf.⁵⁶² Art. 58 Abs. 1 StGB/1975 ermöglichte neu die Einziehung von Vermögenswerten.⁵⁶³ Damit wurde für eine allgemeine Einziehbarkeit unrechtmässig erwirtschafteten Gewinns eine gesetzliche Grundlage geschaffen und dem Prinzip zum Durchbruch verholfen, dass sich strafbares Verhalten nicht lohnen darf.⁵⁶⁴ Damit war nicht länger nur das *gegenständliche turpe lucrum* konfiszierbar. Mit der Revision von 1994 ging der Verfall deshalb vollständig in der Vermögenseinziehung auf.⁵⁶⁵

Zusammenfassend zeigt die Gesetzgebungsgeschichte, dass Buchgeld bis 1975 (wohl) gänzlich, Bargeld soweit es sich mit dem Tätervermögen vermischt hatte, von der Einziehung ausgenommen war. Seither werden sowohl Bar- als auch Buchgeld deliktischen Ursprungs über die allgemeine Vermögenseinziehung abgeschöpft. Sie sind deshalb keine tauglichen Objekte der Sicherungseinziehung nach Art. 69 StGB. 175

8. Waffen

Eigene Waffen, die dem Täter zur «*Begehung einer Straftat gedient haben*» (Art. 69 Abs. 1 StGB), werden bei fortbestehender Gefährdung als *instrumenta sceleris* eingezogen. Das gilt auch für die dazugehörige Munition.⁵⁶⁶ Waffen dürfen somit nicht schon alleine deshalb eingezogen werden, *weil* mit ihnen ein Delikt verübt wurde. Vielmehr muss feststehen, dass sie in den Händen des Täters auch künftig eine Gefahr darstellen werden.⁵⁶⁷ In jedem Fall ist dem Täter zudem der Verwertungserlös der Waffen herauszugeben. Mit der Einziehung der Waffen ist dem Sicherheitsaspekt genüge getan, der Täter muss nicht noch zusätzlich finanziell bestraft werden.⁵⁶⁸ 176

An einer fortbestehenden Gefährdung soll es bei einem Täter gefehlt haben, der einen Hüftschuss auf zwei Personen abgab, die illegal Bauschutt entsorgt hatten: 177

Normen nur gefährliche Gegenstände eingezogen werden können, muss im Verwaltungsstrafverfahren die Einziehung sich auf jedes Objekt beziehen können, das durch eine Widerhandlung erlangt oder hervorgebracht worden ist, und zwar unbekümmert um die Strafbarkeit einer Person». Die Bestimmung wurde in der Folge vom Ständerat ohne weitere Diskussionen angenommen.

⁵⁶¹ BGE 96 IV 155.

⁵⁶² AmtlBull NR 1973, 459; Auslöser war das Postulat Chavanne (10742) vom 1. Dezember 1970, AmtlBull NR 1972, 2027; AmtlBull NR 1972, 2027.

⁵⁶³ Rückblickend Botschaft, BBl 1993 III, 307.

⁵⁶⁴ Vgl. bereits STOOSS (1878), 48; BGE 71 IV 139, E. 8.

⁵⁶⁵ Botschaft, BBl 1993 III, 305.

⁵⁶⁶ BGE 116 IV 117, Lit. B; KGer SG, GVP 2014 Nr. 73, S. 259.

⁵⁶⁷ HÄBERLING (1990), 265 f.

⁵⁶⁸ BGE 135 I 209, E. 3.3.2.

Nach Ansicht der kantonalen Instanzen handelte es sich beim Schusswaffengebrauch um eine *«einmalige Entgleisung, die sich aller Voraussicht nach nicht mehr wiederholen wird»*. Dass sich das Bundesgericht durch diese vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung gebunden fühlte, ist insbesondere angesichts der weiteren Ausführungen nur schwer nachvollziehbar: *«[Z]war sei der Beschwerdegegner als etwas eigenartige und aufbrausende Persönlichkeit bekannt, doch habe er bis zum Vorfall vom 10. November 1987 noch nie derart heftig reagiert; zudem sei seine Handlungsweise zu einem guten Teil auch auf die ungeschickte Reaktion von H. zurückzuführen»*.⁵⁶⁹

- 178 Nach fragwürdiger⁵⁷⁰ Auffassung des Bundesgerichts sollen Waffen, die Gegenstand unerlaubten Kriegsmaterialhandels waren, unabhängig von einer künftigen Gefährdung eingezogen werden können. Im Gegensatz zum Strafgesetzbuch würde eine Gefährdung im spezielleren und jüngeren Kriegsmaterialgesetz nicht vorausgesetzt. Jedenfalls bei vorsätzlichen Widerhandlungen gegen das Kriegsmaterialgesetz sei es daher sachlich gerechtfertigt, auf eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung zu verzichten.⁵⁷¹
- 179 Nicht selten ist es auch der Fall, dass der Täter noch weitere Waffen besitzt, die er bei der Deliktsbegehung nicht verwendet hat. In diesem Fall haben die Waffen nicht *«zur Begehung einer Straftat gedient»*. Nach Strafgesetzbuch können sie dann nur noch eingezogen werden, wenn sie zu einer noch bevorstehenden Straftat *«bestimmt»* waren (Art. 69 Abs. 1 StGB) und diese Tat bereits bis in das Versuchsstadium gediehen ist.⁵⁷² Dies ist eine Frage nach dem Konnex zwischen den Waffen und der Anlasstat.
- 180 BGE 103 IV 76 betraf einen Beschwerdeführer, der einen Hund mit einem Flobertgewehr erschossen hatte und unmittelbar danach einem Mann drohte, das nächste Mal *«werde er dran sein»*. Neben dem Flobertgewehr wurden eine Pistole, ein Revolver, eine Doppelflinte und ein Jagdgewehr eingezogen. Die Einziehung des Flobertgewehrs wurde nicht bestritten. Die übrigen Waffen hatte der Beschwerdeführer indes weder bei der Drohung verwendet noch hatte er Vorbereitungen getroffen, seine Drohung mit Waffengewalt umzusetzen.⁵⁷³ Weil die Waf-

⁵⁶⁹ Alle Zitate aus BGE 116 IV 117.

⁵⁷⁰ Eingehende Kritik hinten N 237 ff.

⁵⁷¹ BGE 117 IV 336, E 4.; zur Einziehung von Kriegsmaterial heute vgl. Art. 38 Kriegsmaterialgesetz (KMG).

⁵⁷² Vgl. dazu vorne N 92 ff.

⁵⁷³ So auch KGer SG, GVP 2014 Nr. 73: X drohte mit der Erschiessung von B's Kühen, während er einen Revolver schwenkend auf die Strasse trat (Drohung nach 180 StGB sowie widerrechtliches Waffentragen gem. 33 Abs. 1 WG). Die Einziehung des verwendeten Revolvers sowie der Munition erwies sich als gesetzeskonform, da ein Deliktsskonnex vorlag. Nicht geschützt wurde die Einziehung der übrigen bei einer Hausdurchsuchung sichergestellten und sodann beschlagnahmten Waffen bzw. waffenähnlichen Gegenstände, da sie in keinem Zusammenhang mit dem Vorwurf der Drohung oder des Vergehens gegen das Waffengesetz standen, also nicht deliktsverstrickt waren: *«Der blosser Umstand, dass sie allenfalls auch geeignet wären, in strafrechtlich relevanter Weise verwendet zu werden, erfüllt die Voraussetzungen einer Einziehung und damit einer Einziehungsbeschlagnahme nicht.»* (S. 259). Die anderen Waffen wären in einem verwaltungsrechtlichen

fen somit weder zur Tat «gedient» hatten noch für eine solche «bestimmt waren», wurde deren Einziehung für bundesrechtswidrig erklärt. Es fehlte an einem unmittelbaren Konnex zu einer konkreten Straftat: «[E]ine bloss allgemeine Bestimmung oder Eignung von solchen Gegenständen zu allfälliger deliktischer Verwendung rechtfertigt eine Einziehung noch nicht».⁵⁷⁴

Vorbehalten bleiben in solchen Fällen die verwaltungsrechtlichen resp. präventivpolizeilichen Regeln folgende Beschlagnahme und Einziehung der Waffen nach Waffengesetz.⁵⁷⁵ Waffen sind nach Art. 31 Abs. 1 WG unter anderem zu beschlagnahmen, wenn der Waffenträger entweder zur Annahme Anlass gibt, dass er sich selbst oder Dritte mit der Waffe gefährdet (Art. 8 Abs. 2 lit. c WG) oder wenn er wegen einer Handlung, die eine gewalttätige oder gemeingefährliche Gesinnung bekundet, oder wegen wiederholt begangener Verbrechen oder Vergehen im Strafregister eingetragen ist, solange der Eintrag nicht gelöscht ist (Art. 8 Abs. 2 lit. d WG). Die Waffen werden definitiv eingezogen, wenn die Gefahr missbräuchlicher Verwendung besteht, insbesondere weil mit solchen Gegenständen Personen bedroht oder verletzt wurden.⁵⁷⁶ Während sich die strafrechtliche Sicherungseinziehung nur auf diejenige Waffe beziehen kann, mit der die Anlasstat verübt wurde oder werden sollte, geht die waffengesetzliche Einziehung weiter. Es können alle Waffen einer Person eingezogen werden.⁵⁷⁷ Nach heutigem Recht hätten somit im geschilderten «Flobertgewehr-Fall» (BGE 103 IV 76) die bei der Drohung nicht verwendeten Waffen (Pistole, Revolver, Doppelflinte, Jagdgewehr) waffenrechtlich eingezogen werden können (Art. 8 Abs. 3 lit. a WG). Auch bei einer Einziehung nach Waffengesetz ist die Herausgabe des Verwertungserlöses geboten.⁵⁷⁸

181

Die Sicherungseinziehung nach Art. 69 StGB von Waffen, die nicht dem Täter, sondern einem *Dritten* gehören, ist grundsätzlich ausgeschlossen.⁵⁷⁹ Nach vorliegend vertretener Auffassung fehlt es bereits an einer genügenden gesetzlichen Grundlage für Einziehungen bei Dritten. Selbst wenn man sie für zulässig hält,

182

Verfahren einzuziehen und entsprechend an das für den Vollzug des Waffengesetz zuständige Polizeikommando zu übergeben.

⁵⁷⁴ BGE 103 IV 76, Regeste Ziff. 2; bestätigt in: BGE 129 IV 81, E. 4.2; s.a. OG ZH, SJZ 1963 Nr. 9: X hatte in seinem Auto eine Pistole mitgeführt, ohne im Besitz eines Waffenscheins zu sein. Das Statthalteramt verfügte neben einer Busse die definitive Einziehung der Waffe gestützt auf Art. 58 aStGB. Das OG ZH hob den Entscheid mit folgender Begründung auf: Zwar liege eine strafbare Handlung gemäss Waffengesetz vor, die Pistole habe aber nicht zur Begehung einer strafbaren Handlung gedient, da der fragliche Gegenstand i.c. nicht im weitesten Sinne zweckentsprechend verwendet worden ist (geschossen, geschlagen, gedroht etc.); ebenso BStrGer BB.2011.32, E. 2.2.

⁵⁷⁵ Bundesgesetz über Waffen, Waffenzubehör und Munition (Waffengesetz, WG, SR 514.54) vom 20. Juni 1997.

⁵⁷⁶ Vgl. WEISSENBARGER, AJP 2000, 164.

⁵⁷⁷ AMSLER/CALDERARI, AJP 2014, 323.

⁵⁷⁸ BGE 135 I 209, E. 4.1.

⁵⁷⁹ Anders Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 24, der die Sicherungseinziehung bei Dritten grundsätzlich für zulässig hält, dann allerdings auch einschränkt; ferner könne sich eine Einziehung nach Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 69 erübrigen beim «*instrumentum sceleris, welches nur in der Hand eines bestimmten Täters gefährlich ist, [...] wenn der Gegenstand nach der Tat durch Verkauf etc. in den Besitz von Personen überging, die an dieser Tat nicht beteiligt waren*».

muss sie an strenge Voraussetzungen geknüpft werden. Bei Einziehungen zulasten Dritter kann definitionsgemäss nicht an einer Anlasstat angeknüpft werden, mit der der Waffeneigentümer seine Gefährlichkeit manifestiert hat. Es muss deshalb zweifelsfrei nachgewiesen sein, dass die Waffe in seinen Händen künftig eine Gefahr darstellt. Ferner muss der Dritte um den deliktischen Gebrauch der Waffe gewusst haben.⁵⁸⁰

- 183 Wird die Waffe eines Jägers bei einem Einbruch gestohlen und danach für ein Tötungsdelikt verwendet, ist sie ihm herauszugeben, weil die Gefährlichkeit die sich im Tötungsdelikt geäussert hat, ihm nicht angerechnet werden kann. Waren der Diebstahl und das Tötungsdelikt jedoch möglich, weil der Jäger seine Waffe nicht sorgfältig genug aufbewahrt hatte, so liegt bereits darin ein Übertretungstatbestand (Art. 26 Abs. 1 i.V.m. Art. 34 Abs. 1 lit. e WG), der als Anlasstat in Frage kommt. In diesem Fall liegt nicht länger eine Dritteinziehung vor. Die Zulässigkeit der Einziehung hängt dann von Nachweis künftiger Gefährdung ab. Kann der Waffeneigentümer glaubhaft machen, dass er künftig für eine sichere Aufbewahrung der Waffe sorgen kann, scheidet die Einziehung aus.

9. Motorfahrzeuge

- 184 Motorfahrzeuge unterliegen als Deliktswerkzeuge der Sicherungseinziehung nach Art. 69 StGB.⁵⁸¹ Dabei müssen die Anlasstaten keineswegs Verletzungen des Strassenverkehrsgesetzes sein. Beim Transport illegaler Betäubungsmittel dient das Fahrzeug der Beförderung (Tathandlung nach Art. 19 Abs. 1 lit. b BetmG) und ist deshalb richtigerweise als *instrumentum sceleris* einzustufen.⁵⁸² Soweit ein Fahrverbot nach Art. 67e StGB als mildere Massnahme ausscheidet, kann das Transportfahrzeug eingezogen werden.⁵⁸³ Kann indes das Fahrzeug eingezogen werden, aus welchem ehrverletzende Äusserungen getätigt wurden oder das verwendet wurde, um das Vergewaltigungsoffer zum Tatort zu fahren?⁵⁸⁴ Mit der Begründung, das Fahrzeug sei hier zur «Begehung von Sexualstraftaten»⁵⁸⁵ benutzt worden, wird dem Begriff des Tatwerkzeugs Gewalt angetan. Das Fahrzeug ist kein Werkzeug zur Begehung einer Ehrverletzung. Auch im zweiten Fall hat das Fahrzeug nur der Entführung des Opfers gedient, bei der Begehung des Sexu-

⁵⁸⁰ Zur Sicherungseinziehung bei Dritten im Detail vorne N 71 ff.

⁵⁸¹ SCHUBARTH, AJP 2005, 531.

⁵⁸² KK²-TRECHSEL, Art. 58 N 8 m.H.a. BJM 1993, 35 ff.; Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 25 Fn. 85; s.a. NK StGB⁴-HERZOG/SALIGER, § 74 StGB N 12 m.H.a. BGH, NStZ-RR 2012, 169, allerdings ohne Spezifikation der Art des Einziehungsgegenstandes (*instrumentum* oder *objectum sceleris*).

⁵⁸³ Weitergehend Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 25 Fn. 85, welcher über den Gesetzeswortlaut von Art. 67e StGB hinaus eine Kumulation von Sicherungseinziehung (Art. 69 StGB) und Fahrverbot zulassen möchte. Zum Fahrverbot BSK StGB I³-ARQUINT HILL/HEIMGARTNER, Art. 67b N 22.

⁵⁸⁴ Bejahend zu letzterem BGH, Urteil vom 30. Juni 1955 – 4 StR 245/55 (LG Augsburg), NJW 1955, 1327.

⁵⁸⁵ NK StGB⁴-HERZOG/SALIGER, § 74 N 12.

aldelikt war es indessen bloss ein in die Tat verstrickter *Beziehungsgegenstand* und insoweit von der Einziehung ausgeschlossen.⁵⁸⁶ Ebenso wenig Mittel oder Produkte der Tat sind Fahrzeuge, in welchen Sexualdelikte begangen wurden oder die Wohnung, in welcher ein sexueller Übergriff stattgefunden hat oder nachrichtendienstlicher Tätigkeit nachgegangen wurde.⁵⁸⁷ Als Beziehungsgegenstände unterliegen sie nicht der Einziehung. Aus demselben Grund scheidet auch ein Fahrverbot aus, zumal dieses nach Art. 67e StGB nur angeordnet werden kann, wenn ein Fahrzeug als Werkzeug «zur Begehung eines Verbrechens oder Vergehens verwendet» wurde.⁵⁸⁸

Für die Einziehung braucht es in jedem Fall eine Anlasstat. Deshalb können weitere Fahrzeuge im Eigentum des Täters, die bei der Tat nicht verwendet wurden, mangels Deliktskonnex nicht eingezogen werden. Eine fehlende Verbindung des Einziehungsobjekts zu einer Anlasstat kann auch nicht durch eine «äusserst ungünstige Legalprognose» kompensiert werden.⁵⁸⁹ 185

Wenn die Anlasstat eine Verkehrsregelverletzung ist, muss beurteilt werden, ob sich die Einziehung auf das Strafgesetzbuch oder auf das Strassenverkehrsgesetz stützt. Von der Möglichkeit Fahrzeugeinziehungen im Gefolge von (schweren) Verkehrsregelverletzungen anzuordnen, wird zunehmend Gebrauch gemacht.⁵⁹⁰ Gleichwohl wurde seit geraumer Zeit gefordert, u.a. gegen «Raser» härter vorzugehen,⁵⁹¹ indem deren Fahrzeuge eingezogen,⁵⁹² allenfalls sogar öffentlich verschrottet würden.⁵⁹³ Im Rahmen des Massnahmenpakets «Via sicura» wurde daher auf den 1. Januar 2013 Art. 90a SVG in Kraft gesetzt, der dem Gericht die Möglichkeit gibt, die Einziehung eines Motorfahrzeugs anzuordnen, wenn damit eine grobe Verkehrsregelverletzung in skrupelloser Weise begangen wurde und der Täter durch die Einziehung von weiteren groben Verkehrsregelverletzungen abgehalten werden kann (Abs. 1). Das Gericht kann die Verwertung des Motorfahrzeugs anordnen und die Verwendung des Erlöses, unter Abzug der Verwertungs- und Verfahrenskosten, festlegen (Abs. 2).⁵⁹⁴ Mit dem neuen Art. 90a SVG wollte der Gesetzgeber die an sich nach Art. 69 StGB schon bisher mögliche und in ver- 186

⁵⁸⁶ Zum Beziehungsgegenstand vorne N 103 ff.

⁵⁸⁷ So entgegen BGE 114 IV 98 z.R. KK²-TRECHSEL, Art. 58 N 8.

⁵⁸⁸ A.A. BSK StGB I³-ARQUINT HILL/HEIMGARTNER, Art. 67b N 22.

⁵⁸⁹ Insoweit abwegig: OG BE, SK 2013 Nr. 22, Regeste sowie E. 4.2, abgedruckt mit Besprechung von WOHLERS, fp 2014b, 28; OG ZH, UH160232, Beschluss vom 8. November 2016, E. II./3.2.1.

⁵⁹⁰ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 25 Fn. 85 m.w.H.; Botschaft, BBl 2010, 8484; ferner SCHUBARTH, AJP 2005, 531 und KRUMM, AJP 2013, 380 je m.H.a. die Motoradeinziehung durch das OG BE aus dem Jahre 1947, ZBJV 1949 Nr. 179.

⁵⁹¹ Zum «Raser» im Straf- und Strassenverkehrsrecht eingehend BÜRGI (2014), 69 ff. sowie zur medialen und politischen «Raserdebatte» 229 ff.

⁵⁹² Nachweise auf zahlreiche politische Vorstösse bei KRUMM, AJP 2013, 375.

⁵⁹³ Zu dieser im späteren Gesetzgebungsverfahren fallengelassenen Idee ARNET, Strassenverkehr 1/2012, 23; plastisch SCHUBARTH, AJP 2005, 531.

⁵⁹⁴ Zu Art. 90a SVG im Detail etwa BAUMANN F./STENGEL, Jusletter 2013, Rz. 4 ff.; MÜLLER/RISKE, recht 2013, 253 ff.

schiedenen Kantonen auch praktizierte Einziehung und Verwertung von Motorfahrzeugen auf Bundesebene einheitlich regeln.⁵⁹⁵

- 187 Als speziellere und spätere Einziehungsbestimmung soll Art. 90a SVG der Sicherungseinziehung nach Art. 69 StGB grundsätzlich vorgehen, soweit es um die Konfiskation von Motorfahrzeugen im Gefolge schwerer Verkehrsregelverletzungen geht.⁵⁹⁶ Weil die strassenverkehrsgesetzliche Einziehung jedoch fakultativ («kann») und von einer skrupellosen, groben Verkehrsregelverletzung abhängig ist,⁵⁹⁷ erweist sie sich insoweit als mildere Norm gegenüber Art. 69 StGB.⁵⁹⁸
- 188 Das Gericht kann die Einziehung eines Motorfahrzeugs anordnen, wenn damit eine *grobe Verkehrsregelverletzung* in skrupelloser Weise begangen wurde (Art. 90a Abs. 1 lit. a SVG). In erster Linie standen dem Gesetzgeber hierbei Geschwindigkeitsexzesse vor Augen.⁵⁹⁹ Nach der Rechtsprechung ist diese Einziehungsvoraussetzung i.d.R. gegeben bei qualifiziert groben Verkehrsdelikten i.S.v. Art. 90 Abs. 3 und Abs. 4 SVG. Die Einziehung komme darüber hinaus auch bei groben Verkehrsregelverletzungen nach Art. 90 Abs. 2 SVG in Betracht.⁶⁰⁰ Problematisch an letzterem ist, dass die grobe Verkehrsregelverletzung nach Art. 90 Abs. 2 SVG nach st. Rsp. subjektiv bereits ein «*rücksichtsloses oder sonst schwerwiegend verkehrswidriges Verhalten*» voraussetzt.⁶⁰¹ Die Einschränkung von Art. 90a SVG, wonach die grobe Verkehrsregelverletzung *in skrupelloser Weise* begangen sein muss, bliebe damit ohne Bedeutung. Grundsätzlich überzeugend ist daher der Vorschlag, die Einziehung nach Art. 90a SVG zu beschränken auf «*grobe Verkehrsregelverletzungen im Sinne von Art. 90 Abs. 2 SVG, welche unter den Tatbestand der Gefährdung des Lebens fallen würden*». ⁶⁰² Wobei im letzteren Fall wohl in aller Regel wiederum Art. 90 Abs. 3 SVG («*wer durch vorsätzliche Verletzung elementarer Verkehrsregeln das hohe Risiko eines Unfalls mit Schwerverletzten oder Todesopfern eingeht*») erfüllt wäre.
- 189 Praktisch sind diese Abgrenzungsstreitigkeiten wenig bedeutsam, da ohnehin eine Sicherungseinziehung nach Art. 69 StGB möglich bleibt.⁶⁰³ Diese kann an beliebige Anlasstaten auch des Strassenverkehrsgesetzes anknüpfen. Damit stellt sich die Frage, ob auch Fahrzeuge eingezogen werden können, die bei einer Trunkenheitsfahrt⁶⁰⁴ verwendet wurden oder deren Lenker keinen Führerausweis besitzt.⁶⁰⁵

⁵⁹⁵ BGE 139 IV 250, E. 2.3.3; BGer, Urteil 1B_113/2013 vom 5. Dezember 2013, E. 3.2.

⁵⁹⁶ ARNET, Strassenverkehr 1/2012, 23; MÜLLER/RISKE, recht 2013, 250.

⁵⁹⁷ Zur Kumulation von Skrupellosigkeit und grober Verkehrsregelverletzung BAUMANN F./STENGEL, Jusletter 2013, Rz. 7 ff.; offengelassen in: BGE 140 IV 133, E. 4.2.1.

⁵⁹⁸ Z.R. ARNET, Strassenverkehr 1/2012, 23.

⁵⁹⁹ Botschaft, BBl 2010, 8484 f.

⁶⁰⁰ BGE 140 IV 133, E. 3.4; 139 IV 250, E. 2.3.3.

⁶⁰¹ BGE 131 IV 133, E. 3.2 m.w.H.

⁶⁰² BAUMANN F./STENGEL, Jusletter 25. November 2013, Rz. 7 ff.; so auch OG ZH, ZR 2015 Nr. 33, E. II.2.1.

⁶⁰³ Siehe etwa BGer, Urteil 1B_252/2014 vom 3. November 2014, E. 2.4.

⁶⁰⁴ KantonsG SZ, CAN 2013 Nr. 94, S. 249; Einziehung eines Motorfahrzeugs angeordnet bei fünfmaligem Fahren in angetrunkenem Zustand sowie drei schweren Verkehrsregelverletzungen: OG BE, ZBJV 2003 Nr. 563, allerdings ohne Nennung der konkreten Anlasstat.

Weder bei der Trunkenheitsfahrt noch beim Fahren ohne Führerausweis wird das Fahrzeug jedoch für einen ausserhalb seiner selbst liegenden deliktischen Zweck eingesetzt.⁶⁰⁶ Als reiner *Beziehungsgegenstand* kann es deshalb nicht eingezogen werden.⁶⁰⁷ Zumindest beim Fahren ohne Ausweis dürfte die Einziehung auch unverhältnismässig sein. Möglich bleibt die Einziehung aber bei der Trunkenheitsfahrt, sofern zusätzlich andere Verkehrsteilnehmer konkret gefährdet wurden. Mit Blick auf solche Gefährdungen dient das Fahrzeug als Werkzeug.

Art. 90a Abs. 1 SVG knüpft den Einziehungsentscheid an die Voraussetzung, dass der Täter durch die Einziehung von weiteren groben Verkehrsregelverletzungen abgehalten werden kann. Ist die Einziehung überhaupt geeignet, dieses Sicherungsziel zu erreichen? Das kann insbesondere dann zweifelhaft sein, wenn dem Täter weitere eigene Fahrzeuge oder solche Dritter zur Verfügung stehen, die er bei der Verkehrsregelverletzung nicht verwendet hat.⁶⁰⁸ Solche Fahrzeuge können mangels einer Anlasstat nicht nach Art. 69 StGB eingezogen werden.⁶⁰⁹ Sie können aber auch nicht nach Art. 90a SVG eingezogen werden. Nach dessen Wortlaut kann ein Motorfahrzeug nämlich nur eingezogen werden, wenn «damit» eine grobe Verkehrsregelverletzung begangen wurde. Auch insoweit geht die neue Bestimmung nicht über die reguläre Sicherungseinziehung hinaus mit der perplexen Konsequenz, dass sich die Einziehung bei einem wohlhabenden Raser, dem ein ganzer Fahrzeugpark zur Verfügung steht, infolge fehlender Eignung der Massnahme als unverhältnismässig erweisen könnte.

Freilich könnten weitere, bei der Deliktsbegehung nicht verwendete Fahrzeuge gemäss Art. 263 Abs. 1 lit. b StPO zur Sicherstellung von Verfahrenskosten, Geldstrafen, Bussen und Entschädigungen beschlagnahmt werden, soweit das be-

⁶⁰⁵ BGer, Urteil 1P.469/1995 vom 22. Mai 1996 wo das Automobil eines Fahrers, der trotz Führerausweisentzugs gefahren war, eingezogen und verwertet wurde. Ohne zur Frage Stellung zu nehmen, ob das Fahrzeug beim Fahren ohne Führerausweis ein taugliches Einziehungsobjekt ist, hob das Bundesgericht den kantonalen Entscheid auf, weil in diesem entgegen BGE 117 IV 345, E. 2a auch der Verwertungserlös zurückbehalten wurde. Einziehbarkeit auch bejaht bei Fahren ohne Kontrollschilder, Versicherungsschutz und Führerausweis: OG LU, LGVE 1999 Nr. 100, w.H. bei Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 25 Fn. 85; vgl. auch OG BE, CAN 2015 Nr. 91, E. 5.3; s.a. OG ZH, ZR 2015 Nr. 33, E. II.2.1.

⁶⁰⁶ Im Ergebnis gleich OLG Frankfurt/Main, NJW 1954, 652, wo die Einziehung eines Beiwagenmotorades, das der Angeklagte ohne Fahrerlaubnis geführt hatte, abgelehnt wurde, weil es «*nicht Werkzeug, sondern Gegenstand der Straftat*», allerdings mit der problematischen Begründung, dass «*der Tatbestand dieses Vergehens auf keine andere Weise als durch Benutzung eines Kraftfahrzeuges verwirklicht werden*» könne; dazu vorne N 107.

⁶⁰⁷ Dazu bereits vorne N 103 ff.

⁶⁰⁸ Bereits AppG BS, RS 1949 Nr. 20. Die Einziehung wurde i.c. mit dem Verhältnismässigkeitsargument fehlender Eignung ausgeschlossen: Die Einziehung werde nicht verhindern, «*dass Reist weiterhin durch rücksichtslose Drauflosfahren mit einem andern seiner Motorfahrzeuge Leib und Leben der Strassenbenützer [...] gefährdet*».

⁶⁰⁹ So z.R. MÜLLER/RISKE, recht 2013, 255 m.H.a. BGE 112 IV 71; KRUMM, AJP 2013, 380 f., allerdings mit nicht einschlägigem Verweis auf BGE 137 IV 249, zumal es dort um zwei Traktoren ging, «*mittels welchen der Beschwerdeführer Widerhandlungen gegen das SVG beging*» (E.4.5.2); insoweit verfehlt: OG BE, SK 2013 Nr. 22, Regeste sowie E. 4.2, abgedruckt mit Besprechung von WOHLERS, fp 2014b, 28; OG ZH, UH160232, Beschluss vom 8. November 2016, E. II./3.2.1.

schlagnamte Tatfahrzeug diese Kosten nicht schon deckt.⁶¹⁰ Doch ändert diese Kostendeckungsbeschlagnahme nichts daran, dass die Voraussetzungen einer Sicherungseinziehung fehlen, weshalb dem Betroffenen diese weiteren Fahrzeuge physisch nicht weggenommen, sondern aus Verhältnismässigkeitsabwägungen bloss Fahrzeugregistersperren angeordnet werden können.⁶¹¹

- 192 Ungeeignet zur Erreichung des Sicherungszwecks könnte eine Fahrzeugeinziehung auch deshalb sein, weil sich der Betroffene aus dem Verwertungserlös ohne weiteres ein neues Fahrzeug beschaffen könnte.⁶¹² Im Gegensatz zum Waffenrecht, wo eine Vorstrafe den Erwerb neuer Waffen erschweren oder verunmöglichen kann,⁶¹³ fehlen solche Einschränkungen in Bezug auf den Erwerb von Motorfahrzeugen. Gleichwohl ist die Einziehung zumindest bei ansonsten mittellosen Tätern ein geeignetes Instrument, um weiteren Gefährdungen zuvorzukommen.⁶¹⁴ Der nach Abzug der Verwertungs- und Verfahrenskosten erstattete Nettoerlös reicht für die Wiederbeschaffung selbst eines gebrauchten Fahrzeugs oft nicht aus.⁶¹⁵ Die Fahrzeugeinziehung wurde deshalb auch schon als «*verkappte Vermögensstrafe*» kritisiert.⁶¹⁶
- 193 Ferner gebietet der verfassungsrechtliche Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 2 BV) für die Massnahmen nach Art. 69 StGB und Art. 90a SVG gleichermaßen, dass die Einziehung des Motorfahrzeugs zur Erreichung des Sicherungszwecks auch *notwendig* ist.⁶¹⁷ Wie der Gesetzestext bereits nahelegt, ist eine Prognose darüber anzustellen, ob der Täter nur «*durch die Einziehung von weiteren groben Verkehrsregelverletzungen abgehalten werden kann*» (Art. 90a Abs. 1 lit. b SVG).⁶¹⁸ Insbesondere bei Ersttätern kann noch Grund zur Annahme bestehen, dass sie sich unter dem Eindruck des Strafverfahrens und der Verurteilung künftig wohlverhalten werden und eine Einziehung daher nicht notwendig ist. Selbst wenn dies zu verneinen ist, darf eine Einziehung erst angeordnet werden, wenn mildere Massnahmen, wie die mit einer bedingten Strafausfällung verbundene Weisung,⁶¹⁹ das Führen von Fahrzeugen zu unterlassen, oder die (heute nur als Administrativ-

⁶¹⁰ Z.R. krit. zur Deckungsbeschlagnahme HEIMGARTNER (2011), 31 ff. und ZHK StPO²–HEIMGARTNER, Art. 268 N 2; BSK StPO²–BOMMER/GOLDSCHMID, Art. 263 N 53 und Art. 268 N 1.

⁶¹¹ HEIMGARTNER (2011), 100 m.w.H.

⁶¹² MÜLLER/RISKE, recht 2013, 251 f.; verneinend BOMMER/KAUFMANN, ZBJV 2015, 888.

⁶¹³ Art. 8 Abs. 2 lit. d WG.

⁶¹⁴ So im Ergebnis auch BGE 137 IV 249, E. 4.5.2; OG AG, fp 2015 Nr. 23, E. 2.3.5; OG BE, SK 2013 Nr. 22 sowie die Besprechung dazu von WOHLERS, fp 2014b, 28; krit. GIGER, Strassenverkehr 2/2012, 11 und ARNET, Strassenverkehr 1/2012, 20.

⁶¹⁵ KRUMM, AJP 2013, 382; a.A. BSK StGB I³–BAUMANN F., Art. 69 N 15 und BÜRGI (2014), 186; vgl. immerhin BGer, Urteil 1P.469/1995 vom 22. Mai 1996, wo die Verwertung des Automobils CHF 10'500 einbrachte, der Nettoerlös nach Abzug der Kosten von CHF 7'245.85 aber bundesrechtswidrig (vgl. BGE 117 IV 345, E. 2a) auch eingezogen wurde.

⁶¹⁶ SCHUBARTH, AJP 2005, 532; WOHLERS, fp 2014b, 28.

⁶¹⁷ BGE 139 IV 250, E. 2.4.

⁶¹⁸ Botschaft, BBl 2010, 8484 f.; BGE 140 IV 133, E. 4.3.1; BAUMANN F./STENGEL, Jusletter 2013, N 17 ff.

⁶¹⁹ BÜRGI (2014), 189 f.

massnahmen möglichen) Entzüge von Führerausweisen⁶²⁰ oder Nummernschildern, nicht zielführend sind.⁶²¹ Als weitere Ersatzsicherungsmaßnahmen kann der Fahrzeugausweis sichergestellt und beim Strassenverkehrsamt die Herausgabe von Ersatzfahrzeugausweisen gesperrt werden.⁶²²

Der mit der Sicherungseinziehung verbundene Eingriff in das Eigentum muss auch i.e.S. verhältnismässig, mithin zumutbar sein. Dies ist zu verneinen, wenn die negativen Auswirkungen auf den Privaten schwerer wiegen als das öffentliche Interesse an der Anordnung.⁶²³ Ein solches Missverhältnis ist wohl gegeben bei der Einziehungsbeschlagnahme eines Ferraris im Gefolge einer blossen Übertretung.⁶²⁴ 194

Die Verwendung des Verwertungserlöses kann das Gericht entgegen dem diesbezüglich zu offenen Art. 90a Abs. 2 SVG nicht völlig frei «festlegen».⁶²⁵ Vielmehr ist das Gericht auch hier gebunden an den Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 2 BV) und an Art. 26 Abs. 2 BV, wonach Eigentumsbeschränkungen voll entschädigt werden («Wertgarantie»). Daher ist der Erlös nach Abzug der Verfahrens- und Verwertungskosten (sog. Nettoerlös) dem Täter grundsätzlich herauszugeben.⁶²⁶ Ein unentgeltlicher Eingriff in das Eigentum wäre nach der Rechtsprechung nur zulässig, wenn mit der Einziehung ein zusätzlicher «Sanktionscharakter verbunden sein soll».⁶²⁷ Dass der Gesetzgeber mit der Einziehung von Motorfahrzeugen eine neue repressive Vermögensstrafe einführen wollte, lässt sich der Entstehungsgeschichte von Art. 90a SVG nicht eindeutig entnehmen.⁶²⁸ Der Hinweis in der Botschaft, wonach der Erlös einer Opferhilfeorganisation zugesprochen werden könnte,⁶²⁹ sowie die nationalrätliche Empörung darüber, dass der Verwertungserlös dem Raser zukomme,⁶³⁰ lässt vielmehr vermuten, dass die sank- 195

⁶²⁰ So z.R. bereits AppG BS, RS 1949 Nr. 20, Regeste. Die Einziehung wurde i.c. mit dem Verhältnismässigkeitsargument fehlender Eignung ausgeschlossen: Die Einziehung werde nicht verhindern, «dass Reist weiterhin durch rücksichtslosere Drauflosfahren mit einem andern seiner Motorfahrzeuge Leib und Leben der Strassenbenützer [...] gefährdet». Es wurde deshalb ein dauernder Führerausweisenzug angeordnet. Dieser kann zwar auch nicht garantieren, dass das angestrebte Sicherungsziel erreicht wird, ist aber immerhin die mildere Massnahme.

⁶²¹ ARNET, Strassenverkehr 1/2012, 24.

⁶²² WOSTA/ZH 2016, Ziff. 11.10.4.4; krit. zu einer Registersperre WOHLERS, fp 2014b, 28.

⁶²³ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (2016), 97.

⁶²⁴ A.A., wohl unter dem Eindruck der übrigen den Beschwerdeführer belastenden Begleitumstände des Falls: OG ZH, UH160232, Beschluss vom 8. November 2016, E. II/3.2.2.

⁶²⁵ A.A. OG ZH, ZR 2015 Nr. 6, Erw. 2.1.; für Fahrzeuge im Dritteigentum einschränkend WOHLERS/COHEN, Strassenverkehr 4/2013, 20; wie hier BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 69 N 15; GIGER, Jusletter 2012, N 29; KRUMM, AJP 2013, 385; MÜLLER/RISKE, recht 2013, 256.

⁶²⁶ BGE 117 IV 345, E. 2a; ferner BGer, Urteil IP.469/1995 vom 22. Mai 1996, worin ein Einziehungsentscheid des Genfer Generalprokurators aufgehoben wurde, der den Nettoerlös eines verwerteten Motorfahrzeugs nach Abzug der Kosten bundesrechtswidrig auch eingezogen hatte; vgl. bereits SCHWANDER (1952), 476.

⁶²⁷ BGE 135 I 209, E. 3.3.1. i.f.

⁶²⁸ Vgl. etwa AmtlBull NR 2011, 2153; AmtlBull NR 2011, 2121.

⁶²⁹ Botschaft, BBl 2010, 8485.

⁶³⁰ AmtlBull NR 2011, 2154; vgl. auch AmtlBull NR 2011, 2154.

tionsrechtlichen Dimensionen einer uneingeschränkten Verwendung des Verwertungserlöses verkannt wurden. Immerhin wurde aber auch gesehen, dass die Einziehung von Raserfahrzeugen eine «*peine supplémentaire*»⁶³¹ resp. «Verstärkung der Strafe» mit einem möglicherweise präventiven Effekt sei.⁶³² Hinzu kommt, dass Einziehungs- (Art. 263 Abs. 1 lit. d StPO) und Deckungsbeschlagnahmen (lit. b) «zur Sicherstellung von Verfahrenskosten, Geldstrafen, Bussen und Entschädigungen» in der Praxis oft kombiniert erfolgen.⁶³³ Der Nettoerlös wird dann zusätzlich zur Deckung von Bussen, Geldstrafen und Entschädigungen herangezogen,⁶³⁴ was diesen Massnahmen de facto ebenfalls einen pönalen Charakter verleiht.⁶³⁵ Zusammenfassend ist der (Netto-)Verwertungserlös auch bei der Einziehung von «Raserfahrzeugen» grundsätzlich auszuhändigen. Soweit dem Täter der Resterlös vorenthalten wird, handelt es sich um eine (zusätzliche) Strafe, die von der Tatschuld getragen sein muss. Dies ist bei der Strafzumessung zu begründen (Art. 50 StGB) und entsprechend an die Strafe anzurechnen.

- 196 Hat der Täter ein nicht in seinem Eigentum stehendes Fahrzeug verwendet, muss beurteilt werden, inwiefern die Einziehung *beim Dritten* verhältnismässig, mithin eine geeignete und die mildest mögliche Massnahme ist.⁶³⁶ Nach Auffassung des Bundesrats erlaube Art. 90a SVG die Einziehung «*ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse*» und damit auch bei Dritten.⁶³⁷ Nach der Rechtsprechung ist eine Einziehung notwendig, wenn der Eigentümer keine Gewähr leisten kann, dass es nicht zu weiteren Verkehrsregelverletzungen kommen wird.⁶³⁸ So könne etwa das im Eigentum des Vaters stehende Sportmotorrad eingezogen werden, wenn davon auszugehen sei, dass er seinen Sohn auch künftig nicht wird davon abhalten können, dieses für Raserfahrten zu verwenden.⁶³⁹ Auch das geleaste Fahrzeug eines notorischen Rasers habe eingezogen und verwertet werden dürfen, weil die (deutsche) Leasingfirma keine Gewähr dafür habe bieten können, dass der Täter «*das nach Vertragsauflösung im Bieterverfahren zu verwertende Fahrzeug nicht wieder erwerben würde*».⁶⁴⁰

197

⁶³¹ AmtlBull NR 2011, 2154.

⁶³² AmtlBull NR 2011, 2154.

⁶³³ BGE 139 IV 250; BGE 140 IV 133, Lit. A. und OG ZH, ZR 2015 Nr. 6, Erw. 1.

⁶³⁴ HEIMGARTNER (2011), 330.

⁶³⁵ Vgl. auch BÜRGI (2014), 205 f., der der freien Verfügung des Gerichts über den Erlös pönalen Charakter zumisst.

⁶³⁶ BAUMANN F./STENGEL, Jusletter 2013, N 15 f.; krit. GIGER, Strassenverkehr 2/2012, 7; andererseits Bejahung einer solchen Einziehung in BGer, Urteil 1B_168/2012 vom 8. Mai 2012, E. 2; ebenso OG ZH, UH150216, E. 4.3; s.a. WOHLERS/COHEN, Strassenverkehr 4/2013, 20 u.a. unter Verweis auf OG AG, SBK 2013 Nr. 106, WOHLERS, fp 2014b, 28; zur Sicherungseinziehung bei Dritten im Detail vorne N 71 ff.

⁶³⁷ Botschaft, BBI 2010, 8513.

⁶³⁸ BGE 140 IV 133, E. 3.5 und 4.4.; BGer, Urteil 1B_168/2012 vom 8. Mai 2012, E. 2; s.a. OG BE, ZBJV 2003 Nr. 139, 563 f.

⁶³⁹ Vgl. OG AG, fp 2015 Nr. 3, S. 155 ff.; bereits ESER (1969), 264.

⁶⁴⁰ Vgl. Entscheid und die Besprechung von COHEN, fp 5/2014, 282 ff., BezirksG Laufenburg, ST.2013.130; zur Einziehung eines geleasteten Motorrades siehe etwa BGE 140 IV 133, Regeste.

Nach vorliegend vertretener Auffassung bietet Art. 69 StGB keine genügende gesetzliche Grundlage für eine Einziehung bei Dritten. Auch Art. 90a SVG enthält keine explizite Gesetzesgrundlage für die Einziehung von Fahrzeugen Dritter. Selbst wenn man die Gesetzesgrundlage für ausreichend hielte, wäre die Einziehung nur unter den kumulativen Voraussetzungen zulässig, dass das Fahrzeug erstens in den Händen Dritter weiterhin ein Gefahr darstellt resp. die Dritten – wie in den geschilderten Fällen – keine genügende Gewähr dafür bieten, dass der Täter erneut auf das Fahrzeug zugreift. Zweitens müssen die Dritten um die Deliktsbegehung gewusst haben.⁶⁴¹ Im Übrigen ist die Einziehung bei Dritten als schwerer Eingriff in die Eigentumsfreiheit in jedem Fall nur gegen Erstattung des vollen Verwertungserlöses verhältnismässig;⁶⁴² weder die Verwertungs- noch die Verfahrenskosten dürfen mit dem Erlös verrechnet werden.⁶⁴³ Im Leasingfall scheint die Bösgläubigkeit der Gesellschaft zweifelhaft. Im Sportmotorradfall liegt es näher, dass dem Vater die Raserneigung seines Sohnes bekannt war. Hier wäre möglicherweise sogar zu prüfen gewesen, ob der Vater mit der leichtfertigen Überlassung des Motorrads nicht eigenes Fahrlässigkeitsunrecht gesetzt hat und insoweit gar nicht als Dritter zu betrachten war.⁶⁴⁴

10. Tiere

Stellt eine Bestimmung auf den Begriff der *Sache* ab, so findet sie entsprechende Anwendung auf Tiere (Art. 110 Abs. 3^{bis} StGB). Der Sicherungseinziehung unterliegen nach Art. 69 StGB «Gegenstände». Damit sind, wie die Gesetzgebungsgeschichte zeigt, körperliche *Sachen*⁶⁴⁵ und somit auch Tiere gemeint. 198

Tiere, z.B. Kampfhunde, können nach Art. 69 StGB zu Sicherungszwecken eingezogen werden, wenn sie als *Waffe* oder als *gefährlicher Gegenstand* i.S.v. Art. 123 Ziff. 2 Abs. 2 StGB eingesetzt wurden⁶⁴⁶ und die Gefahr einer Wiederholung droht.⁶⁴⁷ Eingezogen werden können etwa auch zur Wilderei eingesetzte Hunde, 199

⁶⁴¹ Zu den Voraussetzungen bei der Einziehung zulasten Dritter eingehend vorne N 71 ff.

⁶⁴² So auch Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 76 dortige Fn. 373; A.A. MÜLLER/RISKE, recht 2013, 249, welche bloss die Aushändigung des Nettoerlöses verlangen.

⁶⁴³ Unhaltbar insoweit BezirksG Laufenburg, fp 5/2014, S. 282 ff., OG AG, fp 3/2015, S. 155 ff.

⁶⁴⁴ Unklar SCHUBARTH, AJP 2005, 533 und MÜLLER/RISKE, recht 2013, 257, welche die Frage bei der Dritteinziehung behandeln; zur «Teilnahme» am Fahrlässigkeitsdelikt Allg. STRATENWERTH, AT I⁴, § 16 N 47 ff.

⁶⁴⁵ PC CP, Art. 69 N 4; SCHULTZ, ZBJV 1978, 310; BAUMANN E. (1907), 89; zum Begriff des Gegenstands in Abgrenzung zur Sache a.a.O., 90; eindeutig auch die Beispiele bei AmtlBull NR 1928, 962; s.a. ESER (1969), 300 ff.

⁶⁴⁶ BGH, 4 StR 582/59; BSK StGB II³–ROTH/BERKEMEIER, Art. 123 N 21.

⁶⁴⁷ Siehe zur Einziehung wildernder Windhunde, welche die Angeschuldigte fahrlässig hatte jagen lassen, OG BE, ZBJV 1977 Nr. 113, S. 279 f.; zur Einziehung bei Fahrlässigkeit im Übrigen hinten N 158 ff.

Frettchen, Falken oder zu einer unerlaubten Hetzjagd verwendete Pferde.⁶⁴⁸ Für die Einziehung der gewilderten Tiere selbst fehlt eine gesetzliche Grundlage im Jagdgesetz des Bundes. Soweit keine einschlägigen kantonalen Jagdvorschriften bestehen,⁶⁴⁹ kommen die kernstrafrechtlichen Einziehungsvorschriften zur Anwendung. Da sich das widerrechtlich erlegte Wild nicht als *productum sceleris* fassen lässt und auch keine Gefährlichkeit gegeben ist, entfällt eine Sicherungseinziehung nach Art. 69 StGB. Das gewilderte Tier kann jedoch als Beute (*turpe lucrum*) der Vermögenseinziehung nach Art. 70 StGB unterworfen werden.

- 200 Das Gericht kann nach Art. 69 Abs. 2 StGB anordnen, dass «*die eingezogenen Gegenstände unbrauchbar gemacht oder vernichtet werden*». Übertragen auf Tiere umfasst das «Vernichten» in letzter Konsequenz wohl auch die Befugnis, die Einschläferung des Tieres anzuordnen. Bereits aus dem «Unbrauchbar-Machen» ergibt sich jedoch, dass auch mildere Massnahmen in Erwägung gezogen werden müssen. Auf das Tier umgemünzt, wäre hier die Frage aufzuwerfen, ob es medikamentöse, operative oder verhaltenstherapeutische Möglichkeiten gibt, das vom Tier ausgehende Gefährdungspotential einzudämmen. Ganz allgemein gilt es im Rahmen der Verhältnismässigkeit sehr genau abzuklären, ob nicht weniger weit gehende Massnahmen (Maulkorbtrappflicht, geeignete Unterbringung etc.) den Sicherungszweck auch erfüllen können.⁶⁵⁰
- 201 Zur Systematisierung dieser Massnahmen hilft es, die *Rechtsfolgen* der Einziehung nach Art. 69 Abs. 1 nicht mit den darauf folgenden *Anordnungen* (Abs. 2) zu vermengen. Bei der Rechtsfolge geht es um die (zivil-)rechtliche Wirkung der Konfiskation. Hier ist unter Verhältnismässigkeitsgesichtspunkten zunächst zu beurteilen, ob es überhaupt notwendig ist, eine Einziehung des Tiers zu verfügen, mithin den Tierhalter dauernd zu enteignen. Davon zu unterscheiden ist die Frage, was mit den eingezogenen Tieren geschehen soll. Hier geht es um die *tatsächlichen* Folgen der Einziehung.⁶⁵¹ Wenn das Tier eingeschläfert werden muss, dann ist der Halter zunächst im Einziehungsentscheid zu enteignen, um sodann die Tötung des Tiers anordnen zu können. Verhältnismässigkeitserwägungen gebieten jedoch,

⁶⁴⁸ So für das dt. Recht S/S²⁹–HEINE/HENCKER, § 295 N 7; in der Schweiz können Vergehen und Übertretungen nach Art. 17 f. des Jagdgesetzes vom 20. Juni 1986 Anlasstaten für eine Sicherungseinziehung nach Art. 69 StGB darstellen (Art. 333 Abs. 1 StGB).

⁶⁴⁹ Vgl. etwa Art. 32 des Gesetz des Kantons Bern über Jagd und Wildtierschutz (JWG) vom 25. März 2002; Art. 32 Abs. 2 Satz 2 der Jagdverordnung des Kantons Bern vom 26. Februar 2001; Art. 51 des Jagdgesetzes des Kantons Graubünden vom 4. Juni 1989.

⁶⁵⁰ Für eine Abwägung weniger weit gehender Massnahmen vgl. FZR 2002, 287: Der Halter biete keine Gewähr für konsequentes Maulkorbtragen, eine Kastration würde die Aggressivität nicht vermindern, die Entfernung der Eck-/Schneidezähne ist in der Schweiz nicht erlaubt; s.a. OG BE, ZBJV 1977 Nr. 113, S. 279 f., wo letztlich von der Einziehung der wildernden Windhunde abgesehen wurde, weil die «*Angeschuldigte nach dem erstinstanzlichen Urteil sichere Vorkehrungen, um die Hunde vor weiterem Ausbrechen abzuhalten, getroffen hatte*». Vgl. zur Regelung im dt. TierSchutzrecht TSchG³, § 16a N 40 ff.; zur Tötung gefährlicher Hunde sowie für weniger weit gehende Massnahmen s.a. a.a.O. Einf. TierSchHundeV N 12–14.

⁶⁵¹ Zu dieser Unterscheidung der Einziehung und den darauf folgenden Anordnungen vgl. bereits vorne N 79 ff. sowie im Detail hinten N 193 ff.

diese ultimative Massnahme nach Möglichkeit zu vermeiden. Wenn es ausreicht, dem Halter das Tier wegzunehmen, dann kann dieser im Einziehungsentscheid enteignet und sodann die Unterbringung in einer geeigneten Einrichtung angeordnet werden. Oft braucht aber nicht einmal eine Einziehung angeordnet zu werden. Wenn operative, medikamentöse, verhaltenstherapeutische oder andere Massnahmen die Gefährlichkeit des Tiers bannen können, dann dürfen diese bereits als Ersatzmassnahmen zur Einziehung angeordnet werden.⁶⁵²

Während die *vorsätzliche* Instrumentalisierung von Tieren zu deliktischen Zwecken zu deren Einziehung führen kann, fällt es im Rahmen der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit bereits deutlich schwerer, z.B. dem Hundehalter, der seinen Hund ungenügend beaufsichtigt hat, vorzuwerfen, der Hund habe ihm als *Werkzeug (instrumentum sceleris)* zur Körperverletzung gedient. Der Hund wird hier nicht für Verletzungszwecke instrumentalisiert. Im Gegensatz zum vorsätzlichen Hetzen eines Hundes fehlt es hier an der notwendigen finalen Inanspruchnahme des Tiers zur Erreichung eines Ziels.⁶⁵³ Sofern der Hund ein erhebliches Sicherheitsrisiko darstellt, bleibt in solchen Fällen die Möglichkeit, gestützt auf kantonale Polizeigesetze die Unterbringung des Hundes in einer geeigneten Institution, dessen Beschlagnahme und auch wiederum nur in letzter Konsequenz dessen Einschläferung anzuordnen.⁶⁵⁴ Letzteres kommt im Ergebnis einer Einziehung gleich.⁶⁵⁵ Bei einem als aggressiv bekannten Hund, der eine Velofahrerin angegriffen und gebissen hatte, stützte das Bundesgericht die Einschläferung mangels Grundlage im kantonalen Gesetz auf die polizeiliche Generalklausel.⁶⁵⁶ Zu der i.c. offensichtlich fehlenden Voraussetzung des unvorhersehbaren Notfalls hielt es fest, dass dieses Kriterium nicht sachgerecht sei: «*Ein Untätigsein des Gesetzgebers darf dem möglichen Opfer einer ernsthaften und konkreten Gefährdung [...] nicht zum Nachteil gereichen, zumal in diesem Bereich staatliche Schutzpflichten bestehen.*»⁶⁵⁷

202

203

⁶⁵² Für die Ersatzmassnahmen *zur* Einziehung siehe hinten N 212 ff.

⁶⁵³ So aber OG BE, ZBJV 1971 Nr. 107, S. 278 f.: Die drei Hunde der Verurteilten fielen an verschiedenen Tagen mehrere Menschen an, fügten einer Person Bisswunden zu und zerissen die Kleider der Angefallenen. Die Hunde waren dafür bekannt, dass sie schon früher mehrmals Menschen und auch Hühner angegriffen hatten. Trotz der zahlreichen Zwischenfälle waren die Halter nicht imstande, weitere Vorfälle zu vermeiden. Die drei Hunde wurden gestützt auf Art. 58 aStGB eingezogen; so auch FZR 2002, 287: Sicherungseinziehung eines Hundes, welcher vier Personen gebissen hat, gestützt auf Art. 58 aStGB (vorliegend wegen *fahrlässiger* Körperverletzung, der Hund wurde auch in diesem Fall nicht als Waffe/gefährlicher Gegenstand gebraucht); im Ergebnis auch OG BE, ZBJV 1977 Nr. 113, S. 279 f., wo wilde Windhunde eingezogen werden sollten, welche die Angeschuldigte *fahrlässig* hatte jagen lassen.

⁶⁵⁴ Vgl. z.B. § 19 Abs. 2 Hundegesetz des Kantons Zürich vom 14. April 2008 (LS 554.5) und § 17 Gesetz des Kantons Basel-Stadt betreffend das Halten von Hunden (Hundegesetz; 365.100) vom 14. Dezember 2006.

⁶⁵⁵ S.a. BGer, Urteil 2C_1200/2012 vom 3. Juni 2013, Sachverhalt Lit. A und E. 4.1; VerwG ZH, VB.2015.00152; VB.2015.00153, E. 3.3.

⁶⁵⁶ BGer, Urteil 2C_166/2009 vom 30. November 2009, E. 2.

⁶⁵⁷ BGer, Urteil 2C_166/2009 vom 30. November 2009, E. 2.3.2.1.; vgl. dazu auch EGLI, Sicherheit & Recht 3/2012, 198 Fn 54.

Soweit es nicht um den Schutz von Menschen *vor* Tieren geht, sondern den Schutz *der* Tiere, stützt sich deren *Beschlagnahme* primär auf das Tierschutzgesetz des Bundes.⁶⁵⁸ Wird festgestellt, dass Tiere vernachlässigt⁶⁵⁹ oder unter völlig ungeeigneten Bedingungen gehalten werden, können die Tiere vorsorglich beschlagnahmt und auf Kosten des Halters an einem geeigneten Ort untergebracht werden. Die Behörde kann die Tiere auch verkaufen oder töten (Art. 24 Abs. 1 Tierschutzgesetz).⁶⁶⁰ Wenn *Menschen* verletzt wurden und weitere Verletzungen drohen, kann sich die Tötung nicht auf das nur Tiere schützende Tierschutzgesetz stützen.⁶⁶¹ Hier ist auf kantonale Polizeigesetze abzustellen.

- 204 Während sich eine Tötung der Tiere noch mit dem Schutz höherwertiger Polizeigüter rechtfertigen lässt, wenn Menschen verletzt wurden, ist nicht ohne weiteres nachvollziehbar, inwiefern in Fällen, in denen es um den Schutz der Tiere selbst geht, deren Tötung «*die Würde und das Wohlergehen des Tieres*» (Art. 1 Tierschutzgesetz) soll schützen können. Im Gesetzgebungsverfahren zum Tierschutzgesetz hat der Bundesrat den trotz umfassenden Schutzes der Tierwürde fehlenden Lebensschutz zwar explizit gebilligt,⁶⁶² dennoch liegt darin ein kaum aufzulösender Wertungswiderspruch: Der Garantie eines absolut würdevollen Lebens steht ein relativierter und damit letztlich leerer Lebensschutz gegenüber.⁶⁶³ Im deutschen Recht ist dies nur im Prinzip, nicht aber im Ergebnis anders: Dort wird findet sich zwar gleich am Anfang des Tierschutzgesetzes eine explizite Statuierung des Lebensschutzes,⁶⁶⁴ eine Tötung des Tieres darf aber unter der Bedingung erfolgen, dass die Veräusserung des Tieres aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist oder um dem Tier auf diese Weise ein Weiterleben mit nicht behebbaren erheblichen Schmerzen, Leiden oder Schäden zu ersparen.⁶⁶⁵ Damit sind aber immerhin die Voraussetzungen umrissen, unter denen die Tötung eines beschlagnahmten Tieres ausnahmsweise gerechtfertigt sein kann: Die Tötung kann nur dann in seinem Interesse sein, wenn es unheilbar krank oder unbehandelbar verletzt ist und das Tier erheblichen Schmerzen und Leiden ausgesetzt wäre, wenn es weiter am Leben bleibt. Wenn also keine adäquate Schmerztherapie mehr möglich ist, keine akzeptable Lebensqualität mehr erreicht werden kann. Nicht dazu gehö-

⁶⁵⁸ BGer, Urteil 2C_1200/2012 vom 3. Juni 2013, Sachverhalt Lit. A und Erw. 4.1; BSK BV–SCHÄRMELI/GRIFFEL, Art. 80 N 18; s.a. SGK BV³–ERRASS, Art. 80 N 13.

⁶⁵⁹ Eingehend und m.R. krit. zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach eine Vernachlässigung nur gegeben sei, wenn sich beim betroffenen Tier eine Beeinträchtigung des Wohlergehens in Form von Schmerzen, Leiden, Schäden oder Ängsten manifestiere, RÜTTIMANN, Urteilsbesprechung BGer, Urteil 6B_635/2012 vom 14. März 2013.

⁶⁶⁰ MICHEL (2012), 613.

⁶⁶¹ BGer, Urteil 2C_166/2009 vom 30 November 2009, E. 2.2.1.

⁶⁶² Botschaft, BBl 2002, 674.

⁶⁶³ Z.R. krit. BSK BV–SCHÄRMELI/GRIFFEL, Art. 80 N 43; MICHEL (2012), 612.

⁶⁶⁴ § 1 Satz 1 des deutschen Tierschutzgesetzes vom 24. Juli 1972.

⁶⁶⁵ TSchG³, § 16a N 40 f.

ren übliche, einfach zu behandelnde Altersbeschwerden (z.B. Arthrose) sowie Erkrankungen und Unfälle mit guten Behandlungsaussichten.⁶⁶⁶

Offen bleibt damit noch die Frage, ob im Gefolge strafbarer Tierquälereien gemäss Art. 26 Tierschutzgesetz eine Sicherungseinziehung nach Art. 69 StGB angeordnet werden kann. Gemäss Art. 333 Abs. 1 StGB finden die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs auf Taten, die in andern Bundesgesetzen mit Strafe bedroht sind, insoweit Anwendung, als diese Bundesgesetze nicht selbst Bestimmungen aufstellen. Wie soeben dargelegt, erlaubt das Tierschutzgesetz die *Beschlagnahme* und Unterbringung sowie als ultima ratio auch die Tötung von vernachlässigten oder unter völlig ungeeigneten Bedingungen gehaltenen Tieren (Art. 24 Abs. 1 Tierschutzgesetz). Die Tötung kommt im Ergebnis einer *Einziehung* (Art. 69 Abs. 1 StGB) und *Vernichtung* (Abs. 2) gleich. Materiell ist somit die Einziehung vernachlässigter und ungeeignet gehaltener Tiere im Tierschutzgesetz geregelt. Insoweit besteht kein Raum für eine kernstrafrechtliche Sicherungseinziehung. Die Tierquälerei nach Art. 26 Tierschutzgesetz umfasst jedoch neben der Vernachlässigung (Abs. 1 lit. a) noch zahlreiche weitere Tathandlungen wie das Misshandeln, das Überanstrengen, die Verletzung der Würde (Abs. 1 lit. a), Tierkämpfe (lit. b), vermeidbare Qualen bei Tierversuchen (lit. c) oder die Aussetzung (lit. d).⁶⁶⁷ Für diese Formen der Tierquälerei bleibt eine Sicherungseinziehung gestützt auf Art. 69 StGB grundsätzlich möglich. Problematisch ist hier, dass das Tier bei der Tierquälerei nicht *instrumentum sceleris*, sondern bloss «Beziehungsgegenstand» ist,⁶⁶⁸ und es daher nach der hier vertretenen strengen Interpretation an einer gesetzlichen Grundlage für eine Einziehung nach Art. 69 StGB fehlt.⁶⁶⁹ Während ein Teil der Lehre die Einziehung trotzdem zulassen will,⁶⁷⁰ müsste korrekterweise eine gesetzliche Grundlage im Tierschutzgesetz geschaffen werden.⁶⁷¹ Lässt man die Sicherungseinziehung zu, gelten selbstredend die dargelegten Verhältnismässigkeitsanforderungen.⁶⁷²

11. Daten

Daten sind keine körperlichen Gegenstände und können deshalb nicht nach Art. 69 StGB eingezogen werden.⁶⁷³ Hingegen ist es möglich, *Datenträger* (Computer,

⁶⁶⁶ Im Ergebnis gleich JEDELHAUSER (2011), 232; für einen umfassenden Lebensschutz für Tiere bereits BGE 115 IV 248, E. 5a.

⁶⁶⁷ Umfassend zu den Straftatbeständen nach Art. 26 TSchG RICHNER (2014), 104 ff.

⁶⁶⁸ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 44; so auch zum dt. Recht TSchG³, § 19 N 1.

⁶⁶⁹ Dazu vorne N 103 ff.

⁶⁷⁰ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 45.

⁶⁷¹ Vgl. so z.B. in Deutschland § 19 TierSchG (Sondervorschrift zur Erweiterung der Einziehung auf Tiere als Beziehungsgegenstände, falls sie kein *productum sceleris* oder *instrumentum sceleris* sind).

⁶⁷² Vgl. vorne N 131 ff.

⁶⁷³ SCHULTZ, ZBJV 1978, 310; PK StGB²-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 69 N 1; STRATENWERTH, AT II², § 13 N 59; BOMMER (2005), 178; SCHÖDLER (2012), 6; HIRSIG-VOUILLOZ, AJP 2007, 1380. A.A., also für die Einziehung der Daten selbst, unter Verweis auf den Grundsatz *a maiore*

Mobiltelefone, Tablets, USB-Sticks, Speicherkarten von Digitalkameras etc.), auf denen z.B. rassistische, pornografische oder gewaltdarstellende Inhalte gespeichert sind, einzuziehen.⁶⁷⁴ Dann stellt sich aber folgendes Problem: Die Daten selbst sind als *productum sceleris* mangels Körperlichkeit nicht einziehbar, die Datenträger sind zwar körperliche Gegenstände, aber nicht das Produkt der Straftat. Zur Lösung dieses Dilemmas hat FELIX BOMMER überzeugend vorgeschlagen, die Einziehung der Daten durch deren Löschung zu vollziehen und die Datenträger dem Berechtigten wieder herauszugeben.⁶⁷⁵

- 207 Um diese Lösung zu verstehen, müssen wiederum die *Rechtsfolgen* der Einziehung (Art. 69 Abs. 1 StGB) von den darauf folgenden *Anordnungen* (Abs. 2) unterschieden werden. Bei den Rechtsfolgen geht es um die (zivil-)rechtlichen Wirkungen der Konfiskation, bei den Anordnungen um deren tatsächliche Folgen.⁶⁷⁶ Mangels eines körperlichen Deliktsobjekts kann keine Einziehung verfügt werden. Es kann lediglich der physische Träger der Daten vorübergehend beschlagnahmt werden. Hingegen ist es möglich, in einem zweiten Schritt die tatsächliche Löschung der Daten anzuordnen. Hierbei handelt es sich um ein Vernichten oder zumindest Unbrauchbarmachen i.S.v. Art. 69 Abs. 2 StGB, welches sich auf das eigentliche Deliktsprodukt, die Daten, bezieht. Danach kann der Datenträger wieder ausgehändigt werden.
- 208 Anders als etwa bei pornographischen, rassendiskriminierenden oder gewaltdarstellenden Inhalten in Buch- oder Heftform führt die Löschung des Inhalts von Datenträgern nämlich in den meisten Fällen nicht zur Wertverminderung des Trägers. So kann eine Festplatte oder ein SSD-Speicher nach der Löschung der darauf gespeicherten Daten weiterhin verwendet werden. Anders galt für die früher gängigen CD-R und DVD-R (R stand für recordable), die nicht wiederbeschreibbar (CD-RW/DVD-RW; RW stand für rewritable) waren. Deren wirtschaftlicher Eigenwert war aber derart marginal, dass deren Einziehung wohl verhältnismässig gewesen wäre.
- 209 Für den Vollzug der Löschung gibt es unterschiedliche Lösungen: Einerseits kann die Löschung der Daten selektiv vorgenommen werden. Bei grösseren Datenmengen bietet es sich andererseits an, dass die nicht zu löschenden Daten von der verurteilten Person bezeichnet werden. Daraufhin wird davon eine Sicherungskopie

minus sowie den Verhältnismässigkeitsgrundsatz SCHMID, ZStrR 1993, 106; ebenfalls für die Einziehung von Daten mit einer Parallele zur Grundstückseinziehung, deren Vollzug über eine Verfügung ans Grundbuchamt erfolge und sich somit auch auf Unkörperliches erstrecke HEIMGARTNER (2011), 82; BSK StGB I³–BAUMANN F., Art. 69 N 11.

⁶⁷⁴ BOMMER (2005), 178; STRATENWERTH, AT II², § 13 N 59; s. etwa BGE 124 IV 121 für die Einziehung von CDs mit rassendiskriminierenden Aufzeichnungen; vgl. für die Einziehung und Vernichtung von Tonträgern mit gewaltätigem/raassistischem Inhalt EGMR Urteil i.S. R.L. gg. die Schweiz (43874/98) vom 25. November 2003.

⁶⁷⁵ Im Detail BOMMER (2005), 178 ff.; ferner STRATENWERTH, AT II², § 13 N 59; ; vgl. bereits StGB BT–NIGGLI, Art. 179bis N 71.

⁶⁷⁶ Zu dieser Unterscheidung der Einziehung und den darauf folgenden Anordnungen vgl. bereits vorne N 79 ff. sowie im Detail hinten N 192 ff.

erstellt, wodurch der ursprüngliche Datenträger komplett neu formatiert werden kann. Schliesslich kann der bereinigte Datenträger dem Verurteilten zusammen mit der Sicherungskopie ausgehändigt werden.⁶⁷⁷ Bei Datenträgern mit geringem Wert (z.B. USB-Sticks) kann die Einziehung verhältnismässig sein. Soweit bei Datenträgern mit substantiellem Wert (z.B. Laptop oder Smartphone) auch eine Deckungsbeschlagnahme (Art. 263 Abs. 1 lit. b StPO)⁶⁷⁸ angeordnet wurde, kann sich anstelle der Herausgabe eine Verwertung zur Kostendeckung aufdrängen.

12. Grundstücke

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1988, also noch kurz vor Ende des kalten Krieges, schützte das Bundesgericht die Einziehung eines Hauses, welches zum Zwecke unerlaubten Nachrichtendienstes erworben wurde: *«X. [hatte] nach Weisung der Zentrale ein Haus zu suchen, wo er Funksendungen aus der DDR möglichst ungestört empfangen konnte und wo später zu beidseitigem Funkverkehr hätte übergegangen werden können. Mit dem Kauf wurde ein möglichst ungestörtes Einrichten, Betreiben und Bereithalten des Nachrichtenübermittlungssystems bezweckt. Das Haus war also ein wesentliches Hilfsmittel für den unerlaubten Nachrichtendienst.»*⁶⁷⁹ Das Bundesgericht entschied, dass Grundstücke gleich wie bewegliche Sachen als Gegenstände i.S.d. Sicherungseinziehung (damals Art. 58 StGB) gälten. In der Lehre stiess dieser Entscheid nur vereinzelt auf Kritik,⁶⁸⁰ im Übrigen wurde er weitgehend diskussionslos in die Auflistung der *instrumenta sceleris* übernommen.⁶⁸¹

Auch in Deutschland können Grundstücke Gegenstand der (Sicherungs-)Einziehung sein.⁶⁸² Je nach Art des Gebrauchs des Grundstücks ist die Rechtsprechung diesbezüglich zu unterschiedlichen Ergebnissen gekommen: So wurde etwa von der Einziehung eines Grundstücks abgesehen, das zu unerlaubtem Glücksspiel genutzt wurde.⁶⁸³ Zur Begründung wurde einerseits ausgeführt, dass eine Einziehung des Grundstücks gestützt auf die Spezialbestimmung von § 286 II D-StGB⁶⁸⁴ nicht in Betracht komme, da nicht das gesamte Grundstück als

⁶⁷⁷ Vgl. dazu BOMMER (2005), Fn. 38.

⁶⁷⁸ Z.R. krit. zur Deckungsbeschlagnahme HEIMGARTNER (2011), 31 ff. und ZHK StPO²–HEIMGARTNER, Art. 268 N 2; BSK StPO²–BOMMER/GOLDSCHMID, Art. 263 N 53 und Art. 268 N 1.

⁶⁷⁹ BGE 114 IV 98.

⁶⁸⁰ BOMMER (2005), 178 Fn. 23.

⁶⁸¹ So etwa BSK StGB I³–BAUMANN F., Art. 69 N 10; GRETER/SCHNEITER, AJP 2014, 1038; StGB PK–TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Art. 69 N 3; z.R. krit. noch KK²–TRECHSEL, Art. 58 N 8.

⁶⁸² M.w.H. S/S²⁹–ESER, § 74 StGB N 6, 11.

⁶⁸³ OLG Köln Beschluss vom 16. September 2005, NStZ 2006, 225.

⁶⁸⁴ *«(2) In den Fällen der §§ 284 und 285 werden die Spieleinrichtungen und das auf dem Spieltisch oder in der Bank vorgefundene Geld eingezogen, wenn sie dem Täter oder Teilnehmer zur Zeit der Entscheidung gehören. Andernfalls können die Gegenstände eingezogen werden; § 74a ist anzuwenden.»*

Spieleinrichtung angesehen werden könne. Spieleinrichtungen seien so in erster Linie Gegenstände, die ihrer Natur⁶⁸⁵ nach dazu bestimmt seien, zu Glücksspielen benutzt zu werden. Dazu zähle aber ein Grundstück schon begrifflich nicht. Zwar könnten auch «neutrale» Gegenstände Spieleinrichtungen sein, sofern sie nach den Umständen zur Verwendung für Glücksspiele geeignet und bestimmt seien (z.B. Karten, Würfel, «normale» Tische, Stühle und ggfs. auch Räume).⁶⁸⁶ Im vorliegenden Fall wurden die Glücksspiele mit grosser Wahrscheinlichkeit in den Kellerräumen der Liegenschaft durchgeführt. Zwar sei die Einziehung der Einrichtung der Kellerräume möglich, wenn diese einen erforderlichen Bezug zur Verwendung für Glücksspiele aufweisen. Für das gesamte Grundstück könne ein derartiger Bezug jedoch nicht angenommen werden. Andererseits wurde i.c. auch eine Einziehung gestützt auf die Grundbestimmung von § 74 StGB/D verneint, da das Gebäude nicht unter den Begriff des Tatwerkzeugs, das die Tat gefördert hat und fördern sollte, subsumiert werden könne.⁶⁸⁷ In einem jüngeren Entscheid erfolgte jedoch die Einziehung eines Grundstücks als Tatwerkzeug, da im Keller sowie im Erdgeschoss des sich darauf befindenden Wohnhauses eine Cannabisaufzucht betrieben wurde.⁶⁸⁸ Die Liegenschaft sei so ausschließlich für die geheime Aufzucht der Cannabisplantagen gebraucht und und zu keinem Zeitpunkt zu Wohnzwecken genutzt worden.⁶⁸⁹

- 212 In dem vom Bundesgericht entschiedenen Fall war es bereits verfehlt, das Haus als «Gegenstand» einzustufen. Zu Recht wird kritisiert, dass mit der Sicherungseinziehung von Grundstücken nach Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB die «*äusserste Grenze zulässiger Auslegung*» erreicht sei.⁶⁹⁰ Selbst wenn man die Auffassung vertritt, der Begriff des Gegenstands umfasse auch Grundstücke, lässt sich vom betroffenen Haus nicht sagen, es sei als *Deliktinstrument* zu Spionagezwecke eingesetzt worden. Häuser, in denen Nachrichtendienst, eine Spieleinrichtung oder Cannabisaufzucht betrieben wird, werden nicht als Instrumente für einen ausserhalb ihrer selbst liegenden deliktischen Zweck eingesetzt, sie sind mithin nicht *instrumenta sceleris* für eine verbotene Tätigkeit, vielmehr haben sie die Funktion von *Beziehungsobjekten*.⁶⁹¹ Während Beziehungsgegenstände (sog. *corpora delicti*) zwischen 1975 und 1994 vorübergehend der Einziehung unterlagen, fehlt dafür heute die gesetzliche Grundlage. Selbst wenn man das Haus als Deliktswerkzeug einordnen wollte, war es entgegen dem Bundesgericht kein wesentliches Hilfsmittel für den unerlaubten Nachrichtendienst. Wie bereits dargelegt, kommen aus der uferlosen Menge von Objekten, welche in die Tatbegehung verstrickt sind, objektiv nur diejenigen als Einziehungsobjekte in Betracht, welche bei der Anlasstat als

⁶⁸⁵ Zu den «an sich» resp. «ihrer Natur nach» gefährlichen Gegenständen vgl. hinten N 178 ff.

⁶⁸⁶ OLG Köln Beschluss vom 16. September 2005, NStZ 2006, 226, E. 2.

⁶⁸⁷ OLG Köln Beschluss vom 16. September 2005, NStZ 2006, 226, E. 2b.

⁶⁸⁸ LG Kleve Urteil vom 30. Mai 2012, NStZ 2013, 167.

⁶⁸⁹ LG Kleve Urteil vom 30. Mai 2012, NStZ 2013, 167, E. VI.

⁶⁹⁰ BOMMER (2005), 178 Fn. 23.

⁶⁹¹ So z.R. für den Spionagefall KK²-TRECHSEL, Art. 58 N 8.

eigentliche «Hauptsache» fungierten.⁶⁹² Schliesslich war die Einziehung des Hauses auch unverhältnismässig. Die Einziehung eines Hauses ist schon nicht geeignet, künftigen Nachrichtendienst zu verhindern, zumal mit dem Verwertungserlös ein anderes Haus gekauft werden kann. Die Einziehung ist aber wohl auch im engeren Sinne unverhältnismässig, weil in einem Missverhältnis zur Schwere des Delikts stehend.

13. Betäubungsmittel

Können Betäubungsmittel eingezogen werden? Diese Frage scheint so selbstverständlich zu bejahen zu sein, dass sie kaum je ernsthaft gestellt wird. Die Gesetzesgrundlagen zur Einziehung von Drogen gestalten sich jedoch äusserst komplex. 213

Nach den völkerrechtlichen Vorgaben wäre die Schweiz gehalten, eine umfassende Einziehbarkeit von Betäubungsmitteln vorzusehen. So bestimmt Art. 22 Ziff. 3 des Übereinkommens der Vereinten Nationen über psychotrope Stoffe vom 21. Februar 1971:⁶⁹³ «*Alle psychotropen oder sonstigen Stoffe sowie alle Gegenstände, die zu einer Widerhandlung [...] verwendet wurden oder dafür bestimmt waren, können beschlagnahmt und eingezogen werden.*» Das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen vom 20. Dezember 1988⁶⁹⁴ stellt in Art. 5 Vorschriften für die Einziehung auf. Danach trifft jede Vertragspartei die notwendigen Massnahmen, um die «*Einziehung von Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen, Material und Gerät oder anderen Tatwerkzeugen, die zur Begehung der [...] umschriebenen Straftaten verwendet wurden oder bestimmt waren, zu ermöglichen*» (Ziff. 1 lit. b). Diese Verträge verpflichten jedoch nur die Vertragsstaaten und begründen keine Rechte und Pflichten für den Einzelnen.⁶⁹⁵

Das Betäubungsmittelgesetz selbst enthält erstaunlicherweise keine umfassende Einziehungsbestimmung. So bestimmt Art. 28e Abs. 4 BetmG, dass das sichergestellte cannabishaltige Produkt mit der Bezahlung der Busse als eingezogen gilt. Ferner ordnet Art. 24 Abs. 1 BetmG an, dass in der Schweiz liegende unrechtmässige Vermögensvorteile dem Staat verfallen. Die erste Bestimmung ist nur auf bestimmte Deliktikonstellationen mit Cannabis, die zweite nur auf Vermögenswerte aus ausländischen Drogendelikten, nicht indes auf die Einziehung der Drogen selbst anwendbar.⁶⁹⁶ Nach Art. 24 Abs. 2 BetmG «*verwahren*» die zuständigen Behörden die ihnen bei der Ausführung des Gesetzes zugehenden Betäubungsmittel und «*sorgen für deren Verwertung oder Vernichtung*». Obwohl diese Norm ih- 214

⁶⁹² Zur objektiven Einschränkung aller möglichen deliktsverstrickten Gegenstände auf «Hauptsachen» i.S.d. Mittäterschaftsdogmatik siehe vorne N 96 f.

⁶⁹³ SR 0.812.121.02; Inkrafttreten für die Schweiz am 21. Juli 1996.

⁶⁹⁴ SR 0.812.121.03; Inkrafttreten für die Schweiz am 13. Dezember 2005.

⁶⁹⁵ Vgl. nur für das Übereinkommen von 1971 Botschaft, BBl 1994 III, 1289 f.

⁶⁹⁶ Zu letzterer vgl. SHK BetmG³-ALBRECHT, Art. 24 N 2; einzig für die Einziehung cannabishaltiger Produkte enthält Art. 28e Abs. 4 BetmG eine gesetzliche Grundlage.

rem Wortlaut nach nur die (vorübergehende) Verwahrung sowie die im Gefolge von Konfiskationen typischen Anordnungen⁶⁹⁷ (Verwertung und Vernichtung), nicht aber die Einziehung selbst regelt, wird sie in der Praxis verbreitet als hinreichende Grundlage für Einziehungsentscheide betrachtet.⁶⁹⁸ Für diese Interpretation spricht, dass eine Einziehung der beschlagnahmten Betäubungsmittel nur schon deshalb unnötig ist, weil der Täter daran gar kein Eigentum hat.⁶⁹⁹ Art. 24 Abs. 2 BetmG entspricht seiner Vorgängerbestimmung (Art. 33 BetmG/1951).⁷⁰⁰ Die Materialien zu dieser Bestimmung äussern sich nicht zur Frage, ob sie nur die Beschlagnahme oder auch die Einziehung regeln soll.⁷⁰¹ Das Bundesgericht hat die Frage – soweit ersichtlich – noch nicht entschieden.⁷⁰² Die h.L. geht deshalb davon aus, dass sich die Einziehung von Betäubungsmitteln nach Art. 69 StGB richtet.⁷⁰³ Dem ist zu folgen: Mangels einer *allgemeinen* Regelung zur Sicherungseinziehung im Betäubungsmittelgesetz, gelten die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs (Art. 333 Abs. 1 StGB und insofern unnötig wiederholend Art. 26 StGB).⁷⁰⁴

- 215 Wenn der allgemeine Teil des Strafgesetzbuchs und damit auch die auf instrumenta und producta sceleris eingeschränkte Sicherungseinziehung nach Art. 69 StGB auf die Einziehung von Betäubungsmitteln anwendbar ist, dann hat dies auf den ersten Blick die perplexen Konsequenz, dass das Fahrzeug des Drogenkuriers als *Instrument* unerlaubter Beförderung (Art. 19 Abs. 1 lit. b BetmG) eingezogen werden kann, nicht aber die sich in seinem Besitz befindlichen Drogen (Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG), weil diese insoweit bloss Beziehungsgegenstände sind. Ebenfalls bloss Beziehungsgegenstand sind die Drogen beim unerlaubten Handel (Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG) und Konsum (Art. 19a Ziff. 1 BetmG). *De lege lata* können solche Drogen nur eingezogen werden, soweit nachweisbar ist, dass sie als productum sceleris unbefugter Herstellung (Art. 19 Abs. 1 lit. a BetmG) entstammen.⁷⁰⁵ Um auch rechtmässig hergestellte Betäubungsmittel (vgl. Art. 8 Abs. 5 BetmG) einziehen zu können, die erst später (Beziehungs-)Gegenstand unbefugten Handels wurden, oder solche, deren unrechtmässige Herstellung nicht zweifelsfrei nachzuweisen ist, bräuchte es *de lege ferenda* entweder eine spezielle Einziehungsbestimmung im Betäubungsmittelgesetz oder eine Ausdehnung der Sicherungseinziehung in Art. 69 StGB auf Beziehungsgegenstände.

⁶⁹⁷ Zu diesen Anordnungen vgl. hinten N 192 ff.

⁶⁹⁸ Hinweis von Staatsanwalt lic. iur. Urs Lechner vom 16. Februar 2017, welcher an dieser Stelle herzlich zu verdanken ist; offengelassen in: OG ZH, ZR 2014 Nr. 7, S. 23 ff., E. II.2.

⁶⁹⁹ Insoweit zustimmungswürdig BGE 132 IV 5, E. 3.4.1.

⁷⁰⁰ SHK BetmG³–ALBRECHT, Art. 24 N 6; vgl. bereits Art. 33 E-BetmG; Botschaft, BBl 1951 I, 868.

⁷⁰¹ Botschaft, BBl 1951 I, 859; AmtlBull SR 1951, 336; AmtlBull NR 1951, 628.

⁷⁰² Unentschieden bezüglich der gesetzlichen Grundlage der Einziehung OG ZH, ZR 2014 Nr. 7, S. 23 ff., E. II.

⁷⁰³ SHK BetmG³–ALBRECHT, Art. 24 N 8; Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 17; s.a. Art. 85 Abs. 2 der Verordnung über die Betäubungsmittelkontrolle (Betäubungsmittelkontrollverordnung, BetmKV, SR 812.121.1) vom 25. Mai 2011.

⁷⁰⁴ Gleich SHK BetmG³–ALBRECHT, Art. 26 N 1.

⁷⁰⁵ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 44 Fn. 195 und N 55.

Noch komplexer ist die Frage, auf welcher Grundlage Betäubungsmittel *aus ausländischer Produktion* in der Schweiz eingezogen werden können. Art. 24 BetmG regelt wie gesehen nur die Konfiskation von *Vermögenswerten* aus ausländischen Betäubungsmitteldelikten, nicht aber die Einziehung der Betäubungsmittel.⁷⁰⁶ Hier akzentuiert sich das bereits angesprochene Dilemma: Im Ausland illegal hergestellte Drogen sind zwar ein nach Art. 69 Abs. 1 StGB grundsätzlich einziehbares *productum sceleris*, soweit jedoch ein Anknüpfungspunkt zum schweizerischen Recht fehlt, kann diese Produktion nicht Anlasstat für die hiesige Einziehung fungieren.⁷⁰⁷ Auf den ersten Blick könnte man deshalb auch hier versucht sein, über den illegalen Besitz einen Anknüpfungspunkt zu einer Inlandtat herzustellen. Hier stellt sich jedoch wiederum das Problem, dass die Drogen beim illegalen Besitz weder *instrumentum* noch *productum sceleris*, sondern nur Beziehungsgegenstände sind, für deren Einziehung Art. 69 StGB keine gesetzliche Grundlage bietet. Das Gleiche gilt für den Verkauf und Konsum im Inland. Auch hier sind die Drogen bloss Beziehungsgegenstand. Um im Ausland hergestellte Drogen hier einziehen zu können, braucht es *de lege lata* deshalb ein Rechtshilfeersuchen aus dem (meist wohl nicht einmal bekannten) Herstellungsland. *De lege ferenda* müsste für die Einziehung im Ausland hergestellter Betäubungsmittel eine gesetzliche Grundlage im Betäubungsmittelgesetz geschaffen oder Art. 69 StGB (wieder) auf Beziehungsgegenstände ausgedehnt werden.

J. Anlasstat («zur Begehung einer Straftat»)

Die Einziehung knüpft, wie jede strafrechtliche Massnahme, an ein nachgewiesenes Delikt an.⁷⁰⁸ Dieses wird als «Anlasstat»,⁷⁰⁹ «Haupttat» oder «*infraction principale*»⁷¹⁰ bezeichnet. Dass nur Delikte Anlass zu einer Einziehung geben können, ergibt sich bereits aus dem systematischen Kontext. Die Strafen und Massnahmen (Art. 34 ff. StGB) regeln die Rechtsfolgen der Straftat (sog. Sanktionen). Alle diese Sanktionen setzen in der Vergangenheit begangenes Unrecht voraus.⁷¹¹ Eine bloss künftig drohende Straftat reicht als Einziehungsgrundlage somit nicht aus. Bei der Sicherungseinziehung manifestiert sich die Gefährlichkeit des Täters erst

⁷⁰⁶ SHK BetmG³-ALBRECHT, Art. 24 N 2; einzig für die Einziehung cannabishaltiger Produkte enthält Art. 28e Abs. 4 BetmG eine gesetzliche Grundlage.

⁷⁰⁷ Ein solcher Anknüpfungspunkt kann auch nicht über eine extensive Interpretation des Erfolgsbegriffs in Art. 8 Abs. 1 StGB begründet werden (so noch BGE 91 IV 228, Regeste Ziff. 3), indem der hiesige Drogenhandel als «Erfolg» der ausländischen Produktion eingestuft wird, z.R. BSK StGB I³-POPP/KESHELAVA, Art. 8 N 9.

⁷⁰⁸ Zu weit gehend deshalb LOGOZ (1939), Art. 58 N 3, wonach eine Einziehung sogar möglich sein soll, «*même si nul ne peut être poursuivi faute de preuves*».

⁷⁰⁹ BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 69 N 6.

⁷¹⁰ Art. 1 lit. e Übereinkommen über Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten vom 8. November 1990, SR 0.311.53.

⁷¹¹ STRATENWERTH, AT II², § 13 N 60 und N 65.

in der Anlasstat.⁷¹² So unterliegen etwa Waffen, die nicht für eine Straftat verwendet wurden, nicht der Sicherungseinziehung, sondern können allenfalls nach Waffengesetz konfisziert werden.⁷¹³

1. Geschichte

- 218 Historisch gesehen ist der Deliktikonnex als Einziehungsvoraussetzung keineswegs selbstverständlich. Er markiert die Abgrenzung der strafrechtlichen von der rein verwaltungs- oder polizeirechtlichen Einziehung. So wurde die Einziehung *gemeingefährlicher* Gegenstände noch im ausgehenden 19. Jahrhundert als rein polizeiliche Aufgabe eingestuft. Zu den *«Polizeiconfiscanda»* wurden etwa die aus gesundheitspolizeilichen Gründen einzuziehenden verdorbenen Lebensmittel oder verseuchten Tiere sowie aus Sittlichkeitsgründen zu konfiszierende *«obscöne Schriften»* angesehen.⁷¹⁴ *«Der Zusammenhang mit einem Verbrechen ist hier nicht notwendig [...]. Die Gefährdung der Öffentlichkeit ist Grund genug, die Gegenstände einzuziehen.»*⁷¹⁵ Bei der Ausarbeitung des Strafgesetzbuches wurde die Einziehung dieser Gegenstände lediglich aus Zweckmässigkeitsüberlegungen dem Strafrichter übertragen, der dann jedoch *«rein polizeiliche Funktionen»* ausübte.⁷¹⁶ Freilich sah bereits CARL STOOSS, dass bei den allermeisten gemeingefährlichen Gegenständen zugleich auch ein Deliktikonnex gegeben war: *«Unsittliche, injuriöse, hochverrätherische Schriften, falsches und verfälschtes Geld [...] und derartige Confiscanda können nur durch strafbare Handlungen hervorgebracht werden.»*⁷¹⁷
- 219 Letztere rechnete CARL STOOSS den *absolut* gefährlichen Gegenständen zu.⁷¹⁸ Daneben prägte er aber auch die Kategorie der *relativ* gefährlichen Gegenstände. Darunter fielen seiner Ansicht Objekte, welche zu einem Delikt als Mittel oder Werkzeug dienen, oder als solche bestimmt sind. Ihre Gefährlichkeit liege in der Möglichkeit einer künftigen Verwendung zu weiteren Delikten durch eine bestimmte Person.⁷¹⁹ Relativ gefährliche Gegenstände sind also solche, die nur *in den Händen* oder eben in Relation zu einer bestimmten Person gefährlich sind.⁷²⁰ Während der Deliktikonnex bei den absolut gefährlichen Gegenständen zwar i.d.R. gegeben, aber nicht als notwendige Einziehungsvoraussetzung angesehen

⁷¹² Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 26.

⁷¹³ Dazu vorne N 114 ff.; s.a. Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 19 dortige Fn. 51 mit zahlreichen Hinweisen.

⁷¹⁴ STOOSS (1878), 34.

⁷¹⁵ BAUMANN E. (1907), 90.

⁷¹⁶ STOOSS (1878), 39; gleich Motive VE-StGB/1893, 66; deutlich apodiktischer dann bereits AppG BS, RS 1949 Nr. 20.

⁷¹⁷ STOOSS (1878), 37.

⁷¹⁸ STOOSS (1878), 34 ff.

⁷¹⁹ STOOSS (1878), 39 f.; berechtigte Kritik an der Unterscheidung bei Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 61.

⁷²⁰ STOOSS (1878), 34; s.a. STOOSS, Grundzüge-I/1892, 384 f.; zur Frage, ob die Unterscheidung zwischen absoluter und relativer Gefährlichkeit überhaupt durchführbar ist vgl. hinten N 176 ff.

wurde, ist die Verbindung zur Anlasstat bei den relativ gefährlichen Gegenständen unentbehrlich: Erst durch die Anlasstat gibt der Täter überhaupt Grund zur Befürchtung, dass ein bestimmter Gegenstand (z.B. ein Hammer) in seinen Händen gefährlich sein könnte.⁷²¹ Konsequenterweise forderte CARL STOOSS für die «*relative polizeiliche Confiscation*» eine Beziehung zwischen dem verbrecherischen Willen und der einzuziehenden Sache.⁷²²

Diese Überlegungen veranlassten ihn, die Sicherungseinziehung in Art. 28 des Vorentwurfs zum Strafgesetzbuch von 1893 in zwei Absätze aufzugliedern. Absatz 1 betraf die Einziehung relativ gefährlicher Gegenstände. Als Deliktsskonnex wurde verlangt, dass die einzuziehenden Gegenstände «*zu dem Verbrechen benutzt worden sind*». Der zweite Absatz betraf die Einziehung gemeingefährlicher Gegenstände. Hier wurde lediglich verlangt, dass der Gegenstand «*mit einem Verbrechen in Zusammenhang steht*».⁷²³ Der unterschiedlich ausgeprägte Deliktsskonnex war auch Ausdruck der unterschiedlichen Natur der beiden Einziehungsarten. Die Einziehung relativ gefährlicher Gegenstände nach Abs. 1 war pönaler Natur: Der Gegenstand wurde eingezogen, *weil* der Täter damit *delinquierte* hatte und es deshalb wahrscheinlich war, dass er es wieder tun würde. Die Konfiskation konnte sich hier nur gegen den Täter richten. Die Einziehung absolut gefährlicher Gegenstände nach Abs. 2 andererseits war polizeilicher Natur: Hier wurde der Gegenstand eingezogen, *weil* er per se *gefährlich* war. Konsequenterweise fand diese Massnahme Anwendung «*ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer Person*».⁷²⁴ Dass bei den gemeingefährlichen Gegenständen gleichwohl auf einen – wie erläutert entbehrlichen – Verbrechenszusammenhang abgestellt wurde, sollte wohl verdeutlichen, dass es sich nur in diesen Fällen rechtfertigte, den Strafrichter mit der Konfiskation zu befassen.

In den späteren Vorentwürfen hat sich die geschilderte Unterteilung in pönale (Abs. 1) und polizeiliche (Abs. 2) Einziehungen sogar noch akzentuiert, indem sie ab 1908 systematisch auf zwei verschiedene Artikel verteilt wurden.⁷²⁵ So war die «*strafweise Einziehung*» in Art. 50 VE-StGB/1916 unter den Nebenstrafen, die polizeiliche «*Einziehung gefährlicher Gegenstände*» hingegen in Art. 58 VE-StGB/1916 unter den vorsorglichen und anderen Massnahmen geregelt.⁷²⁶ Trotz dieser systematischen Trennung wurden die Einziehungsvoraussetzungen in Bezug auf den Deliktsskonnex – ohne weitere Erläuterungen – vereinheitlicht. Sowohl die strafweise als auch die polizeiliche Einziehung waren nunmehr möglich bei Gegenständen, die «*zu einem Vergehen gedient haben*».

⁷²¹ Ebenso Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 26.

⁷²² STOOSS (1878), 40 f.

⁷²³ Beide Zitate aus VE-StGB/1893, 18.

⁷²⁴ Art. 28 Abs. 2 Satz 2 VE-StGB/1893, 18.

⁷²⁵ Vgl. Art. 38 VE-StGB/1908 – (pönale) Einziehung von Gegenständen und Art. 47 VE-StGB/1908 – (polizeiliche) Einziehung gefährlicher Gegenstände.

⁷²⁶ VE-StGB/1916, 19 f.

Wohl nicht zuletzt aufgrund dieser sprachlichen Vereinheitlichung hielt es der Bundesrat dann nicht länger für notwendig, die pönale und polizeiliche Einziehung auseinanderzuhalten.⁷²⁷ Im bundesrätlichen Entwurf von 1918 wurde die Sicherungseinziehung systematisch bei den Massnahmen in einem Artikel zusammengefasst. Unter dem Titel «Einziehung gefährlicher Gegenstände» bestimmte Art. 55 E-StGB/1918: «Der Richter verfügt ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person die Einziehung von Gegenständen, die zu der Verübung eines Vergehens gedient haben oder bestimmt waren oder durch ein Vergehen hervorgebracht worden sind, wenn diese Gegenstände die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden (Abs. 1). Der Richter kann anordnen, dass die eingezogenen Gegenstände unbrauchbar gemacht oder vernichtet werden (Abs. 2)».

- 223 Folgt man der Stooss'schen Unterscheidung absolut und relativ gefährlicher Gegenstände, dann wurde in Bezug auf den Deliktskonnex mit der Zusammenführung der beiden Artikel für die absolut gefährlichen Gegenstände über das Ziel hinausgeschossen. Sie müssten aufgrund ihrer Gefährlichkeit selbst dann eingezogen werden, wenn sie nicht zur «Verübung eines Vergehens gedient haben oder bestimmt waren oder durch ein Vergehen hervorgebracht worden sind». Immerhin hat sich mit der Statuierung eines Deliktskonnexes für diese Einziehungsobjekte die Debatte darüber erübrigt, ob der Bundesgesetzgeber für die rein *polizeiliche* Einziehung gefährlicher Gegenstände überhaupt zuständig ist.⁷²⁸ Für die relativ gefährlichen Gegenstände ist dieser Deliktskonnex, wie bereits mehrfach erwähnt, essentiell. Hier lag die Hauptänderung durch die Zusammenführung vor allem darin, dass die Einziehung trotz Deliktskonnex «ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person» erfolgen kann. Damit sollte vor allem ermöglicht werden, dass relativ gefährliche Gegenstände auch bei schuldunfähigen Tätern konfisziert werden können. Neu sollte aber auch eine selbständige Einziehung bei Dritten möglich sein.⁷²⁹ Damit entfiel auch die Einschränkung aus früheren Entwürfen, wonach keine pönale Einziehung nach dem Tod des Täters erfolgen durfte.⁷³⁰
- 224 Die Entwurfsfassung von 1918 wurde im Parlament in Bezug auf den hier interessierenden Deliktskonnex noch einmal leicht modifiziert, indem die Formulierung «zur Verübung eines Vergehens gedient» ersetzt wurde durch «zur Begehung einer strafbaren Handlung gedient». Diese bloss redaktionelle Änderung wurde notwendig, weil die Räte die aus dem französischen *code pénal* von 1791 stammende und bis heute gängige Deliktstrias «Verbrechen – Vergehen – Übertretungen» in das Schweizerische Strafgesetzbuch übernommen haben. Im Entwurf des Bundesrates wurden nur Vergehen und Übertretungen unterschieden.⁷³¹

⁷²⁷ Botschaft, BBl 1918 IV, 23; ausschlaggebend waren zudem praktische Überlegungen: Protokoll I/1912, 294, 345; a.a.O., 347.

⁷²⁸ Kritik zur fehlenden Verfassungsgrundlage für rein präventive Eingriffe hinten N 162 ff.

⁷²⁹ Kritik zur Sicherungseinziehung bei Dritten vorne N 71 ff.

⁷³⁰ Vgl. Art. 38 VE-StGB/1908 – Einziehung von Gegenständen.

⁷³¹ StenBull NR 1928, 70 f.; dazu HAFTER, AT², 97 ff.

2. Deliktikonnex

Beim Deliktikonnex geht es um den Zusammenhang zwischen der Anlasstat und dem Einziehungsobjekt. Art. 69 Abs. 1 StGB geht von einem engen Konnex aus, zumal nur Gegenstände eingezogen werden können, «*die zur Begehung einer Straftat gedient haben oder bestimmt waren oder die durch eine Straftat hervorgebracht worden sind*». Nur *instrumenta* oder *producta sceleris* unterliegen der Sicherungseinziehung. Insoweit kann auf die Ausführungen zum Einziehungsobjekt verwiesen werden.⁷³² Dort wurde dargelegt, dass nicht alle Einziehungsobjekte, die irgendwie mit dem Delikt zusammenhängen, eingezogen werden können, sondern nur solche, die bei der Anlasstat als eigentliche «Hauptsache» fungierten.⁷³³ Deshalb kann nur der Computer eingezogen werden, auf welchem ein Erpresserschreiben aufgesetzt wurde, nicht auch die Wohnung, in der es verfasst wurde. Die Frage, welche Rolle ein Gegenstand bei der Anlasstat eingenommen haben muss⁷³⁴ und die Frage, wie eng der Deliktikonnex zwischen Einziehungsobjekt und Anlasstat sein muss, betreffen mithin zwei Seiten der gleichen Medaille.

Bei der *Vermögenseinziehung* verlangte das Bundesgericht früher, dass der einziehende Vermögensvorteil eine direkte und unmittelbare Folge der Anlasstat sein muss. Nach neuester Rechtsprechung genügt indes, dass ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Anlasstat und dem Vermögensvorteil besteht.⁷³⁵ Bei der Sicherungseinziehung ist die Rechtsprechung strenger: «*Die Einziehung gefährlicher Gegenstände erfordert einen unmittelbaren Zusammenhang mit einer konkreten Straftat*».⁷³⁶ Dass bei der Sicherungseinziehung ein *unmittelbarer Deliktikonnex* nachgewiesen sein muss, ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut von Art. 69 Abs. 1 StGB, sondern auch aus dem Wesen der Sicherungseinziehung. Mit ihr sollen Gegenstände aus dem Verkehr gezogen werden, die in den Händen der Täter eine Gefahr darstellen. Die Gefährlichkeit folgt dabei primär aus der Anlasstat. Erst durch die Anlasstat gibt der Täter überhaupt Grund zur Befürchtung, dass ein bestimmter Gegenstand (z.B. ein Hammer) in seinen Händen gefährlich sein könnte.⁷³⁷

Der direkte Bezug zur Anlasstat ist der Sicherungseinziehung daher begriffsimmanent. Es braucht in jedem Fall eine Anlasstat. Deshalb können etwa weitere Fahrzeuge im Eigentum des Täters, die bei der Tat nicht verwendet wurden, mangels Deliktikonnex nicht eingezogen werden. Eine fehlende Verbindung des Einziehungsobjekts zu einer Anlasstat kann auch nicht durch eine «*äusserst ungünstige*

⁷³² Vorne N 85 ff.

⁷³³ Zur objektiven Einschränkung aller möglichen deliktsverstrickten Gegenstände auf «Hauptsachen» i.S.d. Mittäterschaftsdogmatik siehe vorne N 95.

⁷³⁴ Dazu die Debatte vorne N 91 ff.

⁷³⁵ BGE 137 IV 79, E. 3.2 = Praxis 2011 Nr. 20, E. 3.2; vgl. bereits BSK StGB I³–BAUMANN F., Art. 70/71 N 33 und zur Einziehung von Vermögenswerten, «*die nur mittelbar durch Bestechung erworben worden sind*» PIETH, FS Schmid, 448 f.

⁷³⁶ BGE 103 IV 76, Regeste Ziff. 2; s.a. BGE 129 IV 81, E. 4.2.

⁷³⁷ Ebenso Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 26.

Legalprognose» kompensiert werden.⁷³⁸ Mangels Deliktstkonnex ist auch eine *Ersatzeinziehung* zu Sicherungszwecken nicht denkbar.⁷³⁹ Anders bei der Vermögenseinziehung: Ihr liegt der Gedanke zugrunde, dass sich strafbares Verhalten nicht lohnen soll.⁷⁴⁰ Es ist daher gerechtfertigt, nicht nur den unmittelbaren Deliktserlös, sondern auch dessen Surrogate zu konfiszieren.

3. Inlandtat/Auslandtat

- 228 Der idealtypische Fall nach Art. 69 StGB ist, dass Inlandtaten in der Schweiz durch ein inländisches Gericht abgeurteilt und zugleich (akzessorisch) im Inland liegende Deliktswerkzeuge und -produkte eingezogen werden. Wie aber ist zu verfahren, wenn eine Straftat im Ausland begangen wurde und sich nur die einzuziehenden Gegenstände in der Schweiz befinden? Nach BGE 128 IV 145 ist eine Einziehung in diesen Fällen nur zulässig, wenn sie entweder rechtshilfweise beantragt wurde oder schweizerische Strafhoheit besteht. Vorbehalten bleiben spezialgesetzliche Regelungen, wie etwa Art. 24 BetmG.⁷⁴¹
- 229 NIKLAUS SCHMID möchte die Sicherungseinziehung hierzulande auch zulassen, wenn für die Anlasstat kein Anknüpfungspunkt nach Art. 3–8 StGB besteht. Er begründet dies vorab mit polizeilichen Erwägungen. Art. 69 StGB sei eine sachliche Massnahme, welche die «(schweizerische) Öffentlichkeit schützen will, unabhängig davon, ob eine faktisch nach schweizerischem Strafrecht verfolgbare Anlasstat» vorliege. Ferner gehe es um Störungsbeseitigung und Gefahrenabwehr und damit um Prävention. «Es wäre absurd, z.B. das Tatinstrument eines in die Schweiz geflohenen gefährlichen ausländischen Straftäters [...] lediglich auf dem schikanösen Rechtshilfsweg [...] einziehen zu können».⁷⁴² Es komme daher nur auf die abstrakte beidseitige Strafbarkeit und kongruent dazu auf die beidseitige Einziehbarkeit an. Auch Art. 2 Ziff. 1 und Art. 13 Ziff. 1 lit. a. des europäischen Geldwäschereübereinkommens⁷⁴³ sprächen für eine Einziehung von Tatwerkzeugen unabhängig von einem strafrechtlichen Anknüpfungspunkt. Zumal sie auf dem Gedanken beruhten, dass entweder im Rechtshilfverfahren *oder* nach eigenem Recht eingezogen werde. Es gelte also «*aut dedere aut confiscare*».⁷⁴⁴

⁷³⁸ Insoweit abwegig: OG BE, SK 2013 Nr. 22, Regeste sowie E. 4.2, abgedruckt mit Besprechung von WOHLERS, fp 2014b, 28; OG ZH, UH160232, Beschluss vom 8. November 2016, E. II./3.2.1.

⁷³⁹ Diff. ESER (1969), 342.

⁷⁴⁰ St. Rsp., vgl. nur BGE 139 IV 209, E. 5.3; vgl. bereits BGE 71 IV 139, E. 8 sowie STOOSS (1878), 1878, 48.

⁷⁴¹ BGE 128 IV 145, E. 2; Art. 24 Abs. 1 BetmG.

⁷⁴² Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 31.

⁷⁴³ Übereinkommen (Nr. 141 des Europarats; so noch der Titel in der Botschaft) über Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten, Inkrafttreten für die Schweiz am 1. September 1992; vgl. dazu Botschaft BBl 1992 VI, 9 ff.

⁷⁴⁴ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 31 f.; ähnlich HARARI, ZStrR 1998, 17 f.

Auch Art. 5 des Wiener Betäubungsmittelübereinkommens⁷⁴⁵ knüpfe offensichtlich nicht an eine territoriale Deliktsbeziehung an.⁷⁴⁶ In BGE 128 IV 150 werde übersehen, dass das «*Einziehungsrecht nicht an Täter (der bei StGB 3 ff. im Zentrum steht), sondern als Sanktion in rem an einen in der Schweiz befindlichen deliktischen Gegenstand [...] anknüpft*».⁷⁴⁷

Zutreffend ist, dass die Formulierung in Art. 69 Abs. 1 StGB, wonach die Einziehung «*ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person*» erfolgen kann, dazu verleitet, polizeiliche Erwägungen genügen zu lassen. Wenn es schon möglich ist, Deliktswerkzeuge eines verstorbenen Täters einzuziehen,⁷⁴⁸ weshalb sollte es dann nicht möglich sein, die in der Schweiz liegenden Werkzeuge eines Täters im Ausland einzuziehen? Die kurze Antwort ist: Eine solche Einziehung ist möglich, allerdings nur, wenn entweder schweizerisches Strafrecht anwendbar ist oder aufgrund eines ausländischen Rechtshilfeersuchens. Grundsätzlich muss deshalb die Anlasstat für eine Sicherungseinziehung schweizerischer Strafhöhe unterliegen. Genauso wenig wie hierzulande eine Strafe ausgefällt werden kann für Taten, die nicht dem schweizerischen Strafrecht unterliegen, können auch die übrigen Sanktionen, wie etwa eine Verwahrung oder eine Sicherungseinziehung, ohne einen solchen Anknüpfungspunkt angeordnet werden.⁷⁴⁹ Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, dass sich die Sicherungseinziehung nur gegen Sachen (,in rem‘) richte.⁷⁵⁰ Wird etwa ein Personenwagen eingezogen ist der Eigentümer davon unmittelbar ,in personam‘ betroffen.⁷⁵¹ Damit dieser Eigentümer etwa bei der Vernichtung der Sache sogar entschädigungslos enteignet werden kann, bedarf es unter anderem einer gesetzlichen Grundlage. Eine solche Grundlage kann das Strafgesetzbuch nur innerhalb seines Anwendungsbereichs darstellen. In den übrigen Fällen braucht es ein rechtshilfeweises Ersuchen aus dem Ausland.

Ein in der Schweiz liegender Gegenstand aus einer ausländischen Straftat kann im Rahmen eines Rechtshilfeverfahrens eingezogen werden. Von grosser Bedeutung ist hier das Europäische Geldwäschereiübereinkommen. Es dient der Bekämpfung der Geldwäscherei, aber auch der Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten aller Art.⁷⁵² Art. 2 verpflichtet die Vertragsstaaten, Tatwerkzeuge und -erträge einzuziehen. Art. 13 Ziff. 1 statuiert für die internationale Zusammenarbeit im Bereich der Einziehung den bereits aus dem Wiener Betäu-

⁷⁴⁵ Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen, abgeschlossen in Wien am 20. Dezember 1988, Inkrafttreten für die Schweiz am 13. Dezember 2005 (SR 0.812.121.03).

⁷⁴⁶ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 31 Fn. 120.

⁷⁴⁷ SCHMID (2013), N 1431 Fn. 199

⁷⁴⁸ Dazu allerdings krit. vorne 119 f.

⁷⁴⁹ PAVLIDIS (2012), 197; BOMMER, 196 f. Fn. 87.

⁷⁵⁰ Zur Kritik am *In-Rem*-Argument s.a. oben N 85 ff.

⁷⁵¹ Ähnlich BSK StPO²-BAUMANN F., Art. 376 N 1, der kritisiert, dass der Begriff *in rem* unterschlage, dass sich das Verfahren immer gegen den Vermögensinhaber richte.

⁷⁵² BSK ISTR-BISCHOF, Art. 1 GwÜ N 1.

bungsmittelübereinkommen von 1988 bekannten Dualismus,⁷⁵³ wonach entweder ausländische Einziehungsentscheide zu vollstrecken (lit. a) oder inländische Einziehungen zu erwirken (lit. b) sind.⁷⁵⁴ Nach Niklaus Schmid deuten diese Bestimmungen darauf hin, dass die Einziehung «*unabhängig von einem strafrechtlichen Anknüpfungspunkt*» soll erfolgen können. Zunächst ist festzuhalten, dass das europäische Geldwäschereiübereinkommen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kein direkt anwendbarer völkerrechtlicher Vertrag ist, der inländisches Recht verdrängen oder vervollständigen könnte.⁷⁵⁵ Bei der Vollstreckung eines ausländischen Strafurteils oder eines selbständigen ausländischen Einziehungsentscheids (Art. 13 Ziff. 1 lit. a GwÜ) braucht es naturgemäss keinen inländischen Anknüpfungspunkt.⁷⁵⁶ Diese Vollstreckung kann entweder in Form der Exequatur nach Art. 94 ff. IRSG oder als «Herausgabe zur Einziehung» nach Art. 74a IRSG erfolgen.⁷⁵⁷ Art. 13 Ziff. 1 lit. a GwÜ bezieht sich somit nur auf die Vollstreckungshilfe.

- 232 Umgekehrt folgt daraus aber auch nicht, dass eine Einziehung im Inland *generell* unabhängig von schweizerischer Strafhoheit zulässig ist. Die inländische Einziehung nach Art. 13 Ziff. 1 lit. b GwÜ ist eine Form stellvertretender Strafverfolgung durch die Schweiz. Mit der Formel «*aut dedere aut confiscare*» wird auf den Grundsatz des «*aut dedere aut iudicare*» angespielt, wonach ein Staat, der die Auslieferung (*dedere*) verweigert, stellvertretend für die Strafverfolgung (*iudicare*) sorgen muss.⁷⁵⁸ Entsprechend müssen Einziehungsgegenstände entweder an die ausländischen Behörden herausgegeben (*dedere*) oder im Inland eingezogen werden (*confiscare*). Im zweiten Fall geht es um eine *Übernahme* ausländischer Strafverfolgung resp. Einziehung. Diese erfolgt prinzipiell nur, wenn keine schweizerische Gerichtsbarkeit gegeben ist,⁷⁵⁹ ansonsten könnte der Gegenstand ja nach schweizerischem Recht (selbständig oder unselbständig) eingezogen werden.⁷⁶⁰ Die Übernahme eines ausländischen Einziehungsverfahrens ist somit ein Fall, in welchem die schweizerischen Strafbehörden eine Einziehung anordnen können, ohne über Strafhoheit zu verfügen.
- 233 NIKLAUS SCHMID kritisiert die Rechtsprechung insofern zu Recht, als es Fälle gibt, in denen auch ohne schweizerische Strafhoheit eingezogen werden kann. Es kommt dabei indes nicht nur auf die abstrakte beidseitige Strafbarkeit und kongruent dazu auf die beidseitige Einziehbarkeit an, sondern es muss zusätzlich auch ein ausländisches *Ersuchen* vorliegen. Sowohl die Herausgabe von vollstreckungswei-

⁷⁵³ Art. 5 Abs. 4 lit. a Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen, abgeschlossen in Wien am 20. Dezember 1988 (SR 0.812.121.03); dazu explizit Botschaft, BBl 1996 I, 622 f.

⁷⁵⁴ Botschaft, BBl 1992 VI, 25; BGE 133 IV 215, E. 2.1.

⁷⁵⁵ BGE 133 IV 215, E. 2.1.; s.a. BSK ISTR–BISCHOF, Art. 1 GwÜ N 4.

⁷⁵⁶ Dies übersieht Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 31 dortige Fn. 120.

⁷⁵⁷ BSK ISTR–BAUMANN/STENGEL, Art. 13 GwÜ N 11 ff.; PAVLIDIS (2012), 281.

⁷⁵⁸ DONATSCH/HEIMGARTNER/MEYER/SIMONEK (2015), 70.

⁷⁵⁹ S.a. Art. 85 Abs. 3 IRSG; GLESS (2011), N 265.

⁷⁶⁰ BGE 115 Ib 517, E. 7g/aa; s.a. a.a.O., E. 8b/cc; Botschaft, BBl 1992 VI, 22.

se erlangten Gegenständen (lit. a) als auch die stellvertretende inländische Einziehung setzen nach ausdrücklicher Anordnung im Übereinkommen ein rechtshilfeweises «Ersuchen» der ausländischen Vertragspartei voraus.⁷⁶¹ Die schweizerischen Behörden können danach bei fehlender Strafhoheit nicht von sich aus zur Einziehung schreiten, sondern benötigen den Impetus einer ausländischen Behörde.⁷⁶² Dies gilt auch für die Beschlagnahme nach Art. 18 Abs. 2 IRSG. Danach können bei Gefahr im Verzug auch vorläufige Massnahmen angeordnet werden. Voraussetzung ist allerdings, dass ein Rechtshilfeersuchen aus dem Ausland angekündigt ist. Die Beschlagnahme fällt dahin, wenn das Ersuchen nicht fristgemäss eingereicht wird.⁷⁶³

Eine Ausnahme schafft Art. 24 Abs. 1 BetmG für *unrechtmässige Vermögensvorteile* aus Betäubungsmittelstraftaten:⁷⁶⁴ Liegen diese in der Schweiz, so verfallen sie dem Staat auch dann, wenn die Tat im Ausland begangen worden ist (Satz 1). Besteht kein Gerichtsstand nach Art. 32 StPO, so ist zur Einziehung der Kanton zuständig, in dem die Vermögenswerte liegen (Satz 2).⁷⁶⁵ Diese 1975 geschaffene Bestimmung soll verhindern, dass «*der im Ausland handelnde Täter unter Umständen im Genusse unrechtmässiger Vermögensvorteile bleibt*»⁷⁶⁶. Das Bundesgericht und die h.L. scheinen davon auszugehen, dass Art. 24 BetmG über seinen Wortlaut hinaus nicht nur einen Gerichtsstand am Ort der Vermögenswerte schafft, sondern auch die fehlende schweizerische *Gerichtshoheit* bei Auslandstaten substituieren kann.⁷⁶⁷ 234

Fraglich ist, ob sich dieser Anknüpfungspunkt nicht auch unabhängig von Art. 24 BetmG begründen lässt. Die Lehre geht davon aus, dass in der Schweiz liegende *Gelder* aus Drogenhandel hier akzessorisch in einem Strafverfahren wegen Geldwäscherei eingezogen werden können.⁷⁶⁸ Die Geldwäscherei setzt voraus, dass Vermögenswerte aus einem Verbrechen herrühren. Normalerweise kann die Einziehung der Vermögenswerte an diesen Verbrechenstatbestand anknüpfen, so z.B. an qualifizierten Betäubungsmittelhandel (Art. 19 Abs. 2 BetmG). Wenn aber für diesen Anlassstatbestand keine Gerichtsbarkeit in der Schweiz besteht, stellt sich die Frage, ob die Einziehung *alleine* an die in der Schweiz erfolgte Geldwäscherei anknüpfen kann. Geldwäscherei ist konzipiert als Einziehungsvereitelung. Es wird zwar nicht verlangt, dass die Vereitelung im Sinne eines Deliktserfolgs gelingt. Die Tathandlung muss bloss *geeignet* sein, die Einziehung zu vereiteln. Strafbar kann aber nur die Vereitelung einer Einziehung sein, die ihrerseits zulässig wäre. Unzulässig ist eine (selbständige) Einziehung, wenn es an schweizerischer Gerichtsbarkeit fehlt und die Konfiskation auch nicht rechtshilfeweise verlangt wird. 235

⁷⁶¹ Botschaft, BBl 1992 VI, 26.

⁷⁶² HARARI, ZStrR 1998, 18.

⁷⁶³ Art. 18 IRSG.

⁷⁶⁴ Zur Einziehbarkeit der Betäubungsmittel selbst vgl. oben N 213 ff.

⁷⁶⁵ Vgl. hierzu WEISS, ZStrR 1985, 194 ff.

⁷⁶⁶ Botschaft, BBl 1973 I, 1352 und 1369.

⁷⁶⁷ BGE 128 IV 145, E. 2c.

⁷⁶⁸ SCHMID (2013), N 1431 Fn. 199; BSK StPO²–BAUMANN F., Art. 376 N 5 Fn. 19.

Kurzum entsteht bei einer Einziehung, die sich alleine auf den Geldwäschereitatenbestand stützt der Eindruck von einer Katze, die sich in den Schwanz beisst.⁷⁶⁹ Keine der beiden Lösungen vermag somit zu überzeugen. Art. 24 BetrMG kann als Gerichtsstandsnorm keine im Übrigen fehlende Strafhoheit begründen, die Anknüpfung an die Geldwäscherei im Inland ist zirkulär.

4. Verbrechen/Vergehen/Übertretung

236 Die Anlasstat wird im Gesetz umschrieben als «Straftat». Damit sind, wie sich aus dem systematischen Kontext des Allgemeinen Teils ergibt, zunächst die Verbrechen und Vergehen (1. Teil) gemeint. Mangels spezifischer Ausnahmebestimmungen gilt die Einziehungsregelung von Art. 69 auch für die Übertretungen (2. Teil) des Strafgesetzbuchs.⁷⁷⁰ Bei Einziehungen, die an Übertretungen anknüpfen, ist die Verhältnismässigkeit besonders sorgfältig abzuwägen.⁷⁷¹

237

Auch Übertretungen des Nebenstrafrechts⁷⁷² sind – vorbehaltlich spezialgesetzlicher Bestimmungen⁷⁷³ – taugliche Anlasstaten. Soweit kantonale Gesetze den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs oder spezifisch dessen Einziehungsbestimmungen für anwendbar erklären, können auch Straftaten des kantonalen Rechts Anlasstat bilden.⁷⁷⁴ So schützte das Bundesgericht die Einziehung eines wirkungslosen Tuberkulose-Geheimmittels, welches die Witwe des Neuenburger Arztes Pierre Hulliger entgegen gesundheitsbehördlicher Anordnungen vertrieben und dafür geschützt auf «*l'art. 14 de la loi cantonale sur l'exercice des professions médicales*» sowie «*de l'art. 9 de la loi fédérale sur la lutte contre la tuberculose*» zu einer Übertretungsbusse von CHF 800 verurteilt wurde.⁷⁷⁵

5. Vorsatz/Fahrlässigkeit

238 Ob die Anlasstat vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde, betrachten die Rechtsprechung und die herrschende Lehre in der Schweiz ohne weitere Begründung als irrelevant.⁷⁷⁶ Dies ist insoweit konsequent, als auch Fahrlässigkeitstaten strafrechtliches Unrecht darstellen. Zudem kann sich die für die Sicherungseinziehung notwendige Gefährdung nicht nur darin manifestieren, dass ein Vorsatztäter

⁷⁶⁹ A.A. ohne weitere Begründung Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 70–72, N 23.

⁷⁷⁰ Art. 104 und 105 Abs. 3 StGB; gleich bereits SCHULTZ, ZBJV 1978, 321.

⁷⁷¹ OG ZH, UH160232, Beschluss vom 8. November 2016, E. II./3.2.1; Allg. BGer, Urteil 1B_294/2014 vom 19. März 2015, E. 4.4.

⁷⁷² Art. 333 Abs. 1 StGB.

⁷⁷³ Vgl. die umfassende Aufstellung bei Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 19 dortige Fn. 51.

⁷⁷⁴ BGE 103 IV 75, E. 1.

⁷⁷⁵ BGE 79 IV 171, Regeste.

⁷⁷⁶ BGE 125 IV 4, E. 2a./bb; Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 27; MÜLLER (1993), 9 f.; SCHULTZ, ZBJV 1978, 321 ff.

wissentlich und willentlich Rechtsgüter beeinträchtigt, sondern auch darin, dass er ein geschaffenes Risiko gar nicht erst erkannt hat. In der Praxis wurden etwa ungenügend beaufsichtigte Hunde eingezogen und auch eingeschläfert.⁷⁷⁷

Es gibt aber auch gute Gründe, die strafrechtliche Sicherungseinziehung nur nach Vorsatzdelikten anzuordnen. Früher stand man einer Einziehung im Gefolge von Fahrlässigkeitstaten denn auch kritischer gegenüber.⁷⁷⁸ So entschied das Appellationsgericht Basel-Stadt 1948, dass die Einziehung eines «*Automobils, mit dem der Täter sich der fahrlässigen Tötung [...] schuldig gemacht hat [...] unzulässig*» sei.⁷⁷⁹ Noch heute ist im deutschen Recht die Einziehung nach § 74 Abs. 1 StGB – vorbehaltlich spezialgesetzlicher Ausnahmen – nur bei vorsätzlichen Straftaten möglich.⁷⁸⁰

Nach schweizerischem Recht unterliegen Gegenstände der Sicherungseinziehung, die zur Begehung einer Straftat *gedient haben* oder *bestimmt waren* oder die durch eine Straftat *hervorgebracht* worden sind (Art. 69 Abs. 1 StGB). Wie oben dargelegt sind damit (designierte) *instrumenta sceleris* und *producta sceleris* gemeint. Bei Deliktswerkzeugen (*instrumenta sceleris*) kann ein Fahrlässigkeitsdelikt sinnvollerweise nicht Anlasstat sein. Zwar offenbaren auch Fahrlässigkeitsdelikte regelmässig, dass ein Gegenstand in den Händen des Täters eine Gefahr darstellt. So etwa, wenn ein Täter durch Sprengstoffe oder giftige Gase fahrlässig Menschen in Gefahr bringt.⁷⁸¹ Gleichwohl reicht die pflichtwidrig unvorsichtige Verwendung

⁷⁷⁷ OG BE, ZBJV 1971 Nr. 107, S. 278 f.: Die drei Hunde der Verurteilten fielen an verschiedenen Tagen mehrere Menschen an, fügten einer Person Bisswunden zu und zerissen die Kleider der Angefallenen. Die Hunde waren dafür bekannt, dass sie schon früher mehrmals Menschen und auch Hühner angegriffen hatten. Trotz der zahlreichen Zwischenfälle waren die Halter nicht imstande, weitere Vorfälle zu vermeiden. Die drei Hunde wurden gestützt auf Art. 58 aStGB eingezogen. FZR 2002, 287: Sicherungseinziehung eines Hundes, welcher vier Personen gebissen hat, gestützt auf Art. 58 aStGB (vorliegend wegen *fahrlässiger* Körperverletzung, der Hund wurde auch in diesem Fall nicht als Waffe/gefährlicher Gegenstand gebraucht); im Entscheid OG BE, ZBJV 1977 Nr. 113, S. 279 f., sollten wildernde Windhunde eingezogen werden, welche die Angeschuldigte *fahrlässig* hatte jagen lassen. Davon wurde schliesslich jedoch abgesehen, weil die «*Angeschuldigte nach dem erstinstanzlichen Urteil sichere Vorkehrungen, um die Hunde vor weiterem Ausbrechen abzuhalten, getroffen hatte*».

⁷⁷⁸ GOLDSCHMIDT (1908), 447; BAUMANN E. (1907), 54; s.a. den Vorschlag Heinrich Bollis, Protokoll-I/1912, 344, nur Gegenstände, «*die zu einem vorsätzlichen Vergehen gedient haben*» der Einziehung zu unterwerfen.

⁷⁷⁹ AppG BS, RS 1949 Nr. 20. Die Einziehung wurde i.c. allerdings nicht ausgeschlossen, weil die Anlasstat ein Fahrlässigkeitsdelikt war, sondern mit dem Verhältnismässigkeitsargument fehlender Eignung: Die Einziehung werde nicht verhindern, «*dass Reist weiterhin durch rücksichtslose Drauflosfahren mit einem andern seiner Motorfahrzeuge Leib und Leben der Strassenbenützer [...] gefährdet*». Es wurde deshalb ein dauernder Führerausweisentzug angeordnet. Dieser kann zwar auch nicht garantieren, dass das angestrebte Sicherungsziel erreicht wird, ist aber immerhin die mildere Massnahme.

⁷⁸⁰ S/S²⁹–ESER, §74 N 2; NK StGB–HERZOG/SALIGER, § 74 N 3 StGB.

⁷⁸¹ Art. 225 Abs. 1 StGB; weil der Sprengstoff nicht zur Detonation gebracht werden, um diesen Gefährdungstatbestand zu erfüllen (vgl. BSK StGB II³–ROELLI/FLEISCHANDERL, Art. 224 N 7), kann sich Frage der Einziehung hier *prima facie* stellen.

eines Gegenstandes zur Einziehung nicht aus,⁷⁸² weil sich hier schon begrifflich schlecht von «*Werkzeugen*» sprechen lässt, die zur Begehung der Tat «*gedient haben*». Bei Fahrlässigkeitsdelikten fehlt es definitionsgemäss an der finalen Inanspruchnahme eines Gegenstands mit Blick auf ein strafrechtlich verpöntes Ziel. Weder das Unfallfahrzeug⁷⁸³ noch die Skier, mit denen versehentlich eine Lawine ausgelöst wurde, kommen deshalb als Objekt *strafrechtlicher* Sicherungseinziehung in Betracht. Eine andere Frage ist, ob etwa die genannten Sprengstoffe aus polizeilichen Gründen sollten eingezogen werden können, wofür jedoch zumindest im Sprengstoffgesetz eine gesetzliche Grundlage fehlt. Möglich bleibt somit nur noch eine Sicherstellung gestützt auf kantonales Polizeirecht.⁷⁸⁴

- 241 Auch bei den *producta sceleris* kann die Einziehung in aller Regel nicht an Fahrlässigkeitsdelikte anknüpfen: Falsches Geld, gefälschte Urkunden, illegale Betäubungsmittel oder harte Pornografie werden nicht versehentlich hergestellt, sondern sind das Produkt von Vorsatzdelikten.⁷⁸⁵ Allerdings können auch Fahrlässigkeitsdelikte gefährliche Produkte hervorbringen: Zu denken ist etwa an die – bereits in der Botschaft von 1918 erwähnten⁷⁸⁶ – gesundheitsgefährdenden Lebensmittel. Sie sind das Produkt unsorgfältiger Herstellung. Bereits damals erkannte man jedoch, dass die Einziehung solcher Lebensmittel nicht eine strafrechtliche Sicherungseinziehung, sondern eine rein polizeiliche Massnahme darstellt.⁷⁸⁷
- 242 Selbst wer nicht gewillt ist, Fahrlässigkeitsdelikte generell als Anlasstaten für Sicherungseinziehungen abzulehnen, wird dem Umstand, dass der Täter das Rechtsgut nicht vorsätzlich verletzt hat, bei der Beurteilung seiner Gefährlichkeit sowie bei der Verhältnismässigkeit Rechnung tragen müssen.⁷⁸⁸

6. Begehung/Unterlassung

- 243 Kann eine *Unterlassung* Anlasstat einer Sicherungseinziehung sein? Nach Art. 69 Abs. 1 StGB sind Gegenstände einzuziehen, die *zur Begehung einer Straftat* («à commettre une infraction; à commettre un reato») gedient haben oder bestimmt waren. Der Gesetzeswortlaut spricht dafür, bei der Einziehung von Deliktinstrumenten nur Begehungsdelikte als Anlasstaten zuzulassen. Bei den Deliktprodukten ist der Wortlaut weniger einschränkend. Eingezogen werden können Gegen-

⁷⁸² A.A. MÜLLER (1992), 15.

⁷⁸³ Im Ergebnis gleich AppG BS, RS 1949 Nr. 20. Die Einziehung wurde i.c. allerdings nicht ausgeschlossen, weil die Anlasstat ein Fahrlässigkeitsdelikt war, sondern mit dem Verhältnismässigkeitsargument fehlender Eignung: Die Einziehung werde nicht verhindern, «*dass Reist weiterhin durch rücksichtslose Drauflosfahren mit einem andern seiner Motorfahrzeuge Leib und Leben der Strassenbenützer [...] gefährdet*».

⁷⁸⁴ Vgl. etwa § 38 Polizeigesetz (PolG) des Kantons Zürich vom 23. April 2007; § 52 Gesetz betreffend die Kantonspolizei des Kantons Basel-Stadt (Polizeigesetz, PolG) vom 13. November 1996.

⁷⁸⁵ BAUMANN E. (1907), 54.

⁷⁸⁶ Vgl. Botschaft, BBl 1918 IV, 23.

⁷⁸⁷ BAUMANN E. (1907), 54 f.

⁷⁸⁸ Gleich, allerdings nur in Bezug auf die Schuld, Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 34 i.f.

stände, die durch eine *Straftat hervorgebracht worden sind*» (qui sont le produit d'une infraction; che costituiscono il prodotto di un reato). Das Anlassdelikt wird bei den *producta sceleris* lediglich als Straftat bezeichnet, ohne nach Begehung und Unterlassung zu differenzieren.

Soweit ersichtlich haben sich weder die Rechtsprechung noch die Literatur mit der Frage auseinandergesetzt, ob eine Sicherungseinziehung auch an Unterlassungen anknüpfen kann.⁷⁸⁹ Während es bei der Vermögenseinziehung zumindest diskutabel ist, die Ersparnisse bei unterlassener Buchführung (Art. 166 StGB)⁷⁹⁰ oder die Bereicherung des Geschäftsbesorgers, der pflichtwidrig Vermögensschädigungen zulässt (Art. 158 Ziff. 1 StGB), abzuschöpfen, ist dies bei der Sicherungseinziehung in aller Regel bereits begrifflich ausgeschlossen: Besteht die Anlasstat darin, dass der Täter garantenpflichtwidrig nicht eingeschritten ist, so fehlt es mangels Tathandlungen auch an hierbei verwendeten Tatwerkzeugen. Ebenso wenig werden durch ein Nichtstun Tatprodukte hervorgebracht. 244

Eine Unterlassung könnte allenfalls dann Anlass zu einer Einziehung geben, wenn man mit der Rechtsprechung davon ausgeht, dass ein nicht angeleinter Hund, der Passanten anfällt, als *instrumentum sceleris* soll eingezogen werden können.⁷⁹¹ Wie oben bereits ausgeführt, ist der Hund nach hier vertretener Auffassung in solchen Fällen aber kein Deliktswerkzeug, weil er nicht zu einer Tatbegehung instrumentalisiert wird. 245

7. Versuchte Anlasstat

Der Sicherungseinziehung unterliegen auch Gegenstände, die zur Begehung einer Straftat «bestimmt waren» (Art. 69 Abs. 1 StGB). Man spricht insoweit von designierten Tatwerkzeugen.⁷⁹² Die Einziehung knüpft somit nicht nur an vollendete Straftaten an, sondern auch an solche, die noch bevorstanden. Damit ist die Frage aufgeworfen, in welches Stadium der Deliktsverwirklichung die Anlasstat bereits gediehen sein musste, damit eingezogen werden kann. Reicht es, dass eine Tat bloss künftig möglich oder wahrscheinlich war oder sie vage in Aussicht genommen wurde? Oder muss sie das Stadium eines strafbaren Versuchs erreicht haben 246

⁷⁸⁹ Sowohl in der schweizerischen, etwa BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 69 StGB; PK StGB-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 69; als auch in der deutschen Kommentarliteratur, etwa S/S²⁹-ESER, § 74 N 2–4; sucht man vergeblich nach entsprechenden Ausführungen.

⁷⁹⁰ Z.R. krit. Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 70–72 N 36.

⁷⁹¹ OG BE, ZBJV 1971 Nr. 107, S. 278 f.: Die drei Hunde der Verurteilten fielen an verschiedenen Tagen mehrere Menschen an, fügten einer Person Bisswunden zu und zerissen die Kleider der Angefallenen. Die Hunde waren dafür bekannt, dass sie schon früher mehrmals Menschen und auch Hühner angegriffen hatten. Trotz der zahlreichen Zwischenfälle waren die Halter nicht imstande, weitere Vorfälle zu vermeiden. Die drei Hunde wurden gestützt auf Art. 58 aStGB eingezogen; so auch FZR 2002, 287: Sicherungseinziehung eines Hundes, welcher vier Personen gebissen hat, gestützt auf Art. 58 aStGB (vorliegend wegen fahrlässiger Körperverletzung, der Hund wurde auch in diesem Fall nicht als Waffe/gefährlicher Gegenstand gebraucht).

⁷⁹² Zu den designierten *instrumenta sceleris* vorne N 151 ff.

resp. den Anforderungen an eine strafbare Vorbereitungshandlung im Sinne von Art. 260^{bis} StGB genügen?

- 247 Das *Bundesgericht* stellt keine hohen Anforderungen an den Grad der Deliktsverwirklichung. Es reiche, dass es wahrscheinlich sei, dass vom Gegenstand eine Gefahr ausgehe, wenn er nicht aus den Händen des Berechtigten konfisziert werde. Wie sich bereits aus dem Gesetzestext ergebe, könne auch eingezogen werden, wenn sich der Täter nicht strafbar gemacht habe. Für die Annahme, ein Gegenstand sei für eine Straftat bestimmt gewesen, sei es deshalb nicht notwendig, dass die Straftat begangen oder auch nur versucht worden sei. Zwar reiche es nicht, dass der Gegenstand bloss allgemein bestimmt oder zur möglichen Deliktsbegehung geeignet gewesen sei. Es sei nötig, aber auch ausreichend, dass ein ernsthaftes Risiko bestehe, dass dieser Gegenstand zu einem Delikt verwendet werde.⁷⁹³
- 248 In der Literatur ist die Frage umstritten.⁷⁹⁴ NIKLAUS SCHMID unterscheidet zwei Kategorien. Einerseits bejaht er die Einziehbarkeit von Gegenständen, die für ein Delikt bestimmt waren, dann aber nicht verwendet wurden; wie etwa mitgeführte, aber nicht verwendete Dietriche sowie Schusswaffen, die im Hinblick auf ein Tötungsdelikt angeschafft wurden, der Tod dann aber mittels Messerstichen beigebracht wurde.⁷⁹⁵ Andererseits hält er die Einziehung auch für zulässig, wenn die Anlasstat *nicht* über das Stadium der straflosen Vorbereitung hinaus gediehen ist. Als Beispiel für Gegenstände, die noch nicht zu Deliktsversuchen verwendet wurden, nennt er die Einziehung von Druckplatten zur Herstellung von Falschgeld.⁷⁹⁶ Nur so ergebe diese Tatbestandsvariante («zur Begehung einer Straftat bestimmt») überhaupt Sinn. Die Einziehung von Gegenständen, die bei versuchten Straftaten eingesetzt wurden, werde nämlich bereits durch die Formulierung «zur Begehung einer Straftat gedient haben» erfasst. Es bestehe ein legitimes sicherheitspolizeiliches Interesse, die Einziehung auch jenseits strafbarer Verhaltensweisen anzuwenden. Das Gleiche werde auch bei therapeutischen oder sichernden Massnahmen gegen Schuldunfähige gemacht.⁷⁹⁷
- 249 MARTIN SCHUBARTH weist zu Recht daraufhin, dass die Wendung im Gesetz, wonach die Einziehung ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person erfolgen könne, nur auf verstorbene und unauffindbare Täter etc. abzielt. Entgegen dem Bundesgericht bezwecke sie nicht, eine Einziehung in Fällen zu ermöglichen, in denen noch kein strafbares Verhalten vorliegt.⁷⁹⁸ Auch GÜNTER STRATEN-WERTH verlangt als Anlasstat einen strafbaren Versuch. Mit Recht moniert er, dass es rechtsstaatlich unhaltbar ist, «eine Handlung durch entschädigungslose Enteig-

⁷⁹³ BGE 127 IV 203, E. 7b; gleich BGE 125 IV 185, E. 2a.

⁷⁹⁴ Widersprüchlich PC CP, Art. 69 N 7, wonach einerseits weder die Begehung noch der Versuch eines Delikts vorausgesetzt sei, andererseits aber die objektiven und subjektiven Tatbestandselemente erfüllt sein müssen.

⁷⁹⁵ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 49 ff. m.H.a. BGE 88 IV 53.

⁷⁹⁶ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 54.

⁷⁹⁷ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 52 ff.; im Ergebnis gleich BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 69 N 10.

⁷⁹⁸ SCHUBARTH, ZStrR 2010, 219 f.

nung zu sanktionieren, die nicht verboten ist»⁷⁹⁹. Auch wenn zur Deliktsbegehung bestimmte Gegenstände eingezogen werden können, bedeutet dies nach Arthur Böhler nicht, dass die blossе Möglichkeit einer deliktischen Verwendung schon ausreicht. Die Anfertigung eines Dietrichs als solche reicht deshalb noch nicht, um dessen Einziehung zu begründen.⁸⁰⁰

Richtigerweise setzt die Einziehung in jedem Fall begangenes Unrecht voraus. Es braucht also eine Anlasstat in Gestalt einer tatbestandsmässigen und rechtswidrigen Straftat. Eine straflose Vorbereitungshandlung kann deshalb niemals Grundlage einer Einziehung bilden.⁸⁰¹ Strafrechtlich relevantes Unrecht liegt nicht erst bei einer vollendeten, sondern bereits bei einer versuchten Straftat vor.⁸⁰² Damit Versuchsunrecht vorliegt, muss der Täter zumindest mit der Ausführung der Straftat begonnen haben.⁸⁰³ Vorher kann potentieller Deliktswerkzeug mangels einer Anlasstat nicht eingezogen werden. Dies war auch der Grund, weshalb die kantonalen Einführungsgesetze die Einziehung von «Diebes- und Mordwerkzeugen» erlaubten, wenn ein «Deliktsversuch mit einem solchen zu erwarten» war.⁸⁰⁴ Heute kann die Anlasstat auch in strafbaren Vorbereitungshandlungen liegen, wie etwa in den planmässigen Vorkehren zu Kapitalverbrechen gemäss Art. 260^{bis} StGB oder dem «Anstaltentreffen» zu Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz (Art. 19 Abs. 1 lit. g BetmG). Mit der Versuchsstrafbarkeit und den Bestimmungen zu den strafbaren Vorbereitungshandlungen ist das strafrechtliche Unrecht bereits weit in das Vorfeld tatsächlicher Rechtsgutsverletzungen vorverlagert. Insbesondere mit den erst 1982 in das Strafgesetzbuch eingefügten strafbaren Vorbereitungshandlungen⁸⁰⁵ wurden die Einziehungsmöglichkeiten gegenüber 1942 stark erweitert.⁸⁰⁶ In vielen von der Rechtsprechung und der sie stützenden Lehre anvisierten Konstellationen ist eine Anlasstat deshalb bei genauerem Hinsehen bereits in Form einer «Vorfeldtat» gegeben. So muss man für die erwähnte Einziehung von Druckplatten, die der Herstellung von Falschgeld dienen, nicht auf polizeiliche Erwägungen zurückgreifen. Art. 247 Abs. 1 StGB verbietet bereits, sich Geräte zum Fälschen von Geld zu verschaffen.

Soweit es an strafrechtlichem (Versuchs)Unrecht fehlt, können Einziehungen entgegen Niklaus Schmid nicht alleine auf sicherheitspolizeiliche Erwägungen gestützt werden. Eine rein polizeiliche Einziehung kann nur schon deshalb nicht auf Art. 69 StGB abgestützt werden, weil der Polizeigüterschutz im Strafgesetzbuch immer auch repressiv, also als Reaktion auf und somit im Zusammenhang mit ei-

⁷⁹⁹ STRATENWERTH, AT II², § 13 N 65.

⁸⁰⁰ BÖHLER (1945), 97, allerdings m.H.a. kantonale Einführungsgesetze, welche die Einziehung von Diebeswerkzeugen ermöglichten; vgl. auch HAFTER, AT², 418 Fn. 3.

⁸⁰¹ STRATENWERTH, AT II², § 13 N 65; MÜLLER (1992), 12.

⁸⁰² SCHULTZ, ZBJV 1978, 311.

⁸⁰³ Zum Beginn des Versuchs vgl. BGE 131 IV 100, E. 7.2.1.; STRATENWERTH, AT I⁴, § 12 N 32.

⁸⁰⁴ HAFTER, AT², 418 Fn. 3; s.a. BÖHLER (1945), 97 m.H.a. weitere kantonale Einführungsgesetze.

⁸⁰⁵ AS 1982, 1530.

⁸⁰⁶ Vgl. Art. 58 StGB/1937; Referendumsvorlage, BBl 1937 III, 645.

ner Straftat, erfolgen muss.⁸⁰⁷ Für rein präventive Massnahmen des Polizeigüterschutzes fehlt auf Bundesebene ausserdem die Verfassungsgrundlage.⁸⁰⁸ Diese fehlende Kompetenz dürfte gesetzgebungshistorisch der unausgesprochene Grund gewesen sein, weshalb der Bundesrat die getrennte Regelung⁸⁰⁹ der rein polizeilichen Einziehung (Art. 47 VE-StGB/1908) und der repressiv pönalen Einziehung (Art. 38 VE-StGB/1908) in seinem Entwurf wieder aufhob und die Einziehung in einem Artikel vereinigte (Art. 55 E-StGB/1918).⁸¹⁰ Die Kantone hingegen dürfen rein polizeilich motivierte Einziehungsvorschriften erlassen, weshalb die Konfiskation von bloss potentiellen Deliktswerkzeugen zumindest dort die verfassungsmässige Kompetenzordnung nicht verletzte.⁸¹¹

252 Dass polizeiliche Erwägungen alleine für eine strafrechtliche Einziehung genügen, lässt sich entgegen NIKLAUS SCHMID auch nicht unter Verweis auf die Massnahmen gegen Schuldunfähige begründen. Im Gegenteil. Stationäre und ambulante therapeutische Massnahmen oder eine Verwahrung können auch gegen Schuldunfähige immer nur angeordnet werden, wenn diese eine tatbestandsmässige und rechtswidrige Anlasstat begangen haben.⁸¹² Dass mit diesen Massnahmen *auch* präventivpolizeiliche Sicherungsinteressen verfolgt werden (Art. 56 Abs. 1 lit. b StGB)⁸¹³, ändert nichts daran, dass Ausgangspunkt aller strafrechtlichen Massnahmen (ausser der insoweit wohl auch kompetenzwidrigen Friedensbürgschaft, Art. 66 StGB) strafrechtliches Unrecht sein muss.

253 Schliesslich ist auch das Argument nicht stichhaltig, wonach die Einziehung von Gegenständen, die bei versuchten Straftaten eingesetzt wurden, bereits durch die Formulierung «zur Begehung einer Straftat gedient haben» erfasst würde, und sich die Tatbestandsvariante «zur Begehung einer Straftat bestimmt» deshalb auf straflose Vorbereitungshandlungen beziehen müsse.⁸¹⁴ Die Gesetzgebungsgeschichte zeigt, dass die zweite Tatvariante von Anfang an auf den Versuch zugeschnitten war: «Wenn nun der Gesetzgeber dem Richter die Einziehung solcher Gegestände vorschreibt, welche zur Begehung eines Verbrechens «bestimmt» sind [...] so versteht er darunter nur diejenigen Gegenstände, mit welchen der Täter die verbrecherische Handlung begonnen, resp. den strafbaren Versuch begangen hat.»⁸¹⁵

254

⁸⁰⁷ STRATENWERTH, AT II², § 13 N 60.

⁸⁰⁸ MOHLER (2012), N 195; krit. zur fehlenden Verfassungsgrundlage für sicherheitspolizeiliche Aufgaben des Bundes SGK BV–SCHWEIZER/MOHLER, Art. 57 N 19.

⁸⁰⁹ STOOS, ZStrR 1905, 12, schlug vor, die *strafweise* Einziehung unter dem Titel Vermögensstrafe (neu Art. 38) und die *polizeiliche* Einziehung unter dem Titel *Andere sichernde Massnahmen* (neu Art. 45, Einziehung gemeingefährlicher Gegenstände) zu regeln.

⁸¹⁰ Vgl. Botschaft, BB1 1918 IV, 23.

⁸¹¹ Vgl. Hinweise auf kantonale Einführungsgesetze bei BÖHLER (1945), 97 und HAFTER, AT², 418 Fn. 3.

⁸¹² STRATENWERTH, AT II², § 9 N 4 ff. (stationäre therapeutische Behandlung psychisch schwer gestörter Täter), N 62 f. (ambulante Behandlung), § 12 N 2 f. (Verwahrung).

⁸¹³ SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, Strafrecht II⁸, 153; STRATENWERTH, AT II², § 8 N 15.

⁸¹⁴ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 53 nennt keine Belegstellen für diese These.

⁸¹⁵ BAUMANN E. (1907), 53.

Im Ergebnis bedeutet dies für die beiden von Niklaus Schmid definierten Kategorien, dass erstens Gegenstände, die für eine Straftat bestimmt waren, dann aber nicht verwendet wurden, eingezogen werden können, wenn die Anlasstat das Versuchsstadium erreicht hat: Wenn der Einbrecher den Nachschlüssel (Dietrich) beim Betreten des Grundstücks bei sich hat, um die Türe aufzuschliessen, so liegt ab diesem Zeitpunkt ein strafbarer Versuch vor. Auch wenn der Schlüssel später nicht gebraucht wird, etwa weil die Türe offenstand, so war er zum Zeitpunkt des Betretens ein zur Begehung des Einbruchdiebstahls «bestimmter» Gegenstand und kann deshalb eingezogen werden. Zweitens können Gegenstände, die zu einem Delikt bestimmt waren, das nicht über das Stadium der straflosen Vorbereitung hinausgelangt ist, nicht eingezogen werden. Die Ehefrau, die auf die Idee kommt, ihren in der Garagenauffahrt Unkraut harkenden Ehemann «versehentlich» beim Rückwärtsfahren mit ihrem Auto zu überrollen, diesen Plan dann aber als zu unsicher wieder verwirft, kann für dieses zwar perfide, aber straflose Gedankenspiel nicht mit einer Konfiskation ihres Autos bestraft werden. Das Gleiche gilt auch für den Genfer Schwiegervatermordfall: Richard Bauer hatte den Revolver, welchen er auf Druck seiner Frau angeschafft hatte, um seinen Schwiegervater zu töten, bei der Tat – wie der Einbrecher im eben geschilderten Dietrich-Fall – zwar ebenfalls mitgeführt, ihn aber wohl gerade deshalb nicht verwenden wollen, weil ihn seine Frau für zu schwach hielt («*Craignant que, dans un corps à corps, son père n'eût le dessus*»). Die Tat führte er dann mit Dolch und Schlagstock aus.⁸¹⁶ Hier war der Revolver zwar (von seiner Frau) zur Tat bestimmt, die Tatausführung mittels Revolver gelangte indes nie ins Stadium des strafbaren Versuchs. Der Mord entfiel deshalb als Anlasstat für die Einziehung, allenfalls hätte sie auf das Waffengesetz oder strafbare Vorbereitungshandlungen gestützt werden können.

Wie Niklaus Schmid zu Recht hervorhebt, kann nicht nur «rein subjektiv» auf den Vorsatz oder die Absicht abgestellt werden.⁸¹⁷ Es fehlt hier an einer relevanten Gefährdung von Rechtsgütern.⁸¹⁸ Das Gleiche gilt für die zum straflosen Deliktsversuch aus grobem Unverstand verwendeten, früher sog. absolut untauglichen, Tatmittel.⁸¹⁹ Auch hier erreicht die «Anlasstat» kein die Einziehung rechtfertigendes Gefährdungsniveau. Im Übrigen führt die Eingrenzung auf *strafbare* Anlasstaten, wie das Geldfälscherbeispiel gezeigt hat, auch nicht zu schmerzhaften Abstrichen bei der Sicherungseinziehung.

255

⁸¹⁶ BGE 88 IV 53.

⁸¹⁷ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 51.

⁸¹⁸ S.a. STRATENWERTH, AT I⁴, § 12 N 21 und N 32.

⁸¹⁹ BAUMANN E. (1907), 53 f.; zum untauglichen Versuch Allg. PK StGB²–TRECHSEL/GETH, Art. 22 N 16 ff.

K. Gefährlichkeit («wenn diese Gegenstände [...] gefährden»)

- 256 Gegenstände, die zur Begehung einer Straftat gedient haben oder bestimmt waren oder die durch eine Straftat hervorgebracht worden sind, werden eingezogen, wenn sie die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden (Art. 69 Abs. 1 StGB). Wie sich bereits aus der Marginalie ergibt, ist die Gefährlichkeit *die* zentrale Voraussetzung der Sicherungseinziehung. Gefährliche Deliktinstrumente und Deliktsprodukte können eingezogen werden. Die Frage ist, woraus sich deren Gefährlichkeit ergeben soll. Der Gesetzeswortlaut macht deutlich, dass es nicht die Tatbegehung alleine sein kann. Der Umstand, dass Gegenstände in der Vergangenheit der Tatbegehung gedient haben (Deliktinstrumente) oder aus einer Tat hervorgebracht wurden (Deliktsprodukte), ist bloss notwendige, nicht aber hinreichende Voraussetzung der Sicherungseinziehung. Die Tatbegehung alleine vermag die Sicherungseinziehung nicht zu rechtfertigen, vielmehr müssen die Gegenstände auch künftig eine Gefahr darstellen.
- 257 Dass sich die Gefahr in der vergangenen Tat manifestiert haben *und* der einzuziehende Gegenstand auch künftig eine Gefahr darstellen muss, zeigt die Doppelgesichtigkeit der heutigen Einziehungsbestimmung.⁸²⁰ Diese Ambivalenz will auf den ersten Blick nicht einleuchten. Weshalb kann man ein Messer nicht alleine schon deshalb einziehen, *weil* es für einen Mord verwendet wurde? Weshalb muss zusätzlich nachgewiesen werden, dass das Messer auch künftig eine Gefahr darstellt? Warum ist es andererseits notwendig, bei Gegenständen, die durch ihre blossе Existenz in der Gegenwart und der Zukunft eine Gefahr darstellen, wie dies möglicherweise bei illegalen Drogen, Fälschungen oder Kinderpornografie der Fall ist, einen Deliktikonnex zur Vergangenheit herzustellen? Die Janusköpfigkeit der heutigen Einziehungsbestimmung ist nur verständlich, wenn man sich ihren Entstehungsprozess vor Augen führt.⁸²¹

1. Geschichte

- 258 Seit Mitte des 19. Jahrhunderts waren in der Schweiz intensive Bestrebungen im Gang, zumindest das materielle Strafrecht zu vereinheitlichen.⁸²² Im Jahr 1889 wurde Carl Stooss vom Bundesrat beauftragt, die Rechtsvereinheitlichung durch eine vergleichende Darstellung der kantonalen Prozessrechte wissenschaftlich vorzubereiten.⁸²³ Am 15. August 1893 legte Carl Stooss seinen Vorentwurf und die Begründung zum Allgemeinen Teil eines schweizerischen Strafgesetzbuches

⁸²⁰ Zu dieser unterschiedlichen Blickrichtung auch ESER (1969), 248.

⁸²¹ HAFTER (1917), 33 f.

⁸²² Hierzu sowie zur folgenden Gesetzgebungsgeschichte im Detail Botschaft, BBl 1896 IV, 737 ff.; ferner HAFTER, AT², 18 ff.

⁸²³ Vgl. dazu zunächst die Kompilation der kantonalen Rechte in STOOSS (1890), passim; sodann mit Anmerkungen: STOOSS, Grundzüge-I/1892 und Grundzüge-II/1893.

vor.⁸²⁴ In Bezug auf die Einziehung führte ihn der innerschweizerische Rechtsvergleich zum Schluss, «*dass es den geltenden Gesetzgebungen an einem leitenden Gesichtspunkte fehlt*»; man sei sich nicht im Klaren über «*das Wesen der Konfiskation, namentlich über ihren strafrechtlichen und polizeirechtlichen Charakter*»⁸²⁵. Diese Einschätzung kam insofern aus sehr berufenem Munde als Carl Stooss sich bereits in seiner Berner Dissertation von 1878 («Zur Natur der Vermögensstrafe») vertieft mit der rechtlichen Natur der Einziehung auseinandergesetzt hatte. Er kam zum Ergebnis, die Einziehung müsse Strafe oder Massnahme sein können, um die Erreichung unterschiedlicher Ziele zu ermöglichen.

Als Strafe findet die *pönale* Einziehung ihre Rechtfertigung in einer strafbaren Handlung.⁸²⁶ Sie bezweckt als Reaktion auf das Delikt, den Willen des Täters «*zu affizieren*»⁸²⁷, indem sein Vermögen vermindert wird. Ziel oder Zweck der Einziehung ist also, dem Schuldigen ein Übel oder Strafleiden zuzufügen. Folglich kann ein Gegenstand strafweise nur eingezogen werden, sofern ein strafbares Verhalten bejaht werden kann und der betreffende Gegenstand im Eigentum des Täters steht.⁸²⁸ Die *polizeiliche* Einziehung dient – als Massnahme – dagegen dem Gemeinwohl.⁸²⁹ Sie bezweckt den Schutz der Allgemeinheit vor *gefährlichen* Gegenständen. Diese Gedanken setzte Carl Stooss in Art. 28 des ersten Vorentwurfs von 1893 eins zu eins um.⁸³⁰ Die Einziehung nach Absatz 1 hatte Strafcharakter.⁸³¹ Hier wurde nicht an die Gefährlichkeit des Gegenstandes, sondern an den Umstand angeknüpft, dass er Deliktswerkzeug oder –produkt war. Die Einziehung nach Absatz 2 hatte Massnahmencharakter.⁸³² Der primäre Anknüpfungspunkt war hier ein polizeilicher: die Gefährlichkeit des Gegenstandes. Gemeingefährliche Gegenstände waren nach Carl Stooss' Auffassung ausschliesslich⁸³³ nach Absatz 2 einzuziehen. Dies erlaubte die Einziehung ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer Person und ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse.⁸³⁴ Sekundär wurde nach Absatz 2 zudem ein – hier loserer – Deliktsskonnex verlangt, wonach der Gegenstand «*mit einem Verbrechen in Zusammenhang*» stehen musste. Streng genommen brauchte es diesen Deliktsskonnex nicht, da ja der Gegenstand bereits aufgrund seiner Gefährlichkeit hätte eingezogen werden können. Zu erklären ist diese Voraussetzung wohl damit, dass es kaum gemeingefährliche Gegenstände gibt, deren Existenz nicht auf ein Delikt zurückgeht (z.B. Herstellung ille-

259

⁸²⁴ VE-StGB/1893; dazu Motive VE-StGB/1893.

⁸²⁵ STOOSS, Grundzüge-I/1892, 386; diff. dazu STOOSS (1878), 32 ff.; s.a. BAUMANN E. (1907), 22.

⁸²⁶ STOOSS (1878), 37.

⁸²⁷ STOOSS (1878), 32; s.a. STOOSS, AT², 246.

⁸²⁸ STOOSS (1878), 36 ff.; zur Eigentumsvoraussetzung siehe Motive VE-StGB/1893, 66.

⁸²⁹ STOOSS (1878), 33.

⁸³⁰ Art. 28 VE-StGB/1893. – Konfiskation.

⁸³¹ Vgl. Motive VE-StGB/1893, 65 f.

⁸³² Vgl. Motive VE-StGB/1893, 65 f.; Lesung-I/1896, 225 f.

⁸³³ Motive VE-StGB/1893, 66; ESER (1969), 70.

⁸³⁴ Vgl. Protokoll-I/1912, 346; s.a. STOOSS, AT², 229 f.

galer Drogen). Ferner brauchte es den Deliktikonnex wohl auch, um diese rein polizeiliche Einziehung in die Hände des Strafgerichts legen zu können.⁸³⁵

- 260 Die Vorentwürfe von 1894,⁸³⁶ 1896⁸³⁷ und 1903⁸³⁸ unterschieden sich hinsichtlich der Einziehung kaum vom Vorentwurf 1893. Eine erste konzeptionelle Veränderung der Einziehungsnorm erfolgte im Vorentwurf von 1908. Diese ist zu sehen vor dem Hintergrund der Auseinandersetzung zwischen Carl Stooss und Ernst Hafter um den Dualismus von Strafen und Massnahmen im Entwurf des Strafgesetzbuches.⁸³⁹ ERNST HAFTER kritisierte an den bisherigen Vorentwürfen insbesondere die unklare Abgrenzung von Strafen und Massnahmen.⁸⁴⁰ CARL STOOSS stimmte mit ihm überein, dass das Strafgesetzbuch eine klarere Ausscheidung von Strafen und sichernden Massnahmen treffen musste. Die systematische Trennung von Strafen und Massnahmen erforderte auch die Aufspaltung des Artikels zur Einziehung. So schlug Carl Stooss vor, die *strafweise* Einziehung neu unter dem Titel der Vermögensstrafe zu regeln, während die *polizeiliche* «Einziehung gemeingefährlicher Gegenstände» neu unter dem Titel «andere sichernde Massnahmen» einzugliedern sei.⁸⁴¹ Diese Vorschläge wurden im Vorentwurf von 1908 sodann umgesetzt.⁸⁴²
- 261 In der Folge konnte sich die Zweiteilung der Einziehungsbestimmung in eine pönale und eine polizeirechtliche vorerst noch halten; sie war allerdings umstritten.⁸⁴³ Insbesondere Heinrich Bolli plädierte aus praktischen Überlegungen für eine Zusammenführung der zwei Artikel.⁸⁴⁴ Die Marginalie der pönalen Konfiskation nach Art. 38 wurde präzisiert zu «*Strafweise* Einziehung von Gegenständen», ferner wurde sie neu bei den Nebenstrafen eingeordnet.⁸⁴⁵ Während die Vorentwürfe von 1915 und 1916 in Bezug auf die Einziehung keine nennenswerten Änderungen brachten, wurde im Entwurf des Bundesrats von 1918 die Zweiteilung der Einziehungsbestimmung fallengelassen. Die strafweise Einziehung wurde aufgehoben, die Einziehung gefährlicher Gegenstände unter dem Titel «andere Massnahmen» aufgeführt und so in die im Wesentlichen heute noch geltende Fassung überführt. Art. 55 E-StGB/1918 bestimmte unter dem Titel «Einziehung gefährlicher Gegenstände»: Der Richter verfügt ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person die Einziehung von Gegenständen, die zu der Verübung eines Vergehens gedient haben oder bestimmt waren oder durch ein Vergehen hervorge-

⁸³⁵ STOOSS (1878), 39; gleich Motive VE-StGB/1893, 66.

⁸³⁶ VE-StGB/1894, 20.

⁸³⁷ Siehe Art. 30 des VE-StGB/1896.

⁸³⁸ Art. 38 VE-StGB/1903.

⁸³⁹ Zu dieser epischen Auseinandersetzung aus historischer Sicht GERMANN, ZStrR 2009, 171 ff.

⁸⁴⁰ HAFTER, ZStrR 1904, 218 ff.

⁸⁴¹ STOOSS (1878), 12.

⁸⁴² Art. 38 VE-StGB/1908; Erläuterungen VE-StGB/1908, 88.

⁸⁴³ Protokoll-I/1912, 348; HAFTER, ZStrR 1914, 15; später ändert ERNST HAFTER seine Meinung und möchte die Einziehung einheitlich als sichernde Massnahme verstanden haben (HAFTER, AT² 416).

⁸⁴⁴ Protokoll-I/1912, 294; a.a.O., 347.

⁸⁴⁵ Protokoll-I/1912, 294 und 348; s.a. HAFTER, ZStrR 1914, 15.

bracht worden sind, wenn diese Gegenstände die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden (Abs. 1). Der Richter kann anordnen, dass die eingezogenen Gegenstände unbrauchbar gemacht oder vernichtet werden (Abs. 2).

Hierzu führte der Bundesrat in seiner Botschaft aus: «Die Beschlagnahme und Einziehung von Gegenständen [...] wird meist als Nebenstrafe angesehen, und ist es auch, wenn die Einziehung im Urteil gegen den Täter ausgesprochen werden kann. Oft ist aber der Täter nicht zu ermitteln und doch müssen die der Rechtssicherheit gefährlichen Gegenstände [...] beseitigt oder in anderer Weise unschädlich gemacht werden. Dann ist die Einziehung lediglich vorsorgliche Massnahme. Die beiden Fälle auseinander zu halten, schien nicht notwendig, sie werden hier beide berücksichtigt (Art. 55)». ⁸⁴⁶ Diese Begründung ist nicht nachvollziehbar. Der Bundesrat gesteht in Anerkennung der bisherigen Trennung pönaler und polizeilicher Einziehung ein, dass die Einziehung, welche sich gegen den Täter richtet, eine Nebenstrafe ist, während die Einziehung gemeingefährlicher Gegenstände eine reine Massnahme sein soll, kommt dann aber zum Schluss, dass es nicht notwendig sei, die beiden Fälle auseinander zu halten. Im Anschluss an Heinrich Bollen ⁸⁴⁷ ist davon auszugehen, dass die Zusammenführung beider Artikel wohl aus praktischen Gründen erfolgte, zumal nicht nur der Bundesrat sondern bereits die zweite Expertenkommission und später das Parlament der Einziehung auch Strafcharakter zumassen. ⁸⁴⁸ Der zweite, unausgesprochene Grund für die Vereinigung der beiden Einziehungsbestimmungen dürfte darin gelegen haben, dass dem Bundesgesetzgeber bewusst wurde, dass ihm für die rein polizeiliche Einziehung schlicht die Zuständigkeit fehlte. Während die «Gesetzgebung auf dem Gebiete des Strafrechts» seit der Verfassungsrevision von 1898 in Bundeskompetenz war, ⁸⁴⁹ und somit pönale Einziehungen umfasste, fehlt eine entsprechende Kompetenzgrundlage des Bundes im Polizeirecht bis heute.

Zunächst wurde somit noch anerkannt, dass die Einziehung auch pönalen Charakter haben kann. Allmählich setzte sich dann allerdings der Standpunkt von Ernst Hafter durch. Dieser vertrat ab ca. 1917 die Auffassung, dass es die Einziehung als Strafmittel nicht brauche bzw. die übrigen Strafmittel ausreichend seien. ⁸⁵⁰ Die Tatsache, dass die Einziehung beim Betroffenen als Übel empfunden werden kann, reiche nicht aus, sie als Strafe zu qualifizieren. Entscheidend sei, dass auch gemäss der bisher als Strafe ausgestalteten Einziehungsbestimmung nur gefährliche Gegenstände eingezogen werden konnten. Dahinter steckte der Sicherungsgedanke, weshalb die Einziehung nach ihm nur noch Massnahme war. ⁸⁵¹ Dieser Meinung

⁸⁴⁶ Botschaft, BBl 1918 IV, 23.

⁸⁴⁷ Protokoll-I/1912, 294.

⁸⁴⁸ StenBull NR 1928, 961; a.a.O., 962; StenBull SR 1931, 330.

⁸⁴⁹ Art. 64bis BV/1898, angenommen in der Volksabstimmung vom 13. Nov. 1898 (Erwahrungsbeschluss vom 21. Dez. 1898 – AS 16 885 888; BBl 1896 IV 733, 1898 V 461).

⁸⁵⁰ Zunächst noch diff. zwischen Straf- und Massnahmecharakter: Protokoll-I/1912, 347; HAFTER, ZStrR 1914, 15; sodann für den Massnahmecharakter votierend: HAFTER (1917), 33 f.

⁸⁵¹ HAFTER, AT², 415 f.; im Ergebnis gl. LOGOZ (1939), 253.

schlossen sich weitere Vertreter aus der Strafrechtswissenschaft sowie das Bundesgericht an.⁸⁵² Dabei hatten sie zumindest systematische Argumente auf ihrer Seite, zumal die Sicherungseinziehung (Art. 58 StGB/1937) seit der Zusammenführung durch den Bundesrat bei den «anderen Massnahmen» (Art. 57 ff. StGB/1937) geregelt war.

- 264 In der Revision von 1974 wurde die Einziehung auf Vermögenswerte ausgedehnt. In Art. 58 StGB/1974 wurden die Sicherungs- und die Vermögenseinziehung gemeinsam geregelt.⁸⁵³ Die Sicherungseinziehung blieb in Bezug auf die hier interessierende Gefährdung unverändert.⁸⁵⁴ Im Rahmen des *zweiten Massnahmenpakets*⁸⁵⁵ zur Bekämpfung des organisierten Verbrechens wurde die *Sicherungseinziehung* wieder in ihre alte Form von 1937 überführt.⁸⁵⁶
- 265 Lehre und Rechtsprechung gehen heute davon aus, dass es sich bei der Sicherungseinziehung um eine «*klassische sachliche Massnahme*» handelt, die «*kein pönales Element enthält*».⁸⁵⁷ Es gehe nur um den Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Gegenständen.⁸⁵⁸ Unerklärt bleibt damit, wozu es die eindeutig pönale Anknüpfung an eine Anlasstat in Art. 69 StGB («*zur Begehung einer Straftat*») dann noch braucht.
- 266 Zusammenfassend ergibt sich damit folgendes Bild: Die Ausgangsfrage war, weshalb in der heutigen Bestimmung zur Sicherungseinziehung für die Beurteilung der Gefährdung sowohl auf die vergangene Anlasstat abgestellt als auch danach gefragt wird, ob der Gegenstand in Zukunft eine Gefahr darstellt. Die Antwort ist, weil die Regelung von Art. 69 StGB das Produkt einer Normenfusion ist, welche zwei völlig unterschiedliche Gesichtspunkte unter einem Regelungsdach vereinte: Einerseits die *strafweise* Einziehung von Gegenständen, die bei einer Straftat verwendet wurden (*instrumenta sceleris*) oder aus ihr hervorgegangen sind (*producta sceleris*) und andererseits die rein *polizeiliche* Einziehung gefährlicher Gegenstände. Damit lässt sich auch die angesprochene Ambivalenz auflösen. In der ursprünglichen Zweiteilung hätte ein Messer alleine schon deshalb strafweise eingezogen werden können, weil es für einen Mord verwendet wurde. Der Nachweis einer künftigen Gefährdung wäre obsolet gewesen. Andererseits hätten illegale Drogen, Fälschungen oder pornografische Schriften ohne weiteres zur Sicherung eingezogen werden können, weil ihre blossе Existenz eine Gefahr darstellt. Der lose Deliktikonnex («mit einem Verbrechen in Zusammenhang steht») war nötig,

⁸⁵² BÖHLER (1945), 37 f.; SCHWANDER (1952), 214; THORMANN/VON OVERBECK, Art. 58 N 1; LOGOZ (1939), 253; PETRZILKA (1942), 84; BGE 77 IV 18, 20.

⁸⁵³ Referendumsvorlage, BBl 1974, 763.

⁸⁵⁴ Neu war, dass sich die Sicherungseinziehung nunmehr auf sog. *Beziehungsgegenstände* erstreckte, «an [...] denen eine strafbare Handlung begangen wurde», Referendumsvorlage, BBl 1974 I, 763; dazu SCHULTZ, ZBJV 1978, 311 f.

⁸⁵⁵ So die Bezeichnung in der Botschaft, BBl 1993 III, 285.

⁸⁵⁶ Art. 58 Abs. 1 StGB/1994, BBl 1994 II, 274; Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 2.

⁸⁵⁷ Zitate von Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 13; PK StGB²-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Vor Art. 69 N 10.

⁸⁵⁸ BGE 130 IV 143, E. 3.3.1.

um diese rein polizeiliche Massnahme in die Hände von Strafrichtern legen zu können und um über die fehlende Kompetenz des Bundes im Polizeirecht hinwegzutäuschen.

Überzeugend ist die Vereinigung pönaler und polizeilicher Aspekte in einer Einziehungsnorm freilich nicht. Erstens überzeugt die Berücksichtigung polizeilicher Aspekte in vielen Fällen nicht: Bei Deliktinstrumenten muss nachgewiesen werden, dass diese in den Händen des Täters auch künftig eine Gefahr darstellen. Dieser Nachweis ist bei Lichte besehen eine Bankrotterklärung an die spezialpräventive Wirkung der Strafe. Die Strafe sollte den Täter ja gerade von weiterem Delinquieren abhalten.⁸⁵⁹ Zweitens spricht gegen die Vermengung pönaler und polizeilicher Aspekte, dass damit der Charakter der Einziehung verborgen bleibt. Die Einziehung von Deliktsgegenständen kann als Massnahme etikettiert werden, obwohl sie in Wirklichkeit rein pönaler Natur ist. Dies lässt sich am bereits mehrfach zitierten Beispiel des Mordmessers aufzeigen. Die Einziehung des bei der Tat verwendeten Messers bannt die Gefährdung nicht. Dem Täter stehen in aller Regel andere Messer zur Verfügung. Falls nicht, kann er sich solche aus dem ohnehin auszuhändigenden Verwertungserlös⁸⁶⁰ problemlos käuflich oder deliktisch besorgen.⁸⁶¹ Noch deutlicher wird dies bei der Einziehung absolut harmloser Gegenstände, wie z.B. einem Mobiltelefon, das im Drogenhandel verwendet wurde. Die Einziehung kann hier den Massnahmезweck nicht erreichen.⁸⁶² Dies liegt drittens – und hier sind wir beim entscheidenden Punkt – an der Idee der Gefährdung selbst. Die Diskussion über die Einziehung ist seit je geprägt vom Versuch, die Gefährlichkeit über die Art und Beschaffenheit des Gegenstandes zu definieren.⁸⁶³ Hier ist die Debatte um absolut und relativ gefährliche Gegenstände anzusiedeln:

267

2. Relative und absolute Gefährlichkeit

Seit Langem ist umstritten, ob der Sicherungseinziehung nur sog. *absolut gefährliche* Gegenstände unterliegen, die «an sich»⁸⁶⁴, ihrer «Natur»⁸⁶⁵ nach gefährlich sind resp., die ausschliesslich zu deliktischen Zwecken verwendet werden können,⁸⁶⁶ oder ob auch sog. *relativ gefährliche* Gegenstände einzuziehen sind, die nur in den Händen, mithin in Relation zu einer bestimmten Person gefährlich sind.⁸⁶⁷ Carl Stooss war der Meinung, dass beide Arten von Gegenständen ein-

268

⁸⁵⁹ I.d.S. bereits BOMMER (2005), 188 f.

⁸⁶⁰ Dazu hinten N 304 ff.

⁸⁶¹ Übersehen von PK–TRECHSEL, Art. 58 N 7.

⁸⁶² So bereits BÖHLER (1945), 39.

⁸⁶³ Eingehend ESER (1969), 258 ff.

⁸⁶⁴ Z.R. krit. BÖHLER (1945), 18 dortige Fn. 34.

⁸⁶⁵ Vgl. BGE 81 IV 217, E. 2.

⁸⁶⁶ Vgl. etwa Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 60 Fn. 285; z.R. verneinend BGE 114 IV 98, E. 4 m.H.a. Schultz ZBJV 1978, 310.

⁸⁶⁷ MÜLLER (1993), 22 f.; HAFTER, AT², 418; SCHWANDER (1952), 214 f.; eingehend ESER (1969), 258 ff.

ziehbar sein sollen, allerdings nicht unter gleichen Voraussetzungen. Er unterschied deshalb bereits 1878 die «*absolute Einziehung*» gemeingefährlicher Gegenstände von der «*Einziehung relativ gefährlicher Gegenstände*».⁸⁶⁸ Die Einziehung gemeingefährlicher Gegenstände sollte absolut notwendig und deshalb zum Wohl des Staates ohne Rücksicht auf die Person des Eigentümers vorzunehmen sein.⁸⁶⁹ Erkenne der Strafrichter die Einziehung absolut gemeingefährlicher Gegenstände, übe er eine *rein polizeiliche Funktion* aus.⁸⁷⁰ Zu diesen «*Polizeiconfiscanda*» wurden etwa die aus gesundheitspolizeilichen Gründen einzuziehenden verdorbenen Lebensmittel oder verseuchten Tiere sowie aus Sittlichkeitsgründen zu konfiszierende «*obscöne Schriften*» gezählt.⁸⁷¹ Auch falsches Geld wurde als gemeingefährlich bezeichnet.⁸⁷²

- 269 Als relativ gefährlich bezeichnete CARL STOOSS Gegenstände, welche zu einem Delikt als *Mittel* oder *Werkzeug* dienten, oder bestimmt waren. Ihre Gefährlichkeit liege in der Möglichkeit einer künftigen Verwendung zu weiteren Delikten durch eine bestimmte Person.⁸⁷³ Relativ gefährliche Gegenstände seien nur *in den Händen* einer bestimmten Person gefährlich.⁸⁷⁴ Ihre Einziehung diene der Verbrechensbekämpfung,⁸⁷⁵ weshalb sie strafweise einzuziehen seien.⁸⁷⁶
- 270 In der geschichtlichen Einleitung wurde gezeigt, dass CARL STOOSS die Sicherungseinziehung in Art. 28 VE/1893 aufgliederte in eine pönale (Abs. 1) und eine polizeiliche (Abs. 2) Einziehung. Relativ gefährliche Gegenstände sollten (grundsätzlich⁸⁷⁷) nach Absatz 1 pönal, absolut gefährliche nach Absatz 2 polizeilich einzuziehen sein. Auch in der Botschaft wurde noch unterschieden zwischen der Einziehung relativ gefährlicher Mordwaffen und Einbruchswerkzeuge einerseits und der Einziehung absolut resp. gemeingefährlicher Gegenstände, wie gesundheitsschädliche Lebensmittel, Sprengbomben, falsche Geld, gefälschte Urkunden oder Banknoten.⁸⁷⁸ EMIL GRÜTER brachte die Unterscheidung bereits 1895 wie folgt auf den Punkt: «*Während die absolute Gefährlichkeit einer Sache es notwendig macht, sie dem Verkehr zu entziehen und eventuell sie zu vernichten, genügt es, die relativ gefährliche Sache der Gewalt des Schuldigen zu entziehen.*»⁸⁷⁹

⁸⁶⁸ STOOSS (1878), 33 f.; noch weiter diff. zwischen absolut-gefährlichen (z.B. falsche Münzen), relativ-gefährlichen (z.B. Gewehr im Besitze des Wilderers), gemeingefährlichen (z.B. vergiftete Lebensmittel) und individualgefährlichen (z.B. Pamphlete) BAUMANN E. (1907), 92.

⁸⁶⁹ STOOSS (1878), 35 f.

⁸⁷⁰ STOOSS (1878), 39.

⁸⁷¹ STOOSS (1878), 34; gleich BAUMANN E. (1907), 90.

⁸⁷² HAFTER, AT², 418.

⁸⁷³ STOOSS (1878), 39 f.

⁸⁷⁴ STOOSS (1878), 34; s.a. STOOSS, Grundzüge-I/1892, 384 f.

⁸⁷⁵ STOOSS (1878), 40.

⁸⁷⁶ STOOSS (1878), 44 ff.; gleich auch noch HAFTER, AT², 418.

⁸⁷⁷ Ausnahmsweise konnten relativ gefährliche Gegenstände wohl auch polizeilich nach Abs. 2 eingezogen werden, sofern der Täter bspw. schuldunfähig war; vgl. zum Ganzen BAUMANN E. (1907), 37 ff. und ESER (1969), 69 f. und 70 Fn. 84.

⁸⁷⁸ Botschaft, BBl 1918 IV, 23; s.a. HAFTER, AT² 418.

⁸⁷⁹ GRÜTER (1895), 29.

Während etwa HANS SCHULTZ bis in die späten 1970er Jahre davon ausging, dass die Gefährdung «*durch die Art des Gegenstandes selber begründet sein*» könne und als Beispiele «*Sprengstoffe, Höllenmaschinen, Molotow-Cocktails, Schlagstöcke, aber auch Hunde*» anführte,⁸⁸⁰ wurde die Unterscheidung von absoluter und relativer Gefährlichkeit von der h.L. seit Inkrafttreten des Strafgesetzbuches zunehmend kritisiert: «*'An sich' gefährliche Gegenstände gibt es nicht. Die ,relative Gefährlichkeit' ist in Wahrheit die einzig denkbare Form Gefährlichkeit.*»⁸⁸¹ Heute wird gefordert, die Unterscheidung zwischen absolut gefährlichen Gegenständen und solchen, die nur in der Hand bestimmter Täter gefährlich seien, ganz aufzugeben. Sie sei für die Anwendung der Sicherungseinziehung nicht entscheidend.⁸⁸²

Diese Kritik ist zunächst zutreffend. Es stimmt, dass es absolut gefährliche Gegenstände nicht gibt.⁸⁸³ Gegenstände sind immer nur in Relation zu einer bestimmten Person gefährlich.⁸⁸⁴ Insofern ist es in der Tat nicht sinnvoll, zwischen absolut und relativ gefährlichen Gegenständen zu unterscheiden. Weiter ist auch zutreffend, dass diese Unterscheidung für die heutige Sicherungseinziehung nicht relevant ist. Nach geltendem Recht muss bloss eine Gefährdung im Sinne von Art. 69 StGB vorliegen. Die Gefährlichkeit des Gegenstandes muss sich retrospektiv im deliktischen Gebrauch manifestiert haben *und*⁸⁸⁵ es muss prospektiv weiterhin eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit bestehen. Dies trifft für das klassischerweise bloss als relativ gefährlich einzustufende Mobiltelefon des Drogendealers ebenso zu wie für den mit Blick auf ein Attentat besorgten Sprengstoff.

Die Kritik bleibt allerdings auf halbem Weg stehen. Es gibt nicht nur keine absolut gefährlichen Gegenstände, sondern gar keine gefährlichen Gegenstände.⁸⁸⁶ Gefährlich sind Menschen, nicht Gegenstände.⁸⁸⁷ In deren Händen kann jeder Gegenstand gefährlich sein. Konsequenterweise zu Ende gedacht, bedeutet dies, dass auch die Idee der relativen Gefährlichkeit von Gegenständen zu verwerfen ist.⁸⁸⁸ Bei genauerer Betrachtung handelt es sich bei ihr um eine reine Konstruktion: Wenn dargestellt wird, dass ein Gegenstand in den Händen einer bestimmten Person, z.B. die

⁸⁸⁰ SCHULTZ, ZBJV 1978, 319.

⁸⁸¹ BÖHLER (1945), 18 dortige Fn. 34.

⁸⁸² Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 61

⁸⁸³ I.d.S. bereits BÖHLER (1945), 18 dortige Fn. 34; lavierend hingegen ESER (1969), 261.

⁸⁸⁴ Widersprüchlich MÜLLER (1993), 22; inkohärent auch Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 60 und 61.

⁸⁸⁵ Insofern unzutreffend SCHULTZ, ZBJV 1978, 320 mit diesbezüglich nicht einschlägigem Verweis auf BGE 81 IV 217.

⁸⁸⁶ I.d.S. für Waffen HÄBERLING (1990), 265 f.; soweit man Tiere überhaupt weiterhin als Gegenstände *bezeichnen* (und nicht nur als solche behandeln) kann, trifft die Aussage, dass Gegenstände nie gefährlich sind, möglicherweise nicht zu. Allerdings ist auch hier oft der Mensch für die Gefährlichkeit verantwortlich (z.B. bei Hunden).

⁸⁸⁷ So bereits OETKER, GS 1926, 40.; s.a. ESER (1969), 261.

⁸⁸⁸ Entgegen BÖHLER (1945) 18, dortige Fn. 34, wonach [*die relative Gefährlichkeit [...] in Wahrheit die einzig denkbare Form Gefährlichkeit ist.*]

Zahnarztinstrumente beim Zahntechniker,⁸⁸⁹ eine Gefahr darstellt,⁸⁹⁰ dann geht es in Wirklichkeit nicht um die Gefährlichkeit des *Gegenstands*, sondern um die Gefährlichkeit des *Täters*. Deshalb wurde auch schon gefordert, dass Gegenstände, die leicht wieder zu beschaffen sind, ganz von der Einziehung auszunehmen.⁸⁹¹

- 274 Auch bezüglich der Relevanz der Unterscheidung bleibt die Kritik auf halbem Weg zurück. Ursprünglich diente die Unterscheidung von absoluter und relativer Gefährlichkeit dazu, eine Trennlinie zu ziehen. Absolut gefährliche Gegenstände waren polizeilich einzuziehen, weil von ihnen – so die Fehlüberlegung – per se eine Gefährdung für die Allgemeinheit ausgehe. Bei relativ gefährlichen Gegenständen – so die zweite Fehlüberlegung – gebe es eine solche Gemeingefahr nicht. Die Gefahr wurde hier deshalb konstruiert, indem gesagt wurde, der Gegenstand stelle in den Händen des Täters eine Gefahr dar. Der Grundgedanke war jedoch ein rein pönaler. Sie wurden eingezogen, *weil* mit ihnen delinquent wurde. Wenn man nun nicht nur mit der herrschenden Lehre die Unterscheidung zwischen absolut und relativ gefährlichen Gegenständen, sondern das Konzept gefährlicher Gegenstände schlechthin aufgibt, dann verschwindet auch diese Trennlinie. Wenn es keine gefährlichen Gegenstände gibt, dann gibt es auch keine polizeiliche Einziehung. Selbst klassischerweise als absolut gefährlich betrachtete Gegenstände, die *«gar nicht anders als deliktisch verwendet werden können, z.B. Radarwarngeräte, aber auch verbotene Drogen»*⁸⁹², wären so betrachtet, nicht polizeilich einzuziehen, weil sie per se gefährlich sind, sondern weil bereits die Herstellung resp. der Besitz solcher Gegenstände eine Straftat darstellt. Man könnte sie pönal einziehen, *weil* damit delinquent wurde und qua Besitz weiterhin wird.
- 275 Der geltende Art. 69 StGB umfasst nach seinem Wortlaut jedoch nach wie vor auch polizeiliche Aspekte: *«Das Gericht verfügt [...] die Einziehung von Gegenständen, die zur Begehung einer Straftat gedient haben [...], wenn diese Gegenstände die Sicherheit von Menschen [...] gefährden»*. Abgestellt wird de lege lata demnach auf die Gefährlichkeit des einzuziehenden Gegenstandes, nicht auf den Täter, in dessen Händen sich dieser Gegenstand befindet.
- 276 De lege ferenda könnte man sich deshalb überlegen, die Sicherungseinziehung auf ihren pönalen Grundgedanken zu reduzieren: Eingezogen würden Gegenstände dann, *weil* damit delinquent wurde (z.B. Messer) oder damit weiterhin delinquent wird (z.B. Besitz illegaler Drogen oder harter Pornografie). Dann wäre man bei völlig harmlosen Mobiltelefonen oder ubiquitären Motorfahrzeugen auch davon entbunden, das Unmögliche zu erklären, nämlich weshalb diese Gegenstände per se gefährlich sein sollen. De lege lata umfasst die Einziehung jedoch weiterhin beide Elemente. Es ist deshalb nachfolgend die Frage zu beantworten, wie die Gefährdung heute nachzuweisen ist.

⁸⁸⁹ OG BE, ZBJV 81/1945, S. 139.

⁸⁹⁰ Vgl. etwa SCHULTZ, ZBJV 1978, 320 oder HAFTER, AT², 418.

⁸⁹¹ BÖHLER (1945), 39.

⁸⁹² Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 60.

3. «Gefährden»

Gegenstände, die zur Begehung einer Straftat gedient haben oder bestimmt waren oder die durch eine Straftat hervorgebracht worden sind, werden eingezogen, wenn sie die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden (Art. 69 Abs. 1 StGB).⁸⁹³ 277

Systematisch ist die Sicherungseinziehung eingeordnet bei den anderen Massnahmen (Art. 66 ff. StGB). Diese Einordnung dürfte letztlich auf ERNST HAFTER zurückgehen, der die Sicherungseinziehung seit 1917 als (überwiegend) polizeiliche Massnahme einstufte. Heute gehen Lehre und Rechtsprechung davon aus, dass es sich bei der Sicherungseinziehung um eine rein sachliche⁸⁹⁴ (Polizei-)Massnahme handle.⁸⁹⁵ Damit möchte man sich die Probleme vom Hals halten, die mit der Einordnung als pönale Sanktion einhergehen (z.B. Berücksichtigung bei der Strafzumessung, keine Einziehung bei schuldunfähigen Tätern oder bei Dritten), verhehlt aber zugleich, dass die polizeiliche Massnahme ihr Sicherheitsversprechen gar nicht einlösen kann. Mit der Einziehung des Tatmessers kann die Gefahr künftiger Messerstechereien nicht gebannt werden. Während es bei den therapeutischen Massnahmen und der Verwahrung (auch) darum geht, die Gefahr, die von Tätern ausgeht, zu bannen (Art. 56 Abs. 1 StGB), können sachliche Massnahmen wie die Einziehung nicht Sicherheit schaffen. Unterschlagen wird zudem, dass die Gefährdung in Art. 69 StGB weiterhin auch retrospektiv, mit Blick auf die Anlasstat und damit auf ein klar pönales Element zu begründen ist. Alleine die Einordnung bei den Massnahmen macht die Sicherungseinziehung noch nicht zur rein polizeilichen Massnahme.⁸⁹⁶ 278

Wie sich bereits aus der Marginalie («Sicherungseinziehung») ergibt, ist die Gefährlichkeit *die* zentrale Voraussetzung der Sicherungseinziehung. Gefährliche Deliktinstrumente und Deliktsprodukte sollen eingezogen werden. Die Frage ist, wie diese Gefährlichkeit unter geltendem Recht nachzuweisen ist. An den Nachweis werden keine hohen Anforderungen gestellt: « *il suffit qu'il soit vraisemblable qu'il y ait un danger si l'objet n'est pas confisqué en mains de l'ayant droit.* »⁸⁹⁷ De lege lata wird der Gefährdungsnachweis im Schrifttum so interpretiert, dass sich die Gefährlichkeit in der Deliktsbegehung manifestiert haben *und* auch pro futuro weiter bestehen muss.⁸⁹⁸ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist ein Tatwerkzeug nicht schon deshalb einzuziehen, weil der Täter damit die Sicherheit von Menschen gefährdet *hat*. Der Gesetzeswortlaut setze voraus, dass der Gegenstand, mit dem die strafbare Handlung begangen wurde, in den Händen des Berechtig- 279

⁸⁹³ BGE 124 IV 121, E. 2a.

⁸⁹⁴ Zur Kritik am *In-Rem*-Argument s.a. vorne N 85 ff.

⁸⁹⁵ Zitate von Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 13; PK StGB²-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Vor Art. 69 N 10; BGE 130 IV 143, E. 3.3.1.

⁸⁹⁶ GAUTHIER, ZStrR 1977, 371.

⁸⁹⁷ BGE 127 IV 203, E. 7b.

⁸⁹⁸ Statt vieler BSK StGB I³-BAUMANN F, Art. 69 N 13.

ten⁸⁹⁹ die Sicherheit von Menschen auch weiterhin, in der Zukunft, gefährde.⁹⁰⁰ Eine solche künftige Gefährdung wurde in casu verneint bei einem Rentner, der mit einem Hüftschuss aus einem Karabiner auf zwei Personen geschossen hatte, die im Begriff waren, illegal Bauschutt zu entsorgen.⁹⁰¹ Hier hat sich die Gefährlichkeit des Täters zwar retrospektiv in der Schussabgabe manifestiert, weil es sich jedoch um eine «*einmalige Entgleisung*» gehandelt haben soll, wurde eine künftige Gefährdung verneint. Dieser Entscheid zeigt immerhin, dass nicht vom blossen Umstand, dass eine Waffe bei einem Delikt verwendet wurde, unbesehen auch auf eine künftig weiterbestehende Gefährdung geschlossen werden darf. Letztere ist vielmehr separat zu begründen. Im Umkehrschluss bedeutet die Entscheidung wohl aber auch, dass mehrmalige Entgleisungen ein Indiz für die künftige Gefährlichkeit sein können. Wie im übrigen Massnahmerecht dürften auch hier (zahlreiche) Vortaten als verlässlichstes Indiz für die Gefährlichkeit gelten.⁹⁰² Im Übrigen ist die Gefährlichkeitseinschätzung in jenem Entscheid nur schwer nachvollziehbar, wie die weiteren Ausführungen des Bundesgerichts zeigen: «[Z]war sei der Beschwerdegegner als etwas eigenartige und aufbrausende Persönlichkeit bekannt, doch habe er bis zum Vorfall vom 10. November 1987 noch nie derart heftig reagiert; zudem sei seine Handlungsweise zu einem guten Teil auch auf die ungeschickte Reaktion von H. zurückzuführen».⁹⁰³

- 280 Die Lehre und Rechtsprechung thematisieren die oben angesprochene Problematik nicht, dass sich die Gefährlichkeit von *Gegenständen* nicht nachweisen lässt. Gefährlich sind Menschen, nicht Sachen. Umgekehrt bedeutet dies auch, dass in den falschen Händen jeder Gegenstand gefährlich sein kann. In der Judikatur und dem Schrifttum schwimmt diese Differenzierung.⁹⁰⁴ Bei genauerem Hinsehen kann die herrschende Interpretation der Gefährlichkeit auch nicht mit dem Gesetzestext in Einklang gebracht werden: Nach Art. 69 StGB verfügt das Gericht die Einziehung von Deliktsgegenständen, wenn «*diese Gegenstände*» die Sicherheit von Menschen gefährden. Im Gesetz wird demnach auf die Gefährlichkeit des einziehenden *Gegenstandes* und nicht auf diejenige des *Täters* abgestellt. Wenn die Rechtsprechung und Lehre darauf abstellen, dass ein Gegenstand in den Händen des Täters künftig eine Gefahr darstellt,⁹⁰⁵ argumentieren sie am Gesetzeswortlaut vorbei. Die Formulierung, wonach das Einziehungsobjekt in «*den Händen des Täters*» weiterhin eine Gefahr darstellen muss, zeigt nämlich, dass es in Wirklichkeit nicht um die Gefährlichkeit des Gegenstands, sondern die Gefährlichkeit des Täters geht. Damit bleiben zwei Möglichkeiten:

281

⁸⁹⁹ BGE 127 IV 203, E. 7b.

⁹⁰⁰ BGE 116 IV 117, E. 2a.

⁹⁰¹ BGE 116 IV 117, E. 1.

⁹⁰² SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (2007), 189, Fn. 615.

⁹⁰³ Alle Zitate aus BGE 116 IV 117.

⁹⁰⁴ Exemplarisch BGE 81 IV 217, E. 2. und SCHULTZ, ZBJV 1978, 320.

⁹⁰⁵ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 64; STOOSS (1878), 34; s.a. STOOSS, Grundzüge-I/1892, 384 f.

Man könnte erstens darauf verzichten, einen Nachweis zu verlangen, der nicht erbracht werden kann. Konkret wäre Art. 69 StGB insofern einschränkend auszulegen, als die Gefährlichkeit des Gegenstandes nicht länger nachzuweisen wäre. Einzig der Deliktikonnex müsste feststehen, dass also die Gegenstände der Begehung einer Straftat gedient haben, dazu bestimmt waren oder sie durch eine Straftat hervorgebracht worden sind. Damit hätte die Sicherungseinziehung im Anknüpfungspunkt einen rein pönalen Charakter. Gegenstände würden dann eingezogen, weil mit ihnen delinquent geworden ist. Insbesondere für die früher sog. relativ gefährlichen Gegenstände hätte diese erste Variante den Vorzug, dass man bei frei verfügbaren oder ersetzbaren Gegenständen (Messern, Mobiltelefone, Autos etc.) nur noch nachweisen müsste, dass sie bei der Anlasstat verwendet wurden. Stehen einem gefährlichen Täter weitere bei der Tatbegehung nicht verwendete Gegenstände zur Verfügung, bliebe nur noch eine rein verwaltungsrechtliche Einziehung, wie sie etwa im Waffenrecht vorgesehen ist.⁹⁰⁶ Auf rein verwaltungsrechtlichem Weg wäre auch bei schuldunfähigen Tätern vorzugehen, weil bei diesen zwar ein Deliktikonnex vorliegt, eine pönale Einziehung mangels Ansprechbarkeit aber ausscheidet. Bei Dritten und nach dem Tod des gefährlichen Täters bliebe eine pönale Einziehung konsequenterweise ausgeschlossen.⁹⁰⁷ Bei den sog. absolut gefährlichen Gegenständen (illegale Drogen, Falschgeld etc.) wäre eine Dritteinziehung nach wie vor möglich, weil bei diesen Gegenständen in aller Regel bereits der Besitz strafbar ist.⁹⁰⁸

Die zweite Möglichkeit wäre, den Tatbestand umzuinterpretieren. Entgegen dem Wortlaut von Art. 69 Abs. 1 StGB, der den Nachweis verlangt, dass «*diese Gegenstände die Sicherheit von Menschen [...] gefährden*», wäre dann nachzuweisen, dass vom Täter weiterhin eine Gefahr für die Sicherheit für Menschen ausgeht. Damit wäre der Massnahmencharakter von Art. 69 StGB gewahrt. Im Gegensatz zur herrschenden Lehre und Rechtsprechung, die mit ihrer Konstruktion, wonach der *Gegenstand* in Täterhand weiterhin eine Gefahr darstellen müsse, den Schein aufrecht erhalten kann, dass es sich bei der Sicherungseinziehung um eine rein sachliche und deshalb auf den konkreten Einziehungsgegenstand beschränkte Massnahme handle, steht bei der zweiten Lösung die Tätergefährlichkeit im Zentrum, womit deutlich wird, dass es um eine persönliche Massnahme geht. Wenn aber einmal feststeht, dass es auf die Gefährlichkeit des Täters ankommt, dann lässt sich nicht länger erklären, weshalb die Einziehung auf den konkreten Deliktgegenstand beschränkt bleiben soll. Wie soll man die Gefährlichkeit des Täters bannen, wenn man ihm bloss das konkret bei der Tat verwendete Messer, Mobiltelefon oder Auto etc. entzieht?

282

⁹⁰⁶ Dazu vorne N 176 ff.; ähnlich bereits MÜLLER (1993), 22 f.

⁹⁰⁷ Vgl. bereits Art. 38 VE-StGB/1908 – Einziehung von Gegenständen; damit wurde der Strafcharakter verdeutlicht: VE-Erläuterungen/1908, 88; widersprüchlich SCHULTZ, ZBJV 1978, 324.

⁹⁰⁸ Bereits STOOSS (1878), 37 sah, dass bei den allermeisten gemeingefährlichen Gegenständen zugleich auch ein Deliktikonnex gegeben war; hier wäre dann allerdings *de lege ferenda* noch das Problem zu lösen, dass z.B. Drogen beim unerlaubten Besitz bloss Beziehungsgegenstände sind und deshalb nicht von Art. 69 StGB erfasst sind.

- 283 Zusammengefasst sprechen mehr Argumente für eine Interpretation der Sicherungseinziehung als pönale Massnahme im Sinne der ersten Variante. Keine der beiden Lösungen lässt sich jedoch mit dem geltenden Gesetzeswortlaut in Einklang bringen. De lege ferenda wäre deshalb eine Streichung (Variante 1) oder eine Anpassung (Variante 2) nötig.

4. «Sicherheit von Menschen»

- 284 Eine Sicherungseinziehung ist nach Art. 69 Abs. 1 StGB anzuordnen, wenn die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung in Gefahr sind.⁹⁰⁹ In den vorangehenden Abschnitten wurde aufgezeigt, dass die Gefährdung nicht von den Einziehungsgegenständen selbst, sondern vom Täter ausgeht. Der Nachweis, dass *Gegenstände* in der Zukunft eine Gefahr darstellen ist schlechterdings nicht zu erbringen. De lege lata führt jedoch kein Weg am Wortlaut von Art. 69 Abs. 1 StGB vorbei, wonach Deliktsgegenstände einzuziehen sind, wenn «*diese Gegenstände die Sicherheit von Menschen [...] gefährden*» (Art. 69 Abs. 1 StGB). Wie dargelegt wird diese Formulierung von der Rechtsprechung und Lehre so (um)interpretiert, dass es darauf ankomme, ob der Gegenstand in den Händen des Täters auch künftig eine Gefahr darstelle.
- 285 Art. 69 Abs. 1 StGB sieht drei mögliche Gefährdungen vor, die zu einer Einziehung führen: die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit und die öffentliche Ordnung. Der Schutz dieser drei konkreten Polizeigüter wurde 1912 ins Strafgesetzbuch eingefügt.⁹¹⁰ Vorher erstreckte sich der Schutz etwas allgemeiner auf Gegenstände, welche das öffentliche Wohl oder die Rechtsordnung gefährdeten.⁹¹¹ Aufgrund der systematischen Stellung und der Marginalie von Art. 47 VE-StGB/1908 (Einziehung gefährlicher Gegenstände) war klar, dass es hier ausschliesslich um Polizeigüterschutz ging. Zu Recht hebt NIKLAUS SCHMID deshalb hervor, dass mit der Sicherheit, der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung an die klassischen Polizeigüter des Verwaltungsrechts angeknüpft wird.⁹¹² GÜNTER STRATENWERTH hat kritisiert, dass damit der strafrechtliche Güterschutz zu weit ausgedehnt werde auf «*ungeschriebene, rechtlich nicht positivierte Normen des menschlichen Zusammenlebens*».⁹¹³ Hier zeigt sich eine weitere Folgewirkung, die der Bundesrat bei der Zusammenführung der polizeilichen und pönalen Einziehungsnormen nicht überblickt hat: Während es selbstverständlich ist, dass die polizeiliche Einziehung Polizeigüter schützen muss, bleibt bei der pönalen Einziehung unerklärt, weshalb die Konfiskation hier auch dem Schutz nicht-strafrechtlicher Güter soll dienen dürfen.

⁹⁰⁹ BGE 116 IV 117, Regeste; Botschaft, BBl 1993 III, 306.

⁹¹⁰ Vgl. Vorlage-StGB/1913, 17.

⁹¹¹ Protokoll-I/1912, 343 ff.; dazu HAFTER, ZStrR 1914, 22.

⁹¹² Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 62; zum Polizeigüterschutz heute vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 2549 ff.

⁹¹³ STRATENWERTH, AT II², § 13 N 68.

Nach geltendem Recht ist somit eine Gefährdung der Sicherheit, der Sittlichkeit (sogleich 5.) oder der öffentlichen Ordnung (6.) nachzuweisen. Während die öffentliche Ordnung und Sicherheit nach wie vor unbestrittenermassen zu den schützenswürdigen Polizeigütern gezählt werden, schwindet die Bedeutung der öffentlichen Sittlichkeit (auch)⁹¹⁴ im Polizeirecht. Andererseits haben Polizeigüter wie die öffentliche Gesundheit sowie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr an Bedeutung gewonnen.⁹¹⁵ 286

Im Verwaltungsrecht wird die *öffentliche Sicherheit* definiert als Unverletzlichkeit der öffentlichen Rechtsordnung, der Rechtsgüter des Einzelnen (Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum, Ehre usw.) sowie der Einrichtungen des Staates.⁹¹⁶ In Art. 69 Abs. 1 StGB geht es jedoch nicht um die öffentliche, sondern um die «*Sicherheit von Menschen*». Die Umschreibung fällt somit im Wesentlichen zusammen mit den strafrechtlich geschützten Individualrechtsgütern.⁹¹⁷ Die Sicherheit von Menschen gefährden nach Hans Schultz Gegenstände, welche bestimmt oder geeignet sind, Menschen zu töten oder in ihrer Gesundheit zu schädigen.⁹¹⁸ Nach der Rechtsprechung genügt es, wenn ernsthaft zu befürchten ist, dass ein Gegenstand zur Begehung einer Straftat dienen werde.⁹¹⁹ Wenn man wie hier davon ausgeht, dass es auf die Gefährlichkeit des Täters ankommt, so kann man die Frage, ob die Sicherheit von Menschen gefährdet ist, darauf reduzieren, ob von ihm weitere einschlägige Delikte gegen Individualrechtsgüter drohen.⁹²⁰ 287

5. «Sittlichkeit»

Nach Art. 69 Abs. 1 StGB sind Deliktsgegenstände einzuziehen, wenn sie die *Sittlichkeit* («*la morale*»)⁹²¹ gefährden. Die Formulierung dieses Gefährdungstatbestands ist seit 1912 unverändert geblieben.⁹²² Noch in den späten 1970er Jahren wurde die Auffassung vertreten, dass unzuchtige Gegenstände,⁹²³ wie etwa ein anstössiger Film,⁹²⁴ die Sittlichkeit verletzen können. Weder im Verwaltungsrecht⁹²⁵ noch im Strafrecht hat der Schutz der (öffentlichen) Sittlichkeit heute noch eine Bedeutung.⁹²⁶ 288

⁹¹⁴ Für das Strafrecht vgl. Botschaft, BBl 1985 II, 1064; dazu STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I⁷, 159 f.

⁹¹⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 2549 ff.

⁹¹⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 2549.

⁹¹⁷ MÜLLER (1992), 17; Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 62.

⁹¹⁸ SCHULTZ, ZBJV 1978, 319.

⁹¹⁹ BGE 127 IV 203, E. 7b.; ähnlich Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 63.

⁹²⁰ Weitergehend STRATENWERTH, AT II², § 13 N 68.

⁹²¹ BGE 124 IV 121, E. 2a.

⁹²² Protokoll-I/1912, 343 ff.; HAFTER, ZStrR 1914, 22.

⁹²³ SCHULTZ, ZBJV 1978, 319.

⁹²⁴ BGE 77 IV 18, E. 2.

⁹²⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 2553 f.

⁹²⁶ Zu den alten, bis 1. Oktober 1992 geltenden Bestimmungen zur «Verletzung der öffentlichen Sittlichkeit» (Art. 203 f. aStGB) sowie zu den «Übertretungen gegen die Sittlichkeit» (Art. 205 ff.

- 289 Dies gilt insbesondere auch für den Bereich der Pornografie (Art. 197 StGB). Noch 1963 ging das Bundesgericht davon aus, dass strafrechtlich relevantes Unrecht gesetzt werde, wenn in nicht leicht zu nehmender Weise gegen das Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlichen Dingen verstossen werde. Art. 204 StGB/1937 (unzüchtige Veröffentlichungen) wolle nicht nur vor sexueller Erregung, Abscheu oder Widerwillen schützen, sondern den Anstand in geschlechtlichen Dingen überhaupt wahren.⁹²⁷ Spätestens seit der Revision des Sexualstrafrechts von 1991 muss diese Sichtweise als überholt gelten.⁹²⁸
- 290 Deshalb kann weiche Pornografie, die Kindern und Jugendlichen angeboten wurde (Art. 197 Abs. 1 StGB) oder mit der Erwachsene ungewollt konfrontiert wurden (Abs. 2), heute nicht mehr mit der Begründung eingezogen werden, dass diese Gegenstände die Sittlichkeit gefährden.⁹²⁹ Allenfalls könnte weiche Pornografie, die Kinder und Jugendlichen angeboten wurde, unter Berufung auf den Jugendschutz⁹³⁰ als legitimes polizeiliches Sicherheitsinteresse eingezogen werden. Darstellungen harter Pornografie (Kinder, Gewalt, Tiere) können nach dem Willen des Gesetzgebers ohne weitere Gefährdungsvoraussetzungen nach Art. 197 Abs. 6 StGB eingezogen werden. Wie bei den Konkurrenzen noch zu zeigen sein wird, kann auch hier nicht auf einen Gefährdungsnachweis verzichtet werden. Dann muss aber die kontroverse Frage beantwortet werden, welche Interessen man mit den Pornografietatbeständen schützen will (Verrohung der Gesellschaft?).⁹³¹

6. «Öffentliche Ordnung»

- 291 Schliesslich sind Deliktsgegenstände nach Art. 69 Abs. 1 StGB auch dann einzuziehen, wenn sie die öffentliche Ordnung gefährden. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bildet der Ausdruck der öffentlichen Ordnung und Sicherheit einen umfassenden offenen Oberbegriff zum Schutz von Polizeigütern.⁹³² In diesem Sinne wurde die öffentliche Ordnung definiert von der Rechtsprechung: «*L'ordre public est l'ensemble des valeurs morales et politiques qui forment le fondement même de l'ordre juridique*»,⁹³³ sowie von der Lehre: «*Die öffentliche Ordnung umfasst alle Regeln, die nach der jeweils herrschenden Ansicht für das geordnete*

aStGB) vgl. BERCHER (1992), 124 ff. m.H.a. auf den Fribourger Kunstskandal im Zusammenhang mit drei Bildern von Josef Felix Müller, EGMR Urteil i.S. Müller et al. gg. die Schweiz (10737/84) vom 24. Mai 1988.

⁹²⁷ BGE 89 IV 195, E. 2.

⁹²⁸ Für das Strafrecht vgl. Botschaft, BBl 1985 II, 1064; dazu STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I⁷ 159 f.; BSK StGB II³-MENG, Art. 197 N 6.

⁹²⁹ So implizit Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 65.

⁹³⁰ Vgl. BSK StGB II³-MENG, Art. 197 N 7.

⁹³¹ Dazu BSK StGB II³-MENG, Art. 197 N 6 ff.

⁹³² BGer, Urteil 1C_247/2008 vom 21. Januar 2009, E. 3.4.; i.d.S. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 2549.

⁹³³ BGer, Urteil vom 23. Oktober 1980, E. 6, abgedruckt in: SemJud 1981, 114 ff., s.a. a.a.O., Regeste Ziff. 1.

*Zusammenleben der Privaten unerlässlich sind».*⁹³⁴ In diesem weiten Sinne verstanden, umfasst die öffentliche Ordnung auch die Sicherheit von Menschen und die Sittlichkeit. Es wurde deshalb gefordert, Art. 69 StGB auf diesen Gefährdungstatbestands zu beschränken.⁹³⁵ Der verwaltungsrechtliche Begriff der öffentlichen Ordnung ist für die strafrechtliche Sicherungseinziehung jedoch zu weit. Wie oben dargelegt, stammt die Formulierung des Tatbestands aus einer Zeit, in der die Sicherungseinziehung als reine Polizeimassnahme ausgestaltet war.⁹³⁶ Auch nach der Zusammenführung mit der pönalen Einziehung halten die Lehre und Rechtsprechung sie immer noch für eine reine Massnahme.⁹³⁷ Richtigerweise ist bei der Sicherungseinziehung als strafrechtlicher Sanktion indes zu fordern, dass nicht bloss die öffentliche Ordnung bedroht ist, sondern eine Gefahr besteht, dass *strafrechtlich* geschützte Rechtsgüter verletzt werden. Unter dem Titel der Gefährdung der öffentlichen Ordnung ist deshalb nachzuweisen, dass vom Täter weitere einschlägige Straftaten drohen. Im Gegensatz zum Tatbestand der Gefährdung der Sicherheit von Menschen geht es bei der öffentlichen Ordnung nicht nur um die Gefahr von Delikten gegen Individualrechtsgüter, sondern auch um solche gegen kollektive Interessen (z.B. Brandstiftung, Geldfälschung⁹³⁸, Urkundenfälschung, Landfriedensbruch etc.).⁹³⁹

L. Anordnungen (Abs. 2)

Früher wurden etwa Gegenstände, welche von Hexen herrührten (öffentlich) verbrannt. Das gleiche Schicksal ereilte 1690 im Kanton Schwyz auch eine ketzerische Schmähschrift gegen Papst und katholische Kirche.⁹⁴⁰ Nach Art. 69 Abs. 2 StGB kann das Gericht anordnen, dass die eingezogenen Gegenstände unbrauchbar gemacht oder vernichtet werden. Im Gesetzgebungsverfahren wurden noch die Versteigerung und die Übergabe an ein «musée criminel» erwähnt.⁹⁴¹ In Art. 69 StGB sind mit der Unbrauchbarmachung und der Vernichtung jedoch nur zwei mögliche Folgen der Sicherungseinziehung explizit geregelt. 292

Bevor die im Gefolge einer Einziehung möglichen *Anordnungen* anschliessend im Einzelnen behandelt werden, ist zunächst ihr Verhältnis zum Einziehungsentscheid zu klären. Beim Einziehungsentscheid (Art. 69 Abs. 1 StGB) geht es um die *zivil-* 293

⁹³⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 2549; s.a. BERCHER (1992), 123.

⁹³⁵ So Schmid Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 63 und BERCHER (1992), 123.

⁹³⁶ Vgl. Vorlage-StGB/1913, 17; zur systematischen Trennung der pönalen und polizeilichen Einziehung STOOSS, ZStrR 1905, 7 ff.

⁹³⁷ Zitate von Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 13; PK StGB²-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Vor Art. 69 N 10; BGE 130 IV 143, E. 3.3.1.

⁹³⁸ Vgl. hier aber auch Art. 249 StGB, welcher eine gefährdungsunabhängige Einziehung normiert.

⁹³⁹ So bereits SCHULTZ, ZBJV 1978, 319 f.

⁹⁴⁰ Nachweise bei BAUMANN E. (1907), 15.

⁹⁴¹ Weitere Möglichkeiten wurden bereits im Gesetzgebungsverfahren erläutert, plastisch hierzu Amt-IBull NR 1928, 962.

rechtlichen Folgen einer Konfiskation (Eigentumsübergang oder staatliche Verfügungsmacht). Nach hier vertretener Auffassung führt die Einziehung dazu, dass das Eigentum an den Staat übergeht. Vom Einziehungsentscheid zu unterscheiden ist die Frage, was mit den eingezogenen Gegenständen geschehen soll.⁹⁴² Bei diesen Anordnungen (Abs. 2) geht es um die *tatsächlichen* Folgen der Einziehung.⁹⁴³ Diese sind nunmehr näher zu analysieren. Neben der Unbrauchbarmachung (1.) und der Vernichtung (2.) kann das Gericht auch anordnen, den Gegenstand zu verwerten (3.) und den Erlös herauszugeben (4.), ihn an den Täter (5.), Dritte (6.) oder Verletzte (7.) herauszugeben, ihn an Geschädigte zu übertragen (8.) und schliesslich, ihn für staatliche Zwecke zu verwenden (9.). Abschliessend ist noch auf Ersatzmassnahmen einzugehen (10.).

1. Unbrauchbarmachung

- 294 Nach Art. 69 Abs. 2 StGB kann das Gericht anordnen, dass eingezogene Gegenstände unbrauchbar gemacht werden («mis hors d'usage», «resi inservibili»).⁹⁴⁴ Abstrakt geht es darum, den Sicherungszweck von Art. 69 StGB auf möglichst schonende Art umzusetzen.⁹⁴⁵ Die Unbrauchbarmachung ist anzuordnen, wenn es unverhältnismässig wäre, dem Berechtigten die Sache dauernd zu entziehen, es aber andererseits aus Sicherheitsüberlegungen nicht zu verantworten wäre, ihm die Sache *tel quel* zurückzugeben. Auch wenn sich dies aus dem Gesetzestext nicht ergibt, zielt die Unbrauchbarmachung darauf ab, die (ungefährlich gemachte) Sache dem Täter wieder herauszugeben.⁹⁴⁶
- 295 Hier zeigt sich ein erstes Mal, wie wichtig es ist, den Einziehungsentscheid (Art. 69 Abs. 1) von den normalerweise darauf folgenden Anordnungen (Abs. 2) zu unterscheiden. Weil die unbrauchbar gemachte Sache dem Betroffenen herausgegeben ist, gebietet der Verhältnismässigkeitsgrundsatz auf die Einziehung zu verzichten. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann statt der Einziehung eine weniger weitgehende Massnahme angeordnet werden, wenn auch sie den Zweck der Massnahme erreicht.⁹⁴⁷ Man spricht insoweit von Ersatzmassnahmen *zur* Einziehung.⁹⁴⁸ Es wäre unverhältnismässig, wenn sich der Staat zunächst über die Einziehung zum Eigentümer des Konfiskandums macht, nur um es nach der Unbrauchbarmachung wieder auf den Täter zurückzüübereignen. Zwar statuiert der Gesetzestext explizit, dass die «*eingezogenen* Gegenstände» (Art. 69 Abs. 2) unbrauchbar zu machen sind, doch lässt sich der Sicherungszweck schonender und damit verfassungskonformer erreichen, wenn auf die Verfügung der Einziehung

⁹⁴² Verkannt in: BGE 104 IV 149, E. 2.

⁹⁴³ Siehe etwa die detaillierten Anordnungen in Art. 54 Abs. 2 Waffenverordnung.

⁹⁴⁴ Vgl. auch Art. 235 Ziff. 3 StGB (Unschädlichmachen gesundheitschätlichen Futters); Art. 249 Abs. 1 StGB (Unbrauchbarmachung falschen Geldes).

⁹⁴⁵ I.d.S. auch PIOTET (1995), N 85.

⁹⁴⁶ Botschaft, BBl 1993 III, 306.

⁹⁴⁷ BGE 104 IV 149, E. 2.

⁹⁴⁸ STRATENWERTH, AT II², § 13 N 73; Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 67.

verzichtet und stattdessen nur die Unbrauchbarmachung und Herausgabe an den Täter angeordnet wird.

Konkret kann die Unbrauchbarmachung etwa dadurch umgesetzt werden, dass Goldmünzen eingeschnitten,⁹⁴⁹ «Napoleons» eingeschmolzen,⁹⁵⁰ Signaturen auf gefälschten Bildern entfernt oder die Bilder als Fälschung gekennzeichnet⁹⁵¹ oder Waffen schiessuntauglich gemacht werden.⁹⁵²

Rassendiskriminierende, pornografische oder gewaltverherrlichende Schriften, Filme oder Fotografien können zwar das Produkt einer Straftat sein, als Daten sind sie jedoch mangels Körperlichkeit kein taugliches Einziehungsobjekt. Die Träger, auf denen diese Daten abgespeichert wurden (Computer, USB-Sticks, Mobiltelefone etc.), sind zwar körperlich, aber als Sache nicht in das Delikt verstrickt. Es verbietet sich deshalb, die Datenträger einzuziehen und/oder unbrauchbar zu machen. Die Lösung liegt darin, die Datenträger vorübergehend zu beschlagnahmen, die sich darauf befindlichen illegalen Daten zu löschen und die Träger dann wieder an den Berechtigten herauszugeben.⁹⁵³

Denkbar wäre auch, Motorfahrzeuge von «Rasern» anstelle einer vollständigen Einziehung und Verwertung dadurch für Geschwindigkeitsexzesse teilweise unbrauchbar zu machen, dass man die Höchstgeschwindigkeit technisch auf 120 Stundenkilometer begrenzt.⁹⁵⁴ Dies ist indes insofern eine untaugliche Massnahme, als es dem Fahrer immer noch erlauben würde, mit 90 Stundenkilometern durch eine Tempo-30-Zone zu fahren.⁹⁵⁵ In welcher Form die Unbrauchbarmachung zu erfolgen hat, regelt das kantonale Vollstreckungsrecht.⁹⁵⁶

2. Vernichtung

Das Gericht kann anordnen, dass eingezogene Gegenstände vernichtet werden (Art. 69 Abs. 2 StGB: *détruits; distrutti*).⁹⁵⁷ Auch hier sind die Einziehung und die darauffolgende Anordnung auseinander zu halten. Die Einziehung führt zum Übergang des Eigentums auf den Staat,⁹⁵⁸ dieser kann sodann anordnen, dass der eingezogene Gegenstand zu vernichten ist. In einem Fall, der die Vernichtung be-

⁹⁴⁹ BGE 123 IV 55 E. 3c; vgl. auch BGE 104 IV 149, E. 1 (Unbrauchbarmachung von Sprechfunkgeräten).

⁹⁵⁰ BGE 84 IV 6 betreffend die Konfiskation französischer Goldstücke (sog. Napoleons).

⁹⁵¹ STRATENWERTH, AT II², § 13 N 73; von Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 75 als Ersatzmassnahme eingestuft.

⁹⁵² Botschaft, BBl 1993 III, 306; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, Strafrecht II⁸, 206; weitere Beispiele bei Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 75 und dortige Fn. 364.

⁹⁵³ So z.R. BOMMER (2005), 179; unklar bei Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 74.

⁹⁵⁴ Vgl. etwa die Motion (08.3902) von NR Josef Zisyadis vom 18.12.2008 – Technische Begrenzung der Fahrzeuggeschwindigkeit auf 120 Stundenkilometer.

⁹⁵⁵ Weiterführend BÜRGI (2014), 223.

⁹⁵⁶ PIOTET (1995), N 86.

⁹⁵⁷ Vgl. bereits AmtlBull NR 1928, 962.

⁹⁵⁸ Str., vgl. vorne N 121 ff.

schlagnahmen Hanfs betraf, hat das Bundesgericht die Auffassung vertreten, dass der Eigentumsübergang ein unverhältnismässiger Eingriff in die Eigentumsfreiheit sei.⁹⁵⁹ Das überzeugt in dieser Allgemeinheit nicht. Der Eigentumsübergang stellt bei zu vernichtenden Gegenständen kein Verhältnismässigkeitsproblem dar.⁹⁶⁰ Mit der Vernichtung geht die eingezogene Sache definitiv unter, was als der gravierendste Eingriff in das Eigentum auch den vorgängigen Übergang der Sache mitumfasst. Was illegale Betäubungsmittel im Speziellen anbelangt, so stellt sich das Problem der Enteignung nicht, da zumindest die Einziehungsbetroffenen an den Drogen kein Eigentum begründen können.⁹⁶¹

- 300 Abstrakt betrachtet kann die Vernichtung nur als ultima ratio angeordnet werden, wenn weder eine Unbrauchbarmachung noch eine bloss teilweise Vernichtung in Frage kommt. So bestimmte Art. 58 Abs. 2 StGB/1974, dass wenn die Einziehungsvoraussetzungen nur auf einzelne Teile eines Gegenstandes zutreffen, nur diese der Einziehung unterliegen, sofern die Trennung ohne erhebliche Beschädigung und unverhältnismässigen Aufwand möglich ist.⁹⁶² Als Beispiel wurde etwa der Schalldämpfer eines Jagdgewehrs genannt.⁹⁶³ Eine Vernichtung drängt sich insbesondere dort auf, wo es keinen legalen Verwendungszweck gibt oder bereits der Besitz des Einziehungsgegenstands strafbar ist,⁹⁶⁴ wie dies etwa bei Tier-, Gewalt- oder Kinderpornografie der Fall ist.⁹⁶⁵ Art. 197 Abs. 6 StGB ordnet hier bloss die Einziehung an, ohne zu spezifizieren, was mit diesen Gegenständen geschehen soll. Soweit solche pornografischen aber auch rassendiskriminierende Inhalte nicht in Form von Schriften, sondern als Daten gespeichert sind, können sie mangels Körperlichkeit nicht Einziehungsgegenstand sein. Die Datenträger selbst sind nicht das Produkt der Anlasstat. Im Ergebnis bleibt deshalb nur die Möglichkeit, die Datenträger zu beschlagnehmen, die widerrechtlichen Inhalte zu löschen und die Träger wieder herauszugeben.⁹⁶⁶ Das dogmatische Problem dieser Lösung liegt darin, dass etwas vernichtet wird, was gar nicht Gegenstand der Einziehung sein kann.
- 301 Konkret wird die Zerstörung praktisch wohl am häufigsten bei illegalen Betäubungsmitteln angeordnet.⁹⁶⁷ Soweit es sich um grosse Mengen von Hanfpflanzen handelt, die aufgrund ihres THC-Gehalts als Betäubungsmittel verwendet werden

⁹⁵⁹ BGE 132 IV 5, E. 3.4.5., vgl. immerhin Art. 8 Abs. 4 BetMG und Art. 24 Abs. 2 BetMG, welche gemäss Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 19 dortige Fn. 51 neben der Sicherungseinziehung anwendbar sein sollen.

⁹⁶⁰ Anders beim Unbrauchbarmachen vgl. hinten N 294945 ff.

⁹⁶¹ Insoweit zutreffend BGE 132 IV, 5 E. 3.4.1.

⁹⁶² Zu dieser Teilvernichtung auch Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 67.

⁹⁶³ Beispiel von SCHULTZ, ZBJV 1978, 328.

⁹⁶⁴ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 73.

⁹⁶⁵ Art. 197 Abs. 4 und 5 StGB; s.a. Art. 135 Abs. 1^{bis} StGB (Besitz von Gewaltdarstellungen).

⁹⁶⁶ Im Detail BOMMER, 178 ff.; ferner STRATENWERTH, AT II², § 13 N 59; für die Einziehung der Daten selbst: SCHMID, ZStrR 1993, 106; HEIMGARTNER (2001), 82; BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 69 N 11.

⁹⁶⁷ Vgl. dazu auch Art. 24 Abs. 2 BetmG; BGE 130 I 360 (vorzeitige Vernichtung); zahlreiche Nachweise bei Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 73 dortige Fn. 356 sowie a.a.O., Art. 69 N 80.

können (sog. «Drogenhanf»⁹⁶⁸), und deren Lagerung unverhältnismässige Kosten verursachen würde, kann die Vernichtung auch vorzeitig in einem selbständigen Einziehungsverfahren (Art. 377 Abs. 2 StPO) angeordnet werden.⁹⁶⁹ Die Vernichtung wurde auch schon angeordnet für unzüchtige Elfenbeinreliefs und Grafiken eines japanischen Künstlers.⁹⁷⁰ In der Literatur werden auch Molotow-Cocktails, Radarwarngeräte und Virenprogramme erwähnt,⁹⁷¹ ferner gesundheitsschädigende Lebensmittel.⁹⁷²

3. Verwertung

Dass eingezogene Gegenstände auch verwertet werden können, ergibt sich nicht explizit aus Art. 69 Abs. 2 StGB.⁹⁷³ Im Waffen- sowie im Strassenverkehrsrecht ist diese Einziehungsfolge ausdrücklich vorgesehen.⁹⁷⁴ Ihre Zulässigkeit ergibt sich im Übrigen ohne weiteres aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip.⁹⁷⁵ Wenn es zur Erreichung des Sicherungszwecks nicht notwendig ist, den Gegenstand zu zerstören, kann er verwertet werden. Falschgeld sollte aus naheliegenden Gründen nicht öffentlich versteigert werden.⁹⁷⁶ Eine Verwertung ist aber immer dann geboten, wenn es sich bei den Gegenständen um «*verwertbare, d. h. rechtmässig erwerb- und besitzbare Güter von einem gewissen Marktwert handelt, die legal verwendet werden können*»⁹⁷⁷. Der Verwertungserlös ist dem Betroffenen sodann herauszugeben.⁹⁷⁸ Umgekehrt kann auf eine Verwertung verzichtet und die Unbrauchbarmachung, die Zerstörung oder der Verfall an den Staat angeordnet werden, wenn «*mit keinem relevanten Verwertungserlös zu rechnen ist*»⁹⁷⁹, so z.B. bei einem deliktisch verwendeten Küchenmesser.

Die Verwertung als Einziehungsfolge drängt sich vor allem dort auf, wo der Einziehungsgegenstand nur in den Händen des Täters eine Gefahr darstellt, einem Dritterwerbers aber ohne weiteres veräussert werden kann.⁹⁸⁰ Praktisch kann dies

⁹⁶⁸ HEIMGARTNER (2011), 171.

⁹⁶⁹ BGE 130 I 360, E. 14.3; HEIMGARTNER (2011), 322 f.; zur Einziehung von Betäubungsmitteln vgl. vorne N 213 ff.

⁹⁷⁰ BGE 89 IV 132, Lit. B; das Bundesgericht stufte die vom kantonalen Gericht angeordnete Zerstörung allerdings als unverhältnismässig ein (E. 3); gemäss PK StGB²–TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 70 N 8 und SCHULTZ, ZBJV 1978, 328 soll es sich um Holzschnitte von Hokusai gehandelt haben.

⁹⁷¹ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 73 dortige Fn. 356; wobei für Virenprogramme wiederum die erwähnten Einschränkungen für Daten gelten.

⁹⁷² Botschaft, BBl 1918 IV, 23. Vgl. etwa auch Art. 28 Abs. 1 lit. c Lebensmittelgesetz.

⁹⁷³ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 76; SCHULTZ, ZBJV 1978, 329.

⁹⁷⁴ Art. 54 Abs. 1 Waffenverordnung; Art. 90a Abs. 2 SVG.

⁹⁷⁵ BGer, Urteil 6S.253/2005 vom 25. November 2006, E. 3.1.

⁹⁷⁶ So schon AmtlBull NR 1928, 962.

⁹⁷⁷ BGE 135 I 209, E. 4.1.

⁹⁷⁸ BGE 117 IV 345, E. 2a; BGer, Urteil 6S.253/2005 vom 25. November 2006, E. 3.1.; Botschaft, BBl 1993 III, 306.

⁹⁷⁹ BGE 135 I 209, E. 4.1.

⁹⁸⁰ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 76.

vor allem für deliktisch verwendete Waffen zutreffen.⁹⁸¹ Eine Verwertung ist nach der Rechtsprechung jedoch ausgeschlossen bei Waffen, deren Erwerb als solcher verboten ist.⁹⁸² Auch bei Fahrzeugen, die etwa zu einem Raserdelikt verwendet wurden,⁹⁸³ kommt eine Verwertung in Betracht (Art. 90a Abs. 2 SVG). Hier stellt das veräusserte Fahrzeug in den Händen des Erwerbers keine Gefahr mehr dar und dem enteigneten Täter kann der Verwertungserlös ausgehändigt werden.⁹⁸⁴

4. Verwertungserlös

304 Wird eine Verwertung angeordnet, so ist auch darüber zu befinden, was mit dem Verwertungserlös zu geschehen hat. In der älteren Rechtsprechung wurde noch offengelassen, ob der Staat den Verwertungserlös behalten könne.⁹⁸⁵ In BGE 117 IV 345, E. 2a hat das Bundesgericht aber zu Recht klargestellt, dass wenn «*die Verwertung des einzuziehenden Gegenstandes möglich sei, dann bestehe [...] von Bundesrechts wegen kein Grund, dem rechtmässigen Eigentümer den Verwertungserlös vorzuenthalten*».⁹⁸⁶ Heute besteht Einigkeit, dass der Verwertungserlös dem Betroffenen herauszugeben ist.⁹⁸⁷ Die Herausgabe des Erlöses ist ein Verfassungsgebot: Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, werden voll entschädigt (Art. 26 Abs. 2 BV).⁹⁸⁸ Das Bundesgericht ist in seiner älteren Rechtsprechung noch davon ausgegangen, dass polizeilich motivierte Eigentumsbeschränkungen entschädigungslos zu dulden seien.⁹⁸⁹ Unterdessen hat es die in dieser Pauschalität dem Verhältnismässigkeitsprinzip widersprechende Position relativiert.⁹⁹⁰ Die Sicherungseinziehung ist zwar nach h.L. eine polizeilich motivierte Eigentumsbeschränkung, das Konfiskandum wird eingezogen, weil es eine Gefahr für die Sicherheit darstellt, doch es gilt, den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu wahren. So hat das Bundesgericht in einem Fall zur Entschädigungspflicht für eingezogene Waffen festgehalten, ein unentgeltlicher Eingriff in das Eigentum dürfe nicht weiter gehen «*als dies zur Erreichung des gesetzlichen Zwecks erforderlich ist, was bei der Einziehung eines Gegen-*

⁹⁸¹ BGer, Urteil 6S.253/2005 vom 25. November 2006.

⁹⁸² BGer, Urteil 2A.358/2000 vom 30. März 2001, E. 6c.bb.

⁹⁸³ BGer, Urteil 1B_275/2013 vom 28. Oktober 2013, E. 2.3.

⁹⁸⁴ Botschaft, BBl 1993 III, 306; BGE 135 I 209, E. 3.3.1.

⁹⁸⁵ Vgl. BGE 84 IV 6 betreffend die Einziehung gefälschter Goldstücke, wo die Herausgabe des Verwertungserlöses als eine nicht überprüfbare Frage des kantonalen Rechts bezeichnet und offengelassen wurde, ob «*eine vom kantonalen Recht vorgesehene Herausgabe konfiszierter Gegenstände oder ihres Gegenwertes mit Art. 58 StGB vereinbar sei*»; hierzu diff. PIOTET (1995), N 73 und N 86; s.a. noch Schwander (1952), N 476.

⁹⁸⁶ Gleich BGE 135 I 209, E. 3.3.2.

⁹⁸⁷ Schmid EOVG²-Art. 69 N 76; Botschaft, BBl 1993 III, 306.

⁹⁸⁸ Vorliegend wird davon ausgegangen, dass die Einziehung eine formelle Enteignung darstellt, da das Eigentum auf den Staat übergeht, dazu im Detail hinten N 342 ff.; a.A. wohl BGE 135 I 209, E. 3.3.1.

⁹⁸⁹ BGE 96 I 350, E. 4.

⁹⁹⁰ BGE 106 Ib 330, E. 4; BGE 135 I 209, E. 3.3.1; zum Ganzen m.w.H. BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 26 N 34.

stands dessen Verwertung unter Herausgabe des Nettoerlöses an den Berechtigten gebieten kann»⁹⁹¹. Soweit gefährliche Gegenstände (hier: Waffen) nur in Täterhänden eine Gefahr dartellten, «*gebietet der Verhältnismässigkeitsgrundsatz, die Sache zu verwerten und den Erlös an den Berechtigten herauszugeben*».⁹⁹²

Die Einziehung muss eine entschädigungspflichtige Enteignung sein, will man sie nicht unter der Hand zu einer Vermögensstrafe machen.⁹⁹³ Auch das Bundesgericht hebt hervor, dass es bei der Sicherungseinziehung nicht darum geht, den Verurteilten am Vermögen zu schädigen, indem ihm der Verwertungserlös vorenthalten wird und die Sicherungseinziehung damit zu einer «*zusätzlichen Vermögensstrafe*» gemacht wird. «*Die Einziehung des Verwertungserlöses ist in diesem Fall nicht mehr durch den Sicherungszweck des Eingriffs gedeckt und verletzt deshalb, weil unverhältnismässig, die Eigentumsgarantie*».⁹⁹⁴ 305

Der Grundsatz, dass der Verwertungserlös an den Enteigneten auszuhändigen ist, scheint neuerdings wieder ins Wanken zu geraten. Nach Art. 90a Abs. 2 SVG kann das Gericht die Verwertung des Motorfahrzeugs anordnen und die Verwendung des Erlöses festlegen. Entgegen dem diesbezüglich zu offenen Wortlaut kann das Gericht die Verwendung des Verwertungserlöses nicht völlig frei «festlegen».⁹⁹⁵ Vielmehr ist das Gericht auch hier gebunden an den Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 2 BV) und an Art. 26 Abs. 2 BV, wonach Eigentumsbeschränkungen voll entschädigt werden («Wertgarantie»). Ein unentgeltlicher Eingriff in das Eigentum wäre nach der Rechtsprechung nur zulässig, wenn mit der Einziehung ein zusätzlicher «*Sanktionscharakter verbunden sein soll*»⁹⁹⁶. Dass der Gesetzgeber mit der Einziehung von Motorfahrzeugen eine neue repressive Vermögensstrafe einführen wollte, lässt sich der Entstehungsgeschichte von Art. 90a SVG nicht eindeutig entnehmen.⁹⁹⁷ Der Hinweis in der Botschaft, wonach der Erlös einer Opferhilfeorganisation zugesprochen werden könnte,⁹⁹⁸ sowie die nationalrätliche Empörung darüber, dass der Verwertungserlös dem Raser zukomme,⁹⁹⁹ lässt vielmehr vermuten, dass die sanktionsrechtlichen Dimensionen einer uneingeschränkten Verwendung des Verwertungserlöses über weite Strecken verkannt wurden. Immerhin wurde aber auch gesehen, dass die Einziehung von Raserfahrzeugen eine «*peine supplémentaire*»¹⁰⁰⁰ resp. «Verstärkung der Strafe» mit einem möglicherweise präventiven Effekt sei.¹⁰⁰¹ Zusammenfassend ist der Verwertungserlös auch bei der Einziehung von «Raserfahrzeugen» grundsätzlich auszuhändigen. Soweit dem Täter auch der Resterlös vorenthalten wird, 306

⁹⁹¹ BGE 135 I 209, E. 3.3.1. i.f.

⁹⁹² BGE 135 I 209, E. 3.3.2.

⁹⁹³ So bereits OG BE, ZBJV 1945, S. 140.

⁹⁹⁴ Beide Zitate aus BGE 135 I 209, E. 3.3.2. i.f.

⁹⁹⁵ A.A. OG ZH, ZR 2015 Nr. 6, E. 2.1.; wie hier BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 69 N 15.

⁹⁹⁶ BGE 135 I 209, E. 3.3.1. i.f.

⁹⁹⁷ Vgl. etwa AmtlBull NR 2011, 2153; AmtlBull NR 2011, 2121.

⁹⁹⁸ Botschaft, BBl 2010, 8485.

⁹⁹⁹ AmtlBull NR 2011, 2154; vgl. auch AmtlBull NR 2011, 2154.

¹⁰⁰⁰ AmtlBull 2011, 2154.

¹⁰⁰¹ AmtlBull NR 2011, 2154.

handelt es sich hierbei um eine (zusätzliche) Strafe, die von der Tatschuld getragen sein muss. Dies ist bei der Strafzumessung zu begründen (Art. 50 StGB).

- 307 Weiter ist darüber zu befinden, *in welchem Umfang* der Verwertungserlös herauszugeben ist. Nach herrschender Lehre und Praxis kann der Verwertungserlös mit den Kosten der Verwertung und den Verfahrenskosten verrechnet werden.¹⁰⁰² Auch Aufbewahrungskosten wurden schon als abzugsfähig bezeichnet.¹⁰⁰³ Auch Bussen und unbedingte Geldstrafen sollen mit dem Verwertungserlös getilgt werden können.¹⁰⁰⁴ Herauszugeben ist mithin nur der *Nettoerlös*.¹⁰⁰⁵ Solche Verrechnungsmöglichkeiten ergeben sich auch aus Art. 90a Abs. 2 SVG, wonach vom Verkaufserlös die Verwertungs- und Verfahrenskosten abgezogen werden. Ferner sehen zahlreiche Spezialgesetze vor, dass der Reinerlös der Verwertung nebst den Untersuchungs- und Gerichtskosten auch zur Bezahlung von Bussen sowie zur Deckung von rechtskräftig festgestellten Schadenersatz- und Prozesskostenforderung des Verletzten verwendet werden kann.¹⁰⁰⁶ Das Strafgesetzbuch regelt die Verrechnung von Verfahrenskosten und Bussenforderungen mit dem Verwertungserlös nicht explizit.
- 308 Schliesslich ist auch noch festzulegen, *wem* der Verwertungserlös auszuhändigen ist. Der Erlös eines verwerteten Gegenstands geht grundsätzlich an die durch die Einziehung *enteignete Person*. Dies ist in aller Regel der Täter, dem z.B. eine ihm gehörende wertvolle Waffe entzogen und diese sodann verwertet wird. Ihm ist der Nettoerlös auszuhändigen. Dass sich der Täter damit allenfalls eine neue Waffe zulegen kann, spricht nicht gegen die Aushändigung des Verwertungserlöses, sondern gegen die Eignung der Sicherungseinziehung als Massnahme zur Verhinderung künftiger Taten an sich: Nicht Gegenstände, sondern Menschen sind gefährlich.¹⁰⁰⁷
- 309 Bei der gegen den Täter gerichteten Einziehung kann der Erlös nach den Voraussetzungen von Art. 73 StGB vorab auch zugunsten Geschädigter verwendet werden.¹⁰⁰⁸ Vor der Verwendung zugunsten Geschädigter dürfen nur die Verwertungskosten vom Erlös abgezogen werden (Art. 73 Abs. 1 lit. b StGB). Der Staat soll seine Verfahrensaufwendungen nicht auf dem Buckel der Deliktsgeschädigten decken.
- 310 Soweit sich eine Einziehung gegen tatunbeteiligte Dritte wendet,¹⁰⁰⁹ ist diesen der Verwertungserlös auszuhändigen. Dies wurde angeordnet im Fall eines Vaters, dessen leistungsfähiges Sportmotorrad vom Sohn für eine Raserfahrt verwendet wurde, und der nicht gewährleisten konnte, dass das Motorrad dem Sohn nicht

¹⁰⁰² Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 76.

¹⁰⁰³ BGE 135 I 209, E. 4.1.

¹⁰⁰⁴ So für die Bussen bereits OG BE, ZBJV 1945, S. 140.

¹⁰⁰⁵ BGE 117 IV 345, Regeste.

¹⁰⁰⁶ Mit zahlreichen Hinweisen BGE 117 IV 345, E. 2b.

¹⁰⁰⁷ Dazu oben bei Fn. 887 *passim*.

¹⁰⁰⁸ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 76.

¹⁰⁰⁹ Eingehende Kritik zur Einziehung bei Dritten vorne N 109 ff.

auch künftig zur Verfügung stehen würde.¹⁰¹⁰ Nach hier vertretener Auffassung fehlt für die Sicherungseinziehung bei Dritten eine ausreichende gesetzliche Grundlage. Im Übrigen ist die Einziehung bei Dritten als schwerer Eingriff in die Eigentumsfreiheit in jedem Fall nur gegen Erstattung des vollen Verwertungserlöses verhältnismässig.¹⁰¹¹ Weder die Verwertungs- noch die Verfahrenskosten dürfen mit dem Erlös verrechnet werden.¹⁰¹² Eine Verrechnung mit den Verfahrenskosten ist hier nur schon deshalb unzulässig, weil an der Gegenseitigkeit der Verrechnungsforderungen fehlt. Die Verwertungskosten sind bei der Dritteinziehung dem Täter zu überbinden oder auf die Staatskasse zu nehmen.

5. Herausgabe an den Täter

Das Gericht oder die Staatsanwaltschaft können auch anordnen, den Gegenstand an den Täter herauszugeben. Wie ausgeführt, ordnet das Gericht die Unbrauchbarmachung und Herausgabe an, wenn es mit Blick auf den verfolgten Sicherungszweck zwar nicht notwendig ist, die Sache definitiv einzuziehen, es aber auch nicht verantwortet werden kann, dem Täter den Deliktsgegenstand *tel quel* herauszugeben. 311

Hier geht es um diejenigen Fälle, in den der Gegenstand unverändert herausgegeben wird. Rein dogmatischer Natur ist die Frage, ob eine solche Herausgabe eines nicht modifizierten Gegenstands in Form einer Ersatzmassnahme *zur* Einziehung anzuordnen ist, oder ob es hier – mangels Verhältnismässigkeit oder Sicherheitsbedürfnisses – bereits an den Einziehungsvoraussetzungen fehlt. Im Sinne der zweiten Variante wurde wegen Unverhältnismässigkeit von einer Einziehung abgesehen im Fall eines Drogenhändlers, der eine «Mettler-Waage» im Wert von CHF 2000 zum Abwägen von Heroin verwendet hatte. Sie wurde dem Angeklagten zurückgegeben.¹⁰¹³ Im Rahmen des Freiburger Kunstskandals von 1981 wurden drei als unzüchtige Veröffentlichungen (Art. 204 aStGB) eingestufte Bilder von Josef Felix Müller zunächst konfisziert und dem Musée d'art et d'histoire du canton de Fribourg zur Aufbewahrung übergeben, dem Künstler dann aber rund acht Jahre später wieder herausgegeben, weil nicht länger eine Gefährdung für die öffentliche Sittlichkeit bestand.¹⁰¹⁴ 312

a) Herausgabe an Dritte

313

¹⁰¹⁰ OG AG, fp 3/2015, S. 155 ff.

¹⁰¹¹ So auch Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 76 dortige Fn. 373; A.A. MÜLLER/RISKE, recht 2013, 249.

¹⁰¹² Unhaltbar insoweit BezirksG Laufenburg, fp 5/2014, S. 283 ff., sowie OG AG, fp 3/2015, S. 155 ff.

¹⁰¹³ AppG BS, BJM 1986, S. 262 f.

¹⁰¹⁴ EGMR Urteil i.S. Müller et al. gg. die Schweiz (10737/84) vom 24. Mai 1988, Ziff. 14 und Ziff. 19.

Das Gericht oder die Staatsanwaltschaft kann anordnen, dass Konfiskanda an Dritte herausgegeben werden. Wenn der Täter Deliktinstrumente verwendet, die einem Dritten gehören, sind diese grundsätzlich an diesen herauszugeben. Voraussetzung ist allerdings, dass auch der Dritte für die Sicherheit Gewähr leistet.¹⁰¹⁵ Art. 58^{bis} Abs. 2 StGB/1974 sah noch explizit vor, dass der einzuziehende Gegenstand einem anspruchsberechtigten Dritteigentümer auszuhändigen ist.¹⁰¹⁶

- 314 Verwendet der Täter etwa eine Waffe oder ein Fahrzeug, das einem Dritten gehört, so ist das beschlagnahmte Deliktinstrument dem Dritteigentümer auszuhändigen. So hätte ein infolge Drogenverkehrs eingezogener Nissan Personenwagen an die Leasingbank herausgegeben werden müssen.¹⁰¹⁷ Nicht herausgegeben wurde ein Sportmotorrad an einen Vater, der nicht sicherstellen konnte, dass sein Sohn dieses nicht erneut für Geschwindigkeitsexzesse verwenden würde.¹⁰¹⁸ Die Herausgabe an den Dritteigentümer kann in Form einer Ersatzmassnahme zur Einziehung angeordnet werden. Es ist nicht notwendig, dass der Staat vor der Herausgabe qua Einziehung Eigentum an der Sache erwirbt.¹⁰¹⁹
- 315 Die Herausgabe an Dritte ist in drei Richtungen abzugrenzen: Erstens ist sie zu unterscheiden von der Aushändigung an den *Verletzten* (dazu sogleich unten 7.). Zweitens darf die Herausgabe an den Dritteigentümer nicht verwechselt werden mit Verwendung zu Gunsten Geschädigter (8.). Letztere führt zu einem Eigentümerwechsel. Dies setzt zwingend eine Einziehung voraus. Drittens ist auch denkbar, dass der Einziehungsgegenstand an eine völlig unbeteiligte (juristische oder natürliche) Drittperson übertragen wird (9.). Weil es auch hier zu einem Eigentümerwechsel kommt, muss der Täter vorab im Einziehungsentscheid enteignet werden.¹⁰²⁰

6. Aushändigung an den Verletzten (Art. 70 Abs. 1 in fine)

- 316 Das Gericht verfügt die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine Straftat erlangt worden sind, sofern sie nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden (Art. 70 Abs. 1 StGB). Die Aushändigung an den Verletzten betrifft – was sich bereits aus dem systematischen Kontext ergibt – nur die Vermögensseinziehung nach Art. 70 StGB.¹⁰²¹ Mit der Aushändigung an den Verletzten soll «*ohne Umweg über die Einziehung*» der rechtmässige Zustand wiederhergestellt werden.¹⁰²² Die Aushändigung ist nicht

¹⁰¹⁵ Für eingehende Kritik zur Sicherungseinziehung bei Dritten vgl. vorne N 109 ff.

¹⁰¹⁶ So noch explizit Art. 58^{bis} Abs. 2 StGB/1974; dazu PIOTET (1995), N 88.

¹⁰¹⁷ AppG BS, BJM 1993, S. 35 ff.

¹⁰¹⁸ OG AG, fp 3/2015, S. 155 ff.; s.a. ESER (1969), 264.

¹⁰¹⁹ Vgl. Botschaft, BBl 1993 III, 306.

¹⁰²⁰ A.A. Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 77.

¹⁰²¹ Anders noch Art. 58^{bis} Abs. 1 StGB/1974; vgl. Botschaft, BBl 1993 III, 306.

¹⁰²² Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 70–72 N 66.

Folge, sondern Voraussetzung einer zulässigen Einziehung.¹⁰²³ Diebesgut oder veruntreutes Bargeld darf überhaupt erst eingezogen werden, wenn es nicht an den Bestohlenen resp. den durch die Veruntreuung Verletzten herausgegeben werden kann.¹⁰²⁴

7. Verwendung zu Gunsten Geschädigter (Art. 73)

Erleidet jemand durch ein Verbrechen oder ein Vergehen einen Schaden, der nicht durch eine Versicherung gedeckt ist, und ist anzunehmen, dass der Täter den Schaden nicht ersetzen oder eine Genugtuung nicht leisten wird, so kann das Gericht dem Geschädigten auf dessen Verlangen bis zur Höhe des Schadenersatzes beziehungsweise der Genugtuung, die gerichtlich oder durch Vergleich festgesetzt worden sind, unter anderem eingezogene Gegenstände oder deren Verwertungserlös unter Abzug der Verwertungskosten zusprechen (Art. 73 Abs. 1 StGB). 317

Bei der Verwendung zu Gunsten Geschädigter geht es darum, Deliktgeschädigte schadlos zu halten, indem der Staat auf seine Ansprüche aus Bussen, Geldstrafen, Einziehungen etc. verzichtet. Sie ist ein «*Mittel der Schadensdeckung*», die weit über den durch deliktische Vermögensverschiebungen entstandenen Schaden hinausgeht und etwa auch die Deckung von Heilungskosten ermöglicht.¹⁰²⁵ 318

Nach dem Wortlaut von Art. 73 Abs. 1 lit. b StGB könnten grundsätzlich auch zur Sicherung eingezogene Gegenstände an den Geschädigten übertragen werden. Teilweise wird es als problematisch angesehen, «*einem Geschädigten einen vorher als gefährlich eingestuften Gegenstand zu übergeben*»¹⁰²⁶. Dabei wird übersehen, dass Gegenstände nicht per se, sondern nur in den Händen bestimmter Personen gefährlich sind.¹⁰²⁷ Soweit keine Hinweise darauf bestehen, dass der Geschädigte ein eingezogenes Auto seinerseits zu deliktischen Zwecken verwenden wird, spricht auf den ersten Blick nichts gegen eine Übertragung.¹⁰²⁸ Damit der Staat einem geschädigten Dritten jedoch das Eigentum an einer eingezogenen Sache verschaffen kann, müsste er zuerst qua Einziehung eigenes Eigentum daran begründen. 319

Obwohl N 103es der Wortlaut von Art. 73 Abs. 1 lit. b StGB zulässt, Dritten zur Sicherung eingezogene Gegenstände zuzuweisen,¹⁰²⁹ legen teleologische und praktische Erwägungen nahe, darauf zu verzichten.¹⁰³⁰ Grundsätzlich sind eingezogene Gegenstände zu verwerten. Der (Netto-)Verwertungserlös ist dem Betroffenen 320

¹⁰²³ BOMMER (2006), 78.

¹⁰²⁴ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 70–72 N 70.

¹⁰²⁵ Eingehend BOMMER (2006), 111.

¹⁰²⁶ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 73 N 36.

¹⁰²⁷ Siehe bereits OETKER, GS 1926, 40 und ESER (1969), 261.

¹⁰²⁸ So für die Herausgabe an den Dritteigentümer bereits Botschaft, BBI 1993 III, 306.

¹⁰²⁹ Vgl. z.B. Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 76.

¹⁰³⁰ Vgl. THOMMEN, Art. 73 StGB N 103.

herauszugeben.¹⁰³¹ Eine entschädigungslose Enteignung¹⁰³² ist bei verwertbaren Gegenständen ausgeschlossen. Der Zweck der Sicherungseinziehung ist erfüllt, indem man den Gegenstand entzieht. Eine darüber hinausgehende monetäre Repression widerspricht dem Grundgedanken von Art. 69 StGB.¹⁰³³ Würde der sicherungseingezogene Gegenstand an den Geschädigten aushändigt, so müsste der Staat den Täter deshalb aus eigenen Mitteln schadlos halten. Hingegen bleibt es dem Staat unbenommen, zur Sicherung eingezogene Gegenstände zu verwerten und den Verwertungserlös vor der Herausgabe an den Täter mit fälligen Bussen oder Geldstrafen zu verrechnen.¹⁰³⁴ Letztere kann er den Geschädigten dann über Art. 73 Abs. 1 lit. a StGB zuweisen.

8. Herausgabe zur «gutscheinenden Verwendung»

- 321 Gerichte oder Staatsanwaltschaften können anordnen, dass eingezogene Gegenstände zum Beispiel der Polizei, einem Museum oder einer Klinik zu Instruktionszwecken oder zur Aufbewahrung übergeben werden.¹⁰³⁵ In Einziehungsentscheidungen findet sich dazu oft die papierdeutsche Formulierung, wonach die eingezogene Sache der Behörde zur «gutscheinenden Verwendung» herauszugeben sei.¹⁰³⁶ In einem Spionage-Fall zog das Bundesstrafgericht diverse Gegenstände ein, welche die Eheleute Wolf zur nachrichtendienstlichen Tätigkeit verwendet hatten und übergab diese der Bundesanwaltschaft zu Instruktionszwecken.¹⁰³⁷ In BGE 89 IV 132 stufte das Bundesgericht die Vernichtung unzüchtiger Elfenbeinreliefs und Grafiken¹⁰³⁸ eines japanischen Künstlers als unverhältnismässig ein und legte den Walliser Behörden nahe, die Kunstwerke dem Museum Rietberg in Zürich oder der Graphischen Sammlung der ETH Zürich in Verwahrung zu geben, welche nach eigenen Recherchen des Bundesgerichts (!) zur Übernahme bereit waren.¹⁰³⁹
- 322 Die Übergabe zur «gutscheinenden Verwendung» ist eine Form der Herausgabe an Dritte. Dahinter steckt das Bestreben den Sicherungszweck von Art. 69 StGB möglichst schonend umzusetzen.¹⁰⁴⁰ Es wäre unverhältnismässig obszöne Kunstgegenstände zu vernichten, wenn sie in den Händen «ernsthafter Kenner»¹⁰⁴¹ keine Gefahr mehr für die öffentliche Zucht und Ordnung darstellen. Unabhängig davon, ob das Gemeinwesen in diesen Fällen dem Dritten die Sache bloss in

¹⁰³¹ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 76; Botschaft, BBl 1993 III, 306.

¹⁰³² STRATENWERTH, AT II², § 13 N 65.

¹⁰³³ So bereits OG BE, ZBJV 1945, S. 140.

¹⁰³⁴ So für die Bussen bereits OG BE, ZBJV 1945, S. 140.

¹⁰³⁵ BGE 104 IV 149, E. 2; vgl. bereits AmtlBull NR 1928, 962.

¹⁰³⁶ Zitat bei Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 77.

¹⁰³⁷ BGE 101 IV 177, E. III.4.

¹⁰³⁸ Gemäss PK StGB²-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 70 N 8 und SCHULTZ, ZBJV 1978, 328 soll es sich um Holzschnitte von Hokusai gehandelt haben.

¹⁰³⁹ BGE 89 IV 132, E. 6 i.f.; gemäss PK StGB²-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 70 N 8 und SCHULTZ, ZBJV 1978, 328 soll es sich um Holzschnitte von Hokusai gehandelt haben.

¹⁰⁴⁰ BGE 104 IV 149, E. 2.

¹⁰⁴¹ BGE 89 IV 132, E. 6.

Verwahrung gibt oder gleich zu Eigentum überträgt, muss es in jedem Fall selber Eigentum qua Einziehung begründen.¹⁰⁴²

9. «Ersatzmassnahmen»

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sei bei der Sicherungseinziehung auch die Anordnung einer «weniger in die Eigentumsrechte eingreifenden Ersatzmassnahme» zu erwägen, sofern auch sie die Sicherheit von Menschen und den Schutz von Sittlichkeit und öffentlicher Ordnung gewährleistet.¹⁰⁴³ Dass solche Ersatzmassnahmen zulässig sind, ergibt sich gemäss der Lehre aus dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz.¹⁰⁴⁴ Unklar bleibt, *was* diese Massnahmen ersetzen sollen. Treten sie an die Stelle des Einziehungsentscheides selbst (Ersatzmassnahmen *zur* Einziehung) oder ersetzen sie die als Folge der Sicherungseinziehungen anzuordnende Unbrauchbarmachung oder Vernichtung (*Ersatzanordnungen*)? 323

Dass die zuletzt genannten Ersatzanordnungen zulässig sein müssen, ergibt sich unzweifelhaft aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip: Die wichtigste nicht explizit im Gesetz vorgesehene Ersatzanordnung ist die Verwertung. Wenn es zulässig ist, ein Einziehungsgegenstand zerstören oder unbrauchbar machen zu lassen, dann muss es auch zulässig sein, den Gegenstand zu veräussern, um dem Enteigneten den Erlös zu erstatten. Auch der Gesetzestext stützt diese Interpretation. Aus der Kann-Formulierung von Art. 69 Abs. 2 StGB ergibt sich, dass auch andere Anordnungen als die Zerstörung und Herbeiführung der Funktionsunfähigkeit zulässig sind. 324

Fraglich ist jedoch, ob auch auf die Einziehung selbst verzichtet werden kann, um Ersatzmassnahmen *zur* Einziehung anzuordnen. Dagegen spricht der Gesetzestext, wonach die «*eingezogenen*» Gegenstände unbrauchbar gemacht oder vernichtet werden (Art. 69 Abs. 2 StGB). Auch die Formulierung von Art. 69 Abs. 1 StGB («*verfügt [...] die Einziehung*») macht deutlich, dass die Einziehung bei gegebenen Voraussetzungen zwingend anzuordnen ist. Mit dem Gesetzestext lassen sich Ersatzmassnahmen *zur* Einziehung somit nicht in Einklang bringen. Teleologische und grundrechtliche Erwägungen sprechen indes für eine flexiblere Interpretation. Wenn der Sicherungszweck auf schonendere Weise als über eine Einziehung erreicht werden kann, gibt es keinen Anlass den Betroffenen zu enteignen.¹⁰⁴⁵ So kann es zum Schutz des Vertrauens in Zahlungsmittel ausreichen, gefälschte Münzen einzuschneiden oder einzuschmelzen und die dergestalt unbrauchbar gemachten Münzen dem Betroffenen wieder herauszugeben.¹⁰⁴⁶ Es ist weder nötig noch 325

¹⁰⁴² Abweichend Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 77.

¹⁰⁴³ BGE 104 IV 149, E. 2.

¹⁰⁴⁴ Vgl. etwa STRATENWERTH, AT II², § 13 N 73.

¹⁰⁴⁵ BGE 104 IV 149, E. 2.

¹⁰⁴⁶ BGE 123 IV 55, E. 3c; BGE 84 IV 6 betreffend die Konfiskation und Einschmelzung französischer Goldstücke (sog. Napoléons); BGE 104 IV 149, E. 1 (Unbrauchbarmachung von Sprechfunkgeräten).

verhältnismässig, wenn sich der Staat hier zunächst über die Einziehung zum Eigentümer des Konfiskandums macht, nur um ihn nach der Unbrauchbarmachung wieder auf den Täter zurückzüberaignen.¹⁰⁴⁷ Ersatzmassnahmen können somit auch an die Stelle der Einziehung treten.

M. Eigentumsgarantie und Verhältnismässigkeit

- 326 Art. 26 Abs. 1 BV gewährleistet das Eigentum. Die Sicherungseinziehung führt nach hier vertretener Auffassung dazu, dass der einziehungsbetroffene Täter oder Dritte enteignet wird.¹⁰⁴⁸ Die Einziehung stellt somit einen schweren Eingriff in die Eigentumsfreiheit dar.¹⁰⁴⁹ Es stellt sich zunächst die Frage, wie dieser Eingriff gerechtfertigt werden kann (1.-7.) und sodann, wie er zu entschädigen ist (8.).

1. Gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV)

- 327 Die Enteignung stellt einen schweren Eingriff in die Eigentumsgarantie dar (Art. 26 BV). Ein solcher Eingriff ist nach Art. 36 Abs. 1 BV nur zulässig, wenn er auf einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage beruht.¹⁰⁵⁰ Art. 69 StGB erfüllt das Erfordernis der generell-abstrakten Norm.¹⁰⁵¹ Sie richtet sich an eine unbestimmte Zahl von Adressaten und erfasst zahlreiche Einziehungskonstellationen. Sie ist zumindest hinsichtlich der Einziehungsobjekte («Gegenständen, die zur Begehung einer Straftat gedient haben [...]») auch hinreichend konkret. Das Gleiche gilt nicht für die mit der Einziehung zu verfolgenden Sicherungsinteressen, die ausserordentlich weit gefasst sind («die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung»). Für Einziehungen zulasten nicht deliktsbeteiligter Dritter bietet Art. 69 StGB keine genügende gesetzliche Grundlage. Enteignungen als schwere Eingriffe müssen sich auf ein Gesetz im formellen Sinne stützen (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV). Dieses Erfordernis erfüllt Art. 69 StGB als Norm eines referendumpflichtigen Bundesgesetzes ohne weiteres.¹⁰⁵²
- 328 Vom Erfordernis der Gesetzesgrundlage ausgenommen sind gemäss Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr (sog. polizeiliche Generalklausel).¹⁰⁵³ «Nach der Rechtsprechung ist der Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel auf echte und unvorhersehbare sowie gravierende Notfälle ausgerichtet. Ihre Anrufung ist auf Fälle beschränkt, wo kei-

¹⁰⁴⁷ Weitergehend BGE 132 IV 5, E. 3.4.5., wonach auch bei der Vernichtungsanordnung auf eine Einziehung verzichtet werden kann.

¹⁰⁴⁸ Zur Sicherungseinziehung bei Dritten im Detail vorne N 109 ff.

¹⁰⁴⁹ BGE 130 I 360, E. 14.2.; milder BGE 137 IV 249, E. 4.5.

¹⁰⁵⁰ BGE 135 I 209, E. 3.3.1.

¹⁰⁵¹ Zum Rechtssatzerfordernis HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 338 ff.

¹⁰⁵² BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 36 N 13; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 350 ff. m.w.H.

¹⁰⁵³ BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 36 N 16 f.

ne gesetzlichen Mittel vorhanden sind, um einer konkreten Gefahr zu begegnen. Sie kann indessen nicht angerufen werden, wenn typische und erkennbare Gefährdungslagen trotz Kenntnis der Problematik nicht normiert werden.»¹⁰⁵⁴ Das Bundesgericht schützte die Einschläferung eines als aggressiv bekannten Hund, der eine Velofahrerin angegriffen und gebissen hatte. Mangels Grundlage im kantonalen Gesetz bemühte es hierzu die polizeiliche Generalklausel.¹⁰⁵⁵ Zur Unvorhersehbarkeit hielt es fest, dass dieses Kriterium nicht sachgerecht sei: «*Ein Untätigen des Gesetzgebers darf dem möglichen Opfer einer ernsthaften und konkreten Gefährdung [...] nicht zum Nachteil gereichen, zumal in diesem Bereich staatliche Schutzpflichten bestehen.*»¹⁰⁵⁶ Übergriffe von Tieren auf Menschen sind ebenso vorhersehbar wie die Notwendigkeit, jene einzuziehen und in letzter Konsequenz auch einzuschläfern. Die Berufung auf die polizeiliche Generalklausel war daher nicht statthaft.

2. Öffentliches Interesse (Art. 36 Abs. 2 BV)

Eingriffe in die Eigentumsgarantie müssen zweitens durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein (Art. 36 Abs. 2 BV). Zumindest ihrem Wortlaut nach zielt die Sicherungseinziehung auf den Schutz polizeilicher Interessen,¹⁰⁵⁷ indem mit der Konfiskation Gefährdungen für die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung abgewendet werden sollen. Beim Polizeigüterschutz geht es auch um den Schutz von Grundrechten Dritter. Indem der Staat eine Waffe einzieht, möchte er verhindern, dass der Täter mit dieser Waffe nochmals Gewalttaten verübt. Mit der Einziehung nimmt der Staat mit anderen Worten seine Schutzpflichten für potentielle Opfer wahr.¹⁰⁵⁸ 329

Nach hier vertretener Auffassung hat die Sicherungseinziehung aufgrund ihrer Gesetzgebungsgeschichte und ihrer praktischen Umsetzung auch heute noch pönale Komponenten.¹⁰⁵⁹ Ein weiteres öffentliches Interesse liegt somit darin, über die Einziehung repressiv auf den Täter einzuwirken.¹⁰⁶⁰ Dies gilt insbesondere dort, 330

¹⁰⁵⁴ BGE 130 I 369, E. 7.3

¹⁰⁵⁵ BGer, Urteil 2C_166/2009, E. 2.

¹⁰⁵⁶ BGer, Urteil 2C_166/2009, E. 2.3.2.1.; vgl. dazu auch EGLI, Sicherheit & Recht 3/2012, 198 dortige Fn. 54.

¹⁰⁵⁷ BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 49.

¹⁰⁵⁸ BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 51.

¹⁰⁵⁹ Vorne N 53 ff.

¹⁰⁶⁰ Während sich die mit Sanktionen verfolgten Präventionsinteressen (Sicherung, Verhinderung von Straftaten) ohne Weiteres den öffentlichen Polizeiinteressen zuordnen lassen, finden sich in der Standardliteratur zum Verfassungsrecht keine Hinweise darauf, ob auch die mit Strafen verfolgten Repression (Vergeltung) ein legitimes öffentliches Interesse ist.

wo Gegenstände eingezogen und vernichtet¹⁰⁶¹ oder dort, wo der (Netto-)Verwertungserlös nicht rückerstattet wird.¹⁰⁶²

3. Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV)

- 331 Einschränkungen von Grundrechten müssen verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 3 BV).¹⁰⁶³ Das gilt auch für den mit der Einziehung verbundenen Eingriff in die Eigentumsgarantie:¹⁰⁶⁴ «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt, dass die in das Eigentum eingreifende Massnahme *geeignet* ist, das angestrebte Ergebnis herbeizuführen, und dass dieses nicht durch eine *mildere Massnahme* erreicht werden kann. Er [...] erfordert ein vernünftiges *Verhältnis* zwischen diesem und den betroffenen öffentlichen und privaten Interessen».¹⁰⁶⁵

4. Eignung

- 332 Unter dem Titel der *Eignung* ist zu untersuchen, ob die Einziehung dazu taugt,¹⁰⁶⁶ die angestrebten Sicherungsinteressen zu verwirklichen. Eignet sich die Einziehung zum Polizeigüterschutz? Auf den ersten Blick ist man versucht, die Frage zu bejahen. Die Einziehung illegaler Drogen schützt die Volksgesundheit; die Einziehung von Waffen verhindert Gewalttaten. Bei näherem Hinsehen zeigt sich jedoch, dass man künftige Gewalttaten eines Messerstechers nicht dadurch verhindern kann, dass man ihm sein Tatmesser wegnimmt.¹⁰⁶⁷ Auch die Einziehung eines Raserautos kann künftige Geschwindigkeitsexzesse des fehlbaren Fahrers nicht zuverlässig verhindern. Wenn ihm nicht ohnehin schon ein weiteres Motorfahrzeug zur Verfügung steht, dann leiht, least oder stiehlt er sich eines oder kauft sich aus dem Verwertungserlös einen neuen Wagen.¹⁰⁶⁸ Zu Recht wurde deshalb die Frage aufgeworfen, ob die Einziehung überhaupt eine zwecktaugliche Massnahme sein kann bei Gegenständen, die aus dem Verwertungserlös ohne Weiteres wiederzubeschaffen sind.¹⁰⁶⁹
- 333 Im Absinth-Fall führte das Bundesgericht zunächst in Verkennung der Eignungsproblematik aus, dass die Wiederbeschaffbarkeit nichts an der Gefahr des einzu-

¹⁰⁶¹ Hinten N 299 ff.

¹⁰⁶² BGE 135 I 209, E. 3.3.2.

¹⁰⁶³ BSK BV–EPINEY, Art. 36 N 53 ff.; zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 2 BV) Allg. BSK BV–EPINEY, Art. 5 N 67 ff.

¹⁰⁶⁴ Zur Verhältnismässigkeit von Einschränkungen der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) BSK BV–WALDMANN, Art. 26 N 72 ff.

¹⁰⁶⁵ Statt vieler BGE 137 IV 249, E. 4.5 und BGE 135 I 209, E. 3.3.1.

¹⁰⁶⁶ BGE 109 Ia 33, E. 4c, zu dieser subtilen litotischen Uminterpretation von «*geeignet*» in «*nicht ungeeignet*», s.a. BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 36 N 23.

¹⁰⁶⁷ Dies räumt implizit auch Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 68 Fn. 327.

¹⁰⁶⁸ Krit. auch SCHUBARTH, AJP 2005, 532.

¹⁰⁶⁹ BOMMER (2005), 180 Fn. 34; bereits BÖHLER (1945), 39; offen gelassen in BGE 117 IV 345, E. 2c.

ziehenden Destillierapparats ändere. Nur darauf komme es an. Dann hielt es aber auch noch fest: «*Sans doute, la facilité plus ou moins grande du remploi diminue-t-elle l'efficacité de la confiscation, mais elle ne la supprime nullement*».¹⁰⁷⁰ In ähnlichem Sinne wurde in BGE 137 IV 249 argumentiert. Dort warf das Bundesgericht die Frage auf, ob die Einziehung zweier Traktoren zur Erreichung des Sicherheitszwecks geeignet sein kann, wenn feststeht, dass sich der betroffene chronische Verkehrssünder aus dem Verwertungserlös einen neuen Traktor beschaffen könnte.¹⁰⁷¹ Es entschied wenig überzeugend, die Einziehung sei «*zumindest geeignet, weitere Widerhandlungen des Beschwerdeführers gegen das SVG zu verzögern oder zu erschweren*»¹⁰⁷². Vor dem Hintergrund, dass der Nettoverwertungserlös für die Wiederbeschaffung selbst eines gebrauchten Fahrzeugs jedoch oft nicht ausreicht,¹⁰⁷³ diskriminiert diese Rechtsprechung mittellose Täter. Bei wohlhabenden Tätern, denen weitere Fahrzeuge zur Verfügung stehen, oder die sich solche ohne Weiteres leisten können, erschwert die Einziehung weitere Widerhandlungen nicht.¹⁰⁷⁴ Sie müsste bei *diesen* deshalb als ungeeignete und damit verfassungswidrige Massnahme angesehen werden.¹⁰⁷⁵ Hinzu kommt, dass selbst wenn man mit dem Bundesgericht die Eignung der Einziehung bejaht, es wohl an der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne fehlen würde. Wenn eine Einziehung weitere Verfehlungen nicht verhindern, sondern bloss verzögern kann, dann steht die sehr eingriffsintensive Enteignung in keiner vernünftigen Relation zum bloss marginalen Sicherheitsgewinn.

Auch die Lehre tut sich schwer damit, bei leicht wiederbeschaffbaren Gegenständen die Eignung der Einziehung zu begründen. Die Einziehung würde angesichts offener Märkte völlig ausgehöhlt, wenn eine Wiederbeschaffbarkeit die Einziehung ausschliessen würde.¹⁰⁷⁶ Dies ist kein Argument für, sondern *gegen* die Einziehung. Wenn ein Deliktsgegenstand ohne weiteres wiederbeschafft werden kann, dann eignet sich die Einziehung offensichtlich nicht, das Sicherheitsinteresse zu verwirklichen. Konsequenterweise wäre die Einziehung in diesen Fällen als unverhältnismässig und damit verfassungswidrig einzustufen. Zu Recht wurde die Wegnahme «*gefährlicher*» Gegenstände auch als eine Bankrotterklärung an die spezialpräventive Funktion der Strafe gesehen: Wenn es nötig ist, einem Täter die

334

¹⁰⁷⁰ BGE 81 IV 217, E. 3.

¹⁰⁷¹ Vgl. MÜLLER/RISKE, recht 2013, 251 f.

¹⁰⁷² BGE 137 IV 249, E. 4.5.2; ähnlich bereits der Absinth-Brenner-Fall BGE 81 IV 217, E. 3.

¹⁰⁷³ KRUMM, AJP 2013, 382; a.A. BSK StGB I³-BAUMANN F., Art. 69 N 15 und BÜRGI (2014), 186; vgl. immerhin BGer, Urteil 1P.469/1995 vom 22. Mai 1996, wo die Verwertung des Automobils CHF 10'500 einbrachte, der Nettoerlös nach Abzug der Kosten von CHF 7'245.85 aber bundesrechtswidrig (vgl. BGE 117 IV 345, E. 2a) auch eingezogen wurde.

¹⁰⁷⁴ So z.R. bereits AppG BS, RS 1949 Nr. 20. Die Einziehung wurde i.c. mit dem Verhältnismässigkeitsargument fehlender Eignung ausgeschlossen: Die Einziehung werde nicht verhindern, «*dass Reist weiterhin durch rücksichtslose Drauflosfahren mit einem andern seiner Motorfahrzeuge Leib und Leben der Strassenbenützer [...] gefährdet*». Es wurde deshalb ein dauernder Führerausweisenzug angeordnet. Dieser kann zwar auch nicht garantieren, dass das angestrebte Sicherheitsziel erreicht wird, ist aber immerhin die mildere Massnahme.

¹⁰⁷⁵ A.A. Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 68.

¹⁰⁷⁶ So Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 68.

Waffe wegzunehmen, damit er nicht wieder delinquent, räumt man damit zugleich ein, dass ihn die Strafe davon nicht abhalten wird.¹⁰⁷⁷ Mit anderen Worten sind in der Logik der herrschenden Konfiskationspraxis weder die Einziehung noch die Strafe geeignet, präventiv-polizeiliche Funktionen zu erfüllen.

- 335 Die Eignung der Sicherungseinziehung lässt sich nicht begründen, solange man davon ausgeht, dass sie rein polizeilichen Zwecken dienen soll. Die Einziehung von Gegenständen schafft keine Sicherheit. Nicht Gegenstände sind gefährlich, nur Menschen. Selbst sog. absolut gefährliche Gegenstände,¹⁰⁷⁸ wie Sprengstoff, Betäubungsmittel¹⁰⁷⁹ oder obszöne Kunstwerke sind nicht per se gefährlich. In den Händen von Sprengmeistern, Polizeieinstruktoren oder «ernsthafter Kenner»¹⁰⁸⁰ stellen sie keine Gefahr dar. Umgekehrt kann in den Händen gefährlicher Täter jeder Gegenstand eine Gefahr darstellen. Indem man solchen Tätern nur die Tatwaffe oder das Tatprodukt wegnimmt, wird keine Sicherheit geschaffen. Als Polizeimassnahme ist die Einziehung somit ungeeignet.
- 336 Die Einziehung von *instrumenta* und *producta sceleris* ist hingegen geeignet, pönale Zwecke zu erfüllen. Dem Täter wird hier nicht gesagt, wir nehmen Dir die Sache weg, um Sicherheit zu schaffen, sondern *weil* Du damit delinquent hast (*instrumentum sceleris* wie Tatwaffen, Mobiltelefone, Motorfahrzeuge etc.) oder weiterhin delinquierst, wenn der Gegenstand in Deinen Händen verbleibt (*producta sceleris* wie Falschgeld, illegale Drogen etc.). Die Einziehung kann zwar prospektiv keine Sicherheit schaffen, sie aber sehr wohl geeignet, retrospektiv eine kommunikative Dimension zu entfalten: In der Wegnahme des Gegenstands wird die Missbilligung der Tat zum Ausdruck gebracht. Ziel ist es, dem Täter ein «*Strafleidenden zuzufügen*»,¹⁰⁸¹ seinen Willen «*zu afficieren*». ¹⁰⁸² Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ist die Sicherungseinziehung nach hier vertretener Auffassung somit nur aufrecht zu erhalten, wenn man sie als pönale Massnahme einstuft.

5. Erforderlichkeit

- 337 Die Verhältnismässigkeit gebietet nicht nur, dass die Verletzung der Eigentumsfreiheit geeignet sein muss, um das angestrebte Ziel zu erreichen, die Massnahme muss dazu auch erforderlich sein. Mildere Massnahmen dürfen nicht ebenfalls zielführend sein.¹⁰⁸³ Die Einziehung ist insoweit *subsidiär*.¹⁰⁸⁴ Im vorangegangenen Abschnitt wurde gezeigt, dass die Einziehung bereits nicht geeignet ist, Sicherheit zu schaffen. Insofern stellt sich die Subsidiaritätsfrage bezüglich polizeili-

¹⁰⁷⁷ I.d.S. bereits BOMMER (2005), 188 f.

¹⁰⁷⁸ Krit. dazu vorne N 268 ff.

¹⁰⁷⁹ Zur Einziehung von Betäubungsmitteln vgl. vorne N 213 ff.

¹⁰⁸⁰ BGE 89 IV 132, Regeste.

¹⁰⁸¹ STOOSS, AT², 246.

¹⁰⁸² STOOSS (1878), 32;

¹⁰⁸³ BGE 137 IV 249, E. 4.5.

¹⁰⁸⁴ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 67.

cher Ziele nicht mehr. Möglich bleibt hingegen, die Einziehung aus pönalen Erwägungen anzuordnen. Hier ist zu beurteilen, ob es erforderlich ist, den Täter zu enteignen, um ihm ein Strafübel zuzufügen oder ob es allenfalls reicht, den Gegenstand unbrauchbar zu machen und ihn dem Täter wieder herauszugeben. Ebenfalls unter dem Titel der Erforderlichkeit stellt sich die Frage, ob es notwendig ist, den Täter *entschädigungslos* zu enteignen oder ob es nicht ausreicht, ihm zwar das Tatwerkzeug zu entziehen, jedoch den Verwertungserlös herauszugeben. Wenn man die Einziehung als Vermögensstrafe ansieht, ist es erforderlich, dem Täter auch den Verwertungserlös vorzuenthalten. Wenn man sie hingegen als nicht monetäre Nebenstrafe ansieht, weil man der Auffassung ist, dass es für die Missbilligung der Tat ausreicht, wenn dem Täter der konkrete Deliktsgegenstand, z.B. das in sorgsamer Kleinarbeit getunte Raserauto, entzogen wird, dann kann der Verwertungserlös herausgegeben werden. In der zweiten – überzeugenderen – Variante ist es nicht erforderlich, den Täter über die Wegnahme des Gegenstands hinaus am Vermögen zu schädigen.¹⁰⁸⁵

6. Zumutbarkeit

Die Verhältnismässigkeit gebietet nicht nur, dass der Eingriff geeignet und erforderlich sein muss, um das gesteckte Ziel zu erreichen, es muss auch ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem staatlich verfolgten Ziel und der beim Privaten eintretenden Eingriffswirkung bestehen. Man spricht insoweit auch von Verhältnismässigkeit im engeren Sinne oder der Zumutbarkeit des Grundrechtseingriffs.¹⁰⁸⁶ Bei der Einziehung zweier Traktoren eines notorischen Verkehrsdelinquenten soll gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung «*kein Missverhältnis zwischen dem Sicherungszweck und dem Eingriff in das Eigentumsrecht des Beschwerdeführers*»¹⁰⁸⁷ bestehen. 338

Weil die Einziehung von Motorfahrzeugen bereits nicht geeignet ist, das angestrebte Sicherungsziel zu erreichen, stellt sich hier richtigerweise nur noch die Frage, ob zwischen der angestrebten *Bestrafung* und der zugefügten *Enteignung* ein vernünftiges Verhältnis besteht. Dies kann wie bereits angedeutet nur bejaht werden, wenn die Enteignung nicht entschädigungslos erfolgt, mithin der Verwertungserlös herausgegeben wird. 339

7. Kerngehalt (Art. 36 Abs. 4 BV)

Art. 36 Abs. 4 BV erklärt den Kerngehalt von Grundrechten für unantastbar. Soweit es um die Essenz der Grundrechte geht,¹⁰⁸⁸ sind sie der Abwägung entzogen, 340

¹⁰⁸⁵ In der Begründung gleich, allerdings immer noch auf den Sicherungszweck abstellend BGE 135 I 209, E. 3.3.2. i.f.

¹⁰⁸⁶ SGK BV–SCHWEIZER, Art. 36 N 40.

¹⁰⁸⁷ BGE 137 IV 249 E. 4.5.1.

¹⁰⁸⁸ Art. 36 al 4 Constitution.

eben unantastbar.¹⁰⁸⁹ In Bezug auf die Eigentumsgarantie wird der Kerngehaltschutz teilweise mit der Institutsgarantie gleichgesetzt.¹⁰⁹⁰ Nach überzeugender Auffassung sind die «*menschenrechtlich motivierte Kerngehaltsgarantie und die primär ‚objektivrechtlich‘ begründete Institutsgarantie je eigenständige Rechtsfiguren*».¹⁰⁹¹ Die Institutsgarantie schützt das Eigentum als Herrschaftsrecht schlechthin.¹⁰⁹² In ihrer menschenrechtlichen Dimension schützt die Kerngehaltsgarantie das Eigentum als Basis menschenwürdigen Daseins.¹⁰⁹³ Die Sicherungseinziehung höhlt das Eigentumsrecht als Institution unserer Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung nicht aus. Die als Spezialeinziehung ausgestaltete Sicherungseinziehung bedroht den Betroffenen in aller Regel auch nicht in seinem Dasein. Eingezogen werden ja nur einzelne Gegenstände. Anders zu bewerten ist dies für eine *confiscatio generalis* («*confiscation générale des biens*»)¹⁰⁹⁴ Soweit mit der Einziehung das ganze Vermögen einer Person konfisziert werden kann, ist möglicherweise die Eigentumsordnung in ihren Grundzügen, jedenfalls aber der Einzelne in seiner Existenz bedroht.

- 341 Diese Gefahr besteht vor allem bei ruinösen Ersatzforderungen¹⁰⁹⁵ oder bei der Einziehung ganzer Vermögenskomplexe, die unter der Verfügungsgewalt krimineller Organisationen stehen.¹⁰⁹⁶ Die Sicherungseinziehung kann existenzbedrohende Dimensionen annehmen, wenn ein Haus oder eine Wohnung eingezogen wird,¹⁰⁹⁷ in denen delinquent wurde.¹⁰⁹⁸

8. Enteignung und Entschädigung (Art. 26 Abs. 2 BV)

- 342 Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, werden voll entschädigt (Art. 26 Abs. 2 BV). Soweit der (unbrauchbar gemachte) Deliktsgegenstand dem Täter nicht zurückgegeben wird, führt die Einziehung nach vorliegend vertretener Auffassung dazu, dass der Betroffene enteignet wird und das Eigentum auf den Staat übergeht.¹⁰⁹⁹ Dem Eigentümer des Einzie-

¹⁰⁸⁹ Relativierend GGK BV–SCHWEIZER, Art. 36 N 45 m.H.a. die Zumutbarkeit.

¹⁰⁹⁰ BGE 106 Ia 342, E. 6a; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 2322; SGK BV–VALLENDER/HETTICH, Art. 26 N 51.

¹⁰⁹¹ BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 26 N 23 m.w.H.

¹⁰⁹² BGE 105 Ia 134, E. 3a.

¹⁰⁹³ SCHEFER (2001), 294.

¹⁰⁹⁴ Art. 7 Constitution de la république et du canton de Genève vom 24. Mai 1847: «*La confiscation générale des biens ne peut être établie; le séquestre des biens des accusés et des condamnés contumaces ne peut avoir lieu*», zitiert nach: BAUMANN E. (1907), 20 f.; zur allgemeinen Gütereinziehung (*confiscatio bonorum universalis*) vgl. auch HEIMGARTNER (2011), 274; ferner BÖHLER (1945), 7, Grüter (1895), 14 ff. und LOGOZ (1939), Art. 58 N 1.

¹⁰⁹⁵ BGer, Urteil 6S.479/2006; 6S.482/2006 vom 4. Juli 2007, E. 4.2.; vgl. hier immerhin Art. 71 Abs. 2 StGB.

¹⁰⁹⁶ Vgl. etwa die Debatte um die «vollständige Enteignung» krimineller Organisationen nach Art. 72 StGB (BSK StGB I³–BAUMANN E., Art. 72 N 8); ferner MÜLLER (1993), 7.

¹⁰⁹⁷ BGE 114 IV 98, E. 4.

¹⁰⁹⁸ Zur Einziehung von Grundstücken vgl. vorne N 210 ff.

¹⁰⁹⁹ Vorne N 126 ff.

hungsobjekts wird seine Sache zum Schutz der Sicherheit von Menschen und der öffentlichen Ordnung sowie gegen Entschädigung durch einen Hoheitsakt entzogen und das Eigentum dem Staat übertragen.¹¹⁰⁰ Es liegt deshalb eine *formelle* Enteignung vor.¹¹⁰¹ Enteignungen sind voll zu entschädigen.¹¹⁰² Dies ergibt sich aus der Wertgarantie von Art. 26 Abs. 2 BV.¹¹⁰³ Soweit dies möglich ist, sind eingezogene Gegenstände deshalb zu verwerten und der Verwertungserlös dem Betroffenen herauszugeben.¹¹⁰⁴ Eine *entschädigungslose Enteignung*¹¹⁰⁵ ist somit grundsätzlich ausgeschlossen. Damit ist e contrario auch gesagt, dass keine Entschädigung geschuldet ist, soweit keine Enteignung stattfindet. Werden einem Drogenhändler die beschlagnahmten Betäubungsmittel definitiv weggenommen, stellt dies mangels Eigentümerstellung des Täters keine Enteignung dar.¹¹⁰⁶ Sofern die Betäubungsmittel zu vernichten sind (Art. 24 Abs. 2 BetmG), entfällt eine Entschädigung bereits aus diesem Grund.¹¹⁰⁷ Eine Entschädigung kann auch unterbleiben, wenn eine Verwertung des eingezogenen Gegenstands entweder nicht möglich oder zu aufwendig ist.¹¹⁰⁸ In diesen Fällen erfüllt die Einziehung eine rein pönale Funktion: Das Tatmesser wird dem Täter weggenommen, *weil* er damit eine Person niedergestochen hat. Eine Entschädigung für das eingezogene Messer bekommt er nicht.

Die Lehre und Rechtsprechung gehen weiterhin davon aus, dass Einziehungen nicht zu einem Eigentumsübergang, sondern bloss zu staatlicher Verfügungsmacht führen.¹¹⁰⁹ Folgt man dieser Auffassung, dann stellt sich die Frage, ob die Einziehung eine *entschädigungslos* zu dulden Beschränkung des Eigentums ist, oder ob sie einer Enteignung gleichkommt (materielle Enteignung) und deshalb ebenfalls voll zu entschädigen ist.¹¹¹⁰ Nach st. Rsp. liegt eine *«materielle Enteignung im Sinne von Art. 26 Abs. 2 BV [...] vor, wenn dem Eigentümer der bisherige oder ein voraussehbarer künftiger Gebrauch einer Sache untersagt oder in einer Weise eingeschränkt wird, die besonders schwer wiegt, weil der betroffenen Person eine wesentliche aus dem Eigentum fliessende Befugnis entzogen wird»*.¹¹¹¹ Mit der definitiven Wegnahme einer Sache und der Begründung staatlicher Verfügungsmacht wird dem Konfiskationsbetroffenen der künftige Gebrauch seiner Sache untersagt.

343

¹¹⁰⁰ Definition nach HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 2359; zum Begriff ferner SGK BV–VALLENDER/HETTICH, Art. 26 N 54.

¹¹⁰¹ Wie hier BSK BV–WALDMANN, Art. 26 N 87; a.A. wohl BGE 135 I 209, E. 3.3.1 und BGE 118 Ia 305, E. 6b., dazu BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 26 N 32.

¹¹⁰² BGE 127 I 185, E. 3; SGK BV–VALLENDER/HETTICH, Art. 26 N 57.

¹¹⁰³ BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 26 N 27

¹¹⁰⁴ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 76; Botschaft, BBl 1993 III, 306.

¹¹⁰⁵ STRATENWERTH, AT II² § 13 N 65.

¹¹⁰⁶ Insoweit zustimmungswürdig BGE 132 IV 5, E. 3.4.1.

¹¹⁰⁷ Zur Einziehung von Betäubungsmitteln vgl. vorne N 213 ff.

¹¹⁰⁸ BGE 135 I 209, E. 4.1.

¹¹⁰⁹ BGE 123 IV 55, E. 3a; im gleichen Sinne BGE 132 IV 5, E. 3.4.5; Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 66; SCHULTZ, ZBJV 1978, 328; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, Strafrecht II⁸, 206; widersprüchlich STRATENWERTH, AT II² § 13 N 75, dann aber § 13 N 65.

¹¹¹⁰ SGK BV–VALLENDER/HETTICH, Art. 26 N 59 ff.

¹¹¹¹ BGE 131 II 728, E. 2.

Dies ist eine Einschränkung des Eigentums, die einer Enteignung gleichkommt.¹¹¹² Sie ist deshalb nach den Grundsätzen der materiellen Enteignung ebenfalls voll zu entschädigen.

- 344 Das Bundesgericht ist in seiner älteren Rechtsprechung noch davon ausgegangen, dass polizeilich motivierte Eigentumsbeschränkungen stets entschädigungslos zu dulden seien.¹¹¹³ Gemeint waren damit primär baurechtliche Eigentumsbeschränkungen zur Gefahrenabwehr, wie z.B. ein Bauverbot wegen Lawinengefahr.¹¹¹⁴ Die Sicherungseinziehung ist auch eine polizeilich motivierte Eigentumsbeschränkung. Das Konfiskandum wird eingezogen, weil es eine Gefahr für die Sicherheit von Menschen oder für die öffentliche Ordnung darstellt. Konsequenterweise liess das Bundesgericht deshalb auch in Bezug auf Einziehungen zunächst noch offen, ob der Staat den Verwertungserlös behalten könne.¹¹¹⁵
- 345 Unterdessen geht das Bundesgericht nicht länger davon aus, dass polizeilich motivierte Eigentumsbeschränkungen immer entschädigungslos zu erdulden sind.¹¹¹⁶ Auch in Bezug auf die Einziehung hat es inzwischen klargestellt, dass ein unentgeltlicher Eingriff in das Eigentum nicht weiter gehen dürfe *«als dies zur Erreichung des gesetzlichen Zwecks erforderlich ist, was bei der Einziehung eines Gegenstands dessen Verwertung unter Herausgabe des Nettoerlöses an den Berechtigten gebieten kann»*.¹¹¹⁷ Ohne dass dies die h.L. und Rechtsprechung unter diesem Titel thematisieren, wird die Einziehung heute in der Sache als materielle Enteignung behandelt, die grundsätzlich zu einer vollen Entschädigung führt. Wird kein Verwertungserlös erzielt oder dieser einbehalten, wird die Einziehung zur Vermögensstrafe.¹¹¹⁸ Das Gericht kann die Verwertung des Motorfahrzeugs anordnen und die Verwendung des Erlöses, unter Abzug der Verwertungs- und Verfahrenskosten, festlegen (Art. 90a Abs. 2 SVG). Wenn der Verwertungserlös nicht ausgehändigt wird, liegt darin eine Vermögensstrafe.¹¹¹⁹ Das Motorfahrzeug wird in diesen Fällen eingezogen, *weil* der Täter damit delinquent hat und um ihm ein *«Strafleiden zuzufügen»*,¹¹²⁰ seinen Willen *«zu affizieren»*.¹¹²¹ Wenn die Einziehung als Vermögensstrafe eingesetzt wird, hat dies Auswirkungen auf die Verfahrensregeln (Art. 6 Abs. 2 und 3 EMRK) und ist die über die Einziehung zugefügte

¹¹¹² SGK BV–VALLENDER/HETTICH, Art. 26 N 67.

¹¹¹³ BGE 96 I 350, E. 4.

¹¹¹⁴ SGK BV–VALLENDER/HETTICH, Art. 26 N 61.

¹¹¹⁵ Vgl. BGE 84 IV 6 betreffend die Einziehung gefälschter Goldstücke, wo die Herausgabe des Verwertungserlöses als eine nicht überprüfbare Frage des kantonalen Rechts bezeichnet und offengelassen wurde, ob *«eine vom kantonalen Recht vorgesehene Herausgabe konfiszierter Gegenstände oder ihres Gegenwertes mit Art. 58 StGB vereinbar sei»*; hierzu diff. PIOTET (1995), N 73 und N 86 ; s.a. noch SCHWANDER (1952), N 476.

¹¹¹⁶ BGE 106 Ib 330, E. 4; BGE 135 I 209, E. 3.3.1; zum Ganzen m.w.H. BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 26 N 34.

¹¹¹⁷ BGE 135 I 209, E. 3.3.1. i.f.

¹¹¹⁸ BGE 135 I 209, E. 3.3.2.

¹¹¹⁹ SCHUBARTH, AJP 2005, 532.

¹¹²⁰ STOOS, AT², 246.

¹¹²¹ STOOS (1878), 32;

Vermögenseinbusse bei der Strafzumessung zu berücksichtigen. Ferner kann die Einziehung als Vermögensstrafe nur gegen den Täter angeordnet werden.

N. Verjährung

Kann ein Gegenstand eingezogen werden, auch wenn die Anlasstat bereits verjährt ist? Bejaht man dies, könnte der Staat gefährliche Gegenstände zeitlich unbefristet konfiszieren. Im Gegensatz zur Vermögenseinziehung, welche explizit eine grundsätzlich selbständige Verjährung des Rechts zur Einziehung statuiert (Art. 70 Abs. 3 StGB: sieben Jahre),¹¹²² ist die Verjährung bei der Sicherungseinziehung nicht geregelt. 346

Die Rechtsnatur der Verjährung ist seit Langem umstritten.¹¹²³ Je nach Einordnung ergeben sich für die Einziehung unterschiedliche Konsequenzen: Wenn man die Verjährung als Prozesshindernis ansieht¹¹²⁴ (sog. «formell-rechtliche» Natur der Verjährung), steht deren Eintritt einer Einziehung nicht entgegen, weil sie nur verhindert, dass gegen eine bestimmte Person ein Strafverfahren geführt wird, am Vorliegen einer Straftat objektiv aber nichts ändert. Interpretiert man die Verjährung hingegen als Institut des materiellen Rechts, schwindet das strafrechtliche Unrecht mit zunehmendem Zeitablauf seit der Tat. Nach Ablauf der Verjährungsfrist müsste eine Einziehung dann mangels Anlasstatunrechts ausscheiden. Nach überzeugender Ansicht ist die Verjährung zwar materiell-rechtlich zu interpretieren, jedoch bloss als entfallender Strafanspruch oder objektive Strafbarkeitsbedingung.¹¹²⁵ Trotz Verjährung liegt somit strafrechtlich relevantes Unrecht vor. 347

Ohne sich in Bezug auf die Rechtsnatur der Verjährung festzulegen, hat das Bundesgericht entschieden, dass eine Sicherungseinziehung auch nach Verjährung der Anlasstat möglich sei, sofern der Gegenstand in den Händen des Besitzers gefährlich bleibt.¹¹²⁶ Die Lehre ist in dieser Frage gespalten.¹¹²⁷ So wird insbesondere die Zulässigkeit einer vorwiegend repressiv motivierten Einziehung angezweifelt, wenn die Anlasstat infolge Verjährung gar nicht mehr gerichtlich festgestellt werden kann.¹¹²⁸ Die heute wohl herrschende Meinung hält die Sicherungseinziehung 348

¹¹²² S.a. Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 70–72 N 218 ff.

¹¹²³ BSK StGB I³-ZURBRÜGG, Vor Art. 97 N. 52 ff. m.w.H.

¹¹²⁴ So etwa Schmid EOVG²-SCHMID, N 319.

¹¹²⁵ PK StGB²-TRECHSEL/CAPUS, Vor Art. 97 N 5; zur objektiven Strafbarkeitsbedingung vgl. vorne N 95.

¹¹²⁶ Vgl. den sehr differenzierten BGE 117 IV 233, E. 5d.

¹¹²⁷ Für die Zulässigkeit der Einziehung: Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 37; STRATENWERTH, AT II², § 13 N 62; dagegen GAUTHIER, ZStrR 1977, 370 f.; THORMANN/VON OVERBECK (1940), Art. 71 N 6.

¹¹²⁸ GAUTHIER, ZStrR 1977, 371.

bei Verjährung im Anschluss an BGE 117 IV 233 weiterhin für möglich, solange die Gefährlichkeit weiterhin bestehe.¹¹²⁹

- 349 De lege lata ist diese Lösung konsequent: Stuft man die Sicherungseinziehung mit der heute wohl h.L. als rein präventive Massnahme ein, hindert die Verjährung die Einziehung nicht. Es kommt dann einzig darauf an, ob der Gegenstand *in den Händen des Täters* auch nach der Verjährung noch eine Gefahr darstellte.¹¹³⁰ Selbstverständlich kann auch aufgrund einer verjährten Tat nur eingezogen werden, wenn die Tatbegehung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststeht. Bei Einziehungen, welche an verjährte Taten anknüpfen, hat die einziehende Behörde jedoch der Unschuldsvermutung besondere Sorge zu tragen. Es darf nicht der Eindruck erweckt werden, dass den Betroffenen trotz Verjährung immer noch eine strafrechtliche Schuld treffe.¹¹³¹ Führt man die Einziehung de lege ferenda auf ihren pönalen Kern zurück,¹¹³² dann schlägt die Verjährung der Anlasstat auch auf die Einziehung durch. Weil ein Strafanspruch nicht länger besteht, können nach der Verjährung der Tat keine pönalen Sanktionen, egal ob Geldstrafe oder Konfiskationen, mehr verhängt werden.
- 350 Im «Mordfall von Seewen» wurde die bei der Tat verwendete Winchester Replica nur wenige Monate nach der Verjährung der Taten gefunden. Folgt man dem Bundesgericht und der herrschenden Lehre, dann kann diese Waffe trotz Verjährung grundsätzlich eingezogen werden. Hier würde wohl argumentiert werden, dass trotz Verjährung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststehe, dass ein Tötungsdelikt und damit Anlasstatunrecht vorliege sowie, dass es sich bei der gefundenen Winchester um die Tatwaffe handle. Zusätzlich müsste aber nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nachgewiesen werden, dass die Waffe in den Händen des Eigentümers weiterhin eine Gefahr darstellen. Dieser Nachweis fortbestehender Gefährdung kann nicht geführt werden, da der Eigentümer unbekannt Aufenthaltsort ist. Eine strafrechtliche Einziehung muss deshalb unterbleiben. Aus Sicht der Unschuldsvermutung äusserst heikel war in casu, dass der Eigentümer der Waffe als möglicher Täter mit den verjährten Straftaten in Zusammenhang

¹¹²⁹ Botschaft, BBl 1993 III, 306; PK StGB²-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Vor Art. 69 N 12; entgegen TRECHSEL/JEAN-RICHARD kommt es jedoch nicht auf die Gefährlichkeit des Gegenstands, sondern darauf, ob er in Täterhänden eine Gefahr darstellt.

¹¹³⁰ So BGE 117 IV 233, E. 5d.

¹¹³¹ EGMR Urteil i.S. Peltreau-Villeneuve gg. die Schweiz (60101/09) vom 28. Oktober 2014, Ziff. 31, diesen Grundsatz bekräftigend, zugleich aber auch die Gefährdung der Unschuldsvermutung verharmlosend BGE 117 IV 233, E. 3, wonach eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 2 EMRK nicht vorliege, weil die Einziehung hier selbständig erfolge.

¹¹³² Nach vorliegend vertretener Auffassung ist die Einziehung grundsätzlich als pönale Massnahme einzustufen: Sie ist eine im Strafgesetzbuch geregelte Sanktion, knüpft an eine Straftat an und wird vom Betroffenen als Strafe empfunden. Nur sofern sie sich ausnahmsweise gegen Schuldunfähige richtet, kann sie diese Straffunktion nicht wahrnehmen.

Die ihr zugeschriebenen *präventiven* Funktionen kann die Sicherungseinziehung nicht erfüllen: Nicht Gegenstände, sondern Menschen sind gefährlich. Die Einziehung eines Gegenstands kann diese Gefahr deshalb nicht bannen. Hinzu kommt, dass dem Betroffenen entweder gleichartige Gegenstände bereits zur Verfügung stehen (z.B. Autos, Mobiltelefone etc.) oder er sich solche aus dem Verwertungserlös wiederbeschaffen kann (Messer etc.). Vgl. hinten N 332 ff.

gebracht wurde.¹¹³³ Stuft man die Einziehung als pönale Sanktion ein, kann sie hier nicht mehr angeordnet werden: Genauso wenig wie der Täter für den Fünffachmord heute noch zur Verantwortung gezogen werden dürfte, könnte die Waffe strafrechtlich eingezogen werden.

O. Konkurrenz

Nicht selten sind die Tatbestandsvoraussetzungen verschiedener Einziehungsnormen erfüllt. Dann stellt sich die Frage, nach welcher Bestimmung zu konfiszieren ist. 351

1. Sicherungseinziehung – Vermögenseinziehung

In welchem Verhältnis steht die Sicherungseinziehung zur Vermögenseinziehung? Diese Frage ist nicht nur von akademischem Interesse. Die Ratio der *Sicherungseinziehung* soll zumindest nach herrschender Rechtsprechung und Lehre in der Beseitigung gefährlicher Gegenstände liegen.¹¹³⁴ Kann der Betroffene nicht mehr über die Gegenstände verfügen, ist das Sicherungsinteresse gewahrt. Will man die Sicherungseinziehung nicht unter der Hand zur Vermögensstrafe machen, ist es weder notwendig noch zulässig, ihm auch den Wert des Gegenstands vorzuenthalten.¹¹³⁵ Der Verwertungserlös ist deshalb auszuhändigen. Mit der *Vermögenseinziehung* soll der Grundsatz durchgesetzt werden, dass sich Delinquenz nicht lohnt.¹¹³⁶ Hier geht es somit gerade darum, dem Betroffenen den deliktsverstrickten Vermögenswert auch wertmässig vollständig zu entziehen. 352

Nach herrschender Lehre geht die Sicherheitseinziehung der Vermögens- einziehung vor.¹¹³⁷ Dahinter steckt wohl der Gedanke, dass soweit ein polizeiliches Interesse daran besteht, einen gefährlichen Gegenstand aus dem Verkehr zu ziehen, dieses Sicherungsinteresse Vorrang haben muss. Bereits im Parlament wurde darauf hingewiesen, dass «alles, was im Sinne der Gefährdung der öffentlichen Ordnung gefährlich bleibt», zur Sicherung eingezogen werde, «alles, was 353

¹¹³³ Zum Ganzen KIEFER, Neue Erkenntnisse zum Mordfall Seewen, NZZ, 29. Oktober 1996, 20.

¹¹³⁴ BGE 137 IV 249, E. 4.4; STRATENWERTH, AT IP², § 13 N 57 f.; zum Konzept des gefährlichen Gegenstands z.R. krit. bereits OETKER, GS 1926, 40, wonach «allein ein Gegenstand an sich ist im Grunde niemals gefährlich, nur eine Situation kann gefährlich sein, in die der Gegenstand verbracht worden [...] ist. »; s.a. ESER (1969), 261.

¹¹³⁵ Das Bundesgericht hebt hervor, dass es bei der Sicherungseinziehung nicht darum geht, den Veurteilten am Vermögen zu schädigen, indem ihm der Verwertungserlös vorenthalten wird und die Sicherungseinziehung damit zu einer «zusätzlichen Vermögensstrafe» gemacht wird; vgl. BGE 135 I 209, E. 3.3.2. i.f.; siehe bereits OG Bern, ZBJV 1945, S. 140.

¹¹³⁶ St. Rsp., vgl. nur BGE 139 IV 209, E. 5.3; vgl. bereits BGE 71 IV 139, E. 8 sowie STOOSS (1878), 48.

¹¹³⁷ PIOTET (1995), N 372; Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 15.

*nicht gefährlich ist, auf der Grundlage von Art. 59», also der Vermögenseinziehung konfisziert werde.*¹¹³⁸

- 354 Die mehrheitlich postulierte kategorische Vorrangstellung der Sicherungseinziehung ist nur in wenigen Fällen durchzusetzen: So sind illegale Betäubungsmittel, obwohl sie zweifellos auch einen Vermögenswert haben, primär das Produkt eines deliktischen Herstellungsprozesses (Art. 19 Abs. 1 lit. a BetmG) und deshalb nach Art. 69 StGB sicherungshalber einzuziehen.¹¹³⁹ Die Sicherungseinziehung muss hier vorgehen.
- 355 Über weite Strecken vollzieht sich die Abgrenzung der Sicherungseinziehung von der Vermögenseinziehung nicht kategorisch, sondern über das konkrete *Einziehungsobjekt*. Der Sicherungseinziehung unterliegen nur körperliche Sachen¹¹⁴⁰; die Vermögenseinziehung erstreckt sich in den meisten Fällen auf Unkörperliches, wie Forderungen in Gestalt von Buchgeld (Bankguthaben etc.). Als Faustregel unterliegen Gegenstände deshalb der Sicherungseinziehung, (unkörperliche) Vermögenswerte der Vermögenseinziehung. Gerade Vermögenswerte können aber auch in körperlicher Form anfallen, z.B. nicht vermischtes Bargeld in einer *«für den Drogenhandel üblichen Stückelung»*.¹¹⁴¹ Hier lassen sich Sicherungs- und Vermögenseinziehung nicht über das Einziehungsobjekt abgrenzen. Da Bar- und Buchgeld *«im Regelfall an sich nicht gefährlich»* seien, komme hier nur die Vermögenseinziehung in Betracht.¹¹⁴² Dem ist im Resultat, nicht aber in der Begründung zuzustimmen. Auch bei der Tat verwendete Schuss- oder Hiebwaren sind nicht *«an sich»* gefährlich. Gleichwohl können sie zur Sicherung eingezogen werden, wenn sie in den Händen des Täters weiterhin eine Gefahr darstellen. Entscheidend ist die Gefährlichkeit des Täters, nicht des Einziehungsgegenstands. Der Grund, weshalb der Erlös aus Drogenhandel nicht der Sicherungseinziehung unterliegt, ist nicht die (auch hier) fehlende Gefährlichkeit, sondern der Umstand, dass dieses Geld weder *«zur Begehung einer Straftat gedient»* hat noch durch eine *«Straftat hervorgebracht»* worden ist (Art. 69 StGB).
- 356 Eine kumulative Anwendung von Sicherungs- und Vermögenseinziehung soll in Betracht kommen, wenn ein gefährlicher Gegenstand aus Deliktserlös angeschafft wurde.¹¹⁴³ Dies träfe etwa zu, wenn die Waffe für einen Raubüberfall aus Drogenlös angeschafft wurde. Bei genauer Betrachtung kommt hier primär die Sicherungseinziehung in Betracht. Die Waffe kann zur Sicherung eingezogen werden, weil und soweit sie in den Händen des Täters weiterhin eine Gefahr darstellt. Sie unterliegt nicht kumulativ der Vermögenseinziehung. Die Waffe stellt zwar ein Surrogat für den Drogenlös dar, da dieses infolge Sicherungseinziehung aber

¹¹³⁸ AmtlBull SR 1993, 981.

¹¹³⁹ Zur Einziehung von Betäubungsmitteln vgl. vorne N 213 ff.

¹¹⁴⁰ PC CP, Art. 69 N 4; SCHULTZ, ZBJV 1978, 310; BAUMANN E. (1907), 89; zum Begriff des Gegenstands in Abgrenzung zur Sache a.a.O., 90.

¹¹⁴¹ BGer, Urteil 6B_684/2012 vom 15. Mai 2013, Sachverhalt Lit. A.

¹¹⁴² Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 15.

¹¹⁴³ So Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 70–72 N 12 und Art. 69 N 76.

nicht mehr vorhanden ist, ist insoweit eine Ersatzforderung auszufüllen (Art. 71 Abs. 1 StGB). Zur Deckung dieser Ersatzforderung kann jedoch der Erlös aus der Verwertung der zur Sicherung eingezogenen Waffen verwendet werden.

2. Sicherungseinziehung – Einziehung von Vermögenswerten einer kriminellen Organisation (Art. 72 StGB)

Die Einziehung von Vermögenswerten, die der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegen, soll der Sicherungseinziehung vorgehen.¹¹⁴⁴ Art. 72 StGB kann nämlich auch die Einziehung von Gegenständen umfassen, die als Einziehungsobjekte eigentlich der Sicherungseinziehung nach StGB Art. 69 unterlägen, so etwa ein Fahrzeug, das von der kriminellen Organisation zum Drogentransport verwendet wurde.¹¹⁴⁵ Die Anwendung der Sicherungseinziehung neben oder anstatt der Einziehung gemäss Art. 72 StGB würde hier zu einem unnötigen Leerlauf führen: Wird das Kurierfahrzeug der kriminellen Organisation nämlich nach Art. 69 StGB eingezogen und verwertet, müsste der Verwertungserlös herausgegeben werden. Da der Verwertungserlös jedoch wiederum der Verfügungsmacht der kriminellen Organisation unterläge, wäre dessen erneute Einziehung gemäss Art. 72 StGB möglich. Es ist daher legitim, Art. 69 StGB als subsidiär zu Art. 72 StGB zu betrachten. Bei einer Einziehung nach Art. 72 StGB ist zwar die künftige Gefährlichkeit des Einziehungsobjekts nicht mehr nachzuweisen, dafür müsste die Verfügungsmacht der kriminellen Organisation bewiesen werden.¹¹⁴⁶ Entgegen Niklaus Schmid¹¹⁴⁷ muss die Verhältnismässigkeit der Einziehung auch hier nachgewiesen werden. 357

3. Sicherungseinziehungen im Allgemeinen und Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs

Art. 69 StGB ordnet pauschal an, dass Gegenstände, die zur Begehung einer Straftat gedient haben oder bestimmt waren oder die durch eine Straftat hervorgebracht worden sind, einzuziehen sind, wenn diese Gegenstände die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden. Daneben gibt es im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs zahlreiche spezielle Einziehungsbestimmungen. So werden Gewaltdarstellungen (Art. 135 Abs. 2 StGB) und pornografische Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen, Abbildungen und andere Gegenstände solcher Art eingezogen (Art. 197 Abs. 6 StGB). Falschgeld sowie falsche 358

¹¹⁴⁴ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 70-72 N 12 und N 129.

¹¹⁴⁵ So auch HIRSIG-VOUILLOZ, AJP 2007, 1394; SCHMID, ZStrR 1995, 346; Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 70-72 N 129.

¹¹⁴⁶ HIRSIG-VOUILLOZ, AJP 2007, 1394; SCHMID, ZStrR 1995, 346; Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 70-72 N 129.

¹¹⁴⁷ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 70-72 N 129.

(Wert-)Zeichen, Masse und Gewichte unterliegen ebenfalls der Einziehung (Art. 249 StGB).

- 359 Wendet man in Bezug auf die Einziehungsbestimmungen die allgemeinen Konkurrenzregeln an, dann müssten die spezielleren Konfiskationsbestimmungen des besonderen Teils Art. 69 StGB eigentlich verdrängen. Die *Spezialität* setzt jedoch definitionsgemäss voraus, dass der speziellere den allgemeineren Tatbestand «*erstens komplett in sich einschliesst und zweitens noch mindestens eine weitere Tatbestandsvoraussetzung enthält*»¹¹⁴⁸. Dies trifft auf die Einziehungsbestimmungen des besonderen Teils aber gerade nicht zu. Im Unterschied zur allgemeinen Einziehungsbestimmung von Art. 69 StGB ist nach den besonderen Einziehungsnormen keine künftige *Gefährdung* vorausgesetzt. Teilweise wird deshalb postuliert, dass die Gefährdung hier nicht zu prüfen¹¹⁴⁹ sei resp. unwiderlegbar vermutet werde.¹¹⁵⁰ Nach anderer Ansicht soll bei den *producta sceleris* tendenziell auf den Gefährdungsnachweis verzichtet werden können, da deren Entstehung und Existenz von der Rechtsordnung verpönt sei. Dies gelte insbesondere für Gegenstände, die gar nicht anders als deliktisch verwendet werden können, wie Radarwarngeräte oder Drogen.¹¹⁵¹ Im Umkehrschluss ist nach dieser Meinung bei den *Deliktinstrumenten* weiterhin nachzuweisen, dass sie auch künftig in den Händen des Täters eine Gefahr darstellen.
- 360 Die referenzierten Meinungen überzeugen aus konkurrenztheoretischer Sicht nicht. Art. 69 StGB statuiert mit der Gefährdung eine zusätzliche Voraussetzung, weshalb sie insoweit die speziellere Norm ist. Hinzu kommt, dass wenn ausschliesslich auf die Einziehungsbestimmungen des besonderen Teils abgestellt wird, dies zu einer Schlechterstellung des Täters führte. Die für den Täter mildere, weil zusätzlich von einem Gefährdungsnachweis abhängige Sicherungseinziehung wäre nicht anwendbar. Der Nachweis der Gefährdung ist de lege lata somit in jedem Fall unentbehrlich. Das eigentliche Problem ist hier die Gefährdung als Einziehungsvoraussetzung als solche. Wie bereits dargelegt, sind Menschen gefährlich und nicht Gegenstände.¹¹⁵² Eine Gefahr stellen Einziehungsgegenstände nur in den Händen rückfallbedrohter Täter dar. Das gilt selbst für die herkömmlicherweise sog. absolut gefährlichen Gegenstände,¹¹⁵³ die «*gar nicht anders als deliktisch verwendet werden können, z.B. Radarwarngeräte, aber auch verbotene Drogen*»¹¹⁵⁴. Auch hier gründet die Einziehung bei genauer Betrachtung nicht darauf, dass diese Gegenstände per se gefährlich sind. Das Fortbestehen der Gefahr lässt sich hier lediglich leichter nachweisen, weil meist bereits der Besitz solcher Gegenstände eine Straftat darstellt. Nach vorliegend vertretener Auffassung sollte de lege ferenda in Art. 69 StGB auf die Gefährlichkeit als Einziehungsvoraussetzung

¹¹⁴⁸ So für die Konkurrenz der Straftatbestände EICKER, ius.full 2003, 148.

¹¹⁴⁹ BGE 89 IV 62, E. 1c; ähnlich STRATENWERTH, AT II², § 13 N 70.

¹¹⁵⁰ GAUTHIER, ZStR 1977, 367; SCHULTZ, ZBJV 1978, 307.

¹¹⁵¹ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 60.

¹¹⁵² So bereits OETKER, GS 1926, 40.; s.a. ESER (1969), 261.

¹¹⁵³ Kritik zu den sog. absolut und relativ gefährlichen Gegenständen vorne N 268 ff.

¹¹⁵⁴ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 60.

verzichtet werden. Die Einziehung würde so auf ihren ursprünglichen pönalen Gedanken zurückgeführt, dass ein Tatwerkzeug oder –produkt eingezogen wird, *weil* damit delinquent wurde. Dieser Gedanke ist bei den hier diskutierten Einziehungstatbeständen des besonderen Teils bereits verwirklicht: Fälschungen sind einzuziehen, *weil* sie das Produkt einer Straftat sind. Bei der harten Pornografie stellt sogar das Belassen des Besitzes als solcher eine Straftat dar (Art. 197 Abs. 5 StGB), welche die Einziehung trägt.

4. Kern- und nebenstrafrechtliche Sicherungseinziehung

Einziehungsbestimmungen finden sich nicht nur im allgemeinen (Art. 69) und besonderen (Art. 135 Abs. 2; Art. 197 Abs. 6; Art. 249) Teil des Strafgesetzbuchs, sondern sehr zahlreich auch im eidgenössischen und kantonalen Nebenstrafrecht.¹¹⁵⁵ Teilweise werden dem Nebenstrafrecht auch noch die Strafbestimmungen verwaltungsrechtlicher Erlasse gegenübergestellt, deren Verletzung ebenfalls in Einziehungen münden kann.¹¹⁵⁶ Diese können jedoch grundsätzlich dem Nebenstrafrecht zugerechnet werden: So wird die Beschlagnahme und Vernichtung gesundheitsgefährdender Heilmittel gesetzlich zwar als «Verwaltungsmassnahme» eingestuft,¹¹⁵⁷ dennoch liegt in solchen Fällen in aller Regel auch eine nebenstrafrechtliche Anlasstat vor.¹¹⁵⁸ 361

Für das Nebenstrafrecht gilt zunächst Art. 333 Abs. 1 StGB,¹¹⁵⁹ wonach die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs auf *Taten*, die in andern Bundesgesetzen mit Strafe bedroht sind, insoweit Anwendung finden, als diese Bundesgesetze nicht selbst Bestimmungen aufstellen. Die Verletzung von Strafbestimmungen des Nebenstrafrechts können mit anderen Worten *Anlasstaten* für die Sicherungseinziehung sein, soweit in den spezielleren Bundesgesetzen nichts Abweichendes statuiert ist.¹¹⁶⁰ So unterliegen die Produkte unerlaubter Betäubungsmittelherstellung der kernstrafrechtlichen Sicherungseinziehung: Anlass- 362

¹¹⁵⁵ Für eine spezialgesetzliche Einziehungsbestimmung des Bundesrechts vgl. etwa Art. 31 Abs. 3 WG oder Art. 104 ZollG; für kantonale Einziehungsbestimmungen siehe etwa Art. 32 Gesetz des Kantons Bern über Jagd und Wildtierschutz (JWG) vom 25. März 2002; Art. 32 Abs. 2 Satz 2 der Jagdverordnung des Kantons Bern vom 26. Februar 2001; zahlreiche weitere Hinweise bei Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 17 ff.

¹¹⁵⁶ Vgl. SCHMID (2007), Art. 69 N 19, jedoch m.H.a. Bundesgesetze (Strassenverkehrsgesetz, Betäubungsmittelgesetz, Waffengesetz etc.), die nach herkömmlichem Verständnis gerade dem Nebenstrafrecht zugerechnet werden (vgl. etwa STRATENWERTH, AT I⁴, § 19). Zum Nebenstrafrecht im Allg. BSK StGB II²–WIPRÄCHTIGER, Art. 333 N 8 f.

¹¹⁵⁷ Vgl. Art. 66 Abs. 2 lit. d Heilmittelgesetz (Beschlagnahme, Verwahrung und Vernichtung gesundheitsgefährdender Heilmittel), welcher unter der Abschnittsüberschrift *Verwaltungsmassnahmen* steht.

¹¹⁵⁸ Vgl. nur schon Art. 86 HMG, der sowohl den vorsätzlich als auch den fahrlässig sorgfaltpflichtwidrigen Umgang mit Heilmitteln verletzt.

¹¹⁵⁹ SCHULTZ, ZBJV 1978, 307.

¹¹⁶⁰ Noch weitergehend (weil nicht auf nebenstrafrechtliche Anlasstaten einschränkend) Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 N 17.

tat ist die Verletzung einer nebenstrafrechtlichen Bestimmung (Art. 19 Abs. 1 lit. a BetMG), mangels einer allgemeinen Regelung zur Sicherungseinziehung im Betäubungsmittelgesetz, gelten die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs (Art. 333 Abs. 1 StGB und insofern unnötig wiederholend Art. 26 StGB¹¹⁶¹).

- 363 Verschiedene nebenstrafrechtliche Bundesgesetze enthalten *eigene* Einziehungsbestimmungen. Deren Verhältnis zur kernstrafrechtlichen Sicherungseinziehung soll nach den allgemeinen Vorranggrundsätzen, *lex posterior derogat legi priori* und *lex specialis derogat legi generali*, zu bestimmen sein.¹¹⁶² So regelt etwa Art. 90a SVG die Einziehung und Verwertung von Motorfahrzeugen. Das Verhältnis dieser Einziehungsbestimmung zu Art. 69 StGB ist komplex. Einerseits ist die strassenverkehrsgesetzliche Einziehung milder, weil sie bloss fakultativ anzuordnen ist («Das Gericht kann die Einziehung von Motorfahrzeugen anordnen [...]»). Andererseits ist Art. 90a SVG die speziellere Norm, da sie sich nur auf *Motorfahrzeuge* bezieht. Sie ist auch insofern spezieller als die *Anlasstaten* und die *Gefährdungsprognose* enger gefasst sind als in Art. 69 StGB: Nur in skrupelloser Weise begangene grobe Verkehrsregelverletzungen können zur Anwendung von Art. 90a SVG führen.¹¹⁶³ Ferner kann sie nur zur Anwendung kommen, wenn der Täter durch die Einziehung von weiteren groben Verkehrsregelverletzungen abgehalten werden kann. Mit anderen Worten können nur drohende schwere Verkehrsdelikte und nicht bereits eine allgemeine Gefährdung der Sicherheit von Menschen oder der öffentlichen Ordnung zur Einziehung führen. Schliesslich ist Art. 90a SVG auch in Bezug auf die *Rechtsfolgen* die strengere Bestimmung, da das Gericht die Verwendung des Verwertungserlöses gemäss Absatz 2 frei festlegen kann.¹¹⁶⁴ Nach der (Fehl-)Vorstellung des Gesetzgebers soll dem Täter auch der nach Abzug der Verwertungs- und Verfahrenskosten noch verbleibende sog. *Nettoverwertungserlös* vorenthalten werden können. Eine derart weitgehende Einschränkung der Eigentumsfreiheit ist vom Sicherungsgedanken der Konfiskation nicht mehr getragen. Sie ist deshalb nur zu rechtfertigen, wenn man zugleich den pönalen Charakter dieser entschädigungslosen Enteignung anerkennt. Art. 90a Abs. 2 SVG führt insoweit zu einer Nebenstrafe am Vermögen,¹¹⁶⁵ die bei der Strafzumessung mitzuberocksichtigen ist.¹¹⁶⁶ Für das Konkurrenzverhältnis bedeutet dies zusammenfassend, dass die kernstrafrechtliche Sicherungseinziehung (Art. 69 StGB) anwendbar bleibt, soweit die spezielleren Voraussetzungen von Art. 90a SVG nicht anwendbar sind. Soweit die strengen Voraussetzungen erfüllt sind, «kann»

¹¹⁶¹ Gleich SHK BetmG–ALBRECHT, Art. 26 N 1.

¹¹⁶² TRECHSEL, StGB², Art. 58 N 16; s.a. BGE 117 IV 336, E. 2.

¹¹⁶³ BGE 140 IV 133, E. 3.4; BGE 139 IV 250; E. 2.3.3. Zur Lösung der Problematik, dass die grobe Verkehrsregelverletzung nach Art. 90 Abs. 2 SVG nach ständiger Rechtsprechung subjektiv bereits ein rücksichtsloses oder sonst schwerwiegend verkehrswidriges Verhalten (BGE 131 IV 133, E. 3.2) voraussetzt, wird von BAUMANN F./STENGEL, Jusletter 2013, N 7 ff., überzeugend vorgeschlagen, die Einziehung nach Art. 90a SVG zu beschränken *auf grobe Verkehrsregelverletzungen i.S.v. Art. 90 Abs. 2 SVG, welche unter den Tatbestand der Gefährdung des Lebens fallen würden*.

¹¹⁶⁴ OG ZH, ZR 2015 Nr. 6, S. 33.

¹¹⁶⁵ WOHLERS, fp 2014b, 28; ähnlich SCHUBARTH, AJP 2005, 532.

¹¹⁶⁶ Für D vgl. NK StGB⁴–SALIGER, Vor §§ 73 N 7.

das Gericht von seinem Einziehungsrecht nach Art. 90a SVG Gebrauch machen. Wenn es hierbei auch den Nettoverwertungserlös einziehen möchte, ist dies auf die Strafe anzurechnen.

Der bundesgerichtliche Leitentscheid zum Verhältnis von kern- und nebenstrafrechtlichen Konfiskationsbestimmungen (BGE 117 IV 336) betrifft die Einziehung von Kriegsmaterial. Zum damaligen Zeitpunkt enthielt das Kriegsmaterialgesetz noch eine Einziehungsbestimmung: Ist eine Widerhandlung festgestellt, so ist, wenn nicht besondere Gründe entgegenstehen, ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person die Einziehung des betreffenden Kriegsmaterials durch den Richter zu verfügen (Art. 20 Abs. 1 KMG). Das eingezogene Kriegsmaterial verfällt dem Bunde (Abs. 2). Das Bundesgericht entschied, dass Kriegsmaterial im Falle der Widerhandlung gegen das Kriegsmaterialgesetz nach dessen Art. 20 unabhängig davon eingezogen werden könne, ob eine erneute Widerhandlung gegen das KMG hinreichend wahrscheinlich ist.¹¹⁶⁷ M.a.W. hielt es fest, dass keine Gefährdungsprognose zu stellen sei, weil die kriegsmaterialgesetzliche Bestimmung der kernstrafrechtlichen Sicherungseinziehung vorgehe. 364

Der Entscheid ist nur schwer verständlich. Zunächst wird argumentiert, dass der Nachweis künftiger Gefährdung bei der Einziehung nach Kriegsmaterialrecht nicht notwendig sei. Verwiesen wird hierzu auf die Einziehungsbestimmungen des besonderen Teils des Strafgesetzbuchs, die ebenfalls keinen Gefährdungsnachweis verlangten. Dann wird jedoch eingeräumt, dass diese Einziehungsbestimmungen des besonderen Teils Gegenstände (z.B. Fälschungen) betreffen, welche nicht legal handelbar seien und die öffentliche Ordnung deshalb eo ipso gefährdeten. Eine solche absolute Gefährdung fehle bei Kriegsmaterial, da dieses bei Vorliegen der entsprechenden Bewilligung legal handelbar sei. Dennoch sei es jedenfalls dann sachlich gerechtfertigt auf einen Gefährdungsnachweis zu verzichten, wenn es bei der festgestellten Widerhandlung um vorsätzlichen illegalen Handel mit Kriegsmaterial gehe.¹¹⁶⁸ Es ist nicht ersichtlich, welchen Einfluss der Vorsatz der Handelnden auf die Einziehungsnotwendigkeit bei Kriegsmaterial haben soll. Der Bundesgerichtsentscheid ist wohl so zu verstehen, dass bei vorsätzlicher Widerhandlung gegen das Kriegsmaterialgesetz eher davon auszugehen ist, dass solche Waffen in den Händen des Täters auch künftig eine Gefahr darstellen. Dann aber würde mittelbar genau wieder derjenige Gefährdungsnachweis verlangt, den der Entscheid eigentlich für entbehrlich erklärt. 365

Auch hier gilt das im vorangegangenen Kapitel Ausgeführte. Der Gefährdungsnachweis in Art. 69 StGB ist eine zusätzliche und insofern konfiskationseinschränkende Voraussetzung. Indem das Bundesgericht die Sicherungseinziehung des allgemeinen Teils hier für unanwenbar erklärt, hat es eine spezialgesetzliche Sanktion zu Lasten des Täters ausgeweitet. *De lege lata* ist der Gefährdungsnachweis deshalb auch im Verhältnis von neben- zu kernstrafrechtlichen Einziehungsbestimmungen unentbehrlich. *De lege ferenda* kann auf die künftige Gefährdung 366

¹¹⁶⁷ BGE 117 IV 336, Regeste.

¹¹⁶⁸ BGE 117 IV 336, E. 2b.

als Einziehungsvoraussetzung verzichtet und die Konfiskation auf ihren pönalen Gedanken zurückgeführt werden. Dann könnte auch Kriegsmaterial nur schon deshalb eingezogen werden, *weil* damit gegen eine nebenstrafrechtliche Strafnorm verstossen wurde. Ob man den Nettoverwertungserlös auch noch einbehält oder ihn weiterhin aushändigt, hinge dann davon ab, ob man die Einziehung zusätzlich zur Wegnahme des deliktsverstrickten Gegenstands auch noch zur Nebenstrafe am Vermögen machen will.

5. Straf- und zivilrechtliche Einziehung

- 367 Diverse immaterialgüterrechtliche Erlasse kennen einen *Einziehungsdualismus* von straf- und zivilrechtlicher Einziehung.¹¹⁶⁹ Dieses historisch beründete Nebeneinander von straf- und zivilrechtlichen Bestimmungen soll zumindest im Designrecht keine grosse praktische Bedeutung haben, da oft Hemmungen bestünden, strafrechtlich vorzugehen. Wird dies aber dennoch getan, dann mit dem Zweck, die Gegenpartei unter Druck zu setzen oder um über die staatsanwaltschaftlichen Zwangsmassnahmenbefugnisse leichter an Belastungsbeweise zu gelangen.¹¹⁷⁰
- 368 Art. 36 Designgesetz bestimmt unter dem Titel «*Einziehung im Zivilverfahren*», dass das Gericht die Einziehung und Verwertung oder Vernichtung widerrechtlich hergestellter Gegenstände anordnen kann. Mit dieser Bestimmung soll einerseits der Grundsatz durchgesetzt werden, dass sich rechtswidriges Verhalten nicht lohnen darf, andererseits soll sie dem Verletzten den ausschliesslichen Genuss seines Immaterialguts sichern.¹¹⁷¹ Art. 44 Designgesetz steht unter der Überschrift «*Einziehung im Strafverfahren*» und bestimmt, dass das Gericht selbst im Falle eines Freispruchs die Einziehung oder Vernichtung widerrechtlich hergestellter Gegenstände anordnen kann. Diese Norm überschneidet sich mit der kernstrafrechtlichen Sicherungseinziehung, setzt jedoch im Gegensatz zur Art. 69 StGB keine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, Ordnung oder Sittlichkeit voraus.¹¹⁷² Trotz fehlender gesetzlicher Grundlage wird der kernstrafrechtliche Gefährdungsnachweis offenbar auch bei der strafrechtlichen Einziehung nach Designgesetz für verbindlich gehalten. Von Designobjekten, die in Verletzung von subjektiven Rechten des Designinhabers hergestellt wurden, gehe in der Regel jedoch keine Gefährdung für Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung aus. Daraus wird der Schluss gezogen, dass die Einziehung designrechtsverletzender Erzeugnisse sich praktisch alleine nach der zivilrechtlichen Einziehungsbestimmung von Art. 44 DesG richte.¹¹⁷³ Dem ist im Ergebnis zuzustimmen, da der Gefährdungsnachweis, wie bereits dargelegt, *de lege lata* unumgänglich ist.

¹¹⁶⁹ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 N 20.

¹¹⁷⁰ Zum Ganzen SHK DesG-STUTZ/BEUTLER/KÜNZI, Vorbem. Art. 41 ff. N 1.

¹¹⁷¹ OFK DesG²-HEINRICH, Art. 36 N 1.

¹¹⁷² Hierzu OFK DesG²-HEINRICH, Art. 44 N 3.

¹¹⁷³ OFK DesG²-HEINRICH, Art. 44 N 3; gleich DesG-ZÜLLIG/CELLI, Art. 44 N 5.

In den Art. 66 ff. des Patentgesetzes werden gemeinsame Bestimmungen für den zivil- und strafrechtlichen Schutz aufgestellt («*doppelfunktionelle Norm*»)¹¹⁷⁴. Nach Art. 69 PatG kann der Richter die Einziehung widerrechtlich hergestellter Erzeugnisse oder der vorwiegend zu ihrer Herstellung dienenden Einrichtungen, Geräte und sonstigen Mittel anordnen. Diese Bestimmung überschneidet sich mit der strafrechtlichen Sicherungseinziehung, welche parallel anwendbar ist (Art. 333 Abs. 1 StGB und Art. 83 PatG).¹¹⁷⁵ Auf den Gefährdungsnachweis nach Art. 69 StGB kann somit auch bei strafrechtlichen Einziehungen im Gefolge von Patentverletzungen nicht verzichtet werden.

Art. 57 des Markenschutzgesetzes regelt die «*Einziehung im Zivilverfahren*». Danach kann der Richter unter anderem die Einziehung von Gegenständen anordnen, die widerrechtlich mit einer Marke oder einer Herkunftsangabe versehen sind (Abs. 1). Zweck dieser zivilrechtlichen Einziehungsnorm sei nicht nur die Beseitigung rechtswidriger Verletzungen, sondern auch die generalpräventive Verhinderung zukünftiger Markenrechtsverletzungen.¹¹⁷⁶ In Bezug auf die «*Einziehung im Strafverfahren*» erklärt Art. 68 MSchG die Sicherungseinziehung (Art. 69 StGB) für anwendbar, bestimmt aber immerhin noch, dass ein widerrechtlich mit einer Marke oder einer Herkunftsangabe versehener Gegenstand als Ganzes eingezogen werden kann. Zwischen den zivil-, straf- und verwaltungsrechtlichen Rechtsbehelfen bestehe «*Anspruchskonkurrenz*».¹¹⁷⁷ Mit dem Verweis auf die Sicherungseinziehung in Art. 69 StGB steht auch fest, dass (zumindest noch *de lege lata*) ein Gefährdungsnachweis zu erbringen ist.¹¹⁷⁸

Auch das Urheberrechtsgesetz kennt eine «*Einziehung im Zivilverfahren*». Nach Art. 63 URG kann das Gericht die Einziehung widerrechtlich hergestellter Gegenstände oder der vorwiegend zu ihrer Herstellung dienenden Einrichtungen anordnen (Abs. 1).¹¹⁷⁹ Ausgenommen sind ausgeführte Werke der Baukunst (Abs. 2). Zur «*Einziehung im Strafverfahren*» bestimmt Art. 72 URG, dass ausgeführte Werke der Baukunst auch nicht nach Artikel 69 des Strafgesetzbuches eingezogen werden können. Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass alle anderen Werke auch nach Art. 69 StGB eingezogen werden können.¹¹⁸⁰ Auch hier gilt, dass der Gefährdungsnachweis in jedem Fall unentbehrlich ist.¹¹⁸¹

¹¹⁷⁴ PatG²–HEINRICH, Art. 66 N 1.

¹¹⁷⁵ PatG²–HEINRICH, Art. 69 N 1 f.

¹¹⁷⁶ SHK MSchG–STAUB, Art. 57 N 1.

¹¹⁷⁷ SHK MSchG–STAUB, Vorb. Art. 52–60 N 3.

¹¹⁷⁸ A.A., allerdings mit der unzutreffenden Begründung, dass die Gefährdung bei *producta sceleris* vermutet werde, SHK MSchG–RÜETSCHI, Art. 68 N 10.

¹¹⁷⁹ Dazu im Detail SHK URG²–MÜLLER, Art. 63 N 1 ff.

¹¹⁸⁰ SHK URG²–DAVID, Art. 72 N 23.

¹¹⁸¹ A.A. SHK URG²–DAVID, Art. 72 N 17.