

Dis 5537
Die Einziehung
im schweizerischen Strafrecht
(Art. 58 und 58bis)

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte
an der Hohen Juristischen Fakultät der Universität Basel

eingereicht von

Jürg Luzius Müller
von
St. Gallen und Räuchlisberg/TG

1992



PETER LANG

Bern · Berlin · Frankfurt a.M. · New York · Paris · Wien

1993

AR 362/812

VORWORT

Die vorliegende Arbeit ist im Wintersemester 1991/92 von der Juristischen Fakultät der Universität Basel als Dissertation angenommen worden.

Mein Dank gilt vorab Herrn Professor Detlef Krauss, der mir bei der Wahl und der Bearbeitung des Themas volle Freiheit liess und mein Vorhaben mit konstruktiver Kritik begleitete.

Für ihr Interesse an meinen Ueberlegungen danke ich Herrn Professor Günter Stratenwerth und Herrn PD Dr. Mark Pieth herzlich.

Mein Dank geht auch an meine Assistentenkollegen, welche jederzeit zum Gespräch bereit waren, und an die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Lehrstuhls und der Bibliothek des Instituts für Rechtswissenschaft. Ferner danke ich all jenen, die in irgendeiner Form zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben, namentlich Dr. Beat Schmidli, Dr. Markus Boog und meinem Bruder.

J.M

© Peter Lang AG, Europäischer Verlag der Wissenschaften, Bern 1993

Alle Rechte vorbehalten.
Das Werk einschliesslich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung ausserhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Inhaltsverzeichnis

§ 1. Einleitung	1
A. <u>Historische Bemerkungen</u>	1
B. <u>Aktueller Bezug</u>	4
C. <u>Gegenstand der Arbeit</u>	7
§ 2. Die Sicherungseinziehung	8
A. <u>Beschreibung</u>	8
B. <u>Die Anknüpfungstat</u>	9
C. <u>Der Tatzusammenhang</u>	11
I. instrumenta sceleris	12
II. producta sceleris	15
D. <u>Gefährdung und Verhältnismässigkeit</u>	16
I. Gefährdungsobjekte	17
II. Die Verhältnismässigkeit	17
III. Besondere Einziehungsbestimmungen	21
IV. Exkurs: Absolute Gefährlichkeit	22
E. <u>Die Stellung Dritter</u>	23
I. Wer ist Dritter?	23
II. Vorfrage	23
III. Der Vernichtungsvorbehalt	26
IV. Die Behandlung der Dritten	26
1. Der Eigentümer	27
2. Der Verschaffungsberechtigte	33
3. Der Berechtigte nach Abs. 2	35
4. Das Verhältnis zwischen Art. 58 und 58bis	36
§ 3. Die Vermögenseinziehung	37
A. <u>Vorbemerkung</u>	37
B. <u>Die Anlasstat und der Tatzusammenhang</u>	43
I. Die Anlasstat	44
1. Die Deliktsart	44
2. Die Verhältnismässigkeit	45
3. Voraussetzungen der Strafbarkeit und der Strafverfolgung	46
II. Der Tatzusammenhang	48
C. <u>Das Einziehungsobjekt</u>	55
I. Die Beschaffenheit	55

II. Die Bestimmbarkeit	56
1. Der unmittelbare Vorteil	57
2. Der mittelbare Vorteil	59
3. Das Surrogat	63
4. Die Ersatzforderung	67
a) Die Betroffenen	67
b) Der entstandene Vorteil	68
aa) Der unmittelbare Vorteil	68
bb) Der mittelbare Vorteil	70
c) Zur Höhe des Vorteils	75
d) "Nicht mehr vorhanden"	77
III. Konsequenzen für die Geldwäscherei	79
1. De lege lata	79
2. De lege ferenda	82
D. <u>Die Unrechtmässigkeit des Vorteils</u>	83
E. <u>"Als geboten erscheint"</u>	85
F. <u>Die Stellung Dritter</u>	86
I. Die Rechte Dritter	86
1. Die Rechte an Gegenständen	87
a) Der Eigentumsanspruch	87
b) Der Anspruch auf Eigentums-	
verschaffung	88
2. Die Rechte an nicht individualisierbaren	
Vermögenswerten	89
a) Die dingliche Berechtigung	89
b) Der Anspruch auf Eigentums-	
verschaffung	90
3. Die anderen dinglichen Rechte	91
II. Mögliche Dritte	93
III. Die Behandlung von Drittrechten	95
1. Rechte an Sachen	95
2. Rechte an Vermögenswerten	96
3. Personengemeinschaften als Drittproblem	99
IV. Der Revisionsentwurf	102
§ 4. Die Geltendmachung der Ersatzforderung	108
A. <u>Die Festsetzung der Ersatzforderung nach dem VE</u>	109
B. <u>Die Bestimmung der Ersatzforderung</u>	111
I. Die richterliche Schätzung	112

II. Die Beweislastumkehr	114
III. Die Vermögensstrafe	119
IV. Prozessuale Postulate	123
§ 5. Zusammenfassung und Ausblick	131
A. <u>Zusammenfassung</u>	131
B. <u>Ausblick</u>	136

Literaturverzeichnis

AMONN KURT, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 4. A., Bern 1988.

ARZT GUNTER, Das schweizerische Geldwäschereiverbot im Lichte amerikanischer Erfahrungen, in: Z 106 (1989), S. 160ff.

ARZT GUNTER, Geldwäscherei - Eine neue Masche zwischen Hehlerei, Strafvereitelung und Begünstigung, in: NSTZ 1990, H. 1, 1ff.

ARZT GUNTER, Der Einfluss der Beweisschwierigkeiten auf das materielle Strafrecht, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, Bd. 8, Wien 1981.

BAUMANN ERNST, Die Einziehung im schweizerischen Strafrecht, Diss. Zürich, 1907.

BECCARIA CESARE, Dei delitti et delle pene, hersg. und übersetzt von Wilhelm Alff, 2. A., Frankfurt 1988.

BERNASCONI PAOLO, Finanzunterwelt, 2. A., Zürich 1988.

BERNER ALBERT FRIEDRICH, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 2. A., Leipzig 1863.

BÖHLER ARTHUR, Die Einziehung im schweizerischen Strafrecht, Diss. Zürich, 1945.

BOTSCHAFT über die Aenderung des Strafgesetzbuches (Gesetzgebung über Geldwäscherei und mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften), BBl. 1989 II, S. 1061ff.

BRUNNER HEINRICH, Abspaltung der Friedlosigkeit, in: ZS der Savigny-Stiftung, Bd. XI.

CORWIN EDWARD S., The Constitution, 14. A., Princeton (N.J.) 1978.

ENCYKLOPÄDIE der Rechtswissenschaft, Zweiter Theil, Rechtslexikon, Erster Bd., hersg. von Franz von Holtzendorff, 3. A., bearbeitet von Dochow, Leipzig 1880.

ESER ALBIN, Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum, Tübingen 1969.

ESER ALBIN, Zum Eigentumsbegriff im Einziehungsrecht, in: JZ 1972, S. 146ff.

EXNER FRANZ, Die Theorie der Sicherungsmittel, Berlin 1914.

FEURBACH ANSELM VON, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, hersg. von C.J.A Mittermaier, 14. A., Giessen 1847.

GAILLARD LOUIS, La confiscation des gains illicites; le droit des tiers, in: Le rôle sanctionnateur du droit pénal, S. 155ff., hersg. von Jean Gauthier, Fribourg 1985.

GAUTHIER JEAN, Quelques aspects de la confiscation selon l'article 58 du Code pénal suisse, in: Lebendiges Strafrecht, Festgabe für Hans Schultz, Z 94 (1977) 364ff.

GRABER CHRISTOPH K., Geldwäscherei, Bern 1990.

GRAVEN PHILIPPE, Le principe nulla poena sine culpa dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, in: Z 98 (1981), S. 159ff.

GÜNTERT LOTHAR, Gewinnabschöpfung als strafrechtliche Sanktion, Köln 1983.

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER, Schweizerisches BundeStaatsrecht, 2. A., Bern 1988.

HAFTER ERNST, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 1946.

HAFTER ERNST, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Besonderer Teil I, Berlin 1937.

HANDWÖRTERBUCH ZUR DEUTSCHEN RECHTSGESCHICHTE, hrsg. von Adalbert Erler und Ekkehard Kaufmann, Berlin 1971 bis 1984.

HEUMANN H./SECKEL E., Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 11. A., Graz 1971.

HINDERLING HANS, Schweizerisches Privatrecht, Bd. V, Sachenrecht, 1. Halbband, Der Besitz, Basel 1977.

HOMBERGER ARTHUR, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, Das Sachenrecht, 3. Abt., Besitz und Grundbuch, 2. A., Zürich 1938.

HUBER HANS, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in Verwaltungsrecht, in: ZSR 96 (1979) I, S. 1ff.

IMBODEN MAX/RHINOW RENE, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. A., Basel 1977.

JAUERNING OTHMAR, Bürgerliches Gesetzbuch, 5. A., München 1990.

KAISER GUNTER, Gewinnabschöpfung als kriminologisches Problem und kriminalpolitische Aufgabe, in: FS für Herbert Tröndle, Berlin 1989.

KOMMENTAR zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, Das Sachenrecht, 2. Abteilung, bearbeitet von Robert Haab/Werner Scherrer/August Simonius/Dieter Zobel, Zürich 1977.

KRAMER ERNST, Berner Kommentar, Bd. VI, OR Allgemeine Bestimmungen, 1. Abt., 2. Teilband, Art. 19-31, Bern 1990.

KRAUSS DETLEF, Probleme der Täterschaft im Bereich der Unternehmenskriminalität, in: plädoyer 1989, S. 40ff.

KRAUSS DETLEF, Sicherheitsstaat und Strafverteidigung, in: SV 1989, H. 7, S. 315.

KRAUSS DETLEF, Zur Funktion von Prozessdogmatik, in: Dogmatik und Praxis des Strafverfahrens, hersg. von Jung Heike und Müller-Dietz, Heinz, Köln 1989.

LEEMANN HANS, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, Das Sachenrecht, Abt. 1, Das Eigenzum, 2. A., Zürich 1920.

LEIPZIGER KOMMENTAR, Grosskommentar, hrsg. von Hans-Heinrich Jescheck/ Wolfgang Russ/ Günther Willms, Verfall und Einziehung bearbeitet von Karl Schäfer, 10. A., Berlin 1989.

LIVER PETER, Zivilrechtliche Begriffe im Strafrecht, in: Lebendiges Strafrecht, Festgabe für Hans Schultz, Z 94 (1977) 108.

MEYER JÜRGEN, Gewinnabschöpfung durch Vermögensstrafe?, in: ZRP 1990, H. 3.

MEYER JÜRGEN/ DESSECKER AXEL, in: Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten, hrsg. von Jürgen Rüdiger Smettan, Wiesbaden 1989.

MINELLI LUDWIG A., Zur Frage der Einziehung von Vermögensvorteilen beim Tod des Angeschuldigten, in: SJZ 77 (1981), S. 26f.

MOMMSEN THEODOR, Römisches Strafrecht, Leipzig 1889.

NAEGELI GEORG J., Hehlerei, Diss. Zürich 1984.

PFUND ROBERT, Verwaltungsrecht - Strafrecht (Verwaltungsstrafrecht), in: ZSR 90 (1971) II, S. 107ff.

PIETH MARK, Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten: Zu den Hintergründen und Risiken der neuen Gesetzgebung, in: Strafverteidiger, 12/1990, S. 558ff.

RADBRUCH GUSTAV, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl V. von 1532, 6. A. hrsg. von Arthur Kaufmann, Stuttgart 1984.

REHBERG JÖRG, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, Jugendstrafrecht, 5. A., Zürich 1989.

ROXIN CLAUD, Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikten, in: Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer, Berlin 1966.

SCHMID NIKLAUS, Strafprozessrecht, Zürich 1989.

SCHMIDT EBERHARDT, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. A., Göttingen 1965.

SCHÖNKE ADOLF/SCHRÖDER HORST, Strafgesetzbuch; Kommentar, 23. A., bearbeitet von Theodor Lenkner, Peter Cramer, Albin Eser, Walter Stree, München 1989.

SCHORHEIT ARMIN, Für und gegen eine Vermögensstrafe, in: MDR 1990, H. 1, S. 1.

SCHUBARTH MARTIN, Die Systematik der Aneignungsdelikte, Basel 1968.

SCHUBARTH MARTIN/ALBRECHT PETER, Kommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch, 2. Bd., Delikte gegen das Vermögen, Bern 1990.

SCHULTZ HANS, Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches "Einführung und Anwendung des Gesetzes" des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Bern 1987.

SCHULTZ HANS, Die Einziehung, der Verfall von Geschenken und anderen Zuwendungen sowie die Verwensung zugunsten des Geschädigten gemäss StrGB rev. Art. 58f., in: ZBJV 114 (1978) 305ff.

SCHULTZ HANS, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, 2. Bd., 4. A., Bern 1982.

SCHULTZ HANS, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, 2. Bd., 1. A., Bern 1973.

STARK EMIL, Berner Kommentar, Bd. IV, Das Sachenrecht, 3. Abt., Besitz und Grundbuch, 1. Teilband, Der Besitz, 2. A., Bern 1984.

STAUDINGER JULIUS VON, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Drittes Buch Sachenrecht, bearbeitet von Wiegand Wolfgang, 12. A., Berlin 1989.

STOOS KARL, Motive zu dem Vorentwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches, Basel 1893.

STOOS KARL, zur Natur der Vermögensstrafen, Diss Bern 1878.

STRATENWERTH GÜNTHER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat, Bern 1982.

STRATENWERTH GÜNTHER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, Bern 1989.

STRATENWERTH GÜNTHER, Schweizerisches Strafrecht; Besonderer Teil I; Straftaten gegen Individualinteressen, 3. A., Bern 1983.

STRATENWERTH GÜNTHER, Schweizerisches Strafrecht; Besonderer Teil I und II; Teilrevisionen 1987 bis 1990, Bern 1990.

TRECHSEL STEFAN, Schweizerisches Strafgesetzbuch; Kurzkomentar, Zürich 1989.

TRECHSEL STEFAN, Zum Tatbestand der Hehlerei, in: Z 91 (1975), S. 25ff.

TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 10. A., Zürich 1986.

WALDER HANS, Die Hehlerei gemäss StrGB Art. 144 - Kasuistik und Lehren, Z 103 (1986), S. 233ff.

WESSLAU EDDA, Neue Methoden der Gewinnabschöpfung? in: SV 1991, H. 5, S. 226.

WILDA WILHELM EDUARD, Geschichte des deutschen Strafrechts, Erster Bd.: Das Strafrecht der Germanen, Halle, 1842.

ZAHN NICOLAS, Die Wüstung im Mittelalterlichen Recht, Diss. Basel 1956.

ZIMMERLI ULRICH, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, in: ZSR 97 (1978) II, S. 1ff.

ZOBEL DIETER, Berner Kommentar, Das Sachenrecht, 2. Abt., 5. Teilband, Bern 1982.

Abkürzungsverzeichnis:

A.	Auflage
a.M.	anderer Meinung
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BBl.	Bundesblatt
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer.	Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Bundesgerichtshof in Strafsachen
BJM	Basler Juristische Mitteilung
BMG	BG über die Betäubungsmittel
BR	Bezirksrichter
BR	Bundesrat
BStp	BG über die Bundesstrafrechtspflege
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BV	Bundesverfassung
CCC	Constitutio Criminalis Carolina
CPS	Code pénale Suisse
ders.	derselbe
E	Entwurf
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
h	Heft
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben von
i.S.	im Sinne
JZ	Juristenzeitung
kant.	kantonal
Kap.	Kapitel

Kt.	Kanton
LB	Landesbericht
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
lit.	litera
LK	Leipziger Kommentar
m.E.	meines Erachtens
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
Oberger.	Obergericht
OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationenrecht
Pra.	Praxis des Bundesgerichts
Prot.	Protokoll
Rn.	Randnote
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs
Sem.jud.	La semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SPR	Schweizer Privatrecht
SR	Ständerat
StA	Staatsanwalt
StGB	Strafgesetzbuch
SV	Strafverteidiger
SVG	BG über den Strassenverkehr
VE	Vorentwurf
vergl.	vergleiche
VStrR	BG über das Verwaltungsstrafrecht
Z	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechts- wissenschaft

ein prokomes plexblem
ein blemplexes komprox
ein komblemes proplex
ein proplexes komblem
ein komplexes problem

Mani Matter

§ 1. Einleitung

A. Historische Bemerkungen:

Die Einziehung hat tiefreichende historische Wurzeln. Das staatliche Wegnehmen von Hab und Gut hat Tradition. Als staatliches Zwangs- und Machtmittel resp. als Einnahmequelle leerer Staatskassen war der Griff auf fremdes Eigentum immer naheliegend.

In römischer Zeit hatte die Einziehung grosse Bedeutung und war stillschweigende Folge der Todesstrafe. Eine Bestrafung und mit ihr die Einziehung des gesamten Vermögens hat auch in der späten Republik und unter dem Prinzipat, also seit ca. 100 v.Chr., "nur zu häufig zur Bereicherung des Staates gedient"¹⁾.

Im Mittelalter lebten viele Fürsten von der Konfiskation. Die Einziehung des ganzen Vermögens war in früherer Zeit mit der Friedlosigkeit verbunden²⁾, später konnte sie als selbständige Strafe verhängt werden.³⁾

Von der im Zug der Reformation betriebenen Säkularisierung der Klöster und kirchlichen Güter profitierten die weltlichen Staatskassen; und jede grosse Umwälzung wurde begleitet von umfassenden Vermögenskonfiskationen, sodass diese als Seele jeder Revolution bezeichnet wurden.⁴⁾ Die Massnahme findet

- 1) Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 1006.
Als Folge des Todes war die Einziehung in Rom auch für das Erbrecht von Bedeutung. Mommsen bezeichnet die Intestatserben des Getöteten als Enterbte. Vergl. a.a.O. S. 1003.
- 2) Baumann, S. 8; Wilda, Das Strafrecht der Germanen, S. 288ff.
- 3) Wilda, S. 520. Die Trennung von der Friedlosigkeit kann auch bei den Bussen beobachtet werden, Wilda, S. 321. Auf das Verhältnis (und die Geschichte dieses Verhältnisses) von Busse, Wergeld und Vermögenseinziehung wird nicht eingetreten. Festzuhalten ist lediglich, dass eine enge Beziehung, v.a. zwischen Busse und Einziehung, schon immer bestanden hat.
- 4) "Les confiscations sont l'âme et le nerf des révolutions..." Royer-Collard, zitiert bei Dochow, in: Rechtslexikon, Hrsg. F. von Holtzendorff, S. 661.; A.F.Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 193:

sich noch lange Zeit bei Delikten gegen den Staat; in Kriegzeiten hatte sie immer wieder eine Renaissance. In diesem Jahrhundert war sie im nationalsozialistischen Deutschland eine beliebte Waffe im politischen Kampf gegen sogenannte Staatsfeinde.⁵⁾

Die Einziehung wandelte sich, wie die Strafe, von einer sakralen zur staatlichen Sanktion, von der "consecratio"⁶⁾, der göttlichen Weihe, zur "confiscatio"⁷⁾, der Einziehung durch den Staat und zu Gunsten des Fiskus.

Als Sanktion ausserhalb des Sakralrechts und zum Vorteil des Fiskus verführte sie zum Missbrauch.⁸⁾ Die Geschichte der Einziehung ist denn auch auf weite Strecken, das Bemühen um mässige Eindämmung und Einschränkung.

Die Gesamtvermögenseinziehung erwies sich als besonders fragwürdiges Instrument. Sie wurde "stillschweigende Folge gewisser Verbrechen"⁹⁾ und mit der Kapitalstrafe verbunden. Sie traf jedoch vor allem die verarmten Familienmitglieder des Delinquenten, denen weder Vermögen für den Lebensunterhalt noch erbrechtliche Zuwendungen verblieben. Daher wurden schon in Rom Einschränkungen im Interesse der Angehörigen vorgenommen. So sollte den Kindern des Verurteilten auch weiterhin ein Zwölftel des väterlichen Vermögens zustehen, und die Ehefrau sollte ihre "donatio propter nuptias" behalten dürfen. Später wurde der den Nachkommen verbleibende Teil auf ein Halb erhöht, bis Justinian die Vermögenskonfiskation gegenüber Aszendenten und Deszendenten des ersten, zweiten und dritten Grades aufhob.¹⁰⁾

"Die Konfiskationen des Vermögens verleiten in politisch erregten Zeiten zu Proskriptionen."

- 5) Eser, S. 27.
- 6) Die consecratio bonorum war ursprünglich eine Weihung zu Gunsten einer Gottheit und bestand in der Wüstung des Gutes. Später wurde sie zu einem symbolischen Feuer und Einziehung des Gutes durch die Gemeinschaft, zur "publicatio bonorum". Eser, S. 13, Böhler, S. 3.
- 7) Das heisst: a fisco vindicari, Heumann/Seckel, S. 92.
- 8) Eser, S. 14.
- 9) Baumann, S. 3.
- 10) Baumann, S. 5; Eser, S. 14f.

Im germanischen Mittelalter war die Einziehung eine Folge des Verlusts der Rechtspersönlichkeit, welche die Friedlosigkeit nach sich zog.¹¹⁾ Mit der Friedlosigkeit verband sich die Wüstung des Gutes.¹²⁾ Sie wurde später durch die Fronung ersetzt, welche Beschlagnahme des gesamten Vermögens bedeutete.¹³⁾ Nachdem sie als "missio in bannum" auch dem Gerichtszwang diente,¹⁴⁾ wurde die Fronung, wie in Rom, immer mehr mit der Todesstrafe verknüpft,¹⁵⁾ bis sie auch selbständig verhängt werden konnte.

Die Anwendung der Kapitalstrafen und damit der Vermögenskonfiskation muss in der Zeit der Landfriedensbewegung, also vor, aber auch noch nach den reformerischen Rezeptionsgesetzen, oft willkürlich gewesen sein und zu ungerechten Situationen geführt haben.¹⁶⁾ Das Problem der Verarmung der Familie des Verurteilten stellte sich, tausend Jahre nach Justinian, auch für den Gesetzgeber der CCC¹⁷⁾. Für eine vollständige Abschaffung der Gesamtvermögenseinziehung plädierte zweihundert Jahre später Cesare Beccaria¹⁸⁾. Die nordamerika-

- 11) Eb. Schmidt, S. 30; Baumann, S. 7; H. Brunner, Abspaltung der Friedlosigkeit, in: ZS der Savigny-Stiftung, Bd. XI, S. 68.
- 12) Oft mit einem Wiederaufbauverbot verbunden, N. Zahn, Die Wüstung im Mittelalterlichen Recht, S. 103ff.
- 13) HRG, S. 1311ff.
- 14) Die Fronung war in ältester Zeit auch eine Form der Zwangsvollstreckung. "Die Fronung bezweckt also zunächst Zwang zur Leistung, in zweiter Linie Bestrafung." (HRG, S. 1314). Vergl. auch Brunner, S. 85.
- 15) Eser, S. 18.
- 16) Berner, S. 193; Schmidt, S. 106f.; Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, S. 258f.
- 17) Radbruch, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532. Die einschlägigen Bestimmungen finden sich einerseits in Art. 135, welcher unter Ausschluss der salvatorischen Klausel ein Verbot der Einziehung bei Selbstmord enthält, andererseits Art. 218, der die missbräuchlich praktizierte Anwendung der Konfiskation bemängelt und auf wenige Delikte, z.B. Majestätsbeleidigung, beschränken will.
- 18) Dei delitti e delle pene, übersetzt von W. Alff. Auf S. 101, "Vom Fiskus", führt Beccaria aus: "Es gab eine Zeit, in der fast alle Strafen Geldstrafen waren. Die Verbrechen der Menschen waren das Erbgut der Fürsten. Dem Wohlleben dienten die Anschläge auf die öffentliche Sicher-

nische Verfassung statuierte als erste 1787 ein Verbot der Gesamtvermögenskonfiskation.¹⁹⁾

In Deutschland schrieb das Preussische Gesetzbuch von 1851 in § 19 vor: "Die Confiscation findet nur in Beziehung auf einzelne Gegenstände statt."

B. Aktueller Bezug:

Die knappen historischen Bemerkungen sollen die Darstellung des aktuellen Einziehungsrechts erhellen und relativieren; das gilt für das geltende Gesetz ebenso wie für die laufenden Revisionsbemühungen. Reformen stehen nicht nur in der Schweiz an, auch anderswo sind sie im Gang oder schon abgeschlossen worden.²⁰⁾ Dabei geht es v.a. um die Bekämpfung der Wirtschafts-, Umwelt- und Drogendelinquenz, um das sog. organisierte Verbrechen. Dieser Hintergrund ist auch für legislative Anstrengungen anderer Teilbereiche des Strafrechts, z.B. im Hinblick auf eine mögliche Strafbarkeit von Unternehmen, wie auch anderer Rechtsgebiete, z.B. Zollgesetze, bestimmend.

In der Schweiz ist das Einziehungsrecht seit einiger Zeit einer merkwürdigen Dynamik unterworfen. Es ist nicht die Praxis, die andere Einziehungsvoraussetzungen reklamiert²¹⁾ oder

heit; und wer zu ihrer Verteidigung bestimmt war, hatte ein Interesse daran, sie verletzt zu sehen." Und über die Gütereinziehung meinte er: "Die Gütereinziehung setzt einen Preis auf den Kopf der Schwachen, lässt den Unschuldigen die Strafe des Schuldigen erleiden und versetzt sogar die Unschuldigen in die verzweifelte Notwendigkeit, Verbrechen zu begehen." S. 115 ("Verbannung und Gütereinziehung").

19) Federal Constitution, 17.9.1787, Art. 3, Section 3. Es handelt sich bei dieser Vorschrift eigentlich um ein Verbot der Benachteiligung der Nachkommen von Landesverrätern. (Bei E.S. Corwin, The Constitution, findet sich auf S. 245 ein Zitat des Supreme Court über diese Bestimmung: "... a declaration that the children should not bear the iniquity of the fathers.")

20) Vergl. die rechtsvergleichende Arbeit von Meyer, Dessecker und Smettan, Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteln, BKA - Forschungsreihe.

21) Ausnahmen vorbehalten, vergl. den unten in Fn. 23 zitierten Artikel in der Weltwoche vom 24.8.1989.

durch Auslegung entwickelt, sondern der Gesetzgeber, der immer wieder aktiv eingreift und die gesetzlichen Bestimmungen verändert und ergänzt.

Die Reform der Einziehungsbestimmungen setzte 1975 im Verwaltungsstrafrecht ein. Sie brachte die Möglichkeit der Abschöpfung deliktisch erlangter Werte. Im Vordergrund standen dabei fiskusschädigende Anlasstaten, wie etwa Subventionsbetrügereien und Steuerhinterziehungen grossen Stils. Unter dem Eindruck des Falls Bührle fanden die revidierten verwaltungsstrafrechtlichen Einziehungsbestimmungen Eingang ins Kernstrafrecht.²²⁾ Die Revision hob dort die noch im letzten Jahrhundert für unerlässlich gehaltene Beschränkung der Einziehung auf Gegenstände wieder auf. "Deliktisches Verhalten darf sich nicht lohnen!" Dieses kriminalpolitische Credo verlangte die Abschöpfung der strafbar erlangten Werte, auch wenn sie als ursprünglich erlangter Gewinn nicht mehr vorhanden waren, und setzten neben Busse und zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch des Geschädigten Vermögenseinziehung und Ersatzforderung.

Trotz dieses umfassenden Anspruchs fristen die neuen Einziehungsbestimmungen in der Praxis ein eher unbedeutendes Dasein.²³⁾ Obwohl zwingend vorgesehen, wurde sie nur marginal angewendet. In der welschen Schweiz kam die Ersatzforderung nach Art. 58 Abs. 4 z.B. überhaupt nicht zum Zuge.²⁴⁾ Der Gesetzgeber liess es zunächst dabei bewenden. Noch im Jahre 1985 war von einem Revisionsbedürfnis der Einziehungsbestimmungen nichts zu vernehmen.²⁵⁾

Diese vorübergehende Ruhe ist kriminalpolitischer Hektik gewichen. Kaum ein Reformthema wird gegenwärtig intensiver und grundsätzlicher angegangen als das der Einziehung.²⁶⁾ Das hat

22) Vergl. unten, § 3.A..

23) Der Kanton Zürich mag eine Ausnahme sein. Vergl. die Darstellung der Probleme eines Bezirksanwaltes, in: Die Weltwoche Nr. 34, 24.8.1989.

24) Umfrage des Bundesamtes für Justiz 1990. Erläuternder Bericht des Föderalismusinstituts Fribourg, S. 2ff.

25) Vergl. Schultz, Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des dritten Buches des StGB.

26) Ebenfalls nicht unberührt von einem konkreten Fall, der der sog. "Libanon-Connection".

im wesentlichen zwei Gründe. Der eine liegt im neugeschaffenen Art. 305bis. Dieser Tatbestand der Geldwäscherei zielt vor allem auf die Vereitelung der Einziehung, er verleiht diesem Institut dadurch kräftige Impulse.

Der zweite Grund liegt in der Strategiewechsel bei der Bekämpfung des organisierten Verbrechens. Dieser Wechsel ist vor allem die Konsequenz des ausdrücklich proklamierten "war on drugs", er folgt den besonderen Bedingungen organisierter Drogenkriminalität. Es geht nicht nur um die Abschöpfung der immensen Gewinne und die Konfiskation des Betriebskapitals, vielmehr sollen durch verstärkte Einziehungsmassnahmen bereits die für den Drogenhandel unentbehrlichen Geldströme unterbrochen²⁷⁾ und also schon die Akkumulation von Betriebskapital gestört werden.²⁸⁾ Angesichts der undurchsichtigen, internationalen wirtschaftlichen Verflechtung heisst dies, dass die 15 Jahre alte Werteinziehung durch Verringerung von Beweisforderungen²⁹⁾, eine Beschränkung von Drittberechtigungen und eine Lockerung des Objektbezugs endlich zu einem wirkungsvollen Instrument ausgebaut werden soll. Es geht nicht - wie in früheren Reformen - um eine rechtsstaatliche Begrenzung der Einziehung, sondern um deren verstärkte Effizienz.³⁰⁾

In der Bundesrepublik wird vor einem ähnlichen kriminalpolitischen Hintergrund eine schuldunabhängige Vermögensstrafe erwogen,³¹⁾ die lediglich durch das Vermögen des

27) "Im Bereich der Drogenkontrolle verbindet sich mit der empfohlenen Strategie die Erwartung, den Markt 'auszutrocknen' und dadurch die Verfügbarkeit von Drogen - eine der wichtigsten Bedingungen des Drogenmissbrauchs - empfindlich zu treffen." Kaiser, Gewinnabschöpfung als kriminologisches Problem und kriminalpolitische Aufgabe, in: FS Herbert Tröndle.

28) VE und Bericht, S. 21. Der Strategiewechsel soll das organisierte Verbrechen an seiner deren "Achillesverse" treffen. (Vergl. Bernasconi, Finanzunterwelt, S. 27ff.).

29) V.a. im Bereich des Herkunftsnachweises.

30) Studienkommission Revision der Einziehungsbestimmungen, Protokoll der 1. Sitzung vom 18.9.1989: "Effizienzsteigerung der Einziehung ist gefragt!"

31) BR-Dr 418/89 resp. BT-Dr. 11/5461.

Betroffenen begrenzt ist - eine Gesamtvermögenskonfiskation im alten Stil.³²⁾

C. Gegenstand der Arbeit:

Die vorliegende Arbeit wird am Beispiel der Einziehung zeigen, welche Probleme sich stellen, wenn mit dem Mittel des strafrechtlichen Massnahmenrechts versucht wird, grosse gesellschaftliche und oekonomische Problem zu lösen. In dogmatischer Hinsicht geht es einerseits um die schwierige Einbettung der Einziehungsbestimmungen in das Strafrecht selbst; andererseits sind die systematischen Probleme mit zivil-, schuldbetreibungs- und konkursrechtlichen Positionen darzustellen.

Grosse Schwierigkeiten bietet der uneinheitliche und widersprüchliche Charakter der Einziehungsbestimmungen selbst. Die hier vorgenommene klare Trennung der zwei Einziehungsarten, nämlich der Sicherungs- und der Vermögenseinziehung, ist eine wichtige Verständnisvoraussetzung. Deshalb wird in einem ersten Teil die Sicherungseinziehung abschliessend dargestellt. Im zweiten und dritten Teil wird die für diese Arbeit zentrale Vermögenseinziehung analysiert. Dabei werden ihre strafrechtsdogmatischen und zivilrechtlichen Schwachstellen, vor allem im Bereich der Rechte Dritter, aufgezeigt; in übrigen geht es vorrangig darum, die Grenzen des Einziehungsumfanges näher zu bestimmen. Am Schluss werden Einziehungsbestimmungen vorgestellt, die der geäusserten Kritik Rechnung tragen sollen.

32) Vergl. Kritik von Meyer, in: ZRP 1990, S. 85ff.

§ 2. Die Sicherungseinziehung

A. Beschreibung:

Carl Stoss beschrieb die Sicherungseinziehung in den Motiven zum Vorentwurf 1893 wie folgt: "Die (Sicherungs-) Einziehung ist keine Strafe, sondern eine dem Richter aus Zweckmässigkeitsrücksichten übertragene polizeiliche Funktion."¹⁾ Die Sicherungseinziehung dient der Gefahrenabwehr, dem Schutz vor wahrscheinlichen Verletzungen der in Abs. 1 lit. b genannten Rechtsgüter. Geht man davon aus, dass unter Massnahme die Sanktion zu verstehen ist, "welche ausschliesslich darauf zielt, zukünftiges kriminelles Verhalten zu verhindern"²⁾, kann der Sicherungseinziehung ein fester Platz innerhalb des dualistischen Sanktionensystems des StGB zugewiesen werden.

Die Sicherungseinziehung als Massnahme orientiert und bemisst sich an der von einem Gegenstand ausgehenden Gefahr respektive am Sicherungsinteresse der Gesellschaft.³⁾ Sie ist objektbezogen. Eingezogen werden kann nur der spezifisch für die Tat verwendete, bestimmte oder aus ihr erlangte Gegenstand, nur die spezifisch gefährliche Sache. Ungefährliche Sachen dürfen nicht eingezogen werden. Die Einziehung eines Surrogats oder die Begründung einer Ersatzforderung ist unvorstellbar und sachwidrig. Das Confiskandum ist per definitionem keine vertretbare Sache. "Nur durch die Einziehung der gefährlichen Sachspezies

1) Stooss, Motive zum Vorentwurf 1893, S. 66. In diesem Sinne äusserte sich auch das Expertenkommissionsmitglied Zürcher, das die Einziehung gefährlicher Gegenstände gem. Art. 47 StGB-Vorentwurf als polizeilich präventiv beschrieb. Vergl. Sitzung der Expertenkommission vom 22. April 1912. Zu beachten ist, dass in diesem Entwurfsstadium die Einziehung der instrumenta und producta scele- ris von der Einziehung gefährlicher Gegenstände systematisch getrennt wurden.

2) Schultz, AT Bd. 2, S. 133.

3) Näheres unten, §2.D., bei den Betrachtungen über die Gefährdung und die Verhältnismässigkeit.

selbst wird die Prävention gewährleistet"⁴⁾. Das Sicherungsinteresse ist klar vom Abschöpfungsinteresse zu unterscheiden.⁵⁾

B. Die Anknüpfungstat:

Gefährliche Gegenstände können nur eingezogen werden, wenn sie mit strafbaren Handlungen in einem bestimmten Zusammenhang stehen. So verlangt es das Gesetz in Art. 58 und so fordert es die Doktrin für alle strafrechtlichen Sanktionen. In Anbetracht der "präventivpolizeilichen Aufgaben"⁶⁾, die die Sicherungseinziehung zu erfüllen hat, ist es fraglich, ob eine Anlasstat erforderlich ist und mit ihr der Strafrichter berufen sein soll, die Einziehung zu beurteilen und anzuordnen.⁷⁾ Eser bejaht das Erfordernis einer Anlasstat auf Grund rechtsstaatlicher Ueberlegungen.⁸⁾ Das Bestimmtheitsgebot verpflichte zur Darlegung des Grundes und des Ausmasses einer Sanktion. Dem ist zuzustimmen. Gefährliche Gegenstände kann es viele geben. Die Eigentumssanktion darf nur diejenigen Gegenstände betreffen, deren Gefährlichkeit durch die deliktische Verwendung manifestiert wurde. Nur die im Delikt zutage getretene Gefahr bildet die vertretbare Entscheidungsgrundlage zur Beurteilung der Reichweite einer Einziehungsanordnung.

Die Anlasstat selbst kann ein Verbrechen, ein Vergehen oder eine Uebertretung und vorsätzlich oder fahrlässig begangen wor-

4) Böhler, Einziehung, S. 96.

5) Das Schweizer Strafrecht kennt keine dem deutschen Recht verwandte poenale Einziehung des Wertersatzes bei der Sicherungseinziehung.

6) Stratenwerth, AT II, § 14, S. 476, Rn. 2.

7) Stooss, a.a.O. S. 66, befürwortete die strafrichterliche Kompetenz auch nur aus "Zweckmässigkeitsrücksichten". Obwohl einen Gedanken wert, soll in diesem Zusammenhang nicht näher auf die Frage eingegangen werden, ob die Sicherungseinziehung in die administrative Ebene verlegt und dort angeordnet werden könnte. Angemerkt seien die in die entgegengesetzte Richtung tendierenden Bestrebungen, den Führerausweisentzug, welcher gemäss Art. 20 SVG einer Administrativbehörde überlassen ist, als Strafe auszugestalten und einer richterlichen Behörde zu übertragen. Vergl. Schultz, Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils, S. 93ff.

8) Eser, S. 277f.

den sein.⁹⁾ Die Tat muss rechtswidrig verwirklicht oder versucht sein, muss also "strafrechtlich relevantes Unrecht bilden"¹⁰⁾. Das Bundesgericht, und mit ihm Trechsel¹¹⁾, verzichten jedoch auf die tatbestandsmässige Unrechtsverwirklichung. Geht es um Gegenstände, die zur Begehung einer strafbaren Handlung bestimmt sind, könnten demnach die "strafbaren Handlungen" auch straflose Vorbereitungshandlungen sein. Mit dieser Auffassung verlässt das Bundesgericht die Ebene der sanktionierenden Reaktion des Staates auf normwidriges Verhalten, es begibt sich in die Sphäre der rein polizeilichen Gefahrenkontrolle und damit ins Verwaltungsrecht.¹²⁾ In vielen Fällen mag eine richterliche Einziehungsanordnung in einem Strafverfahren als zu umständlich, der geforderte Zusammenhang mit einer tatbestandsmässigen und rechtswidrigen Tat angesichts einer tatsächlich vorhandenen Gefährdung als formal erscheinen; die mit dem staatlichen Instrument der Einziehung verbundenen Möglichkeiten werden jedoch ohne konkrete Tatverstrickung des gefährlichen Gegenstandes zu unbestimmt.¹³⁾

Auf die Schuldhafteigkeit der Tat kommt es dagegen nicht an. Zwar kann die Gefährlichkeit einer Sache mit besonderen, schuld-erhöhenden Merkmalen ihres Besitzers steigen; dieser Steigerung

9) Schultz, ZBJV S. 321/ Trechsel, S. 216 Rn. 18 zu Art. 58.

10) Stratenwerth, AT II, § 14, S. 482, Rn. 20. Vergl. auch Schultz, ZBJV S. 321.

11) Das letzte Mal in BGE 112 IV 71, S. 73/ Trechsel, S. 216 Rn. 18 zu Art. 58.

12) Gegen die Tatsache, dass das Verwaltungsrecht solche Aufgaben zu übernehmen hat, ist nichts einzuwenden, ist die Gefahrenabwehr doch eine seiner zentralen Funktionen. Sobald die Gefahr jedoch im Zusammenhang mit strafrechtlicher Unrechtsverwirklichung steht und es um eine definitive Massnahme, also um die Einziehung geht, muss eine richterliche Entscheidung, die an die in der Tathandlung manifestierte Gefahr gebunden ist, zum Zuge kommen. Bei mangelnder Tatbestandserfüllung eine Einziehung dann zuzulassen, wenn es sich um Gegenstände handelt, die ausschliesslich zu deliktischem Gebrauch dienen können, wie es das Zürcher Obergericht tut, hilft nichts, solange der Besitz an solchen Gegenständen erlaubt ist. Vergl. ZR 1982, S. 1 und Stratenwerth, AT II, § 14, S. 482, Fn. 2.

13) Zu bedenken ist zudem, dass die Vermögenseinziehung ebenfalls unter den Bedingungen von Art. 58 Abs. 1 angeordnet wird. Zur limitierenden Funktion des Tatzusammenhangs siehe unten, § 3.B.II.

kommt jedoch keine "konstitutive Bedeutung"¹⁴⁾ und rechtstaatliche Legitimierungsfunktion zu. Auf der anderen Seite kann es zu unbefriedigenden Ergebnissen führen, dass die Einziehung auch bei entschuldigendem Notstand, bei Notwehr im asthenischen Affekt oder beim Vorliegen eines Verbotsirrtums generell möglich ist. Eine Berücksichtigung dieser Schuldausschliessungsgründe muss jedoch bei der Beurteilung der Gefährlichkeit und Verhältnismässigkeit erfolgen.¹⁵⁾ Schuldspezifische Tatbestandsmerkmale müssen bei der objektbezogenen Sicherungseinziehung nicht erfüllt sein.

Für die Gefahrenabwendung ist es an und für sich unerheblich, ob ein Strafantrag nicht gestellt oder zurückgezogen worden ist, ob der Täter gestorben oder die Verfolgungsverjährung eingetreten ist.¹⁶⁾ Problematisch ist jedoch, inwiefern die Voraussetzungen, die die Strafverfolgungsbehörden zum Tätigwerden berechtigen, erfüllt sind.

C. Der Tatzusammenhang:

Die einzuziehenden Gegenstände hängen mit den strafbaren Handlungen in einer bestimmten Weise zusammen. Art. 58 Abs. 1 enthält fünf verschiedene Varianten: Der Gegenstand wurde durch die strafbare Handlung hervorgebracht oder erlangt, am Gegenstand oder mit ihm ist ein strafbare Handlung begangen oder er ist zur Deliktsbegehung bestimmt worden. Nicht alle Tatvarianten

14) Eser, S. 281.

15) Gerade der Verbotsirrtum kann bei der Abschöpfungseinziehung von Bedeutung sein.

16) Vergl. Stratenwerth, AT II, § 14, S. 482f., Rn. 20 und die dort zitierten zustimmenden Meinungen. Abweichend, bezüglich dem Verjährungseintritt, Gauthier, Z 94, S. 371. Schultz, ZBJV, S. 324, will den Verjährungseintritt bei weiterbestehenden Gefahr unberücksichtigt lassen. Nach der hier vertretenen Meinung ist das (Weiter-) Bestehen kein Kriterium bei der Frage der Berücksichtigung der Verjährung, sondern eine der allgemeinen Voraussetzungen der Einziehbarkeit. Ob bei der Gewinnabschöpfung unter dem Gesichtspunkt der Ausgleichung oder unter Berücksichtigung der poenalen Natur eingezogen werden kann, wenn Strafbarkeits- oder Prozessvoraussetzungen nicht gegeben sind, vergl. unten, § 3.B.I.3.

sind mit beiden Einziehungsarten kompatibel, obwohl es der Gesetzgeber so vorgesehen hat.¹⁷⁾

Für die Sicherungseinziehung gilt folgendes:

I. Instrumenta sceleris

Instrumenta sceleris sind Gegenstände, mit denen eine strafbare Handlung begangen wurde oder die dazu bestimmt waren. Ist für die erste Kategorie nicht erforderlich, dass die Gegenstände speziell für die Tat erworben oder vorgesehen wurden, ist für die zweite eine Funktionsbestimmung in bezug auf die konkrete Tat unerlässlich. Eine allgemeine Eignung reicht hier nicht aus.¹⁸⁾ Der zur Begehung bestimmte Gegenstand muss jedoch nicht auch tatsächlich verwendet worden sein. Es ist möglich, dass er bei der Ausführung als überflüssig angesehen wird oder die Ausführung vor der Verwendung im Versuchsstadium stecken bleibt. Dass es zu einer Deliktsbegehung, mindestens in Form eines Versuchs, kommt, ist in jedem Fall unerlässlich.¹⁹⁾ 20)

Demnach gilt für die zweite Kategorie beispielsweise folgendes: Ein für einen Diebstahl gekaufter Schneidbrenner darf auch dann eingezogen werden, wenn die Diebe nach Beginn der Ausführung gefasst werden, bevor sie bis zum Banktresor vorgestossen sind. Werden sie dagegen noch zu Hause angehalten, kann der Schneidbrenner nicht eingezogen werden.

Schwierigkeiten bietet vor allem die erste Kategorie. Hier reicht schon eine allgemeine Eignung als Einziehungsvoraussetzung aus. Der Gegenstand muss jedoch zur Deliktsbegehung auch

17) Vergl. die Kritik bei Stratenwerth, AT II, § 14, S. 481, Rn. 14.

18) BGE 103 IV 79/ ZR 1982, S. 1.

19) Dies gilt auch im Vergleich mit den Voraussetzungen anderer strafrechtlicher Massnahmen und mit den gesetzlichen Bestimmungen und der Praxis in den Nachbarländern.

20) Vergl. bei Stratenwerth, AT II, § 14, S. 482, Fn. 2. Für das Erfordernis mindestens einer Versuchshandlung schon Böhler, S. 97f. und die dort zitierten Lehrmeinungen von Logoz und Thormann. Anderer Meinung Schultz AT Bd. 2, S. 205 und Rehberg, Strafrecht II, S. 82, der es als zureichend betrachtet, wenn der Täter "Anstalten getroffen" hat, um die strafbare Handlung zu verüben.

tatsächlich verwendet worden sein. Das wiederum heisst, dass eine Kausalität zwischen Mitteleinsatz und Tatbestandsverwirklichung vorliegen muss: Eser²¹⁾ spricht von einer Kausalität zwischen Verwendung und Tatbegehung. Dies erscheint unklar, ist doch die Verwendung nicht Ursache der Begehung, sondern Teil derselben. Stratenwerth zählt zu den Tatmitteln alle Gegenstände, die als Hilfsinstrumente allgemein geeignet sind und "die die Begehung des Deliktes immerhin gefördert oder erleichtert haben"²²⁾. Darunter fallen jedoch unzählige Sachen, "ihr Katalog ist unerschöpflich"²³⁾. Das Motorrad eines Ladendiebes zum Beispiel ist Instrument, wenn er es mitführt, um nach dem Diebstahl schneller wegzukommen. Ist es auch die Jacke, unter der die Beute versteckt wird? Sind es auch die Hosen, die der Dieb trägt? Ohne sie wäre er bestimmt aufgefallen, sie haben die Tatbegehung also erleichtert. Dass keine der angesprochenen Gegenstände einziehbar sind, liegt auf der Hand. Sie erfüllen weder das Erfordernis der Gefährdung noch könnte deren Einziehung als verhältnismässig angesehen werden. Es bleibt dennoch die Frage, ob nicht schon bei der Bezeichnung der einziehbaren Gegenstände, der Objektsdefinition, eine genauere und engere Umschreibung möglich wäre.

Zur Umschreibung des Instruments als Hilfsmittel für die Tatverwirklichung könnte die Definition des Gehilfen als Auslegungshilfe herangezogen werden. Das Instrument leistet sachliche Gehilfenschaft. Bei der Gehilfenschaft steht, wie bei den instrumenta sceleris, die Tatförderung im Vordergrund. Eine Bedingung für die Tatbegehung stellen der Gehilfenbeitrag oder das Instrument nicht dar. Es bedarf also keiner adaequaten Kausalität, sondern lediglich eines irgendwie gearteten kausalen Tatbeitrages.²⁴⁾

Für die Gehilfenschaft setzt etwa das Genfer Kassationsgericht voraus, dass das Verhalten des Gehilfen "die Gefahr er-

21) Eser, in Schöнке/Schröder, S. 807, Rn 11.

22) Stratenwerth, AT II, § 14, S. 483, Rn. 23.

23) Böhler, S. 97.

24) BGE 96 IV 115, S. 116.

höht, dass der Haupttäter eine strafbare Handlung begeht".²⁵⁾ Ähnlich argumentiert Stratenwerth mit der Risikosteigerung; er verlangt, der Gehilfe müsse "die Erfolgchance der tatbestands-erfüllenden Handlung erhöhen".²⁶⁾ Die neuesten Entscheidungen des Bundesgerichts gehen davon aus, dass der Gehilfe einen kausalen Tatbeitrag zu leisten habe, der die strafbare Handlung fördere, "so dass sich die Tat ohne sein (des Gehilfen) Mitwirken anders abgespielt hätte"²⁷⁾.

Die analoge Anwendung dieser Gehilfenschaftskriterien vermag jedoch den Kreis der Instrumenta nicht exakt einzugrenzen. Denn unter den Begriff der Tatförderung kann vieles subsumiert werden. Vielleicht ist die hypothetische Ueberlegung, was ohne Instrument geschehen wäre, eine praktikable Ergänzungsfrage, um die Intensität der effektiven Tatförderung zu betimmen.²⁸⁾ Verbunden mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit der Risikoerhöhung für die Tatbestandsverwirklichung bildet sie eine zusätzliche Anforderung an die Bestimmung des einzuziehenden Gegenstandes. Insoweit bietet der Rückgriff auf Gehilfenschaftsregeln eine gewisse Hilfestellung.

Der hier vorgenommene Versuch einer Einengung der Umschreibung des Confiscandums resultiert aus dem Bestreben, die Ausscheidung von nichteinz ziehbaren Gegenständen möglichst früh vorzunehmen, um nicht nur auf Verhältnismässigkeitserwägungen angewiesen zu sein.²⁹⁾ Auch das Gefährlichkeitskriterium bietet Differenzierungsmöglichkeiten, die die Praxis bisher nur ungenügend wahrgenommen hat.³⁰⁾

25) RS 1978, S. 115.

26) Stratenwerth, AT I, § 13, S. 345, Rn. 113.

27) BGE 109 IV 147, S. 149. Ebenso 113 IV 108, S. 109.

28) Diese Fragen sollten v.a. helfen, dass an die Einziehung sog. mittelbar verwendeter Gegenstände, die nicht bei der Tatausführung, sondern zu deren Vorbereitung verwendet wurden, strengere Anforderungen gestellt werden. Vergl. Eser, S. 324ff.

29) Eine möglichst genaue Umschreibung des einzuziehenden Gegenstandes drängt sich auch im Hinblick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung auf, welche von einem sehr weitgehenden Verhältnismässigkeitsmasstab ausgeht. Vergl. etwa BGE 114 IV 98ff. (das Haus der Spione).

30) Vergl. auch hier BGE 114 IV 98ff.

Eine weitere Abgrenzung wird man mit Hilfe der subjektiven Seite vornehmen können. Ein Gegenstand kann nicht eingezogen werden, wenn der Täter ihn nicht wissentlich und willentlich als Instrument verwendet hat. Das Tatmittel muss absichtlich als solches verwendet worden sein.³¹⁾ Entsprechend muss bei den Fahrlässigkeitsdelikten das Tatinstrument pflichtwidrig unvorsichtig verwendet worden sein.

Sollten diese besonderen Abgrenzungskriterien nicht ausreichen, ist in jedem Fall ein strenger und differenzierter Verhältnismassstab anzuwenden.³²⁾

Darauf ist noch besonders einzugehen.

II. Producta sceleris

Producta sceleris sind die durch eine strafbare Handlung hervorgebrachten Gegenstände. Im Unterschied zu den Instrumenten setzen die Tatprodukte einen unmittelbaren Deliktzusammenhang voraus. Oft sind tatbestandliches Handeln und Hervorbringen sogar identisch, etwa bei den Fälschungsdelikten. Wie Trechsel³³⁾ hervorhebt, werden Fälschungen im Verkehr zu Mitteln, weil die meisten Fälschungsdelikte zugleich auch den Verkehr, den Handel und das Einführen poenalisieren.³⁴⁾ Dasselbe gilt für Betäubungsmittel, Art. 19 Ziff 1 Abs. 2 bis 5 BMG, für Sprengstoffe, Art. 226 Abs. 2 StGB, oder für Pornographie, Art. 204 StGB.³⁵⁾ Die Unterscheidung zwischen Mittel und Produkt kann im Einzelfall, vor allem bei gefährlichen Sachen, schwierig sein, sie ist jedoch von sekundärer Bedeutung, da sie keinerlei Konsequenzen zeitigt. Was mit einem Produkt oder einem Mittel erreicht wird, kann allenfalls unter Abschöpfungsgesichtspunkten eingezogen werden. Ist das Produkt oder das Mittel aber nicht mehr vorhan-

31) Schäfer, LK, S. 52. Rn. 16 zu § 74. BGHSt 10, 28, S. 30.

32) Eine umfassende und differenzierende Darstellung der verschiedenen Tatinstrumente und deren Beziehung zur Tat findet sich bei Eser, S. 318ff.

33) Trechsel, S. 214, Rn. 12 zu Art. 58.

34) Vergl. etwa Art. 154, 155, 242 oder 244 StGB.

35) Neuerdings auch für Gewaltdarstellungen, Art. 135 StGB.

den, kann deren Verkaufswert nicht ersatzweise eingezogen werden.

D. Gefährdung und Verhältnismässigkeit:

"Soweit es um die eigentliche Strafe geht, wird heute der Schuldgrundsatz als Konkretisierung des Prinzips der Verhältnismässigkeit verstanden. Soweit der Schuldgrundsatz jedoch für die Rechtfertigung strafrechtlicher Sanktionen ausscheidet, muss wieder unmittelbar auf das Erfordernis einer vernünftigen Proportion zwischen erstrebtem Ziel und den eingesetzten Mitteln zurückgegriffen werden."³⁶⁾ Letzteres gilt für die Sicherungseinziehung. Erstrebtes Ziel ist der Schutz von Rechtsgütern, eingesetztes Mittel die Eigentumsanktion. Das Schutzinteresse muss den Eingriff in private Berechtigungen aufwiegen. Diese Abwägung zwischen Gefährdung und Eingriff gibt die Reichweite der Einziehungsmöglichkeiten vor und begrenzt sie.

"Der Begriff der Gefährdung ist ein gefährlicher Begriff."³⁷⁾ Er ist schwer zu definieren, weil sich Gefährdung nicht punktuell bestimmen lässt, sondern selbst nur einen veränderlichen Wert auf einer Verlaufsskala angibt. Es geht um die Umschreibung einer Prognose, einer bestimmt gearteten Möglichkeit künftiger Schädigung. Das BGer spricht von "hinreichender Wahrscheinlichkeit" des Gefahren Eintritts, also von einer wahrscheinlichen Möglichkeit einer künftigen Schädigung³⁸⁾, Eser von "dringender Wahrscheinlichkeit"³⁹⁾. Festgehalten werden kann, dass eine positive Prüfung der Wahrscheinlichkeit zu erfolgen hat und ihr Ergebnis in jedem Einzelfall begründet werden muss. Zwei einschränkende Gesichtspunkte können dem Gefährdungsbegriff erste Konturen geben: die Umschreibung der für die Sicherungseinziehung vorgegebenen Gefährdungsobjekte und der Verhältnismässigkeitsgrundsatz.

36) Stratenwerth, AT II, § 14, S. 304, Rn. 20.

37) Exner, S. 59.

38) BGE 116 IV 117.

39) Eser, S. 268.

I. Gefährdungsobjekte

Gefährdungsobjekte in Art. 58 Abs. 1 lit. b sind "die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung". Diese durch die Einziehung geschützten Güter berühren viele Aspekte des Zusammenlebens. Die Gefährdung all dieser Interessen kann nicht einziehungsbegründend sein. Stratenwerth stellt klar, dass es darum geht "Gefahren von rechtlich und damit allgemeinverbindlich anerkannten Gütern oder Interessen abzuwehren"⁴⁰⁾. Gemeint sind demnach die von der allgemeinen Rechtsordnung geschützten Güter. Auch das scheint jedoch noch zu allgemein. Mit Recht hebt Exner hervor, dass unter Gefährlichkeit "die Möglichkeit strafgesetzwidriger Schädigungen" zu verstehen ist.⁴¹⁾ Die strafrechtlichen Schutzmassnahmen sollen die Gesellschaft oder die Einzelperson in ihren durch das Strafrecht bezeichneten und formulierten Positionen schützen. Eine Erweiterung dieses Schutzes auf in anderen Rechtsgebieten positiviert Interessen hiesse vor allem, die Grenze zum Verwaltungsrecht abermals zu verwischen. Aus dem Umstand, dass als Anlass tatbestandsmässiges Unrecht verwirklicht werden muss, weil erst durch die Tat manifest wird, was in Zukunft verhindert werden soll, folgt konsequenterweise, dass nur die Gefährdung strafrechtlich relevanter Güter Einziehungsvoraussetzung sein kann.

II. Die Verhältnismässigkeit

Die Verhältnismässigkeit ist das Resultat einer Abwägung zwischen Gefahr und Eingriff in einem richterlichen Ermessensentscheid. Als Verfassungsgrundsatz erfasst das Verhältnismässigkeitsprinzip den gesamten Bereich hoheitlicher Eingriffe ge-

40) Stratenwerth, AT II, § 14, S. 485f., Rn. 27. Obwohl Massnahmen im allgemeinen die Verhinderung künftigen deliktischen Verhaltens bezwecken, setzt die objektbezogene Sicherungseinziehung nicht voraus, dass die Gefahr weiterer Deliktsbegehung bestehen muss. Die durch die Tat zu Tage getretene Gefahr reicht aus. Vergl. andere Regelungen, wie z.B. die Tatverhinderungsklausel in § 74 Abs. 2 Ziff. 2 des deutschen und die in § 26 Abs. 1 des österreichischen Strafgesetzbuches. Die österreichische Regel bestimmt, dass Gegenstände eingezogen werden müssen, "um der Begehung mit Strafe bedrohter Handlungen entgegenzuwirken".

41) Exner, S. 257.

gen den Bürger, auch die strafrechtlichen Sanktionen.⁴²⁾ Der grundrechtsbeschränkende Charakter der Einziehung als Sanktion gegen das Eigentum macht vollends deutlich, dass verhältnismässiges Handeln des Staates auch für den Bereich der sichernden Massnahmen die Legitimation und die Reichweite vorgibt.⁴³⁾ Lehre und Rechtsprechung gehen denn auch von der Anwendbarkeit des Verhältnismässigkeitsprinzips im Einziehungsrecht aus.⁴⁴⁾ Die in der Öffentlichrechtlichen Doktrin vorgenommene Aufgliederung der Verhältnismässigkeit⁴⁵⁾ in die Kriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit im engeren Sinne kann ins Massnahmenrecht übernommen und als differenzierte Entscheidungsgrundlage verwendet werden.

Geeignetheit: Das Mittel muss zur Zweckverwirklichung tauglich sein.⁴⁶⁾ Das zur Tötung eines anderen Menschen verwendete Küchenmesser beispielsweise unterliegt nicht der Einziehung, denn die Sicherheit von Menschen kann auf diese Weise nicht erreicht werden. Das Mittel wäre untauglich, weil jedermann überall problemlos Küchenmesser erwerben kann. Demgegenüber hat das

42) Eser, S. 196f., Stratenwerth, AT II, § 9, S. 304, Rn. 20.

43) Schultz meint, in ihrer beschränkenden Wirkung stünden die verwaltungsrechtlichen Massnahmen den sichernden sehr nahe, Schultz, AT Bd. 2, S. 135. Gleicher Ansicht sind auch Vertreter des öffentlichen Rechts: Ulrich Zimmerli, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, in: ZSR 97 (1978) II, S. 111 und Hans Huber, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Verwaltungsrecht, in: ZSR 96 (1979) I, S. 23.

44) BGE 104 IV 149, BJM 1986, S. 262. Stratenwerth, AT II, § 14, S. 486, Rn. 29. Trechsel, S. 215, Rn. 15 zu Art. 58. Schultz ZBJV, S. 309. Im angegebenen Entscheid führt das Bundesgericht etwas unverständlich aus, es dürfe nicht ausser acht gelassen werden, dass Art. 58 StGB den Richter zur Anordnung der Einziehung verpflichte. "Die Einziehung bildet also die Regel. Von ihr darf nur abgewichen werden, wenn der Grundsatz der Verhältnismässigkeit die Anordnung einer weniger weit gehenden Massnahme gebietet, die dem Zweck der Massnahme genügt." Es gibt keine entsprechende "Regel" oder Vermutung. Die richterliche Pflicht zur Anordnung heisst Pflicht zur Vornahme einer Verhältnismässigkeitsprüfung. Ein strafprozessuales Legalitätsprinzip tritt nicht an die Stelle der verhältnismässigen staatlichen Reaktion.

45) Imboden/ Rhinow, Bd. 1, Nr. 58, S. 340ff. und Häfelin/ Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 353ff.

46) Stratenwerth, AT II, § 9, S. 317, Rn. 50.

BGer den Umstand der möglichen Wiederbeschaffung resp. der allgemeinen leichten Beschaffbarkeit in einem älteren Entscheid in bezug auf einen Apparat, der zur Herstellung von Absinth diene, als unerheblich bezeichnet: "Die mehr oder minder grosse Leichtigkeit des Ersatzes macht zwar die Einziehung weniger wirksam, aber nicht unwirksam. Die Massnahme behält ihren vorbeugenden Charakter zum mindesten als ernste Warnung .."⁴⁷⁾ Die Begründung zeigt jedoch nur, dass letztlich poenale Ueberlegungen die Tauglichkeitserwägung bestimmt haben.⁴⁸⁾ Eine von poenalen Motiven tendenziell unabhängige Einziehung erscheint gegenüber allgemein verfügbaren Sachen als ungeeignet und deshalb unverhältnismässig. Ist die Erlangung eines Gegenstandes beschränkt zugänglich, was z.B. bei Waffen der Fall ist, kann die Geeignetheit nicht generell abgelehnt werden. Gefordert ist dann eine die Gegebenheiten des Einzelfalles mitberücksichtigende Prüfung der Erforderlichkeit und der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne. In 116 IV 117 analysiert das BGer die die Einziehung auslösende Gefährdung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles, welche auch in der Person des Einziehungsbetroffenen liegen können. Das Gericht habe "eine Prognose darüber anzustellen, ob der fragliche Gegenstand in der Hand des Täters in der Zukunft die Sicherheit von Menschen gefährdet"⁴⁹⁾ Das ist bei frei verfügbaren Gegenständen regelmässig nicht der Fall. So gefährlich ein Küchenmesser in den Händen eines bestimmten Täters sein kann, so unproblematisch ist dessen Erwerb und so sinnlos dessen Einziehung. Sind die disponiblen Gegenstände von gewissem Wert, könnte deren Einziehung eine Wiederbeschaffung und damit eine weitere Deliktsbegehung eher verhindern.⁵⁰⁾ Poenale Motive

47) Pr. 44 (1955) 110, S. 336.

48) Am Rande sei die Frage erlaubt, was das BGer mit der "ernsten Warnung" ansprechen will. Wie aus dem Entscheid zu entnehmen ist und als Begründung vorgebracht wird, ist der Einziehungsbetroffene schon dreimal wegen Absinthbrennen verurteilt und bestraft worden.

49) BGE 116 IV 117, S. 120.

50) Diesem Gedanken folgt anscheinend die in letzter Zeit geforderte Einziehung der Fahrzeuge von chronisch delinquierenden Strassenverkehrsteilnehmern. Die Einziehung eines derart frei verfügbaren Gutes, wie es ein Auto ist, erscheint jedoch ungeeignet, die Gefahr für Menschen auf den Strassen zu bekämpfen. Ein Auto kann sofort wieder erworben, geleast oder gemietet werden. Als Nebenstrafe, als ul-

könnten bei einer Einziehung wertvoller Tatinstrumente freilich schnell die zentrale Rolle spielen und den Bereich der sichernden Massnahme sprengen.

Erforderlichkeit: Der Zweck muss durch angemessene Mittel erreicht werden. Nur was zur Zweckerreichung notwendig ist, darf verwendet werden. Daraus folgt, dass die mildeste der tauglichen Massnahmen gewählt werden muss⁵¹⁾ und die Massnahme sich auf den geringstmöglichen betroffenen Personenkreis zu beschränken hat.⁵²⁾

Verhältnismässigkeit im engeren Sinne: Die Massnahme muss durch das öffentliche Interesse gerechtfertigt sein. Private und öffentliche Interessen müssen in einem vernünftigen Verhältnis stehen. So würde etwa die Einziehung eines Hauses, das in Umgehung der Bestimmungen über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland erworben wurde, nicht in einem vernünftigen Verhältnis der gegeneinander abzuwägenden Interessen stehen.⁵³⁾ In diese Abwägung muss das individuelle Verhalten des Täters einbezogen werden.

tima ratio, könnte die "Autoeinziehung" eventuell effektive Präventionswirkung entfalten. Problematisch wäre dabei, dass ein immer grösserer Prozentsatz der Autos in der Schweiz geleast sind, das Eigentum demnach einem Dritten, meist einer Leasinggesellschaft, zusteht, deren Eigentum auch unter einem Starfgesichtspunkt nicht unberücksichtigt bleiben darf.

51) BGE 104 IV 149, S. 150.

52) Vergl. Imboden/ Rhinow, Bd. 1, Nr. 58, S. 344 und Bd. 2, Nr. 135, S. 991ff. Der Begriff des Störers kann im Zusammenhang mit einer strafrechtlichen Sanktion nicht verwendet werden. Als Ausfluss der Verhältnismässigkeit spielt das Störerprinzip jedoch für die Beschränkung einer Sanktion auf den "strafrechtlichen Störer" eine Rolle. Auswirkungen auf Dritte müssen bei der Ausfällung einer strafrechtlichen Massnahme mitberücksichtigt werden.

53) Anders BGE 114 IV 98: Das Haus, in welchem Spionagefunksendungen empfangen wurden, darf eingezogen werden. Ob das angemessene Mittel verwendet wurde oder die Einziehung in einem vernünftigen Verhältnis zur Zweckverfolgung stand, ist in diesem Fall zu bezweifeln. Schon der Zusammenhang mit der Anlasstat kann für eine Einziehungsanordnung als unzureichend angesehen werden.

III. Besondere Einziehungsbestimmungen

Besondere Einziehungsbestimmungen finden sich im Strafbuch und anderen Bundesgesetzen.⁵⁴⁾ Einige dieser Bestimmungen enthalten lediglich den Hinweis, dass eingezogen wird oder werden kann. Lehre und Rechtsprechung sehen darin eine spezielle Einziehungsform, welche das richterliche Ermessen einschränkt. Die Gefährlichkeit der Gegenstände werde vermutet, z.T. unwiderlegbar.⁵⁵⁾ Was ist der Grund dieser Vermutung? Ist es die besondere Gefahr? Dass z.B. Fälschungen in der Regel ein grosses Gefährdungspotenzial aufweisen, mag zutreffen; weshalb aber auf die Beurteilung der Gefährdung und, wie es scheint, auf die der Verhältnismässigkeit verzichtet werden sollte, ist nicht ersichtlich. Stratenwerth wendet sich denn auch gegen diese Vermutung. Er argumentiert der Sache nach mit dem Geltungsbereich der allgemeinen Einziehungsnormen.⁵⁶⁾ Die besonderen Bestimmungen sollten als *lex specialis* vorgehen, da sich die Einziehungsvoraussetzungen dort aus dem spezifischen Sachzusammenhang ergeben. Auf welche Voraussetzungen des allgemeinen Einziehungsrechts zu Gunsten des Sachzusammenhangs verzichtet werden kann oder soll, bleibt jedoch unklar. Die Gefährdung und die Verhältnismässigkeit des Eingriffs müssen auch bei diesen Tatbeständen des Besonderen Teils und der Spezialgesetzgebung im Einzelfall beurteilt und bejaht werden.⁵⁷⁾ Bei der Beurteilung des Einzelfalles mögen selbstverständlich spezifische Sachzusammenhänge zu berücksichtigen sein. Besondere Bestimmungen, die die Unbrauchbar-

54) Im Strafbuch in Art. 153 Abs. 3, 154 Ziff. 3, 155 Abs. 3, 204 Ziff. 3, 249. Vergl. im übrigen BG über den Verkehr mit Giften Art. 36, BG über das Münzwesen Art. 9 Abs. 2, BG über den Natur- und Heimatschutz Art. 24 c, Bereich der Bestimmungen über das geistige Eigentum: Art. 54 BG betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst und Art. 29 BG betreffend die gewerblichen Muster und Modelle.

55) Vergl. z.B. Schultz, AT Bd. 2, S. 206f. oder Trechsel, S. 215, Rn. 13 zu Art. 58 und BGE 101 IV 36, S. 41f. Das Bundesgericht scheint einen Schritt weiter zu gehen, indem es ausführt, die Erfüllung des objektiven Tatbestandes sei einziehungsbe gründend.

56) Stratenwerth, AT II, § 14, S. 487 Rn. 30.

57) In seiner neusten Praxis nimmt das BGer eine Ueberprüfung der Verhältnismässigkeit vor. (Vergl. NZZ Nr. 292 vom 16.12.1991.)

machung oder Vernichtung vorschreiben, vermögen jedoch die Kannvorschrift (Art. 58 Abs. 3) nicht zu verdrängen. Auch unzüchtige Veröffentlichungen gemäss Art. 204 oder Falschgeld sollten den Weg in eine kriminalistische Sammlung finden können.⁵⁸⁾

IV. Exkurs: Absolute Gefährlichkeit

Eine spezielle Behandlung der Einziehung, etwa bei Fälschungsdelikten oder nach dem Giftgesetz, drängt sich demnach nicht auf. Die einzuziehenden Gegenstände müssen mit einer rechtswidrigen Tat zusammenhängen und eines der strafrechtlich geschützten Güter gefährden. Ausserdem muss auch hier die Einziehung dem Verhältnismässigkeitsprinzip entsprechen.

Man könnte sich jedoch fragen, ob bei absolut gefährlichen Gegenständen eine Ausnahme zu machen ist, bei Gegenständen also, die nicht lediglich in der Hand eines bestimmten Täters, sondern an sich, "ihrer Art und Beschaffenheit nach"⁵⁹⁾ gefährlich sind.

Schon Eser hat dargestellt, dass eine Gefahr immer einen Bezugspunkt haben muss, sich immer auf konkrete Umstände bezieht, immer relativ ist. Eser kommt denn auch zum Schluss, dass die Unterscheidung zwischen absoluter und relativer Gefahr aufgegeben werden muss.⁶⁰⁾

Diese Auffassung ist zu teilen und mit ihr die Konsequenz für gesetzliche Vermutungen. Sie gehören, wie sich Eser ausdrückt, zum "überkommenen Einziehungsrecht"⁶¹⁾. Es gibt sehr gefährliche Gegenstände. Diese sind aber, wie alle andern, nur dann einzuziehen, wenn sie im Zusammenhang mit einer Straftat stehen und die Einziehung als verhältnismässiger Eingriff gerechtfertigt ist. Tauchen gefährliche Gegenstände auf, die die öffentliche Sicherheit bedrohen, so sind Behörden auf Grund an-

58) Vergl. Trechsel, S. 215, Rn. 16 zu Art. 58, der für den Vorbehalt der Verhältnismässigkeit auch bei zwingend vorgeschriebenen Vernichtungsfällen eintritt.

59) Eser, S. 259.

60) Eser, S. 262, rückt eine die Gesamtumstände berücksichtigende Beurteilung der Gefährlichkeit in den Vordergrund und lässt dem artbedingten Gefährlichkeitsfaktor Indizienwert zukommen.

61) Eser, S. 265.

derer öffentlichrechtlicher Bestimmungen, vor allem des präventiven Polizeirechts, berufen, einzuschreiten. Damit ist auch gesagt, dass der Strafrichter keine Eigentumssanktion vornimmt, die vom Einzelberechtigten unabhängig ist, wie es die besonderen Einziehungsbestimmungen vorsehen. Es soll keine strafrechtliche Massnahme geben, die autonom, ohne Rücksicht auf den Betroffenen, angeordnet werden kann.⁶²⁾

Es bleibt zu betonen, dass nach einigen Tatbeständen des Besonderen Teils und solchen der Nebengesetze schon der Besitz von äusserst gefährlichen Gegenständen strafbar ist. Dem Richter sind in solchen Fällen die Hände also nicht gebunden.

E. Die Stellung Dritter gemäss Art. 58bis:

I. Wer ist Dritter?

Weil der Richter gemäss Art. 58 "ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person" einziehen darf, kann die Einziehung jemanden treffen, der mit der strafbaren Handlung nichts zu tun hat, also weder Mittäter noch Anstifter oder Gehilfe ist. Diese Person wird allgemein als Dritter bezeichnet. Einerseits kann es derjenige Berechtigte sein, bei dem eingezogen wird, der Einziehungsbetroffene, andererseits derjenige, der am einziehungsverstrickten Gegenstand einen Anspruch geltend machen will, ohne direkt Einziehungsbetroffener zu sein.

II. Vorfrage:

Eine Vorfrage allgemeiner Art muss kurz angesprochen werden. Sie betrifft das Verhältnis von zivil- und strafrechtlichen Regeln. Im Bereich der auf Objekte bezogenen Sicherungseinziehung taucht oft das Problem von Drittansprüchen am einziehungsverstrickten Gegenstand auf. Die Behandlung dieser Drittrechte folgt prinzipiell dem Zivilrecht, gestaltet sich jedoch dann äusserst kompliziert, wenn die Einziehung etwa von jeder beliebigen, spezifisch sachenrechtlichen Bestimmung abhängig gemacht

62) Da die besonderen Bestimmungen eine eigentümerunabhängige Einziehungsanordnung vorsehen, spricht auch Böhler von einer "polizeilichen Einziehung". Böhler, S. 39.

wird. Ein derart differenziertes System wie z.B. das des Eigentumsrechts läuft pragmatischen Einziehungsinteressen zuwider. Speziell der Eigentumserwerb, der z.T. von formalen Gesichtspunkten abhängt, behindert kriminalpolitisch begrüssenswerte Einziehungsmöglichkeiten.⁶³⁾ Liver⁶⁴⁾ erwähnt die Regeln über den Eigentumsvorbehalt, die das Eigentum "hin und her" springen lassen und für das Strafrecht zu unsinnigen Ergebnissen führen: Beim Verkauf und Besitzübergang ist der Käufer Eigentümer, mit dem Eintrag ins Register ist es wieder der Veräußerer. Bei Wohnsitzwechsel des Käufers erlischt der Eintrag, wenn er nicht binnen drei Monaten erneuert wird, der Käufer wird wieder Eigentümer. Wird erneut eingetragen, geht das Eigentum an den Verkäufer zurück. Da ein erfolgter resp. gültiger Vorbehaltseintrag die Verfügung über eine Sache strafbar werden lässt, stellt sich natürlich die Frage, ob der Begriff des Eigentums in solchen Fällen anders zu deuten, mindestens anders zu behandeln ist. Dem Postulat einer einheitlichen Rechtsordnung nachkommen und jede zivilrechtliche Konsequenz als für das Strafrecht massgebend betrachten, kann auch heissen, der Rechtssicherheit schaden und unbegründete strafrechtliche Entscheidungen fördern.

Im Einziehungsrecht der BRD führte ein Vorlagebeschluss des BGH⁶⁵⁾ zu einer Kontroverse um das Verständnis des Eigentumsbegriffs und darum, was "Einheit der Rechtsordnung" bedeutet. Eser hat vorgeschlagen, dass "trotz Begriffsgleichheit für das Straf-

63) Ein illustratives Beispiel, in casu im Bereich der Hehlerei, bietet BGE 90 IV 14: Der Autohändler Koch kauft vom Autohändler Züllig gutgläubig neun Autos. Nach zwei Tagen klärt Züllig den Käufer Koch darüber auf, dass ihm die Autos lediglich anvertraut waren, er also nicht verfügungsbe-rechtigt gewesen sei. Er rät Koch, die Autos zu verstecken. Dies tut Koch und verheimlicht die Autos vor der Polizei. Das Bundesgericht stellt fest, dass Koch nicht wegen Hehlerei bestraft werden könne, da Verheimlichen zwar eine Fehlerhandlung, eine Hehlerei an eigenen Sachen jedoch nicht möglich sei. Koch hatte durch seinen guten Glauben im Zeitpunkt des Erwerbs unanfechtbar Eigentum erlangt, weil die Autos als dem Züllig anvertraut angesehen werden mussten. Wäre dies nicht der Fall, hätte Züllig z.B. die Autos einem Dritten entwendet, so wäre trotz gutgläubigem Erwerb das Eigentum nicht übergegangen und Koch wäre Hehler.

64) Liver, Zivilrechtliche Begriffe im Strafrecht, in: FS Schultz, ZStrR 94, S. 108.

65) BGHSt 24, 222 und 25, 10.

recht von seinen spezifischen Normzwecken her gewisse Grenzkorrekturen und damit abweichende Konsequenzen für die Handhabung des Eigentumverständnisses" akzeptiert werden sollten.⁶⁶⁾

In der Schweiz werden prinzipiell die zivilrechtlichen Eigentumsregeln als für das Strafrecht massgebend bezeichnet.⁶⁷⁾ Im Einziehungsrecht hilft man sich im Widerstreit mit zivilrechtlich eindeutigen Positionen, indem der Schutz des Eigentums von Tatunbeteiligten dort verwehrt wird, wo einziehungsverstrickte Gegenstände durch deren Verschulden⁶⁸⁾ der Tatbegehung gedient haben oder wo Gegenstände in Kenntnis der deliktischen Herkunft erworben wurden.⁶⁹⁾ Die Frage, ob derartige Einschränkungen des Eigentums vertretbar und sinnvoll sind, wird später zu beantworten sein.⁷⁰⁾

66) Eser, JZ 1972, S. 146ff. "Einheit der Rechtsordnung hängt nicht von der Einheitlichkeit der Begriffsordnung ab." (S. 147)

Auf Fragen in bezug auf die Einheit der Rechtsordnung wird nicht näher eingetreten, obwohl sich im Einziehungsrecht solche öfters stellen. Was die Diskussion in der Bundesrepublik anlangt, ist der Vollständigkeit halber auf das durch das GG vorgegebene Eigentumsverständnis hinzuweisen. Art. 14 GG gibt verantwortungsvolle Rechtsausübung vor. Die deliktische Verwendung einer Sache mit Wissen des Eigentümers ist von diesem Grundverständnis aus schon eine Pflichtverletzung.

67) Stratenwerth, BT I, § 8, S. 172f., Rn. 7/ Trechsel, S. 413, Rn. 4 vor Art. 137/ Schubarth, Die Systematik der Aneignungsdelikte, S. 23. Für eine zivilrechtsunabhängige Begriffsbestimmung Hafer, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, S. 216. Das Bundesgericht geht ebenfalls von der "zivilrechtlichen Eigentumslage" aus, BGE 88 IV 15, S. 17 (Gegenstände aus Errungenschaft und Mannesgut stehen bei der Güterverbindung im Eigentum des Mannes).

68) Auf das, was in diesem Zusammenhang unter "Schuld" zu verstehen ist, wird später zurückzukommen sein. Vergl. unten, § 2.E.IV.1.

69) Es wird zu zeigen sein, dass nach zivilrechtlicher Disposition nur wenige Erwerbsfälle möglich sind. Zudem muss betont werden, dass die unterschiedliche Rechtsnatur der verschiedenen Einziehungsarten auch unterschiedlichen Schutz von Drittberechtigungen nach sich zieht.

70) Vergl. unten, § 2.E.IV.1.

III. Der Vernichtungsvorbehalt:

Nur diejenigen Gegenstände werden den eigentumsberechtigten Dritten i. S. von Art. 58bis Abs. 1 ausgehändigt, welche nicht unbrauchbar zu machen oder zu vernichten sind. Die Anordnung der Vernichtung resp. Unbrauchbarmachung ist wiederum in das Ermessen des Richters gestellt. Davon betroffen sind zunächst einmal absolut gefährliche Gegenstände⁷¹⁾, darüberhinaus aber auch solche, deren Besitz strafbar ist.⁷²⁾ Nur insoweit kann dem Dritten das Eigentum (und der Besitz) vorenthalten werden.⁷³⁾ 74) Im übrigen liegt es im richterlichen Ermessen, als mildere Massnahme die fraglichen Gegenstände für bestimmte Zwecke aufzubewahren, etwa für das vielzitierte kriminalistische Museum, zu Schulungszwecken oder für toxikologische Experimente.⁷⁵⁾

IV. Die Behandlung der Dritten:

Art. 58bis geht von der Selbstverständlichkeit aus, dass Eigentumsrechte zu respektieren sind. Zudem soll gemäss Abs. 2 derjenige geschützt werden, dem "ein anderes Recht als das Eigentum" an der Sache zusteht.

Nur in bestimmten Ausnahmefällen bleiben die Rechte Dritter unberücksichtigt: Der Eigentümer, der nicht anspruchsberechtigt ist, und derjenige, der einen Anspruch auf Verschaffung von Eigentum hat, diesen jedoch in Kenntnis der strafbaren Handlung erworben hat, Art. 58bis Abs. 1. Zudem bleibt die richterliche

71) Schultz, ZBJV S. 327.

72) Vergl. die oben dargestellte Ansicht, wonach eine vom Betroffenen unabhängige Massnahme verworfen wird.

73) Mehr als fraglich ist, ob der Dritte an derartigen Gegenständen überhaupt Eigentum erwerben konnte.

74) Stratenwerth, AT II, § 14, S. 488 Rn. 35., spricht von Gegenständen, "für die keinerlei legitime Verwendungsmöglichkeit besteht". Vergl. auch die Formulierung in Spezialgesetzen, wie z.B. das BG betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst, Art. 54 Abs. 3: "Das Gericht kann die Zerstörung oder Unbrauchbarmachung der ausschliesslich zur rechtswidrigen Herstellung von Werkexemplaren dienenden Gegenstände ... verfügen".

75) Vergl. Stratenwerth, AT II, § 14, S. 488f., Rn 35/ Trechsel, S. 215, Rn. 16 zu Art. 58 und Schultz, ZBJV, S. 328, ferner BGE 89 IV 132, S. 136.

Vernichtungsanordnung vorbehalten. Die Rechte gehen mit der Sache unter.

1. Der Eigentümer

Auf die Einziehung wird zugunsten des tatunbeteiligten Eigentümers der instrumenta oder producta sceleris verzichtet⁷⁶⁾, falls dieser "anspruchsberechtigt" ist. Was darunter zu verstehen ist, wird unterschiedlich beurteilt.

Trechsel geht davon aus, dass Art. 58bis die Rechte aller "unbeteiligte Dritter" schützt.⁷⁷⁾ Schultz spricht, wie die bundesrätliche Botschaft, vom Eigentumsschutz des "gutgläubigen Dritten" und betont, dass auch der Geschädigte Dritter i.S. von Art. 58bis sein kann.⁷⁸⁾ Ein Hinweis in den Materialien könnte den Schluss zulassen, der Gesetzgeber betrachtete den Erwerber von anvertrautem Gut als "anspruchsberechtigten" Eigentümer.⁷⁹⁾ Damit ist, soweit ersichtlich, auch wieder der gutgläubige Dritte angesprochen.

Nach der Auffassung von Stratenwerth kann als "anspruchsberechtigter" Eigentümer nicht derjenige gemeint sein, der nach Art. 641 Abs. 2 ZGB den Herausgabeanspruch besitzt. Dieser Anspruch verstehe sich von selbst und müsse nicht erwähnt werden.⁸⁰⁾ Stattdessen käme derjenige in Betracht, der die Eigentumsberechtigung in Unkenntnis der strafbaren Handlung erlangt hat; ausgeschlossen wäre also jeder, der die Sache in Kenntnis der strafbaren Handlung erworben hat. Weshalb der Ge-

76) Schultz, ZBJV, S. 326 und Botschaft Verwaltungsstrafrecht, BB1 1971 I/2, S. 1007.

77) Trechsel, S. 218, Rn. 1 zu Art. 58bis.

78) Schultz, ZBJV S. 326f.

79) Die Anspruchsberechtigung taucht zu einem späten Zeitpunkt des Gesetzgebungsverfahrens auf, in einem Vorschlag der Verwaltung für die zweite Lesung der nationalrätlichen Kommission im Januar 1973. In den Protokollen dieser parlamentarischen Kommission findet sich lediglich ein Hinweis. Auf die Frage, weshalb der Begriff "anspruchsberechtigter" Eigentümer eingeführt worden sei, verweist ein Vertreter der Bundesanwaltschaft auf Art. 933 ZGB, den gutgläubigen Erwerb anvertrauter Sachen.

80) Stratenwerth, AT II, § 14, S. 489, Rn. 37.

setzgeber diesen Sachverhalt nicht im Gesetzestext umschreibt, bleibt auch für Stratenwerth ein Rätsel.⁸¹⁾

Der Zusatz "anspruchsberechtigter" Eigentümer könnte schliesslich an Stelle der noch im bundesrätlichen Entwurf enthaltenen Voraussetzungen getreten sein.⁸²⁾ Anspruchsberechtigt wäre demnach derjenige Eigentümer, den kein Verschulden daran trifft, dass sein Gegenstand zur Widerhandlung entwendet oder gebraucht wurde. Umgekehrt wird derjenige nicht geschützt, der für den deliktischen Gebrauch seiner Sache einzustehen hat; er ist nicht "anspruchsberechtigt" i.S. von Art. 58bis Abs. 1.⁸³⁾

Diese beiden letzten Interpretationsansätze entsprechen der Sache nach der sogenannten strafähnlichen Dritteinziehung täterfremder Gegenstände gemäss § 74a des deutschen StGB, und zwar der sog. "Erwerbsklausel" (§ 74a Ziff. 2; Erwerb in Kenntnis der einziehungsbegründenden Umstände) ebenso wie der "Beihilfeklausel" (§ 74a Ziff. 1; der Gegenstand ist leichtfertigerweise Mittel der Tat geworden).⁸⁴⁾

Diese Unterscheidung im deutschen Recht macht deutlich, welche staatlichen Interessen den Eigentumsanspruch zurücktreten lassen. Einerseits will die ihrer Natur nach auf Produkte bezogene⁸⁵⁾ Erwerbsklausel verhindern, dass durch die Begründung von

81) Stratenwerth, a.a.O., Rn. 37 unten.

82) Stratenwerth, a.a.O., Fn. 6.

83) Art. 14 Abs. 1 der bundesrätlichen Fassung lautete: "Weist ein Dritter nach, dass er Eigentümer des einzuziehenden Gegenstandes oder Vermögenswertes ist und dass dieser ohne seine Schuld ihm weggenommen oder zur Widerhandlung benutzt worden ist oder dass er das Eigentum oder den Anspruch auf Verschaffung von Eigentum in Unkenntnis der Widerhandlung erworben hat, so wird ihm der Gegenstand ... ausgehändigt." Dieser Entwurf lehnt sich z.T. an die Formulierung des Art. 122 Abs. 2 Zollgesetz (alte Fassung, AS 42, 287) an. Die mit einem Zoltpfand belegten Gegenständen werden nicht verwertet, wenn der Eigentümer beweisen kann, "dass die Gegenstände ihm gegen seinen Willen und rechtswidrigerweise weggenommen und zur Begehung einer Zuwiderhandlung benutzt worden sind, (oder dass er den Pfandgegenstand erworben hat, ohne von der Nichterfüllung der Zollzahlungspflicht Kenntnis zu haben)".

84) Zum Ganzen Eser, Schönke/Schröder, S. 814 Rn 4ff. zu § 74a.

85) Das Interesse an der Verhinderung der Vereitelung von Instrumenteneinziehung tritt zurück, denn der Instrumentener-

Dritteigentum die Einziehung vereitelt wird. Andererseits soll mit der ihrer Natur nach auf Instrumente beschränkten Beihilfeklausel derjenige getroffen werden, der aus Unachtsamkeit "sachliche Gehilfenschaft" leistet.

Beide Gesichtspunkte sollen kurz auf ihre Tauglichkeit und Vertretbarkeit im sicherungsmotivierten Einziehungsrecht i.S. des Abs. 1 lit. b von Art. 58 StGB untersucht werden.⁸⁶⁾

A: Das Eigentumsrecht wird missachtet, wenn der Eigentümer bösgläubiger Erwerber von producta sceleris ist, wobei der böse Glaube vom Wissen um die deliktische Herkunft des Produktes abhängt.

Es müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein: Erstens muss der Erwerber Eigentümer geworden sein, und zweitens darf er sich durch den Erwerb nicht strafbar gemacht haben, weder als Täter noch als Teilnehmer, denn sonst ist er nicht "Dritter" i.S. von Art. 58bis.

Durch den Erwerb anvertrauter Sachen erlangt der Gutgläubige Eigentum. Der bösgläubige Erwerber wird nicht Eigentümer. Art. 58bis ist nicht anwendbar. Eine Einziehung könnte gestützt auf Art. 58 angeordnet werden, wenn der Erwerb den Tatbestand der Veruntreuung oder der Hehlerei erfüllt.

Der gutgläubige Erwerber gestohlener Sachen wird nicht Eigentümer,⁸⁷⁾ der Bösgläubige ist Hehler, er fällt also unter Art. 58, nicht unter 58bis.

Der bösgläubige Erwerber von aus Verbrechen stammenden Gegenständen könnte zum Geldwäscher gemäss Art. 305bis werden.

werb durch Dritte fördert keine (weitere) Deliktsbegehung. Es geht also nicht - wie bei der Hehlerei - um die korrumpierende Wirkung auf andere.

86) Ausführlicher sollen diese staatlichen Interessen bei der Vermögenseinziehung und bei allfälligen Aenderungsbedürfnissen behandelt werden.

87) Vergl. Art. 934 Abs. 1 ZGB.

Wer eine Sache auf Grund eines nichtigen Vertrages erwirbt, wird wegen der kausalen Natur der Eigentumstradition nicht deren Eigentümer.⁸⁸⁾⁸⁹⁾

Der bösgläubige Erwerb von Betäubungsmitteln i.S. des BetMG begründet eine eigene Strafbarkeit. Der Erwerber ist nicht Dritter i. S. von Art. 58bis.

Es kann festgehalten werden, dass für die Beurteilung der Eigentumsposition des Dritterwerbers die Gutglaubenskonzepktion als Kriterium fehl am Platz ist. Sie führt zu grossen Ungereimtheiten.⁹⁰⁾ Bösgläubiger Erwerb lässt entweder kein Eigentum entstehen oder erfüllt selbst tatbestandliches Unrecht. Unter Art. 58bis lässt sich kaum eine Erwerbsart subsumieren, die Figur des Dritten tritt selten auf. Im deutschen Recht sind die Anwendungsfälle zahlreicher, weil nach § 929 BGB die Eigentumsübertragung abstrakter Natur ist, also ein nichtiges Grundgeschäft der dinglichen Wirkung nicht entgegensteht.⁹¹⁾ Eine dem deutschen Strafrecht nachgebildete Erwerbsklausel läuft Gefahr, durch sachen- und obligationenrechtliche Bestimmungen konterka-

88) Verträge sind gemäss Art. 20 OR nichtig, wenn sie einen widerrechtlichen Inhalt haben, z.B. weil sie gegen ein Veräusserungsverbot verstossen. Im weiteren sind die gegen die guten Sitten verstossenden Verträge nichtig. Der bösgläubige Erwerb von unsittlichen Veröffentlichungen, der an und für sich nicht strafbar wäre, ist als sittenwidrig i.S. von Art. 20 OR zu betrachten und demnach ebenfalls nichtig. Einen Grenzfall bildet der nicht strafbare Erwerb von gefälschten Waren i.S. von Art. 153, wenn der Erwerber die Ware nicht weiter veräussern will. Art. 153 bestraft die Verbreitung. Ob der Kaufvertrag nichtig ist, beurteilt sich nach dem Verbotszweck der Norm, welcher die Nichtigkeit des Vertrages indizieren müsste. Vergl. Kramer, Berner Kommentar, Allgemeine Bestimmungen, Art. 19-20 OR, Bern 1990, S. 147, Rn. 322.

89) Dabei stellt der Strafrichter die Nichtigkeit fest und berücksichtigt sie von Amtes wegen, denn ihn trifft die Pflicht, nur an den Eigentümer auszuhändigen. Fehlt ein solcher, so erfolgt die Einziehung des Gegenstandes. Ist die Nichtigkeit nicht evident und das Eigentumsrecht umstritten, muss eine zivilprozessuale Auseinandersetzung erfolgen.

90) Vergl. Stratenwerth, der jeden Grund für "Ausschluss der Anspruchsberechtigung" für problematisch hält. AT II, § 14, S. 490, Fn. 6.

91) Jauerning, Bürgerliches Gesetzbuch, zu § 929, S. 1081f.

riert zu werden. Der zivilrechtlich gültige Eigentumserwerb ist massgebend und ohne poenale Einschränkungen zu berücksichtigen.

Ausserdem ist hervorzuheben, dass die Sicherungseinziehung als strafrechtliche Sanktion tatbestandliche Unrechtsverwirklichung voraussetzt und sich in ihrer sichernden Funktionen an der Gefährdung rechtlich geschützter Güter zu orientieren hat. Konsequenterweise erscheint eine Einschränkung der Eigentumsausübung nur unter dem Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr als vertretbar. Ein quasi-hehlerisches, nur mittelbar zu missbilligendes, nicht aber unrechtsverwirklichendes Verhalten wird den Anforderungen einer Einziehung aus Sicherheitsgründen nicht gerecht. Das Wissen resp. Nichtwissen des Erwerbers um die deliktische Herkunft eines Gegenstandes hat jedoch auf dessen Gefährlichkeit keinen Einfluss. Das Eigentum des bösgläubigen Erwerbers muss auch gegenüber einer aus Sicherheitsgründen motivierten Einziehung gewahrt bleiben.⁹²⁾

B: Das Eigentumsrecht hat zurückzutreten, wenn es sich auf Deliktinstrumente bezieht, welche dem Eigentümer schuldhaft weggekommen sind oder zur Deliktsbegehung verwendet wurden. Erfasst werden Fälle, bei welchen das Tatinstrument dem Täter durch schuldhaftes Zutun oder Unterlassen des Eigentümers zugekommen ist. Dabei ist mit "schuldhaft" nicht Schuld im strafrechtlichen Sinne gemeint, sondern eine "Vorwerfbarkeit sui generis". Denn wenn das Verhalten des Eigentümers strafrechtliches Unrecht darstellt, ist er von vornherein kein Dritter i.S. von Art. 58bis.⁹³⁾

Als Beispiel diene das Ueberlassen eines Fahrzeuges an einen Freund, der damit immer wieder Verkehrsunfälle verursacht und

92) Die Stellung des Dritten im Bereich der Vermögenseinziehung wird nochmals zu beurteilen sein, wenn poenale Momente die Zielrichtung der Sanktion vorgeben.

93) Eine anschauliche Konstellation bietet der von Schultz, ZBJV, S. 326 erwähnte Fall BGE 103 IV 12: Verurteilung eines Erwachsenen wegen fahrlässiger Tötung, weil er gegenüber jugendlichen Tätern die Tatwaffe ungenügend sicher verwahrt hat. In diesem konkreten Fall handelt es sich insofern nicht um die Einziehung bei einem strafrechtlich belangbaren Dritteigentümer, weil es um eine militärische Dienstwaffe ging, welche gemäss Art. 92 BG über die Militärorganisation im Eigentum des Bundes steht.

welchem schon mehrmals der Fahrausweis entzogen wurde. Bei einem erneuten schweren Unfall wird das Auto eingezogen. Die Rechte des Eigentümers werden nicht berücksichtigt.⁹⁴⁾

Obwohl die Beihilfeklausel, im Unterschied zur Erwerbsklausel, dem Sicherungsgedanken Rechnung tragen kann und in diesem Beispielsfall trägt, müssen triftigere Gründe dafür gefunden werden, dass strafloses Verhalten den Verlust des Eigentums zur Folge hat. Auch hier muss das Erfordernis einer legitimierenden Anlasstat vorausgesetzt werden, die die Gefährlichkeit des tatverstrickten Gegenstandes manifestiert. Alles andere widerspricht den allgemeinen Bedingungen, die an eine strafrechtliche sichernde Massnahme gestellt werden. Obwohl das Zurverfügungstellen des Tatmittels Gefährdungsursache ist, muss am Erfordernis einer strafrechtlichen Haftung beim Eigentümer selbst festgehalten werden, denn er ist der eigentlich Einziehungsbedroffene.⁹⁵⁾

Gegenstände, die strafrechtlich unbeteiligten Dritten gehören, werden demnach von einer sicherungsmotivierten Einziehung nicht erfasst, weil strafrechtliche Massnahmen nicht Rechtspositionen straflos Handelnder verletzen dürfen. Somit werden die Eigentumsansprüche Dritter aus Art. 641 Abs. 2 ZGB gemäss Art. 58bis berücksichtigt. Dies muss auch für den bisher nicht erwähnten Erwerb von Tatinstrumenten gelten. Der zivilrechtlich definierte Eigentumsschutz soll für das Straf- und damit für das Einziehungsrecht massgebend bleiben. Dabei ist zuzugeben, dass durch etliche Umgehungsgeschäfte eine Einziehung vereitelt werden kann. Denkbar sind etwa Schenkungsverträge oder vorge-täuschte Kaufverträge, die eine gewünschte Eigentumsübertragung auf den unbeteiligten Dritten bewirken.⁹⁶⁾ Bei der Sicherungs-

94) Vergl. etwa BGHSt 1, 351, zitiert bei Eser, S. 225. Es sei für diesen Zusammenhang dahingestellt, ob eine derartige Einziehung dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz entsprechen würde.

95) Bei der Vermögenseinziehung wird eine andere Interpretation zulässig sein, vergl. unten, § 3.F.II.3. (direkter Gewinneintritt bei Dritten).

96) Die Umgehungsgeschäfte können gem. Art. 18 Abs. 1 OR dort unberücksichtigt gelassen werden, wo ein Rechtsverhältnis simuliert wird, z.B. ein Schenkungsvertrag: Die Präzisionswage des Drogendealers gehört auf Grund einer Schenkung dessen Bruder, der noch nie weder mit dem Drogenhandel oder

Einziehung muss diese unschöne Nebenfolge hingenommen werden, wenn man widersprüchliche Auslegungen und uferlose Einziehungsmöglichkeiten vermeiden will.

Mit einer strikten Uebernahme der zivilrechtlichen Eigentumsbestimmung müssen ausserdem etliche Auswirkungen hingenommen werden, die in rein sachenrechtlichen Erwägungen gründen und die für das Strafrecht nur schwer zu erklären sind.⁹⁷⁾

2. Der Verschaffungsberechtigte

Neben dem Eigentum berücksichtigt Abs. 1 von Art. 58bis den Anspruch auf Verschaffung von Eigentum. Dieser Anspruch entsteht durch das Zustandekommen eines Vertrages, der auf die Uebertragung von Eigentum gerichtet ist, wie etwa ein Kauf-, Tausch-, Schenkungs- oder Darlehensvertrag, und erlischt, andere Unter-gangsgründe vorbehalten, mit dem Eigentumserwerb, d.h. mit der Uebertragung des Besitzes am Gegenstand oder kraft Besitzmitt-lungsverhältnis. Im Unterschied zum Eigentum geht es hier um ob-ligatorische Rechte, die der Einziehung vorgehen sollen. Dass das Strafrecht obligatorische Ansprüche Dritter berücksichtigen soll, ist abzulehnen. Es ist vielmehr die Aufgabe des Gläubigers, seine Ansprüche gegenüber dem Verschaffungsverpflichteten geltend zu machen und durchzusetzen. Zudem können heikle Zwei-felsfragen auftreten: Wem muss der Gegenstand herausgegeben wer-den, wenn es sich um eine anvertraute Sache handelt, die ver-kaufte, jedoch noch nicht übertragen worden ist? Dem Eigentümer oder dem Verschaffungsberechtigten? Für die Respektierung und Befriedigung obligatorischer Ansprüche steht der kontradiktori-

mit Waagen etwas zu tun hatte. Könnte eine Simulation nach-gewiesen werden, dürfte die Wirkung des simulierten Vertra-ges und damit der Eigentumserwerb dahinfallen. Auf eine dem Schuldbetreibungs- und Konkursrecht nachemp-fundene paulanische Anfechtung (Art. 285ff. SchKG) für das Einziehungsrecht wird unten, im Zusammenhang mit Aende-rungsbedürfnissen, zurückzukommen sein.

97) Der überwiegende Grund für eine Anlehnung an das zivil-rechtliche Eigentumsverständnis liegt nicht in einer ange-strebten Einheit der Rechtsordnung, sondern in der Be-stimmtheit und Voraussehbarkeit einer Sanktion, die eine Enteignung zur Folge hat.

sche Adhäsionsprozess zur Verfügung, in dem der Geschädigte als Partei auftreten kann.⁹⁸⁾

Anders als beim Eigentum, bei dem erst die Auslegung des Begriffs "anspruchsberechtigt" Klarheit erbrachte, verlangt Art. 58bis Abs. 1 in Ansehung der Verschaffungsansprüche ausdrücklich, dass der Anspruch "in Unkenntnis der strafbaren Handlung" erworben wurde. Es kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.⁹⁹⁾ Die Berücksichtigung des Anspruchs setzt auch hier voraus, dass er zivilrechtlich überhaupt zustande kommt, was bei gestohlenen Sachen oder auf Grund nichtiger Verträge nicht der Fall ist. Ausserdem dürfen beim Anspruchsberechtigten selbst nicht ebenfalls die Einziehungsvoraussetzungen gegeben sein. Sein Anspruch bleibt unberücksichtigt, wenn der Erwerb strafrechtliches Unrecht bilden und die Gefahr weiterhin vom Gegenstand ausgehen würde. Dass in Kenntnis der deliktischen Herkunft einer Sache kaum Ansprüche erworben werden können, ist oben schon einlässlich dargetan worden.

Ein Anspruchserwerb bezüglich deliktisch verwendeter Sachen ist eher möglich. Der Erwerb des Anspruchs auf Instrumente trotz Kenntnis eines vorangehenden deliktischen Gebrauchs ist zivilrechtlich durchaus denkbar.¹⁰⁰⁾ Das Strafrecht sollte einem solchen Erwerber nicht mit dem Hinweis auf sein Wissen um die Tatumstände den Schutz entziehen¹⁰¹⁾, sondern mit der Begründung, dass die strafrechtlichen Massnahmen nicht der Erfüllung obligatorischer Vertragsansprüche dienen.

98) Eine Gleichstellung oder sogar eine Privilegierung des Verschaffungsanspruchs gegenüber dem Eigentum ist abzulehnen. Vergl. Stratenwerth, AT II, § 14, S. 490, Rn. 38.

99) Vergl. oben, § 2.E.IV.1.

100) Es widerspricht nicht nur zivilrechtlichen, sondern auch kriminalpolitischen Vorstellungen, wenn z.B. der Kauf einer Zahnarztausrüstung nicht berücksichtigt werden sollte, auch wenn der Käufer weiss, dass der Verkäufer, ein Zahntechniker, die Geräte nicht benutzen durfte. Vergl. Stratenwerth, AT II, § 14, S. 490, Rn. 38.

101) Trechsel will durch die Berücksichtigung der gutgläubigen Erwerber den Tatbestand der Hehlerei einschränken, vergl. S. 218, Rn. 1 zu Art. 58bis. Diese Begründung ist nicht schlüssig, denn der Hehler erwirbt auch ohne die Regelung in Abs. 1 keinen Anspruch.

Feststeht, dass das Wissen um die Tatverstrickung des Gegenstandes keinen Einfluss auf dessen Gefährlichkeit hat. Der Gesichtspunkt des guten Glaubens, der mit dieser Regelung angesprochen werden wollte und der auch in der Botschaft erwähnt wird¹⁰²⁾, ist hier fehl am Platz.

3. Der Berechtigte nach Abs. 2

Unter "andere Rechte" i.S. des Abs. 2 werden nach allgemeiner Ueberzeugung weitere dingliche Rechte verstanden.¹⁰³⁾ Im Vordergrund stehen v.a. Pfandrechte. Im Unterschied zu Abs. 1, wo der einzuziehende Gegenstand dem Berechtigten "ausgehändigt" wird, will Abs. 2 die dingliche Situation nicht in den bisherigen, vordeliktischen Zustand zurückführen. Die Bestimmung berücksichtigt lediglich den aus dem dinglichen Recht fliessenden obligatorischen Anspruch. Der Pfandgläubiger hat also keine Möglichkeit, die Pfandsache zurückzuverlangen. Das Faustpfand geht gemäss Art. 888 Abs. 1 ZGB unter. Die Einziehung des Faustpfandes ist mit einer zwangsweisen Pfandverwertung gleichzusetzen. Mit dieser Regelung wird verhindert, dass der Gegenstand an den Täter zurückfallen kann, wenn dieser die faustpfandgesicherte Forderung erfüllt. Für eine Restschuld muss sich der Pfandgläubiger, ohne Sicherheiten, an den Schuldner wenden. Diese Schlechterstellung ereilt ihn, im Unterschied zu den Bestimmungen des Abs. 1, auch wenn der Pfandgegenstand ohne sein Zutun deliktisch verwendet oder das Pfandrecht in Unkenntnis der einziehungsbegründenden Umständen erstellt wurde. Einen Vernichtungsvorbehalt kennt Abs. 2 auch nicht, was den Richter jedoch vermutlich nicht hindert, eine Vernichtung gemäss Art. 58 Abs. 3 anzuordnen.¹⁰⁴⁾

Vorstellbar ist neben dem Pfandrecht an Fahrnis ein solches an Grundstücken oder eine Nutzniessung. Die praktische Bedeutung

102) Botschaft Verwaltungsstrafrecht, BBl 1971 I/2, S. 1007.

103) Schultz, ZBJV S. 327/ Trechsel, S. 218, Rn. 1 zu Art. 58bis.

104) Der VE hebt diese Regelung auf, indem er die beschränkten dinglichen Rechte dem Eigentum gleichstellt. Ob die Kommission bewusst in Kauf nahm, dass durch Begleichung der Schuld der gefährliche Gegenstand an den Täter zurückfällt, geht aus den Protokollen nicht hervor.

solcher Konstellationen ist im Bereich der Sicherungseinziehung eher gering. Mehr Bedeutung haben diese dinglichen Rechte bei der Sicherung von Forderungen.

4. Das Verhältnis zwischen Art. 58 und 58bis

Die Auffassung, dass jeder Einziehungsbetroffene tatbestandliches Unrecht verwirklicht haben muss, damit sein Eigentum zu Sicherungszwecken eingezogen werden kann, führt dazu, dass gegenüber einem Dritteigentümer, der kein Unrecht verwirklicht hat, nicht eingezogen werden kann. Diese Konsequenz in Art. 58bis steht im Widerspruch zu Art. 58 Abs. 1, der ausdrücklich eine Einziehung "ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person" vorsieht. Dieser Widerspruch wird sich auch bei der Vermögensseinziehung ergeben: Kann einem Dritten, der an Vermögenswerten deliktischer Herkunft berechtigt ist, nicht nachgewiesen werden, dass er sich seinerseits deliktisch verhalten hat, so können diese Werte zwar nicht nach Art. 58bis eingezogen werden, wohl aber nach Art. 58 Abs. 1, der zwischen "Dritten" und "Ersten" nicht zu unterscheiden scheint. Fahrlässige Geldwäscherei ist nicht strafbar, die deliktisch erlangten Mittel sind hingegen einziehbar. Auf diesen Widerspruch wird bei der Vermögensseinziehung und bei den Bemerkungen zu den Gesetzesänderungen zurück zu kommen sein.

§ 3. Die Vermögensseinziehung

A. Vorbemerkung:

Neben Gegenständen nennt Art. 58 Abs. 1 auch Vermögenswerte als einziehbares Gut. Die Konfiskation von Vermögenswerten (auch Abschöpfung genannt) ist im Vergleich zu derjenigen von Gegenständen jedoch so verschieden, dass man von einer zweiten Einziehungsart sprechen muss – eben der Vermögensseinziehung.

Die Beziehungen zu Gegenständen und Vermögenswerten sind von ganz unterschiedlicher rechtlicher Qualität. Nicht nur das Zivilrecht unterscheidet die grundlegend verschiedenen Berechtigungen an körperlichen Gegenständen einerseits und Werten andererseits, auch das Strafrecht hält im Besonderen Teil Gegenstände und Werte genau auseinander. Dies kommt beim Anwendungsbereich der Hehlerei zum Ausdruck und wird bei der Bestimmung der Rechtsgüter und der Ausgrenzung der Tatbestände deutlich. Diebstahl (Art. 137), Veruntreuung (Art. 140 Abs. 1) oder Unterschlagung (Art. 141) setzen theoretisch ausschliesslich körperliche Gegenstände voraus¹⁾ (und sind mit dem Begriff der Fremdheit gekoppelt), die eigentlichen Vermögensdelikte wie Betrug (Art. 148) oder ungetreue Geschäftsführung (Art. 159) beziehen sich dagegen auf Werte.

Demgegenüber regelt Art. 58 beide Einziehungsarten sachwidrig in ein und derselben Bestimmung. Das führt schon rein sprachlich zu grossen Ungereimtheiten und unklaren Formulierungen. Einzelne Voraussetzungen in Art. 58 Abs. 1 können sich nur auf Gegenstände beziehen, andere nur auf Werte. Eine Einziehung von Werten, "an oder mit denen eine strafbare Handlung begangen wurde oder die zur Begehung einer strafbaren Handlung bestimmt waren", ist widersinnig. "Hervorgebracht" werden können gefährliche Gegenstände, durch die Tat "erlangt" ist hingegen eher die Erwerbsform für Werte. Die Ungereimtheiten der gemeinsamen Regelung zeigen sich auch bei der Behandlung der Drittrechte. Art.

1) A.M. das Bundesgericht in bezug auf Art. 141: "Die Anwendung dieser Bestimmung ist nicht auf die Aneignung körperlicher Sachen beschränkt." (Vergl. BGE 116 IV 134).

58bis spricht vom "Eigentümer des Vermögenswertes", und Vernichtung oder Unbrauchbarmachung ist auch für Werte vorgesehen.

Die Erscheinungsformen der Vermögenseinziehung sind, ganz im Unterschied zur Sicherungseinziehung, von einer grossen Vielfalt. Die Einziehbarkeit orientiert sich nicht an der möglichen Gefährdung, die von einem Gegenstand ausgehen kann, sondern allgemein an dem, was aus Delikten erlangt wurde. Die Vermögenseinziehung ist daher nicht auf körperliche Gegenstände beschränkt, sondern umfasst jegliche Vermögenswerte.

Deliktische Werte werden unterschiedlich erlangt. Die Wertvermehrung wird jedoch meist indirekt bewirkt und ist ein Resultat verschiedner Teilakte. So ist zwar der Ausgangspunkt der Vermögenseinziehung der direkt aus der Tat gewonnene Vorteil.²⁾ Darüberhinaus ist aber auch der durch den unmittelbar erlangten Wert erzielte Vorteil einziehbar.³⁾ Im weiteren kann, von der Tat unabhängig, auf das gegriffen werden, was an Stelle des ursprünglich Erlangten getreten ist, auf das sogenannte Surrogat.⁴⁾ Das Surrogat ist gegenständlich nicht mehr tatverstrickt. Von Interesse ist lediglich der Wert des Gegenstandes.

Ist kein Surrogat vorhanden, kommt nach herrschender Ansicht als weitere Einziehungsmöglichkeit gemäss Art. 58 Abs. 4 eine Forderung in der Höhe des ursprünglich erlangten Vermögenswertes zum Zug. Neben dem Tatbezug wird mit der Ersatzforderung auch der Objektsbezug aufgegeben. Die Ersatzforderung kann durch irgendwelche, legal oder illegal erworbene Werte beglichen werden.

Die in sich unstimmigen Regelungen und die verschieden weitgehenden Einziehungsmöglichkeiten dokumentieren deutlich den uneinheitlichen Charakter der Vermögenseinziehung. War es bei der monokausalen Sicherungseinziehung der präventive, nichtpoenale Schutz vor Gefahren, der den Eigentumseingriff legitimierte,

- 2) Das gestohlene Geld kann eingezogen werden.
- 3) Darunter fallen etwa Zinsen oder Gewinne aus Wettbewerbsvorteilen, die durch Missachtung von Marken-, Umwelt- oder Arbeiterschutzvorschriften entstanden sind.
- 4) Die Einziehbarkeit des Surrogates wird von der Lehre z.T. verneint, v.a. mit dem Argument, dass es anderenfalls keinen Grund gebe, die Einziehbarkeit des Surrogat-Surrogates zu verneinen. Das wiederum führe zu der unbeantwortbaren Frage, nach welcher "Generation" die Einziehung des Surrogates ein Ende haben solle.

reicht hier die Palette möglicher Eingriffe von einer sachlichen, ausgleichenden Massnahme bis zur repressiven, strafähnlichen Sanktion.

Begründet wird die Notwendigkeit der Vermögenseinziehung mit einem sozialetischen⁵⁾ Gedanken: Deliktisches Verhalten darf sich nicht lohnen. Vorteile aus strafbaren Handlungen dürfen demnach nicht bestehen bleiben. Es wird auch angeführt, dass die Abschöpfung von illegalen Vorteilen den Täter erst für die Strafe empfänglich mache⁶⁾ und mit der Vermögenseinziehung besondere general- und spezialpräventive Möglichkeiten verbunden seien.

So klar diese Anliegen und Funktionen formuliert werden können, so vieldeutig ist das Wesen der Vermögenseinziehung. Ihre Rechtsnatur ist ambivalent und "eigener Art". Gleichwohl ist Schultz zu widersprechen, wenn er behauptet, die Frage nach Rechtsnatur und Wesen der Einziehung sei von untergeordneter Bedeutung und lediglich für die Stellung der Erben erheblich.⁷⁾ Die Vermögenseinziehung kann, von Tat und Beute abgekoppelt, d.h. nicht unmittelbar auf deliktisch Erlangtes bezogen, legale Vermögensbereiche erfassen, und damit einen übelzufügenden, repressiven Charakter gewinnen. Die Einziehung wird dann zur Strafe, die keinen Schuldvorwurf voraussetzt. Deshalb muss man sich über das Wesen der Vermögenseinziehung für jede einzelne Einziehungsvariante Rechenschaft ablegen, um drohende Verletzungen des Schuldgrundsatzes⁸⁾ zu erkennen und zu vermeiden. Leitlinien, die als Entscheidungsgrundlage dienen können, werden später erörtert.⁹⁾

Mit der Einführung der Vermögenseinziehung trat eine Komplikation auf, die der Sicherungseinziehung fremd ist. Das staatliche Interesse an der Abschöpfung deliktisch erlangter Werte kann

- 5) BR Furgler spricht in der nationalrätlichen Debatte von "Geboten der Sozialetik". (Amtl. Bull. 1973 NR, S. 497). Vergl. auch Trechsel, S. 211, Rn. 3 zu Art. 58.
- 6) Eser, S. 113., L.Güntert, S. 11ff.
- 7) Schultz, ZBJV, S. 318.
- 8) Das Schuldprinzip ist, um ein Bild von Graven wiederzugeben, kein Autobus, "dont on peut descendre à la station de son choix". Graven, Z 98 (1981), S. 159 ff.
- 9) Vergl. unten § 3.B.I.3.

den eventuell bestehenden Ansprüchen der durch die Anlasstat Geschädigten diametral entgegenstehen. Soll dieser Interessenwiderstreit vermieden werden, müsste die Abschöpfungseinziehung entweder auf Anlasstaten ohne Individualschaden beschränkt bleiben oder (auch) den Zweck verfolgen, eingetretenen Individualschaden auszugleichen. Im letzteren Fall würde sich freilich die Frage stellen, weshalb gerade Ersatzforderungen durch den Staat eingetrieben und damit entsprechend privilegiert werden sollten.¹⁰⁾

Den beschriebenen Interessenkonflikt kennt das Gesetz erst seit der Revision von 1975. Das alte Recht sah im Verfallsartikel (Art. 59 a.F.) einen zweiten Absatz vor, der die durch die Tat angeeigneten Sachen lediglich dann als dem Staat verfallen erklärte, wenn während fünf Jahren der Eigentümer nicht festgestellt werden konnte. Daran anknüpfend hat das BGer festgehalten, dass auch solche Gegenstände nicht eingezogen werden dürfen, die – wie betrügerisch erworbene Sachen oder vermischtes Geld – ins Eigentum des Täters übergegangen sind, wenn also die Vindikation unmöglich geworden ist und sich der Schaden lediglich durch die Erfüllung eines obligatorischen Anspruchs ersetzen lässt. Das Gericht vertrat die Ansicht, dass sich der Staat in solchen Fällen zurückzuhalten habe und weder nicht geltend gemachte Schadenersatzansprüche für sich beanspruchen dürfe noch irgendwelche Werte einzuziehen hätte, um sie danach den Berechtigten auszubezahlen. Eine Privilegierung von Gläubigergruppen sei nicht vertretbar und liesse sich nicht in die zivilrechtliche Ordnung einbetten.¹¹⁾

Die allgemeine Ausdehnung der Einziehung auf Werte im heutigen Art. 58 verpflichtet den Staat, in bis anhin dem Zivilrecht überlassene Bereiche einzugreifen.¹²⁾ Die damit verbundenen Kom-

10) Auch Trechsel ist der Meinung, dass "die Wiederherstellung des rechtmässigen Besitzstandes eben überhaupt nicht eine öffentliche Aufgabe ist, die der Staat von Amtes wegen zu erfüllen hätte". Z 91 (1975), S. 388.

11) BGE 74 IV 20. Diese Ansicht ist die logische Konsequenz auch der systematischen Stellung dieser Einziehungsvariante als Unterart des Verfalls. Der Gaunerlohn als Verfallssumme kann von staatlicher Seite eingezogen werden, weil darauf niemand rechtsgültig Anspruch erheben kann.

12) Das Strafrecht hat sich bis anhin höchstens durch die prozessuale Möglichkeit der adhäsionsmässigen Geltendmachung

plikationen wie auch allgemein die unzähligen Ungereimtheiten der Einziehungsbestimmungen sind wohl nur historisch erklärbar. Die Ausdehnung auf Werte erfolgte, so darf unterstellt werden, eher zufällig. Die Revision der Einziehungsbestimmungen war ein Teil des neuen Verwaltungsstrafrechts. Für den Gesetzgeber standen Widerhandlungen im Verwaltungsbereich, fiskusschädigende Delikte wie Steuerhinterziehung oder Subventionsbetrug, im Vordergrund. Die Formulierung der Vorteilseinziehung stammt denn auch aus entsprechenden verwaltungsrechtlichen Bestimmungen, nämlich aus Art. 28 des 1983 aufgehobenen BG über die wirtschaftliche Kriegsvorsorge vom 30.9.1955¹³⁾ resp. Art. 54 a.F. des Getreidegesetzes vom 20.3.1959¹⁴⁾. Für die gesetzgeberische Perspektive aufschlussreich ist das Postulat Chavanne vom 1.12.1970, drei Tage nach dem Urteil des Bundesstrafgerichts in Sachen D. Bührle. Das Postulat forderte den BR auf, "eine Aenderung des Strafgesetzbuches in dem Sinne zu prüfen, dass die Richter bei der Festsetzung der Bussen für Vergehen, denen eine Bereicherungsabsicht zugrunde lag, die erzielten Gewinne berücksichtigen zu können". Die Antwort des Bundesrates¹⁵⁾ verweist auf die in einzelnen Bestimmungen des Nebenstrafrechts festgelegte Möglichkeit der Vorteilsabschöpfung in Geschäftsbetrieben ohne Strafbarkeit einer bestimmten Person, weiter auf die Bestrebungen im Zug der Gesetzgebung betreffend ein Verwaltungsstrafgesetz, eine solche Abschöpfung für den gesamten Bereich des Nebenstrafrechts vorzusehen, und schliesslich auf die Möglichkeit, in einer späteren Teilrevision eine derartige Vermögenseinziehung ins Strafgesetzbuch aufzunehmen.¹⁶⁾ Die spärlichen und ungeordneten¹⁷⁾

zivilrechtlicher Ansprüche dem Geschädigten zur Verfügung gestellt.

13) Art. 28 Abs.1: "Vermögensvorteile, die auf Grund einer Verletzung dieses Gesetzes oder der gestützt darauf erlassenen Ausführungsbestimmungen und Einzelverfügungen erlangt wurden, verfallen ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit der Verletzung zugunsten des Bundes."

14) BG über die Brotgetreideversorgung des Landes, SR 916.111.0.

15) Amt. Bull. 1972 NR, II, S. 2028.

16) Pfund, Vater des Verwaltungsstrafrechtsentwurfes, deutet an, dass eine Einziehung unrechtmässiger Vorteile zahlreiche rechtliche Probleme auslöse. Er bezeichnet es jedoch als wesentlich, "dass die Einziehung des unrechtmässigen Vermögensvorteils für die Lösung des Problems der Widerhandlung in Geschäftsbetrieben als unerlässlich erscheint".

Gesetzesmaterialien und die nur kurz geführte Diskussion im Rat lassen den Schluss zu, dass bei der gesetzlichen Regelung der Einziehung von Vermögenswerten nicht die Vorteile aus der "normalen" Vermögenskriminalität im Zentrum der Revisionsarbeiten standen, sondern die Vorteile aus Missachtungen von Verwaltungsgesetzen. Parallelen wurden zum Kriegsmaterial-, Getreide- oder Zollgesetz gezogen, und es war vom geschädigten Staat und nicht von geschädigten Privatpersonen die Rede. Von Geldern aus Erpressung, Raub oder Betrug sprach niemand. Es war auch erst die vorberatende Kommission des Nationalrats, die die Art. 13 bis 15 des Verwaltungsstrafrechtsentwurfs strich, den Art. 58 StGB ergänzte und Art. 58bis neu schuf. In der Kommission des Ständerates war dieses Vorgehen nicht unbestritten.¹⁸⁾ So wurde innert kürzester Zeit das Einziehungsrecht vollkommen umgestaltet.¹⁹⁾ Nicht der Verfall i.S. des Art. 59, der auf Wertevorteile gemünzt ist, auf die niemand gültig Anspruch erheben kann und die deshalb problemlos dem Staat zufallen können, wurde zum Leitbild der Vorteilsabschöpfung;²⁰⁾ vielmehr wurde die Einziehungsbestimmung des Art. 58 ohne grossen gedanklichen Aufwand ergänzt.

Die Folgen dieser Revision sind mannigfaltig und münden in unzählige Zweifelsfragen. Die Einziehungsbestimmungen sind auf Gegenstände gerichtet.²¹⁾ Sie bauen auf Grundentscheidungen auf,

(Verwaltungsstrafrecht – Strafrecht
(Verwaltungsstrafrecht), ZSR 1971 II, 107ff. S. 199.

- 17) Berichte und Protokolle von Experten- und Parlamentskommissionen finden sich ungeordnet in zahlreichen Aktenschränken im Keller der Bundesanwaltschaft.
- 18) Ein Kommissionsmitglied fragte, ob eine Aenderung im Strafgesetzbuch nicht zu weit gehen würde, da diese mit dem Verwaltungsstrafrecht nichts zu tun hätte. Zudem wurde auch die Zulässigkeit des Verfahrens angezweifelt und gefragt, ob nicht eine separate Vorlage nötig sei.
- 19) Der Berichterstatter der nationalrätlichen Kommission sprach im Rat von einer "très petite revision du code pénale"! (Amtl. Bull. 1973 NR, S. 496).
- 20) Im zweiten Absatz wurden die Bestimmungen über die Rechte Dritter, Art. 58bis, als sinngemäss anwendbar erklärt. Ein möglicher Anwendungsfall ist unvorstellbar. Auf diese Werte hat gerade niemand Anspruch!
- 21) Vergl. die kurze Darstellung der historischen Entwicklung, oben, §1.A., und die beinahe programmatische Bestimmung des Preussischen Gesetzbuchs, wonach sich die Konfiskation auf Gegenstände zu beziehen hat.

die sich auf Vermögenswerte nicht übertragen lassen.²²⁾ Mit dem geltenden Recht hat der Gesetzgeber den Staat zwischen Schädiger und Opfer gestellt und die Abschöpfung von Geldern zur strafähnlichen Waffe gegen allgemeine Deliktsgewinne werden lassen.

All die Widersprüche und Undurchsichtigkeiten könnten vernachlässigt werden, wenn nicht die Kriminalpolitik der Gegenwart in der Vermögenseinziehung das zentrale Instrument im Kampf gegen das organisierte Verbrechen sehen würde. Schon stehen weitere An- und Umbauten an dem in sich inkompatiblen Einziehungstatbestand in Aussicht, und seitdem die Vereitelung der Einziehung in den Tatbestand der Geldwäscherei (Art. 305bis) einbezogen ist, erweitert sich der Bereich der Zweifelsfragen noch einmal beträchtlich. Die immensen Geldsummen aus dem Drogenhandel und das Vermögen mafioser Vereinigungen sollen mittels Vermögenseinziehung abgeschöpft werden. Es wird zu zeigen sein, dass das bestehende Einziehungsrecht schon in seiner Grundlegung ungeeignet ist, diese Funktionen zu übernehmen.

Im folgenden ist die Vermögenseinziehung zunächst auf der Grundlage des geltenden Rechts zu analysieren.

B. Die Anlasstat und der Tatzusammenhang:

Jede strafrechtliche Sanktion bedarf einer Anlasstat. Dies galt für die Sicherungseinziehung und gilt auch für die Vermögenseinziehung. Unterschiede zur Sicherungseinziehung können jedoch in bezug auf die Qualität der Anlasstat ausgemacht werden. Beim Anforderungsprofil der Anlasstat ist zu berücksichtigen, dass sich der sachliche Massnahmecharakter einer Vermögenseinziehung schnell in eine strafähnliche Repression verwandeln kann. Je losgelöster eine Massnahme vom ursprünglich deliktisch erlangten Wert angeordnet werden kann, desto repressiver wird deren Charakter, desto mehr nähert sie sich der Busse und desto grösser werden die Anforderungen, die an die Anlasstat gestellt werden müssen.

22) Stratenwerth spricht denn auch von einem "gravierenden Missgriff des Gesetzgebers". (AT II, § 14, S. 481, Rn. 14).

I. Die Anlasstat

1. Die Deliktsart

Die Anlasstat kann ein Verbrechen, Vergehen oder eine Uebertretung sein. Der Grund für den Eigentumseingriff und die Höhe des abzuschöpfenden Wertes bleiben von dieser Unterteilung unberührt.

Von Bedeutung könnten jedoch andere Deliktsunterscheidungen sein, wie etwa die zwischen Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikt. Obwohl das Fahrlässigkeitsdelikt nur in seltenen Fällen zur Bildung von rechtswidrigen Vermögenswerten führen kann, spricht nichts gegen dessen generelle Eignung als Anlasstat. Auch Gefährdungsdelikte sind mögliche Anlasstaten. Was die abstrakte Gefährdung²³⁾ anlangt, könnte man versucht sein, die Tauglichkeit als Anlasstat abzulehnen, weil unabhängig vom Erfolgseintritt bestraft wird, ohne Erfolg jedoch ein unrechtmässiger Vorteil oder Zustand nicht eintreten kann. Ein Blick auf den neuen und für diesen Zusammenhang besonders wichtigen Art. 305ter zeigt jedoch, dass diese Argumentation nicht greift. Denn bei diesem Tatbestand könnte der unrechtmässige Vorteil durchaus in den angelegten Werten erblickt werden, die dem Einziehungsbedingten ohne sorgfältige Ueberprüfung des "beneficial owner" zukamen. Dies hiesse wiederum, dass es bei der Wertabschöpfung nicht nur um die Einziehung der sogenannten scelere quaestia, des erlangten Vorteils, ginge, sondern auch um die instrumenta sceleris, was das anzulegende Geld unzweifelhaft ist. Diese Frage betrifft den Zusammenhang von Vorteil und Anlasstat, also die Umschreibung des Tatzusammenhanges, und muss dort beantwortet werden. Es bleibt hier lediglich festzuhalten, dass die abstrakten Gefährdungsdelikte²⁴⁾ nicht a priori als Anlasstat abgelehnt werden können.²⁵⁾

23) Man denke an Art. 305ter!

24) Neben der mangelnden Sorgfalt bei Geldgeschäften nach Art. 305ter gehören in diesen Zusammenhang zwei wichtige abstrakte Gefährdungsdelikte: die Geldwäscherei, falls sie, wie dies Graber S. 131 tut, als abstraktes Gefährdungsdelikt betrachtet wird, und die Hehlerei.

25) Eine Einziehung der Werte des nicht festgestellten wirtschaftlich Berechtigten würde zudem grosse Probleme auslösen, v.a. im Zusammenhang mit den Rechten Dritter und einer

Eine einschränkende Interpretation für die Anlasstat kann demnach nicht gefunden werden. Jedes Delikt wirkt einziehungsbe gründend. Begrenzungskriterien müssen bei Tatzusammenhang und Vorteilsumschreibung gesucht werden.

2. Die Verhältnismässigkeit

Bei der Behandlung der Sicherungseinziehung konnte bedenkenlos gesagt werden, dass jede Deliktsart als Anlasstat in Frage komme; als Begrenzungsmaßstab ist die Verhältnismässigkeit "besonders genau zu erwägen"²⁶⁾. Dies gilt für die Vermögenseinziehung nach dem oben Ausgeführten ebenfalls. Es fragt sich nur, was hier, im Zusammenhang mit Wertabschöpfung und Ersatzforderung, unter Verhältnismässigkeit zu verstehen ist. Sollen deliktisch erlangte Vorteile nicht bestehen bleiben, so ist die Bestimmung der Abschöpfungssumme ein rein rechnerisches Problem und keine Abwägungsfrage. Das BGE nimmt jedoch bei der Ersatzforderung der Sache nach eine Verhältnismässigkeitsprüfung vor. Bei Gefährdung der Resozialisierung kann die nach dem Bruttoprinzip berechnete Geldsumme herabgesetzt werden, jedoch "sollte die herabgesetzte Ersatzforderung jedenfalls den Betrag des erzielten Nettogewinns nicht unterschreiten, denn das liefe dem Grundgedanken des Art. 58 StGB zuwider, der verhindern will, dass der Täter aus der strafbaren Handlung Nutzen zieht"²⁷⁾. Gleichwohl gelangt das Verhältnismässigkeitsprinzip bei der Wertabschöpfung nur in bescheidenem Umfang zu Anwendung. Dagegen sind die Beschreibung des Tatzusammenhanges und die Bestimmung des Einziehungsobjekts hier von viel zentralerer Bedeutung, als dies bei der Sicherungseinziehung der Fall war. Eine rechtsstaatlich ungesicherte Umschreibung der Einziehungsvoraussetzungen kann nicht, wie bei der Sicherungseinziehung, durch ein Verhältnismässigkeitskorrektiv aufgewogen werden.

3. Voraussetzungen der Strafbarkeit und der Strafverfolgung

Der oben beschriebene uneinheitliche Charakter der Vermögenseinziehung verunmöglicht eine generelle Festlegung der

begrenzten Beweislastumkehr. Näheres vergl. unten, § 4.B.II.

26) Schultz, ZBJV, S. 321.

27) BGE 106 IV 9, S. 10f.