

# ZH\_OBERGERICHT UK030148 vom 14. Mai 2005

ZH Obergericht, 2005-05-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_UK030148](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_UK030148)

FR: ZH\_OBERGERICHT UK030148 du 14 mai 2005

IT: ZH\_OBERGERICHT UK030148 del 14 maggio 2005

## Erwägungen

### E. 1

S.

### E. 2

an den polizeilichen Sachbearbeiter entnehmen lasse (vgl. Urk. 3). Abschliessend ersuchte der Rekurrent 1 - gemeinsam mit dem Rekurrenten 2 - das Gericht, seinen Entscheid, die Skulptur einzuziehen, neu zu überdenken, die Sache neu aufzurollen und ihnen einen fairen Prozess zu gewähren, da sie nie eine gerichtliche Vorladung erhalten hätten (Urk. 1). 3.a) Es stellt sich zunächst die Frage nach der Rekurslegitimation. Die Legitimation zur Ergreifung eines Rekurses gemäss § 402 Ziff. 6 StPO gegen einen verfahrenserledigenden Entscheid des Einzelrichters, mit welchem nach Art. 58 ff. StGB bzw. § 106 Abs. 2 StPO über die Einziehung bzw. Freigabe beschlagnahmter Gegenstände befunden und der Einzelrichter in analoger Anwendung

- 7 - von § 44 StPO angerufen wurde, richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften von § 395 StPO (Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996 ff., N 4 und N 26 zu § 402 StPO). Gemäss § 395 Abs. 2 StPO steht der Rekurs unter anderem auch gegen Beschlüsse der Gerichte allen Personen zu, die durch eine darin getroffene Anordnung in ihren Rechten betroffen werden. Zu diesen Dritten, die, ohne eigentlich Verfahrensbeeteiligte bzw. Partei zu sein, durch den Entscheid bzw. durch die darin getroffenen Zwangsmassnahmen unmittelbar beschwert sind, gehören insbesondere diejenigen Personen, die auf einen beschlagnahmten und eingezogenen Gegenstand einen dinglichen Anspruch erheben (Donatsch/Schmid, a.a.O., N 17 zu § 395 StPO u.a. mit Hinweis auf ZR 67 Nr. 101; Adrian Meili, Der Rekurs im Strafprozess nach zürcherischem Recht, Zürich 1968, S. 116; Hauser/Schweri/Hartmann, Schweiz. Strafprozessrecht, 6.A., Basel 2005, S. 472, § 96 N 17; Niklaus Schmid, Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, Band I, Zürich 1998, N 96 zu Art. 58 StGB; ders., Das neue Einziehungsrecht nach StGB Art. 58 ff., ZStrR 113 [1995] S. 365; Florian Baumann, in: Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Art. 1-110 StGB, Basel 2003, N 73 zu Art. 59 StGB; vgl. BGE 108 IV 155 f. zu Art. 270 aBStP, siehe nunmehr ausdrücklich Art. 270 lit. h BStP; vgl. auch Art. 74 Abs. 2 VStrR). Notwendig für eine Legitimation ist ein unmittelbares Betroffensein durch die fragliche Massnahme; eine blosser Reflexwirkung genügt nicht (Donatsch/Schmid, a.a.O., N 17 zu § 395 StPO). Wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergeben hat, erhoben die beiden Rekurrenten bereits im polizeilichen Ermittlungsverfahren Eigentumsansprüche bezüglich der beschlagnahmten Skulptur, wobei den entsprechenden Unterlagen allerdings nicht abschliessend und zuverlässig entnommen werden konnte bzw. kann, wer nach Darstellung der Rekurrenten der eigentliche Eigentümer der Skulptur sein soll (vgl. Urk. 6/3/7/5, Urk. 3). Auch die Aussagen des Rekursgegners 2 belegen in diesem Zusammenhang nichts

Schlüssiges, abgesehen von der Tatsache, dass er selbst nicht Eigentümer der Skulptur war und er diese von den beiden Rekurrenten lediglich zum erwähnten Zwecke ausgehändigt erhielt (vgl. Urk. 6/3/6). In ihrer Rekurschrift bezeichnen sich die Rekurrenten 1

- 8 - und 2 jedenfalls als "gemeinsame" Eigentümer der Skulptur (Urk. 1). Deren Rekurslegitimation ist zu bejahen. Als erfüllt zu betrachten ist auch die weitere Voraussetzung der Zulässigkeit eines Rekurses gemäss § 402 Ziff. 6 StPO in Verbindung mit § 44 Satz 5 aStPO (neu: Satz 4), wonach der Wert der beschlagnahmten Gegenstände, über deren Einziehung bzw. Freigabe zu bestimmen ist, den Betrag von Fr. 500.-- übersteigen muss (Donatsch/Schmid, a.a.O., N 26 zu § 402 StPO). Zwar ist aufgrund der Akten - wie nachfolgend darzulegen sein wird - davon auszugehen, dass es sich bei der fraglichen Skulptur um eine Fälschung und keine originale Giacometti-Skulptur handelt, doch ist hinsichtlich des erwähnten Betrages und damit für die Frage der Zulässigkeit des Rekurses davon auszugehen, welchen Wert die Rekurrenten dem Gegenstand beimessen; mit andern Worten ist der vor der Vorinstanz strittige Betrag bzw. Wert massgebend (vgl. Donatsch/Schmid, a.a.O., N 15 zu § 44 StPO). Der Rekursgegner 2 gab in seiner Befragung zu Protokoll, der Rekurrent 1 habe ihm anlässlich eines Telefons erklärt, der Wert der Skulptur belaufe sich auf ca. 480'000 US-Dollar (Urk. 6/3/6 S. 2) und im Polizeirapport wird - ohne nähere Angaben - festgehalten, der Wert einer echten derartigen Giacometti-Skulptur sei ca. Fr. 500'000.-- (Urk. 6/3/1). Welchen genauen Wert die beiden Rekurrenten der Skulptur beimessen, geht aus ihren eigenen Eingaben nicht hervor. Es ist aber davon auszugehen, dass der für die Zulässigkeit des Rechtsmittels erforderliche Betrag ohne weiteres erreicht ist. b) Sodann ist zu prüfen, ob die Rekursfrist eingehalten wurde bzw. als eingehalten zu betrachten ist. Der vorstehenden Schilderung des bisherigen Verfahrensablaufs liess sich bereits entnehmen, dass die beiden Rekurrenten - wie sich zeigen wird: zu Unrecht - nicht in das Verfahren einbezogen wurden. Ein Einziehungsentscheid ist allen von dieser Massnahme unmittelbar Betroffenen zu eröffnen, also im Hauptfall dem Beschuldigten, dem die Sache entzogen wird. Wurde die Sache einem Dritten entzogen, ist die Anordnung (auch) diesem zu eröffnen. Sie ist auch anderen unmittelbar z.B. dinglich Betroffenen mitzuteilen (Schmid, Kommentar Einziehung, a.a.O., N 95 zu Art. 58 StGB; BJM 1993 S. 37). Den Re-

- 9 - kurrenten wurde aber weder die Einstellungsverfügung samt Anordnung der Einziehung der aus ihren Händen stammenden Skulptur noch die nunmehr angefochtene Verfügung des Einzelrichters, mit welcher die Einziehung im gerichtlichen Beurteilungsverfahren bestätigt bzw. in einem eigenen Entscheid angeordnet wurde, förmlich mitgeteilt (vgl. Urk. 7 S. 2 und Urk. 5 S. 4 f., je Dispositiv-Ziffer 5). Gemäss den unwiderlegbaren - Angaben des Rekurrenten 1, kam er "einige Tage" vor der am 16. Oktober 2003 verfassten Rekurschrift durch den Rekurrenten 2 in den Besitz der angefochtenen Verfügung. Die 20tägige Frist zur Einreichung des Rekurses gemäss § 404 Abs. 1 StPO und gemäss vorinstanzlicher Rechtsmittelbelehrung lief dem Rekurrenten 1 erst ab Kenntnisnahme des Entscheides (vgl. Schmid, Kommentar Einziehung, a.a.O., N 96 zu Art. 58 a.E.; BJM 1993 S. 37). Die am 30. Oktober 2003 mit internationalem Empfangsschein und als eingeschrieben der holländischen Post übergebene Sendung, welche am 1. November 2003 auf der Poststelle 8023 Zürich einging (vgl. Urk. 4), muss unter den gegebenen Umständen hinsichtlich des Rekurrenten 1 als rechtzeitig eingereicht betrachtet werden. Nichts anderes kann in Ermangelung gegenteiliger Anhaltspunkte hinsichtlich des Rekurrenten 2 angenommen werden. 4.a) Die Rekurrenten erheben in ihrer

Rekurschrift insbesondere Einwendungen prozessualer Natur. Es wird auf ihre Eigenschaft als Eigentümer der eingezogenen Skulptur hingewiesen und einerseits zwar ausgeführt, es spiele keine Rolle, dass nicht der Rekurrent 2, sondern der Rekursgegner 2 über das Verfahren orientiert worden sei, andererseits wird aber doch beanstandet, dass sie - die Rekurrenten - keine Vorladung erhalten hätten. b) Die Einziehung nach Art. 58 f. StGB stellt einen regelmässig im öffentlichen Interesse liegenden Eingriff in die Eigentumsgarantie von Art. 22ter aBV (neu: Art. 26 BV) dar. Von dieser Massnahme können auch an der Anlasstat unbeteiligte Dritte betroffen sein (Schmid, Kommentar Einziehung, a.a.O., N 21 zu Art. 58). Sind die für eine Sicherungseinziehung erforderlichen Voraussetzungen erfüllt, so sind die dinglichen oder obligatorischen Rechte an den einzuziehenden Gegenständen unerheblich. Eingezogen werden können nicht nur solche, die im

- 10 - Eigentum bzw. in der Verfügungsgewalt des Täters stehen. Einziehbar sind auch Gegenstände, die Dritten zustehen. Insbesondere bei "instrumenta sceleris", d.h. Gegenständen, die zur Begehung einer Straftat gedient haben oder dazu bestimmt waren, ist die Sicherungseinziehung zulässig, unabhängig davon, ob der Drittberechtigte in strafrechtlich relevanter oder sonst vorwerfbarer Weise an der Anlasstat mitwirkte, ob er von dieser Kenntnis hatte, ohne für die Tat selbst verantwortlich zu sein oder ob der Gegenstand für die Tat ohne sein Wissen verwendet wurde bzw. er diesen vor oder nach der Anlasstat arglos erwarb. Die Frage der Drittsprüche ist allerdings im Zusammenhang mit der Frage der Gefährlichkeit des Gegenstandes bzw. der Verhältnismässigkeit der Einziehung von Bedeutung. Art. 58bis aStGB regelte unter der Marginalie "Rechte Dritter" den Fall, dass das Eigentum bzw. ein beschränktes dingliches Recht an der einzuziehenden Sache einem Dritten zustand. Diese Regelung ist - soweit sie die Sicherungseinziehung betraf - mit der Gesetzesrevision im Jahre 1994 ersatzlos gestrichen worden, weil sie der Gesetzgeber angesichts der von Art. 58 StGB geforderten Gefährlichkeitsvoraussetzung bzw. des Verhältnismässigkeitsprinzips für überflüssig hielt (Schmid, Kommentar Einziehung, a.a.O., N 24 und N 70 zu Art. 58 StGB; ders., ZStrR 113 [1995] S. 330 f.; vgl. Günter Stratenwerth, Schweiz. Strafrecht, AT II, Bern 1989, § 14 N 36 ff., S. 489 f.). Ausgehend von der Tatsache, dass es sich bei der Einziehung nach Art. 58 f. StGB um einen Eingriff in verfassungsmässig garantierte Vermögensrechte handelt, versteht es sich von selbst, dass entsprechende grundrechtliche Anforderungen an das Einziehungsverfahren gestellt werden müssen. Grundsätzlich unterliegt daher das Einziehungsverfahren den Verfahrensgarantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK, weshalb ein Anspruch auf ein öffentliches Verfahren vor einer unabhängigen richterlichen Instanz besteht. Nicht notwendigerweise vor der untersuchungsrichterlichen Beschlagnahme, jedoch vor dem richterlichen Einziehungsentscheid ist den durch diese Massnahme Betroffenen, wozu auch die erwähnten Drittpersonen gehören, in geeigneter Weise das rechtliche Gehör zu gewähren (Schmid, Kommentar Einziehung, a.a.O., N 87 zu Art. 58 StGB; ders., ZStrR 113 [1995] S. 363; ders., Strafprozessrecht, 4.A., Zürich 2005, S. 281, Fn 235 zu N 756; Stratenwerth, a.a.O., S. 505, § 14 N 80; Baumann, a.a.O., N 73 zu Art. 59 StGB; BGE

- 11 - 121 IV 368 f.; BJM 1993 S. 37). Soll in die Einziehung eine einem Dritten, also nicht dem Beschuldigten im konnexen Strafverfahren, gehörende Sache einbezogen werden, so sind ihm die gleichen Verfahrensrechte wie dem Beschuldigten selbst einzuräumen (u.a. Vorladung zu Gerichtsverhandlungen, Akteneinsicht, rechtliches Gehör). Sieht das

anwendbare kantonale Verfahrensrecht solche Rechte nicht vor, ergeben sie sich direkt aus dem Bundesrecht, wenn nicht sogar aus der EMRK (Schmid, Kommentar Einziehung, a.a.O., N 83 zu Art. 58 StGB; ders., Strafprozessrecht, a.a.O., S. 175, N 529; BGE 108 IV 155; Urteil der I. Öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes vom 30.8.2001, 1P.307/1999, Erw. 4k). c) Den beiden Rekurrenten, von denen bereits im Zeitpunkt der untersuchungsrichterlichen Einziehungsverfügung bekannt war, dass sie an der beschlagnahmten Skulptur Eigentum geltend machten, wurden vor Vorinstanz keinerlei Verfahrensrechte eingeräumt. Insbesondere wurde ihnen vor Erlass des auch sie betreffenden Entscheides keine Gelegenheit eingeräumt, sich zur Frage der Einziehung zu äussern. Dass ihnen der nunmehr angefochtene Entscheid in der Folge auch nicht in korrekter Weise mitgeteilt worden war, wurde im Zusammenhang mit der Frage der Rechtzeitigkeit ihres Rekurses bereits dargelegt. Zwar ist zu beachten, dass der von einer Massnahme - wie vorliegend - Betroffene die ihm zustehenden Parteirechte auch tatsächlich wahrzunehmen hat, und er für den Fall, dass er im Einziehungsverfahren seine Rechte nicht ausreichend wahrnimmt bzw. prozessuale Vorschriften unbeachtet lässt, dafür selbst verantwortlich ist und sich auf eine unterlassene Wahrnehmung der Rechte nicht berufen kann. Dies bedingt allerdings, dass der Betroffene von den Behörden auf seine Rechte aufmerksam gemacht worden sein muss bzw. vom entsprechenden Verfahren, in dem diese auszuüben wären, überhaupt Kenntnis haben muss (vgl. vorstehend zitierter Bundesgerichtsentscheid, Erw. 4 k-m). Wie festgehalten wurde, ordnete bereits die Untersuchungsbehörde die Einziehung an, ohne diesen Entscheid den Rekurrenten zu eröffnen. Ob den Rekurrenten dadurch, dass sie im Verlaufe der polizeilichen Ermittlungen kontaktiert wurden und die Eingabe des Rekurrenten 2 vom 7. Februar 2003 samt schriftlicher Erklärung des Rekurrenten 1 vom 16. Januar 2003 Eingang in die Untersuchungsakten fand, das rechtliche Gehör in hin-

- 12 - reichendem Masse gewährt wurde, braucht nicht näher untersucht zu werden. In jedem Falle wurde ihr Gehörsanspruch im Rahmen des gerichtlichen Beurteilungsverfahrens verletzt. Auch ist davon auszugehen, dass sie vom gerichtlichen Beurteilungsverfahren vor Vorinstanz keine Kenntnis hatten. d) Aufgrund des Gesagten ergibt sich, dass der von beiden Rekurrenten erhobene Rekurs gutzuheissen ist. Rekursentscheide wirken im Prinzip reformato- risch, d.h. bei einer Gutheissung des Rekurses tritt anstelle des angefochtenen Entscheides derjenige der Rekursinstanz; diese fällt grundsätzlich selbst einen neuen Entscheid. Eine kassatorische Wirkung hat ein gutheissender Rekursentscheid unter anderem allerdings dann, wenn das Verfahren vor der ersten Instanz mangelhaft war, was vor allem dann der Fall ist, wenn dem Betroffenen das rechtliche Gehör verweigert wurde (Donatsch/Schmid, a.a.O., N 5 zu § 407 StPO; Meili, a.a.O., S. 196 f.). In Gutheissung des Rekurses der Rekurrenten 1 und 2 ist der angefochtene Entscheid demnach aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. 5.a) Im Hinblick auf den von der Vorinstanz neu zu treffenden Entscheid ist auf Folgendes hinzuweisen: Die Vorinstanz hielt in zutreffender Weise fest, dass ein Bezug zu einer Straftat nachgewiesen sein müsse, damit ein Gegenstand eingezogen werden könne. Aus ihren Erwägungen geht indessen nicht klar hervor, worin die Vorinstanz den Deliktikonnex konkret erblickte. Unter der Erwägung I.1 ihrer Verfügung erwähnte die Vorinstanz den dem Rekursgegner 2 vorgeworfenen Tatbestand des versuchten Betruges (Urk. 5 S. 2) und hielt unter Erwägung II.2 - wie erwähnt - fest, für die Vornahme einer Einziehung sei nicht erforderlich, dass der objektive Tatbestand der Straftat erfüllt sei. Sodann befasste sich die Vorinstanz mit der Frage der Echtheit der

Skulptur, gelangte zur Feststellung, dass an der Echtheit erhebliche Zweifel bestünden und erachtete gestützt darauf die Einziehung als gerechtfertigt (a.a.O., S. 3). Welche konkrete Anlasstat der Vorinstanz als Grundlage für eine Einziehung diene, wird aus ihren Erwägungen nicht deutlich. Ihre Begründung stützt sich in tatsächlicher Hinsicht im Wesentlichen ausschliesslich auf den Umstand, dass davon auszugehen sei, dass die Giacometti-

- 13 - Skulptur unecht sei. Worin die - den objektiven Tatbestand nicht bzw. nicht vollständig erfüllenden - Tathandlungen bestanden haben sollen und gegen wen sich die betrügerischen Handlungen richten sollten, kann dem angefochtenen Entscheid nicht entnommen. Dr. K. wurde jedenfalls lediglich um seine Expertenmeinung gebeten; vorgesehen war - zumindest nach den Angaben des Rekursgegners 2 - allerdings offenbar, die Skulptur zum Kaufe anzubieten (Urk. 6/3/6 S. 1 f.). Aus den vorinstanzlichen Erwägungen wird auch nicht ersichtlich, ob davon ausgegangen wurde, der Rekursgegner 2 oder die beiden Rekurrenten als seine Auftraggeber hätten um die Fälschung gewusst bzw. davon wissen müssen. b) Wenn in der Verfügung ausgeführt wird, die Einziehung einer zur Begehung einer Straftat bestimmten oder aus einem strafbaren Verhalten hervorgebrachten Sache sei auch in Ermangelung eines rechtsgenügend nachweisbaren strafbaren Verhaltens möglich (Urk. 5 S. 3), so ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass im Einziehungsverfahren die Voraussetzungen der Zwangsmassnahme, insbesondere das Vorliegen einer Anlasstat sowie der Konnex des fraglichen Gegenstandes zu dieser, vom einziehenden Staat nachzuweisen ist. Allfällige Zweifel in diesem Bereich kommen dem von der Einziehung Betroffenen zugute. Vom einziehenden Staat ist ferner die künftige Gefährlichkeit des Gegenstandes nachzuweisen, wobei die letztgenannte Voraussetzung im Sinne einer erhöhten Wahrscheinlichkeit darzutun ist, da künftige Entwicklungen, Erwartungen und Gefahren sich naturgemäss einem strengen Beweis entziehen (Schmid, Kommentar Einziehung, a.a.O., N 88 zu Art. 58 StGB; ders., ZStrR 113 [1995] S. 363; Baumann, a.a.O., N 73 zu Art. 59 StGB). c) Wie erwähnt worden ist, stellt das Vorliegen einer sogenannten Anlasstat die erste grundsätzliche Voraussetzung zur Anordnung einer Sicherungseinziehung nach Art. 58 StGB dar. Der einzuziehende Gegenstand muss mit strafbarem Verhalten in einer bestimmten Weise verknüpft sein (Deliktikonnex; vgl. zum Folgenden Schmid, Kommentar Einziehung, a.a.O., N 27 ff., N 39 ff., N 47 ff. und N 55 ff. zu Art. 58 StGB; Baumann, a.a.O., N 6 ff. zu Art. 58 StGB; Trechsel, a.a.O., N 6 ff. zu Art. 58 StGB; Rehberg, Strafrecht II, 7.A., Zürich 2001, S. 175 ff.): Entweder diene der Gegenstand zur Begehung eines Deliktes (*instrumenta sceleris*

- 14 - i.e.S.) oder er war zur Begehung eines Deliktes bestimmt (*instrumenta sceleris i.w.S.*) oder aber er wurde durch ein Delikt hervorgebracht (*producta sceleris*). Aus den vorinstanzlichen Erwägungen wird nicht hinreichend klar ersichtlich, von welcher dieser verschiedenen Einziehungsvarianten der Einzelrichter im vorliegenden Falle ausging. Seinen Ausführungen, wonach für eine Einziehung nicht vorausgesetzt sei, dass der objektive Tatbestand der konnexen Straftat erfüllt sei, und wonach die Einziehung einer zur Begehung einer Straftat bestimmten oder aus einem strafbaren Verhalten hervorgebrachten Sache auch im Falle der Verfahrenseinstellung mangels rechtsgenügend nachweisbaren Verhaltens möglich sei, ist jedenfalls zu entnehmen, dass eine der beiden (oder allenfalls beide) Varianten der Deliktsbestimmung bzw. der Hervorbringung durch ein Delikt ins Auge gefasst wurde. Unter den Begriff der strafbaren Handlung gemäss Art. 58 Abs. 1 StGB fällt jedes Verhalten, das nach dem Recht des Bundes, der Kantone oder allenfalls

auch der Gemeinden eine Kriminalstrafe nach sich zieht, handle es sich um versuchte oder vollendete Verbrechen, Vergehen oder Übertretungen. Ohne einen solchen Bezug des Gegenstandes zu einer in der Vergangenheit liegenden, nachweisbaren Straftat ist eine Sicherungseinziehung grundsätzlich nicht möglich. Gegenstände, die allenfalls erst in Zukunft zu einer Straftat verwendet werden, können nicht nach Massgabe von Art. 58 StGB eingezogen werden. Dies gilt beispielsweise für gefälschte Bilder, deren blosser Existenz für sich allein noch keinen unrechtmässigen Zustand darstellt, und die weder unter Verschweigung des bestehenden Fälschungsverdachts einem Dritten zum Kauf angeboten noch anderweitig in Verkehr gebracht wurden (Schmid, Kommentar Einziehung, a.a.O., N 28 zu Art. 58 StGB m.H.a. BJM 1983 S. 21). Gilt das Erfordernis des Bezuges zu einer tatsächlich begangenen Straftat uneingeschränkt bei dem Einziehungsfall bezüglich der Gegenstände, die zur Begehung einer strafbaren Handlung gedient haben, so ist dieses im Falle von Gegenständen, die zur Begehung einer solchen bestimmt waren, zu relativieren. Die betreffende Anlasstat muss weder begangen noch auch nur versucht worden sein. Sie muss nicht über die straflose Vorbereitung hinausgeraten sein und kommt deshalb bereits im Vorfeld des strafrechtlich erfassbaren Unrechtes zum Zuge, da es im Interesse der öffentlichen Sicherheit

- 15 - liegt, Gegenstände einziehen zu können, denen bei der Ausführung eines Deliktes eine Rolle zugedacht wurde (Schmid, a.a.O., N 53 zu Art. 58 StGB). Das Bundesgericht lässt in diesem Bereich bereits straflose Vorbereitungshandlungen zur Sicherungseinziehung von Gegenständen genügen, die im Hinblick auf eine zu begehende Straftat ernstlich als Tatmittel in Aussicht genommen wurden und die die öffentliche Ordnung gefährden. Es reicht allerdings nicht, wenn ein Gegenstand allgemein dazu bestimmt oder geeignet ist, allenfalls zur Begehung einer strafbaren Handlung benützt zu werden (BGE 125 IV 186 f. [= Pra 89 {2000} Nr. 104 S. 619] bezüglich Hanfsamen, 112 IV 72 f. bezüglich Radarwarngerät, 89 IV 69 bezüglich nachgemachter Goldstücke). So wird insbesondere bei Waffen, mit denen keine Straftat begangen wurde, die aber auch nicht im Hinblick auf eine zu begehende Straftat ernstlich in Aussicht genommen wurden, eine Einziehung abgelehnt (BGE 129 IV 93 f., 103 IV 78 f.; ZR 94 Nr. 22; BJM 1997 S. 325). d) Soll Grundlage einer Sicherungseinziehung der Umstand bilden, dass der betreffende Gegenstand durch ein Delikt hervorgebracht wurde, so kommen hierfür unter anderem vornehmlich Fälschungen oder Verfälschungen von Geld- bzw. Goldmünzen (BGE 89 IV 62 ff., 123 IV 55 ff.), Briefmarken (SJZ 53 [1957] S. 11 Nr. 1), Uhren (BGE 101 IV 36 ff.) oder aber von Kunstgegenständen (BJM 1983 S. 20 ff.; SJZ 58 [1962] S. 309 Nr. 184 [= RS 1962 S. 81 f. Nr. 122]) und als Anlasstaten demnach die entsprechenden Fälschungsdelikte (Art. 155, 240 ff., 251 ff. StGB etc.) in Frage. Bei dieser Einziehungsvariante wird primär an jene Tatbestände angeknüpft, die das Herstellen, das In-den-Verkehr-Setzen, den Besitz, den Handel etc. von oder mit bestimmten Gegenständen erfassen, bei denen also durch die Deliktsbegehung selbst die fraglichen Gegenstände hervorgebracht werden. Als *productum sceleris* können also nur solche Gegenstände eingezogen werden, die in der durch die erwähnten Straftatbestände erfassten strafbaren Weise hervorgebracht, mit andern Worten gleichsam deliktisch geschaffen wurden (Schmid, Kommentar Einziehung, a.a.O., N 56 zu Art. 55 f. StGB). Wie dargelegt worden ist, ging die Vorinstanz davon aus, dass erhebliche Zweifel an der Echtheit der fraglichen Skulptur bestünden. Sie stützte sich dabei auf das - zu Recht - als mit klaren und nachvollziehbaren Schlussfolgerungen

- 16 - versehene Gutachten von Dr. K., welcher mehrere Fälschungsmerkmale be- schrieb und abschliessend feststellte, dass es sich bei der mit "CIRE PERDUE / M PASTORINI / .. GENEVE" bezeichneten und mit "A. Giacometti" signierten Skulptur eindeutig um eine Fälschung handle (Urk. 5 S. 3 f., Urk. 6/3/5). Das Kunsthaus Zürich weist mit der Sammlung Alberto Giacometti-Stiftung einen be- deutenden Bestand an Werken Giacomettis auf. Dr. K. ist als Leiter der Samm- lung und ausgewiesener Kenner von Giacomettis Werken als Experte prädesti- niert. Gemäss Angaben des Experten im Begleitschreiben zu seiner Expertise weist Dr. K. ausserdem noch darauf hin, dass Mme W. (...), welche den Nachlass der Witwe Giacomettis aufarbeite und sich deshalb sehr intensiv mit dessen Wer- ken beschäftige, gleichfalls zu einem negativen Resultat gekommen sei (Urk. 6/3/4). Aufgrund der bestehenden Aktenlage und auch in Berücksichtigung der in diesem Zusammenhang (bisher) vorgetragenen Ausführungen der Prozessbetei- ligten, sind an der Richtigkeit der gutachterlichen Feststellungen von Dr. K. kei- nerlei Zweifel angebracht. Sollte sich die Einziehung der Skulptur auf die erwähnte Variante, nach wel- cher der Gegenstand durch eine strafbare Handlung hervorgebracht wurde, stüt- zen, so käme der Tatbestand der Warenfälschung nach Art. 155 StGB in Frage. Bei der Tatbestandsvariante der Herstellung gefälschter Waren, d.h. von Waren, die einen höheren als ihren wirklichen Verkehrswert vorspiegeln (Art. 155 Ziff. 1 al. 2 StGB), wäre vorliegendenfalls allenfalls von einem Nachmachen auszuge- hen. Zwar setzt das Nachmachen von Waren grundsätzlich ein echtes Vorbild voraus, doch ist unerheblich, ob das Vorbild in der nachgemachten Form wirklich existiert oder einem Vorbild lediglich nachempfunden wird. So kann beispielswei- se das Malen von Bildern im Stil eines bestimmten Künstlers als Warenfälschung gelten (Philippe Weissenberger, in: Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Art. 111-401 StGB, Basel 2003, N 12 zu Art. 155 StGB; Rehberg/Schmid/Donatsch, Strafrecht III, 8.A., Zürich 2003, S. 233 Fn 754; Trechsel, a.a.O., N 6 zu Art. 155 StGB; SJZ 58 [1962] S. 309 Nr. 184 [= RS 1962 S. 81 f. Nr. 122]). Der Tatbestand der Warenfälschung wäre allerdings nur dann erfüllt und die Skulptur damit im Sinne des Art. 58 Abs. 1 StGB durch eine strafbare Handlung hervorgebracht

- 17 - worden, wenn die Fälschung zum Zwecke der Täuschung in Handel und Verkehr erfolgte. e) Wesentliches Erfordernis für die Zulässigkeit der Einziehung ist sodann das Vorliegen einer Gefährdung der Sicherheit von Menschen, der Sittlichkeit oder der öffentlichen Ordnung gemäss Art. 58 Abs. 1 StGB. Auch hiezu finden sich im angefochtenen Entscheid keinerlei Ausführungen. Der vorstehend behan- delte deliktische Konnex eines Gegenstandes genügt noch nicht, um diesen ein- zuziehen. Zusätzlich und kumulativ muss der fragliche Gegenstand auch weiter in der Zukunft eine konkrete Gefährdung für die erwähnten Rechtsgüter darstellen. Eine bloss abstrakte Gefährlichkeit reicht nicht aus, sondern die Einziehung ist nur zulässig, wenn die vom Richter anzustellende Prognose unter Berücksichti- gung der gesamten Umstände ergibt, dass eine künftige Gefährdung als wahr- scheinlich erscheint, d.h. dass der Gegenstand (wieder) zu Delikten verwendet werden könnte (Schmid, Kommentar Einziehung, a.a.O., N 58 f. zu Art. 58 StGB; ders., ZStrR 113 [1995] S. 328; Baumann, a.a.O., N 13 zu Art. 58 StGB; Trechsel, a.a.O., N 9 zu Art. 58 StGB; Rehberg, Strafrecht II, a.a.O., S. 177 f.; BGE 116 IV 119 f., 125 IV 186 f. [= Pra 89 {2000} Nr. 104 S. 619 f.]). Bei den von der Rechts- ordnung verpönten *producta sceleris* wird tendenziell deren Gefährdung vermutet. Von einer Einziehung ist allerdings aus Gründen der Verhältnismässigkeit abzu- sehen, wenn im konkreten Fall die vom fraglichen Gegenstand ausgehende Ge- fahr als vernachlässigbar erscheint oder der Besitz des Gegenstandes beim Be- troffenen nicht strafbar ist. Dies ist

beispielsweise der Fall, wenn jemand eine im Sinne von Art. 155 StGB gefälschte Ware ohne weitergehende strafrechtlich erfassbare Aktivitäten lediglich besitzt, ohne dass die Gefahr besteht, dass der verbotene Gegenstand (wieder) in den Verkehr gerät (Schmid, Kommentar Einziehung, a.a.O., N 60 zu Art. 58 StGB unter anderem m.H.a. die beiden bereits erwähnten Entscheide, die gefälschte Bilder betrafen: BJM 1983 S. 21 und SJZ 58 [1962] S. 309 Nr. 184 [= RS 1962 S. 81 f. Nr. 122]). f) Schliesslich ist auf das bereits erwähnte Verhältnismässigkeitsprinzip hinzuweisen, gemäss welchem der Eingriff in die Rechte des Betroffenen nicht weiter gehen soll, als es der mit der Sicherungseinziehung verfolgte Zweck erfordert.

- 18 - Sind mildere Massnahmen möglich, so hat es damit sein Bewenden zu haben (Subsidiaritätsgrundsatz). Art. 58 Abs. 2 StGB sieht nur zwei mögliche Anordnungen vor, nämlich die Vernichtung und die Unbrauchbarmachung der Gegenstände. Angesichts dieser Kannvorschrift steht es dem Richter frei, anderweitige Anordnungen zu treffen. Bei Fälschungen von Waren, Kunstgegenständen, Briefmarken, Münzen usw. kann auf die Einziehung verzichtet werden, wenn Gewähr dafür besteht, dass diese nicht - das Publikum täuschend - in den Verkehr gebracht werden. Es kann sich aber auch - sofern dies technisch möglich ist - die unveränderliche Kennzeichnung eines Gegenstandes als Fälschung anbieten. Eine solche Ersatzmassnahme schliesst eine künftige Täuschung z.B. über die Urheberschaft eines Kunstwerkes aus, ermöglicht aber doch, den Personen, die gezielt an Fälschungen interessiert sind (spezialisierte Sammler), den Gegenstand zu erhalten. Allenfalls kommt hier eine Rückgabe an den Täter bzw. berechtigten Dritten in Frage. Ist eine Rückgabe des Falsifikates nach allfälliger Kennzeichnung nicht angängig bzw. nicht durchführbar, ist aber auch eine Vernichtung nicht notwendig, so kann - wie dies die Vorinstanz in casu anordnete - eine Aufbewahrung des Gegenstandes für Vergleichs-, Demonstrations- oder museale Zwecke in einer entsprechenden Institution in Frage kommen (Schmid, Kommentar Einziehung, a.a.O., N 67, 69, 73 ff. zu Art. 58 StGB; Baumann, a.a.O., N 14 zu Art. 58 StGB; Rehberg, Strafrecht II, a.a.O., S. 179 f.; Trechsel, a.a.O., N 12 zu Art. 58 StGB; Stratenwerth, a.a.O., S. 487 f.; BGE 123 IV 57 ff., 89 IV 69 ff.). g) Die Vorinstanz wird den dargelegten Erfordernissen bei ihrem neuen Entscheiden Rechnung zu tragen haben. II I. Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Kosten des Rekursverfahrens auf die Staatskasse zu nehmen (§ 396a StPO). In Ermangelung wesentlicher Umtriebe ist den Rekurrenten für das Rekursverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

- 19 -

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.