

90330

**Einziehung ohne Anlasstat ? - Grenzen der Einziehung des  
„pretium sceleris“**

von

***Prof. Dr. Martin Schubarth, ancien président du Tribunal  
fédéral, Avocat-Conseil, Lausanne/Basel***

I. Einleitung

II. Grundsatz: Anknüpfung an strafbares Verhalten; Problematik der Ausnahmen

III. Bedeutung der Eigentumsgarantie als rechtsstaatliche Schranke der Einziehung

IV. Bedeutung der Rechtsvergleichung

V. Beweisproblematik bei Einziehung ohne strafprozessual nachgewiesener Straftat

VI. Anlasstat mit ausländischem Bezug

VII. Probleme des intertemporalen Rechts

VIII. Fazit.

## I. Einleitung.

1. Einziehung ohne Anlasstat ? Nein. Die Antwort darauf scheint so eindeutig, dass dies keiner weiteren Diskussion bedarf. Eine Analyse von Rechtsprechung und Doktrin zeigt aber, dass Abweichungen vom Prinzip „Einziehung nur anknüpfend an eine Anlasstat“ erwogen werden, nämlich für die Variante der Einziehung von Vermögenswerten, die dazu bestimmte waren, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen. Ob und gegebenenfalls inwieweit solche Abweichungen wirklich zulässig sind, ist Gegenstand der nachstehenden Überlegungen.

2. Das Gericht verfügt, wie gesagt, in der hier zu diskutierenden Alternative die Einziehung von Vermögenswerten, die dazu bestimmt waren, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen.<sup>1 2</sup>

Setzt diese Alternative der Einziehung eine strafbare Anlasstat voraus, also ein tatbestandmässiges Verhalten, das zumindest das strafbare Stadium erreicht hat ? Muss also das in Frage stehende Verhalten mindestens das Stadium des strafbaren Versuchs einer Straftat erreicht haben ? Respektive müssen, soweit ausnahmsweise auch Vorbereitungshandlungen strafbar sind, die Voraussetzungen der Strafbarkeit unter diesem Gesichtspunkt erfüllt sein ?

Oder kann auch ohne strafbare Anlasstat eingezogen werden, wenn die „Anlasstat“, die dann in Wirklichkeit mangels Strafbarkeit keine solche ist, noch gar nicht begangen wurde oder die ins Auge gefasste Tat noch nicht den Bereich eines Versuches oder ausnahmsweise das Stadium einer strafbaren Vorbereitungshandlung erreicht hat ?

Folgt man dieser zweiten Alternative, stellt sich die Zusatzfrage, ob und inwieweit sich eine solche Einziehung ohne strafbare Anlasstat unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten begrenzen lässt. Nach welchen Kriterien soll gegebenenfalls in einem eng begrenzten Bereich die Einziehung auch ohne bereits strafbare Anlasstat zugelassen werden ?

<sup>1</sup> Art. 70 Abs. 1, 2. Alternative, StGB

<sup>2</sup> Dass in der Realität zumindest erstinstanzlich im Widerspruch zu Art. 70 StGB nicht das Gericht, sondern die Strafverfolgungsbehörde verfügt (vgl. de lege lata auf Bundesebene Art. 73 Abs. 3 BStP, nach neuem Recht Art. 352 Abs. 2 und Art. 377 Abs. 2 CH-StPO), steht auf einem andern Blatt und soll hier nicht weiter problematisiert werden; vgl. immerhin *M. Schubarth*, Zurück zum Grossinquisitor ? in: *M. A. Niggli/J. Hurtado Pozo/N. Queloz* (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007, 527 ff.; *M. Pieth*, Schweizerisches Strafprozessrecht, Basel 2009, 193 (Einziehung in unbeschränkter Höhe durch Strafbefehl) und 209 (Einziehungsbefehl).

Diese Problematik, die in der Diskussion der Einziehungsvoraussetzungen bisher vielfach nicht mit der nötigen dogmatischen und rechtsstaatlichen Stringenz behandelt wurde, sei vorliegend einer vertieften Analyse unterzogen.

## II. Grundsatz: Anknüpfung an strafbares Verhalten; Problematik der Ausnahmen

1. Literatur und Rechtsprechung befassen sich beinahe ausschliesslich mit der Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine Straftat erlangt worden sind. Die hier diskutierte Alternative der Einziehung hat in der Diskussion nur eine untergeordnete Rolle gespielt.<sup>3</sup> Die mit der Auslegung und Anwendung dieser Form der Einziehung verbundenen Probleme wurden deshalb bisher vernachlässigt; sie werden teilweise nicht gesehen oder zumindest nicht angesprochen, möglicherweise auch deshalb, weil diese Alternative vorschnell und widersprüchlich als blosse „Unterform“<sup>4</sup> der Einziehung qualifiziert wird.<sup>5</sup>

2. Es ist ein Grundprinzip des Strafrechtes, dass eine strafrechtliche Sanktion - und die Einziehung ist eine solche - stets eine wirkliche Straftat, also ein strafrechtlich erfasstes Verhalten, voraussetzt.<sup>6</sup> Einzige Ausnahme ist die Friedensbürgschaft<sup>7</sup>, was sich aus ihrer besonderen Funktion - Verhütung zukünftiger Delikte - erklärt. Folgerichtig wird deshalb die Auffassung vertreten, dass eine Einziehung auch in der hier diskutierten Alternative der Deliktsbestimmung nur in Frage kommt, wenn eine Straftat verwirklicht wurde.<sup>8</sup> Begründet wird dies neben dem bereits genannten Fundamentalargument - keine strafrechtliche Sanktion ohne strafbares Verhalten - damit, dass das Gesetz in der hier diskutierten Alternative den Grund nennt, aus dem die Zuwendung erfolgt sein muss. Also konkret: Der Empfänger hat

<sup>3</sup> Vgl. *N. Schmid*, in: *derselbe* (Hrsg.), *Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei*, Band I, 2. A. Zürich 2007, 120: „praktisch eher weniger bedeutsam“.

<sup>4</sup> *Schmid* (Fn. 3) a. a. O.

<sup>5</sup> Ist die hier behandelte Alternative eine Unterform der Einziehung, dann muss auch für sie das Prinzip einer strafbaren Anlasstat gelten. Weicht man davon ab, dann ist sie keine Unterform, sondern ein besonderer Fall der Einziehung mit teilweise abweichenden Eingriffsvoraussetzungen.

<sup>6</sup> *G. Stratenwerth*, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen*, 2. A. Bern 2006, 373 und 387; zustimmend *M. Dannacher*, *Aktuelle Fragen zum schweizerischen Einziehungsrecht*, *Anwaltsrevue* 2009, 463 ff., 464.

<sup>7</sup> Art. 66 StGB.

<sup>8</sup> *Stratenwerth* (Fn. 6) 388; *M. Hirsig-Vuilloz*, *Commentaire romand, Code pénal I*, Basel 2009, Art. 70 N 9.

das Geld zum Beispiel erhalten im Zusammenhang mit einer Bestechungstat gemäss Art. 322ter ff. StGB (pretium sceleris). In diesem Sinne war das Geld dazu bestimmt, eine Straftat, nämlich eine von den Korruptionsbestimmungen verbotene Handlung, zu veranlassen oder zu belohnen.

3. Eine leicht abweichende Auffassung verfolgt im wesentlichen die gleiche Linie<sup>9</sup>: „Die Voraussetzung ihrer (scilicet von Massnahmen) Anwendung ist also eine Deliktsverübung.“ Sie will aber auch die Konstellation erfassen, in der das Geld übergeben wurde, damit der Empfänger eine strafbare Handlung begehe, dieser aber noch nicht mit dem Delikt begonnen hat.<sup>10</sup> Auch nach dieser Auffassung geht es um Zuwendungen, wie etwa Bestechungsgelder und Geschenke, die der Anstifter dem Angestifteten im Hinblick auf die Tat gemacht hat oder um die Belohnung für eine ausgeführte Tat.<sup>11</sup> Berücksichtigt man, dass die versuchte (erfolglose) Anstiftung zu einem Verbrechen strafbar ist<sup>12</sup>, handelt es sich nur um eine minime Abweichung vom Grundsatz, dass auch die Einziehung wie jede strafrechtliche Sanktion an ein strafbares Verhalten anknüpft. Einziehungsrechtlich erfasst wäre danach wohl auch die an sich straflose versuchte (erfolglose) Anstiftung zu einem Vergehen (vielleicht sogar zu einer Übertretung). Nimmt man an, dass das Veranlassen einer Straftat im Sinne von Art. 70 StGB weiter geht als Anstiftung oder Versuch einer Anstiftung<sup>13</sup>, dann wäre auch erfasst die psychische Gehilfenschaft<sup>14</sup> respektive deren Versuch (an sich straflose erfolglose Gehilfenschaft). Wie dem auch sei: Es handelt sich nur um eine minime Abweichung vom Grundsatz, dass die Einziehung an ein strafbares Verhalten anknüpft.

4. Das Bundesgericht ist dieser Auffassung in BGE 76 IV 16 im wesentlichen gefolgt: Einziehung eines Geldbetrages, der einem Beamten als Geschenk zugeschickt worden war, eine nach damaligem Recht straflose versuchte Anstiftung zur Annahme von Geschenken. Entscheidend ist, dass das Geld für einen deliktischen Zweck bereits derjenigen Person übergeben wurde, die nach dem Ansinnen des Spenders eine Straftat begehen sollte. Zu beachten ist, dass nach geltendem Recht die eigentlichen Bestechungsdelikte<sup>15</sup> Verbrechen<sup>16</sup> sind, weshalb, wie dargelegt,

<sup>9</sup> E. Hafter, Lehrbuch des Strafrechtes, Allgemeiner Teil, 2. A. Bern 1946, 382.

<sup>10</sup> Hafter (Fn. 9) 420.

<sup>11</sup> Hafter (Fn. 9) 420.

<sup>12</sup> Art. 24 Abs. 2 StGB.

<sup>13</sup> So offenbar Hafter (Fn. 9) 420.

<sup>14</sup> Vgl. Schmid (Fn. 3) 122.

<sup>15</sup> Art. 322ter, 322quater und 322septies StGB.

<sup>16</sup> Art. 10 Abs. 2 StGB.

bereits die versuchte Anstiftung strafbar ist. Die Ausweitung der Einziehungsmöglichkeit kann also, da versuchte psychische Helferschaft hier wohl ausscheidet, nur die versuchte Anstiftung zu einem Vergehen betreffen. Da nach geltendem Recht<sup>17</sup> bereits die Vorteilsgewährung<sup>18</sup> einen eigenen Straftatbestand - der Sache nach eine Form der strafbaren Vorbereitungshandlung<sup>19</sup> - darstellt, ist auch insoweit keine Ausnahme vom Prinzip der strafbaren Anknüpfungstat ersichtlich.

BGE 103 IV 3, eine Entscheidung, die gelegentlich im Zusammenhang mit der hier erörterten Frage erwähnt wird, ist demgegenüber nicht einschlägig. Denn in jenem Fall ging es um die Einziehung des mittels gewerbsmässiger Abtreibung<sup>20</sup> erzielten unrechtmässigen Gewinnes. War die Abtreibung illegal, ist der Gewinn nach geltendem Recht einzuziehen, unabhängig davon, ob diejenigen Personen, die die Honorare für diese Abtreibungen leisteten, wussten, dass das Handeln der Ärzte illegal war.

Von Bedeutung ist demgegenüber BGE 104 IV 3 E. 2 in fine (S. 6): „Dabei entsteht der Anspruch des Staates von Gesetzes wegen mit dem *Augenblick, in welchem der Betroffene die Zahlung erhält, er in deren Genuss gelangt.*“<sup>21 22</sup> Damit wird zutreffend eine Frage entschieden, die heute teilweise unter Verschweigung dieses Urteils anders zu beantworten versucht wird. Eine Einziehung ist danach frühestens zu dem Zeitpunkt möglich, wo das Geld in die Hände dessen gelangt ist, der für seine deliktische Tätigkeit belohnt werden soll.

<sup>17</sup> Anders noch zum Zeitpunkt von BGE 76 IV 16; D. Jositsch, Der Tatbestand des *Anfütterns* im Korruptionsstrafrecht, ZStrR 2000, 53 ff, 55.

<sup>18</sup> Art. 322quinquies StGB.

<sup>19</sup> G. Stratenwerth/F. Bommer, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil II, 6. A. Bern 2008, 469.

<sup>20</sup> Art. 119 Ziff. 3 StGB in der ursprünglichen Fassung des Gesetzes.

<sup>21</sup> Hervorhebung nicht im Original. Auch für *Dannacher* (Fn. 6) 464 kommt eine Einziehung von Bestechungsgeldern erst in Betracht, wenn diese dem Empfänger übergeben worden sind.

<sup>22</sup> Ohne Bedeutung für das hier erörterte Problem ist die Frage der Tragweite der Aussage, der Anspruch des Staates entstehe von Gesetzes wegen (vgl. dazu bereits BGE 76 IV 16 E. 3, wo das Bundesgericht die Frage offen lässt, ob der Verfall von Gesetzes wegen eintrete, ein allfälliger Richterspruch also nur feststellend sei, oder ob der Richterspruch konstitutiv wirke). Wollte das Bundesgericht darlegen, dass das in Frage stehende Geschehen (Erhalt der Zahlung zum Zwecke der unzulässigen Beeinflussung) die „Anspruchsgrundlage“ für den Einziehungsanspruch des Staates begründet? Dann ist die Formulierung „von Gesetzes wegen“ insoweit missverständlich, als dieser Anspruch in einem rechtsstaatlichen Verfahren durchgesetzt werden muss; es gibt keinen automatischen Verfall (vgl. S. Trechsel/M. Jean-Richard, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich 2008, Art. 70 N 5).

Nicht einschlägig für die hier erörterte Problematik ist<sup>23</sup> demgegenüber BGE 112 IV 71. Denn dieses Urteil betrifft die Sicherungseinziehung<sup>24</sup> (Einziehung eines Radarwarngerätes, das sich in betriebsstauglicher Anordnung im Fahrzeug befand).

5. Zwischenergebnis: Nach den bisher referierten Auffassungen und insbesondere der Rechtsprechung des Bundesgerichtes muss das *pretium sceleris* von demjenigen, der für ein Delikt belohnt werden soll, bereits entgegengenommen worden sein. In der Regel wird damit auch eine strafbare Anlasstat gegeben sein. Die angesprochenen Ausnahmen betreffen, wenn man ihnen überhaupt folgen will, praktisch bisher nicht bedeutsame Randbereiche von noch straflosen erfolglosen Teilnahmehandlungen. BGE 76 IV 16 betrifft eine Konstellation, in der nach dem heute geltenden Recht eine strafbare Anlasstat vorliegen würde.

6. Demgegenüber finden sich Stimmen, die meinen, eine Einziehung komme auch in Betracht, wenn sich die Vermögenswerte, die eingezogen werden sollen, noch niemandem zur Begehung oder Belohnung einer Straftat übergeben worden sind und sich die Einziehung auch nicht auf die Begehung einer strafbaren Vorbereitungshandlung stützen kann.<sup>25</sup> Als Voraussetzung für eine Einziehung müsse beispielsweise feststehen, dass der in Frage stehende Vermögenswert zur Korruption bestimmt sei.<sup>26</sup> Danach soll also die deliktische Bestimmung genügen. Rechtspolitisch wird gefordert, die Abschöpfung der Korruptionvorteile sollte auch vor der eigentlichen Zuwendung, also wenn sie sich noch im Besitze des Extraneus befinden, möglich sein.<sup>27</sup> Allerdings sei hierzu der Beweis der deliktischen Bestimmung der einzuziehenden Werte zu erbringen, was häufig schwierig sein dürfte.<sup>28</sup> Die fraglichen Vermögenswerte müssten mindestens zum Zwecke der Übergabe objektiv erkennbar vom übrigen Vermögen des Leistenden ausgeschieden oder bereitgestellt sein.<sup>29</sup> Entsprechend könne man

<sup>23</sup> Entgegen *N. Schmid*, Straf- und einziehungsrechtliche Fragen bei „Schwarzen Kassen“ zur Begehung von Bestechungen, AJP 2008, 797 ff., 804 Fn. 43.

<sup>24</sup> Heute Art. 69 StGB.

<sup>25</sup> *H. Schultz*, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts II, 4. A. Bern 1982, 215 f., meint, es sei weder erforderlich, dass die Tat begangen wurde, noch dass der Zuwendende oder der Empfänger strafbar sei. Damit verlangt er aber immerhin, dass der Vermögenswert *übergeben* wurde.

<sup>26</sup> *D. Jositsch*, Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht, Zürich 2004, 424.

<sup>27</sup> *Jositsch* (Fn. 26) 533.

<sup>28</sup> *Jositsch* (Fn. 26) 533.

<sup>29</sup> *Schmid* (Fn. 3) 121.

den Geldbetrag, der für eine Tat versprochen wurde, nicht einziehen, wenn er noch unausgeschieden auf dem Konto des Anstifters liege.<sup>30</sup>

Die Fragwürdigkeit dieser Auffassungen liegt darin, dass sie eine strafrechtliche Sanktion ohne strafbares Verhalten für zulässig halten ohne jede Sensibilität für die darin liegende rechtsstaatliche Problematik. Wenn man eine strikte Anbindung der Einziehung an ein strafbares Verhalten ablehnt, handelt man sich das Problem ein, nach welchen Kriterien die Voraussetzungen der Einziehung von Vermögenswerten unter Einhaltung rechtsstaatlicher Grundsätze zu umschreiben sind. Hier ist zunächst daran zu erinnern, dass die Einziehung einen massiven Eingriff in verfassungsrechtlich geschützte Vermögensrechte darstellt.<sup>31</sup> Sie ist eine entschädigungslose Enteignung.<sup>32</sup> Soweit die Einziehung an ein strafbares Verhalten anknüpft, lässt sie sich unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten mit den gleichen Argumenten rechtfertigen wie jede andere strafrechtliche Sanktion. Dehnt man ihren Anwendungsbereich aus auf Konstellationen, wo die Einziehung an strafrechtlich nicht relevante und damit vielfach sogar an rechtmässige Verhaltensweisen anknüpft, handelt man sich das Problem der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines derart gravierenden Eingriffs ein. Darüber erfährt man von den Befürwortern einer solchen Regelung kein Wort.

Dies ist umso bedenklicher, als mit der Ausdehnung des Anwendungsbereiches der Einziehung die Gefahr der Uferlosigkeit entsteht. Die Anbindung an eine strafbare Anlasstat hat eben einen einleuchtenden rechtsstaatlichen Grund: Nur für vom Gesetz als strafbar erklärtes Verhalten lässt sich unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ein derartig gravierender Eingriff wie eine entschädigungslose Enteignung rechtfertigen.

Der Sache nach erfolgt nach der hier problematisierten Auffassung die Einziehung als Anknüpfung an eine straflose Vorbereitungshandlung. Straflöse Vorbereitungshandlungen sind aber in der Regel rechtmässige Verhaltensweisen. Jedenfalls sind sie unrechtsneutral oder allenfalls ambivalent, indem sich erst

---

<sup>30</sup> Schmid (Fn. 3) 121.

<sup>31</sup> Eingehend dazu bereits W. Stree, Deliktsfolgen und Grundgesetz, Tübingen 1960, 83 ff.; vgl. auch nachstehend III.

<sup>32</sup> Teilweise anders bei der Sicherungseinziehung nach Art. 69 StGB, wo ein allfälliger Verwertungserlös nach Abzug der entstandenen Unkosten dem Berechtigten zu erstatten ist (BGE 117 IV 347); ebenso bei der Einziehung gestützt auf das Waffengesetz (BGE 135 I 209).

später erweist, ob sie zu einem strafbaren Verhalten führen. Der Grund, dass das Gesetz Vorbereitungshandlungen nur ausnahmsweise für strafbar erklärt, liegt genau darin. Solange sich eine Tat höchstens im Stadium einer (möglicherweise noch diffusen) Vorbereitung befindet, wobei völlig offen ist, ob es später überhaupt zu einer rechtswidrigen Straftat kommen wird, und vor allem noch die Möglichkeit des „Rücktritts“ von der Vorbereitung besteht oder die Möglichkeit eines rechtmässigen, allenfalls durch Notstand gerechtfertigten Einsatzes der in weiser Voraussicht separierten Mittel nicht ausgeschlossen werden kann, ist es rechtsstaatlich äusserst problematisch, bereits Strafbarkeit vorzusehen.<sup>33</sup> Umso bedenklicher ist es, für diesen Bereich eine strafrechtliche Einziehung in Erwägung zu ziehen, auch wenn keine strafbare Anlasstat vorliegt.

7. Einziehung ist zulässig „ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person“.<sup>34</sup> Diese Regel gilt auch für die Einziehung nach Art. 70 StGB.<sup>35</sup> Welche Tragweite hat dieser Passus? Er wurde ausschliesslich geschaffen, um eine Einziehung auch zu ermöglichen, wenn der Täter wegen Todes, Abwesenheit, Verhandlungsunfähigkeit oder mangels Strafantrages<sup>36</sup> nicht persönlich verfolgt werden kann.<sup>37</sup> Er bezweckt aber nicht die Ausweitung der Einziehung auf Konstellationen, in denen keine Strafbarkeit gegeben ist, weil (noch) kein strafbares Verhalten vorliegt, insbesondere höchstens eine straflose Vorbereitungshandlung gegeben ist. Die ratio des Passus „ohne

<sup>33</sup> Vgl. *M. Schubarth*, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Band, Bern 1984, Art. 183 N 67; *H. Vest*, Delikte gegen den öffentlichen Frieden, Bern 2007, Art. 260bis, N2 und 6; *G. Stratenwerth*, Strafrecht, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I : Die Straftat, 3. A. Bern 2005, 301; *G. Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. A. Berlin 1991, 703 ff. Vgl. zur Möglichkeit einer durch Notstand gerechtfertigten Bestechung *K. Bernsmann/N. Gatzweiler*, Verteidigung bei Korruptionsfällen, Heidelberg 2008, N 634 f. und 819 f.

<sup>34</sup> Art. 69 Abs. 1 StGB.

<sup>35</sup> BGE 129 IV 305 E. 4.2.1.

<sup>36</sup> BGE 129 IV 305. Allerdings fragt sich, ob nicht in soweit zu differenzieren und die allgemein gehaltene Aussage des Urteils einzuschränken ist, wenn das Gesetz das Erfordernis des Strafantrages aufgestellt hat, um den beteiligten Angehörigen oder Familiengenossen die Möglichkeit zu erhalten, den durch Veruntreuung oder Diebstahl bewirkten Konflikt unter sich zu regeln (StGB 138 Ziff. 1 Abs. 2, 139 Ziff. 4). Der staatliche Strafanspruch (und damit auch der staatliche „Anspruch“ auf Einziehung) hat deshalb zurückzutreten, bis auf Grund eines eingereichten Strafantrages ersichtlich wird, dass die Selbstregulierung des Konfliktes nicht möglich ist (*M. Schubarth*, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Band, Bern 1990, Art. 137 N 160; *A. Hoyer*, Systematischer Kommentar, 6. A. Neuwied 1999, § 247 N 1.).

<sup>37</sup> Auf die Beweisprobleme, die in solchen Konstellationen entstehen, vor allem betreffend den subjektiven Tatbestand, sei hier bereits hingewiesen; vgl. nachstehend V.

Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person“ spricht deshalb ebenfalls für die Anbindung der Einziehung an ein strafbares Verhalten.

### III. Bedeutung der Eigentumsgarantie als rechtsstaatliche Schranke der Einziehung.

Einziehung von Vermögenswerten ist, wie bereits bemerkt, nichts anderes als eine entschädigungslose Enteignung. Sie bedarf also aus verfassungsrechtlicher Sicht einer qualifizierten Rechtfertigung.<sup>38</sup>

Die Garantie des Eigentums gemäss Art. 26 BV erfasst nicht nur Sacheigentum in zivilrechtlichem Sinne, sondern erstreckt sich auf sämtliche vermögenswerte private Rechte, die dem Einzelnen ähnlich wie das Sacheigentum zur privaten Nutzung und Verfügung zugeordnet sind.<sup>39</sup> Eine Beschränkung der Garantie auf einzelne spezifische Rechte aus dem Eigentum ist nicht angebracht<sup>40</sup>, jedenfalls nicht in der vorliegend diskutierten Konstellation. Denn sie ist nicht zu vereinbaren mit der wirtschaftlichen Entwicklung, in der das Buchgeld dem eigentumsfähigen Bargeld längst den Rang abgelaufen hat.<sup>41</sup> Geld ist geronnene Freiheit.<sup>42</sup> Die entschädigungslose Einziehung von Vermögenswerten stellt offensichtlich einen massiven Eingriff in verfassungsrechtlich geschützte Rechte dar.

Wenn bereits die Zulässigkeit der Enteignung, die immerhin von Verfassungs wegen zu entschädigen ist, an qualifizierte Voraussetzungen gebunden ist, dann muss dies erst recht gelten für die hier diskutierte entschädigungslose Enteignung von Vermögenswerten, die, wie dargelegt, nach der hier problematisierten Auffassung sogar zulässig sein soll, ohne dass eine strafbare Anlasstat vorliegt. Hier ist daran zu erinnern an

<sup>38</sup> Ebenso *Hirsig-Vuiloz* (Fn. 8), Art. 69 N 10; vgl. auch BGE 135 I 209 E. 3.2 betreffend Einziehung auf Grund des Waffengesetzes.

<sup>39</sup> *R. Zippelius/ T. Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. A. München 2008, 329.

<sup>40</sup> So aber *J. P. Müller/M. Schefer*, Grundrechte in der Schweiz, Bern 2008, 1016 mit Hinweisen auf abweichende Auffassungen.

<sup>41</sup> Entsprechend gibt es gute Gründe dafür, auch öffentlich-rechtliche Rechtspositionen wie vom Staat geschuldete Pensionen unter den Schutz der Eigentumsgarantie zu nehmen, da für viele Rentner nicht das Sacheigentum, sondern Rentenansprüche, die sie selbst mitfinanziert haben, für ihre Existenz und ihre Entfaltungsfreiheit von Bedeutung sind (vgl. *Zippelius/Würtenberger* <Fn. 39> 329).

<sup>42</sup> *G. Dürig*, Der Staat und die vermögensrechtlichen öffentlich-rechtlichen Berechtigungen seiner Bürger, Festschrift für Willibald Apelt, München 1958, 13 ff., 30 f. Vgl. auch BGE 105 Ia 330E. 3c: Freiheitsvermittelnder Kerngehalt des Eigentums.

das, was *Eser* bereits vor vierzig Jahren herausgearbeitet hat<sup>43</sup>: Eigentumsanktionen sind gegenüber der Eigentumsgarantie gerechtfertigt, soweit sie an einen gemeinwohlwidrigen, *durch bestimmte gesetzliche Gebote oder Verbote* als solchen erkennbaren Missbrauch des Eigentums anknüpfen. Das ist in der Regel bei den *durch eine Tat* erlangten, hervorgebrachten oder sonst wie verwendeten Gegenständen anzunehmen. Liegt kein derartiger Zurechnungsgrund vor, so scheidet die Einziehung schon an der Eigentumsgarantie. Eine zentrale Eingriffsvoraussetzung ist also die Verletzung eines gesetzlichen Gebots oder Verbots, das heisst als das Vorliegen einer Anlasstat. Dann und nur dann, wenn Gegenstände oder allgemein Vermögenswerte durch eine Anlasstat erlangt, hervorgebracht oder sonst wie verwendet wurden, kommt aus verfassungsrechtlicher Sicht eine Einziehung in Betracht. Eine Vermögenseinziehung, die ausschliesslich an eine straflose und damit unverbundene Vorbereitungshandlung anknüpft, verletzt deshalb die Eigentumsgarantie in krasser Weise.

#### IV. Bedeutung der Rechtsvergleichung

Einziehung ohne Anlasstat? Die Frage kann nicht erörtert werden ohne Einbeziehung von Erkenntnissen der Rechtsvergleichung. Denn der Vermögenseinziehung werden oft grenzüberschreitende Sachverhalte zu Grunde liegen, weshalb es sich schon aus diesem Grunde aufdrängt zu fragen, welche Lösungen die hier erörterte Problematik in ausländischen Rechtsordnungen erfahren hat. Unabhängig davon kann Rechtsvergleichung ein wichtige Erkenntnisquelle für die Auslegung des nationalen Rechtes sein.<sup>44</sup> Das heisst - entgegen der Tendenz der Euroturbo - nicht, dass man Eigenheiten des schweizerischen Rechtes vorschnell auf dem Altar des europäischen Rechts opfern muss;<sup>45</sup> das Biotop Schweiz ist durchaus schützenswert.<sup>46</sup> Allein hier geht es um eine verfassungsrechtlich brisante Frage, nämlich die der Zulässigkeit der Vermögenseinziehung ohne Anlasstat, die für die Auslegung von Art. 70 StGB von entscheidender Bedeutung sein kann.

<sup>43</sup> A. *Eser*, Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum, Tübingen 1969, 192.

<sup>44</sup> Vgl. E. *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 2. A. Bern 2005, 229 ff. mit Hinweisen.

<sup>45</sup> Vgl. dazu M. *Schubarth*, Mehr Gerechtigkeit durch Verfassungsgerichtsbarkeit?, in: E. *Seidl u. a.* (Hrsg.), Gedanken zur Gerechtigkeit, Festschrift für Hans Giger zum 80. Geburtstag, Bern 2009, 367 ff., 387.

<sup>46</sup> K. *Villiger*, Weltwoche 17.09 vom 23.4.2009, 56; zum Biotopschutz aus rechtlicher Sicht K. *Sidi-Ali*, La protection des biotopes en droit suisse, Zürich 2008.

Deshalb: Was sagen ausländische Rechtsordnungen zum hier erörterten Problem ? Die Antwort ist eindeutig: Einziehung hat anzuknüpfen ausschliesslich an eine strafbare Anlasstat, wie Stratenwerth zum deutschen, französischen, belgischen, luxemburgischen und italienischen Recht nachgewiesen hat.<sup>47</sup>

Grundsätzlich gilt dies auch für das österreichische Recht.<sup>48</sup> Einzig für die Abschöpfung der für die Tat empfangenen Belohnung findet sich die Auffassung, es sei unerheblich, ob der Empfänger die Straftat, für die er belohnt wird, tatsächlich begangen hat.<sup>49</sup> Hier ist in den Fällen eine, wohl geringfügige, Abweichung vom Prinzip der strafbaren Anlasstat denkbar, wo nicht bereits in der Übergabe der Vermögenswerte eine strafbare Tat liegt. Dabei ist allerdings zu unterstreichen, dass sich der Vermögensvorteil, der abgeschöpft werden soll, auf die Begehung einer bestimmten strafbaren Handlung beziehen muss.<sup>50</sup> Diese illegale Zweckwidmung muss nachgewiesen werden; es gilt der Zweifelssatz.<sup>51</sup>

Besteht über den zentralen Gesichtspunkt, dass es für die Einziehung des Nachweises einer strafbaren Anlasstat bedarf, aus rechtsvergleichender Sicht im Kern Konsens, bedarf es qualifizierter Argumente, wenn man für das schweizerische Recht eine abweichende Meinung vertreten will. Solche sind nicht ersichtlich und werden von den Befürwortern einer Einziehung ohne Anlasstat auch nicht vorgebracht. Sie blenden vielmehr die verfassungsrechtliche Problematik aus.

V. Beweisproblematik bei Einziehung ohne strafprozessual nachgewiesene Straftat.

Das Verfahren, in dem über die Einziehung von Vermögenswerten befunden wird, ist ein Strafverfahren, in dem grundsätzlich die gleichen strafprozessualen Prinzipien zur Anwendung kommen wie in jedem anderen Strafverfahren.<sup>52</sup> Dies gilt auch dann, wenn es ausschliesslich um die Einziehung von Vermögenswerten geht, diese also nicht als zusätzliche Sanktion in einem Verfahren gegen

---

<sup>47</sup> *Stratenwerth* (Fn. 6) 373.

<sup>48</sup> *E. Ratz*, Wiener Kommentar 2. A. Wien 2005, § 26 N 4.

<sup>49</sup> *H. Fuchs/A. Tripold*, Wiener Kommentar 2. A. Wien 2007, § 20 N 59.

<sup>50</sup> *Fuchs/Tripold* (Fn. 49) N 59.

<sup>51</sup> *Fuchs/Tripold* (Fn. 49) N 60.

<sup>52</sup> Einzige Ausnahme: Art. 72 Satz 2 StGB (Vermutung der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation). Dazu *Vest* (Fn. 33), Art. 260ter N 74 ff.; *U. Cassani*, La confiscation de l'argent des „potentats“: à qui incombe la preuve ?, SJ 2009 II 229 ff.

einem bestimmten Angeklagten angeordnet werden soll.<sup>53</sup> Auch das „objektive“ Einziehungsverfahren, das Verfahren „in rem“, ist ein Strafverfahren. Es unterscheidet sich vom Verfahren „in personam“ nur dadurch, dass im gleichen Verfahren nicht auch noch primär die Anklage gegen einen bestimmten Angeklagten beurteilt wird.

Die Beweislast liegt beim Staat. Die Anklage hat also alle tatsächlichen Voraussetzungen der Einziehung nachzuweisen.<sup>54</sup> Die gelegentlich aufgeworfene Frage, ob und inwieweit die Unschuldsvermutung in einem objektiven Einziehungsverfahren gilt, ob die Unschuldsvermutung in einem Verfahren in rem begrifflich überhaupt in Betracht gezogen werden kann<sup>55</sup>, ist ein sinnloser Streit um Worte. Entscheidend ist: Es gibt keine Vermutung dafür, dass die Einziehungsvoraussetzungen in Bezug auf irgendwelche Vermögenswerte gegeben seien. Auch die gelegentlich gezogene Parallele zum Zivilprozess kann in die Irre führen. Richtig ist zwar, dass die Anklage die „Anspruchsgrundlage“, also die Einziehungsvoraussetzungen nachweisen muss. Aber es wäre falsch daraus herzuleiten, dass der Einziehungsbetroffene nun zum Gegenbeweis (wozu ?) zuzulassen wäre und dass das Scheitern des „Gegenbeweises“, den es wie gesagt nicht gibt, zu seinen Lasten gehe.

Es ist also Aufgabe der Anklage, den Nachweis einer Anlasstat zu erbringen. Dazu gehört auch der Nachweis des subjektiven Tatbestandes, in unserem Zusammenhang also des Vorsatzes. Lässt man - entgegen den hier geäußerten Bedenken - weitergehend eine Einziehung auch ohne Anlasstat zu, insbesondere ohne die Voraussetzung, dass das Geld in die Hände dessen gelangt ist, der für seine deliktische Tätigkeit belohnt werden soll, dann wäre der strikte Nachweis zu erbringen, dass die ins Auge gefassten Vermögenswerte ausschliesslich und vollumfänglich zur Begehung einer Straftat bestimmt waren und dies endgültig, dass also ein Meinungsumschwung auszuschliessen sei. Ob sich ein solcher Beweis überhaupt erbringen lässt, ist fraglich. Auch Gelder, die bereits auf einem Separatkonto (Sonderfonds) liegen, können, solange sie nicht zum Zwecke der Belohnung an einen Empfänger übergeben sind, stets noch legal verwendet werden. Diese Faktum lässt sich durch keinen Beweis widerlegen. Die hier erörterte Beweisproblematik ist die Kehrseite der oben erörterten

<sup>53</sup> Schmid (Fn. 3) 67.

<sup>54</sup> Vgl. R. Levi, ZStrR 1985, 363; F. Baumann, Basler Kommentar 2. A. Art. 70/71 N 53a; OberGer ZH ZR 2006, 184; Schmid (Fn. 3) 66; D. Poncet/A. Macaluso, SJ 2001 II 232; S. Nadelhofer do Canto, Vermögens einziehung bei Wirtschafts- und Unternehmensdelikten, Zürich 2008, 147 ff.; Cassani (Fn.52) 246.

<sup>55</sup> Vgl. BGE 132 II 178 E. 4.1 (184 f.).

Problematik, dass im Vorbereitungsstadium vielfach offen ist, ob und inwieweit bestimmte Vermögenswerte später wirklich deliktisch eingesetzt werden.

Statt Separatkonto oder Sonderfonds wird oft der Ausdruck „schwarze Kasse“ gebraucht. Die unflektierte Verwendung dieses Ausdrucks ist problematisch, da er negativ belegt ist.<sup>56 57</sup> Sie ist mit der Gefahr verbunden, vorweg, ohne hinreichendes Beweisverfahren, einen negativen oder sogar illegalen Bezug zu den in Frage stehenden Vermögenswerten herzustellen und damit vorweg etwas zu suggerieren, das erst in einem rechtsstaatlichen Verfahren abzuklären ist. Solange nicht in einem solchen Verfahren nachgewiesen ist, dass Vermögenswerte, die sich in Sonderfonds befinden, illegaler Herkunft sind, ist anzunehmen, dass solche Sonderfonds nicht in einem gesetzwidrigen Zusammenhang stehen.

#### VI. Anlasstat mit ausländischem Bezug.

Die bisher erörterte Problematik verschärft sich, wenn es sich bei der Straftat, die veranlasst oder belohnt werden soll, um eine Auslandtat handelt. Denn dann ist zu prüfen, ob das Verhalten, das veranlasst oder belohnt werden soll, nach dem massgebenden ausländischen Recht strafbar ist. Welche Fragen in diesem Zusammenhang auftauchen können, sei am Beispiel der Bestechung demonstriert. Wer ist nach dem jeweils massgeblichen

---

<sup>56</sup> Vgl. etwa die Diskussion des Begriffs der „schwarzen Kasse“ bei *T. Weinmann*, Die Strafbarkeit der Bildung sog. Schwarzer Kassen gemäss § 266 StGB (Untreue), Diss. Tübingen 1996, 2 ff., der zu folgender Definition kommt: „Eine schwarze Kasse besteht aus Geldern, die unter Missachtung bestimmter Pflichten verborgen gehalten werden, und deren beabsichtigte Verwendung in Beziehung zur beruflichen oder sonst aufgabenbezogenen Tätigkeit desjenigen steht, der die Gelder verbirgt.“

<sup>57</sup> Zur phänomenologischen Vielfalt „schwarzer Kassen“ *C. Strelczyk*, Die Strafbarkeit der Bildung schwarzer Kassen, Herbolzheim 2008, 2 ff., der im Ergebnis (15) immer dann von einer „schwarzen Kasse“ sprechen will, wenn Gelder unter Missachtung bestimmter Pflichten verborgen gehalten werden; vgl. ferner *K. Bernsmann*, Untreue und Korruption - der BGH auf Abwegen, GA 2009, 296 ff., 300 ff. : Bei „Schwarze Kasse“ /Sonderfonds/Liquiditätsdepot/Schattenkasse/Geldspeicher geht es um folgendes: „Anvertrautes Vermögen wird von einem Treuhänder (Leitender Angestellter, Vorstand Geschäftsführer) aus dem normalen Geschäftsgang herausgenommen, um es für aussergewöhnliche und daher (zunächst) geheimzuhaltende Zwecke einzusetzen.“

ausländischen Recht ein „fremder Amtsträger“<sup>58</sup> ? Wie verhält es sich in gemischtwirtschaftlichen Betrieben, gibt es dort Amtsträger ? Wie weit erfasst das jeweils massgebliche ausländische Recht auch gemischtwirtschaftliche Betriebe<sup>59</sup> ? Ist nach dem jeweils massgeblichen Recht die Privatbestechung strafbar und gegebenenfalls ab welchem Zeitpunkt ?<sup>60</sup>

Diese Fragen zeigen, welche Probleme man sich einhandelt, wenn man in rechtsstaatlich fragwürdiger Weise annehmen will, eine Einziehung von Vermögenswerten sei zulässig, bevor diese Vermögenswerte für eine konkrete Straftat eingesetzt worden sind. Die oben angesprochene allgemeine Problematik, dass noch offen ist, ob die Gelder später nicht auch oder sogar ausschliesslich für legale Zwecke eingesetzt werden, also wofür die Gelder konkret eingesetzt werden, verschärft sich, da für jede Handlung, die im Ausland vorgenommen werden soll, zu prüfen ist, ob sie nach dem jeweils massgeblichen Recht strafbar ist. Wie diese Prüfung vorgenommen werden soll, wenn solche Leistungen nicht einmal ansatzweise erbracht wurden, ist schleierhaft. Auch diese Überlegung zeigt, wie fragwürdig die Einziehung von Vermögenswerten wäre, solange sie nicht wirklich zu deliktischen Zwecken eingesetzt worden sind. Sie ist rechtsstaatlich unhaltbar.

## VII. Probleme des intertemporalen Rechts

Wenn man entgegen der hier vorgetragenen Argumente die Einziehung von Vermögenswerten für zulässig hält, die sich auf einem Sonderkonto befinden und noch nicht zum Zwecke der Veranlassung oder Belohnung einer Straftat übergeben wurden, ist ein weiterer Gesichtspunkt zu beachten. War zum Zeitpunkt der Errichtung eines solchen Sonderkontos die ins Auge gefasste Leistung nach der damals gültigen Gesetzgebung in der Schweiz und/oder im jeweils massgeblichen ausländischen Staat strafbar ? Zu bedenken ist, dass die Auslandbestechung und die

<sup>58</sup> Geht man für die aktive Bestechung von einem autonomen Amtsträgerbegriff aus - stellt man also nicht auf das Recht des verletzten Staates ab - bleibt für die Vorfrage (sie kann allerdings faktisch die Hauptfrage sein), ob jemand „institutioneller Amtsträger“ ist, immer noch das ausländische Recht massgeblich (vgl. *M. Pieth*, Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. A. Basel 2007, Art. 322septies N 9).

<sup>59</sup> Wenn insoweit massgeblich sein soll, ob jemand „öffentliche Aufgaben wahrnimmt“ (vgl. *Pieth* <Fn. 58> N 10), bleibt offen, wie sich ohne Bezugnahme auf das nationale ausländische Recht beantworten lässt, ob es sich um eine öffentliche Aufgabe handelt.

<sup>60</sup> Korruption im Wettbewerb wird in den verschiedenen Ländern der Welt höchst unterschiedlich behandelt (*F. Haft/M. Schwoerer*, Festschrift für Ulrich Weber, Bielefeld 2004, 367 ff, 377); vgl. auch *S. Mölders*, Bestechung und Bestechlichkeit im internationalen geschäftlichen Verkehr, Frankfurt a. M. 2009; *Bernsmann/Gatzweiler* (Fn. 33) 163 ff.

Privatbestechung früher nach schweizerischem Recht<sup>61</sup> nicht strafbar waren und sich bei der Strafbarkeit nach ausländischem Recht sowohl in Bezug auf den Umfang wie auch auf den Zeitpunkt zahlreiche Fragen stellen können. Wenn sich diese nicht positiv beantworten lassen, dann lässt sich offensichtlich schon deshalb der Nachweis einer deliktischen Zweckbestimmung nicht erbringen.

## VIII. Fazit

Die Frage: Einziehung ohne Anlasstat? beantwortet sich danach wie folgt. Eine Anlasstat, also ein strafbares Verhalten<sup>62</sup>, ist schon aus verfassungsrechtlichen Gründen eine notwendige Eingriffsvoraussetzung. Für das Erfordernis einer Anlasstat spricht auch die Beweisproblematik: Solange keine Anlasstat nachgewiesen ist, kann die Möglichkeit der legalen Verwendung von separierten Geldern nicht ausgeschlossen werden.

Will man dennoch Ausnahmen von diesem Prinzip zulassen, dann kommt dies höchstens für Fälle in Betracht, wo Vermögenswerte bereits einem Empfänger mit einer bestimmten illegalen Zweckbestimmung übergeben wurden. Darin liegt zumindest der Versuch einer Anstiftung. Ist dieser straflos, weil es sich nicht um ein Verbrechen handelt und die Übergabe auch nicht aus einem anderen Titel strafbar ist, handelt es sich doch um eine strukturell illegale Tat; deshalb lässt es sich möglicherweise für diesen speziellen Bereich begründen, dass die Entscheidung des Gesetzgebers, die Rechtsfolge Strafe nur bei einer versuchten Anstiftung zu einem Verbrechen vorzusehen, nicht zwingend auch für die Rechtsfolge Einziehung gelten muss, die Rechtsfolge Einziehung also auch beim Versuch der Anstiftung zu einem Vergehen in Frage käme. Erforderlich wäre allerdings stets, wie gesagt, dass die in Frage stehenden Vermögenswerte einem Empfänger übergeben wurden mit dem Ziel, dass dieser einen bestimmten illegalen Zweck realisiere.

---

<sup>61</sup> Art. 322 septies StGB (Bestechung fremder Amtsträger) in Kraft seit 1. 5. 2000; Art. 4a UWG(Privatbestechung) in Kraft seit 1. 7. 2006.

<sup>62</sup> Das heisst mindestens der Versuch eines Deliktes, gegebenenfalls eine strafbare Vorbereitungshandlung oder eine erfolglose Anstiftung zu einem Verbrechen.

