



III. Strafkammer

Mitwirkend: Obergerichtspräsident Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, die Oberrichter Dr. P. Martin und lic.iur. W. Meyer sowie der juristische Sekretär lic. iur. H.-R. Bühlmann

Beschluss vom 14. Mai 2005

in Sachen

1. **S.**

2. **M.**

Rekurrenten

gegen

1. **Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich**

2. **R.**

Rekursgegner

betreffend **Einziehung**

Rekurs gegen die Verfügung des Einzelrichters in Strafsachen des Bezirkes Zürich vom 19. August 2003, GA030107

Das Gericht erwägt:

I.

Am 13. August 2002 wurde Dr. K., Vizedirektor und Kurator des Kunsthauses Zürich, von R. (nachfolgend als Rekursgegner 2 bezeichnet) kontaktiert, welcher ihn um die Begutachtung einer angeblich von Alberto Giacometti stammenden Bronzeskulptur ersuchte. Da Dr. K. aufgrund der Umstände und der ihm vorliegenden Fotos den Verdacht hegte, dass es sich bei der Skulptur um eine Fälschung handle, informierte er die Kantonspolizei Zürich über die Angelegenheit. Der Rekursgegner 2 erschien gleichentags mit der fraglichen Skulptur im Kunsthaus, wo ihn nebst Dr. K. auch ein Polizeibeamter, der später rapportierende Fw F., erwartete. Dr. K. gelangte nach eingehender Untersuchung und Vergleichung mit anderen im Kunsthaus ausgestellten Werken Giacomettis zum Schluss, dass es sich bei der vom Rekursgegner 2 mitgebrachten Skulptur um eine Fälschung handeln müsse. Zur Erstellung einer genauen Expertise wurde diese gegen Aushängung einer Empfangsbestätigung im Kunsthaus belassen (Urk. 6/3/1-3).

Am 9. September 2002 erstattete Dr. K. sein schriftliches Gutachten, in welchem er abschliessend festhielt, dass es sich bei der fraglichen Skulptur eindeutig um eine Fälschung handle (Urk. 6/3/5). Der Rekursgegner 2 wurde darauf am 12. September 2002 polizeilich zur Sache befragt (Urk. 6/3/6) und es wurden weitere polizeiliche Ermittlungen getätigt (Urk. 6/3/7/1-9). Die Bezirksanwaltschaft Zürich, bei welcher gegen den Rekursgegner 2 ab 20. September 2002 eine Strafuntersuchung wegen Betruges etc. geführt wurde, beschlagnahmte mit Verfügung vom 15. November 2002 gestützt auf die §§ 96 ff. StPO die inkriminierte Skulptur und ordnete an, dass diese im Kunsthaus Zürich belassen werde (Urk. 6/3/10). Mit Verfügung vom 23. April 2003 stellte die Untersuchungsbehörde die Strafuntersuchung unter Übernahme der Kosten auf die Staatskasse ein. Die beschlagnahmte Skulptur wurde im Sinne der §§ 96 ff. StPO und Art. 58 StGB definitiv eingezogen und es wurde bestimmt, dass diese nach Eintritt der Rechtskraft der Einstellungsverfügung dem Kriminalmuseum der Kantonspolizei Zürich überlassen werde. In

ihrer Begründung zur Verfahrenseinstellung hielt die Untersuchungsbehörde fest, der anfänglich gegen den Rekursgegner 2 aufgekommene Verdacht, die Skulptur im Wissen um deren Fälschung in betrügerischer Absicht in Umlauf gebracht zu haben, habe sich im Laufe der Untersuchung nicht erhärtet (Urk. 6/3/12 = Urk. 7).

Mit Eingabe vom 9. Mai 2003 liess der Rekursgegner 2 durch seinen Verteidiger gemäss Dispositiv-Ziffer 6 Abs. 3 der Einstellungsverfügung beim Einzelrichter in Strafsachen des Bezirkes Zürich das Begehren um gerichtliche Beurteilung der angeordneten Einziehung der Skulptur stellen (Urk. 6/1). Der Einzelrichter wies mit Verfügung vom 19. August 2003 das Gesuch um Herausgabe ab und bestimmte, dass die im Kunsthaus Zürich befindliche Skulptur definitiv eingezogen und dem Kriminalmuseum der Kantonspolizei Zürich überlassen werde. Die Kosten des gerichtlichen Beurteilungsverfahrens wurden dem Rekursgegner 2 auferlegt (Urk. 6/4 = Urk. 5).

Mit Eingabe vom 16. Oktober 2003 gelangten S. und M. (nachfolgend als Rekurrenten 1 und 2 bezeichnet) an den Einzelrichter (Urk. 1), welcher die Eingabe samt Beilagen (Urk. 2-3) in der Folge als Rekurs an die Kammer übermittelte. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich (nunmehr: Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich) und die Vorinstanz verzichteten am 23. bzw. 26. April 2004 auf eine Vernehmlassung zum Rekurs (Urk. 9 und Urk. 12). Der Rekursgegner 2 liess die ihm angesetzte Frist zur freigestellten Beantwortung des Rekurses ungenutzt verstreichen (Urk. 10).

II.

1.a) Anlässlich seiner polizeilichen Befragung gab der Rekursgegner 2 folgende Schilderung zu Protokoll: Ein in Holland ansässiger Cousin habe ihn um die Jahreswende 2001/2002 angerufen und von einem im Kunsthandel tätigen Kollegen erzählt, der Werke von Alberto Giacometti anzubieten habe. Sein Cousin habe ihn angefragt, ob er in der Schweiz das Interesse an einer Giacometti-Skulptur etwas erkunden könnte. Er - der Rekursgegner 2 - habe zunächst verschiedene Galerien kontaktiert, wo man ihn aber jeweils nach Fotos und Unterla-

gen zur Skulptur gefragt habe. Einige Wochen später habe ihn der Kollege seines Cousins (ein gewisser "C. S."; gemeint der Rekurrent 1) selber angerufen und ihm später per E-Mail Unterlagen zukommen lassen. Im Juni oder Juli 2002 sei sein Cousin in Begleitung eines gewissen E. (gemeint der Rekurrent 2) nach St. Gallen gekommen. Letzterer habe ihm die Skulptur und Fotos (auch solche von weiteren Figuren) überbracht. Für die Aufbewahrung der Skulptur habe er zusammen mit dem Rekurrenten 2 bei der UBS in Herisau einen Safe gemietet und dafür eine Jahresmiete von Fr. 70.-- bezahlt. Für die Skulptur habe er kein Geld bezahlt. Er habe sich bei den Anbietern der Skulptur in Holland wiederholt darüber vergewissert, ob die Skulptur "sauber" sei. Es sei ihm immer gesagt worden, dass mit der Skulptur alles in Ordnung sei. Da er selber nicht habe beurteilen können, ob es sich um eine echte Giacometti-Skulptur handle, habe er sich an das Kunsthaus Zürich gewandt. Dr. K. habe aber bereits anlässlich der ersten telefonischen Kontaktnahme von Fälschungen gesprochen. Er - der Rekursgegner 2 - habe das Gefühl, dass K. eine voreilige Meinung gefasst habe. Auch habe K. später aufgrund der Fotos die Meinung geäußert, es handle sich um Fälschungen. Er habe sich gefragt, wie K. schon zu diesem Zeitpunkt zu einem negativen Urteil habe kommen können. Die schriftliche Expertise K.s könne er als Laie lediglich zur Kenntnis nehmen. Er verlange aus den genannten Gründen allerdings eine Begutachtung durch einen weiteren Experten. Auf die Frage, ob er mit dem Anbieter einen Vertrag abgeschlossen habe, in welchem die finanzielle Beteiligung bei einem allfälligen Verkauf der Skulptur geregelt worden sei, antwortete der Rekursgegner 2, es sei nichts Schriftliches festgelegt worden; es habe sich um eine Vertrauenssache gehandelt (Urk. 6/3/6).

b) Im Verlaufe der Untersuchung holte der ermittelnde Beamte der Kantonspolizei Zürich unter anderem über die beiden Rekurrenten via Interpol Auskünfte ein und nahm offenbar zu diesen auch Kontakt auf (Urk. 6/3/7/1-4). Der Rekursgegner 2 liess dem Polizeibeamten mit Fax-Schreiben vom 7. Februar 2003 (Urk. 6/7/5) eine schriftliche Erklärung des Rekurrenten 1 vom 16. Januar 2003 zukommen, in welcher sich dieser zur Herkunft der fraglichen Giacometti-Skulptur äusserte. Danach soll die Skulptur ursprünglich von Paris gekommen sein, wo sie ein gewisser A., ein bekannter Smaragdhändler und Kunstsammler

aus B., in den frühen Neunzigerjahren nebst weiteren Skulpturen Giacomettis erhalten habe. Nach dessen Tod habe sich seine Familie an ihn - den Rekurrenten 1 - für einen eventuellen Verkauf einiger Stücke gewandt. Ein Teil der Sammlung sei von einem gewissen D., einem bekannten Politiker [gemeint offenbar R. D.,], gekommen, der die Erbschaft Giacomettis betreut habe. Abschliessend bekräftigte der Rekurrent 1 seine Auffassung, wonach es sich bei der fraglichen Giacometti-Skulptur um ein Original handle, was auch von L. F. [gemeint ist allenfalls P.]; vgl. Urk. 6/7/7], welcher er ein anderes Stück in der Fondation Giacometti gezeigt habe, nicht in Frage gestellt worden sei (Urk. 6/7/5 im Anhang).

c) In seinem nach Einstellung der Untersuchung bezüglich der damit einhergehenden Einziehung der Skulptur gestellten Begehren um gerichtliche Beurteilung liess der Rekursgegner 2 durch seinen damaligen Verteidiger "um Ansetzung einer angemessenen Frist für die Begründung der bereits im Verlauf des Strafverfahrens auch seitens der Herren M. und S. erhobenen Ansprüche (nebst Herrn R.) insbesondere direkt an Herrn M." ersuchen. Ausserdem wurde festgehalten, dass "die an der Figur vor allem Eigentum geltend machenden Personen" nach wie vor eine zweite Expertise als unabdingbar erachteten (Urk. 6/1).

2.a) Die Vorinstanz wies im angefochtenen Entscheid zunächst auf den Gesetzeswortlaut des Art. 58 StGB hin und hielt sodann fest, damit ein Gegenstand eingezogen werden könne, müsse ein Bezug zu einer Straftat nachgewiesen sein. Nicht vorausgesetzt sei aber, dass der objektive Tatbestand derselben erfüllt sei (unter Hinweis auf Stefan Trechsel, Schweiz. Strafgesetzbuch, Kurzkomentar, 2.A., Zürich 1997, N 6 zu Art. 58 StGB). Dies heisse folglich nichts anderes, als dass die Einziehung einer zur Begehung einer Straftat bestimmten oder aus einem strafbaren Verhalten hervorgebrachten Sache auch im Falle der Einstellung des Verfahrens mangels rechtsgenügend nachweisbaren strafbaren Verhaltens möglich sei.

Sodann befasste sich die Vorinstanz mit dem von Dr. K. erstellten Gutachten, welcher die Skulptur klar als Fälschung qualifiziere, und gelangte zur Feststellung, dass bei dieser Sachlage demnach erhebliche Zweifel an der Echtheit

der Skulptur bestünden, weshalb die durch die Untersuchungsbehörde erfolgte Einziehung zu Recht erfolgt sei. Eine zweite Expertise, wie sie vom Rekursgegner 2 beantragt werde, erweise sich angesichts der klaren und nachvollziehbaren Schlussfolgerungen im Gutachten K. als unnötig. Das Gesuch um Herausgabe sei aus diesem Grunde abzuweisen und die Skulptur definitiv einzuziehen. Im Hinblick auf den erwähnten vom Rechtsvertreter des Rekursgegners 2 gestellten prozessualen Antrag führte die Vorinstanz schliesslich noch aus, da Gegenstand des vorliegenden Verfahrens lediglich die Herausgabe der eingezogenen Skulptur, nicht aber (zivilrechtliche) Ansprüche der Gesuchstellerin (recte: des Gesuchstellers, d.h. des Rekursgegners 2) und weiterer Personen sei, erübrige es sich, diesbezüglich Frist zur Begründung dieser Ansprüche anzusetzen (Urk. 5 S. 2-4).

b) In der von beiden Rekurrenten unterzeichneten Rekurschrift vom 16. Oktober 2003 machte der Rekurrent 1 geltend, er sei zusammen mit dem Rekurrenten 2 Eigentümer der vom Rekursgegner 2 Dr. K. vom Kunsthaus zur Beurteilung vorgelegten Skulptur. Sodann teilte der Rekurrent 1 mit, vor einigen Tagen habe ihn der Rekurrent 2 kontaktiert und ihm die einzelrichterliche Verfügung vom 19. August 2003, mit welcher die Skulptur definitiv eingezogen worden sei, gezeigt. Im Weiteren wies er darauf hin, dass der Rekurrent 2 über das Gerichtsverfahren nie informiert worden sei, hingegen der Rekursgegner 2, was allerdings nicht das Problem sei; dass aber der Rekursgegner 2 mit der Skulptur nichts zu tun gehabt habe, wie sich dem per Einschreiben gesandten Brief des Rekurrenten 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

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 Rekursschrift bezeichnen sich die Rekurrenten 1

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-

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

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 Drittansprüche 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

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. Öffentlichrechtlichen 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-

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 reformativ, 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-

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 (Delikt-konnex; 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*

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

liegt, Gegenstände einzuziehen 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

versehene Gutachten von Dr. K., welcher mehrere Fälschungsmerkmale beschrieb 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 bedeutenden Bestand an Werken Giacomettis auf. Dr. K. ist als Leiter der Sammlung und ausgewiesener Kenner von Giacomettis Werken als Experte prädestiniert. 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 Werken 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 Prozessbeteiligten, sind an der Richtigkeit der gutachterlichen Feststellungen von Dr. K. keinerlei Zweifel angebracht.

Sollte sich die Einziehung der Skulptur auf die erwähnte Variante, nach welcher der Gegenstand durch eine strafbare Handlung hervorgebracht wurde, stützen, 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 auszugehen. 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 beispielsweise 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

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 behandelte deliktische Konnex eines Gegenstandes genügt noch nicht, um diesen einzuziehen. 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 Berücksichtigung der gesamten Umstände ergibt, dass eine künftige Gefährdung als wahrscheinlich 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 Rechtsordnung 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 Gefahr als vernachlässigbar erscheint oder der Besitz des Gegenstandes beim Betroffenen 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.

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 Entscheid Rechnung zu tragen haben.

III.

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.

Demnach beschliesst das Gericht:

Kapitel 1 In Gutheissung des Rekurses der Rekurrenten 1 und 2 wird die Verfügung des Einzelrichters in Strafsachen des Bezirkes Zürich vom 19. August 2003 aufgehoben und die Sache wird zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Kapitel 2 Die Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz; die weiteren Kosten des Rekursverfahrens werden auf die Staatskasse genommen.

Kapitel 3 Es werden keine Umtriebsentschädigungen zugesprochen.

Kapitel 4 Schriftliche Mitteilung an:

die Rekurrenten 1 und 2 (je auf dem Rechtshilfeweg)

die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich

den Rekursgegner 2

die Vorinstanz (unter Rücksendung ihrer Akten)

das Kunsthaus Zürich, Direktion, z.Hd. Dr. K.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

III. Strafkammer

Der juristische Sekretär:

lic. iur. H.-R. Bühlmann

Anonymisiert am:

von:

(lic. iur. H.-R. Bühlmann)