



Geschäfts-Nr. UK060171/U/but

III. Strafkammer

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. K. Balmer, Vorsitzender, lic. iur. P. Marti und lic. iur. M. Burger sowie der juristische Sekretär lic. iur. H.R. Bühlmann

Beschluss vom 11. September 2007

in Sachen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland

Rekurrentin

gegen

Z.

Rekursgegner

betreffend **Ersatzforderung**

Rekurs gegen den Beschluss zum Urteil der II. Abteilung des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 2. März 2006, DG050034

Das Gericht erwägt:

I.

Das Bezirksgericht Dielsdorf sprach Z. (nachfolgend als Rekursgegner bezeichnet) mit Urteil vom 2. März 2006 des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1 und Abs. 4 BetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG schuldig. Vom Vorwurf der ebenfalls eingeklagten groben Verletzung der Verkehrsregeln wurde er freigesprochen. Er wurde mit 14 Monaten Gefängnis bestraft, wovon ein Tag durch Untersuchungshaft erstanden war. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren aufgeschoben. Mit Beschluss vom gleichen Tage zog das Bezirksgericht die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 8. November 2004 beim Rekursgegner beschlagnahmten Gegenstände (73 Pflanzlampen, 6 Ventilatoren, 3 Abluftgeräte mit je 2 Filtern, 3 Wasserpumpen und 1 Tauchpumpe mit Wasserauffangbecken) ein und überliess diese der Kantonspolizei zur gut scheinenden Verwendung oder Vernichtung. Von der Verpflichtung des Rekursgegners zur Zahlung einer Ersatzforderung im Sinne von Art. 59 Ziff. 2 [a]StGB wurde abgesehen (Urk. 5/22 = Urk. 2).

Gegen den letzterwähnten Beschluss richtet sich der vorliegende rechtzeitig eingereichte Rekurs der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland, mit welchem beantragt wird, es sei der Rekursgegner zur Zahlung einer Ersatzforderung für nicht mehr vorhandene, der Einziehung unterliegende Vermögenswerte im Sinne von Art. 59 Ziff. 2 Abs. 1 [a]StGB im Betrag von Fr. 20'000.-- zu verpflichten, unter Kostenfolge zu Lasten des Rekursgegners (Urk. 1 S. 1).

Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung zur Rekurschrift (Urk. 7). Der Rekursgegner liess durch seinen Verteidiger mitteilen, dass auf eine Beantwortung des Rekurses verzichtet werde (vgl. Urk. 8-10).

II.

1. Gemäss vorinstanzlichem Urteil errichtete und betrieb der Rekursgegner in der Zeitspanne vom 1. Oktober 2002 bis zur am 6. Oktober 2004 erfolgten Verhaftung und Hausdurchsuchung in den Räumlichkeiten eines Sägereigebäudes in X., die er für monatlich Fr. 4'000.-- (zuzüglich Wasser- und Stromkosten) mietete, eine Indoor-Hanfplantage, die er stetig ausbaute und vergrösserte. Er investierte insgesamt Geldmittel von ca. Fr. 60'000.-- bis Fr. 70'000.--, die er fortlaufend aus den Nettoerträgen seiner Hanfplantage erwirtschaftete und reinvestierte, in den Betrieb und Aufbau der Produktion. Er erbrachte während dieser zwei Jahre mit durchschnittlich ca. 34 Wochenstunden rund 80% eines üblichen Arbeitspensums. Während dem der Verhaftung und Hausdurchsuchung vorausgegangenem Jahr konnte der Rekursgegner aus den erwirtschafteten Nettoerträgen der Plantage (aus drei profitablen der insgesamt fünf Ernten) nebst der reinvestierten Mittel zusätzlich ca. Fr. 3'000 bis Fr. 4'000.-- pro Monat für den eigenen Unterhalt beziehen. Der Rekursgegner verkaufte die in fünf Malen geernteten, getrockneten und aufbereiteten Hanfblüten an unbekannte Abnehmer zu Fr. 4'000.-- pro Kilogramm (Urk. 2, Anklageschrift im Anhang S. 2 f.; Urk. 1 S. 2).

2. Die Vorinstanz begründete ihren Entscheid, wonach von einer Ersatzforderung abzusehen sei, im Wesentlichen damit, dass einerseits für den Rekursgegner aus der deliktischen Tätigkeit nur ein geringfügiger unrechtmässiger Vorteil resultiert habe und andererseits jegliche Ersatzforderung seine Wiedereingliederung ernstlich behindern würde (Urk. 2 S. 15-19 Erw. 6.2). Auf die Entscheidungserwägungen im Einzelnen wird im Rahmen der Behandlung der Rekursvorbringen nachfolgend einzugehen sein.

Die Staatsanwaltschaft dagegen gelangte in ihrer Rekurschrift unter Berücksichtigung der von ihr als massgeblich betrachteten Faktoren und in Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen zur Feststellung, dass gemäss dem zur Anwendung gelangenden Bruttoprinzip grundsätzlich auf eine Ersatzforderung in der Höhe von Fr. 228'000.-- zu erkennen wäre. Mit der Einziehung von vergleichsweise bescheidenen Fr. 20'000.--, d.h. eines Betrages weit

unter 10% des erwirtschafteten Erlöses, werde dem Gedanken der Resozialisierung und den persönlichen Verhältnissen des Rekursgegners angemessen Rechnung getragen (Urk. 1 S. 2 f.).

3. Gemäss Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 aStGB (in der im Zeitpunkt des angefochtenen Beschlusses geltenden Fassung) verfügte der Richter unter anderem die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine strafbare Handlung erlangt worden waren. Waren die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden, so erkannte der Richter auf eine Ersatzforderung des Staates in gleicher Höhe (Art. 59 Ziff. 2 Abs. 1 aStGB). Der Richter konnte von einer Ersatzforderung ganz oder teilweise absehen, wenn diese voraussichtlich uneinbringlich wäre oder die Wiedereingliederung des Betroffenen ernstlich behindern würde (Art. 59 Ziff. 2 Abs. 2 aStGB). Auf den 1. Januar 2007 ist der revidierte Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches in Kraft getreten. Die altrechtlichen Bestimmungen über die Einziehung (Art. 58 und 59 aStGB) finden sich in den neuen Art. 69-72 StGB wieder, wobei - mit Ausnahme einer vorliegend nicht weiter interessierenden Änderung - lediglich sprachliche Modifikationen, indes keine inhaltlichen Änderungen vorgenommen wurden (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 21. September 1998, BBl. 1999 S. 2107). Die übergangsrechtliche Frage, ob auf den vorliegenden Fall die bisherige Regelung oder nunmehr das neue Recht zur Anwendung gelangen soll, erweist sich unter diesen Umständen als bedeutungslos.

Hinsichtlich der gesetzlichen Grundlagen, Lehrmeinungen und der höchstgerichtlichen Rechtsprechung kann an dieser Stelle zunächst in Anwendung von § 161 GVG auf die grundsätzlich zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 2 S. 15 f. Erw. 6.2.1, S. 17 Erw. 6.2.3).

4.a) In der Rekurschrift wird geltend gemacht, weder die Untersuchungsbehörde noch das Gericht hätten sich im Detail damit auseinandergesetzt, welchen Ertrag der Rekursgegner in etwa aus der illegalen Betäubungsmittelproduktion gewonnen habe (Urk. 1 S. 2 Ziff. 3). Tatsächlich listete die Vorinstanz die ihrer Ansicht nach massgeblichen Faktoren zwar auf und hielt auch fest, aus diesen liesse sich eine Ersatzforderung ohne Weiteres errechnen, erwog sodann aber, dies dränge sich vorliegend in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips

nicht auf, da der effektive Vorteil, den der Rekursgegner aufgrund seiner Tätigkeit erlangt habe, geringfügig gewesen sei (Urk. S. 17/18).

Wie den Angaben im angefochtenen Entscheid zu entnehmen ist, erreichte der Rekursgegner mit den letzten drei der insgesamt fünf Ernten durch den Verkauf ein profitables Resultat. Nach Abzug der Ausgaben für die Raummiete in der Höhe von Fr. 4'000.-- pro Monat, dem Materialaufwand, den Stromkosten etc. sowie den reinvestierten Beträgen, welche sich über den gesamten Zeitraum von zwei Jahren auf insgesamt Fr. 60'000.-- bis Fr. 70'000.-- beliefen, konnte er sich - wie bereits erwähnt - im letzten Jahr vor der Hausdurchsuchung und Verhaftung monatlich Fr. 3'000.-- bis Fr. 4'000.-- an den Lebensunterhalt ausbezahlen (Urk. 2 S. 17). Die Staatsanwaltschaft errechnet daraus den vorstehend erwähnten Umsatz bzw. Bruttoerlös von total Fr. 228'000.-- bis Fr. 262'000.--. Sie übersieht bei ihrer Berechnung allerdings, dass gemäss den unwiderlegten Angaben des Rekursgegners der für den Lebensunterhalt vorgenommene monatliche Bezug nicht für die ganze Dauer des deliktischen Handelns von zwei Jahren, sondern eben nur für das zweite Jahr in die Berechnung einzubeziehen ist. Damit ergäbe sich ein entsprechend reduzierter Bruttoerlös von Fr. 192'000.-- bis Fr. 214'000.--.

Unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung vertritt die Staatsanwaltschaft die Ansicht, dass ein unrechtmässig erlangter Vermögensvorteil grundsätzlich nach dem Bruttoprinzip einzuziehen und - wenn die unrechtmässig erlangten Mittel nicht mehr vorhanden seien - auf eine Ersatzforderung in entsprechender Höhe zu erkennen sei. Dies deshalb, weil nach dem Grundsatz, dass sich Verbrechen nicht lohnen dürfe, derjenige, der Deliktserlös verbraucht habe, nicht besser fahren solle, als derjenige, dem er nicht mehr abgenommen werden könne (Urk. 1 S. 2 Ziff. 4). Damit wollte wohl richtigerweise ausgedrückt werden: wer sich der Vermögenswerte entledigt habe, solle nicht besser fahren als derjenige, der sie behalten habe (vgl. bspw. Florian Baumann, in: Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Basel 2003, N 53 zu Art. 59 [a]StGB).

b) Es war von jeher umstritten, ob bei der Einziehung deliktisch erlangter Vermögenswerte bzw. bei der Berechnung der Ersatzforderung, der gesamte, dem Betroffenen zugeflossene Vermögenswert ohne Berücksichtigung der dafür

getätigten Aufwendungen einzuziehen bzw. die Ersatzforderung im entsprechenden Betrag festzusetzen sei (sog. Bruttoprinzip) oder ob lediglich der nach Abzug der Aufwendungen verbleibende Betrag einzuziehen bzw. als Ersatzforderung festzusetzen sei (sog. Nettoprinzip). Weder Art. 59 aStGB noch Art. 70-71 StGB äussern sich zu dieser Frage (vgl. hierzu statt vieler: Florian Baumann, a.a.O., N 32 f. zu Art. 59 [a]StGB sowie Niklaus Schmid, in: Kommentar Einziehung/Organisiertes Verbrechen/Geldwäscherei, Band I, Zürich 1998, N 55 ff. zu Art. 59 [a]StGB; zum neuen, inhaltlich unveränderten Recht: Günter Stratenwerth, Schweiz. Strafrecht, AT I, Strafen und Massnahmen, 2.A., Bern 2006, § 13 N 110 ff.). Im wegleitenden Entscheid BGE 124 I 6 ff. erachtete das Bundesgericht die Festsetzung einer Ersatzforderung nach dem Bruttoprinzip im konkreten Fall als verfassungswidrig. Das Bundesgericht verwies auf seine frühere Praxis, wonach bei der Einziehung keine Anhaltspunkte dafür bestünden, dass die Gestehungskosten abgezogen werden könnten. Die Anordnung einer Ersatzforderung wolle den Straftäter, der die an sich einzuziehenden Gegenstände nicht mehr besitze, mit demjenigen gleichstellen, der sie noch habe. Es widerspräche daher der ratio legis, wenn bei der Berechnung der Ersatzforderung die Gestehungskosten in Abzug gebracht werden könnten. Aus diesen Gründen sei bei Bemessung der Ersatzforderung grundsätzlich vom Bruttoprinzip auszugehen. Dabei gelte es aber immerhin das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten. Insbesondere sei die Ersatzforderung zu reduzieren, soweit die Wiedereingliederung des Betroffenen gefährdet erscheine oder die Forderung zum vornherein uneinbringlich sei, wobei diese Reduktionsmöglichkeiten [seit der Gesetzesrevision vom 18. März 1994] in Art. 59 Ziff. 2 Abs. 2 [a]StGB verankert seien [nunmehr Art. 71 Abs. 2 StGB]. Diese Rechtsprechung - so das Bundesgericht weiter - sei in der Doktrin hinsichtlich der Anwendung des Bruttoprinzips teilweise auf Kritik, teilweise auf Zustimmung gestossen. Nach der Rechtsprechung gelte ganz allgemein, dass die Einziehung dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit verpflichtet sei. Was insofern für die Einziehung gelte, habe auch für die Ersatzforderung Gültigkeit. Die Ersatzforderung müsse sich daher als verhältnismässig erweisen und die Einbringlichkeit wie auch die Wiedereingliederung berücksichtigen. Der Verhältnismässigkeit sei allgemein Rechnung zu tragen, selbst wenn im konkreten Fall die spezifischen Gründe von

Art. 59 Ziff. 2 Abs. 2 [a]StGB nicht gegeben seien. Die Verhältnismässigkeit der Ersatzforderung erlaube es daher auch in solchen Fällen, vom reinen Bruttoprinzip abzuweichen (BGE 124 I 8-10 Erw. 4b).

Ausgehend von diesem Präjudiz rät Florian Baumann (a.a.O., N 33 zu Art. 59 [a]StGB) von jeglichem Schematismus betreffend die Netto/Bruttoproblematik ab. Vielmehr habe der Einziehungsrichter in jedem Einzelfall unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände eine Wertung vorzunehmen und zu prüfen, ob und inwieweit der gesamte Bruttoerlös der strafbaren Handlung zugerechnet werden könne und inwieweit die Abschöpfung in diesem Umfange vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip standhalte (zustimmend Schwarzenegger/Hug/Jositsch, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 8.A., Zürich 2007, S. 209). Markus Hug vertritt die Ansicht, das Bundesgericht sei offenbar der Auffassung, dass die erwähnte Problematik angesichts der Reduktionsmöglichkeiten in Art. 71 Abs. 2 StGB an Tragweite verloren habe (in: Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, StGB, Kommentar, Zürich 2006, S. 162). Günter Stratenwerth nimmt Bezug auf die in der neueren Doktrin vorgenommenen Differenzierungen, bei denen es in der Sache gar nicht mehr um das eine oder andere Prinzip, sondern allein noch um die Frage gehe, welche Aufwendungen oder Gegenleistungen des Betroffenen bei der Konfiskation in Abzug zu bringen seien und welche nicht. Nehme man die Richtlinie, wonach sich strafbares Verhalten nicht lohnen solle, ernst - so seine Schlussfolgerung -, so sollte jedenfalls allein der Mehrwert einziehbar sein, den der Betroffene ohne die illegale Handlung nicht erhalten hätte, und dies sei sein Nettoverdienst (a.a.O., § 13 N 111 S. 390 f.; vgl. auch Stratenwerth/Wohlers, Schweiz. Strafgesetzbuch, Handkommentar, Bern 2007, N 12 zu Art. 70 StGB).

c) Auch die Staatsanwaltschaft verlangt mit ihrem Rekurs im vorliegenden Fall nicht die Berechnung und Festlegung der Ersatzforderung nach dem reinen Bruttoprinzip, was nach den obigen Faktoren zu einem Betrag von zumindest Fr. 192'000.-- führen würde, sondern sie trägt mit ihrem Antrag, es sei die Ersatzforderung auf Fr. 20'000.-- anzusetzen, was einem vergleichsweise bescheidenen Anteil entspreche, ausdrücklich auch dem Gedanken der Resozialisierung Rechnung. Ihrer Betrachtungsweise ist - jedenfalls im Grundsatz - zu folgen:

So wird geltend gemacht, die Vorinstanz erachte unter Erw. 6.2.3 der Urteilsbegründung die Darlegung des Rekursgegners, er habe schliesslich aus dem illegalen Erlös leben müssen, offenbar für berechtigt und finde, dieser habe - wohl darüber hinaus - nur einen geringfügigen unrechtmässigen Vorteil erwirtschaftet, weshalb jegliche Ersatzforderung seine Wiedereingliederung ernstlich behindern würde. Genau betrachtet solle nach der vorinstanzlichen Auffassung gerade jener belohnt werden, der jeglichen unrechtmässigen Vermögensvorteil bereits verbraucht habe, und die grundsätzliche Bezahlung des Lebensunterhaltes ohne Erhöhung des Lebensstandards sei sozusagen nicht zu beanstanden. Der Rekursgegner habe sich kein Luxusleben leisten und nicht einmal Neuanschaffungen tätigen können. So seien etwa die drei Fahrzeuge der Familie schon vorher angeschafft worden. Dabei sei aber unbeachtet geblieben, dass diese Fahrzeuge auch hätten unterhalten werden müssen. Die Vorinstanz schein noch zu bedauern, dass ein beträchtlicher Teil der investierten Gelder mit der Beschlagnahmung und Vernichtung der zur Ernte vorgesehenen 90 Kilogramm Hanfkraut und der eingezogenen Einrichtungsgegenstände bereits abgeschöpft sei, verkenne aber dabei, dass die Investitionen in das Hanfkraut und die Einrichtung bereits abgeschrieben und finanziert gewesen seien und mit dem Verkauf der Ernte und des Verkaufs der Einrichtungen zusätzlicher unrechtmässiger Vermögensvorteil erlangt worden wäre, der noch zusätzlich hätte abgeschöpft werden müssen (Urk. 1 S. 2 f. Ziff. 5).

Zwar kann den diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz beispielsweise nicht die Auffassung entnommen werden, die Tatsache, dass der Rekursgegner aus dem illegalen Erlös teilweise den Lebensunterhalt der Familie bestritt, rechtfertige keine entsprechende Ersatzforderung. Die Vorinstanz vertrat vielmehr die Auffassung, der effektive Vorteil, den der Rekursgegner aufgrund seiner deliktischen Tätigkeit erworben habe, sei derart geringfügig, dass sich die Errechnung einer Ersatzforderung - die nach ihrer Ansicht zumindest mit dem Nettoerlös korrespondieren würde (vgl. Urk. 2 S. 17 Erw. 6.2.3 1. Absatz) - aus Verhältnismässigkeitsgründen nicht aufdränge (a.a.O., S. 17/18). Unumstritten ist indessen die Tatsache, dass der Rekursgegner zumindest im zweiten Jahr seiner deliktischen Tätigkeit aus dem Nettoerlös monatlich einen Betrag von Fr. 3'000.-- bis Fr.

4'000.-- für die Bestreitung seines Lebensunterhaltes und desjenigen seiner Familie beziehen konnte. Ginge man aufgrund einer vereinfachten Berechnung im Sinne des Nettoprinzips von diesen Angaben aus, so ergäbe sich hieraus immerhin eine Ersatzforderung in einem Betrage zwischen Fr. 36'000.-- und Fr. 48'000.--. Jedenfalls kann unter diesen Umständen der vorinstanzlichen Feststellung, es habe für den Rekursgegner nur ein geringfügiger unrechtmässiger Vorteil aus seiner deliktischen Tätigkeit resultiert, zweifellos nicht beigepflichtet werden. An dieser Feststellung ist auch festzuhalten, wenn die Argumentation in Betracht gezogen wird, dass sich mit diesen zusätzlichen Einkünften kein Luxusleben führen liess und der Rekursgegner in ähnlichem Rahmen wie zuvor gelebt haben soll. Die Vorinstanz wies darauf hin, der Rekursgegner habe selbst eingeräumt, sein Lebensstandard bzw. derjenige der ganzen Familie habe sich "leicht erhöht" (Urk. 2 S. 18). Dem vorinstanzlichen Protokoll der Hauptverhandlung lässt sich entnehmen, dass er eine entsprechende Frage bejahte und ausführte, die Einnahmen hätten sich "schon auf den Lebensstandard ausgewirkt" bzw. die Lebensqualität sei "etwas besser" gewesen. Man habe hin und wieder einen Ausflug gemacht und auswärts gegessen (Urk. 5 Prot. S. 10 und 11). Der Umstand, dass der Rekursgegner nach eigenen Angaben aufgrund seiner Beschäftigung mit der Betäubungsmittelgewinnung nicht mehr viel Zeit übrig hatte, um weitere ins Gewicht fallende Einkünfte zu erzielen (...), oder - mit den Worten des Rekursgegners (Urk. 5 HD 10 S. 4) - dass angesichts der für die deliktische Tätigkeit aufgewendeten Arbeitsleistung von 34 Wochenstunden für ihn bloss soviel übrig blieb, wie er an einer schlecht bezahlten 80%-Stelle verdienen hätte, vermag ebenfalls nichts an der Richtigkeit obiger Feststellung zu ändern.

Nicht gefolgt werden kann allerdings den Rekursvorbringen bezüglich der Fahrzeuge. Unumstritten ist der Umstand, dass diese lange vor der deliktischen Tätigkeit angeschafft worden waren. Dass diese Unterhaltskosten verursachten, versteht sich von selbst, jedoch kann in diesem Zusammenhang nicht ein zusätzlicher deliktischer Vermögensvorteil konstruiert werden, da von dem vom Rekursgegner eingestandenen und unwiderlegten Betrag auszugehen ist, den er im zweiten Deliktsjahr für den Lebensunterhalt beziehen konnte. Zu diesem Lebensunterhalt zählte natürlich unter anderem auch der Unterhalt der Fahrzeuge.

Bezüglich der vorstehend wiedergegebenen Ausführungen in der Rekurschrift zu den vorinstanzlichen Erwägungen im Zusammenhang mit der Beschlagnahme und Vernichtung der letzten Hanfernte und der Einrichtungsgegenstände ist Folgendes festzuhalten: Zum einen handelt es sich hierbei primär nicht um eine Frage der Ersatzforderung, sondern - da sich diese 90 Kilogramm Hanfkraut und Gegenstände im Zeitpunkt der Hausdurchsuchung noch im Besitz des Rekursgegners befanden - um eine solche der Sicherungseinziehung nach Art. 58 aStGB bzw. Art. 69 StGB. Wenn die Vorinstanz an anderer Stelle erwägt, auf eine Ersatzforderung zu erkennen, käme vorliegend einer zusätzlichen Strafe gleich und nicht einem mit dieser Massnahme bezweckten Ausgleich, welchem mit der Sicherstellung und Vernichtung der beim Rekursgegner vorhanden gewesenen 90 Kilogramm Hanfkraut sowie der Einziehung der beschlagnahmten Gegenstände Genüge getan werde, so ist dem entgegenzuhalten, dass diese gestützt auf Art. 58 StGB unumgängliche Sicherungseinziehung der Betäubungsmittel und der zu ihrer Herstellung verwendeten Gegenstände im Zusammenhang mit der Frage einer allfälligen Ersatzforderung bezüglich nicht mehr vorhandener Vermögenswerte keine massgebliche Rolle zu spielen vermag. Zum andern ist der Vorinstanz insofern beizupflichten, als durchaus davon ausgegangen werden kann, dass mit dieser Einziehung ein Teil der (re-)investierten Gelder abgeschöpft wurde, wurden doch damit unter anderem die zum Betrieb der Plantage notwendigen und mit den deliktisch erworbenen Geldmitteln angeschafften Gegenstände eingezogen. Ob diese nach nur zwei Jahren als bereits "abgeschrieben" zu gelten hätten, braucht nicht näher untersucht zu werden, geht doch die Staatsanwaltschaft selbst davon aus, dass deren Verkauf einen zusätzlichen Vermögensvorteil erbracht hätte. Losgelöst von diesen Überlegungen bleibt es jedoch ohnehin dabei, dass gemäss den vorstehenden Ausführungen - entgegen der vorinstanzlichen Auffassung - von einem nicht unerheblichen Deliktserlös auszugehen ist, der sich in den vom Rekursgegner bezogenen Geldern zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes niederschlug.

d) Die Staatsanwaltschaft rügt sodann, die Vorinstanz setze sich einlässlich mit den gegenwärtigen wirtschaftlichen Verhältnissen des Rekursgegners auseinander und lege ihren Überlegungen einzig diese gegenwärtige Situation zu Grun-

de. Sie gehe davon aus, die Ersatzforderung müsse jetzt und gerade jetzt bezahlt werden. Damit verkenne sie, dass bei der Bemessung der Ersatzforderung nicht so sehr auf die wirtschaftlichen Möglichkeiten im aktuellen Zeitpunkt abzustellen sei, denn es könne ja nicht sein, dass nur Angespertes als Ersatzforderung eingezogen werde. Gehe man von der aktuellen Situation aus, ergäbe sich eine völlig falsche Botschaft, wonach sich Verbrechen doch lohnten. In diesem Zusammenhang wird in der Rekurschrift erneut auf den Betrieb der drei Fahrzeuge Bezug genommen, für deren Einsatz keine wirtschaftlich notwendige Verwendung geltend gemacht werde. Wie bescheiden der Betrag einer Ersatzforderung von Fr. 20'000.-- auch für den Rekursgegner sei, zeige sich mit Blick auf seine persönlichen Verhältnisse, wenn er monatlich Fr. 500.-- an die Staatskasse abliefern würde, sei dies doch etwa der Betrag, den er monatlich für eines der drei Familienfahrzeuge ausgeben müsse. Auch übergehe die Vorinstanz bei der Festsetzung der Ersatzforderung einen Vermögenszuwachs von Fr. 7'000.--, welcher während der zwei Jahre habe angespart werden können (Urk. 1 S. 3).

Es trifft zu, dass sich die Vorinstanz eingehend mit der im Zeitpunkt ihres Entscheides gegebenen wirtschaftlichen Situation befasste, was denn auch nicht zu beanstanden ist, sondern gegenteils durchaus angezeigt war. Der Entscheid über einen allfälligen Verzicht auf Ersatzforderung bzw. deren Reduktion setzt eine umfassende Beurteilung der gesamten Lebensverhältnisse des Betroffenen, insbesondere der finanziellen Lage, voraus (Schmid, in: Kommentar Einziehung etc., a.a.O., N 122 zu Art. 59 [a]StGB). Die Vorinstanz richtete im Zusammenhang mit der Frage, inwieweit eine Ersatzforderung eine Wiedereingliederung des Rekursgegners gefährden würde, ihr Augenmerk - soweit möglich - aber auch auf die zukünftig zu erwartende Situation, indem sie insbesondere die gesundheitlichen Schwierigkeiten der Ehefrau des Rekursgegners und die damit verbundenen zukünftigen finanziellen Auswirkungen in Betracht zog.

[Nähere Darstellung der persönlichen und insbesondere finanziellen Verhältnisse]

Was die Ausführungen in der Rekurschrift bezüglich des Vermögenszuwachs beim Sparguthaben betrifft, so ist darauf hinzuweisen, dass sich gemäss

vorinstanzlicher Feststellung das Vermögen nur zwischenzeitlich, d.h. im Jahre 2003, um den erwähnten Betrag erhöhte und anschliessend wieder auf den vorherigen Stand absank (vgl. Urk. 5 HD 19 S. 3). Inwiefern sich im Zusammenhang mit den von der Staatsanwaltschaft erneut erwähnten Fahrzeugen (eines davon fährt allerdings der erwähnte Sohn) bzw. deren Unterhaltskosten ein dem Rekursgegner anzurechnender unnötiger Aufwand ergibt, lässt sich aufgrund der Akten nicht abschliessend sagen. Ohnehin ist aufgrund der geschilderten Verhältnisse durchaus davon auszugehen, dass es dem Rekursgegner zuzumuten ist, eine - nachfolgend noch betragsmässig festzulegende - Ersatzforderung zu tilgen, ohne dass eine Gefährdung bzw. ernstliche Behinderung seiner weiteren sozialen Integration zu befürchten ist.

Beizupflichten ist der Staatsanwaltschaft darin, dass bei der Festsetzung einer Ersatzforderung die Möglichkeit einzubeziehen ist, dass der Betroffene den fraglichen Geldbetrag nicht unverzüglich und in einem Zug aufzubringen hat. So kann bereits der Richter oder alsdann die Vollzugsbehörde prüfen, ob durch ein Entgegenkommen in Form von Zahlungserleichterungen (Ratenzahlungen) oder eines Zahlungsaufschubs das anvisierte Ziel, die Wiedereingliederung nicht über Gebühr zu behindern, erreicht werden könnte (Schmid, in: Kommentar Einziehung etc., a.a.O., N 122 zu Art. 59 [a]StGB; Stefan Trechsel, Schweiz. Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2.A., Zürich 1997, N 11 zu Art. 59 [a]StGB; vgl. zur Bundesgerichtspraxis BGE 106 IV 10 f., 105 IV 21 ff.; Pra 74 Nr. 112).

In Anbetracht der vorstehend kurz zusammengefassten persönlichen und insbesondere finanziellen Verhältnisse des Rekursgegners, welche letztere sich insgesamt doch in recht bescheidenem Rahmen bewegen, wie auch im Hinblick auf die durch die gesundheitliche Beeinträchtigung seiner Ehefrau bestehende Ungewissheit über die weitere Entwicklung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse und die ihn treffenden familiären Unterstützungspflichten erscheint die Festsetzung einer Ersatzforderung in der Höhe von Fr. 10'000.-- (statt des von der Anklagebehörde beantragten doppelten Betrags) als angemessen. Mit diesem Betrag kann sowohl der Leistungsfähigkeit des Rekursgegners als auch dem repräsentativen Charakter der Massnahme hinreichend Rechnung getragen werden. Im

Rahmen der Vollstreckung dieser Ersatzforderung wird es der Vollzugsbehörde überlassen sein, den Rekursgegner auf entsprechendes Ersuchen hin und in Berücksichtigung der dannzumal gegebenen Umstände in den Genuss der vorstehend erwähnten Zahlungserleichterungen kommen zu lassen (Schmid, in: Kommentar Einziehung etc., a.a.O., N 179 zu Art. 59 [a]StGB).

5. Dies führt in teilweiser Guttheissung des Rekurses und in Aufhebung bzw. Abänderung von Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Beschlusses zur Verpflichtung des Rekursgegners, dem Staat als Ersatz für nicht mehr vorhandenen, widerrechtlich erlangten Vermögensvorteil Fr. 10'000.-- zu bezahlen.

III.

Die Auflage der Kosten und die Zusprechung einer Entschädigung im Rechtsmittelverfahren erfolgen in der Regel im Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen der Verfahrensbeteiligten. Von dieser Regel kann in begründeten Fällen abgewichen werden, namentlich wenn sich eine Partei in guten Treuen zu ihren Anträgen veranlasst sah (§ 396a StPO).

Der Rekursgegner liess im Hinblick auf die von der Staatsanwaltschaft geforderte Festsetzung einer Ersatzforderung von Fr. 20'000.-- vor Vorinstanz beantragen, es sei von jeglicher, mithin auch einer reduzierten Ersatzforderung abzusehen (Urk. 2 S. 2 f.), welchem Antrag die Vorinstanz mit dem angefochtenen Entscheid folgte. Da sich der Rekursgegner im Rekursverfahren ausdrücklich eines Antrages enthielt und auf eine Beantwortung der Rekurschrift verzichtete, rechtfertigt sich eine Auflage der Verfahrenskosten nicht. Diese sind vielmehr auf die Staatskasse zu nehmen. Eine (reduzierte) Prozessentschädigung ist dem Rekursgegner indessen folgerichtig auch nicht zuzusprechen.

Demnach beschliesst das Gericht:

1. In teilweiser Gutheissung des Rekurses wird Dispositiv-Ziffer 2 des Beschlusses zum Urteil des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 2. März 2006 aufgehoben und wie folgt neu gefasst:

"2. Der Angeklagte wird verpflichtet, dem Staat als Ersatz für nicht mehr vorhandenen, widerrechtlich erlangten Vermögensvorteil Fr. 10'000.-- zu bezahlen."

2. Die Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz; die weiteren Kosten werden auf die Staatskasse genommen.
3. Es wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an:
 - die Rekursparteien
 - die Vorinstanz (unter Rücksendung ihrer Akten)

5. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

III. Strafkammer

Der juristische Sekretär:

lic. iur. H.R. Bühlmann

Anonymisiert am 24. September 2007 durch:

(lic. iur. H.R. Bühlmann)