

II.

6. Zulässigkeit des Rekurses

6.1. Der Einzelrichter hat über eine Einsprache gegen einen Strafbefehl entschieden, wobei nicht der Strafbefehl als Ganzes Gegenstand seines Verfahrens war, sondern allein die von der Drittsprecherin beanstandete Freigaberegelung. Gegen seinen Nichteintretensentscheid ist nach Auffassung des Einzelrichters der Rekurs gegeben.

6.2. Die Rekurrentin macht dagegen geltend, nach § 323a StPO seien Einzelrichterentscheide endgültig, wenn sich die Einsprache gegen einen Strafbefehl nur auf die Kosten und Entschädigungen beziehe. Dazu gehörten nach unumstrittener Lehre und Rechtsprechung auch die Einziehung bzw. Freigabe beschlagnahmter Gegenstände und Vermögenswerte. Der angefochtene Entscheid betreffe die Freigabe beschlagnahmter Gelder. Mit ihm liege daher ein endgültiger Einzelrichterentscheid gemäss § 323a StPO über die Einziehung bzw. Freigabe beschlagnahmter Gegenstände und Vermögenswerte vor. „Endgültigkeit“ der angefochtenen Verfügung bedeute, dass hiergegen weder eine Berufung noch ein Rekurs zulässig sei, wobei nach früherem Prozessrecht immerhin noch die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an das Obergericht möglich gewesen wäre. Eine ausfüllungsbedürftige Gesetzeslücke liege nicht vor, und die III. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich habe denn auch – entgegen Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Zürich 2004, N 919 und 1005a – einen Rekurs contra legem im Zusammenhang mit der analogen Bestimmung von § 348 Abs. 2 StPO abgelehnt (ZR 106 Nr. 54 Erw. 3). Im Übrigen sei dem Richter die Schliessung „unechter Gesetzeslücken“ grundsätzlich verwehrt.

6.3. Zunächst kann man sich fragen, ob die Rekurrentin überhaupt ein Rechtsschutzinteresse hat, die Zulässigkeit des Rekurses zu bestreiten. Das kann jedoch dahingestellt bleiben, ist doch die Frage der Zulässigkeit des Rechtsmittels von der Rechtsmittelinanz von Amtes wegen zu prüfen. Aus diesem Grunde können auch die in der Rekursergänzung vorgebrachten Argumente erwogen

werden, obwohl für eine Wiederherstellung der Rekursfrist keine zureichenden Gründe bestehen, hat doch die Rekurrentin schon in der Rekursschrift selber die Frage der Tragweite von § 323a StPO zum Thema gemacht.

6.4. Wird – wie im vorliegenden Fall – eine Einsprache gegen den Strafbefehl beschränkt auf die Frage der Einziehung oder Freigabe von beschlagnahmten Gegenständen oder Vermögenswerten, so erlässt der Einzelrichter darüber nicht ein Urteil, sondern eine Verfügung. Diese Verfügung ist nicht appellabel, sind doch mit Berufung nur Urteile anfechtbar (§ 410 StPO). Entgegen der Auffassung, welche die Rekurrentin in ihrer Rekursergänzung vertritt, ist in solchen Fällen, auch wenn sie nicht unter § 323a StPO zu subsumieren sind, nicht zwingend eine Hauptverhandlung gemäss § 323 Abs. 1 StPO vorgeschrieben. Eine solche ist auf die Behandlung einer Anklage (Schuld- und Strafpunkt) zugeschnitten. Der Rekurrentin selber erscheint es "eher als abwegig, dass in Fällen vom Angeklagten vollumfänglich akzeptierter Strafbefehle nach dem zwingenden § 323 Abs. 1 StPO einzelrichterliche Hauptverhandlungen durchexerziert werden müssen, wenn ein Dritter beschlagnahmtes, im Strafbefehl bereits freigegebenes Vermögen selbst geringen Wertes einspracheweise herausverlangt". Es ist daher unverständlich, dass sie überhaupt einen entsprechenden Antrag stellt. In der vorliegenden Konstellation scheint sie auch ausser Acht zu lassen, dass ein Nichteintretensentscheid in jedem Fall ohne Hauptverhandlung gefällt werden kann. Wesentlich ist letztlich die Frage, ob gegen den einzelrichterlichen Entscheid ein vollkommenes Rechtsmittel zur Verfügung steht.

6.5. Die Frage ist somit, ob ein Rekurs gegeben ist. Unter den einschlägigen Vorschriften über den Strafbefehl (Abschnitt V. der StPO) findet sich eine einzige Bestimmung, welche die Frage des Weiterzuges des einzelrichterlichen Entscheides betrifft, nämlich § 323a StPO, wonach der Einzelrichter endgültig entscheidet, wenn sich die Einsprache nur auf die Kosten und Entschädigungen bezieht. Eine ausdrückliche Regelung für den Fall, dass andere Nebenfolgen des Strafbefehls, insbesondere Einziehung und Freigabe von beschlagnahmten Gegenständen und Vermögenswerten, allein zum Gegenstand der Einsprache gemacht wurden, fehlt. Unter dem bis Ende 2004 in Kraft stehenden Recht vertrat *Schmid* die Auffas-

sung, § 323a StPO gelte auch, wenn andere Nebenfolgen als Kosten und Entschädigung allein zum Gegenstand der Einsprache gemacht worden seien (Schmid in: Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Lieferung Dezember 1997, N 2 zu § 323). Er sah für solche Fälle auch in andern Verfahrensfragen eine Parallelität, so hinsichtlich schriftlicher Begründung der Einsprache und fakultativer mündlicher Verhandlung (Schmid in: Donatsch/Schmid, a.a.O., Lieferung Dezember 1997, N 10 zu § 321 und N°6 zu § 323). Nach dieser Ansicht wäre also, weil der Einzelrichter „endgültig“ entscheidet, kein Rekurs zur Verfügung gestanden, damals aber noch die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an das Obergericht.

Nach der Justizreform von 2003 sieht *Schmid* weiterhin die besagte Parallelität in Verfahrensfragen (Schmid, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Zürich 2004, N 915 und 919). Nachdem aber die Möglichkeit einer Nichtigkeitsbeschwerde an das Obergericht weggefallen ist (§ 428 StPO) und damit wegen der Endgültigkeit von Entscheidungen im Sinne von § 323a StPO überhaupt kein kantonales Rechtsmittel mehr zur Verfügung stünde, postuliert er, contra legem einen Rekurs zuzulassen (Schmid, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Zürich 2004, N 919 in Verbindung mit N 1005a). Zur Rechtfertigung erinnert er daran, „dass es hier um Einziehungen (u.U. in Millionenbeträgen!) gehen kann“ (Fussnote 108 zu N 919).

6.6. In ZR 106 (2007) Nr. 54 hat die Kammer die Schaffung eines Rekurses contra legem im Zusammenhang mit § 348 Abs. 2 StPO, einer § 323a StPO analogen Bestimmung, abgelehnt. Nach ihrem Wortlaut beziehen sich indessen diese beiden Bestimmungen allein auf die Endgültigkeit von Kosten- und Entschädigungsentscheiden. Im besagten Beschluss hatte die Kammer denn auch einen solchen zu beurteilen und nicht einen Entscheid über Einziehung oder Freigabe von beschlagnahmten Gegenständen oder Vermögenswerten. Dabei ist zu beachten, dass es zweierlei Fragen sind, ob die genannten Normen beim Wort zu nehmen sind (Endgültigkeit, wenn nur der Kosten- und Entschädigungsentscheide vom Einzelrichter zu beurteilen sind) oder ob die Bestimmungen über den Wortlaut hinaus auch auf Entscheide über Freigabe oder Einziehung anzuwenden sind. In letzterer Hinsicht hat sich die Kammer nicht geäußert. Wenn aber eine Paralleli-

tät in der Behandlung von Nebenfolgen mit Bezug auf § 321 Abs. 3 StPO und § 323 Abs. 2 StPO zu bejahen ist, dann bedeutet dies nicht ohne Weiteres, dass es sich hinsichtlich der Anfechtbarkeit gleich verhalten muss wie bei Kosten und Entschädigung. Im Gegenteil spricht eine Wertung für die Zulassung eines Rechtsmittels bei Einziehungs- und Freigabeentscheidungen. Es ist nicht einsehbar, weshalb zum Beispiel die Höhe einer Busse von Fr. 4'000.– mit Berufung anfechtbar ist, hingegen die Frage der Einziehung oder Freigabe von über drei Millionen Franken, wenn diese allein zum Gegenstand der Einsprache gemacht wurde, vom Einzelrichter endgültig entschieden werden sollte. Bevor aber an Lückenfüllung zu denken ist, stellt sich die Frage, ob für diese Fälle nicht ein Rekurs gestützt auf die allgemeinen Bestimmungen über den Rekurs (§ 402 StPO) gegeben ist.

6.7. Ziff. 9 von § 402 StPO erklärt den Rekurs zulässig gegen Urteile (u.a.) der Einzelrichter, wenn sich der Rekurs nur auf die Kostenaufgabe und die Entschädigung bezieht. Für den vorliegenden Fall gibt die Bestimmung keine Lösung, setzt sie doch ein *Urteil* voraus und ist überdies – jedenfalls nach ihrem Wortlaut – nur hinsichtlich *Kosten und Entschädigung* anwendbar.

6.8. Gemäss Ziff. 6 von § 402 StPO ist der Rekurs zulässig „gegen das Verfahren, die Verfügungen [...] der Einzelrichter [...] *in Sachen, die von ihnen erstinstanzlich erledigt werden*“. Diese Formulierung ist auslegungsbedürftig. Sie kann jedenfalls nicht bedeuten, der Rekurs sei dann zulässig, wenn eine – definitionsgemäss zweitinstanzliche – Rekursinstanz gegeben sei; denn so verstanden würde sich die Bestimmung als Zirkelschluss darstellen, der die Frage nach der Zulässigkeit des Rekurses gar nicht lösen kann. Im Rahmen des von der Bestimmung vorausgesetzten zweistufigen Verfahrens kann folglich als zweite Instanz nur die Berufungsinstanz gemeint sein. Da aber die Berufung dem Rekurs vorgeht, bleiben nur Fälle, in denen in der konkreten Sache keine Berufung gegeben ist, aber grundsätzlich gegeben wäre, wenn ein Sachurteil über Schuld oder Unschuld gefällt worden wäre bzw. noch gefällt werden könnte. Entscheidend ist also, dass es sich um eine *an sich berufungsfähige Sache* handelt (Schmid in: Donatsch/Schmid, a.a.O., N 23 zu § 402).

6.9. Fällt ein Einzelrichter aufgrund einer Einsprache gegen einen Strafbefehl ein Urteil, das heisst einen Entscheid über Schuld oder Unschuld, so unterliegt dieses Urteil – mitsamt eines darin enthaltenen Entscheides über Einziehung oder Freigabe von beschlagnahmten Gegenständen oder Vermögenswerten – der Berufung. Das bedeutet aber, dass die Frage der Einziehung oder Freigabe grundsätzlich berufungsfähig ist. Deshalb muss auch ein Rekurs zur Verfügung stehen, wenn die Einsprache auf den Punkt der Einziehung oder Freigabe beschränkt wird. Der Umstand, dass betreffend Kostenentscheide eine Sonderbestimmung (§ 323a StPO) besteht, spricht nicht gegen diesen Schluss.

6.10. Zusammengefasst ist demnach im vorliegenden Fall der Rekurs zulässig.