

forum poenale

Herausgeber ·

Editeurs · Editori

Jürg-Beat Ackermann

Roy Garré

Gunhild Godenzi

Yvan Jeanneret

Konrad Jeker

Bernhard Sträuli

Wolfgang Wohlers

Schriftleitung ·

Direction de revue ·

Direzione della rivista

Sandra Hadorn

RECHTSPRECHUNG | JURISPRUDENCE | GIURISPRUDENZA 70

AUFSÄTZE | ARTICLES | ARTICOLI 97

Sabine Gless/Anna Petrig/Christa Tobler: Ein fachübergreifendes Prüfprogramm für die obligatorische Landesverweisung nach Art. 66a StGB 97

Christoph Ill: Gedanken zur Auftragserteilung im Strafverfahren 105

Miro Dangubic: Parteistellung und Parteirechte bei der rechtshilfweisen Herausgabe von Kontoinformationen 112

Friedrich Frank/Tommaso Caprara: Die selbständige Einziehung im Verwaltungsstrafverfahren (Art. 66 VStrR) 118

Magda Zihlmann: Anwendbarkeit von *nemo tenetur* im KESR-Verfahren und Auswirkungen auf die Verwertbarkeit im parallelen oder nachgelagerten Strafverfahren 125

Benedict Burg: Die Entschädigung der amtlichen Verteidigung nach Pauschaltarif – Besprechung von BGE 143 IV 453 131

Richard Ehmann/Claude Eric Bertschinger: Von «rolling stones» zu «flying rockets» – Die fahrlässige Mittäterschaft erneut auf dem bundesgerichtlichen Prüfstand – Besprechung von BGE 143 IV 361 137

DOKUMENTATION | DOCUMENTATION | DOCUMENTAZIONE 144



IMPRESSUM

11. Jahrgang – Année – Anno; April – Avril – Aprile 2018
Erscheint sechsmal jährlich – Paraît six fois par année – Pubblicazione sei volte per anno
Zitiervorschlag – Citation proposée – Citazione consigliata: FP Erscheinungsjahr, Seitenzahl –
FP année de parution, numéro de page – FP anno di pubblicazione, numero di pagina
ISSN 1662-5536 (Print)/ISSN 1662-551X (Internet)

Herausgeber Editeurs Editori	Prof. Dr. iur. Jürg-Beat Ackermann, Universität Luzern, E-Mail: juerg-beat.ackermann@unilu.ch PD Dr. iur. Roy Garré, Bundesstrafgericht, E-Mail: roy.garre@bstger.ch Prof. Dr. iur. Gunhild Godenzi, LL.M., RA, Universität Zürich, E-Mail: gunhild.godenzi@rwi.uzh.ch Prof. Yvan Jeanneret, Docteur en droit, Avocat au barreau de Genève, Université de Genève, E-Mail: yvan.jeanneret@unige.ch lic. iur. M.B.L.-HSG Konrad Jeker, Rechtsanwalt, Gressly Rechtsanwälte, E-Mail: jeker@gressly-rechtsanwaelte.ch Prof. Bernhard Sträuli, Docteur en droit, Université de Genève, E-Mail: Bernhard.Strauli@unige.ch Prof. Dr. iur. Wolfgang Wohlers, Universität Basel, E-Mail: wolfgang.wohlers@unibas.ch
Ständige Mitarbeiter Collaborateurs permanents Collaboratori permanenti	Thomas Fingerhuth, Rechtsanwalt, Zürich Prof. Dr. iur. Frank Meyer, LL.M., Universität Zürich
Schriftleitung Direction de revue Direzione della rivista	Sandra Hadorn, MLaw, Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, 3001 Bern, Telefon: +41 (0)31 300 63 55, Telefax: +41 (0)31 300 66 88, E-Mail: forumpoenale@staempfli.com, Internet: www.forumpoenale.ch Unter redaktioneller Mitarbeit von/avec la collaboration rédactionnelle de/con il contributo redazionale di: Linda Bläsi, Peter Frick, Veronica Lynn
Regeste Résumé Regesto	Die nichtamtlichen Leitsätze (Regeste forumpoenale) werden erstellt resp. übersetzt durch: LAWTANK GmbH, Juristische Dienstleistungen, Laupenstrasse 4, Postfach 7049, CH-3001 Bern, Tel. +41 (0)31 511 22 22, Fax +41 (0)31 511 22 23, info@lawtank.ch, www.lawtank.ch (italienisch); Sandra Hadorn (deutsch); Bernhard Sträuli (französisch)
Aufsätze Articles Articoli	Die Rubrik Aufsätze wird durch Gunhild Godenzi betreut. Bitte wenden Sie sich mit Aufsatzmanuskripten und Aufsatzanfragen direkt an gunhild.godenzi@rwi.uzh.ch. La rubrique Articles est placée sous la responsabilité de Gunhild Godenzi. Prière d'adresser vos manuscrits et questions y relatives directement à gunhild.godenzi@rwi.uzh.ch. La rubrica Articoli è curata da Gunhild Godenzi. Per l'invio di manoscritti e in caso di domande concernenti gli articoli si prega di rivolgersi direttamente a gunhild.godenzi@rwi.uzh.ch.
Verlag Editions Edizioni	Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern, Telefon: +41 (0)31 300 66 44, Telefax: +41 (0)31 300 66 88, E-Mail: verlag@staempfli.com, Internet: www.staempfliverlag.com Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbrei- tung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden. L'acceptation des contributions est soumise à la condition que le droit exclusif de reproduction et de distribution soit transféré à Stämpfli Editions SA. Toutes les contributions publiées dans cette revue sont protégées par le droit d'auteur. Cela vaut égale- ment pour les décisions judiciaires et les registres rédigés par la rédaction ou les rédacteurs responsables. Aucune partie de cette revue ne peut être reproduite en dehors des limites du droit d'auteur sous quelque forme que ce soit, y compris par des procédés techniques et numériques, sans l'autorisation écrite de la maison d'édition. L'accettazione di contributi avviene alla condizione che il diritto esclusivo di riproduzione e distribuzione sia trasferito a Stämpfli Verlag AG. Tutti i contributi pubblicati nella presente rivista sono protetti dal diritto d'autore. Questo vale anche per le decisioni giudiziarie e i registri redatti dalla redazione o dagli editori. Nessuna parte della presente rivista può essere riprodotta, al di fuori dei limiti della legge sul diritto d'autore, in qualsiasi forma, ivi comprese tutte le procedure tecniche e digitali, senza l'autorizza- zione scritta della casa editrice.
Inserate Annonces Inseriti	Stämpfli AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern, Telefon: +41 (0)31 300 63 41, Telefax: +41 (0)31 300 63 90, E-Mail: inserate@staempfli.com
Abonnement Abonnements Abbonamenti	Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern, Telefon +41 (0)31 300 63 25, Telefax +41 (0)31 300 66 88, E-Mail: periodika@staempfli.com Jährlich – Annuel – Annuale: CHF 306.– (Print und Online), CHF 253.– (Online); Einzelheft – Numéro séparé – Numero singolo: CHF 54.– (exkl. Porto); Europa – Europe – Europa: CHF 315.– (Print und Online) Ausland übrige Länder – Etranger d'autres pays – Estero altri paesi: CHF 354.– (Print und Online) Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% resp. für Online-Angebote 8,0% MWSt. Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich. Résiliation de l'abonnement possible par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de l'abonnement.

genau hinschauen und bei Verdacht auf allfällig strafrechtlich relevantes Verhalten ihrer Pflicht nachkommen und die Verantwortlichen zur Rechenschaft ziehen, dies auch, um das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Justiz, gerade in derart sensiblen Bereichen, zu stärken.

Zusammenfassend festzuhalten ist, dass im konkreten Fall selbst eine aktive Information der Staatsanwaltschaft angesichts der besonderen Bedeutung des Falles erforderlich und somit gerechtfertigt gewesen wäre. Dies vor dem Hintergrund, dass die Medien den Fall bereits vor Erteilung der Auskünfte durch Y. aufgegriffen haben und angesichts der grossen gesellschaftspolitischen Bedeutung der Thematik und einer (allfällig) damit einhergehenden Straftat ein besonderes öffentliches Interesse gegeben war. Dass Y. nicht aktiv informiert hat, ändert daran nichts, lassen sich doch aus Art. 74 StPO keine Ansprüche auf Öffentlichkeitsinformationen durch die Strafbehörden ableiten (SAXER, BSK StPO I, Art. 74 N 10) und damit auch kein Anspruch auf die Art und Weise der Kommunikation. War aber bereits ein aktiver Gang an die Medien durch Art. 74 Abs. 1 lit. d StPO abgedeckt, so muss in Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips, welches vorliegend in optima forma gewahrt worden ist, die knappe (reaktive) Bestätigung einiger weniger Fragen eines Journalisten umso mehr zulässig sein.

Der Entscheid des Obergerichtes, die konkrete Konstellation als Fall von besonderer Bedeutung zu qualifizieren und damit einhergehend einen Rechtfertigungsgrund für eine (allfällige) Amtsgeheimnisverletzung zu bejahen, ist zu begrüssen. Anders zu entscheiden, hiesse praktisch eine Aushebelung von Art. 74 Abs. 1 lit. d StPO und führte bereits bei der geringsten Information gegenüber der Öffentlichkeit zur strafrechtlichen Verantwortung der informierenden Personen. Seitens der Strafverfolgungsbehörden ist das ihnen zustehende Ermessen aber verantwortungsbewusst einzusetzen. Es gilt jeden Einzelfall genau zu prüfen, sich die Auswirkungen der Preisgabe von Informationen im (nicht öffentlichen) Vorverfahren für die betroffenen Personen stets vor Augen zu halten und darum bemüht zu sein, eine sehr sorgfältige Interessenabwägung vorzunehmen. Öffentlichkeitsorientierung basierend auf der «Sensationslust» der Öffentlichkeit darf nicht sein.

lic.iur. Corinne Bouvard, Staatsanwältin, Oberstaatsanwaltschaft Kanton Zürich ■

1.3 Schwerpunkt Strafen und Massnahmen Accent sur les peines et les mesures

Nr. 10 Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 6. Oktober 2016 i.S. X., Y. und Z. AG gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Luzern und Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) – 6B_887/2016, 6B_888/2016 und 6B_891/2016

Art. 11 StPO; Art. 70 und 71 StGB: ne bis in idem; Einziehung von Vermögenswerten; Ersatzforderungen.

Der Grundsatz «ne bis in idem» besagt, dass wer in der Schweiz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, gemäss Art. 11 StPO nicht wegen der gleichen Tat erneut verfolgt werden darf. Allerdings gilt das Verbot der doppelten Strafverfolgung nur, wenn es in beiden Verfahren um Strafen geht. Bei der Einziehung gemäss Art. 70 StGB und der Ersatzforderung gemäss Art. 71 StGB handelt es sich nicht um Strafen, sondern um sachliche Massnahmen.

Die Ausgleichseinziehung ist unabhängig von der Strafbarkeit einer bestimmten Person anzuordnen. Selbst wenn der Urheber einer tatbestandsmässigen und rechtswidrigen Handlung mangels Schuld oder zufolge Ablebens nicht bestraft werden kann, kann das Gericht über eine Einziehung verfügen. Selbst eine Verjährung, das Fehlen eines erforderlichen Strafantrags oder die Rechtskraft des Strafentscheids hindern das Nachschieben eines Einziehungsverfahrens nicht. (Regeste forum-poenale)

Art. 11 CPP; art. 70 et 71 CP: principe Ne bis in idem; confiscation de valeurs patrimoniales; créance compensatrice.

Le principe *Ne bis in idem* ancré à l'art. 11 CPP énonce que la personne condamnée ou acquittée en Suisse par un jugement entré en force ne peut être poursuivie une nouvelle fois pour la même infraction. L'interdiction de la double poursuite ne vaut toutefois que si les deux procédures ont pour objet le prononcé d'une peine. La confiscation de valeurs patrimoniales en application de l'art. 70 CP et la créance compensatrice selon l'art. 71 CP ne constituent pas des peines, mais des mesures «réelles».

La confiscation de valeurs patrimoniales doit être ordonnée indépendamment de la punissabilité d'une personne déterminée. Même lorsque l'auteur d'une action typiquement contraire au droit pénal et injustifiée ne peut être puni parce que l'intéressé n'est pas coupable ou est décédé dans l'intervalle, le tribunal peut ordonner une confiscation. La prescription de l'action pénale, l'absence de plainte pénale dans le cas d'une infraction dont

la poursuite en dépend ou l'autorité de la chose jugée du prononcé pénal ne font pas davantage obstacle à l'engagement subséquent d'une procédure de confiscation. (Résumé forum-poenale)

Art. 11 CPP; artt. 70 e 71 CP: ne bis in idem; confisca di valori patrimoniali, risarcimenti.

Secondo il principio «ne bis in idem», ai sensi dell'art. 11 CPP chi è stato condannato o assolto in Svizzera con decisione passata in giudicato non può essere nuovamente perseguito per lo stesso reato. Tuttavia il divieto del perseguimento penale doppio vale soltanto se i due procedimenti hanno per oggetto la pronuncia di una pena. La confisca ai sensi dell'art. 70 CP e il risarcimento ai sensi dell'art. 71 CP non costituiscono pene, bensì misure reali. La confisca di compensazione deve essere ordinata indipendentemente dalla punibilità di una determinata persona. Il tribunale può ordinare una confisca anche quando gli elementi costitutivi della fattispecie e l'illiceità sono dati, ma l'autore non può essere punito per l'assenza del requisito della colpevolezza o a causa del suo decesso. Neppure una prescrizione, l'assenza di una querela penale obbligatoria o la crescita in giudicato della decisione penale ostacolano l'avvio successivo di un procedimento di confisca. (Regesto forum-poenale)

Sachverhalt:

Gegen die verantwortlichen Personen der Z. AG, X. und Y., wurde eine Strafuntersuchung wegen Widerhandlungen gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) geführt, eventualiter wegen Betrugs gemäss Art. 146 StGB.

Die StA LU erhob gegen X. und Y. Anklagen wegen mehrfachen unlauteren Wettbewerbs. Mit (Teil-)Einstellungsverfügungen wurden die Strafuntersuchungen wegen Betrugs eingestellt, da es am Tatbestandsmerkmal der Arglist fehlte. Das BezGer LU stellte das Strafverfahren gegen X. und Y. wegen mehrfachen unlauteren Wettbewerbs ein, weil zufolge Doppelbestrafungsverbot («ne bis in idem») ein definitives Prozesshindernis vorliege.

Das BezGer LU ordnete in Anwendung von Art. 70 und 71 StGB gegen X. und Y. sowie gegen die Z. AG Einziehungen und staatliche Ersatzforderungen an.

X., Y. und die Z. AG erheben in getrennten Eingaben Beschwerden in Strafsachen an das BGer. Das BGer weist die Beschwerde, die es zuvor vereinigt hat, ab.

Aus den Erwägungen:

[...]

2.

Die Beschwerdeführer machen geltend, die gestützt auf Art. 70 und Art. 71 StGB angeordneten Einziehungen und Ersatzforderungen verstiesse gegen den Grundsatz «ne bis in idem».

2.1. Das Gericht verfügt die Einziehung unter anderem von Vermögenswerten, die durch eine Straftat erlangt

worden sind (Art. 70 Abs. 1 StGB). Das Recht der Einziehung verjährt nach sieben Jahren; ist jedoch die Verfolgung der Straftat einer längeren Verjährungsfrist unterworfen, so findet diese Frist auch auf die Einziehung Anwendung (Art. 70 Abs. 3 StGB). Lässt sich der Umfang der einzuziehenden Vermögenswerte nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand ermitteln, so kann das Gericht ihn schätzen (Art. 70 Abs. 5 StGB). Sind die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden, so erkennt das Gericht auf eine Ersatzforderung des Staates in gleicher Höhe (Art. 71 Abs. 1 erste Hälfte StGB).

Die sog. Ausgleichseinziehung beruht vor allem auf dem grundlegenden sozialemischen Gedanken, dass sich strafbares Verhalten nicht lohnen darf. Sie setzt ein Verhalten voraus, das den objektiven und subjektiven Tatbestand einer Strafnorm erfüllt und rechtswidrig ist. Sie ist jedoch, wie die Sicherungseinziehung, unabhängig von der Strafbarkeit einer bestimmten Person anzuordnen, auch wenn Art. 70 StGB dies, im Unterschied zu Art. 69 StGB betreffend die Sicherungseinziehung, nicht ausdrücklich vorsieht (BGE 129 IV 305 E. 4.2.1). Sie ist somit auch möglich, wenn der Urheber einer tatbestandsmässigen und rechtswidrigen Handlung etwa mangels Schuld oder zufolge Ablebens nicht bestraft werden kann (zum Ganzen BGE 141 IV 155 E. 4.1 mit Hinweisen). Eine Einziehung ist auch möglich, wenn die Straftat, beispielsweise eine Übertretung, verjährt ist (siehe BGE 117 IV 233 ff.; Urteil 6S.477/2001 vom 9. Oktober 2001 E. 2) oder wenn der erforderliche Strafantrag fehlt (BGE 129 IV 305 E. 4). Entsprechendes gilt für die Ersatzforderung, die festgesetzt wird, wenn die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden sind.

2.2.

2.2.1. Mit den (Teil-)Einstellungsverfügungen vom 26. Januar 2015 hat die Staatsanwaltschaft Luzern entgegen den Vorbringen in den Beschwerden nicht entschieden, dass die Beschwerdeführer 1 und 2 sich durch den darin beschriebenen Lebenssachverhalt nicht strafbar gemacht haben. Die Staatsanwaltschaft hat lediglich entschieden, dass der umschriebene Lebenssachverhalt den Tatbestand des Betrugs mangels Arglist nicht erfüllt. Ob die fragliche (Teil-)Einstellungsverfügung richtigerweise hätte unterbleiben sollen (siehe Urteile 6B_653/2013 vom 20. März 2014 E. 3.2; 6B_1056/2015 vom 4. Dezember 2015 E. 1.3), kann hier dahingestellt bleiben. Im Einstellungsbeschluss vom 8. Juli 2015 hat das Bezirksgericht Luzern in Anbetracht der (Teil-)Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft vom 26. Januar 2015 in Berücksichtigung des Grundsatzes «ne bis in idem» nicht darüber entschieden, ob die Beschwerdeführer 1 und 2 durch den fraglichen Lebenssachverhalt den Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs im Sinne von Art. 23 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG erfüllt haben. Ob das Bezirksgericht Luzern



diese Frage richtigerweise ungeachtet der (Teil-)Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Luzern vom 26. Januar 2015 hätte prüfen müssen (siehe Urteil 6B_1056/2015 vom 4. Dezember 2015 E. 1.4), kann hier ebenfalls dahingestellt bleiben.

2.2.2. Das Bezirksgericht Luzern entschied über die Einziehung beziehungsweise Ersatzforderung nicht bereits in seinem Beschluss vom 8. Juli 2015, in welchem es das Strafverfahren gegen die Beschwerdeführer 1 und 2 wegen unlauteren Wettbewerbs in Anbetracht der (Teil-)Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Luzern vom 26. Januar 2015 betreffend Betrug unter Berufung auf den Grundsatz «ne bis in idem» einstellte. Es kündigte aber sowohl in der Begründung als auch in Dispositiv-Ziff. 2 des Beschlusses vom 8. Juli 2015 an, dass es über allfällige Einziehungen, Ersatzforderungen etc. zu einem späteren Zeitpunkt befinden werde. Das Bezirksgericht Luzern entschied über die Einziehung beziehungsweise Ersatzforderung für durch unlauteren Wettbewerb erlangte Vermögenswerte quasi in einem selbstständigen Einziehungsverfahren erst mit Beschlüssen vom 1. Oktober 2015.

2.3. Zu prüfen ist im vorliegenden Verfahren, ob die (Teil-)Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Luzern vom 26. Januar 2015 im Verfahren betreffend Betrug (mangels Arglist) und der Einstellungsbeschluss des Bezirksgerichts Luzern vom 8. Juli 2015 im Verfahren betreffend unlauteren Wettbewerb (wegen des dauerhaften Prozesshindernisses «ne bis in idem») das Bezirksgericht daran hinderten, gegen die drei Beschwerdeführer Einziehungen und Ersatzforderungen für die durch unlauteren Wettbewerb erlangten Vermögenswerte anzuordnen, was das Bezirksgericht Luzern und im angefochtenen Entscheid auch das Kantonsgericht Luzern verneinen.

2.4.

2.4.1. Der Grundsatz «ne bis in idem» ist in Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK (SR.0101.07) und in Art. 14 Abs. 7 UNO-Pakt II (SR.0.103.2) sowie in Art. 11 Abs. 1 StPO verankert. Wer in der Schweiz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, darf gemäss Art. 11 Abs. 1 StPO wegen der gleichen Tat (*pour la même infraction, per lo stesso reato*) nicht erneut verfolgt werden.

2.4.2. Der Grundsatz «ne bis in idem», gelangt nur zur Anwendung, wenn es in beiden Verfahren um Strafen geht (siehe WOHLERS, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 9 zu Art. 11 StPO). Die Einziehung im Sinne von Art. 70 StGB und die Ersatzforderung gemäss Art. 71 StGB sind keine Strafen, sondern sachliche Massnahmen, die unabhängig von der Strafbarkeit einer bestimmten Person angeordnet werden. Die Rechtskraft des Strafentscheids beziehungsweise der Grundsatz «ne bis in idem» hindern das Nachschieben eines Einziehungsverfahrens grundsätzlich nicht, da von den Verfahren verschiedene Materien betroffen sind (SCHMID, in: Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geld-

wäscherei, Bd. I, 2. Aufl. 2007, N. 138 zu Art. 70–72 StGB). Ausgeschlossen ist ein selbstständiges Einziehungsverfahren jedoch, soweit dem Gericht die Existenz der einziehbaren Vermögenswerte bei Anwendung der notwendigen Sorgfalt hätte bekannt sein können (Urteil 6B_801/2008 vom 12. März 2009 E. 2.3; Tag, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 20 zu Art. 11 StPO). Wie es sich damit im Einzelnen verhält, kann hier dahingestellt bleiben. Im vorliegenden Fall erging kein Sachurteil. Das Bezirksgericht Luzern hat mit Beschlüssen vom 8. Juli 2015 das Verfahren gegen die Beschwerdeführer 1 und 2 wegen mehrfachen unlauteren Wettbewerbs ohne Prüfung der Tatbestandsmässigkeit des eingeklagten Verhaltens unter Berufung auf den Grundsatz «ne bis in idem» eingestellt, weil der gleiche Sachverhalt bereits Gegenstand der (Teil-)Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft Luzern vom 26. Januar 2015 betreffend Betrug gebildet habe.

2.4.3. Auch wenn davon ausgegangen wird, dass die Strafsache betreffend die Beschwerdeführer 1 und 2 in den Einstellungsentscheiden vom 26. Januar 2015 und/oder vom 8. Juli 2015 rechtskräftig beurteilt wurde, hinderte der Grundsatz «ne bis in idem» das Bezirksgericht Luzern nicht daran, in einem späteren Zeitpunkt, wie es sich dies im Einstellungsbeschluss vom 8. Juli 2015 vorbehielt, über die Einziehung/Ersatzforderung im Sinne von Art. 70/71 StGB zu entscheiden, da diese keine Strafen sind und daher vom Grundsatz «ne bis in idem» nicht erfasst werden.

2.5.

2.5.1. Der Beschwerdeführer 2 macht im Besonderen noch geltend, dass über eine allfällige Einziehung beziehungsweise Ersatzforderung zwingend in der Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft vom 26. Januar 2015 hätte entschieden werden müssen. Die Voraussetzungen für ein selbstständiges Einziehungsverfahren im Sinne von Art. 376 StPO seien nicht erfüllt. Der angefochtene Entscheid und der Beschluss des Bezirksgerichts Luzern vom 1. Oktober 2015 betreffend Einziehung/Ersatzforderung seien auch aus diesem Grunde aufzuheben.

2.5.2. Es trifft grundsätzlich zu, dass in einer Einstellungsverfügung auch über die Einziehung beziehungsweise Ersatzforderung zu befinden ist (siehe dazu das zur Publikation bestimmte Urteil 6B_437/2016 vom 22. September 2016 E. 2). Die Staatsanwaltschaft Luzern unterliess dies in ihrer Verfügung vom 26. Januar 2015 offensichtlich deshalb, weil sie lediglich eine «(Teil-)Einstellungsverfügung» erliess, worin sie einzig erkannte, dass der eingeklagte Sachverhalt mangels Arglist den Tatbestand des Betrugs nicht erfülle. Aus der Sicht der Staatsanwaltschaft Luzern war damit das Strafverfahren gegen die Beschwerdeführer 1 und 2 aber noch nicht abgeschlossen; es blieb vielmehr noch darüber zu entscheiden, ob sich die Beschwerdeführer 1 und 2 durch den eingeklagten Sachverhalt im Sinne der Anklage des unlauteren Wettbewerbs gemäss Art. 23 Abs. 1 in Ver-

bindung mit Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG schuldig gemacht haben.

[...]

Bemerkungen:

Die (Teil-)Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft Luzern vom 26. Januar 2015 *betreffend Betrugs* hätten richtigerweise unterbleiben sollen. Denn nur, weil sie erlassen wurden, hatten die Luzerner Gerichte das Strafverfahren betreffend unlauteren Wettbewerbs gegen die Beschuldigten gestützt auf den Grundsatz «ne bis in idem» einzustellen. Ansonsten hätten das Bezirks- und Obergericht die Beschuldigten mit hoher Wahrscheinlichkeit wegen unlauteren Wettbewerbs schuldig sprechen müssen. Und sie hätten das Verfahren betreffend Betrugs, welches ebenfalls Teil der Anklage hätte bilden sollen, zufolge mangelnder Arglist einstellen müssen (Art. 329 Abs. 5 StPO), sofern sie die Rechtsauffassung der Staatsanwaltschaft geteilt hätten.

Das Bundesgericht hält – vermeintlich – zutreffend fest, dass solche Erwägungen unterbleiben konnten, weil die vom Bundesgericht zu entscheidende Rechtsfrage sich darauf beschränke zu beurteilen, ob das Bezirksgericht Luzern in einem *selbstständigen Einziehungsverfahren* mit Beschluss vom 1. 10. 2015 über die von der Staatsanwaltschaft gestellte Einziehungs- bzw. Ersatzforderung entscheiden durfte.

Das Bundesgericht erwägt in Einklang mit Lehre und Rechtsprechung weiter, ausgeschlossen sei ein selbstständiges Einziehungsverfahren immer dann, soweit dem Gericht die Existenz der einziehbaren Vermögenswerte bei Anwendung der notwendigen Sorgfalt hätte bekannt sein können (a. a. O., E. 2.4.2.).

In diesem Zusammenhang sagt das Bundesgericht, diese Frage könne offengelassen werden, weil *kein Sachurteil* ergangen sei (a. a. O., E. 2.4.2.).

Aus Sicht des Autors der vorliegenden Urteilsbesprechung ist diese Auffassung des Bundesgerichts *nicht richtig*.

Die vorerwähnten Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft Luzern vom 26. Januar 2015 betreffend Betrug *stellen zweifellos ein Sachurteil dar*. Sie sind rechtskräftig und haben unabhängig von den kantonalen Einstellungsentscheiden betr. unlauteren Wettbewerbs Bestand.

Das Bundesgericht erwägt sodann, das Bezirksgericht Luzern habe mit Beschlüssen vom 8. Juli 2015 das Verfahren gegen die Beschwerdeführer 1 und 2 wegen mehrfachen unlauteren Wettbewerbs ohne Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit des eingeklagten Verhaltens unter Berufung auf den Grundsatz «ne bis in idem» eingestellt, *weil der gleiche Sachverhalt bereits Gegenstand der (Teil-)Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft Luzern vom 26. Januar 2015 betreffend Betrug gebildet habe*.

Die Erwägung ist, soweit sie sich auf den Sachverhalt bezieht, richtig.

Offenbar scheint das Bundesgericht damit auch gleichzeitig die Auffassung zu vertreten, die beiden Beschlüsse vom 8. Juli 2015 seien keine Sachurteile. Denn davon macht es abhängig, ob die Frage, ausgeschlossen sei ein selbstständiges Einziehungsverfahren immer dann, soweit dem Gericht die Existenz der einziehbaren Vermögenswerte bei Anwendung der notwendigen Sorgfalt hätte bekannt sein können (a. a. O., E. 2.4.2.), überhaupt geprüft werden müsse. Die Erwägung kann als Ganzes jedenfalls nur so verstanden werden, dass das Bundesgericht der Meinung ist, diese Prüfung sei nur dann vorzunehmen, wenn *Sachurteile* vorliegen.

Damit ist *erstens* zu prüfen, weshalb dem so sein soll (Erfordernis vorbestehender Sachurteile, um die Zulässigkeit *selbstständiger* Einziehungs- bzw. Ersatzforderungsentscheide zu prüfen), und *zweitens*, ob tatsächlich keine Sachurteile vorliegen, was für die vorerwähnte Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Luzern vom 26. Januar 2015 betreffend Betrugs bereits verneint wurde.

Zum Erfordernis vorbestehender Sachurteile, um die Zulässigkeit selbständiger Einziehungs- bzw. Ersatzforderungsentscheide zu überprüfen, Folgendes: Das Bundesgericht beruft sich im Zusammenhang mit dieser Erwägung auf das Urteil *6B_801/2008 v. 12.3.2009 E. 2.3*. Auch dort führt es aus, ausgeschlossen sei ein selbstständiges Einziehungsverfahren jedoch, soweit dem Gericht die Existenz der einziehbaren Vermögenswerte bei Anwendung der notwendigen Sorgfalt hätte bekannt sein können. Dies war in jenem Entscheid allerdings nur aufgrund der besonderen Fallkonstellation nicht der Fall.

Das Bundesgericht hält dort ausdrücklich fest:

«Dem Bezirksgericht kann mithin kein Unterlassen, sondern vielmehr vorgeworfen werden, dass es die Einziehung ursprünglich im Verfahren gegen die Gebrüder A. statt in jenem gegenüber Y. geregelt hat» (a. a. O., E. 2.4.).

Es erläutert im Folgenden die fallbezogenen Umstände, weshalb es dazu kommen konnte, und erwägt mit guten Gründen, dass den kantonalen Instanzen *in dieser besonderen Konstellation* kein Vorwurf des Unterlassens gemacht werden kann, weshalb ein selbstständiges Einziehungsverfahren zulässig war (a. a. O., E. 2.4.).

Eine solche besondere Konstellation liegt im hier besprochenen Fall *nicht* vor.

Es lässt sich deshalb die Auffassung vertreten, dass das Bundesgericht im vorliegenden Fall *hätte prüfen müssen*, ob ein selbstständiges Einziehungsverfahren ausgeschlossen ist, weil dem Gericht bzw. der Staatsanwaltschaft die Existenz der einziehbaren Vermögenswerte bei Anwendung der notwendigen Sorgfalt hätte bekannt sein können. Jedenfalls liegt nicht auf der Hand, dass diese Frage offengelassen werden konnte (vgl. a. a. O.).

Richtig ist, dass die beiden kantonalen Gerichtsent-scheide, die gestützt auf den Grundsatz von «ne bis in idem»



das Strafverfahren betreffend unlauteren Wettbewerbs einstellten, *keine Sachurteile* sind. Es handelt sich dabei um *Prozessurteile*, die keinen Entscheid in der Sache selber beinhalten.

Allerdings bestehen – wie bereits erwähnt – daneben auch die rechtskräftigen (Teil-)Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft Luzern vom 26. 1. 2015 *betreffend Betrugs*. Wie dem hier besprochenen Entscheid zu entnehmen ist, war derselbe Sachverhalt, welcher den Einstellungsentscheidungen der Luzerner Gerichte zugrunde lag, Gegenstand dieser (Teil-)Einstellungsverfügungen.

Mithin existiert ein Sachurteil zum Tatbestand des Betrugs.

Dann aber ist kein nachvollziehbarer Grund ersichtlich, weshalb unter diesen Umständen die Staatsanwaltschaft Luzern nicht *auch* über die Einziehung- bzw. Ersatzforderung hätte entscheiden *müssen*.

Denn auch in einer Einstellungsverfügung ist über die Einziehung beziehungsweise Ersatzforderung zu befinden (a. a. O., E. 2.5.2. unter Hinweis auf Urteil 6B_437/2016 v. 22. 9. 2016 E. 2). Das Bundesgericht erwog in diesem Entscheid explizite, dass der Staatsanwaltschaft *kein Ermessen* zukomme, sie also über Einziehung oder Ersatzforderung *entscheiden müsse*. Dazu komme, dass das Einziehungsverfahren nicht ohne Not von einem pendenten Strafverfahren abgekoppelt werden solle, da primär im Strafverfahren darüber zu befinden sei, ob die fraglichen Vermögenswerte deliktischer Herkunft sind oder nicht. Werde die Einziehung dennoch auf ein selbstständiges Verfahren verwiesen, verletze dies Art. 376 StPO.

Das Bundesgericht rechtfertigt den dennoch unterbliebenen akzessorischen Entscheid über die Einziehung bzw. Ersatzforderung im vorliegenden Fall wie folgt:

«Die Staatsanwaltschaft Luzern unterliess dies in ihrer Verfügung vom 26. Januar 2015 offensichtlich deshalb, weil sie lediglich eine <(Teil-)Einstellungsverfügung> erliess, worin sie einzig erkannte, dass der eingeklagte Sachverhalt mangels Arglist den Tatbestand des Betrugs nicht erfülle. Aus der Sicht der Staatsanwaltschaft Luzern war damit das Strafverfahren gegen die Beschwerdeführer 1 und 2 aber noch nicht abgeschlossen; es blieb vielmehr noch darüber zu entscheiden, ob sich die Beschwerdeführer 1 und 2 durch den eingeklagten Sachverhalt im Sinne der Anklage des unlauteren Wettbewerbs gemäss Art. 23 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG schuldig gemacht haben» (a. a. O., E. 2.5.2.).

Sinngemäss beruft sich das Bundesgericht somit auch in diesem Fall auf eine *Sonderkonstellation*, weil nur Teileinstellungen vorliegen, und es geht offenbar sinngemäss davon aus, dass es sich bei diesen Teileinstellungsverfügungen ebenfalls um *Prozessurteile* handle. Einleitend zum hier besprochenen Entscheid führt das Bundesgericht sodann aus:

«Mit den (Teil-)Einstellungsverfügungen vom 26. Januar 2015 hat die Staatsanwaltschaft Luzern entgegen den Vorbringen in den Beschwerden nicht entschieden, dass die Beschwerdeführer 1 und 2 sich durch den darin beschriebenen Lebenssachverhalt nicht strafbar gemacht haben. Die Staatsanwaltschaft hat lediglich entschieden, dass der umschriebene Lebenssachverhalt den Tatbestand des Betrugs mangels Arglist nicht erfülle» (a. a. O., E. 2.2.1.; Unterstreichung vom Verfasser).

Der erste Satz der Erwägung verweist offensichtlich darauf, dass der Lebenssachverhalt rechtlich unlauteren Wettbewerb darstellen (kann) und jedenfalls *in dieser Hinsicht* nicht feststeht, dass sich die Beschuldigten nicht strafbar gemacht haben.

Der zweite Satz betrifft die Teileinstellungen betreffend Betrugs. Wer den objektiven Tatbestand des Betrugs nicht (vollständig) erfüllt, kann allerdings nie bestraft werden. Erwägungen zu Rechtswidrigkeit und Schuld erübrigen sich. Damit führt wohl kein Weg an der Feststellung vorbei, dass mit einer Teileinstellung betreffend Betrugs zufolge fehlender Arglist *entschieden* wird, dass die Beschuldigten nicht wegen Betrugs bestraft werden können. Demzufolge *liegt in diesem Punkt ein Sachurteil vor*.

Da die rechtskräftigen Teileinstellungen betreffend Betrugs auf demselben Lebenssachverhalt fussen, wie der schliesslich zur Anklage gebrachte Vorhalt des unlauteren Wettbewerbs, hätte die Staatsanwaltschaft Luzern eingedenk der schon damals bekannten höchstrichterlichen Rechtsprechung, wonach ein selbstständiges Einziehungsverfahren ausgeschlossen ist, wenn dem Gericht die Existenz der einziehbaren Vermögenswerte bei Anwendung der notwendigen Sorgfalt hätte bekannt sein können (6B_801/2008 v. 12. 3. 2009 E. 2.3), prüfen müssen, ob sie über die Einziehungs- bzw. Ersatzforderungen zu entscheiden hat oder nicht.

Eine solche Prüfung hat entweder nicht stattgefunden oder aber die Staatsanwaltschaft hat nach erfolgter Prüfung entschieden, dass sie über die Einziehungs- bzw. Ersatzforderungen *nicht* entscheiden muss – wohl in der (allerdings unzutreffenden) Meinung, die Einziehung könne dann durch das zuständige Gericht erfolgen.

Ist indessen richtig, dass die Teileinstellung wegen Betrugs *ein Sachurteil darstellt*, dann spricht aufgrund des Sachverhalts, wie er sich dem besprochenen Urteil entnehmen lässt, nichts dafür, die Existenz der einziehbaren Vermögenswerte sei der Staatsanwaltschaft bei Anwendung der notwendigen Sorgfalt am 26. Januar 2015 nicht bekannt gewesen bzw. hätte ihr nicht zumindest bekannt sein können.

Dann aber wäre das hier vom Bundesgericht geschützte *selbstständige* Einziehungsverfahren *nicht zulässig gewesen*.

Ein Mangel des besprochenen Entscheids ist nach dem Gesagten jedenfalls darin zu erblicken, dass das Bundesgericht *nicht begründet*, weshalb es die Teileinstellung wegen Betrugs – implizite – ebenfalls für ein *Prozessurteil* hält oder

aber aus anderen Gründen annimmt, das selbstständige Einziehungsverfahren sei zulässig gewesen. Auf der Hand liegt dies jedenfalls nicht.

Es soll nun noch der Versuch unternommen werden, die Frage, ob es sich bei einer *Teileinstellung* wegen Betrugs um ein Prozessurteil handeln könnte, einer näheren Prüfung zu unterziehen. Dabei wird auch berücksichtigt, dass die *Teileinstellung* in der vorliegenden Konstellation ohnehin fehlerhaft war.

Teileinstellungen sind gesetzlich vorgesehen (Art. 319 Abs. 1 StPO). Allerdings geht es in den meisten Fällen um *unterschiedliche* Lebenssachverhalte, nicht um solche, die *auch noch zur Anklage* gebracht werden. In der letzteren Konstellation hat *einzig eine Anklage* zu ergehen (LANDSHUT/BOSSHARD, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 319 N 10). *Teileinstellungen aus rechtlichen Gründen* sind unzulässig (6B_653/2013 v. 20.3.2014).

Somit war es – wie erwähnt – nicht richtig, dass die Staatsanwaltschaft eine *Teileinstellung* wegen Betrugs vornahm. Gleichzeitig verhinderte sie durch ihr unsachgemäßes Vorgehen auch noch eine Verurteilung wegen unlauteren Wettbewerbs («ne bis idem»), weil die Einstellungsverfügungen vom 25. Januar 2015 *nicht* angefochten wurde (insofern anders: 6B_653/2013 v. 20.3.2014).

Geradezu nichtig dürften die *Teileinstellungen* vom 26. Januar 2015 allerdings nicht sein. Das ist bekanntlich nur in ganz schwerwiegenden Fällen denkbar. Zu Recht haben weder die kantonalen Instanzen noch das Bundesgericht Nichtigkeit dieser Verfügungen angenommen. Die fehlerhaften Einstellungsverfügungen sind somit formell und materiell rechtskräftig. Auch die Sperrwirkung der materiellen Rechtskraft schlägt sich – neben «ne bis in idem» – in den Einstellungsentscheiden der kantonalen Instanzen betr. unlauteren Wettbewerb nieder.

Damit verbleibt die Frage nach der Rechtsnatur der *Teileinstellungen* vom 26.1.2015.

Im Strafverfahren wurde einzig entschieden, dass der den Beschuldigten vorgeworfene Sachverhalt zufolge fehlender Arglist *kein Betrug* im Sinne von Art. 146 StGB ist. Dabei handelt es sich um einen *Sachentscheid* im Rahmen einer Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft. Nichts spricht für einen Prozessentscheid, wie dies etwa bei fehlendem Strafantrag, Verjährung, Verletzung des Anklagegrundsatzes oder Tod des Beschuldigten der Fall wäre.

Damit *fehlt* es im vorliegenden Entscheid an einer *dogmatisch einwandfreien* Begründung, weshalb das *selbstständige* Einziehungsverfahren zulässig gewesen sein soll. Über die Einziehung hätte die Staatsanwaltschaft im Licht der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts *selber entscheiden müssen*. Diese Konsequenz wollte das Bundesgericht offenkundig nicht ziehen, nachdem – im Unterschied

zu 6B_653/2013 vom 20. März 2014 – bereits die in hohem Masse wahrscheinliche Bestrafung der Beschuldigten wegen unlauteren Wettbewerbs aufgrund der fehlerhaften *Teileinstellungsverfügungen* wegen Betrugs nicht hatte erfolgen können.

Aufgrund der bisherigen Lehre und Rechtsprechung zu Art. 376 StPO (selbstständiges Einziehungsverfahren) scheint eine einleuchtende Begründung, weshalb im vorliegenden Fall ein selbstständiges Einziehungsverfahren zulässig gewesen sein soll, nur schwerlich möglich. Selbstständige Einziehungsverfahren sind nach einhelliger Auffassung nur dann zulässig, wenn eine Bestrafung offensichtlich ausser Betracht fällt *und* gar kein Strafverfahren zu eröffnen ist, ferner dann, wenn die Täterschaft unbekannt ist, die Verjährung der einziehungs begründenden Straftaten eingetreten oder der Täter gestorben ist, sodann wenn eine Auslandtat vorliegt (SCHWARZENEGGER, ZK StPO, Art. 376 N 2a). In allen anderen Fällen – also auch hier – ist ein selbstständiges Einziehungsverfahren nicht zulässig (SCHWARZENEGGER, ZK StPO, Art. 376 StPO N 2).

Fazit: Der vorliegende Entscheid ist nach dem Grundsatz, dass sich strafbares Handeln nicht lohnen soll, zwar nachvollziehbar. Es ermangelt ihm allerdings an einer dogmatisch sauberen Begründung. Die selbstständige Einziehung nach Art. 376 StPO ist *subsidiär*. Ist ein *akzessorischer* Entscheid – wie hier – möglich, ist er zu treffen (Botschaft 2005c, 1273, 1306; SCHWARZENEGGER, ZK StPO, Art. 376 N 2; SCHMID, StPO Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2013, Art. 376 N 2.). In Zukunft wäre eine schlüssige dogmatische Begründung, weshalb eine selbstständige Einziehung in solchen Fallkonstellationen dennoch zulässig sein soll, wünschenswert. Oder aber es wäre bei analogen oder vergleichbaren Fallkonstellationen die selbstständige Einziehung nicht mehr zuzulassen – auch wenn oder gerade weil eine Staatsanwaltschaft fehlerhafte *Teileinstellungsverfügungen* erlassen hat.

Jürg Oskar Luginbühl, Rechtsanwalt, Zürich ■

