

## **BGE 129 IV 305**

Bundesgericht (BGE), 2003-09-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_129 IV 305](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_129_IV_305)

FR: ATF 129 IV 305

IT: DTF 129 IV 305

### **Regeste**

Regeste Art. 28 ff. und 59 StGB. Einziehung von Vermögenswerten bei Antragsdelikten. Die durch ein Antragsdelikt erlangten Vermögenswerte sind auch einzuziehen, wenn ein gültiger Strafantrag fehlt (E. 4). Art. 59 Ziff. 1 Abs. 3 und Art. 70 ff. aStGB, Art. 277ter BStP. Verjährung der Strafverfolgung und des Einziehungsrechts bei (teilweiser) Gutheissung der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde. Soweit die letztinstanzliche kantonale Verurteilung wegen bestimmter Straftaten mit der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde nicht oder erfolglos angefochten worden ist und damit materiell rechtskräftig bleibt, findet keine Strafverfolgung mehr statt und hört daher in Bezug auf diese Straftaten die Verfolgungsverjährung mit der Ausfällung des letztinstanzlichen kantonalen Entscheides definitiv zu laufen auf. Dies gilt auch, wenn infolge (teilweiser) Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde aus andern Gründen das angefochtene Urteil formal vollumfänglich aufgehoben wird und die kantonale Instanz etwa wegen des Dahinfallens von Verurteilungen des Beschuldigten in andern Punkten die Strafe neu bemessen muss (Präzisierung der Rechtsprechung; E. 6.2). Entsprechendes gilt in Bezug auf die Verjährung des Einziehungsrechts, welches mit der Nichtigkeitsbeschwerde nicht oder erfolglos angefochten worden ist (E. 6.3).

### **Erwägungen**

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin 2 macht wie bereits im kantonalen Verfahren geltend, bei Antragsdelikten falle eine Einziehung ( Art. 59 Ziff. 1 StGB ) wie auch eine Ersatzeinziehung ( Art. 59 Ziff. 2 StGB ) ausser Betracht, soweit es an einem gültigen Strafantrag fehle. Die Vorinstanz hat diesen Einwand verworfen. Beim Strafantrag handle es sich um eine Prozessvoraussetzung, deren Fehlen nichts daran ändere, dass ein Straftatbestand objektiv und subjektiv erfüllt sei. Das Fehlen einer Prozessvoraussetzung stehe einer Vermögenseinziehung gemäss Art. 59 StGB nicht von vornherein entgegen, wie sich auch aus BGE 117 IV 233 ff. sowie aus dem Urteil des Bundesgerichts 6S.477/2001 vom 9. Oktober 2001 betreffend die Zulässigkeit der Einziehung bei verjährter Anlasstat ergebe. Das UWG schütze den lauterer und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten, unter anderem auch der Konsumenten. Der Wille des Einzelnen, dass die Anlasstat verfolgt beziehungsweise nicht verfolgt werde, könne bei der Frage der Einziehung nicht entscheidend sein, zumal auch ein öffentliches Interesse an einem lauterer Wettbewerb bestehe.

#### **E. 4.2**

Der Richter verfügt die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine strafbare Handlung erlangt worden sind oder dazu bestimmt waren, eine strafbare Handlung zu veranlassen oder zu belohnen, sofern sie nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des

rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden ( Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 BGE 129 IV 305 S. 310 StGB ). Sind die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden, so erkennt der Richter auf eine Ersatzforderung des Staates in gleicher Höhe (Art. 59 Ziff. 2 Abs. 1 erster Satzteil StGB).

#### **E. 4.2.1**

Strafbare Handlung im Sinne von Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 StGB ist eine objektiv und subjektiv tatbestandsmässige und rechtswidrige Tat. Bei Vorsatzdelikten muss mithin der Vorsatz, der zum subjektiven Tatbestand gehört, gegeben sein. Nicht erforderlich ist hingegen, dass die Handlung schuldhaft ist. Die Einziehung von Vermögenswerten ist auch zulässig, wenn der Beschuldigte in Bezug auf die Anlasstat zurechnungsunfähig ( Art. 10 StGB ) oder einem - schuldausschliessenden - Rechtsirrtum ( Art. 20 StGB ) erlegen ist. Die Vermögensseinziehung ist, wie die Sicherungseinziehung, ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person anzuordnen, auch wenn Art. 59 StGB dies im Unterschied zu Art. 58 StGB nicht ausdrücklich vorsieht (siehe zum Ganzen BGE 125 IV 4 E. 2a/bb; SCHMID, Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Bd. I, 1998, Art. 59 StGB N. 25; TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., 1997, Art. 59 StGB N. 3; FLORIAN BAUMANN, Basler Kommentar, StGB I, 2003, Art. 59 StGB N. 17). Die Vermögensseinziehung setzt mithin zum einen eine strafbare Handlung im umschriebenen Sinne voraus und ist zum andern unabhängig von der Strafbarkeit einer bestimmten Person anzuordnen. Daraus folgt, dass die Einziehung der durch eine strafbare Handlung erlangten Vermögenswerte auch möglich ist, wenn die Straftat wegen eines Verfahrenshindernisses oder wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung nicht verfolgt werden kann.

#### **E. 4.2.2**

So können Vermögenswerte, die etwa durch Übertretungen erlangt worden sind, auch noch eingezogen werden, wenn die Übertretung bereits verjährt ist. Das Strafgesetzbuch sieht für das Recht zur Einziehung längere Verjährungsfristen als für die Verfolgung von Übertretungen vor; die Fristen betragen nach dem vorliegend anwendbaren alten Verjährungsrecht mindestens 5 Jahre respektive 1 Jahr und nach dem seit 1. Oktober 2002 in Kraft stehenden Verjährungsrecht sowie auch nach dem künftigen Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches gemäss Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 (siehe Art. 70 Abs. 3 und Art. 109 nStGB; BBl 2002 S. 8240 ff., 8267 f., 8282) mindestens 7 Jahre respektive 3 Jahre (vgl. auch BGE 117 IV 233 ff. zum alten Einziehungsrecht, welches die Verjährung des Rechts zur Einziehung nicht ausdrücklich regelte). BGE 129 IV 305 S. 311

#### **E. 4.2.3**

Der Strafantrag ist nach der Rechtsprechung und der heute wohl herrschenden Lehre eine Prozessvoraussetzung ( BGE 69 IV 69 E. 5; BGE 81 IV 90 E. 3; BGE 105 IV 229 E. 1; BGE 128 IV 81 E. 2a, je mit Hinweisen; TRECHSEL, a.a.O., N. 4 vor Art. 28 StGB ; CHRISTOF RIEDO, Basler Kommentar, StGB I, 2003, N. 30 ff. vor Art. 28 StGB , je mit Hinweisen). Bei Fehlen eines gültigen Strafantrags fällt eine Strafverfolgung und damit eine Bestrafung ausser Betracht. Daraus folgt aber nicht, dass auch die Einziehung der durch ein Antragsdelikt erlangten Vermögenswerte unzulässig sei, wenn ein gültiger Strafantrag fehlt. Die Einziehung von Vermögenswerten ist, wie die Sicherungseinziehung ( Art. 58 StGB ), nicht eine Nebenstrafe, sondern eine Massnahme.

#### **E. 4.2.4**

Die wohl herrschende Lehre neigt indessen zur Auffassung, dass jedenfalls die Einziehung von Vermögenswerten ( Art. 59 StGB ), allenfalls im Unterschied zur Sicherungseinziehung ( Art. 58 StGB ), ausser Betracht fällt, wenn die Anlasstat nur auf Antrag strafbar ist und ein Strafantrag fehlt (SCHMID, a.a.O., Art. 59 StGB N. 26; FLORIAN BAUMANN, Deliktisches Vermögen, Dargestellt anhand der Ausgleichseinziehung, Diss. Zürich 1997, S. 18; LOUIS GAILLARD, La confiscation des gains illicites, Le droit des tiers, in: Le rôle sanctionnateur du droit pénal, 1985, S. 155 ff., 162; JEAN GAUTHIER, Quelques aspects de la confiscation selon l'article 58 du CPS, in: Lebendiges Strafrecht, Festgabe Hans Schultz, ZStrR 94/1974 S. 364 ff., 371 f.; MARLÈNE KISTLER, La vigilance requise en matière d'opérations financières, Diss. Lausanne 1994, S. 74; wohl auch JÜRIG LUZIUS MÜLLER, Die Einziehung im schweizerischen Strafrecht [Art. 58 und Art. 58bis], Diss. Basel 1993, S. 46/47). Begründet wird dies im Wesentlichen mit der Überlegung, der Verletzte, der keinen Strafantrag stelle, bringe damit zum Ausdruck, dass er keine staatliche Sanktionierung des täterischen Verhaltens unter Einschluss der Vermögensseinziehung wünsche (SCHMID, a.a.O., Art. 59 StGB N. 26). Wenn das Gesetz bei Antragsdelikten die Strafverfolgung der Initiative des Verletzten überlasse, sei anzunehmen, dass dasselbe auch für die Einziehung der durch das Antragsdelikt erlangten Vermögenswerte gelte (LOUIS GAILLARD, a.a.O., S. 162; FLORIAN BAUMANN, Deliktisches Vermögen, S. 18; MARLÈNE KISTLER, a.a.O., S. 74). Es bestehe kein Grund, dass der Staat bei Fehlen eines Strafantrags stellvertretend Restitution betreibe (JÜRIG LUZIUS MÜLLER, a.a.O., S. 47). Einzelne Autoren schliessen eine Einziehung von Vermögenswerten bei Fehlen des Strafantrags in Bezug auf die Anlasstat jedenfalls aus, wenn das Vorliegen eines Strafantrags nicht als Prozessvoraussetzung, BGE 129 IV 305 S. 312 sondern als objektive Strafbarkeitsbedingung qualifiziert wird (SCHULTZ, Die Einziehung, der Verfall von Geschenken und anderen Zuwendungen sowie die Verwendung zugunsten des Geschädigten gemäss StrGB rev. Art. 58 f., in: ZBJV 114/1978 S. 305 ff., 324). Die damit von der wohl herrschenden Lehre zum Ausdruck gebrachten Überlegungen erfassen indessen lediglich den Fall, dass der Geschädigte in Kenntnis der Sach- und Rechtslage freiwillig auf einen Strafantrag verzichtet hat. Sie erfassen nicht die Fälle, in denen der Geschädigte zwar einen Strafantrag eingereicht hat, dieser aber aus irgendeinem Grunde ungültig ist, oder in denen der Verletzte in Verkennung der Sach- oder Rechtslage irrtümlich davon ausging, die Tat werde von Amtes wegen verfolgt. Zudem kann unter Umständen durch eine strafbare Handlung ein Vermögenswert erlangt werden, ohne dass dadurch eine andere Person nachweisbar geschädigt worden ist; eine solche Konstellation ist beispielsweise bei unlauterem Wettbewerb im Sinne von Art. 23 UWG möglich (vgl. JEAN GAUTHIER, a.a.O., S. 373). Auch wenn aber der Geschädigte in Kenntnis der Sach- und Rechtslage auf einen Strafantrag verzichtet, weil er, etwa bei Delikten unter Angehörigen und Familiengenossen, eine Bestrafung des Täters nicht wünscht, kann er gleichwohl ein berechtigtes Interesse daran haben, dass ihm der abhanden gekommene Vermögenswert auf dem Wege eines selbständigen Einziehungsverfahrens gemäss Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 in fine StGB restituiert wird.

#### **E. 4.2.5**

Die Einziehung von Vermögenswerten beruht auf der Überlegung, dass sich strafbares Verhalten nicht lohnen darf (siehe BGE 125 IV 4 E. 2a/aa; BGE 119 IV 17 E. 2a mit Hinweisen). Es ist nicht ersichtlich, weshalb sich strafbares Verhalten wirtschaftlich doch lohnen dürfe, wenn aus irgendeinem Grunde der erforderliche gültige Strafantrag fehlt. Der

Umstand, dass bei Fehlen eines gültigen Strafantrags eine Strafverfolgung ausser Betracht fällt, rechtfertigt es nicht, auch auf die Einziehung der durch das Antragsdelikt erlangten Vermögenswerte zu verzichten.

#### **E. 4.2.6**

Die durch ein Antragsdelikt erlangten Vermögenswerte sind mithin auch einzuziehen, wenn ein gültiger Strafantrag fehlt. Dies ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut des Gesetzes, wonach die durch eine strafbare Handlung erlangten Vermögenswerte ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person einzuziehen sind, als auch aus Sinn und Zweck der Vermögenseinziehung, wonach sich strafbares Verhalten nicht lohnen darf. Das Gesetz enthält auch keine Anhaltspunkte für eine differenzierende Lösung etwa in BGE 129 IV 305 S. 313 dem Sinne, dass die Einziehbarkeit der durch ein Antragsdelikt erlangten Vermögenswerte davon abhängen könnte, aus welchen Gründen im konkreten Einzelfall ein gültiger Strafantrag fehlt und/oder eine bestimmte Straftat nur auf Antrag verfolgt wird; diese Gründe liessen sich im Übrigen ohnehin oft nur schwer ermitteln.

#### **E. 4.3**

Die Vermögenswerte, welche die Beschwerdeführerin 2 durch die Widerhandlungen im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. b UWG, begangen durch den Versand der Formulare im November 1995, erlangt hat, unterliegen somit nach der zutreffenden Auffassung der Vorinstanz auch insoweit der Einziehung ( Art. 59 Ziff. 1 StGB ) beziehungsweise der Ersatzeinziehung ( Art. 59 Ziff. 2 StGB ), als es an rechtsgültigen Strafanträgen in Bezug auf die Anlasstaten fehlt. (...)

#### **E. 6**

(...)

#### **E. 6.1**

Die Vorinstanz wird im neuen Verfahren die Strafe neu bemessen und die Höhe der einzuziehenden Vermögenswerte beziehungsweise der staatlichen Ersatzforderung neu bestimmen.

#### **E. 6.2.1**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hört die Verfolgungsverjährung mit der Ausfällung des in Rechtskraft erwachsenen letztinstanzlichen kantonalen Entscheides, durch welchen der Beschuldigte verurteilt wird, zu laufen auf. Die Verfolgungsverjährung wird durch die Einreichung einer eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde nicht wieder in Gang gesetzt. Nur wenn der Kassationshof in Gutheissung der vom Verurteilten eingereichten Nichtigkeitsbeschwerde den kantonalen Entscheid aufhebt und die Sache zur Fortsetzung der Strafverfolgung an die kantonale Instanz zurückweist, nimmt die Verfolgungsverjährung ihren Fortgang und läuft der noch verbliebene Rest der Frist ab Eröffnung des bundesgerichtlichen Urteils weiter ( BGE 111 IV 87 E. 3a S. 90 f. mit Hinweisen; Urteile 6S.683/2001 vom 28. Januar 2002 und 6S.556/1992 vom 14. Juni 1993; siehe auch BGE 121 IV 64 E. 2; BGE 116 IV 80 E. 1; BGE 115 Ia 321 E. 3e).

#### **E. 6.2.2**

In Präzisierung der Rechtsprechung ist festzuhalten, dass diese Praxis nur gilt, soweit die kantonale Instanz infolge der (teilweisen) Gutheissung der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde erneut über die Verurteilung wegen bestimmter Straftaten befinden

muss. Soweit aber die letztinstanzliche kantonale Verurteilung wegen bestimmter Straftaten nicht oder erfolglos angefochten worden ist und damit materiell rechtskräftig bleibt, findet keine Strafverfolgung mehr statt und hört daher in Bezug auf diese Straftaten die BGE 129 IV 305 S. 314 Verfolgungsverjährung - wie der Kassationshof bereits im Urteil 6S.683/2001 vom 28. Januar 2002 angedeutet hat - mit der Ausfällung des letztinstanzlichen kantonalen Entscheides definitiv zu laufen auf. Dies gilt auch, wenn infolge der (teilweisen) Gutheissung der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde aus anderen Gründen das angefochtene Urteil formal vollumfänglich aufgehoben wird und die kantonale Instanz etwa wegen des Dahinfallens von Verurteilungen des Beschuldigten in anderen Punkten die Strafe neu bemessen muss. Denn soweit eine Verurteilung mit der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde nicht oder erfolglos angefochten worden ist, kann weder die Vorinstanz (siehe Art. 277ter Abs. 2 BStP) noch das Bundesgericht in einem allfälligen weiteren Verfahren der Nichtigkeitsbeschwerde darauf zurückkommen (BGE 123 IV 1 E. 1; BGE 110 IV 116; BGE 106 IV 194 E. 1c, je mit Hinweisen). Diese Präzisierung der Rechtsprechung zum - vorliegend anwendbaren - alten Verjährungsrecht ist auch in Anbetracht des am 1. Oktober 2002 in Kraft getretenen neuen Verjährungsrechts geboten, wonach die Verjährung nicht mehr eintreten kann, wenn vor Ablauf der Verjährungsfrist ein erstinstanzliches Urteil ergangen ist, die Verjährung also bereits mit der Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils zu laufen aufhört.

### **E. 6.2.3**

Der Beschwerdeführer 1 hat die Verurteilung wegen unlauteren Wettbewerbs im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. b UWG, begangen durch den Versand der Formulare im November 1995, in der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde erfolglos angefochten; seine Rüge, er habe nicht eventualvorsätzlich gehandelt, ist unbegründet. Daher läuft die Verfolgungsverjährung in Bezug auf diese Straftaten ab der Eröffnung des vorliegenden Bundesgerichtsentscheids nicht weiter, obschon das angefochtene Urteil in teilweiser Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde aus anderen Gründen formal vollumfänglich aufgehoben wird und die Vorinstanz infolge Wegfalls der übrigen Verurteilungen (Versand der Formulare im November 1994 und Januar 1995) wegen Eintritts der Verjährung die Strafe neu bemessen muss.

### **E. 6.3**

Entsprechendes gilt in Bezug auf das Recht zur Einziehung der durch den Versand der Formulare im November 1995 erlangten Vermögenswerte. Diese Einziehung wurde in der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde erfolglos angefochten; die Rüge, die Einziehung falle insoweit mangels gültiger Strafanträge ausser Betracht, ist unbegründet (siehe E. 4 hievore). Mit der Eröffnung des vorliegenden Bundesgerichtsentscheids läuft die Verjährung in Bezug auf BGE 129 IV 305 S. 315 dieses Einziehungsrecht nicht weiter. Unerheblich ist, dass das angefochtene Urteil in teilweiser Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde aus anderen Gründen formal vollumfänglich aufgehoben wird und die Vorinstanz infolge der Verjährung des Rechts zur Einziehung der Vermögenswerte, welche durch den Versand der Formulare im November 1994 und im Januar 1995 erlangt wurden, neu die Vermögenswerte beziffern muss, welche die Beschwerdeführerin 2 durch den Versand der Formulare im November 1995 allein erlangt hat.