

BGer 6B_887/2016 vom 6. Oktober 2016

Bundesgericht, 2016-10-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_887_2016

FR: TF 6B_887/2016 du 6 octobre 2016

IT: TF 6B_887/2016 del 6 ottobre 2016

Erwägungen

E. 1

Die drei Beschwerdeführer stellen den Antrag, die Beschwerdeverfahren seien gestützt auf Art. 71 BGG in sinngemässer Anwendung von Art. 24 Abs. 2 lit. b BZP zu vereinigen und die drei Beschwerden in einem einzigen Entscheid zu beurteilen.

Die drei Verfahren betreffen dieselben Mailings und die Frage der Behandlung der dadurch erlangten Vermögenswerte. Die Erwägungen im angefochtenen Beschluss vom 4. Mai 2016 in Sachen des Beschwerdeführers 1 und im angefochtenen Beschluss vom 4. Mai 2016 in Sachen der Beschwerdeführer 2 und 3 stimmen inhaltlich im Wesentlichen miteinander überein. Gegen diese Beschlüsse werden in den drei Beschwerden im Wesentlichen dieselben Rügen erhoben. Es rechtfertigt sich daher, die drei Beschwerdeverfahren zu vereinigen.

E. 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".

E. 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 sozialetischen 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.

E. 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 erfülle. 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.

E. 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.

E. 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.

E. 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.

E. 2.4.2

Der Grundsatz "ne bis in idem", gelangt nur zur Anwendung, wenn es in beiden Verfahren um Strafen geht (siehe WOLFGANG 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 (NIKLAUS SCHMID, in: Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, 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; BRIGITTE 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.

E. 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 vorbehält, 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.

E. 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.

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

E. 2.5.3

Dass aber jedenfalls im Einstellungsbeschluss des Bezirksgerichts Luzern vom 8. Juli 2015 betreffend unlauteren Wettbewerb über die Einziehung/Ersatzforderung hätte entschieden werden müssen, macht der Beschwerdeführer 2 nicht geltend. Er focht im Übrigen diesen Einstellungsbeschluss, in dem das Bezirksgericht Luzern auch erkannte, über die Einziehung/Ersatzforderung etc. werde später entschieden, nicht an. Dass das Bezirksgericht Luzern im Einstellungsbeschluss vom 8. Juli 2015 betreffend die Beschwerdeführer 1 und 2 nicht auch über die Einziehung/Ersatzforderung entschied, lässt sich unter anderem damit begründen, dass eine Einziehung/Ersatzforderung nicht nur zu Lasten der Beschuldigten, d.h. der Beschwerdeführer 1 und 2, sondern auch zu Lasten der Beschwerdeführerin 3 in Betracht kam, welche als juristische Person nicht in das Strafverfahren einbezogen war. Es ist nachvollziehbar, dass über die Einziehung/Ersatzforderung für die durch die Mailings erlangten Vermögenswerte zu Lasten der drei Beschwerdeführer gleichzeitig entschieden wurde.

E. 3

Das Gericht wird den Parteien, falls erforderlich, Frist ansetzen, um sich zur Kostenverlegung zu äussern.

Am 8. Juli 2015, also einen Tag später, fasste das Bezirksgericht Luzern den folgenden Beschluss, den es schriftlich und begründet versandte:

1. Das Strafverfahren gegen den Beschuldigten..... wegen mehrfachen unlauteren Wettbewerbs nach Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG wird gestützt auf Art. 329 Abs. 4 StPO eingestellt.

2. Das Gericht wird zu einem späteren Zeitpunkt über allfällige Einziehungen, Ersatzforderungen, Verwendung der beschlagnahmten Gegenstände sowie der geleisteten Kaution und über die Kosten befinden.

3....

E. 3.1

Die Hauptverhandlung am Bezirksgericht Luzern betreffend die Anklage vom 16. Dezember 2014 wegen mehrfachen unlauteren Wettbewerbs fand am 7. Juli 2015 statt. Im Anschluss an die Hauptverhandlung eröffnete das Bezirksgericht am 7. Juli 2015 mündlich den folgenden Entscheid:

1. Das Gericht tritt auf die Anklage nicht ein.

2. Was die Kosten anbelangt, wird das Gericht prüfen, ob diese trotzdem den Beschuldigten zu überbinden sind, da ihnen zumindest ein zivilrechtliches Verschulden vorgeworfen werden kann.

E. 3.2

Die Beschwerdeführer machen geltend, massgebend sei der mündlich eröffnete Beschluss. Darin werde im Unterschied zum schriftlichen Beschluss nicht ein späterer Entscheid über allfällige Einziehungen, Ersatzforderungen etc. vorbehalten. Der später ergangene Entscheid betreffend Einziehung/Ersatzforderung sei aus diesem Grunde bundesrechtswidrig.

Wie es sich damit verhält, kann hier daingestellt bleiben. Die Beschwerdeführer 1 und 2 hätten einen solchen Einwand in einer Beschwerde gegen den Einstellungsbeschluss des Bezirksgerichts Luzern vom 8. Juli 2015 vorbringen können. Sie haben indessen dagegen unstreitig keine Beschwerde erhoben. Zudem haben alle drei Beschwerdeführer weder in ihren Stellungnahmen vom 31. August 2015 zur Einziehungsfrage noch in ihren Beschwerden gegen den Einziehungsbeschluss des Bezirksgerichts Luzern vom 1. Oktober 2015 geltend gemacht, eine Einziehung/Ersatzforderung sei auch deshalb unzulässig, weil sie im mündlich eröffneten Einstellungsbeschluss vom 7. Juli 2015 noch nicht vorbehalten worden sei.

E. 4

Die Beschwerdeführer machen wie bereits im kantonalen Verfahren geltend, bei der Festsetzung der Einziehung/Ersatzforderung seien das Anklageprinzip, die Unschuldsvermutung und ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden.

E. 4.1

Das Bezirksgericht Luzern setzte im Beschluss vom 8. Juli 2015 der Staatsanwaltschaft eine Frist, um sich über allfällige Einziehungen, Ersatzforderungen etc. zu äussern. Die Staatsanwaltschaft Luzern stellte fristgemäss ihre Anträge. Zur Begründung der Anlasstaten verwies sie im Wesentlichen auf die Anklageschrift vom 16. Dezember 2014 betreffend unlauteren Wettbewerb. Die Staatsanwaltschaft machte darüber hinaus Ausführungen zur Höhe der Ersatzforderungen und zum Kausalzusammenhang zwischen diesen Forderungen und den Anlasstaten. Die Beschwerdeführer konnten dazu Stellung nehmen.

Die Beschwerdeführer waren somit informiert, und ihr Anspruch auf rechtliches Gehör war gewahrt.

E. 4.2

Anträge zu den Sanktionen, wozu auch die Einziehung und die Ersatzforderung zählen, gehören nicht zum Inhalt der Anklageschrift (siehe Art. 325 StPO). Sie werden ausserhalb derselben gestellt, wobei die Staatsanwaltschaft auch ankündigen kann, diese Anträge würden an der Hauptverhandlung gestellt (Art. 326 Abs. 1 lit. f StPO). In der Anklageschrift muss mithin nicht dargestellt werden, inwiefern Vermögenswerte durch welche Handlungen erlangt worden sind.

E. 4.3

Die Strafverfolgungsbehörden haben zu beweisen, dass und in welchem Umfang Vermögenswerte durch tatbestandsmässige und rechtswidrige Handlungen erlangt wurden und wem diese Vermögenswerte in welchem Umfang zuflossen.

Die Vorinstanzen gehen davon aus, dass die (ihres Erachtens irreführenden) Mailings vom 10., 15. und 30. Oktober 2008 sowie vom 24. November 2008 noch nicht verjährt sind. Sie stellen fest, in den Monaten Oktober, November und Dezember 2008 seien bei der A. _____ AG Zahlungen von insgesamt Fr. 2'056'937.-- und seit Anfang 2009 bis 2. Juni

2009 Zahlungen von insgesamt Fr. 2'816'322.--, total also Zahlungen von Fr. 4'913'259.--, eingegangen, was nicht bestritten worden sei. Die A. _____ AG habe ausser den Erlösen aus Mailings unstreitig keine weiteren Einnahmen erzielt (angefochtener Entscheid E. 3.4.1).

Unter diesen Umständen ist es offensichtlich, dass zwischen den Mailings und den Zahlungseingängen ein Kausalzusammenhang besteht.

E. 4.4.1

Die Vorinstanzen schliessen allerdings nicht aus, dass ein Teil der Zahlungseingänge auf bereits verjährte Mailings, die vor Oktober 2008 versandt wurden, zurückzuführen ist. Dass aber ein sehr grosser Anteil der für den relevanten Zeitraum errechneten Zahlungseingänge von Fr. 4'913'259.-- auf die nicht verjährten Mailings zurückzuführen ist, ist nach der Einschätzung der ersten Instanz sehr wahrscheinlich (erstinstanzlicher Entscheid E. 8.22). Die Vorinstanz hält fest, es liege zwar allenfalls im Bereich des technisch Machbaren, entsprechend dem Antrag der Beschwerdeführer abzuklären, welche Vermögenswerte aus den nicht verjährten Mailings herrührten. Solche Abklärungen wären aber entgegen der Meinung der Beschwerdeführer sehr aufwändig. Es liege auf der Hand, dass zur Ausscheidung des Erlöses aus den nicht verjährten Anlasstaten ein nicht zumutbarer Untersuchungsaufwand betrieben werden müsste. Damit seien die Voraussetzungen für eine Schätzung gemäss Art. 70 Abs. 5 StGB erfüllt (angefochtener Entscheid E. 3.4.3.3).

E. 4.4.2

Vorauszuschicken ist, dass eine Einziehung auch bei verjährter Tat möglich sein kann (siehe Urteil 6S.477/2001 vom 9. Oktober 2001 E. 2). Dies kann insbesondere im Falle von Übertretungen vorkommen. Das Recht der Einziehung verjährt nach sieben Jahren; ist jedoch die Verfolgung der Straftat einer längeren Verjährungsfrist unterworfen, findet diese Frist auch auf die Einziehung Anwendung (Art. 70 Abs. 3 StGB). Aus Art. 70 StGB ergibt sich nicht, wann die Verjährung des Einziehungsrechts beginnt. Insoweit ist Art. 98 StGB analog anwendbar. Die Verjährung beginnt demnach mit dem Tag, an dem der Täter die strafbare Tätigkeit ausführt, durch welche er den Vermögenswert erlangt. Die Verjährungsfrist für die Einziehung beginnt somit mit jener für die Anlasstat zu laufen (n.p. E. 3.1 von BGE 129 IV 305 ; NIKLAUS SCHMID, a.a.O., N. 221 f. zu Art. 70 - 72 StGB). Bei Straftaten mit einer Verjährungsfrist von sieben Jahren verjährt somit das Einziehungsrecht gleichzeitig mit der Strafverfolgung, ist in diesem Sinne die Einziehung bei verjährter Tat ausgeschlossen.

E. 4.4.3

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). Die Bestimmung erfasst mithin den Fall, dass der Umfang der "einzuziehenden Vermögenswerte", also der durch strafbare Handlungen erlangten Vermögenswerte, sich nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand ermitteln lässt. Die Bestimmung erfasst nicht auch den Fall, in dem schwierig abzuklären ist, in welchem Umfang Vermögenswerte durch Straftaten und in welchem Umfang sie durch legale Handlungen erlangt worden sind. Die Voraussetzungen der Einziehung beziehungsweise der Ersatzforderung sind nach den üblichen strafprozessualen Grundsätzen zu beweisen (Urteil 6S.300/2003 vom 30. Oktober 2003 E. 2; NIKLAUS SCHMID, a.a.O., N. 210 zu Art. 70 - 72 StGB). Die Bestimmung erfasst auch nicht einen Fall der vorliegenden Art, in dem schwierig zu ermitteln ist,

inwieweit die Vermögenswerte durch bereits verjährte und inwieweit sie durch noch nicht verjährte Straftaten erlangt worden sind.

E. 4.4.4

Der Gesamtbetrag der Massnahmen (Einziehungen und Ersatzforderungen), die von den Vorinstanzen zulasten der Beschwerdeführer angeordnet wurden, beträgt Fr. 564'383.--. In der Zeit von Oktober 2008 bis 2. Juni 2009 gingen bei der A._____ AG Zahlungen von total Fr. 4'913'259.-- ein. Die A._____ AG erzielte Einnahmen einzig durch den Versand von Mailings. Allein schon in Anbetracht dieser Umstände kann nicht nur als wahrscheinlich vermutet oder geschätzt, sondern willkürfrei festgestellt werden, dass jedenfalls Vermögenswerte im Umfang von mindestens Fr. 564'383.-- zufolge der vier nicht verjährten Mailings von Oktober und November 2008 eingegangen waren. Die Vorinstanz hat nicht ohne Beweisgrundlage entschieden, sondern auf Kennzahlen abgestellt (siehe im Einzelnen angefochtener Entscheid E. 3.4.3.4). Sie hat damit entgegen ihren eigenen Ausführungen nicht lediglich eine Schätzung, sondern eine Beweiswürdigung vorgenommen, die willkürfrei ist. Im Übrigen legen die Beschwerdeführer nicht dar, inwiefern die zu ihren Lasten angeordneten Einziehungen und Ersatzforderungen im Einzelnen gemessen an den von der Vorinstanz genannten, unbestrittenen Kennzahlen im Ergebnis willkürlich seien.

E. 4.5

Der Beschwerdeführer 2 macht im Besonderen noch geltend, die Vorinstanz argumentiere in Bezug auf die Einziehung und Ersatzforderung zu seinen Lasten widersprüchlich beziehungsweise geradezu willkürlich. Während sie bei der Gesamtbetrachtung der einzuziehenden Vermögenswerte feststelle, der einzuziehende Totalbetrag von Fr. 564'383.-- zu Lasten aller drei Betroffenen, prozentual 11,48 %, erscheine angesichts der von Oktober 2008 bis 2. Juni 2009 eingegangenen Zahlungen von total Fr. 4'913'259.-- als verhältnismässig und angemessen, ziehe sie im Widerspruch dazu zu seinen Lasten im Rahmen der Einziehung die Pensionskassengelder ab Oktober 2008 (Fr. 11'013.50) und im Rahmen der Ersatzforderung seinen Lohn ab Oktober 2008 (Fr. 133'389.50) jeweils vollumfänglich und damit zu 100 %, also nicht bloss zum Anteil von 11,48 %, ein mit der Begründung, die Pensionskassengelder und der Lohn ab Oktober 2008 würden vollumfänglich aus deliktisch erlangten Mitteln stammen. Dies erweise sich als krass widersprüchlich und damit willkürlich, nachdem die Vorinstanz selbst konstatiere, dass nicht sämtliche Gelder deliktischen Ursprungs sein könnten.

Die Vorinstanz bestätigt betreffend den Beschwerdeführer 2 die von der ersten Instanz angeordnete Einziehung (Fr. 11'013.50) und Ersatzforderung (Fr. 133'389.50). Zur Begründung gibt sie im angefochtenen Entscheid (E. 3.4.3.4) die erstinstanzlichen Erwägungen (erstinstanzlicher Entscheid E. 10.25 und E. 10.26) zusammenfassend wieder. Die Vorinstanz hält fest, diese Erwägungen seien nicht zu beanstanden und würden von den Einziehungsbetroffenen auch nicht in Frage gestellt (angefochtener Entscheid E. 3.4.3.4). In der Tat hat der Beschwerdeführer 2 in seiner Beschwerde vom 26. Oktober 2015 gegen den erstinstanzlichen Beschluss, welchen die Vorinstanz bestätigt, nicht die Rüge einer widersprüchlichen Argumentation erhoben. Vielmehr sah er, wie bereits im erstinstanzlichen Verfahren, eine rechtsungleiche Behandlung darin, dass gegen andere verantwortliche Personen auf eine Einziehung beziehungsweise Ersatzforderung verzichtet wurde (erstinstanzlicher Entscheid E. 10.28; Beschwerde an die Vorinstanz S. 17/18;

angefochtener Entscheid E. 3.5). Auf die somit erstmals vor Bundesgericht erhobene Rüge betreffend widersprüchliche Argumentation ist daher nicht einzutreten.

E. 5

Die Beschwerdeführer 1 und 3 machen geltend, die Mailings seien nicht irreführend und erfüllten daher den Tatbestand von Art. 23 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG nicht. Es fehle damit an einer Anlasstat für eine Einziehung beziehungsweise Ersatzforderung.

E. 5.1

Das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb bezweckt nach seinem Artikel 1, den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten. Unlauter und widerrechtlich ist nach Art. 2 UWG (Grundsatz) jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst. Unlauter handelt unter anderem, wer über sich, seine Firma, seine Geschäftsbezeichnung, seine Waren, Werke oder Leistungen, deren Preise, die vorrätige Menge, die Art der Verkaufsveranstaltung oder über seine Geschäftsverhältnisse unrichtige oder irreführende Angaben macht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt (Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG). Wer vorsätzlich unlauteren Wettbewerb unter anderem nach Artikel 3 UWG begeht, wird auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Strafantrag stellen kann, wer nach den Artikeln 9 und 10 zur Zivilklage berechtigt ist (Art. 23 UWG).

Unrichtige oder irreführende Angaben im Sinne von Art. 3 UWG sind nicht eo ipso, sondern nur unter der Voraussetzung unlauter, dass sie im Sinne der Generalklausel (Art. 2 UWG) das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflussen. Dies setzt aber entgegen dem Wortlaut der Bestimmung nicht voraus, dass das Verhältnis tatsächlich beeinflusst wird. Nach Rechtsprechung und Lehre genügt es, wenn das Verhalten oder Geschäftsgebaren objektiv geeignet ist, das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern zu beeinflussen (BGE 120 II 76 E. 3a; 124 III 297 E. 5d; Urteile 6B_188/2013 vom 4. Juli 2013 E. 6.3; 4C_353/2002 vom 3. März 2003 E. 4; RETO M. HILTY, in: Basler Kommentar, UWG, 2013, N. 44 zu Art. 2 UWG ; CARL BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2001, N. 28 zu Art. 2 UWG ; siehe auch die Botschaft des Bundesrates vom 18. Mai 1983 zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, BBl 1983 II 1009 ff., S. 1061). Dies bedeutet mit anderen Worten, dass das Verhalten oder Geschäftsgebaren markt- beziehungsweise wirtschaftsrelevant sein muss (PETER JUNG, in: Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, SHK, 2010, N. 11 ff. zu Art. 2 UWG ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, Unlauterer Wettbewerb, 2. Aufl. 2002, § 1 Ziff. 1.11). Wettbewerbsrelevant sind allein Handlungen, die den Erfolg gewinnstrebigem Unternehmen im Kampf um Abnehmer verbessern oder vermindern, ihre Marktanteile vergrössern oder verringern sollen oder dazu objektiv geeignet sind. Massgebend ist die wirtschaftliche Relevanz im Sinne einer abstrakten Eignung zur Wettbewerbsbeeinflussung, wobei die objektive Eignung genügt und unbeachtlich ist, ob subjektiv ein Wille zu wirtschaftlicher Tätigkeit gegeben ist (siehe BGE 120 II 76 E. 3a; Urteil 6B_188/2013 vom 4. Juli 2013 E. 6.3). Strafrechtlich sind unrichtige Angaben im Sinne von Art. 3 UWG in Verbindung mit Art. 23 UWG abstrakte Gefährdungsdelikte, da die abstrakte Eignung zur

Wettbewerbsbeeinflussung genügt (SCHAFFNER/SPITZ, in: Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, SHK, 2010, N. 18 zu Art. 23 UWG). Strafbar ist nicht schon unlauterer Wettbewerb im Sinne von Art. 2 UWG , der in Art. 23 UWG nicht erwähnt wird, sondern nur unlauterer Wettbewerb nach den Artikeln 3, 4, 4a, 5 oder 6 UWG (siehe zum Ganzen Urteil 6B_252/2016 vom 28. April 2016 E. 1.1 und 1.2).

E. 5.2

Die Mailings vom 10., 15. und 30. Oktober 2008 waren an Ärzte und Therapeuten, das Mailing vom 24. November 2008 war an Unternehmen der Tourismusbranche (Hotels, Museen etc.) gerichtet. Die Mailings bestanden aus zwei Teilen, nämlich einem Begleitschreiben und einem Insertionsformular.

Im Begleitschreiben wurde unter anderem Folgendes ausgeführt:

"Datenaktualisierung... Die regelmässige Aktualisierung Ihrer bestehenden Daten steht an, damit wir Ihnen garantieren können, dass wir immer Ihren richtigen Eintrag publizieren. Mit der Aktualisierung tragen Sie dazu bei, für Ihre Patienten immer erreichbar zu sein. Die Eintragung Ihrer Grunddaten bestehend aus Namen, vollständiger Anschrift, Telefon und Fax ist immer kostenlos! Sie können kostenlose Änderungen Ihres bestehenden, nachstehend aufgeführten Eintrags unter [www.....](#) vornehmen:... Ihre derzeit verwendeten Daten finden Sie auch auf dem beigegeführten Formular, das Sie bitte dann benutzen, wenn Sie einen kostenpflichtigen Auftrag erteilen. Hier können Sie weitere Angaben zu Ihrer Praxis und zudem auch Bilder und Logo zur Veröffentlichung beifügen....".

Im Begleitschreiben wird mithin lediglich in einem Nebensatz darauf hingewiesen, dass zur Erteilung eines kostenpflichtigen Auftrags das beigegeführte Formular zu verwenden ist. Daraus wird aber nicht beziehungsweise jedenfalls nicht klar ersichtlich, dass mit der Retournierung des unterzeichneten Formulars automatisch ein kostenpflichtiger Vertrag eingegangen wird.

Im beigegeführten Formular ist unten links ein längerer, 26-Zeilen umfassender Text enthalten. Darin wird unter anderem Folgendes ausgeführt:

"Wir bestätigen, dass das beigelegte Bild- und Textmaterial dem neuesten Informationsstand entspricht. Zudem nehmen wir davon Kenntnis, dass alle Formen von Eintragungen immer im Rahmen eventuell gültiger Datenschutzgesetze gem. Art. 12 DSGVO vorgenommen werden. Ich/wir erteilen hiermit der A. _____ AG (Verlag) den Auftrag, die auf diesem Formular gemachten Angaben (Mindestgrösse 500x500 Pixel inklusive Logo und Bild) während der nächsten 12 Monate und den danach folgenden 24 Monaten als Anzeige auf der Internetseite [www....](#) zu publizieren... (es folgen Angaben zur Ausübung des Widerrufsrechts)... Die Kosten für die Anzeige betragen 983 EUR pro Jahr und werden jährlich im Voraus berechnet... (es folgen unter anderem Angaben zum Gerichtsstand, zum Erfüllungsort und zum anwendbaren Recht)... "

Die Angaben über die Kosten für die Anzeige sind unauffällig mitten in einem längeren Text enthalten, der im Übrigen unter anderem Angaben zum Datenschutz, zum Gerichtsstand und zum anwendbaren Recht enthält. Die "essentialia" des Vertrags sind nicht sofort klar erkennbar und in einem Text verborgen, in dem sie nicht vermutet werden.

E. 5.3.1

In Anbetracht des Gegenstandes der Mailings (Einträge in Verzeichnisse respektive Aktualisierung der Einträge) und des angesprochenen Personenkreises (vorwiegend kleinere Unternehmen) können keine hohen Erwartungen an die Aufmerksamkeit der Adressaten gestellt werden. Die Dokumente müssen daher schon bei oberflächlicher Lektüre in den wesentlichen Punkten ohne weiteres klar und verständlich sein. Dieser Anforderung genügen die inkriminierten Mailings nicht.

E. 5.3.2

Es gibt keinen sachlichen Grund, die Werbung beziehungsweise das Angebot für Einträge in ein Verzeichnis so umständlich und kompliziert darzustellen, wie es in den inkriminierten Mailings geschehen ist. Aufmachung und Inhalt der Mailings können vernünftigerweise nur damit erklärt werden, dass es darum ging, die Adressaten zu täuschen.

In den Mailings wird nicht klar genug zwischen der unentgeltlichen Leistung einerseits und der entgeltlichen Leistung andererseits unterschieden. Diese Unterscheidung ergibt sich auch nicht daraus, dass die Mailings aus zwei Teilen, nämlich dem Begleitbrief und dem Formular bestehen. Der Adressat erkennt nicht ohne weiteres auf den ersten Blick, dass er durch Rücksendung des unterzeichneten Formulars einen entgeltlichen Vertrag eingeht und dass zur kostenlosen Aktualisierung der Grunddaten die Rücksendung des unterzeichneten Formulars nicht erforderlich ist. Zudem sind die "essentialia" des Vertrags nicht ohne weiteres klar erkennbar.

E. 5.3.3

Die inkriminierten Mailings vom 10., 15. und 30. Oktober 2008 sowie vom 24. November 2008 unterscheiden sich nicht wesentlich von den Formularen der A. _____ AG, die Gegenstand der zivilrechtlichen Beurteilung durch das (damalige) Amtsgericht Luzern-Stadt vom 14. April 2008 und letztinstanzlich durch das Bundesgerichtsurteil 4A_106/2009 vom 1. Oktober 2009 (auszugsweise publiziert in BGE 136 III 23) waren.

Mit Zivilurteil vom 14. April 2008 hatte das (damalige) Amtsgericht Luzern-Stadt in Bezug auf die Gegenstand jenes Verfahrens bildenden Dokumente eine Verletzung von Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG bejaht und der A. _____ AG verboten, Formulare zu verwenden, die nicht klar zwischen der entgeltlichen und der unentgeltlichen Leistung unterscheiden und/oder für die entgeltliche und die unentgeltliche Leistung nicht je ein separates Unterschriftsfeld vorsehen. Das (damalige) Obergericht des Kantons Luzern bestätigte am 16. Januar 2009 den erstinstanzlichen Entscheid. Die I. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts verbot mit Urteil 4A_106/2009 vom 1. Oktober 2009 (auszugsweise publiziert in BGE 136 III 23) der A. _____ AG, Formulare zu verwenden, die nicht - durch ein zu unterzeichnendes Schriftfeld für die Beanspruchung von entgeltlichen und durch ein separat zu unterzeichnendes Schriftfeld für die Beanspruchung von unentgeltlichen Dienstleistungen - zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Dienstleistungen unterscheiden (nicht veröffentlichtes Urteilsdispositiv von BGE 136 III 23). Die inkriminierten Mailings sind offensichtlich auch im Lichte dieser Entscheide unlauter im Sinne von Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG . Dass sie nicht mehr nur aus einem Dokument, sondern aus zwei Dokumenten bestehen, nämlich einem Begleitbrief und einem Formular, ändert daran nichts.

E. 5.4

Die Mailings waren auch geeignet, das Verhältnis zwischen Mitbewerbern beziehungsweise zwischen Anbietern und Abnehmern zu beeinflussen. Daran ändert nichts, dass die Rücklaufquote lediglich 0,24 % betrug. Diese Quote war bei den Gegenstand von BGE 136 III 23 bildenden Formularen nicht wesentlich grösser. Immerhin sandten einige Tausend Adressaten das Formular unterzeichnet zurück, und die Beschwerdeführer erzielten dadurch Einnahmen im Umfang von mehreren Millionen Franken für eine Leistung, die ihren Preis von knapp Fr. 1'000.-- offensichtlich nicht wert war. Die Beschwerdeführer verschafften sich durch ihr Verhalten einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den lauter operierenden Konkurrenten.

E. 6

Die Beschwerdeführer machen geltend, die vorinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen verletze Bundesrecht. Die vorinstanzlichen Erwägungen seien geradezu ein Beispiel für eine unzulässige Verdachtsstrafe. Sie erweckten beim unbefangenen Leser den Eindruck, die Beschwerdeführer 1 und 2 hätten sich eigentlich (auch) strafbar gemacht.

E. 6.1

Die Kosten einer Strafuntersuchung trägt grundsätzlich der Staat (Art. 423 StPO). Wird das Strafverfahren eingestellt oder erfolgt ein Freispruch, so können die Verfahrenskosten nach Art. 426 Abs. 1 StPO dem Beschuldigten ganz oder teilweise auferlegt werden, wenn er rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens verursacht oder dessen Durchführung erschwert hat. Unter denselben Voraussetzungen können ihm auch die Entschädigung für die Ausübung seiner Verteidigungsrechte und die erlittenen wirtschaftlichen Einbussen sowie die Genugtuung für erstandene Haft ganz oder teilweise verweigert werden (Art. 429 Abs. 1 lit. a - c in Verbindung mit Art. 430 Abs. 1 lit. a StPO). Bei der Kostenpflicht im Falle von Freispruch oder Verfahrenseinstellung handelt es sich nicht um eine Haftung für ein strafrechtliches Verschulden, sondern um eine zivilrechtlichen Grundsätzen angenäherte Haftung für ein fehlerhaftes Verhalten, durch das die Einleitung oder Erschwerung eines Strafverfahrens verursacht wurde. Widerrechtlich im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR ist ein Verhalten, wenn es gegen Normen verstösst, die direkt oder indirekt Schädigungen untersagen beziehungsweise ein Schädigungen vermeidendes Verhalten vorschreiben. Solche Verhaltensnormen ergeben sich aus der Gesamtheit der schweizerischen Rechtsordnung, unter anderem aus dem Privat-, Verwaltungs- und Strafrecht, gleichgültig, ob es sich um eidgenössisches oder kantonales, geschriebenes oder ungeschriebenes Recht handelt. Gegen die Unschuldsvermutung von Art. 10 StPO , Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK verstösst es aber, in der Begründung des Entscheids, mit dem ein Freispruch oder eine Verfahrenseinstellung erfolgt und dem Beschuldigten Kosten auferlegt werden oder eine Entschädigung verweigert wird, diesem direkt oder indirekt vorzuwerfen, er habe sich strafbar gemacht beziehungsweise es treffe ihn ein strafrechtliches Verschulden. Die Unschuldsvermutung ist verletzt, wenn die Kostenaufgabe (offen oder verdeckt) an eine eben gerade nicht bewiesene Tatschuld anknüpft. Die Begründung der Kostenaufgabe darf bei einer unbefangenen Person nicht den Eindruck erwecken, der Beschuldigte sei nach wie vor eines Delikts verdächtig oder schuldig (zum Ganzen Urteil 6B_499/2014 vom 30. März 2015 E. 2.1, in: Pra 2015 Nr. 59 S. 464, mit Hinweisen).

E. 6.2

In seinen Beschlüssen vom 1. Oktober 2015 auferlegte das Bezirksgericht Luzern die Kosten des Vorverfahrens und die Kosten des Gerichtsverfahrens den Beschwerdeführern. Die Vorinstanz bestätigte dies im angefochtenen Entscheid. Das Bezirksgericht, auf dessen Erwägungen die Vorinstanz verweist, hält ausdrücklich fest, mit der nachfolgenden Kostenverlegung werde keine strafrechtliche Schuld festgestellt. Das Strafverfahren gegen die Beschwerdeführer 1 und 2 sei mit Beschluss vom 8. Juli 2015 eingestellt worden. Die Schuld der Beschwerdeführer 1 und 2 sei nicht festzustellen. Für diese gelte die Unschuldsvermutung (Beschluss des Bezirksgerichts E. 9.2). Das Bezirksgericht erwägt, aus seinen Ausführungen zur Anlasstat als Voraussetzung für die festgesetzte Ersatzforderung gegen die Beschwerdeführer ergebe sich, dass der Versand der inkriminierten Mailings einen klaren Verstoß gegen eine geschriebene Verhaltensnorm der schweizerischen Rechtsordnung, nämlich Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG, und somit ein im zivilrechtlichen Sinne widerrechtliches und vorwerfbares Verhalten darstelle. Dieses habe dazu geführt, dass gegen die Beschwerdeführer 1 und 2 ein Strafverfahren eröffnet worden sei (Beschluss des Bezirksgerichts E. 9.4). Die Vorinstanz hält dazu ergänzend fest, die Strafbarkeitsvoraussetzung des Verschuldens sei nie Thema gewesen. Es könne auch nicht davon gesprochen werden, dass die erstinstanzlichen Erwägungen implizit von einem strafrechtlichen Verschulden der Beschwerdeführer 1 und 2 ausgingen. Sie befassten sich ausschliesslich mit deren zivilrechtlichen Verantwortlichkeit.

E. 6.3

Die Vorinstanzen haben erkannt, dass die Voraussetzungen für eine Einziehung beziehungsweise eine Ersatzforderung erfüllt sind, dass nämlich die Beschwerdeführer im Sinne von Art. 23 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG objektiv und subjektiv tatbestandsmässige sowie rechtswidrige Handlungen begangen haben. Damit haben die Vorinstanzen nicht auch, weder ausdrücklich noch implizit, erwogen, die Beschwerdeführer 1 und 2 hätten sich eigentlich auch strafbar gemacht. Zu derartigen Erwägungen bestand auch kein Anlass, da die Einziehung und die Ersatzforderung unabhängig von der Strafbarkeit und der strafrechtlichen Schuld einer bestimmten Person angeordnet werden können. Vielmehr wird den Beschwerdeführern ein gegen Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG verstossendes und damit ein zivilrechtswidriges Verhalten, eine unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 41 OR, vorgeworfen. Die Kostenaufgabe und die Verweigerung einer Entschädigung verletzen die Unschuldsvermutung entgegen der Meinung der Beschwerdeführer nicht.

E. 7

Da die Beschwerden somit abzuweisen sind, haben die Beschwerdeführer die bundesgerichtlichen Kosten je zu einem Drittel, unter solidarischer Haftung für den ganzen Betrag, zu zahlen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.