

# **BGer 6B 272/2008 vom 8. Oktober 2008**

Bundesgericht, 2008-10-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_272\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_272_2008)

FR: TF 6B 272/2008 du 8 octobre 2008

IT: TF 6B 272/2008 del 8 ottobre 2008

## **Regeste**

Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb | Straftaten

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Schreiben an die B.\_\_\_\_\_ (Schweiz) GmbH trägt links oben den Titel "Register für Handel und Industrie", darunter folgt die Firma "A.\_\_\_\_\_ AG". Im Mittelteil befindet sich der Titel "Ref: Eintragung in das A.\_\_\_\_\_ -Register für Handel und Industrie". In der Mitte links folgt die Textpassage: "Ihre Eintragungskosten in das A.\_\_\_\_\_ -Register für Handel und Industrie unter gleichzeitiger Aufnahme in die Registratur. Durch Überweisung des angeführten Betrages bestätigen Sie dieses Angebot und die Richtigkeit des Firmenwortlautes. Es besteht keine Eintragungspflicht." In der rechten Spalte sind der vorgesehene "Registerauszug und Textvorschlag" abgedruckt, im untersten Drittel der Einzahlungsschein mit dem Betrag über Fr. 495.50 (vgl. act. 3/1).

### **E. 2**

Der Beschwerdeführer rügt die Verletzung von Bundesrecht ( Art. 95 lit. a BGG ) durch unrichtige Anwendung der objektiven Tatbestände von Art. 23 UWG i.V.m. Art. 3 lit. b, d und i UWG . Das Schreiben sei nicht irreführend gestaltet, es handle sich klarerweise um eine Offerte betreffend Eintragung ins Register für Handel und Industrie.

### **E. 3**

Nach Art. 2 UWG ist unlauter und widerrechtlich 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. Die Generalklausel von Art. 2 UWG wird in den Art. 3 bis 8 UWG durch Spezialtatbestände konkretisiert. Aufgrund der Generalklausel ist zunächst zu beurteilen, ob überhaupt ein Verhalten vorliegt, das den Wettbewerb beeinflussen kann. Trifft dies zu, so ist im Sinne des Zweckartikels zu fragen, in welcher Weise das umstrittene Verhalten seiner Art nach die Lauterkeit oder Unverfälschtheit des Wettbewerbs beeinträchtigen könnte, damit den Zielen der Erhaltung der Geschäftsmoral und der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs Rechnung getragen werden kann. Wird so die Art und Weise eines Verhaltens in Bezug gesetzt zur erwünschten Fairness der Wettbewerber und zum zweckmässigen Funktionieren des Wettbewerbs, ist zu prüfen, ob sich das Verhalten seiner Art nach einem der Sondertatbestände der Art. 3 bis 8 UWG zuordnen lässt ( BGE 133 III 431 E. 4.3 S. 435, mit Hinweis).

### **E. 4**

Den Straftatbestand des unlauteren Wettbewerbs im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. b UWG erfüllt, 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. Nach der Rechtsprechung ist zudem erforderlich, dass die unrichtigen oder irreführenden Angaben - wie überhaupt allgemein die unlauteren Handlungen - geeignet sind, im Sinne des in Art. 2 UWG festgelegten Grundsatzes das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern zu beeinflussen (vgl. BGE 117 IV 193 E. 2 S. 197). Formulare, die angesichts ihrer Aufmachung und einzelner darin enthaltener Angaben Rechnungen täuschend ähnlich sind, sind auf Irreführung der Adressaten angelegt und dazu auch geeignet. Die Vermerke und Hinweise, aus denen der geneigte Leser allenfalls den Offertcharakter erkennen kann, haben bloss Alibifunktion. Es gibt keinen sachlichen Grund, eine Offerte in einer derartigen Aufmachung zu gestalten. Soweit aber eine solche Aufmachung aus irgendwelchen Gründen ausnahmsweise geboten sein sollte, ist in grossen Buchstaben an hervorgehobener Stelle in verständlicher Sprache und für jeden Adressaten sofort ohne weiteres erkennbar festzuhalten, dass das Formular keine Rechnung, sondern lediglich eine Offerte darstellt (nicht amtlich publizierte E. 2.5 von BGE 129 IV 49, Urteil 6S.357/2002 vom 18. Dezember 2002).

#### **E. 4.1**

Die Vorinstanz verweist - wie für sämtliche nachfolgenden Tatbestände - im Wesentlichen auf die Ausführungen der ersten Instanz. Daraus ist zu entnehmen, dass der Versand von Rechnungen für unbestellte Leistungen unlauter sei. Das Formular der A. \_\_\_\_\_ AG vermittele durch seine grafische und textliche Gestaltung einem unbefangenen Leser in guten Treuen eindeutig den Eindruck, es handle sich um eine Rechnung, welcher bereits eine Bestellung vorausgegangen sei. Zwar werde das Wort "Rechnung" nicht erwähnt, durch das Abdrucken des Einzahlungsscheins im untersten Drittel scheine es sich jedoch um eine solche zu handeln. Der erste Teil des mittleren Textteils spreche von "Eintragungskosten" und erwecke dadurch den Eindruck, es bestehe eine Verpflichtung zur Bezahlung dieser Kosten. Daran vermöge auch nichts zu ändern, dass der zweite Satz von einem "Angebot" spreche und sich im letzten Satz der Hinweis finde, dass keine Eintragungspflicht bestehe. Der Offertcharakter des Formulars komme bei der vorgenommenen Gestaltung nicht bzw. kaum zum Ausdruck. Mit der Zahlungsaufforderung werde suggeriert, dass es sich um eine vorbestehende Geschäftsbeziehung handle, aufgrund welcher die Rechnungsstellung erfolge. Dies gelte insbesondere in Berücksichtigung des Umstandes, dass die meisten Unternehmungen arbeitsteilig organisiert seien, das Formular aufgrund seiner Gestaltung in die Buchhaltungsabteilung weitergeleitet und dort von der sachbearbeitenden Person irrtümlich zur Zahlung abgezeichnet werde. Zudem habe die A. \_\_\_\_\_ AG bzw. der Beschwerdeführer als deren Geschäftsführer die entsprechenden Formulare jeweils an jene Unternehmen versandt, bei welchen ein neuer Handelsregistereintrag bzw. eine Mutation des Eintrags erfolgt war. Gesamthaft sei festzuhalten, dass das Formular irreführend gestaltet sei, weil im Text nicht unmissverständlich hervorgehoben werde, dass es sich um eine blosser Einladung zu einer Bestellung handle. Demzufolge sei der objektive Tatbestand von Art. 3 lit. b UWG erfüllt (erstinstanzliches Urteil S. 10 ff.). Die Vorinstanz hält ergänzend fest, auf der Rückseite des Formulars seien weitere Präzisierungen über das Register zu entnehmen. Die Hinweise würden aber in Anbetracht der Aufmachung des Formulars in den Hintergrund treten (angefochtenes Urteil S. 10 ff.).

#### **E. 4.2**

Der Beschwerdeführer bringt dagegen vor, der mittlere Textteil sei nicht missverständlich, sei doch von einem Angebot und von keiner Eintragungspflicht die Rede. Daraus gehe klar hervor, dass es sich um eine Offerte und nicht um eine Rechnung für eine vorbestehende Geschäftsbeziehung handle. Dem unbefangenen Leser sei es zuzutrauen, einen fünfzeiligen Text, bestehend aus zwei Sätzen, durchzulesen. Dies umso mehr, als das Angebot lediglich aus einer A4-Seite bestehe. Im Weiteren sei zu beachten, dass das Wort "Rechnung" in der Offerte nicht erwähnt werde. Das Anhängen eines Einzahlungsscheins sei im Direct Marketing üblich. Auf der rechten Spalte des Mittelteils sei der Firmenwortlaut unter dem Titel "Registerauszug und Textvorschlag" aufgeführt. Diese Formulierung sei ein weiterer Hinweis darauf, dass es sich um eine Offerte handle. Zusammengefasst könne festgehalten werden, dass sich aus dem Formular zweifelsfrei ergebe, dass dieses eine Offerte und nicht eine Rechnung für eine vorbestehende Rechtsbeziehung darstelle (Beschwerde Ziff. 1.2).

#### **E. 4.3**

Im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichts betreffend die Gestaltung einer Offerte als Rechnung erweisen sich die Erwägungen der Vorinstanz durchaus als zutreffend. Für den Beschwerdeführer gab es keinen sachlichen Grund, die Offerte einer Rechnung täuschend ähnlich zu gestalten. Der von ihm genannte mittlere Textteil ist weder in grossen Buchstaben noch an hervorgehobener Stelle abgefasst. Die vom Beschwerdeführer erhobenen Einwände ändern nichts an der Tatsache, dass der Offertcharakter des Formulars nicht ohne weiteres sofort erkennbar ist. Der Beschwerdeführer hat die Geschädigte darüber irregeführt, dass es sich beim Formular nicht um eine Rechnung handelt, und sich deshalb unlauter im Sinne von Art. 3 lit. b UWG verhalten. Seine Rüge der unrichtigen Anwendung dieses Tatbestandes erweist sich demnach als unbegründet.

#### **E. 5**

Gemäss Art. 3 lit. i UWG handelt unlauter, wer die Beschaffenheit, die Menge, den Verwendungszweck, den Nutzen oder die Gefährlichkeit von Waren, Werken oder Leistungen verschleiert und dadurch den Kunden täuscht.

#### **E. 5.1**

Die erste Instanz führt aus, diese Bestimmung statuiere eine selbständige Aufklärungspflicht. Verschleiern bedeute, ein bestehendes Gefälle zwischen der eigentlichen Leistung und ihrem Schein zugunsten der Ersteren zu verdecken. Durch die Gestaltung des Formulars sei die Beschaffenheit der Leistung der A. \_\_\_\_\_ AG verschleiert worden, indem das Formular den Eindruck einer Rechnung erwecke, obwohl es sich um eine blosser Offerte für den Eintrag im Register handle. Ebenso werde durch die Verwendung der Bezeichnung "Register für Handel und Industrie" verschleiert, dass es sich hierbei um ein privates Register handle. Dies gelte umso mehr, als der betreffende Eintrag voraussetzungs- und kostenlos erfolge. Der Rechnungsbetrag sei nur für Zusatzdienstleistungen geschuldet, welche auf Anfrage telefonisch angeboten würden, namentlich Wirtschaftsberatung und Zugriff auf Wirtschaftsinformationen. Dies ergebe sich aus dem Text in keiner Art und Weise, so dass die Kunden darüber getäuscht würden, der angegebene Rechnungsbetrag sei für den Registereintrag geschuldet (erstinstanzliches Urteil S. 12 f.).

#### **E. 5.2**

Der Beschwerdeführer macht geltend, durch die Bezeichnungen "Register für Handel und Industrie" und "A. \_\_\_\_\_ AG" erkenne der unbefangene Leser auf einen Blick, dass das Register durch eine privatrechtlich organisierte AG betrieben werde und es sich deshalb um ein privates Register handle. Aus der Offerte gehe zweifellos hervor, dass der Betrag für den Eintrag in das Register für Handel und Industrie zu begleichen sei, weshalb der potentielle Kunde nicht über den Umfang des Angebots getäuscht werde. Der Umstand, dass die A. \_\_\_\_\_ AG nun Dienstleistungen, welche ursprünglich gegen Entgelt mit 30% Rabatt angeboten werden sollten, unentgeltlich anbiete, ändere nichts an dieser Einschätzung (Beschwerde Ziff. 1.3).

### **E. 5.3**

Für die täuschende Ähnlichkeit der Offerte mit einer Rechnung kann auf das bereits Gesagte verwiesen werden (vgl. E. 4.3 hiervor). Der Vorinstanz ist demnach zuzustimmen, dass die A. \_\_\_\_\_ AG die Geschädigte darüber täuschte, eine kostenpflichtige Dienstleistung - den Eintrag ins öffentliche Handelsregister - anzubieten. Der Einwand des Beschwerdeführers, wonach der Rechnungsbetrag für den Eintrag in das Register für Handel und Industrie gelte, ist unbehelflich. Die Vorinstanz hat in tatsächlicher Hinsicht verbindlich festgestellt, dass der Rechnungsbetrag nur für allfällige Zusatzdienstleistungen geschuldet ist. Der Beschwerdeführer hat die Beschaffenheit seiner Leistung verschleiert, weshalb die Vorinstanz zu Recht eine Widerhandlung gegen Art. 3 lit. i UWG bejaht hat.

### **E. 6**

Laut dem als wettbewerbsrechtlichen Kennzeichenschutz bezeichneten Tatbestand von Art. 3 lit. d UWG handelt unlauter, wer Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines andern herbeizuführen. Darunter fallen sämtliche Verhaltensweisen, bei denen das Publikum durch die Schaffung von Verwechslungsgefahr irreführt wird. Die Gefahr der Verwechslung kann entstehen, wenn die Ware eines Konkurrenten wegen ihrer äusseren Ausstattung für das bereits auf dem Markt befindliche Erzeugnis eines anderen gehalten werden kann. Die Verwechslungsgefahr mit ähnlich gekennzeichneten Produkten ist anhand der tatsächlichen Warenpräsentation in gesamter Würdigung aller Umstände in Betracht zu ziehen, die für den durchschnittlich aufmerksamen Käufer die Individualisierung der gekennzeichneten Produkte mitprägen ( BGE 128 III 343 E. 4a S. 359, mit Hinweisen). Das Risiko von Verwechslungen ist umso grösser, je näher sich die Waren sind, für welche die in Frage stehenden Zeichen gebraucht werden. Werden zwei Zeichen für identische Warengattungen verwendet, ist bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr ein besonders strenger Massstab anzulegen (126 III 315 E. 6b/bb S. 320, mit Hinweis).

#### **E. 6.1**

Die erste Instanz führt zur Verwechslungsgefahr aus, der links oben verwendete Titel "Register für Handel und Industrie" sei geeignet, eine solche mit dem Handelsregister zu schaffen. Dies gelte umso mehr, wenn kurz vor Zustellung des Formulars ein Neueintrag oder eine Eintragungsänderung erfolgt sei. Massgebend sei der Gesamteindruck, welcher ein derartiges Formular erwecke. Die gesamte Gestaltung wirke derart offiziell, dass die Verwechslungsgefahr durch den Vermerk "A. \_\_\_\_\_ AG" nicht entkräftet werde (erstinstanzliches Urteil S. 14 f.).

#### **E. 6.2**

Der Beschwerdeführer bringt dagegen vor, die Wirtschaftsfreiheit erlaube privatrechtlich organisierten Gesellschaften, Registereinträge auf freiwilliger Basis anzubieten. Aus der Offerte ergebe sich eindeutig, dass es sich um einen Antrag betreffend Eintragung ins Register für Handel und Industrie, welches durch die A. \_\_\_\_\_ AG betrieben werde, handle. Im Gegensatz zu dieser Offerte versende das Handelsregisteramt des Kantons Zürich seine Rechnungen nur in Deutsch und ohne Angabe einer Mehrwertsteuernummer. Im Übrigen sei die in der Offerte enthaltene Gebühr auch nicht identisch mit derjenigen, die durch das Handelsregister in Rechnung gestellt werde (Beschwerde Ziff. 1.4).

### **E. 6.3**

Auch hinsichtlich des wettbewerbsrechtlichen Kennzeichenschutzes ist den Ausführungen der Vorinstanz zuzustimmen. Das Formular der A. \_\_\_\_\_ AG ist aufgrund seiner äusseren Ausstattung einer Rechnung des Handelsregisteramtes täuschend ähnlich (vgl. E. 4.3 hiervor). Beim Eintrag ins private oder ins öffentliche Register handelt es sich um gleichartige Dienstleistungen. Zudem erwartete die Geschädigte eine Rechnung des Handelsregisteramtes, so dass sie die Offerte für eine Rechnung desgleichen hielt. In Würdigung aller Umstände sind der Vermerk "A. \_\_\_\_\_ AG" und die Tatsachen, dass das Handelsregisteramt die Offerten nur in deutscher Sprache und ohne Angabe einer Mehrwertsteuernummer versendet und die Gebühren nicht identisch sind, von untergeordneter Bedeutung. Der Beschwerdeführer hat mit seinem Verhalten eine Verwechslungsgefahr mit der Leistung für den Eintrag ins öffentliche Handelsregister geschaffen. Demzufolge hat die Vorinstanz kein Bundesrecht verletzt, indem sie die Widerhandlung gegen Art. 3 lit. d UWG bejaht hat.

### **E. 7**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die Rügen des Beschwerdeführers allesamt als unbegründet erweisen. Demgemäss ist die Beschwerde abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ).

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