

# **BGer 6B 298/2013 vom 16. Januar 2014**

Bundesgericht, 2014-01-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_298\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_298_2013)

FR: TF 6B 298/2013 du 16 janvier 2014

IT: TF 6B 298/2013 del 16 gennaio 2014

## **Regeste**

Mehrfache ungetreue Geschäftsbesorgung, unlauterer Wettbewerb; Willkür, Strafzumessung | Straftaten

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Vorinstanz spricht den Beschwerdeführer im Anklagepunkt A. i.V.m. E./11 in Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheids des unlauteren Wettbewerbs im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. d UWG schuldig, begangen dadurch, dass er für das von ihm neu gegründete Unternehmen die Firma "AC. \_\_\_\_\_ AG" wählte. Dadurch habe er mit Wissen und Willen die Gefahr einer Verwechslung mit der Firma "AB. \_\_\_\_\_ GmbH" seiner Arbeitgeberin geschaffen (angefochtenes Urteil E. 6.2 S. 17 ff.; erstinstanzlicher Entscheid E. 3 S. 11 ff.). Der Beschwerdeführer macht wie im kantonalen Verfahren geltend, dass die beiden Firmen "AC. \_\_\_\_\_ AG" und "AB. \_\_\_\_\_ GmbH" nach dem massgebenden Gesamteindruck und gemessen an den diesbezüglichen Anforderungen sich hinreichend deutlich voneinander unterscheiden und somit keine Verwechslungsgefahr bestehe.

### **E. 1.2**

Gemäss Art. 23 Abs. 1 UWG wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer vorsätzlich unlauteren Wettbewerb nach Artikel 3 begeht. Gemäss Art. 3 UWG ("Unlautere Werbe- und Verkaufsmethoden und anderes widerrechtliches Verhalten") handelt unlauter unter anderem, wer (lit. d.) Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen.

#### **E. 1.2.1**

Unter den mitunter als wettbewerbsrechtlicher Kennzeichenschutz bezeichneten Tatbestand von Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG fallen sämtliche Verhaltensweisen, bei denen das Publikum durch die Schaffung von Verwechslungsgefahr irregeführt wird ( BGE 128 III 353 E. 4; 126 III 239 E. 3a). Der Begriff der Verwechslungsgefahr ist für das gesamte Kennzeichenrecht einheitlich zu umschreiben ( BGE 128 III 401 E. 5; 127 III 160 E. 2a; 126 III 239 E. 3a; Urteil 4A\_669/2011 vom 5. März 2012 E. 2.2, in: sic! 9/2012 S. 564). Die konkrete Beurteilung der Verwechslungsgefahr im Einzelfall kann indessen je nach der Rechtsgrundlage unterschiedlich ausfallen. Es ist möglich, dass die Verwechslungsgefahr beispielsweise unter firmenrechtlichen Gesichtspunkten zu verneinen, unter lauterkeitsrechtlichen Kriterien hingegen zu bejahen ist ( ARPAGAUS, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG], 2013, Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG N. 65 mit Hinweisen). Verwechslungsgefahr bedeutet, dass ein Kennzeichen im

Schutzbereich, den ihm das Firmen-, Namens-, Marken- oder Wettbewerbsrecht verleiht, durch gleiche oder ähnliche Zeichen in seiner Funktion der Individualisierung bestimmter Personen oder Gegenstände gefährdet wird. Dabei können schlechter berechnete, gleiche oder ähnliche Zeichen Fehlzurechnungen derart verursachen, dass die Adressaten die mit ihnen gekennzeichneten Personen oder Gegenstände für jene halten, die mit den besser berechneten Zeichen individualisiert werden (unmittelbare Verwechslungsgefahr), oder die schlechter berechneten Zeichen können eine mittelbare Verwechslungsgefahr schaffen, indem die Adressaten zwar die Unterschiede der Zeichen wahrnehmen, aber aufgrund der Ähnlichkeit falsche Zusammenhänge vermuten. Die Gefahr von Fehlzurechnungen hängt von den gesamten Umständen ab, unter denen die Adressaten die Zeichen wahrnehmen, und von der Art, wie sie die Zeichen verstehen und in der Erinnerung behalten ( BGE 127 III 160 E. 2a mit Hinweisen). Die Verwechslungsgefahr ist nach dem Gesamteindruck und der Aufmerksamkeit und Wahrnehmungsfähigkeit des durchschnittlichen Publikums zu beurteilen (Urteil 4A\_315/2009 vom 8. Oktober 2009 E. 2.1, in: sic! 2/2010 S. 101; Urteil 4C\_240/2006 vom 13. Oktober 2006 E. 2.1.1, in: sic! 4/2007 S. 287). Massgebend ist der Eindruck, den das Publikum in der Schweiz gewinnt ( BGE 128 III 353 E. 4). Das Bundesgericht prüft die Verwechslungsgefahr als Rechtsfrage frei, soweit es um das Verständnis des Publikums geht, welches die streitige Leistung in Anspruch nimmt und kein Branchenverständnis spezifischer Verkehrskreise in Frage steht ( BGE 128 III 401 E. 5; 126 III 239 E. 3a, je mit Hinweisen).

### **E. 1.2.2**

Unter den Schutzbereich von Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG fällt auch die Firma. Wie das Firmenrecht verlangt das Wettbewerbsrecht, dass sich eine jüngere von einer älteren Firma eines Mitbewerbers genügend unterscheidet ( BGE 100 II 224 E. 5; Urteil 4A\_315/2009 vom 8. Oktober 2009 E. 2.2, in: sic! 2/2010 S. 101). Die im Handelsregister eingetragene und im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlichte Firma eines einzelnen Geschäftsinhabers oder einer Handelsgesellschaft oder Genossenschaft steht dem Berechtigten zu ausschliesslichem Gebrauch zu ( Art. 956 Abs. 1 OR ). Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaften können unter Wahrung der allgemeinen Grundsätze der Firmenbildung ihre Firma frei wählen. In der Firma muss die Rechtsform angegeben werden ( Art. 950 OR ). Die Firmen der Aktiengesellschaften, der Gesellschaften mit beschränkter Haftung und der Genossenschaften müssen sich von allen in der Schweiz bereits eingetragenen Firmen von Gesellschaften in einer dieser Rechtsformen deutlich unterscheiden ( Art. 951 Abs. 2 OR ). Die Firmen müssen nicht nur bei einem gleichzeitigen, aufmerksamen Vergleich unterscheidbar sein, sondern auch in der Erinnerung auseinandergehalten werden können ( BGE 130 III 478 E. 5.3; 122 III 369 E. 1). Bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr durch Verwendung von Firmen sind unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsrechts auch Umstände zu berücksichtigen, die ausserhalb des Kennzeichens liegen. Daher ist es lauterkeitsrechtlich relevant, ob die beiden Unternehmen in derselben Region und in der gleichen Branche tätig sind und sich an dieselben Kunden wenden ( ARPAGAU, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG N. 127). Die Anforderungen an die Unterscheidbarkeit der Firmen sind strenger, wenn zwei Unternehmen aufgrund der statutarischen Bestimmungen im Wettbewerb stehen können oder sich aus einem anderen Grund an die gleichen Kundenkreise wenden ( BGE 118 II 322 E. 1; Urteil 4A\_669/2011 vom 5. März 2012 E. 2.2, in: sic! 9/2012 S. 564).

### **E. 1.2.3**

Im Gedächtnis des Publikums bleiben namentlich Firmenbestandteile haften, die durch ihren Klang oder ihren Sinn hervorstechen; solche Bestandteile haben daher für die Beurteilung des Gesamteindrucks einer Firma erhöhte Bedeutung ( BGE 130 III 478 E. 5.3; 127 III 160 E. 2b/cc). Dies trifft insbesondere für reine Fantasiebezeichnungen zu, welche in der Regel eine stark prägende Kraft haben. Umgekehrt verhält es sich bei gemeinfreien Sachbezeichnungen. Grundsätzlich stehen jedoch auch Firmen, welche als wesentliche Bestandteile nur solche gemeinfreien Sachbezeichnungen enthalten, unter dem Schutz des Ausschliesslichkeitsanspruchs gemäss Art. 951 Abs. 2 und Art. 956 OR ( BGE 130 III 478 E. 5.3; 128 III 224 E. 2b). Wer dieselben Sachbezeichnungen ebenfalls als Firmenbestandteile verwendet, hat deshalb für eine hinreichend deutliche Abhebung von der älteren Firma zu sorgen, indem er sie mit individualisierenden zusätzlichen Elementen ergänzt. Dazu genügen in der Regel beschreibende Zusätze, die lediglich auf die Rechtsform oder auf den Tätigkeitsbereich des Unternehmens hinweisen, nicht ( BGE 130 III 478 E. 5.3 mit Hinweisen).

### **E. 1.3.1**

Die englischsprachigen Wortbestandteile "A" und "B" in der Firma "AB.\_\_\_\_\_ GmbH" werden vom durchschnittlichen deutschsprachigen Publikum in der Schweiz in ihrer Wortbedeutung verstanden. Sie sind gemeinfreie Sachbezeichnungen. Der Sinn des zusammengesetzten Wortes "AB" erschliesst sich dem durchschnittlichen Publikum nicht ohne Weiteres. Der Begriff hat als Fantasiebezeichnung keine wesentlich grössere Kennzeichnungskraft als eine blossе Sachbezeichnung. Die englischsprachigen Wortbestandteile "A" und "C" in der Firma "AC.\_\_\_\_\_ AG" werden vom durchschnittlichen deutschsprachigen Publikum in der Schweiz in ihrer Wortbedeutung verstanden. Sie sind als gemeinfreie Sachbezeichnungen anzusehen. Dies gilt auch für das zusammengesetzte Wort "AC".

### **E. 1.3.2**

Die zusammengesetzten Wörter "AC" und "AB" stimmen in ihrem ersten Wortbestandteil, "A", miteinander überein. Die zweiten Wortbestandteile in den beiden Firmen enthalten je vier Buchstaben. Die beiden Wortbestandteile unterscheiden sich deutlich in ihrem Klang voneinander. Im Gedächtnis des Publikums bleibt der erste Wortbestandteil "A" haften, zumal beide Unternehmen Spiele anbieten. Der zweite Wortbestandteil, "B" beziehungsweise "C", tritt demgegenüber im Gedächtnis in den Hintergrund. Die beiden Unternehmen haben ihren Sitz am gleichen Ort, sind in derselben Branche tätig und richten sich an dieselben Kreise. Jedenfalls unter Berücksichtigung dieser Umstände unterscheidet sich die neuere Firma "AC.\_\_\_\_\_ AG" nicht hinreichend deutlich von der älteren Firma "AB.\_\_\_\_\_ GmbH". Es besteht Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG .

### **E. 1.4**

Wer vorsätzlich im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen, wird gemäss Art. 23 Abs. 1 UWG bestraft. Strafbar ist mithin schon die Herbeiführung der Verwechslungsgefahr. Entgegen der Meinung des Beschwerdeführers ist nicht erforderlich, dass die Verwechslungsgefahr zum Zweck der unzulässigen Aneignung eines fremden Arbeitsergebnisses ausgebeutet wird. Ein solches

Erfordernis ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn der gesetzlichen Bestimmung. Im Übrigen wäre es im konkreten Fall offensichtlich erfüllt.

### **E. 2.1**

Die Vorinstanz spricht den Beschwerdeführer im Anklagepunkt C.1 des unlauteren Wettbewerbs im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 5 lit. a UWG schuldig, begangen im Zusammenhang mit der Implementierung von Software und Kundendaten der AB. \_\_\_\_\_ GmbH in die AC. \_\_\_\_\_ AG. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Merkmale von Art. 5 lit. a UWG seien nicht erfüllt.

### **E. 2.2**

Gemäss Art. 23 UWG wird bestraft, wer vorsätzlich unlauteren Wettbewerb nach Artikel 5 begeht. Nach Art. 5 UWG ("Verwertung fremder Leistung") handelt unlauter unter anderem, wer (lit. a) ein ihm anvertrautes Arbeitsergebnis wie Offerten, Berechnungen oder Pläne unbefugt verwertet.

#### **E. 2.2.1**

Die Aufzählung der Arbeitsergebnisse in der zitierten Bestimmung ist nicht abschliessend. Arbeitsergebnisse sind beispielsweise auch Kundenlisten und Datensammlungen, sofern sie sich zur Verwertung eignen ( ARPAGAUS/FRICK, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG], 2013, Art. 5 N. 27; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, Unlauterer Wettbewerb, 2. Aufl. 2002, Rz. 9.07). Gemäss der Botschaft erfasst Art. 5 lit. a UWG diejenigen Situationen, in denen jemand in gegenseitiger Übereinstimmung mit dem Erzeuger des Arbeitsergebnisses in dessen Besitz gelangt ist. Eine weitergehende Bedeutung sei dem Begriff "anvertraut" hier nicht zuzumessen (Botschaft des Bundesrates vom 18. Mai 1983 zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, BBl 1983 II 1009 ff., 1069). Der Tatbestand von Art. 5 lit. a UWG weist aufgrund des Merkmals des "Anvertrauens" gewisse Parallelen zum Straftatbestand der Veruntreuung im Sinne von Art. 138 StGB auf. Das unlautere Verhalten besteht im Missbrauch eines gegebenen Vertrauens (Urteil 6S.684/2001 vom 18. Januar 2002 E. 1b; Urteil 4C\_399/1998 vom 18. März 1999 E. 2b, in: sic! 3/1999 S. 300). Unter "Verwerten" im Sinne von Art. 5 lit. a UWG ist jede wirtschaftliche Nutzung eines fremden Arbeitsergebnisses zu verstehen (Botschaft, a.a.O., S. 1069). "Unbefugt" ist jede Verwertung des anvertrauten Arbeitsergebnisses ohne Einverständnis des Berechtigten (Arpagaus/Frick, a.a.O., Art. 5 UWG N. 49; Baudenbacher, in: Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2001, Art. 5 UWG N. 32; Botschaft, a.a.O., S. 1069). Unbefugt ist die Verwertung somit nicht nur dann, wenn das verwertete Arbeitsergebnis ein Geschäftsgeheimnis ist.

#### **E. 2.2.2**

Die erste Instanz vertrat die Auffassung, dem Beschwerdeführer sei das von der C. \_\_\_\_\_ AG für die AB. \_\_\_\_\_ GmbH konzipierte Computerprogramm inklusive Kundendaten anvertraut worden. Indem er dieses Programm der AB. \_\_\_\_\_ GmbH mit Hilfe der D. \_\_\_\_\_ AG für das neu gegründete Konkurrenzunternehmen AC. \_\_\_\_\_ AG kopieren liess, obschon er gemäss Arbeitsvertrag zur Geheimhaltung verpflichtet und ihm ein Konkurrenzverbot auferlegt worden war, habe er dieses Computerprogramm unbefugt verwertet (erstinstanzliches Urteil S. 37 f.). Die Vorinstanz ist demgegenüber der Ansicht, das Computerprogramm in seiner ursprünglichen Version falle als Tatobjekt ausser Betracht, da die AB. \_\_\_\_\_ GmbH lediglich Lizenznehmerin gewesen und damit das

Computerprogramm nicht ihr Arbeitsergebnis sei (Urteil S. 31). Die Vorinstanz erwägt im Weiteren, dass jedoch auch Sammlungen von Kundendaten als Arbeitsergebnisse im Sinne von Art. 5 UWG zu qualifizieren sind, wenn sie sich als solche zur Verwertung eignen, wie etwa Sammlungen von Adressaten für bestimmte Waren und Leistungen. Eine solche Sammlung von Kundendaten liege hier vor (Urteil S. 32). Diese Kundendaten seien dem Beschwerdeführer anvertraut worden. Der Beschwerdeführer habe diese Daten unbefugt verwertet, da er gemäss seinem Arbeitsvertrag mit der AB. \_\_\_\_\_ GmbH und gestützt auf Art. 321a Abs. 4 OR zur Geheimhaltung dieser Informationen verpflichtet gewesen sei (Urteil S. 32).

### **E. 2.2.3**

Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, ist unbegründet. Zwar mag es zutreffen, dass entgegen einer Andeutung im angefochtenen Urteil (S. 31/32) die von der D. \_\_\_\_\_ AG bewerkstelligten kundenspezifischen Anpassungen am Computerprogramm wie dieses selbst ein Arbeitsergebnis der D. \_\_\_\_\_ AG und nicht ein Arbeitsergebnis der AB. \_\_\_\_\_ GmbH waren. Die Sammlung der Kundendaten als solche ist nach der zutreffenden Auffassung der Vorinstanz indessen ein Arbeitsergebnis der AB. \_\_\_\_\_ GmbH, d.h. ein von dieser erarbeitetes Ergebnis von wirtschaftlichem Wert. Dieses Arbeitsergebnis wurde dem Beschwerdeführer von der AB. \_\_\_\_\_ GmbH anvertraut, da er als Arbeitnehmer dieses Unternehmens darauf Zugriff hatte. Der Beschwerdeführer verwertete die Sammlung von Kundendaten, indem er sie dem von ihm gegründeten Konkurrenzunternehmen AC. \_\_\_\_\_ AG zur wirtschaftlichen Nutzung zugänglich machte. Diese Verwertung war unbefugt, da sie ohne das Einverständnis der AB. \_\_\_\_\_ GmbH erfolgte.

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz spricht den Beschwerdeführer im Anklagepunkt C.2 des unlauteren Wettbewerbs im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 5 lit. a UWG schuldig, weil er den Mitarbeitern der AC. \_\_\_\_\_ AG die Namen der Kunden bekannt gab, die bei der AB. \_\_\_\_\_ GmbH wiederholt in Zahlungsverzug geraten waren, und er die Mitarbeiter anwies, diesen Personen als Kunden der AC. \_\_\_\_\_ AG Waren nur gegen Vorauszahlung zu liefern. Der Beschwerdeführer erliess diese Mitteilung und Anweisung aufgrund einer aktuellen Debitorenliste der AB. \_\_\_\_\_ GmbH per 31. Mai 2006 (Urteil E. 6.5 S. 34 ff.). Die Vorinstanz verwirft den Einwand des Beschwerdeführers, diese Informationen seien ihm nicht von der AB. \_\_\_\_\_ GmbH anvertraut, sondern von ihm selber erzeugt worden, als unbegründet. Der Begriff des "Anvertrauens" in Art. 5 lit. a UWG sei etwas unglücklich gewählt. Die Bestimmung schütze auch das vom Arbeitnehmer für den Arbeitgeber erzeugte Arbeitsergebnis vor der Weitergabe durch den Erzeuger selber. Diese Weitergabe sei unbefugt gewesen, was sich aus dem Inhalt des Arbeitsvertrages zwischen dem Beschwerdeführer und der AB. \_\_\_\_\_ GmbH ergebe (Urteil S. 36).

### **E. 3.2.1**

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Merkmale von Art. 5 lit. a UWG seien nicht erfüllt. Eine Liste betreffend Kunden mit schlechter Zahlungsmoral sei kein Arbeitsergebnis im Sinne dieser Bestimmung. Jedenfalls sei sie kein Arbeitsergebnis, das ihm von der AB. \_\_\_\_\_ GmbH anvertraut worden sei. Denn er selber habe festgestellt, welche Kunden über eine schlechte Zahlungsmoral verfügten. Er habe daher nicht ein ihm

anvertrautes Arbeitsergebnis verwertet.

### **E. 3.2.2**

Die Einwände sind unbegründet. Eine Liste betreffend Kunden mit schlechter Zahlungsmoral kann Bestandteil einer Sammlung von Kundendaten sein und ist wie diese ein Arbeitsergebnis. Auch wenn eine solche Liste auf Erkenntnissen des Arbeitnehmers beruht und somit tatsächlich, wie jedes Arbeitsergebnis, vom Arbeitnehmer erzeugt wurde, steht sie rechtlich dem Arbeitgeber zu und ist dieser als ihr Erzeuger anzusehen. Der Begriff "anvertraut" in Art. 5 lit. a UWG ist unglücklich gewählt (Baudenbacher, a.a.O., Art. 5 UWG N. 29). Kundendaten sind vom Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Sinne von Art. 5 lit. a UWG anvertraut, wenn sie im Rahmen des Arbeitsverhältnisses und daher mit dem Einverständnis des Arbeitgebers dem Arbeitnehmer zugänglich sind. Indem der Beschwerdeführer die Namen von Kunden mit schlechter Zahlungsmoral den Mitarbeitenden des von ihm neu gegründeten Konkurrenzunternehmens AC. \_\_\_\_\_ AG bekannt gab verbunden mit der Anweisung, diese Kunden nur gegen Vorauszahlung zu beliefern, verwertete er das Arbeitsergebnis der AB. \_\_\_\_\_ GmbH zum wirtschaftlichen Nutzen der AC. \_\_\_\_\_ AG. Diese Verwertung war unbefugt, da die AB. \_\_\_\_\_ GmbH damit nicht einverstanden war.

### **E. 3.3**

Der Beschwerdeführer macht geltend, im Anklagepunkt C.2 sei der Anklagegrundsatz verletzt worden.

#### **E. 3.3.1**

Der Beschwerdeführer rügte im erstinstanzlichen Verfahren eine Verletzung des Anklageprinzips in mehrfacher Hinsicht. Die erste Instanz erwog, da in der Anklageschrift die einzelnen Handlungen beziehungsweise Sachverhaltsabschnitte nicht separat rechtlich gewürdigt werden, bedürfe es zur Verteidigung natürlich vermehrter Denkarbeit, welche indessen ohne Weiteres zu bewältigen sei. Eine Verletzung des Anklageprinzips sei unter Berücksichtigung der nachfolgenden Ausführungen sowie Freisprüche und Verurteilungen zu verneinen (erstinstanzliches Urteil S. 6). Im Berufungsverfahren machte der Beschwerdeführer nicht mehr geltend, dass das Anklageprinzip verletzt sei. Die Vorinstanz erwägt, eine solche Rüge sei im Berufungsverfahren zu Recht nicht mehr erhoben worden, und sie verweist auf die ihres Erachtens zutreffenden erstinstanzlichen Erwägungen. Es sei denn auch nicht ersichtlich, dass eine wirksame Verteidigung nicht möglich gewesen wäre (Urteil S. 9). Da sich die Vorinstanz mit der Frage der Verletzung des Anklageprinzips befasst hat, liegt dazu ein letztinstanzlicher kantonaler Entscheid vor. Die Rüge, im Anklagepunkt C.2 sei der Anklagegrundsatz verletzt worden, ist daher zulässig.

#### **E. 3.3.2**

Im Anklagepunkt C.2, in welchem die Vorinstanz den Beschwerdeführer wegen unlauteren Wettbewerbs im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 5 lit. a UWG verurteilt, wird der eingeklagte Sachverhalt wie folgt beschrieben: "Der Angeklagte gab, im Wissen, dass er die Angestellten zur Preisgabe von Geschäftsgeheimnissen anstiftet und durch sein irreführendes Verhalten gegen die Regel des Vertrauensprinzips zuwiderhandelt, was auf die Geschäftstätigkeit zwischen Lieferanten und Kunden bezüglich der AC. \_\_\_\_\_ AG und der AB. \_\_\_\_\_ GmbH Auswirkungen hatte, und suggerierte, es handle sich bei der AC. \_\_\_\_\_ AG um eine Rechtsnachfolgerin der AB. \_\_\_\_\_ GmbH, zu einem namentlich nicht bekannten Zeitpunkt, in der Zeit zwischen Mai 2006 und 10. November

2006, seinen Mitarbeitern diejenigen Kunden bekannt, welche regelmässig in Zahlungsverzug gerieten, und wies sie, nachdem sie neu bei der AC. \_\_\_\_\_ AG angestellt waren, an, von diesen Kunden namens der AC. \_\_\_\_\_ AG jeweils eine Vorauszahlung zu verlangen." Der Beschwerdeführer bezweifelt, ob diese Umschreibung des Anklagesachverhalts als Grundlage für einen Schuldspruch wegen unlauteren Wettbewerbs im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 5 lit. a UWG ausreicht. Wenn entsprechend der Auffassung der Vorinstanz das Verbot der Weitergabe der Namen von Kunden mit schlechter Zahlungsmoral sich aus dem Arbeitsvertrag ergeben soll, müsste es sich bei den Namen solcher Kunden um ein Geschäftsgeheimnis handeln, was indessen weder im vorinstanzlichen Urteil noch in der Anklageschrift hinreichend dargetan werde. Sodann müsste ein Geheimhaltungswille des Geheimnisherrn bestehen, was wiederum weder in der Anklageschrift noch im angefochtenen Entscheid erwähnt werde. Zudem werde ihm in der zitierten Passage der Anklageschrift nicht der Vorwurf gemacht, er habe ein ihm anvertrautes Arbeitsergebnis unbefugt verwertet. Vielmehr werde ihm zur Last gelegt, er habe die Angestellten zur Preisgabe von Geschäftsgeheimnissen angestiftet. Wie er dies gemacht haben soll und welche Geschäftsgeheimnisse auf seine Anstiftung hin preisgegeben werden sollten, bleibe freilich im Dunkeln.

### **E. 3.3.3**

In der Anklageschrift werden einleitend (S. 2 f.) unter Wiedergabe des Gesetzestextes die Straftatbestände beschrieben, welche der Beschwerdeführer durch sein Verhalten nach der Auffassung der Anklägerin erfüllte, und abschliessend (S. 17 f.) die Gesetzesbestimmungen genannt, die dadurch verletzt worden sein sollen. In der Darstellung der einzelnen Anklagesachverhalte fehlen Hinweise auf die Tatbestände beziehungsweise die Gesetzesbestimmungen, die dadurch erfüllt respektive verletzt worden sein sollen. Daher wird aus der Anklageschrift nicht ohne Weiteres sofort ersichtlich, welchen Tatbestand der Beschwerdeführer beispielsweise durch das ihm im Anklagepunkt C.2 (Anklageschrift S. 9) unter der Überschrift "Implementierung von Software und Kundendaten der AB. \_\_\_\_\_ GmbH in die AC. \_\_\_\_\_ AG" (Anklageschrift S. 8) zur Last gelegte Verhalten nach der Auffassung der Anklägerin erfüllte.

### **E. 3.3.4**

Die Formulierung im Anklagepunkt C.2, dass der Beschwerdeführer die Angestellten zur Preisgabe von Geschäftsgeheimnissen anstiftete, könnte in dem Sinne verstanden werden, dass der Beschwerdeführer dadurch nach der Auffassung der Anklägerin den Tatbestand von Art. 23 i.V.m. Art. 4 lit. c UWG erfüllte, wonach unlauter handelt, wer Arbeitnehmer, Beauftragte oder andere Hilfspersonen zum Verrat oder zur Auskundschaftung von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen ihres Arbeitgebers oder Auftraggebers verleitet. Dieser Tatbestand beziehungsweise Art. 4 lit. c UWG werden am Anfang respektive am Ende der Anklageschrift denn auch erwähnt. Ob ein im Anklagepunkt C.2 allenfalls erhobener Vorwurf der Verleitung von Arbeitnehmern zum Verrat von Geschäftsgeheimnissen im Sinne von Art. 4 lit. c UWG in der Anklageschrift ausreichend umschrieben wäre, kann dahingestellt bleiben, da der Beschwerdeführer nicht wegen Widerhandlung im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 4 lit. c UWG verurteilt worden ist.

### **E. 3.3.5**

Aus der Umschreibung des Anklagesachverhalts im Anklagepunkt C.2 geht jedenfalls in Verbindung mit der Umschreibung des Anklagesachverhalts im Anklagepunkt C.1 und der

gemeinsamen Überschrift "Implementierung von Software und Kundendaten der AB. \_\_\_\_\_ GmbH in die AC. \_\_\_\_\_ AG" hinreichend deutlich hervor, dass dem Beschwerdeführer darin unter anderem vorgeworfen wird, er habe unter Einsatz von Mitarbeitenden der AC. \_\_\_\_\_ AG als Geschäftsgeheimnis der AB. \_\_\_\_\_ GmbH zu qualifizierende Daten betreffend Kunden mit schlechter Zahlungsmoral zum Nutzen der AC. \_\_\_\_\_ AG verwertet. Dass dies nicht dem Willen der AB. \_\_\_\_\_ GmbH entsprach, ergibt sich hinreichend klar aus dem im Anklagepunkt C.2 enthaltenen Hinweis auf das Geschäftsgeheimnis und musste daher in der Anklageschrift nicht speziell dargestellt werden. Der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer war denn auch in der Lage, sich gegen die in der Anklage erhobenen Vorwürfe zu verteidigen und beispielsweise darzulegen, dass und weshalb seines Erachtens die Kundenlisten weder Geschäftsgeheimnisse noch Arbeitsergebnisse der AB. \_\_\_\_\_ GmbH sind und ihre Verwendung für die AC. \_\_\_\_\_ AG nicht unlauter ist (siehe Plädoyer der Verteidigung vor erster Instanz, kant. Akten act. 105 S. 75 ff.).

#### **E. 4.1**

Die Vorinstanz spricht den Beschwerdeführer im Anklagepunkt E.4 des unlauteren Wettbewerbs im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. b UWG schuldig, begangen dadurch, dass er in der mit Kunden geführten Korrespondenz den Eindruck erweckte, die AC. \_\_\_\_\_ AG sei die Rechtsnachfolgerin der AB. \_\_\_\_\_ GmbH (Urteil E. 6.9 S. 53 ff.). Der Beschwerdeführer macht geltend, ein solcher Eindruck sei nicht erweckt worden.

#### **E. 4.2**

Gemäss Art. 23 UWG wird bestraft, wer vorsätzlich unlauteren Wettbewerb nach Artikel 3 begeht. Nach Art. 3 UWG ("Unlautere Werbe- und Verkaufsmethoden und anderes widerrechtliches Verhalten") handelt unlauter unter anderem, wer (lit. b) über seine Geschäftsverhältnisse unrichtige oder irreführende Angaben macht.

##### **E. 4.2.1**

Der Beschwerdeführer machte im Berufungsverfahren geltend, dass in den von Mitarbeitenden der AC. \_\_\_\_\_ AG an Kunden gerichteten Mitteilungen nicht explizit zu lesen stehe, die AC. \_\_\_\_\_ AG sei die Rechtsnachfolgerin der AB. \_\_\_\_\_ GmbH. Es stelle sich deshalb die Frage, ob solche Sachverhalte von Art. 3 lit. b UWG überhaupt erfasst werden. Der Beschwerdeführer brachte unter Hinweis auf eine Meinungsäusserung in der Lehre vor, der "Nachfolgezusatz" müsse "klar" sein, weil der Werbende vom guten Ruf des Vorgängers profitieren wolle (siehe Baudenbacher/Glückner, in: Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2001, Art. 3 lit. b UWG N. 229). Die Vorinstanz hält dazu fest, in der vom Beschwerdeführer zitierten Literaturstelle werde - zu Recht - keineswegs davon ausgegangen, dass im Zusammenhang mit einer behaupteten Rechtsnachfolge nur ein unrichtiger Nachfolgezusatz unter Art. 3 lit. b UWG falle. Vielmehr werde nur wenige Randnoten zuvor in allgemeiner Weise ausgeführt, wer im Wettbewerb den unzutreffenden Eindruck erwecke, es bestünden rechtliche oder wirtschaftliche Beziehungen zu einem anderen Unternehmen, handle wettbewerbswidrig (Baudenbacher/Glückner, a.a.O., Art 3. lit. b UWG N. 221).

##### **E. 4.2.2**

Der Beschwerdeführer macht geltend, vorliegend gehe es nicht um irgendwelche rechtlichen oder wirtschaftlichen Beziehungen zwischen zwei Unternehmen. Ihm werde vielmehr zur Last gelegt, er habe suggeriert beziehungsweise den unzutreffenden Eindruck

erweckt, die AC. \_\_\_\_\_ AG sei die Rechtsnachfolgerin der AB. \_\_\_\_\_ GmbH. Ein solcher Vorwurf wäre nur begründet, wenn er einen klaren Nachfolgezusatz verwendet hätte. Ein solcher fehle aber. Daher könne er sich nicht des unlauteren Wettbewerbs im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. b UWG schuldig gemacht haben. Der Einwand ist unbegründet. Die Vorinstanz legt dem Beschwerdeführer nicht zur Last, er habe gegenüber den Kunden behauptet, die AC. \_\_\_\_\_ AG sei die Rechtsnachfolgerin der AB. \_\_\_\_\_ GmbH. Sie wirft ihm vor, er habe solches suggeriert beziehungsweise einen diesbezüglichen Eindruck erweckt. Ein solcher Vorwurf kann entgegen der Meinung des Beschwerdeführers nicht dadurch entkräftet werden, dass ein "klarer Nachfolgezusatz" fehlte.

#### **E. 4.2.3**

Die Vorinstanz legt ausführlich dar, durch welche Schreiben inwiefern der Eindruck erweckt beziehungsweise suggeriert wurde, die AC. \_\_\_\_\_ AG sei die Rechtsnachfolgerin der AB. \_\_\_\_\_ GmbH (Urteil S. 55 ff.). Der Beschwerdeführer setzt sich mit diesen Erwägungen nicht auseinander. Durch die im angefochtenen Urteil zitierten Schreiben konnte nach der zutreffenden Auffassung der Vorinstanz bei den Adressaten der Eindruck entstehen, die AC. \_\_\_\_\_ AG sei die Rechtsnachfolgerin der AB. \_\_\_\_\_ GmbH. Der Beschwerdeführer machte durch die zitierten Schreiben zumindest irreführende Angaben über die Geschäftsverhältnisse, was gemäss Art. 3 lit. b UWG unlauter ist.

#### **E. 5.1**

Die Vorinstanz spricht den Beschwerdeführer im Anklagepunkt D.4 der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 StGB schuldig, begangen dadurch, dass er auf Kosten der AB. \_\_\_\_\_ GmbH Weinflaschen kaufte, die als Werbegeschenke für die Kunden der neu gegründeten AC. \_\_\_\_\_ AG bestimmt waren (Urteil E. 6.7 S. 39 ff.). Der Beschwerdeführer macht geltend, die Feststellung der Vorinstanz, die Weinflaschen seien nicht für die Kunden der AB. \_\_\_\_\_ GmbH, sondern für die Kunden der AC. \_\_\_\_\_ AG bestimmt gewesen, sei willkürlich.

#### **E. 5.2**

Die Feststellung der Vorinstanz ist entgegen dem Einwand des Beschwerdeführers keine blosser Vermutung, sondern stützt sich auf eine eingehende Beweiswürdigung. Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, erschöpft sich in appellatorischer Kritik, die zur Begründung der Willkür rüge nicht genügt.

#### **E. 6.1**

Die Vorinstanz verurteilte den Beschwerdeführer zu einer Freiheitsstrafe von 27 Monaten, welche sie im Umfang von 6 Monaten für vollziehbar erklärte. Der Beschwerdeführer beantragt für den Fall der Bestätigung der vorinstanzlichen Schuldsprüche eine Freiheitsstrafe von höchstens 24 Monaten unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs.

#### **E. 6.2**

Was der Beschwerdeführer gegen die Strafzumessung vorbringt, ist unbegründet. Die Vorinstanz hatte als Berufungsinstanz die Strafe nach ihrem Ermessen festzusetzen. Sie musste sich, unter dem Vorbehalt des Verbots der "reformatio in peius", entgegen der Meinung des Beschwerdeführers nicht daran orientieren, wie die erste Instanz die einzelnen Strafzumessungsfaktoren gewichtet hatte. Die in der Beschwerde diesbezüglich vorgenommenen Vergleiche zwischen den vorinstanzlichen und den erstinstanzlichen

Strafzumessungserwägungen, aus welchen der Beschwerdeführer auf eine Ermessensüberschreitung durch die Vorinstanz schliesst, gehen an der Sache vorbei.

**E. 7**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer die bundesgerichtlichen Kosten zu tragen. Der Beschwerdegegnerin 2 hat er keine Entschädigung zu zahlen, da ihr im bundesgerichtlichen Verfahren keine Umtriebe entstanden sind.

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