

ZH_OBERGERICHT SB160195 vom 16. September 2016

ZH Obergericht, 2016-09-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB160195

FR: ZH_OBERGERICHT SB160195 du 16 septembre 2016

IT: ZH_OBERGERICHT SB160195 del 16 settembre 2016

Erwägungen

E. 1

Gegen das eingangs wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Winterthur, Einzelgericht Strafsachen, vom 27. Januar 2016, liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 1. Februar 2016 (Urk. 75) innert Frist Berufung anmelden. Das vollständig begründete Urteil (Urk. 87) wurde vom Beschuldigten am 20. April 2016 (Urk. 82) entgegengenommen. Mit Eingabe vom 4. Mai 2016 reichte der Verteidiger fristgerecht die Berufungserklärung mit Beilagen ein (Urk. 89, 90/1-5). Mit Präsidialverfügung vom 18. Mai 2016 wurde der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland und dem Privatkläger unter Hinweis auf die Berufungserklärung des Beschuldigten Frist zur Erhebung einer Anschlussberufung bzw. zum Antrag auf Nichteintreten auf die Berufung angesetzt (Urk. 92). Mit Eingabe vom 19. Mai 2016 beantragte die Staatsanwaltschaft Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 94). Der Privatkläger verzichtete mit Eingabe vom 8. Juni 2016 auf Anschlussberufung und beantragte Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 97). 2.1. Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung. Die Rechtskraft des angefochtenen Urteils wird somit im Umfang der Berufungsanträge gehemmt, während die von der Berufung nicht erfassten Punkte in Rechtskraft erwachsen (vgl. BSK StPO-Eugster, Art. 402 N 1 f.). 2.2. Der Beschuldigte liess das vorinstanzliche Urteil vollständig anfechten (Urk. 89 S. 1 und Urk. 103 S. 2). Damit erwächst keine Dispositivziffer in Rechtskraft.

E. 3

Die vom Verteidiger im Vorfeld der Berufungsverhandlung gestellten Beweisanträge wurden mit Präsidialverfügung vom 5. September 2016 einstweilen abgewiesen (Urk. 101). Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung wiederholte er die Beweisanträge (Urk. 103 S. 3-8). Wie noch zu zeigen sein wird, sind diesbezüglich keine Weiterungen notwendig. Das Verfahren ist spruchreif.

- 6 -

E. 4

Anlässlich der Berufungsverhandlung rügte die Verteidigung, dass der Beschuldigte erst an der Hauptverhandlung über den Einsatz einer Ersatzrichterin informiert worden sei. Der Grund dafür sei zudem nicht rechtzeitig kommuniziert worden, weshalb es der Verteidigung nicht möglich gewesen sei, nach möglichen Einwendungen gegen die neue Gerichtsbesetzung zu forschen. Damit sei Art. 30 Abs. 1 BV verletzt worden, zumal die vorinstanzliche Richterin über allzu unvollständige Aktenkenntnis verfügt habe (Urk. 103 S. 12 ff.). Wie die Rechte des Beschuldigten durch den Einsatz einer Ersatzrichterin konkret verletzt worden wären, wird von der Verteidigung nicht dargelegt. Solche Vertretungen entsprechen der normalen Gerichtspraxis. Mit Bezug auf die vom

Beschuldigten erwähnten, angeblich der Richterin unbekannt und mit dem vorliegenden Verfahren allen- falls peripher zusammenhängenden Betreibungsakten ist festzuhalten, dass ein pauschaler Verweis auf "ein Beispiel unter vielen" nicht ausreicht, um ihr eine für das Urteil relevante Unkenntnis der Akten nachzuweisen. Eine Verletzung von Art. 30 Abs. 1 BV ist demzufolge nicht auszumachen.

E. 5

Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 23 UWG macht sich strafbar, wer andere, ihre Waren, Werke, Leistungen, deren Preise oder ihre Geschäfts- verhältnisse durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äusserungen herabsetzt. Dabei sind Herabsetzungen indessen nur von einer gewissen Schwe- re, d.h. ein eigentliches Anschwärzen, Verächtlich- und Heruntermachen, tatbe- standsmässig (vgl. BGE 123 IV 211 E. 3b; 122 IV 33 E. 2c; Urteil 6S.858/1999 vom 16. August 2001 E. 7b/bb, in: Pra 2002 Nr. 47 S. 235, 254). Die Herabset- zung wirkt also negativ auf das Bild des Mitbewerbers ein. Art. 3 Abs. 1 lit a UWG schützt die Geschäftsehre. Ob eine Äusserung diese zu verletzen geeignet ist, kann nur aus der Warte des Adressaten der Äusserungen beurteilt werden. Die Bedeutung der fraglichen Äusserung ist aus der Sicht des Durchschnittsadressa- ten zu beurteilen (Philippe Spitz, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbe- werb (UWG) ;SHK - Stämpflis Handkommentar, 2010, N. 35 zu Art. 3 lit a UWG). Die Herabsetzung alleine begründet die Unlauterkeit noch nicht. Wenn der herab- setzende Charakter einer Äusserung feststeht, muss deshalb jeweils geprüft wer- den, ob sie (alternativ) unrichtig, irreführend oder unnötig verletzend ist (s. die Ka- suistik bei Carl Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Basel/Genf/München 2001, N 45 ff. zu Art. 3 lit a UWG; Lucas David/Reto Jacobs, Schweizerisches Wettbewerbs- recht, 2012 N 155 ff.). Mehrere Äusserungen sind jeweils für sich zu prüfen, doch muss der Gesamteindruck bei ihrer Auslegung berücksichtigt werden (BGE 6B_333/2008 E 1.2 – Emserberg, dazu Riklin, MediaLex 2009, 88 ff; BGE 4C.167/2006 E 6.1.2 – Stauffer; BGE 4A_481/2007 E 3.4 f – Adressbuchschwin- del). Einzelne Äusserungen können bereits zur Erfüllung des Tatbestandsmerk- mals ausreichen, es kommt nicht (nur) auf das Gesamtbild an (Spitz, a.a.O., N 33 zu Art. 3 lit. a UWG).

- 10 - a) Unrichtig können nur Tatsachenbehauptungen sein. Unrichtig ist eine solche nicht schon bei jeder Ungenauigkeit; der Grad der verlangten Genauigkeit richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls (Pedrazzini/Pedrazzini, N 5.15; zu Un- genauigkeiten und kleineren Unwahrheiten s. BGE 4A_481/2007 E 3.3 – Adress- buchschwindel, bei Presseberichten, und BGE 1P.584/2006 E 6.2 betr. Biogra- fien; s. auch Spitz, a.a.O., N 36 zu Art. 3 lit a UWG). b) Irreführend ist eine Aussage, die geeignet ist, das angesprochene Publikum zu falschen Annahmen zu verleiten. Der Gegenstand der Irreführung ist bei der her- absetzenden Äusserung belanglos, solange die Irreführung wettbewerbliche Re- levanz besitzt. c) Unnötig verletzend ist eine (in der Regel wahre; ansonsten liegt bereits Unrich- tigkeit vor) Äusserung, wenn sie «angesichts des Sachverhalts, der damit be- schrieben oder bewertet werden soll, weit über das Ziel hinausschiesst, völlig sachfremd oder unsachlich, mithin unhaltbar ist» (Urteil 6S.648/1994 vom 13. De- zember 1994 E. 2c/aa, in: SMI 1995 II S. 438, 442; BGE 4C.205/2000 E 2a; so auch BGE 4A_481/2007 E 3.3 – Adressbuchschwindel). Entscheidend ist also, ob die Kritik in Ton, Inhalt und Ausmass sachlich gerechtfertigt ist. Das ist insbeson- dere dann nicht der Fall, wenn sie ohne begründeten Anlass geäussert wird oder sich ohne zureichenden Grund etwa auf die Religionszugehörigkeit, das Ge- schlecht oder die Gesundheit des Mitbewerbers bezieht

(Mario Pedrazzi- ni/Frederico Pedrazzini, Unlauterer Wettbewerb UWG, 2.Auflage, Bern. 2002, N 5.23; Magda Streuli-Youssef, Unlautere Werbe- und Verkaufsmethoden, in: Lauterkeitsrecht, SIWR Bd. V/1, 2. Aufl. 1998, S. 126; siehe auch ZGB 28). Es bleibt grundsätzlich zulässig, (zutreffende) Kritik zu äussern, doch eben innerhalb der Grenzen der Geschäftsethik und des Verhältnismässigkeitsgebots (Bauden- bacher, a.a.O., N 31 zu Art. 3 lit a UWG; David/Jacobs, a.a.O., N 153; Pedrazzi- ni/Pedrazzini, a.a.O., N 5.20) [zum Ganzen: Lorenza Ferrari Hofer, David Vasella, Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: KKG, FusG, UWG und PauRG; CHK - Hand- kommentar zum Schweizer Privatrecht; 2.A.; 2012; Seiten 497-533]. Erfasst sind also einerseits sachbezogene, aber namentlich im Ton zu weit ge- hende Äusserungen (unsachliche Äusserungen, "Entgleisungen"), andererseits - 11 - solche, die nicht sachbezogen sind (sachfremde Äusserungen). Insofern schützt dieser Tatbestand vor Verletzungen der Menschenwürde und weist eine morali- sche Dimension auf: Verboten sind Demütigungen und ein eigentliches "Lächer- lichmachen". Eine unnötige Verletzung wird auch in Fällen angenommen, in de- nen eine Äusserung ohne begründete Veranlassung und vorwiegend in der Ab- sicht getätigt wird, jemand anderen schlecht zu machen. Das subjektive Merkmal der Schädigungsabsicht kann diesfalls als Indiz für die objektive Verletzungseig- nung dienen. Massstab ist auch hier der Eindruck des unbefangenen Durch- schnittsadressaten der Äusserung. Pointiert abwertende Äusserungen wie z.B. "Betrüger", "Schwindler" oder "Bauernfänger" sind jedoch dann zulässig, wenn sie das tatsächliche Verhalten der kritisierten Person widerspiegeln. Ebenso gilt bild- hafte, auch prägnant formulierte Kritik, welche durchaus sachbezogen ist, noch nicht per se als unnötig herabsetzend. Äusserungen über die Finanzlage, die Bo- nität, die Zahlungsmoral oder die berufliche Leistungsfähigkeit eines Marktteil- nehmers sind grundsätzlich heikel und können schnell über das Ziel hinaus- schiessen und insofern unlauter sein, da sie potenziell schwerwiegend sein kön- nen. Dies gilt insbesondere für Äusserungen von Marktteilnehmern über Mitbe- werber [zum Ganzen: Spitz, a.a.O., S. 226-265]. Dies kann auch der Fall sein, wenn ein Produkt oder eine Dienstleistung als wert- los, seinen Preis nicht wert, unbrauchbar, fehlerhaft oder schadhaft hingestellt wird (vgl. Kommentar Werberecht, David / Schwenninger / Senn / Thalmann, 2010, Marc Schwenninger, N 2 zu Art. 3 Abs.1 lit a UWG). Das Wort Geschäftsverhältnisse erfasst die finanziellen Grundlagen des Ge- schäfts, die Bezugsquellen, Angestellten und ähnliche Faktoren des Geschäftsbe- triebes, auch persönliche Angriffe auf den Geschäftsinhaber (Botschaft UWG/1942, 689; Kommentar Wettbewerbsrecht II, Oesch / Weber / Zäch, 2011, Reto A. Heizmann, N 5 zu Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG). 6.1. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat, sind die Äusserungen (dubios; wegen fehlender Seriosität nicht vertrauenswürdig; Kaufwarnung; Mah- nung zur höchsten Vorsicht; viel Engagement (des Privatklägers), Kunden zu täu- schen) zufolge ihrer negativen Konnotation ohne Zweifel zur Herabsetzung ge-

- 12 - eignet. Sie hat auch die Einwände der Verteidigung zutreffend widerlegt (Urk. 87 S. 9). Darauf ist vollumfänglich zu verweisen (Art. 82 Abs. 4 StPO). Mit der Vo- rinstanz ist dabei (entgegen der Verteidigung, Urk. 70 S. 8 f.) das Wettbewerbs- verhältnis zu bejahen, bieten doch Beide Pianos zum Verkauf an. Ebenso zu Recht wurde der grundsätzlich herabsetzende Charakter dieser Äusserungen be- jahrt. Nachfolgend wird im Rahmen der Tatbestandsmässigkeit zu überprüfen sein, inwieweit sie unlauter sind (d.h. unrichtig, irreführend und unnötig verletzend) bzw. der Beschuldigte gemäss seiner Ansicht berechtigt war, die grundsätzliche Kundschaft (Urk. 70 S. 42) vor dem Privatkläger zu schützen. 6.2.1.

Die Vorinstanz befasste sich zunächst mit der Bezeichnung des Unternehmens des Privatklägers im Schreiben vom 8. Mai 2013 an C._____ als sehr dubios, verbunden mit der nachdrücklichen Warnung an den Adressaten des Schreibens vor dem Kauf beim Musikgeschäft E._____ und der Mahnung zu höchster Vorsicht in diesem Zusammenhang. Auch im Schreiben vom 10. Mai 2013 an die Vertreterin der Handelsfirma "D._____" bezeichnete der Beschuldigte den Privatkläger als ziemlich dubios und wegen fehlender Seriosität nicht als vertrauenswürdig erscheinend. Die Vorinstanz hielt diese (wohl auch als gemischte) Werturteile eingekleidete Äusserungen als sachfremd, welche in keinem Zusammenhang mit dem geplanten Verkauf des Pianos stünden. Dieser Ansicht ist beizupflichten (Urk. 87 S. 10 f.; Ziff. 3.2-3.4; Art. 82 Abs. 4 StPO). Die Vorinstanz entkräftete auch die Argumente der Verteidigung (Urk. 70 S. 16-26). Die Verteidigung versucht vergeblich, aufgrund verschiedener Umstände (Unternehmen des Privatklägers während vieler Jahre (und im Tatzeitpunkt) nicht im HR eingetragen; keine UID-Nummer; Schulden der Verbandsgebühren; Untersuchung der eidgenössischen Steuerverwaltung, falsche Unternehmensangaben auf Internetseite www.....ch, Betreibungen und Verlustscheine) dieses Werturteil insoweit zu rechtfertigen, als die Verletzung nicht unnötig sei. Mit dem gleichen Ziel stützt sich die Verteidigung auf die Zeugenaussagen C._____, H._____ und I._____ (Urk. 104 S. 7). Die Verteidigung scheint zu verkennen, dass für den vorliegenden Piano-kauf die sein Werturteil stützenden Informationen im vorliegenden Zusammenhang sachfremd sind. Konkrete Nachteile, die einem Kunden aus den geltend gemachten Umständen erwachsen könnten, werden in den inkriminierten Schrei-

- 13 - ben auch keine dargelegt. Allenfalls die behaupteten Rechtshandel und Betreibungsverfahren des Privatklägers könnten in diesem Zusammenhang als sachbezogen angesehen werden, was aber angesichts der zahlreichen weiteren, klar sachfremden Vorwürfe, die der Beschuldigte in seinen Schreiben erhebt, den Gesamteindruck nicht wesentlich zu ändern vermag. Von vorneherein keine Rolle für die Tatbestandsmässigkeit spielt sodann die bezeugte Seriosität des Beschuldigten (Urk. 70 S. 21). Entgegen der Verteidigung (Urk. 89 S. 5) ergibt sich sodann aus den Erwägungen in Ziff. 3.3. der Vorinstanz (sachfremde Äusserungen), dass damit die Tatbestandsvariante "unnötig verletzend" von Art. 3a Abs. 1 lit. a UWG gemeint ist, selbst wenn dies nicht mehr explizit bei der eigentlichen Subsumption unter Ziff. 3.4 erwähnt wird. Unter diesen Umständen ist der Wahrheitsgehalt der Aussagen nicht relevant, da auch eine wahre Äusserung unnötig verletzend sein kann, was vorliegend, wie bereits erwähnt, der Fall ist. Dass die Äusserung sodann geeignet ist, den Wettbewerb zu verfälschen, ist zu bejahen. Wird einem Wettbewerbsteilnehmer Unseriosität nachgesagt, sein Unternehmen als dubios bezeichnet und der Kunde vor einem Kauf zu höchster Vorsicht gemahnt, so beeinflussen diese unsachlichen Aussagen den Wettbewerb zugunsten anderer Teilnehmer. Der objektive Tatbestand gemäss Art. 3a Abs. 1 lit. a UWG ist somit erfüllt. 6.2.2. Die Vorinstanz hält sodann fest, dass der Hinweis des Beschuldigten auf eine seitens der eidgenössischen Steuerverwaltung gegen den Privatkläger eingeleitete Untersuchung sowie die Erwähnung des fehlenden Handelsregistereintrages und der UST-Nummer (recte: UID-Nummer [Unternehmensidentifikationsnummer]) nicht tatbestandsmässig sei (Urk. 87 S. 12 f., Ziff. 3.5.-3.8). Da nur der Beschuldigte Berufung erklärt hat, hat es gestützt auf das Verschlechterungsgebot damit sein Bewenden (Art. 391 Abs. 2 StPO). 6.2.3. Hingegen hat die Vorinstanz die Äusserung, dass es naheliegend sei, dass der Privatkläger keine AHV- oder BVG-Beiträge bezahle, mit zutreffender Begründung als unnötig verletzende Äusserung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG qualifiziert (Urk. 87 S. 13, Ziff. 3.9).

Darauf ist zu verweisen (Art. 82 Abs. 4 StPO). Die Ausführungen der Verteidigung in der Berufungsverhandlung, wonach

- 14 - diese Vermutung nicht widerlegt worden sei und einen Baustein für die Aussage, die Firma des Privatklägers sei dubios, darstellten (Urk. 103 S. 21), ändern daran nichts. Auch wird die Strafbarkeit nicht ins Uferlose ausgedehnt, wie die Verteidigung geltend macht, wenn die Vorinstanz festhält, dass diese Äusserungen ohne ersichtliche Veranlassung erfolgten. Vorliegend ist nicht entscheidend, ob die Vorwürfe wahr sind, sondern ob sie sachgerecht sind, was, wie bereits dargelegt, nicht der Fall ist. 6.2.4. Was die Äusserung betrifft, der Privatkläger "verwende viel Engagement, Kunden zu blenden und zu täuschen" (mit Hinweis des Beschuldigten auf die Internetseite www.....ch und die sich dort befindlichen, wahrheitswidrigen Aussagen), so hielt die Vorinstanz die Tatbestandsmässigkeit gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG für gegeben (Urk. 87 S. 13 f.; Ziff. 3.10). Darauf ist vorab zu verweisen (Art. 82 Abs. 4 StPO). Der Verteidiger wendet auch hier ein, die Vorinstanz habe offen gelassen, welche Tatbestandsvariante (unrichtig, irreführend, unnötig verletzend) zum Tragen komme (Urk. 89 S. 5 und Urk. 103 S. 23). Vorliegend handelt es sich wiederum um ein eigentlich gemischtes Werturteil (vgl. 6.2.1. vorstehend), welches als letztlich unnötig verletzend zu qualifizieren ist. Die Vorinstanz hat auch Einwände der Verteidigung vor Vorinstanz umfassend widerlegt (Urk. 87 S. 13 f. Ziff. 3.10; Urk. 70 S. 38 f.). Heute führte der Verteidiger zusätzlich aus, bei www.....ch handle es sich um ein stark genutztes Internetportal und nicht um eine Homepage, und machte Ausführungen zu einem Rechtsstreit des Privatklägers mit der Firma J._____, in dem der Privatkläger falsche Angaben zu seinem Wohnort gemacht habe (Urk. 103 S. 23-26). Inwiefern dies aber seinen Schreiben vom

E. 8

Mit der Vorinstanz (Urk. 87 S. 22 f., Ziff. 1. bis 3.) ist der Vollzug der Strafe aufzuschieben und die Probezeit auf zwei Jahre anzusetzen. IV. Zivilansprüche Der Entscheid der Vorinstanz, das Schadenersatzbegehren des Privatklägers antragsgemäss auf den ordentlichen Weg des Zivilprozesses zu verweisen (Urk. 87 S. 23 f.), ist zu bestätigen. V. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Bei diesem Verfahrensausgang ist das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv zu bestätigen. Den Ausführungen der Verteidigung, wonach der Privatkläger es versäumt habe, seinen prozessualen Obliegenheiten nachzukommen, und sich der Beizug eines Rechtsanwaltes nicht als nötig erwiesen habe (Urk. 103 S. 42) ist nicht zuzustimmen. Schon allein die Tatsache, dass das Untersuchungsverfahren zunächst eingestellt wurde und der diesbezüglich Entscheid über mehrere Instanzen weitergezogen werden musste, zeigt, dass das Verfahren einen Laien überfordert hätte. 2. Ausgangsgemäss trägt der unterliegende Beschuldigte die Kosten des Berufungsverfahrens. Sodann hat er der Privatklägerschaft für die im Berufungsverfahren erwachsenen Kosten eine Entschädigung zu bezahlen. Die vom Privatkläger geltend gemachte Entschädigung von Fr. 6'428.– steht allerdings in keinem Verhältnis zum dem Fall angemessenen Aufwand. Aus den Akten des Berufungsverfahrens geht diesbezüglich hervor, dass sich die Aufwendungen auf den Verzicht auf eine Anschlussberufung sowie ein kurzes Plädoyer beschränkten (vgl. Urk. 97 und Urk. 105). Die dem Privatkläger zuzusprechende Entschädigung ist demnach auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

- 21 - Es wird erkannt:

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