

**Art. 23 Abs. 1 UWG i.V.m. Art. 3 lit. a UWG; unlauterer Wettbewerb**  
(OGE 50/2008/19 vom 24. Februar 2012)

Keine Veröffentlichung im Amtsbericht

Mit Anklageschrift vom 21. Februar 2008 erhob die Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen gegen X Anklage wegen unlauteren Wettbewerbs und legte der Anklage den wie folgt umschriebenen Sachverhalt zugrunde:

Am 11. Februar 2007 liess der Angeklagte in der NZZ am Sonntag ein mit „Skandal!“ betiteltes Inserat mit dem nachfolgenden Inhalt publizieren:

**"Skandal!"**

**Im Ausland fabrizierte Produkte werden als Schweizerware bezeichnet**

Die Firma Y, ein traditionelles Schweizer Unternehmen, lässt bei einer Partnerfirma im US-Staat New York ihre für den amerikanischen Markt bestimmten Y-Joghurts produzieren. Um den Joghurtbecher herum und auf dem Deckel findet man in grosser, roter Schrift die Bezeichnung „swiss premium Yoghurt“, **geschmückt mit einer Schweizerflagge**, und darunter die Bezeichnung „**made from fresh alpine milk**“. Lediglich die Fruchtmasse stammt aus der Schweiz! Die gesamte Produktion erfolgt ausschliesslich in den USA. **Dies ist ein Skandal!"**

Dabei ist die Aussage, die Geschädigte würde in den USA Joghurt unter der Bezeichnung „made from fresh alpine milk“ vertreiben, obwohl im Joghurt keine Alpenmilch enthalten sei, falsch und durch die Bezeichnung als Skandal und durch die Aufmachung des Inserats ist die Äusserung überdies unnötig verletzend.

Das gleiche Inserat publizierte der Angeklagte auch auf der Website der Z AG.

Mit Urteil vom 12. September 2008 sprach das Kantonsgericht Schaffhausen den Angeklagten des unlauteren Wettbewerbs schuldig. Eine hiergegen gerichtete Berufung des Angeklagten wies das Obergericht ab.

*Aus den Erwägungen:*

3.– Der Angeklagte macht vorab geltend, er kämpfe seit geraumer Zeit für eine starke Marke Schweiz und gegen jeglichen Missbrauch dieser Marke. Wo Schweiz drauf stehe, soll auch Schweiz drin sein. Im Kampf für die Marke Schweiz verdiene er daher den Schutz der Meinungsäusserungs- und Medienfreiheit. Verfassungsrechtliche Gründe geböten es vorliegend, von einer Anwendung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb abzusehen.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist Art. 3 lit. a UWG<sup>1</sup> verfassungskonform auszulegen und anzuwenden. Bei der gebotenen verfassungskonformen Auslegung des Gesetzes unter Berücksichtigung insbesondere des Grundrechts der Meinungsäusserungsfreiheit ist Unlauterkeit im Sinn von Art. 3 lit. a UWG nur mit Zurückhaltung anzunehmen.<sup>2</sup> Dies bedeutet aber nicht, dass vorliegend das UWG keine Anwendung findet. Die Meinungsäusserungsfreiheit fällt gemäss Bundesgericht lediglich dann ins Gewicht, wenn die Äusserung ein in der Gesellschaft wichtiges Thema, wie etwa die öffentliche Gesundheit, betrifft und der Urheber der Äusserung ohne Verfolgung eigener wirtschaftlicher Interessen, im Sinn einer subjektiven Stellungnahme eine Gegenposition zu anderen Stellungnahmen vertreten will.<sup>3</sup> Aus dem in der „NZZ am Sonntag“ vom 11. Februar 2007 publizierten Text ergibt sich jedoch Folgendes: Das Unternehmen des Angeklagten, ein kleines Fabrikationsunternehmen..., sehe sich mit unzähligen konkurrenzierenden Firmen konfrontiert, welche die Marke Schweiz als Herkunftsangabe missbräuchten. Diese Produkte würden zwar in Billiglohnländern hergestellt, jedoch mit der Marke Schweiz versehen. Dies sei ein Affront gegen alle in der Schweiz produzierenden Betriebe und schädige den Wirtschaftsstandort Schweiz. Demnach kann nicht gesagt werden, der Angeklagte habe mit seinen Äusserungen in der "NZZ am Sonntag" keine eigenen wirtschaftlichen Interessen verfolgen wollen. Allein schon deshalb kann der Angeklagte aus den angerufenen Grundrechten vorliegend nichts zu seinen Gunsten ableiten.

Überdies wäre es dem Angeklagten auch ohne weiteres möglich, seinen Kampf für eine starke Marke Schweiz im vom UWG gesteckten Rahmen zu führen. Insbesondere sind hierfür weder unrichtige, irreführende noch unnötig verletzende Äusserungen (vgl. Art. 3 lit. a UWG) notwendig. Das UWG bietet Ansprüche gegenüber unlauteren Äusserungen. Es kann aber nicht Sinn

<sup>1</sup> Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG, SR 241).

<sup>2</sup> BGE 4C.171/2006 vom 16. Mai 2007, E. 6.1. mit Hinweisen.

<sup>3</sup> BGE 123 IV 216 E. 3b.

und Zweck der Meinungsäusserungs- oder der Medienfreiheit sein, solche widerrechtlichen Äusserungen zu legitimieren.<sup>4</sup>

4.– Das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb bezweckt nach seinem Art. 1, den lauteren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten. Unlauter und widerrechtlich ist gemäss Art. 2 UWG 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 nach Art. 3 lit. a UWG insbesondere, wer andere, ihre Waren, Werke, Leistungen, deren Preise oder ihre Geschäftsverhältnisse durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äusserungen herabsetzt. Nach Art. 23 Abs. 1 UWG wird auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer vorsätzlich unlauteren Wettbewerb nach den Artikeln 3, 4, 4a, 5 oder 6 begeht.

a) Das Kantonsgericht erachtete es als erstellt, dass die Aussage des Angeklagten im in der „NZZ am Sonntag“ vom 11. Februar 2007 publizierten Text, die Privatklägerin vertreibe in den USA Joghurt unter der Bezeichnung „made from fresh alpine milk“, obwohl im Joghurt keine Alpenmilch enthalten sei, falsch ist. Dem ist zuzustimmen: Zum einen führte die Privatklägerin in ihrer Strafanzeige vom 17. Februar 2007 aus, lediglich diejenigen Produkte, die bis zum August 2006 in der Schweiz hergestellt und anschliessend exportiert worden seien, hätten diese Bezeichnung enthalten. Zum anderen räumte der Angeklagte vor Kantonsgericht ein, dass ihm, als die verschiedenen Verpackungen besorgt worden seien, klar geworden sei, dass die offizielle Verkaufsverpackung diejenige gewesen sei, die im „Tagesanzeiger“ abgebildet gewesen sei. Gemäss „Tagesanzeiger“ weist der Joghurtbecher die fragliche Bezeichnung nicht auf. Der Angeklagte führte vor Kantonsgericht im Weiteren aus, dass er im Zeitpunkt, als die Annonce geschaltet worden sei, davon ausgegangen sei, dass es in Amerika diverse Becher gebe. Als er dann im Nachhinein den Joghurtbecher besorgt habe, habe er festgestellt, dass dem nicht so gewesen sei. Er habe dann den Satz „made from fresh alpine milk“ aus der Annonce, die auf der Homepage aufgeschaltet gewesen sei, entfernt. In dieser Situation ist in Übereinstimmung mit dem Kantonsgericht davon auszugehen, dass die Privatklägerin im Zeitpunkt, als der Angeklagte den fraglichen Text in der „NZZ am Sonntag“ publizierte, in den USA keine Joghurts mit der Bezeichnung „made from fresh alpine milk“ (mehr) vertrieb. Damit erweist sich die Aussage des Angeklagten im in der „NZZ am Sonntag“ vom 11. Februar 2007 publizierten Text, die Privatklägerin vertreibe in

<sup>4</sup> BGE 120 II 82 E. 5c.

den USA Joghurt unter der Bezeichnung „made from fresh alpine milk“, obwohl im Joghurt keine Alpenmilch enthalten sei, als falsch.

Der Angeklagte wirft der Privatklägerin – wie erwähnt – vor, die Inhaltsstoffe ihrer Joghurts, die sie in den USA vertreibt, falsch zu deklarieren. Die Joghurts enthielten nicht das, was auf der Verpackung versprochen werde. Diese falsche Aussage des Angeklagten ist objektiv dazu geeignet, die Privatklägerin bzw. ihre Produkte herabzusetzen. Zwar ist nicht jede negative Äusserung herabsetzend. Vorausgesetzt wird ein eigentliches Anschwärzen, Verächtlich- oder Heruntermachen. Zum Beispiel macht ein Erzeugnis verächtlich, wer es als wertlos, seinen Preis nicht wert, unbrauchbar, fehler- oder schadhaft hinstellt.<sup>5</sup> Der Vorwurf, die Joghurts enthielte nicht das, was auf der Verpackung versprochen werde, stellt die Joghurts als ihren Preis nicht wert hin. Überdies erweckt der Vorwurf der Falschdeklaration den Anschein, die Privatklägerin verhalte sich nicht gesetzeskonform. Damit wird aber derart negativ auf das wettbewerbsrelevante Bild der Privatklägerin eingewirkt, dass von einem eigentlichen Anschwärzen ausgegangen werden muss.

Damit hat der Angeklagte den Tatbestand von Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 lit. a UWG objektiv erfüllt.

b) Im Weiteren erachtete das Kantonsgericht die Aufmachung des in der „NZZ am Sonntag“ vom 11. Februar 2007 publizierten Texts zwar als unnötig verletzend. Dies trifft jedoch nicht zu: Der dritte in Art. 3 lit. a UWG genannte alternative Anknüpfungspunkt (unnötig verletzende Äusserung) bildet gleichsam Auffangtatbestand bei wahren Äusserungen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine Äusserung nur dann unnötig verletzend, wenn sie angesichts des Sachverhalts, der damit beschrieben bzw. bewertet werden soll, weit über das Ziel hinaus schießt, völlig sachfremd bzw. unsachlich, mithin unhaltbar ist.<sup>6</sup> Mit dem Text in der „NZZ am Sonntag“ wollte der Angeklagte auf die seiner Auffassung nach skandalösen Praktiken bestimmter Schweizer Unternehmen aufmerksam machen, die ihre Produkte als Schweizerware bezeichnen, obwohl sie im Ausland produziert und keine schweizerischen Rohstoffe enthalten würden. Angesichts dessen schießt der Text – wäre er an sich wahr – weder weit über das Ziel hinaus noch enthält er sachfremde Aussagen. Er ist nicht unhaltbar. Unnötig verletzende Äusserungen liegen in diesem Sinn nicht vor.

c) Das Kantonsgericht kam sodann zur Auffassung, dass der Angeklagte vorsätzlich gehandelt habe. Dem ist zuzustimmen: Der Angeklagte stützte

<sup>5</sup> Handkommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Bern 2010, Art. 3 lit. a N. 29 f., S. 240 f.

<sup>6</sup> BGE 4C.342/2005 vom 11. Januar 2006, E. 2.3.

sich für die vorliegend in Frage stehende Aussage, die Privatklägerin vertreibe in den USA Joghurt unter der Bezeichnung „made from fresh alpine milk“, obwohl im Joghurt keine Alpenmilch enthalten sei, im Wesentlichen auf drei Quellen; zum einen auf einen Bericht im „Tagesanzeiger“ vom 9. Februar 2007 und auf einen Bericht in der „Handelszeitung“ vom 31. Januar 2007, zum anderen auf die Homepage der „Swiss Bakery“. Der Bericht in der „Handelszeitung“ enthält keine Hinweise auf die Bezeichnung „made from fresh alpine milk“, jedoch tragen die in diesem Bericht abgebildeten Joghurtbecher diesen Schriftzug. Aus dem Bericht im „Tagesanzeiger“ ergibt sich sodann, dass der Joghurtbecher gerade nicht mit der fraglichen Bezeichnung beschriftet ist. Die auf der Homepage der „Swiss Bakery“ abgebildeten Joghurtbecher tragen die Aufschrift „Made from fresh Swiss Alpine Milk“. Damit steht fest, dass dem Angeklagten aus den genannten Quellen verschiedenes Bildmaterial zur Verfügung stand. Indem er es in dieser Situation unterliess, weitere Nachforschungen über die tatsächliche aktuelle Beschriftung des fraglichen Joghurtbechers anzustellen, und annahm, die Privatklägerin vertreibe in den USA Joghurt mit der Aufschrift „made from fresh alpine milk“, obwohl im Joghurt keine Alpenmilch enthalten sei, nahm er es zumindest in Kauf, unwahre Tatsachen zu verbreiten. Ebenso nahm er in Kauf, mit dieser falschen Äusserung, die Privatklägerin bzw. ihre Produkte herabzusetzen.

Damit hat der Angeklagte den Tatbestand von Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 lit. a UWG auch subjektiv erfüllt.

d) Zusammenfassend hat sich der Angeklagte des unlauteren Wettbewerbs schuldig gemacht.

5.– Für den Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs sieht das Gesetz eine Bestrafung mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vor.<sup>7</sup> Vorliegend sind keine aussergewöhnlichen Umstände vorhanden, die das Verlassen des ordentlichen Strafrahmens rechtfertigen würden.<sup>8</sup>

a) Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters. Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren

<sup>7</sup> Art. 23 Abs. 1 UWG.

<sup>8</sup> Vgl. BGE 136 IV 55 ff.

Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 StGB<sup>9</sup>).

*aa)* Das Verschulden des Angeklagten wiegt in Übereinstimmung mit dem Kantonsgericht nicht schwer, darf aber nicht bagatellisiert werden. Bei seinem Einsatz für den Schutz der Marke Schweiz hat er sich öffentlich über die Privatklägerin bzw. deren Produkte falsch geäussert. Im Vorfeld klärte er nicht ausreichend ab, ob sein gravierender und in grossen Aufmachung medial weit verbreiteter Vorwurf der Wahrheit entspricht. Der Angeklagte nahm damit in Kauf, dass seine Äusserung, die objektiv geeignet war, die Privatklägerin bzw. ihre Produkte herabzusetzen, falsch sein könnte. Nach Würdigung dieser Tatkomponenten erscheint jedenfalls die Ausfällung einer Geldstrafe im unteren Bereich als sicherlich gerechtfertigt. Angemessen ist eine Geldstrafe von 30 – 32 Tagessätzen.

*bb)* Die Täterkomponenten umfassen das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse, die Vorstrafen sowie das Verhalten nach der Tat.<sup>10</sup>

Hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse des Angeklagten kann auf die Akten zur Person sowie auf die Ausführungen des Angeklagten vor Vorinstanz verwiesen werden. Daraus geht nichts hervor, was bei der Strafzumessung wesentlich und zusätzlich strafe erhöhend oder strafmindernd zu berücksichtigen wäre. Der Angeklagte weist keine Vorstrafen auf, was sich strafmindernd auswirkt. Demgegenüber erscheint er aber wenig einsichtig, weshalb eine weitere Strafminderung nicht möglich ist. Nach Würdigung der Täterkomponenten erscheint daher eine Strafe von 30 Tagessätzen Geldstrafe angemessen.

*b)* ...

*c)* Gemäss Art. 42 Abs. 4 StGB kann eine bedingte Strafe mit einer unbedingten Geldstrafe oder mit einer Busse nach Art. 106 StGB verbunden werden. Das Gericht bemisst Busse und Ersatzfreiheitsstrafe je nach den Verhältnissen des Täters so, dass dieser die Strafe erleidet, die seinem Verschulden angemessen ist (Art. 106 Abs. 3 StGB).

In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist der Angeklagte neben der bedingten<sup>11</sup> Geldstrafe mit einer (unbedingten) Busse zu belegen. Diese ist unter Berücksichtigung des Verschuldens und der Verhältnisse des Angeklagten auf Fr. 1'000.– festzulegen. Die Ersatzfreiheitsstrafe beträgt 4 Tage.

<sup>9</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0).

<sup>10</sup> Hans Wiprächtiger, Basler Kommentar, StGB I, 2. A., Basel 2007, Art. 47 N. 92, S. 855.

<sup>11</sup> Vgl. nachfolgende E. 6.

d) In Würdigung aller massgeblichen Strafzumessungsgründe ist die vom Kantonsgericht ausgefallte Geldstrafe von 30 Tagessätzen ... verbunden mit einer Busse von Fr. 1'000.– somit eine angemessene Strafe. Die Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tagen ist zu bestätigen.

6.– Gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB schiebt das Gericht unter anderem den Vollzug einer Geldstrafe auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Schiebt das Gericht den Vollzug einer Strafe ganz oder teilweise auf, so bestimmt es dem Verurteilten eine Probezeit von zwei bis fünf Jahren (Art. 44 Abs. 1 StGB).

Dem Angeklagten kann ohne weiteres der bedingte Strafvollzug gewährt werden, fehlt es doch an einer ungünstigen Prognose. Die Probezeit ist auf zwei Jahre festzulegen.