Urteilskopf

122 IV 33

5. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 9. Februar 1996 i.S. A. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Luzern und X. GmbH (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 3 lit. a i.V.m. Art. 23 UWG; unlauterer Wettbewerb, Herabsetzung.

Herabsetzend ist eine Äusserung dann, wenn sie den anderen, seine Waren usw. verächtlich macht. Dafür genügt nicht jede negative Aussage. Diese muss eine gewisse Schwere aufweisen (E. 2c). Herabsetzung verneint bei einer unrichtigen Äusserung eines Anlageberaters, welche im Gesamtzusammenhang von untergeordneter Bedeutung war (E. 2d).

Regeste (fr):
Art. 3 let. a en relation avec l'art. 23 LCD; concurrence déloyale, dénigrement.

Un propos est dénigrant, lorsqu'il rend méprisable le concurrent, ses marchandises etc. Tout propos négatif ne suffit pas, il doit revêtir un certain caractère de gravité (consid. 2c). Dénigrement non admis, s'agissant de propos inexacts tenus par un conseiller en placements, lesquels, dans l'ensemble du contexte, avaient une portée secondaire (consid. 2d).

Regesto (it):
Art. 3 lett. a in collegamento con l'art. 23 LCSl; concorrenza sleale, denigrazione.

Una dichiarazione è denigratoria quando rende spregevole il concorrente, le sue merci, ecc. Al proposito non è sufficiente un'asserzione negativa; quest'ultima deve bensì essere di una certa gravità (consid. 2c). Denigrazione non ammessa nel caso di una dichiarazione inesatta di un consulente in investimenti, che, nel contesto generale, era di secondaria importanza (consid. 2d).

Sachverhalt ab Seite 33

BGE 122 IV 33 S. 33

A., Anlageberater bei der Bank Y., wurde von F., einem Mitarbeiter der M. AG, mit der Ausarbeitung eines Anlagevorschlags für diese Firma beauftragt. Er sollte sich dabei auch zu den X. Fonds äussern. Am 23. Februar 1993 unterbreitete A. dem F. schriftlich einen detaillierten Anlagevorschlag. Das Schreiben umfasst zwei A4-Seiten. Am Schluss des Schreibens führte A. aus:

BGE 122 IV 33 S. 34

"Aktienanlagen sind stark abhängig von Ihrer Risikopräferenz und dürfen nur dann ins Auge gefasst werden, wenn deren Risiken dank einer längerfristigen Anlagepolitik durch den höheren erwarteten Ertrag aufgefangen

werden können. Sofern das Bedürfnis besteht, jederzeit Liquidität zu schaffen (z.B. für eine Akquisition), rate ich Ihnen davon ab, v.a. dann, wenn es sich nicht um liquide Fonds (X. in Can$) handelt. Die in der Beilage enthaltenen Kurzberichte über die X. Fonds geben Ihnen einen Überblick der entsprechenden Anlagen. Abgesehen davon, dass für diese Fonds kaum bezahlte Preise zu eruieren sind, rate ich auch ab, in kanadischen Rohstoffaktien oder in nordamerikanischen Aktien zu investieren. Bei einer Diversifikation in den Aktienbereich, den wir bei einer langfristigen Anlagestrategie für sinnvoll erachten, ist auf erstklassige Titel mit entsprechenden Gewinnaussichten zu setzen. Die in Frage stehenden X.-Fonds sind dazu nicht geeignet! Interessant auch die horrenden Kosten, die mit dem Kauf und dem Halten solcher Fonds verbunden sind: 10% Ausgabekosten und monatlich 0,2% Verwaltungsvergütung. Einen Hinweis auf die Verbreitung und gleichzeitig ein Vorbehalt bezüglich Diversifikation innerhalb der Fonds geben auch die Fondsvermögen (8,4 Mio Can$ und 9 Mio US$!!)." Mit Strafklage vom 9. September 1993 verlangte die X. GmbH die Bestrafung von A. nach Art. 3 lit. a i.V.m. Art. 23 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241). Am 27. Oktober 1994 stellte der Amtsstatthalter von Luzern-Stadt das Verfahren gegen A. ein. Das Obergericht des Kantons Luzern, an welches die X. GmbH das Verfahren weitergezogen hatte, sprach A. am 23. Mai 1995 in bezug auf zwei Äusserungen vom Vorwurf des unlauteren Wettbewerbs frei. In bezug auf eine dritte Äusserung erkannte es ihn dagegen schuldig und bestrafte ihn mit Fr. 2'000.– Busse. A. führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts aufzuheben, soweit er nicht freigesprochen worden sei, und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut

Erwägungen

aus folgenden Erwägungen:

1. a) aa) Die erste der beiden Äusserungen, bei denen es vorinstanzlich zu einem Freispruch kam, lautet: "Bei einer Diversifikation in den Aktienbereich, den wir bei einer langfristigen Anlagestrategie für sinnvoll erachten, ist auf erstklassige Titel mit entsprechenden Gewinnaussichten zu setzen. Die in Frage stehenden X.-Fonds sind dazu nicht geeignet!"

Die Vorinstanz kam zum Schluss, die Äusserung sei zwar herabsetzend, jedoch weder unrichtig noch irreführend noch unnötig verletzend. Die zweite Äusserung, bei der ein Freispruch erfolgte, lautet: "Sofern das Bedürfnis besteht, jederzeit Liquidität zu schaffen (z.B. für eine Akquisition), rate ich Ihnen davon ab, v.a. dann, wenn es sich nicht um liquide Fonds (X. in Can$) handelt." Die Vorinstanz erachtete diese Äusserung als nicht herabsetzend. bb) Der Schuldspruch bezog sich auf folgende Aussage:
"Abgesehen davon, dass für diese Fonds kaum bezahlte Preise zu eruieren sind (...)." Die Vorinstanz führt aus, F. sei aufgrund dieser Äusserung zur Auffassung gelangt, die X. Fondsanteile würden nicht regelmässig gehandelt und die erzielten Preise seien kaum in Erfahrung zu bringen. Entscheidend sei, wie F. die Bemerkung verstanden habe. Aufgrund der Zeugenaussage des F. müsse die Äusserung als herabsetzend angesehen werden, denn sie habe bei ihm eine negative Einwirkung auf das Bild der X. Fonds gehabt, welche im Rahmen des Wettbewerbs relevant sei. Die Äusserung des Beschwerdeführers sei unrichtig gewesen. Die Preise der X. Fonds würden bei Reuters und in verschiedenen Zeitungen veröffentlicht. Der objektive Tatbestand der Herabsetzung nach Art. 3 lit. a UWG sei deshalb erfüllt. Auch der subjektive Tatbestand sei gegeben. Der Beschwerdeführer habe gewusst, dass die Kurse täglich eruierbar gewesen seien. b) Der Beschwerdeführer wendet ein, das Tatbestandsmerkmal der Herabsetzung sei nicht erfüllt. Art. 3 lit. a UWG beziehe sich auf negative Äusserungen, die in ihrer Intensität wesentlich weiter gingen als die Aussage, die bezahlten Preise seien kaum zu eruieren.

2. a) Gemäss Art. 3 lit. a UWG handelt unlauter, wer andere, ihre Waren, Werke, Leistungen, deren Preise oder ihre Geschäftsverhältnisse durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äusserungen herabsetzt. Wer vorsätzlich unlauteren Wettbewerb nach dieser Bestimmung begeht, wird auf Antrag mit Gefängnis oder Busse bis zu Fr. 100'000.– bestraft (Art. 23 UWG). b) Im Schrifttum wird darauf hingewiesen, dass die detaillierten Tatbestände von Art. 3 bis 6 UWG entwickelt worden sind im Hinblick auf den zivilrechtlichen Rechtsschutz. Es sei fraglich, ob der gesetzliche Automatismus, wonach jede vorsätzliche Verletzung aller dieser detailliert umschriebenen Verhaltensweisen strafbar ist, gerechtfertigt sei (MARTIN

SCHUBARTH, Grundfragen des Medienstrafrechts im Lichte der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ZStrR 113/1995, S. 154). Es wird die Auffassung vertreten, die strafrechtlichen UWG-Normen widersprächen dem Legalitätsprinzip. Strafnormen dürften nicht derart unbestimmt sein. Im UWG seien typische Zivilrechtsnormen in Strafrechtsnormen gekleidet, was eine Systemwidrigkeit darstelle. Diese Bestimmungen seien deshalb bei der strafrechtlichen Beurteilung restriktiv auszulegen (FRANZ RIKLIN, Schweizerisches Presserecht, Bern 1996, § 10 N. 24 und 28; vgl. auch MARIO M. PEDRAZZINI, Unlauterer Wettbewerb, Bern 1992, S. 238; IVAN CHERPILLOD, Anwendung des UWG auf Journalisten, plädoyer 1992 Nr. 4, S. 40; SCHUBARTH a.a.O.; RICHARD BAUR, UWG und Wirtschaftsberichterstattung-Vorschläge zur Reduktion des Haftungsrisikos, Diss. Zürich 1995, S. 169). In der kantonalen Rechtsprechung wird ebenfalls eine restriktive Auslegung befürwortet (SJZ 90/1994, S. 183 [Bezirksgericht Zürich]). c) Art. 3 lit. a UWG umschreibt den Tatbestand der Herabsetzung oder der sog. Anschwärzung (Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 18. Mai 1983, BBl 1983 II, S. 1061, Hervorhebung nicht im Original). Entsprechend wird in den romanischen Gesetzestexten für "herabsetzen" der Ausdruck "dénigrer" bzw. "denigrare" verwendet. "Dénigrer" bedeutet: S'efforcer de noircir, de faire mépriser (qqn., qqch.) en attaquant, en niant les qualités (Le Nouveau Petit Robert, 1993, S. 589). Herabsetzend ist eine Äusserung somit dann, wenn sie den anderen, seine Waren usw. anschwärzt, also verächtlich macht. Dafür genügt nicht jede negative Aussage. Diese muss eine gewisse Schwere aufweisen. Verächtlich macht z.B. ein Erzeugnis, wer es als wertlos, seinen Preis nicht wert, unbrauchbar, fehler- oder schadhaft hinstellt. Es besteht eine gewisse Analogie zur Ehrverletzung. Bei dieser wird ein Mensch herabgesetzt, dort seine Waren, Werke usw. d) Der Beschwerdeführer führte in seinem Schreiben unter anderem aus, für die X. Fonds seien kaum bezahlte Preise zu eruieren. Diese Aussage war nach den verbindlichen tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil (Art. 277bis Abs. 1 BStP) unrichtig. Es stellt sich die Frage, ob sie im dargelegten Sinne herabsetzend war. Die Äusserung darf nicht für sich allein betrachtet werden. Sie ist im Lichte des ganzen Schreibens zu würdigen. Der Beschwerdeführer unterbreitete darin der M. AG einen detaillierten Anlagevorschlag. Am

Schluss machte er einige Hinweise zu den X. Fonds. Er kam zum Ergebnis, dass eine Anlage in diese Fonds für die M. AG ungeeignet sei. Dies war sachlich zutreffend. Die Vorinstanz geht davon aus, dass die Äusserung "Bei einer Diversifikation in den Aktienbereich ... ist auf erstklassige Titel mit entsprechenden Gewinnaussichten zu setzen. Die in Frage stehenden X.-Fonds sind dazu nicht geeignet!" weder unrichtig noch irreführend noch unnötig verletzend war. Betrachtet man die Passage über die X. Fonds im Schreiben des Beschwerdeführers als Ganzes, so wird deutlich, dass eine Anlage in diese Fonds der M. AG unabhängig von der Eruierbarkeit der Preise nicht empfohlen werden konnte. Die Aussage zur Eruierbarkeit der Preise war somit von untergeordneter Bedeutung. Im übrigen war sie abgeschwächt formuliert ("kaum zu eruieren"). Bei dieser Sachlage kann von

einer Herabsetzung im Sinne von Art. 3 lit. a UWG nicht gesprochen werden.

3. (Kostenfolgen).