

Strafrecht

Art. 23 UWG, Art. 3 lit. h UWG. - Unlauterer Wettbewerb; Begriff der besonders aggressiven Verkaufsmethode.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss Art. 23 UWG wird, wer vorsätzlich unlauteren Wettbewerb nach den Artikeln 3, 4, 5 oder 6 begeht, auf Antrag mit Gefängnis oder Busse bis zu 100'000.- Franken bestraft. Für Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben, durch Beauftragte und dergleichen sind die Artikel 6 und 7 des Verwaltungsstrafrechtsgesetzes anwendbar (Art. 26 UWG).

....

4.2. Gemäss Art. 3 lit. h UWG handelt unlauter, wer den Kunden durch besonders aggressive Verkaufsmethoden in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt. Der Tatbestand «erfasst nur Verkaufs-, nicht auch Werbemethoden. Die Abgrenzung ist unter Umständen schwierig. Art. 3 lit. h UWG ist aber nicht nur dann anwendbar, wenn infolge der besonders aggressiven Verkaufsmethode tatsächlich ein Rechtsgeschäft zu Stande gekommen ist. Entscheidend ist, dass die gewählte Methode an sich dazu geeignet ist, unmittelbar zum Vertragsschluss zu führen, was auch der Fall sein kann, wenn der Adressat als Offerent auftritt. Entgegen dem durch den Wortlaut vermittelten Eindruck («...in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt») genügt es, dass die besonders aggressive Verkaufsmethode zur Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Adressaten geeignet ist» (Urteil BGer 6S.677/2001 vom 16.03.2002, E 4b/cc m.w.H.).

Da Art. 3 lit. h UWG nur aggressive Verkaufs-, nicht aber aggressive Werbemethoden erfasst, kommt der entsprechenden Abgrenzung entscheidende Bedeutung zu. Hauptanwendungsfälle von Art. 3 lit. h UWG sind nach den Gesetzesmaterialien Werbefahrten, Haustür- und Partyverkäufe, welchen Veranstaltungen der direkte und unmittelbare Kontakt zwischen Anbieter und Kunde gemeinsam ist. Die traditionelle, von Art. 3 lit. h UWG nicht erfasste Werbung «richtet sich demgegenüber klassischerweise an eine unbestimmte Vielzahl von Adressaten, ohne eine Beziehung zu einem einzelnen Individuum herzustellen. Sie ist mithin generell abstrakter Natur» (Baudenbacher, a.a.O., N 25 f. m.w.H.). Massgebend für die Abgrenzung zwischen der - allenfalls unter Art. 2 UWG fallenden - aggressiven Werbemethode und der aggressiven Verkaufsmethode ist das Kriterium des direkten, unmittelbaren Kontakts, der genügend konkretisierten, individualisierten Ansprache. Direktwerbung z.B. in Form persönlich adressierter Werbung oder Telefonwerbung kann daher nach Auffassung in der Lehre im Grundsatz unter Art. 3 lit. h UWG subsumiert werden (vgl. Peter Friedrich, Aggressive Werbemethoden in der Schweiz und deren lauterkeitsrechtliche Beurteilung,

Diss. Zürich 1993, S. 96 f.; Baudenbacher, a.a.O., Art. 3 lit. h N 27; Pedrazzini/Pedrazzini, a.a.O., § 7 N 7.40 ff.; je m.w.H.).

Unter den Begriff der Verkaufsmethode «fallen sämtliche Anstrengungen eines Anbieters von Produkten, Dienst- und Sachleistungen, die im Hinblick auf den Abschluss eines Rechtsgeschäftes unternommen werden» (Streuli-Youssef, a.a.O., S. 101). Die – mit jeder Werbemassnahme verbundene – versuchte Beeinflussung des Kunden erweist sich dann als besonders aggressiv und somit unlauter, wenn die Entscheidungsfreiheit des Adressaten gestört oder aufgehoben wird (Baudenbacher, a.a.O., Art. 3 lit. h N 33 m.w.H.), bzw. die Verkaufsmethoden «durch ihre Stärke zum Vornherein dazu geeignet sind, den normalen kritischen Willen des Adressaten zu überwinden» (Pedrazzini/Pedrazzini, a.a.O., § 7 N 7.13). «Von einer Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit kann dann gesprochen werden, wenn sich der Adressat – unter Voraussetzung einer durchschnittlichen Resistenz – nicht primär vom Interesse an der versprochenen Leistung zum Vertrag motivieren lässt, sondern er sich vielmehr durch die spezifische Art und Weise der auf ihn angewandten Verkaufsmethode zur vertraglichen Bindung gedrängt fühlt» (Pedrazzini/Pedrazzini, a.a.O., § 7 N 7.17). Entscheidend ist das Auftreten des Anbieters im Einzelfall, welches nach Massgabe der Art (Zwang, Belästigung, Überrumpelung, Gefühlsausnutzung) und Intensität zu beurteilen ist (Baudenbacher, a.a.O., Art. 3 lit. h N 36). Charakteristisch an den von Art. 3 lit. h UWG anvisierten Verhaltensweisen ist, dass der Kunde psychologisch unter Druck gesetzt wird; «Es werden Anstands-, Schuld-, Angst- oder Pietätsgefühle erzeugt, die beim Konsumenten unbewusste Motivationen hervorrufen, die zu unsachlichen Entscheiden führen, welche letztlich auch den Wettbewerb verfälschen» (Streuli-Youssef, a.a.O., S. 102). Auch eine Verkaufsveranstaltung, in deren Rahmen der Adressat durch Verlockungen mittels aleatorischer Reize zur Bestellung einer Ware verleitet werden soll, kann sich als besonders aggressiv im Sinne von Art. 3 lit. h UWG erweisen (Werbegewinnspiel, Urteil BGer 6S.677/2001 vom 16.03.2002, E 4b/ee; vgl. auch Grundsatz Nr. 3.9 der Schweizerischen Lauterkeitskommission, Stand 2001).

Die in Frage stehenden Kampagnen der X. AG richteten sich, soweit ersichtlich, nicht an Privatpersonen, sprachen hingegen individuell bestimmte Unternehmen, Institutionen, Geschäftsbetriebe und Schweizer Vertretungen im Ausland an und boten diesen Eintragungen in Telefax- bzw. Telexverzeichnissen an. Die in ihrer konkreten Aufmachung und Gestaltung, wie erwähnt, an herkömmliche Rechnungen erinnernden Formulare der X. AG waren an die jeweilige Geschäftsanschrift der Empfänger, ohne Nennung bestimmter, natürlicher Personen, adressiert und wurden den Adressaten unverlangt zugestellt. Mit Ausnahme derjenigen mit Datum Januar 1995 enthielten sämtliche Formulare bzw. -sätze der X. AG bereits auf der Vorderseite die Hinweise «Advertisement Offer», «Offer Form» oder «Entry Offer».

Die inkriminierten Postversendungen der X. AG waren offenkundig auf einen unmittelbaren Vertragsschluss mit den einzelnen Adressaten gerichtet; wenn auch ein direkter, persönlicher Kontakt zwischen Anbieter und Kunde nicht hergestellt wurde, erscheint das den jeweiligen Adressaten individuell unterbreitete, konkrete Angebot auch unter Berücksichtigung, dass dieses im Geschäftsverkehr erfolgte, als hinreichend individualisiert, um das Vorliegen einer Verkaufs- und nicht bloss einer Werbemethode zu bejahen.

Es ist somit zu prüfen, ob das Vorgehen der X. AG bzw. deren Verantwortlichen als besonders aggressiv zu werten ist bzw. geeignet war, die Entscheidungsfreiheit der Adressaten zu beeinträchtigen. Dies ist zu verneinen. Vorab fehlt es an einem persönlichen Direktkontakt zwischen Anbieter und Adressat bzw. einer unmittelbaren Ansprache einer individuellen Person und mithin – anders als z.B. im Falle von Haustürverkäufen – an der Möglichkeit einer direkten, massiven psychischen Beeinflussung der Adressaten. Die inkriminierten, in den Jahren 1994 und 1995 versandten Offertformulare waren aufgrund ihrer Aufmachung und Ausgestaltung geeignet, bei den Adressaten den Eindruck entstehen zu lassen, es handle sich um eine Rechnung für eine früher aufgegebene Bestellung, weshalb deren Versand, wie vorstehend unter Ziffer II.3.2.2.1.-4. ausgeführt, als unlautere Wettbewerbsbehandlung im Sinne der Generalklausel von Art. 2 UWG zu qualifizieren ist. Allein dieser Umstand vermag eine besondere Aggressivität des Vorgehens im Sinne von Art. 3 lit. h UWG jedoch nicht zu begründen. Zwar zielten die Formulare zweifelsohne darauf ab, die Entscheidungsfindung der Adressaten zu beeinflussen, doch ist darin noch keine tatbestandsmässige – übermässige – Einwirkung auf deren Willensbildung zu sehen, zumal die Adressaten weder überrumpelt, überrascht noch persönlich in grob aufdringlicher Weise angesprochen wurden (vgl. zum letztgenannten Kriterium auch Tätigkeitsbericht 1999 der Schweizerischen Lauterkeitskommission, S. 18). In Würdigung der konkreten Gesamtumstände ist nicht ersichtlich, inwiefern die Adressaten der Kampagnen der X. AG, n.b. alles Geschäftsleute, durch die unverlangte Zustellung der in Frage stehenden Formulare in eine psychische Zwangssituation bzw. unter so starken psychischen Druck hätten geraten können, dass sie sich einem Geschäftsabschluss nur noch schwer hätten widersetzen können (vgl. auch Urteil KGer ZG vom 17.03.1992 in SMI 1992, S. 355 m.w.H.). Im Lichte der zitierten Literatur und Rechtsprechung ist mithin eine tatbestandsmässige Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Adressaten zu verneinen und das Vorgehen der X. AG nicht als besonders aggressiv zu qualifizieren. Anzufügen bleibt, dass die von der Vorinstanz angeführte Auffassung von M. [und F.] Pedrazzini, welche eine Subsumtion des dem bereits zitierten Urteil des Handelsgerichts Bern vom 19. Dezember 1990 zu Grunde liegenden – mit dem konkreten Fall nur bedingt vergleichbaren – Sachverhaltes («Branchenregister», vgl. Ziffer II.3.2.2.1. hievor) unter den Tatbestand von Art. 3 lit. h UWG als möglich erachten (Pedrazzini/Pedrazzini, a.a.O., § 7 N 741), in der Lehre nicht einhellig geteilt wird (vgl.

z.B. Baudenbacher, a.a.O., Art. 3 lit. h N 51) und auch von der Schweizerischen Lauterkeitskommission, deren Grundsätze und Rechtsprechung bei der Auslegung der Tatbestände des UWG, wie erwähnt, mitberücksichtigt werden können, nicht vertreten wird (vgl. Tätigkeitsbericht 1998, S. 32).

Sind mithin bereits die objektiven Tatbestandsmerkmale von Art. 3 lit. h UWG nicht erfüllt, sind die Angeklagten B. und S. von der Anklage der mehrfachen Widerhandlung gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb gemäss Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. h UWG freizusprechen.

Berufungskammer, 3. Juli 2002, i.S. Staatsanwaltschaft/B. u. S.

Eine gegen dieses Urteil erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom Kassationshof des Schweizerischen Bundesgerichts mit Urteil vom 18. Dezember 2002 - soweit Art. 3 lit. h UWG betreffend - abgewiesen; hingegen qualifizierte das Bundesgericht die in Frage stehenden Formulare als objektiv unlauter im Sinne von Art. 3 lit. b UWG (Urteil Nr. 6S.357/2002 vom 18. Dezember 2002).