

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB110398-O/U/cs

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Th. Meyer, Präsident, und lic. iur. Ruggli,  
Oberrichterin Dr. Janssen sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. Höfli-  
ger

## Urteil vom 6. November 2012

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beschuldigter, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter

verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,**

Anklägerin und Berufungsbeklagte

sowie

**B.** \_\_\_\_\_ GmbH,

Privatklägerin und Anschlussberufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **mehrfache ungetreue Geschäftsbesorgung etc. und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 9. Abteilung, vom  
24. März 2011 (DG100167)**

### **Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 22. März 2010 (Urk. 70) ist diesem Urteil beigeheftet.

### **Urteil der Vorinstanz:**

1. Der Beschuldigte ist schuldig
  - der mehrfachen ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 StGB (Anklageschrift Ziffer B 3. [teilweise], B 4., B 6. [teilweise], C 1., C 3., D 3., D 4., E 1., E 2., E 5., E 6., E 7., E 8., E 10.);
  - der mehrfachen unlauteren Werbe- und Verkaufsmethoden und anderen widerrechtlichen Verhaltens im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. b UWG (Anklageschrift Ziffer C 1., E 4., E 9.);
  - der unlauteren Werbe- und Verkaufsmethoden und anderen widerrechtlichen Verhaltens im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. d UWG (Anklageschrift Ziffer A i.V.m. D 1., E 11.);
  - der Verwertung fremder Leistungen im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 5 lit. a UWG (Anklageschrift Ziffer C 1., C 2., C 3.);
  - der groben Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 i.V.m. Art. 35 Abs. 1 SVG (rechts überholen);
  - der groben Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 i.V.m. Art. 34 Abs. 4 SVG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 VRV (Abstand) sowie
  - der einfachen Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 1 i.V.m. Art. 34 Abs. 4 SVG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 VRV (Abstand).

2. Der Beschuldigte wird freigesprochen vom Vorwurf :
  - der mehrfachen ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 StGB (Anklageschrift Ziffer B 3. [...], B 5., B 6. [...; ...], D 2., D 5., E 3., E 9., E 12.);
  - der mehrfachen unlauteren Werbe- und Verkaufsmethoden und anderen widerrechtlichen Verhaltens im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. b UWG (Anklageschrift Ziffer E 1., E 2.);
  - der Widerhandlung gegen das UWG im Sinne von Art. 23 UWG (Anklageschrift Ziffer B 1.);
  - der Verleitung zur Vertragsverletzung oder -auflösung im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 4 lit. c UWG (Anklageschrift Ziffer B 2.);
  - der Verwertung fremder Leistungen im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 5 lit. a UWG (Anklageschrift Ziffer B 7.) sowie
  - der Nötigung im Sinne von Art. 181 StGB.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 3 ½ Jahren Freiheitsstrafe sowie mit einer Busse von Fr. 2'500.–.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben. Die Busse ist zu bezahlen.  
  
Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 25 Tagen.
5. Die mit Strafbefehl des Bezirksamts Lenzburg vom 28. September 2007 ausgefallte, bedingte Geldstrafe von 20 Tagesätzen zu Fr. 90.– wird widerrufen; die Strafe wird vollzogen.

6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 10'000.00 ; die weiteren Auslagen betragen:

Fr. Kosten der Kantonspolizei

Fr. Kanzleikosten Untersuchung

Fr. 256.00 Auslagen Untersuchung

Fr. amtliche Verteidigung Untersuchung

Fr. amtliche Verteidigung (ausstehend)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

7. Die Kosten werden dem Beschuldigten auferlegt.

8. Der Beschuldigte wird verpflichtet, der Privatklägerin für das gesamte Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 32'330.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen.

### **Berufungsanträge:**

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 139)

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 24. März 2011 sei – mit Ausnahme der Schuldigsprechung wegen der mehrfachen ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 StGB (Anklageschrift Ziff. B 4., B 6. (C.\_\_\_\_\_), D 3.), der groben Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 i.V.m. Art. 35 Abs. 1 SVG (rechts überholen) und Art. 90 Ziff. 2 i.V.m. Art. 34 Abs. 4 SVG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 VRV (Abstand) und der einfachen Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 1 i.V.m. Art. 34 Abs. 4 SVG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 VRV (Abstand) sowie des Widerrufs und der erfolgten Freisprüche – vollumfänglich aufzuheben.

2. Der Beschuldigte sei dementsprechend (Dispositiv-Ziff. 1 des Urteils vom 24. März 2011) freizusprechen
  - vom Vorwurf der mehrfachen Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 StGB;
  - vom Vorwurf der mehrfachen ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und Abs. 3 StGB (Anklageschrift Ziffer B 3., C 1., C 3., D 4., E 1., E 2., E 5., E 6., E 7., E 8., E 10.);
  - vom Vorwurf der mehrfachen unlauteren Werbe- und Verkaufsmethoden und anderen widerrechtlichen Verhaltens im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. b UWG (Anklageschrift Ziffer C 1., E 4., E 9.);
  - vom Vorwurf der mehrfachen unlauteren Werbe- und Verkaufsmethoden und anderen widerrechtlichen Verhaltens im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. d UWG (Anklageschrift Ziffer A i.V.m. D 1., E 11.)
  - und vom Vorwurf der Verwertung fremder Leistungen im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 5 lit. a UWG (Anklageschrift Ziffer C 1., C 2., C 3.).
3. Der Beschuldigte sei für den Fall der vollständigen Schuldigsprechung mit einer Freiheitsstrafe von insgesamt höchstens 18 Monaten und einer Busse von Fr. 2'500.– zu bestrafen.
4. Es sei dem Beschuldigten der bedingte Strafvollzug zu gewähren unter Ansetzung einer Probezeit von 4 Jahren.
5. Die Kosten seien ausgangsgemäss zu verlegen, die vor Bezirksgericht der Geschädigten zugesprochene Parteientschädigung sei angemessen zu reduzieren.

b) Der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat:

(schriftlich, Urk. 132)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

c) Der Privatklägerschaft:

(Prot. II S. 11)

1. Das erstinstanzliche Urteil sei vollumfänglich zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschuldigten.

---

**Erwägungen:**

**I. Prozessgeschichte**

Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 9. Abteilung, vom 24. März 2011 meldete der Verteidiger des Beschuldigten mit Eingabe vom 29. März 2011 rechtzeitig die Berufung an (Urk. HD 110). Das begründete Urteil wurde von ihm am 12. Mai 2011 entgegen genommen (Urk. HD 119/1). Mit Eingabe vom 1. Juni 2011 wurde die Berufungserklärung im Sinne von Art. 399 Abs. 3 StPO eingereicht (Urk. HD 121). Mit Präsidialverfügung vom 20. Juni 2011 wurde der Privatklägerin sowie der Anklagebehörde Frist zur Erhebung einer Anschlussberufung oder zum Antrag auf Nichteintreten angesetzt (Urk. HD 122). Während die Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 22. Juni 2011 ihren Verzicht bekanntgab (Urk. HD 124), erklärte die Privatklägerin mit Eingabe vom 11. Juli 2011 Anschlussberufung (Urk. HD 128), die sie mit Eingabe vom 14. Oktober 2011 wieder zurückzog (Urk. HD 129). Die Vertreterin der Anklage

wurde, nachdem dagegen weder seitens der Verteidigung noch seitens der Privatklägerschaft opponiert worden war (Urk. HD 136/2; Urk. HD 137), mit Schreiben vom 19. September 2012 von der persönlichen Teilnahme an der Berufungsverhandlung dispensiert (Urk. HD 138).

## **II. Prozessuales**

1. Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Strafprozessordnung in Kraft getreten. Da der angefochtene Entscheid nach diesem Zeitpunkt gefällt wurde, gilt für das vorliegende Berufungsverfahren neues Recht (Art. 454 Abs. 1 StPO). Verfahrenshandlungen, die vor dem Inkrafttreten der neuen Strafprozessordnung angeordnet oder durchgeführt wurden, behalten ihre Gültigkeit (Art. 448 Abs. 2 StPO).

2. Gemäss Art. 402 i.V.m. Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Die Privatklägerin zog ihre Anschlussberufung zurück; der Beschuldigte liess Dispositivziffer 1 teilweise (Schuldspruch gemäss den Spiegelstrichen 5 [rechts überholen], 6 [Abstand] sowie 7 [Abstand]), Dispositivziffer 2 (Freisprüche), Dispositivziffer 5 (Widerruf), sowie Dispositivziffer 6 (Kostenfestsetzung) des vorinstanzlichen Urteils nicht anfechten (Urk. HD 121 S. 2; Urk. HD 139 S. 1 und S. 5 f.). Ferner liess er den Schuldspruch hinsichtlich der Anklageziffern B 4., B 6. und D 3. anlässlich der Berufungsverhandlung anerkennen (Urk. HD 139 S. 1 und S. 5 f.), was als Rückzug der Berufung hinsichtlich dieser Anklageziffern zu werten ist. Es ist somit vorab festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist.

3. Es ist davon Vormerk zu nehmen, dass die Privatklägerin ihre mit Eingabe vom 11. Juni 2011 erklärte Anschlussberufung (Urk. HD 128) mit Eingabe vom 14. Oktober 2011 zurückgezogen hat (Urk. HD 129). Im Berufungsverfahren ist somit einzig über die Berufungsanträge des Beschuldigten zu befinden, weshalb das Verschlechterungsverbot gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO zu beachten ist und das vorinstanzliche Urteil nicht zu seinen Ungunsten abgeändert werden darf.

4. Die Vorinstanz hat zu Recht darauf hingewiesen, dass Widerhandlungen im Sinne von Art. 23 UWG nur auf Antrag hin verfolgt werden und dass zum Stellen eines Antrags berechtigt ist, wer nach Art. 9 und 10 UWG die Legitimation zur Zivilklage hat (Urk. HD 120 S. 5). Die Antragslegitimation der Privatklägerin wurde von der Verteidigung nicht bestritten und ergibt sich im Übrigen aus den nachfolgenden Erwägungen. Ferner wurde von der Verteidigung nicht in Abrede gestellt, dass die Privatklägerin erstmals am 5. Juli 2006 von möglichen Verstössen gegen das UWG erfuhr (Urk. HD 4 S. 5), und ergeben sich auch aus den Akten keine anderen Anhaltspunkte, weshalb davon auszugehen ist, dass die dreimonatige Antragsfrist gemäss Art. 29 aStGB mit der Strafanzeige, die von der Privatklägerin am 3. Oktober 2006 erstattet wurde, um die Antragsfrist zu wahren (Urk. HD 2 S. 2), eingehalten wurde.

5. Anders als noch im vorinstanzlichen Verfahren rügt die Verteidigung im Rahmen des Berufungsverfahrens zu Recht nicht mehr, dass das Anklageprinzip verletzt sei. Diesbezüglich kann vollumfänglich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden, die jedenfalls mit Bezug auf die Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildenden Vorwürfe zu Recht zum Schluss kam, dass in der Anklageschrift zwar etliche Formulierungen zu finden sind, die dem Beschuldigten in allgemeiner Art und Weise wettbewerbsverfälschendes Handeln vorwerfen, dass diese Formulierungen aber im Kontext mit den diversen dem Beschuldigten in der Anklageschrift vorgeworfenen und präzise umschriebenen tatbestandsmässigen Handlungen stehen, weshalb sie eine Verletzung des Anklageprinzips verneinte (Urk. HD 120 S. 6). Es ist denn auch nicht ersichtlich, dass eine wirksame Verteidigung durch die fraglichen Formulierungen in der Anklageschrift nicht möglich gewesen wäre.

### **III. Schuldpunkt**

1. Der Beschuldigte bestreitet die im Berufungsverfahren zu beurteilenden Sachverhalte praktisch vollumfänglich (Urk. HD 101 S. 4 f.; Urk. HD 139 S. 1 und S. 6 ff.). Vor der Berufungsinstanz hält er weiterhin daran fest, dass er die Privatkläge-

rin davor habe retten wollen, zusammen mit dem in finanziellen Schwierigkeiten geratenen D. \_\_\_\_\_-Konzern unterzugehen. Zudem habe die Privatklägerin ihren Betrieb im Juli 2006 eingestellt, womit der Kausalzusammenhang zwischen den angeblichen Pflichtverletzungen und dem vermeintlichen Schaden ohnehin unterbrochen worden sei (Urk. HD 105 S. 4 ff.; vgl. Urk. HD 120 S. 7). Nachdem der Beschuldigte im Untersuchungsverfahren sowie vor der Vorinstanz weitgehend von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht resp. in der vorinstanzlichen Hauptverhandlung in erster Linie auf Fragen seines Verteidigers geantwortet hatte (Urk. HD 49/1-4; Urk. HD 101 S. 4 ff.), äusserte er sich in der Berufungsverhandlung etwas ausführlicher zu den im Berufungsverfahren noch im Raum stehenden Vorwürfen (Urk. HD 141 S. 5-26). Aufgrund der weitgehenden Bestreitung derselben ist nachfolgend zu prüfen, ob der im Berufungsverfahren zu beurteilende Sachverhalt anhand der vorhandenen Beweismittel erstellt werden kann.

2.1. Bestreitet ein Beschuldigter die ihm vorgeworfenen Taten, ist der Sachverhalt aufgrund der Untersuchungsakten und der vor Gericht vorgebrachten Argumente nach den allgemein gültigen Beweisregeln zu erstellen. Gemäss der aus Art. 8 und 32 Abs. 1 BV fliessenden und in Art. 6 Ziff. 2 EMRK verankerten Maxime "in dubio pro reo" ist bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld zu vermuten, dass der einer strafbaren Handlung Beschuldigte unschuldig ist (Urteile des Bundesgerichts 1P\_587/2003 vom 29. Januar 2004, E. 7.2., und 1P\_437/2004 vom 1. Dezember 2004, E. 4.2.; Pra 2002 S. 4 f. Nr. 2 und S. 957 f. Nr. 180; BGE 127 I 40, 120 Ia 31. E. 2b). Als Beweiswürdigungsregel besagt die Maxime, dass sich der Strafrichter nicht von der Existenz eines für den Beschuldigten ungünstigen Sachverhaltes überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat (Urteile des Bundesgerichtes 6B\_795/2008 vom 27. November 2008, E. 2.4., und 6B\_438/2007 vom 26. Februar 2008, E. 2.1.). Die Überzeugung des Richters muss auf einem verstandesgemäss einleuchtenden Schluss beruhen und für den unbefangenen Beobachter nachvollziehbar sein (Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Basel 2006, § 54 Rz 11 ff.). Wenn erhebliche oder nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so abgespielt hat,

wie er eingeklagt ist, ist der Beschuldigte nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" freizusprechen (Bernard Corboz, "in dubio pro reo", in ZBJV 1993, N 419 f.). Soweit ein direkter Beweis nicht möglich ist, ist der Nachweis der Tat mit Indizien zu führen, wobei die Gesamtheit der einzelnen Indizien, deren "Mosaik" zu würdigen ist (vgl. dazu auch Pra 2004 Nr. 51 S. 256, Ziff. 1.4.; Pra 2002 Nr. 180 S. 962 f., Ziff. 3.4.).

2.2. Aufgabe des Richters ist es demzufolge, seinem Gewissen verpflichtet, in objektiver Würdigung des gesamten Beweisergebnisses zu prüfen, ob er von einem bestimmten Sachverhalt überzeugt ist und an sich mögliche Zweifel an dessen Richtigkeit zu überwinden vermag (Art. 10 Abs. 2 StPO; ZR 72 Nr. 80; Max Guldener, Beweiswürdigung und Beweislast, S. 7; Pra 2004 Nr. 51 S. 256 Ziff. 1.4.; BGE 124 IV 88, 120 1A 31 E. 2c). Es liegt in der Natur der Sache, dass mit menschlichen Erkenntnismitteln keine absolute Sicherheit in der Beweisführung erreicht werden kann. Daher muss es genügen, dass das Beweisergebnis über jeden vernünftigen Zweifel erhaben ist (vgl. Kassationsgerichtsentscheid vom 26. Juni 2003, Nr. 2002/387S, E. 2.2.1. mit Hinweisen). Bloss abstrakte oder theoretische Zweifel dürfen dabei nicht massgebend sein, weil solche immer möglich sind (Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., § 54 N 12, Urteile des Bundesgerichtes 6B\_297/2007 vom 4. September 2007, E. 3.4., und 1 P\_587/2003 vom 29. Januar 2004, E. 7.2.). Es genügt also, wenn vernünftige Zweifel an der Schuld ausgeschlossen werden können. Hingegen darf ein Schuldspruch nie auf blosser Wahrscheinlichkeit beruhen.

2.3. Wie bereits angesprochen können auch indirekte, mittelbare Beweise, sogenannte Anzeichen oder Indizien, einen für die Beweisführung bedeutsamen Schluss erlauben. Indizien sind Tatsachen, die einen Schluss auf eine andere, unmittelbar erhebliche Tatsache zulassen. Beim Indizienbeweis wird somit vermutet, dass eine nicht bewiesene Tatsache gegeben ist, weil sich diese Schlussfolgerung aus bewiesenen Tatsachen (Indizien) nach der Lebenserfahrung aufdrängt. Der Indizienbeweis ist dem direkten Beweis gleichwertig (Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., § 59 N 14). Da ein Indiz immer nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf die Täterschaft oder die Tat hinweist, lässt es, einzeln betrach-

tet, die Möglichkeit des Andersseins offen, enthält daher auch den Zweifel (Hans Walder, Der Indizienbeweis im Strafprozess, ZStrR 108/1991, S. 309; Derselbe, Die Beweisführung in Strafsachen, insbesondere der Indizienbeweis, Zürich 1974/75, S. 49). Es ist jedoch zulässig, aus der Gesamtheit der verschiedenen Indizien, welche je für sich allein betrachtet nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf eine bestimmte Tatsache oder Täterschaft hindeuten und insofern Zweifel offen lassen, auf den vollen rechtsgenügenden Beweis von Tat oder Täter zu schliessen (Entscheidung des Bundesgerichtes 6B\_365/2009 vom 12. November 2009, E. 1.4., 6B\_332/2009 vom 4. August 2009, E. 2.3. mit Hinweisen, und 6B\_297/2007 vom 4. September 2007, E. 3.4.; Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., § 59 N 15).

2.4. Stützt sich die Beweisführung auf die Aussagen von Beteiligten, so sind diese frei zu würdigen. Es ist anhand sämtlicher Umstände, die sich aus den Akten und den Verhandlungen ergeben, zu untersuchen, welche Sachdarstellung überzeugend ist, wobei es vorwiegend auf den inneren Gehalt der Aussagen ankommt, verbunden mit der Art und Weise, wie die Angaben erfolgten. Bei der Würdigung von Aussagen darf nicht einfach auf die Persönlichkeit oder allgemeine Glaubwürdigkeit von Aussagenden abgestellt werden. Massgebend ist vielmehr die Glaubhaftigkeit der konkreten, im Prozess relevanten Aussagen. Diese sind einer kritischen Würdigung zu unterziehen, wobei auf das Vorhandensein von sogenannten Realitätskriterien grosses Gewicht zu legen ist (vgl. Rolf Bender, Die häufigsten Fehler bei der Beurteilung von Zeugenaussagen, in SJZ 81 [1985] S. 53 ff.; Bender/Nack/Treuer, Tatsachenfeststellungen vor Gericht, Glaubwürdigkeits- und Beweislehre, Vernehmungslehre, 3. Auflage, München 2007, N 310 ff. und N 350 ff.). Die wichtigsten Realitätskriterien sind dabei die "innere Geschlossenheit" und "Folgerichtigkeit in der Darstellung des Geschehensablaufs", "konkrete und anschauliche Wiedergabe des Erlebnisses" sowie die "Schilderung des Vorfalles in so charakteristischer Weise, wie sie nur von demjenigen zu erwarten ist, der den Vorfall selber miterlebt hat", "Kenntlichmachung der psychischen Situation von Täter und Zeuge bzw. unter Mittätern", "Selbstbelastung oder unvoreilhaftige Darstellung der eigenen Rolle", "Entlastungsbemerkungen zugunsten des Beschuldigten" und "Konstanz der Aussage bei verschiedenen Befragungen, wo-

bei sich aber sowohl Formulierungen als auch die Angaben über Nebenumstände verändern können" (Robert Hauser, Der Zeugenbeweis im Strafprozessrecht mit Berücksichtigung des Zivilprozesses, Zürich 1974, S. 316). Andererseits sind auch allfällige Phantasiesignale zu berücksichtigen. Als Indizien für falsche Aussagen gelten "Unstimmigkeiten oder grobe Widersprüche in den eigenen Aussagen", "Zurücknahme oder erhebliche Abschwächungen in den ursprünglichen Anschuldigungen", "Übersteigerungen in den Beschuldigungen im Verlaufe von mehreren Einvernahmen", "unklare, verschwommene oder ausweichende Antworten" sowie "gleichförmig, eingeübt und stereotyp wirkende Aussagen". Als generelle Phantasiesignale nennen Bender/Nack/Treuer die "Schwarz-Weiss-Malerei", die "Verarmung der Aussage", das "Flucht- und Begründungssignal" und die "behauptete Akzeptanz gegenüber bezweifelbaren Rechtsverkürzungen", wobei weiter festgehalten wird, den "Phantasiebegabten" falle es ganz allgemein leichter, von eigenen Aussagen und Aktivitäten zu berichten, als die Antworten und Reaktionen der Gegenseite zu erfinden. Wenn das eine oder andere Phantasiesignal auftritt, braucht die Aussage nicht verworfen zu werden. Es ist dann aber eine ausreichende Zahl von erstklassigen Realitätskriterien zu fordern. Bei häufigem Auftreten von Phantasiesignalen sollten an die Zahl und Qualität der Realitätskriterien strenge Anforderungen gestellt werden, damit eine Aussage als zuverlässig eingestuft werden kann (Bender/Nack/Treuer, a.a.O., N 429 ff.).

2.5. Damit kommt der allgemeinen Glaubwürdigkeit des Aussagenden nach neueren Erkenntnissen kaum mehr Bedeutung zu. Weitaus bedeutender für die Wahrheitsfindung als die allgemeine Glaubwürdigkeit ist die Glaubhaftigkeit der konkreten Aussagen.

2.6. Angesichts der Unschuldsvermutung besteht Beweisbedürftigkeit, d.h. der verfolgende Staat hat dem Beschuldigten alle objektiven und subjektiven Tatbestandselemente nachzuweisen (vgl. dazu Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Zürich 2004, N 599) und nicht der Beschuldigte seine Unschuld (BGE 127 I 40 und Urteile des Bundesgerichtes 1P\_437/2004 vom 1. Dezember 2004, E. 4.3., sowie 6S\_154/2004 vom 30. November 2005, E. 4.).

2.7. Der Grundsatz "in dubio pro reo" findet als Beweislastregel keine Anwendung, wenn der Beschuldigte eine ihn entlastende Behauptung aufstellt, ohne dass er diese in einem Mindestmass glaubhaft machen kann. Es tritt nämlich insoweit eine Beweislastumkehr ein, als nicht jede aus der Luft gegriffene Schutzbehauptung von der Anklagebehörde durch hieb- und stichfesten Beweis widerlegt werden muss. Ein solcher Beweis ist nur dann zu verlangen, wenn gewisse Anhaltspunkte wie konkrete Indizien oder eine natürliche Vermutung für die Richtigkeit der Behauptung sprechen bzw. diese zumindest als zweifelhaft erscheinen lassen, oder wenn der Beschuldigte sie sonstwie glaubhaft macht (vgl. Kassationsgerichtsentscheid vom 2. November 2004, Nr. AC040082, E. 3.5, Stefan Trechsel, SJZ 1981 S. 320).

3.1. An relevanten Beweismitteln liegen neben den Aussagen des Beschuldigten solche der Zeugen und Auskunftspersonen E.\_\_\_\_, F.\_\_\_\_, G.\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_ sowie eine grosse Anzahl von Geschäftsunterlagen und weiteren Dokumenten vor. Der Verwertbarkeit dieser Beweismittel steht nichts entgegen.

3.2. Hinsichtlich der Glaubwürdigkeit des Beschuldigten ist festzuhalten, dass er gemäss dem in der ersten Phase der Untersuchung noch geltenden kantonalen Strafprozessrecht zunächst als Angeschuldigter und hernach als Beschuldigter einvernommen und somit nicht unter der Strafandrohung von Art. 307 StGB zu wahrheitsgemässen Aussagen verpflichtet wurde. Zudem dürfte er, soweit er überhaupt zu Aussagen bereit war, als direkt vom Verfahren Betroffener, dem eine mehrjährige unbedingte Freiheitsstrafe droht, ein durchaus nachvollziehbares Interesse daran gehabt haben, die Geschehnisse in einem für ihn günstigen Licht darzustellen. Seine Aussagen sind unter diesem Gesichtspunkt mit Vorsicht zu würdigen.

3.3. Bezug nehmend auf die allgemeine Glaubwürdigkeit der Zeugen G.\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_ ist darauf hinzuweisen, dass sie unter der strengen Strafandrohung gemäss Art. 307 StGB aussagten und zum Beschuldigten nicht in einer Beziehung stehen, die über das Geschäftliche hinausgeht. E.\_\_\_\_, die dem Beschuldigten sowohl bei der Privatklägerin als auch bei der I.\_\_\_\_ AG unterstellt war, inzwischen aber für keine der beiden Firmen mehr arbeitet (Urk. HD 53/1 S. 1 ff.;

Urk. HD 53/3 S. 1 ff.), wurde am 12. November 2008 unter der strengen Strafandrohung gemäss Art. 307 StGB als Zeugin befragt (Urk. HD 53/1 S. 1). Am 12. Februar 2010 wurde sie ferner unter Hinweis auf die Art. 303-305 StGB als Auskunftsperson einvernommen (Urk. HD 53/3 S. 1). F.\_\_\_\_\_, der mit seiner Firma J.\_\_\_\_\_ AG Treuhänder der Privatklägerin und der I.\_\_\_\_\_ AG war (Urk. HD 54/1 S. 2 f.) und mit dem Beschuldigten befreundet ist (Urk. HD 54/2 S. 1), wurde am 19. November 2008 unter der strengen Strafandrohung gemäss Art. 307 StGB als Zeuge (Urk. HD 54/1) und am 12. Februar 2010 unter Hinweis auf Art. 303-305 StGB als Auskunftsperson einvernommen (Urk. HD 54/2).

3.4. In erster Linie massgebend ist jedoch, wie bereits dargelegt wurde, nicht die prozessuale Stellung der Aussagenden bzw. ihre allgemeine Glaubwürdigkeit, sondern der materielle Gehalt ihrer Aussagen.

4.1. Die Anklagebehörde ist der Ansicht, dass der Beschuldigte sich mit dem ihm vorgeworfenen Verhalten auch der mehrfachen Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 StGB schuldig gemacht habe (Urk. HD 70 S. 17). Einer Widerhandlung gegen diese Bestimmung macht sich schuldig, wer sich eine ihm anvertraute fremde bewegliche Sache aneignet, um sich oder einen anderen damit unrechtmässig zu bereichern.

4.2. Der Vorinstanz ist darin zu folgen, dass auf die vorliegend eingeklagten Sachverhalte der Tatbestand der Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 StGB nicht anwendbar ist (vgl. Urk. HD 120 S. 11). Der Beschuldigte war Gesellschafter und Geschäftsführer der Privatklägerin und hatte somit Organstellung. Im Verhältnis zur Gesellschaft ist ein Organ nicht Dritter: Organe handeln als Teil der Gesellschaft für diese. Durch ihre Stellung erhalten die Organe nicht das Gesellschaftsvermögen, um dieses im Interesse der Gesellschaft zu verwalten, sondern die Gesellschaft behält den Gewahrsam an den entsprechenden Vermögenswerten und verwaltet sie, wenn auch durch ihre Organe, weiterhin selbst (BSK StGB II-Niggli/Riedo, Art. 138 N 34b mit weiteren Hinweisen). Somit fehlt es jedenfalls am Tatbestandsmerkmal der anvertrauten fremden Sache. Die Vorinstanz hat deshalb zu Recht festgehalten, dass eine Verurteilung wegen mehrfacher Veruntreuung ausgeschlossen ist (Urk. HD 120 S. 11), und damit den Beschuldigten

materiell vom entsprechenden Vorwurf freigesprochen. Folgerichtig hat dieser Vorwurf denn auch auf die Höhe der erstinstanzlich ausgesprochenen Strafe keinen Einfluss gehabt, wie aus den Erwägungen zur Sanktion – entgegen den Ausführungen der Verteidigung (Urk. HD 121 S. 5) – klar hervorgeht. Die Vorinstanz hat diesen Freispruch indes nicht ins Dispositiv aufgenommen, obwohl der Beschuldigte Anspruch darauf hat, weshalb dies in zweiter Instanz nachzuholen ist. Es ist somit im Dispositiv des Erkenntnisses festzuhalten, dass der Beschuldigte der mehrfachen Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 StGB nicht schuldig und von diesem Vorwurf freizusprechen ist.

5.1. Die Anklagebehörde wirft dem Beschuldigten in Anklageziffer B 8. vor, zu nicht mehr genau bestimmbar Zeitpunkten in der Zeit zwischen März 2006 und dem 10. November 2006 im Wissen darum, dass sein Vorgehen dazu bestimmt war, zu suggerieren, bei der I. \_\_\_\_\_ AG handle es sich um eine Nachfolgegesellschaft der Privatklägerin, gegenüber den Kunden, Lieferanten und Spediteuren wissentlich wahrheitswidrig und systematisch die Information verbreitet zu haben, dass die I. \_\_\_\_\_ AG die Rechtsnachfolgerin der Privatklägerin sei, und entsprechende Mitteilungen seiner ehemaligen Mitarbeiter unterstützt zu haben. Dadurch habe er wissentlich und willentlich Kunden, Lieferanten und Spediteure der Privatklägerin über die tatsächlichen Verhältnisse getäuscht in der Absicht, die Geschäftstätigkeit der Privatklägerin vollständig auszuhöhlen und lahmzulegen (Urk. HD 70 S. 8).

5.2. Dieser Vorwurf wird in verschiedenen Anklageziffern konkretisiert, weshalb die Vorinstanz auf die Ausführungen zu diesen Anklageziffern verwiesen und den Vorwurf gemäss Anklageziffer B 8. nicht eigenständig geprüft hat (Urk. HD 120 S. 34), womit doppelte Verurteilungen aufgrund desselben Vorwurfs vermieden wurden. Dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden.

### 6.1. Einleitende Bemerkungen in der Anklageschrift (Urk. HD 70 S. 3)

Zu den einleitenden Bemerkungen hat die Vorinstanz zu Recht angemerkt, dass die Privatklägerin mit der K.\_\_\_\_\_ GmbH (nachfolgend: "K.\_\_\_\_\_") resp. mit der L.\_\_\_\_\_ GmbH (nachfolgend: "L.\_\_\_\_\_") kurz vor dem Abschluss eines schriftlichen Vertriebsvertrages stand und dementsprechend keinen Umsatz mit Produkten dieser Anbieterin erzielte, weshalb die Ausführungen im zweiten Absatz der einleitenden Bemerkungen in der Anklageschrift (Urk. HD 70 S. 3) insofern zu korrigieren sind. Ferner hat die Verteidigung die in der Anklageschrift enthaltene Behauptung, die Privatklägerin habe floriert (Urk. HD 70 S. 3), bestritten, was indes- sen, wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergeben wird, offen bleiben kann. Was die übrigen in den einleitenden Bemerkungen enthaltenen Ausführungen angeht, ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass diese erstellt sind, weshalb auf die diesbezüglichen Erwägungen im vorinstanzlichen Urteil verwiesen werden kann (Urk. HD 120 S. 7 ff.).

### 6.2. Gründung eines Konkurrenzunternehmens und Schaffung einer Verwechslungsgefahr durch Wahl der Firma I. \_\_\_\_\_ AG und sonstige Handlungen/Unterlassungen (Anklageschrift lit. A in Verbindung mit Anklageziffer E 11.)

#### 6.2.1. Sachverhaltserstellung

Dem Beschuldigten wird in der Anklageschrift unter lit. A zusammengefasst vorgeworfen, in der Zeit zwischen März und Ende Mai 2006 die Gründung eines Konkurrenzunternehmens unter der Firma I.\_\_\_\_\_ AG geplant und realisiert zu haben, wobei er diese Firmenbezeichnung bewusst gewählt habe, um zu bewirken, dass sowohl die Lieferanten als auch die Abnehmer die Unternehmen I.\_\_\_\_\_ AG und B.\_\_\_\_\_ GmbH nur schwer würden auseinanderhalten können, und den Anschein zu erwecken, als wären I.\_\_\_\_\_ AG und B.\_\_\_\_\_ GmbH wirtschaftlich miteinander verknüpft resp. als sei die I.\_\_\_\_\_ AG die von der B.\_\_\_\_\_ GmbH gewollte Nachfolgegesellschaft. Dabei habe er, im Wissen, dass er während seiner Anstellung bei der B.\_\_\_\_\_ GmbH kein Konkurrenzunternehmen gründen und führen durfte, M.\_\_\_\_\_ und zwei Angestellte der B.\_\_\_\_\_ GmbH,

N.\_\_\_\_\_ und O.\_\_\_\_\_, als Gründer der I.\_\_\_\_\_ AG vorgeschoben (Urk. HD 70 S. 4).

In Anklageziffer E 11. wird dem Beschuldigten im Wesentlichen vorgeworfen, durch die Vermischung der Geschäftstätigkeiten der Privatklägerin und der I.\_\_\_\_\_ AG, die sich aufgrund des fließenden Übergangs bzw. der Übernahme der gesamten Tätigkeit der Privatklägerin durch die I.\_\_\_\_\_ AG ergeben habe, sei bei den Kunden und Lieferanten der Privatklägerin eine Verwirrung auf dem Markt entstanden, was er wissentlich und willentlich angestrebt habe. So hätten die ehemaligen Mitarbeiter der Privatklägerin mit Wissen und Billigung des Beschuldigten auch dann noch ihre geschäftliche E-Mail-Adresse bei der Privatklägerin benutzt, als sie bereits für die I.\_\_\_\_\_ AG tätig gewesen seien. Ferner hätten der Beschuldigte und auch seine (ehemaligen) Mitarbeiter ab 1. Juni 2006 bzw. 1. Juli 2006 gegenüber Kunden und Lieferanten weiterhin Briefpapier mit dem Logo der Privatklägerin verwendet. Die Vorinstanz kam in der Folge zum Schluss, der Beschuldigte habe bezüglich der Verwendung des Briefpapiers mit Logo der Privatklägerin den subjektiven Tatbestand von Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. d UWG nicht erfüllt, und sprach ihn im Ergebnis einzig wegen der inkriminierten Benützung der E-Mail-Adresse im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. d UWG schuldig (Urk. HD 120 S. 64 f.). In den weiteren Vorwürfen in Anklageziffer E 11. hat die Vorinstanz offensichtlich keine strafrechtlich relevanten Vorgänge erblickt, weshalb in Nachachtung des Verschlechterungsverbots gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO auf diese Vorwürfe nicht näher einzugehen ist.

Zusammengefasst macht die Verteidigung zu Anklageschrift lit. A geltend, der Beschuldigte habe die Absicht gehabt, als Arbeitnehmer der Privatklägerin mit der I.\_\_\_\_\_ AG zusammen zu arbeiten (Urk. HD 120 S. 10). Der Beschuldigte gestand zwar anlässlich der Berufungsverhandlung neu ein, die I.\_\_\_\_\_ AG zusammen mit M.\_\_\_\_\_ gegründet zu haben (Urk. HD 141 S. 21). Die Verteidigung hatte aber anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung argumentiert, die Gründung einer Aktiengesellschaft während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses sei selbst in zivilrechtlicher Hinsicht unter gewissen Voraussetzungen nicht zu beanstanden, und strafrechtlich erfülle sie keinen relevanten Tatbestand (Urk. HD

105 S. 11). Hinsichtlich der von der Anklagebehörde behaupteten Verwechslungsgefahr argumentiert die Verteidigung, dass eine solche nicht zu erkennen sei. Die Firma B.\_\_\_\_\_ GmbH werde im Wesentlichen aus einem Sachbegriff gebildet. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung komme Firmen, die im Wesentlichen aus Sachbegriffen oder Branchenbezeichnungen gebildet werden, unter dem Gesichtspunkt der Firmenähnlichkeit nur eine beschränkte Schutzwirkung zu, da der Sachbegriff als solcher nicht monopolisiert werden könne. Anderen Unternehmen stehe es frei, eine bereits als Firmenbestandteil eingetragene Sachbezeichnung ebenfalls in ihre Firma aufzunehmen. Der I.\_\_\_\_\_ AG sei es daher ohne Weiteres gestattet gewesen, die Bezeichnung "I.\_\_\_\_\_" zu verwenden (Urk. HD 105 S. 11 f.). Anlässlich der Berufungsverhandlung brachte die Verteidigung zudem vor, dass der Beschuldigte die Verwechslungsgefahr zum Zweck der unzulässigen Aneignung eines fremden Arbeitsergebnisses hätte schaffen wollen, werde von der Anklage nicht geltend gemacht und sei auch nicht ersichtlich. Zudem habe der Beschuldigte weder vorsätzlich noch "bewusst" Massnahmen getroffen, die geeignet sind, Verwechslungen mit dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen. Ferner habe der Beschuldigte nicht das geringste Interesse an einer Verwechslung gehabt. Er sei an der Privatklägerin beteiligt gewesen und habe ein wirtschaftliches Interesse an deren Wohlergehen gehabt. Ferner sei er bei ihr angestellt gewesen und habe dies auch bleiben wollen (Urk. HD 139 S. 8).

Zu Anklageziffer E 11. brachte die Verteidigung vor, die E-Mail-Adresse gehöre nicht zu denjenigen Elementen, die vom Schutz aus Art. 3 lit. d UWG erfasst seien (Urk. HD 105 S. 72 e contrario). Ferner sei Art. 3 lit. d UWG kein Unterlassungsdelikt. Täter könne nur sein, wer aktiv Massnahmen treffe, um eine Verwechslungsgefahr zu schaffen, nicht aber, wer Massnahmen unterlasse, um das Entstehen einer Verwechslungsgefahr zu verhindern (Urk. HD 139 S. 26 f.).

Dass der Beschuldigte hinter der Gründung der I.\_\_\_\_\_ AG stand, diese plante und realisierte und deren faktischer Inhaber und Geschäftsführer war und jedenfalls N.\_\_\_\_\_ und O.\_\_\_\_\_ nur vorgeschoben waren, steht ausser Frage. Es kann diesbezüglich vollumfänglich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen (Urk. HD 120 S. 11 ff.) und ergänzt werden, dass sich beispielsweise

auch aus der I.\_\_\_\_\_ Checkliste Startup vom 22. Mai 2006 ergibt, dass der Beschuldigte beim Aufbau der I.\_\_\_\_\_ AG tatkräftig mitwirkte (Urk. HD 5/38). Insbesondere kann aufgrund dieser Ausführungen kein Zweifel daran bestehen, dass der Beschuldigte für die Wahl der Firma verantwortlich war, wie sich im Übrigen auch aus einer E-Mail, die er am 11. Mai 2006 schrieb (Urk. HD 12/9 S. 1), ergibt. In der Einvernahme anlässlich der Berufungsverhandlung gab der Beschuldigte denn auch, wie bereits dargelegt wurde, ausdrücklich zu, dass M.\_\_\_\_\_ und er hinter der Gründung der I.\_\_\_\_\_ AG standen (Urk. HD 141 S. 21). Ferner ist aufgrund der von der Vorinstanz aufgezählten Anhaltspunkte, auf die ebenfalls verwiesen werden kann (Urk. HD 120 S. 14), ohne Weiteres davon auszugehen, dass der Beschuldigte die Firma "I.\_\_\_\_\_ AG" ganz bewusst wählte, um zu bewirken, dass sowohl die Lieferanten als auch die Abnehmer die Unternehmen I.\_\_\_\_\_ AG und B.\_\_\_\_\_ GmbH nur schwer auseinanderhalten konnten und um den Anschein zu erwecken, als seien I.\_\_\_\_\_ AG und B.\_\_\_\_\_ GmbH wirtschaftlich und rechtlich miteinander verknüpft resp. als sei die I.\_\_\_\_\_ AG die von der B.\_\_\_\_\_ GmbH gewollte Nachfolgegesellschaft. Die Nähe der beiden Firmenbezeichnungen lässt schlechterdings nicht den Schluss zu, dass es sich dabei um einen Zufall handelt. Dass ehemalige Mitarbeiter der Privatklägerin nach ihrem Austritt bei dieser noch die E-Mail-Adresse benützten, die sie bei der Privatklägerin hatten, wird vom Beschuldigten nicht bestritten und ist im Übrigen durch diverse Ausdrücke von E-Mails, die sich bei den Akten befinden, belegt. Es kann auf die entsprechenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. HD 120 S. 62 ff. mit Hinweisen). Dass der Beschuldigte Kenntnis von der inkriminierten Verwendung der E-Mail-Adressen hatte, ergibt sich daraus, dass auch er E-Mails ehemaliger Mitarbeiter von deren B.\_\_\_\_\_ -E-Mail-Adresse aus erhielt (Urk. HD 5/71 = 23/67, 12/10 = 23/45, 12/34 = 23/68, 12/35 = 23/69, 23/65), ja er selber sogar die ehemalige E-Mail-Adresse für E-Mails an ehemalige Mitarbeiter benützte (Urk. HD 12/35 = 23/69; 12/10 = 23/45) und diese Benützung offensichtlich nicht unterband. Wenn für die E-Mail-Korrespondenz zwischen ehemaligen Mitarbeitern der Privatklägerin und ihm deren B.\_\_\_\_\_ -E-Mail-Adresse verwendet wurde, musste der Beschuldigte zumindest damit rechnen, dass diese auch gegenüber Kunden und Lieferanten verwendet wurde, zumal auch die Privatklägerin, für

die der Beschuldigte in jener Phase nach wie vor tätig war, ab 8. oder 13. Juni 2006 auch Lieferantin der I. \_\_\_\_\_ AG war (Urk. HD 3/7 = Urk. HD 5/56). Zumindest aber nahm er durch sein Untätigbleiben die Vorgehensweise der ehemaligen Mitarbeiter in Kauf.

### 6.2.2. Rechtliche Würdigung

Gemäss Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. d UWG macht sich insbesondere derjenige strafbar, der Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen. Die Vorinstanz hat zutreffend dargelegt, dass vom Schutz durch diese Bestimmung auch die Firma erfasst wird, weshalb auf ihre Ausführungen verwiesen werden kann (Urk. HD 120 S. 15 f.). Der Schutz aus UWG steht dem Berechtigten kumulativ zu demjenigen aus Firmenrecht zu (Pedrazzini/Pedrazzini, Unlauterer Wettbewerb, 2. Auflage, Bern 2002, N 5.143). Auch die Ausführungen der Vorinstanz zur Frage, wann eine Verwechslungsgefahr zu bejahen ist (Urk. HD 120 S. 16 mit diversen Hinweisen), sind nicht zu beanstanden, weshalb sie an dieser Stelle nicht zu wiederholen sind. Im Lauterkeitsrecht ist insbesondere auch die Branchennähe relevant. Es ist einzig massgebend, ob in concreto eine Verwechslungsgefahr droht. Deswegen sind auch Einflüsse zu berücksichtigen, die ausserhalb des eigentlichen Kennzeichens liegen. Die Verwechslungsgefahr wird z.B. dadurch gesteigert, dass die Unternehmen ihren Sitz am selben Ort haben, miteinander im Wettbewerb stehen oder sich sonst an die gleichen Kreise wenden (Baudenbacher/Caspers, in Baudenbacher [Hrsg.], Art. 3 lit. d N 47).

Die Firma B. \_\_\_\_\_ GmbH setzt sich nur aus kennzeichnungsschwachen Bestandteilen zusammen. Bei "... " und "... " handelt es sich um zwei Sachbezeichnungen, die zusammengesetzt eine Phantasiebezeichnung ergeben, ohne dass die Kennzeichnungskraft sich dadurch wesentlich erhöhen würde. Das "GmbH" als Bezeichnung der Rechtsform der Privatklägerin ist typischerweise ebenfalls ein schwacher Firmenbestandteil. Die Firma der Privatklägerin geniesst daher, wie die Verteidigung anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung zu Recht dargelegt hat (Urk. HD 105 S. 12), nur einen geringen Schutzzumfang (vgl. BGE

4C.197/2003 vom 5. Mai 2004, E. 5.1 ff.). Lauterkeitsrechtlich kommen indessen, wie oben dargelegt, weitere Kriterien hinzu.

Im konkreten Vergleich zwischen der Firma der Privatklägerin und derjenigen der I. \_\_\_\_\_ AG fällt zunächst der identische erste Firmenbestandteil "... " auf, der, wie die Vorinstanz zutreffend dargelegt hat, Bezug auf das Kerngeschäft der beiden Unternehmen, den Vertrieb von Spielen und Spielkonsolen, nimmt (vgl. Urk. HD 120 S. 16). Hinzu kommt, dass der zweite Teil der Firma bei beiden Unternehmen aus vier Buchstaben besteht, beide Firmen somit (unter Vernachlässigung der jeweiligen Rechtsform) insgesamt acht Buchstaben enthalten, von denen zudem zwei, die Buchstaben "i" und "t", identisch sind, wenn sie auch nicht in der gleichen Abfolge erscheinen. Darüber hinaus besteht auch bei der I. \_\_\_\_\_ AG der zweite Teil aus einem englischsprachigen, in dieser Sprache äusserst häufig verwendeten Wort. Dass die beiden Firmen eine unterschiedliche Bedeutung aufweisen, tritt im Verhältnis dazu in den Hintergrund. Der Zusatz "... " anstelle des Zusatzes "... " genügt den Anforderungen für eine genügende Unterscheidbarkeit zumindest unter lauterkeitsrechtlichen Aspekten nicht; er schafft für den massgeblichen Durchschnittsadressaten jedenfalls unter Berücksichtigung dessen, dass beide Unternehmen die gleiche Geschäftstätigkeit aufweisen und gleichartige Produkte anbieten, ihre Lieferanten- und Kundenkreise sich zu grossen Teilen überschneiden und ihr Sitz sich in der gleichen Stadt befindet, keine genügende Individualisierung. Da auch der Hinweis auf die sich von derjenigen der Privatklägerin unterscheidende Rechtsform im vorliegenden Fall kein genügend individualisierendes Moment darstellt, ist die Verwechslungsgefahr zu bejahen. Entgegen der Ansicht der Verteidigung kann in diesem Zusammenhang nicht entscheidend sein, dass die Privatklägerin nur gerade *einen* Fall einer Verwechslung habe nennen können (Urk. HD 105 S. 12). Die Verteidigung weist selber darauf hin, dass die I. \_\_\_\_\_ AG am 7. Juni 2006 ins Handelsregister eingetragen wurde und die Privatklägerin ihre Geschäftstätigkeit am 11. Juli 2006 einstellte, die beiden Unternehmen mithin nur während kurzer Zeit parallel im Markt auftraten (Urk. HD 105 S. 11). Abgesehen davon verwechselte nicht nur der im fraglichen Zeitraum sowohl für die Privatklägerin als auch für die I. \_\_\_\_\_ AG tätige Treuhänder F. \_\_\_\_\_ in einer E-Mail vom 13. November 2006 die beiden Firmen, wie er an-

lässlich seiner Zeugeneinvernahme vom 19. November 2008 darlegte (Urk. HD 54/1 S. 8; Urk. HD 23/128), sondern sogar O.\_\_\_\_\_, ehemaliger Mitarbeiter der Privatklägerin und Mitgründer der I.\_\_\_\_ AG (Urk. HD 23/34 S. 1), in Schreiben oder (gemäss der Verteidigung: Urk. HD 105 S. 69 f.) Entwürfen zu Schreiben vom 29. Juni 2006 (Urk. HD 23/107 S. 2, Unterschriftenzeile) und vom 7. Juli 2006 (Urk. HD 23/109, Unterschriftenzeile). Aufgrund des erstellten Sachverhalts war der Beschuldigte für die Auswahl der fraglichen Firma verantwortlich und handelte er diesbezüglich mit direktem Vorsatz. Entgegen der Ansicht der Verteidigung schadet es nicht, dass von der Anklage nicht geltend gemacht wird, der Beschuldigte habe die Verwechslungsgefahr zum Zweck der unzulässigen Aneignung eines fremden Arbeitsergebnisses schaffen wollen. Dieser Passus ist im fraglichen Gesetzesartikel nicht enthalten, weshalb kein Verstoss gegen das Anklageprinzip vorliegt. Zweifelsohne versuchte der Beschuldigte aber, sich durch die Wahl der Firmenbezeichnung ein fremdes Arbeitsergebnis anzueignen, nämlich den – offensichtlich guten – Ruf der Privatklägerin. Im Übrigen hatte der Beschuldigte entgegen der Argumentation der Verteidigung sehr wohl ein Interesse an einer Verwechslung: An der Privatklägerin war er nur zu 10 % beteiligt und somit letztlich auf Gedeih und Verderben der Mehrheitsbeteiligten ausgeliefert. Demgegenüber war er faktischer Inhaber der I.\_\_\_\_ AG. Dass er – entgegen seiner ursprünglichen Absicht (Urk. HD 5/18: "including myself") – sein Arbeitsverhältnis nicht zusammen mit den anderen Mitarbeitern kündigte, dürfte vor allem daran gelegen haben, dass er so besser in der Lage war, der I.\_\_\_\_ AG einen möglichst guten Start zu ermöglichen, sei es durch die Veranlassung der Übernahme eines Grossteils der Geschäftsräumlichkeiten der Privatklägerin durch die I.\_\_\_\_ AG, sei es durch den Abschluss des Subdistributionsvertrages, mit dem die I.\_\_\_\_ AG auch zur Lieferantin von D.\_\_\_\_ - und P.\_\_\_\_ - Produkten wurde, sei es dadurch, dass er es der I.\_\_\_\_ AG erlaubte, Lieferungen teilweise über die Privatklägerin abzuwickeln (vgl. nachfolgend unter Ziff. 6.10.). Darüber hinaus darf bezweifelt werden, dass der Beschuldigte längerfristig bei der Privatklägerin bleiben wollte, konnte er doch nicht davon ausgehen, dass deren Mehrheitsbeteiligte mit den – offensichtlich nicht abgesprochenen – geschäftlichen Grundsatzentscheiden, die er in den Monaten Mai und Juni 2006 für

die Privatklägerin fällte, einverstanden sein würde, was sich dann wenig später auch bewahrheitete.

Mit Bezug auf den Umstand, dass einige der ehemaligen Mitarbeiter der Privatklägerin bei ihrer Tätigkeit für die I. \_\_\_\_\_ AG weiterhin ihre E-Mail-Adressen bei der Privatklägerin verwendeten, hat die Vorinstanz zu Recht ausgeführt, dass es Aufgabe des Beschuldigten gewesen wäre, dafür besorgt zu sein, dass diese nach ihrem Austritt keinen Zugang mehr zu ihren E-Mail-Accounts hatten (Urk. HD 120 S. 65). Entgegen der Ansicht der Verteidigung wird die E-Mail-Adresse vom Schutz von Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. d UWG erfasst (Entscheid des Bundesgerichtes vom 16. Juli 2002, 4C.165/2001). Entgegen der weiteren Ansicht der Verteidigung scheidet die Täterschaft des Beschuldigten nicht aus, weil er selber keine aktiven Massnahmen zur Schaffung einer Verwechslungsgefahr getroffen habe, um das Entstehen einer Verwechslungsgefahr zu verhindern. Laut Gesetz untersteht der Geschäftsherr, Arbeitgeber, Auftraggeber oder Vertretene, der es vorsätzlich oder fahrlässig in Verletzung einer Rechtspflicht unterlässt, eine Widerhandlung des Untergebenen, Beauftragten oder Vertreters abzuwenden oder in ihren Wirkungen aufzuheben, den Strafbestimmungen, die für den entsprechend handelnden Täter gelten (Art. 26 UWG in Verbindung mit 6 Abs. 2 VStrR). Ist der Geschäftsherr, Arbeitgeber, Auftraggeber oder Vertretene eine juristische Person, Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft, Einzelfirma oder Personengesamtheit ohne Rechtspersönlichkeit, so wird Absatz 2 auf die schuldigen Organe, Organmitglieder, geschäftsführenden Gesellschafter, tatsächlich leitenden Personen oder Liquidatoren angewendet (Art. 6 Abs. 3 VStrR). Der Beschuldigte war der Gründer sowie der faktische Inhaber und Geschäftsführer der I. \_\_\_\_\_ AG. Er war es, der im Hintergrund die Geschicke der I. \_\_\_\_\_ AG lenkte, wie aus dem E-Mail-Verkehr zwischen ihm und den Mitarbeitern der I. \_\_\_\_\_ AG hervorgeht. Er war deshalb in Anbetracht seiner tatsächlich beherrschenden Stellung verpflichtet, Widerhandlungen gegen das UWG, die ihm bekannt waren resp. bekannt sein mussten, zu verhindern, was ihm angesichts seiner Weisungsbefugnisse gegenüber den Mitarbeitern der I. \_\_\_\_\_ AG auch ohne Weiteres möglich war (vgl. Bundesgerichtsurteil 6S.677/2001 vom 16. März 2002, E. 2.b). Der Beschuldigte hat sich deshalb die Verwendung der falschen E-Mail-Adressen durch die Mitarbeiter

der I. \_\_\_\_\_ AG anrechnen zu lassen. Schuldausschluss- oder Rechtfertigungsgründe liegen nicht vor. Die Vorinstanz hat den Beschuldigten somit zu Recht der Widerhandlung gegen Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. d UWG schuldig gesprochen.

### 6.3. Unterlassene Rückforderung von Arbeitsinstrumenten (Anklageziffer B 3.)

#### 6.3.1. Sachverhaltserstellung

Die Anklagebehörde wirft dem Beschuldigten in Anklageziffer B 3. zusammengefasst vor, es im Namen der Privatklägerin unterlassen zu haben, bei deren Austritt eine Sony PSP Konsole von U. \_\_\_\_\_, eine Xbox 360 und Sony PSP Konsole von O. \_\_\_\_\_ sowie eine Xbox 360 und Sony PSP Konsole von N. \_\_\_\_\_ zurückgefordert zu haben (Urk. HD 70 S. 5 f.). Vom in dieser Anklageziffer ebenfalls enthaltenen Vorwurf betreffend den Laptop von Q. \_\_\_\_\_ (Urk. HD 70 S. 6) wurde der Beschuldigte von der Vorinstanz freigesprochen (Urk. HD 120 S. 23). Dieser Freispruch ist in Rechtskraft erwachsen, weshalb auf diesen Sachverhalt nicht mehr einzugehen ist.

Die Verteidigung macht geltend, die Sony PSP-Konsolen und die Xbox 360 seien Kundengeschenke an die Privatklägerin gewesen, welche diese nichts gekostet hätten und die auch nicht in deren Anlagevermögen verbucht gewesen seien. Der Beschuldigte habe diese Konsolen seinen Mitarbeitern als Zeichen der Wertschätzung geschenkt (Urk. HD 105 S. 21 f.; Urk. HD 139 S. 9 f.), was vom Beschuldigten selber schon anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung dargelegt worden war und an der Berufungsverhandlung bestätigt wurde (Urk. HD 101 S. 6; Urk. HD 141 S. 10). Ferner hätten diese Spielkonsolen infolge der schnellen Entwertung solcher elektronischen Spielgeräte per 31. Mai 2006 ohnehin keinen Wert mehr gehabt. Ein Geschäftsführer und Teilhaber einer GmbH müsse ein gewisses Ermessen haben, seinen Mitarbeitern kleine Geschenke zu machen, ohne sich dabei gleich strafbar zu machen. Die Argumentation der Vorinstanz bedeute im Ergebnis, dass ein Vertragspartner immer dann, wenn die andere Partei einen Vertrag nicht erfülle, zwingend Schritte, allenfalls sogar recht-

liche, in die Wege zu leiten habe, obwohl es aus Kostengründen durchaus im Interesse einer Firma sein könne, auf die Einleitung solcher Schritte zu verzichten (Urk. HD 139 S. 10).

Die Vorinstanz hat zutreffend dargelegt, dass die Privatklägerin alle genannten Geräte den fraglichen Mitarbeitern überliess, wobei schriftlich festgehalten wurde, dass diese Geräte im Eigentum der Privatklägerin bleiben würden und dass sie der Privatklägerin zurückgegeben werden müssten, wenn der jeweilige Mitarbeiter die Firma vor Ablauf von zwei Jahren verlassen würde (Urk. HD 120 S. 23 ff. mit Verweis auf Urk. HD 5/87-91). Die Anklageschrift enthält keine Angaben über den Wert dieser Geräte. Es ist aber gerichtsnotorisch, dass derartige Geräte mit ihrer Ingebrauchnahme einen Grossteil ihres Neuwertes verlieren. Vorliegend kommt hinzu, dass sie, was ebenfalls gerichtsnotorisch ist, auch sonst einem starken Wertzerfall unterliegen und sie, wie sich aus dem Datum der genannten Vereinbarungen ergibt, im Zeitpunkt des Austritts der fraglichen Mitarbeiter alle schon mehrere Monate alt waren. Dass die Geräte am 31. Mai 2006 gar keinen Wert mehr gehabt hätten, wie dies die Verteidigung geltend macht, kann aber angesichts dessen, dass sie einige Monate alt waren, nicht angenommen werden, zumal der Beschuldigte selber an der Berufungsverhandlung angab, dass eine einzelne Konsole zum damaligen Zeitpunkt "vielleicht noch Fr. 50.–" wert gewesen sei (Urk. HD 141 S. 10). Es ist daher zu Gunsten des Beschuldigten davon auszugehen, dass die Schenkungen an die drei genannten Mitarbeiter die Grenze, bis zu der ein geringfügiger Vermögenswert im Sinne von Art. 172ter StGB vorliegt, nicht überschritten und der Privatklägerin somit ein Schaden unterhalb dieser Grenze entstand.

### 6.3.2. Rechtliche Würdigung

Bei dieser Ausgangslage kommt eine Verurteilung des Beschuldigten bereits aus prozessualen Gründen nicht in Frage. Das geringfügige Vermögensdelikt nach Art. 172ter StGB stellt eine Übertretung dar, deren Strafverfolgung in drei Jahren verjährt (Art. 109 StGB). Die Verjährung ist von Amtes wegen zu berücksichtigen (BSK StGB I-Müller, vor Art. 97 N 48). Der dem Beschuldigten vorgehaltene Ver-

zicht auf die Rückforderung der Spielkonsolen von den Angestellten bei ihrem Austritt aus der B. \_\_\_\_\_ GmbH fällt in den Zeitraum um den 31. Mai 2006. Die vorgeworfene Übertretung war somit im Zeitpunkt der vorinstanzlichen Urteilsfällung bereits verjährt. Mit der eingetretenen Verjährung liegt ein Prozesshindernis vor, weshalb das Verfahren hinsichtlich dieses Vorwurfs (Ziffer B 3. der Anklage, soweit diese die drei Konsolen Sony PSP und die zwei Xboxen 360 betrifft, die Gegenstand des Berufungsverfahrens sind) einzustellen ist (Art. 379 in Verbindung mit Art. 329 Abs. 4 und Art. 319 Abs. 1 lit. d StPO).

#### 6.4. Implementierung von Software und Kundendaten der B. \_\_\_\_\_ GmbH in die I. \_\_\_\_\_ AG (Anklageziffern C 1. und C 3.)

##### 6.4.1. Sachverhaltserstellung

Die Anklagebehörde wirft dem Beschuldigten in Anklageziffer C 1. zusammengefasst vor, er habe in Missachtung seiner Geheimhaltungspflicht, aus der sich ergeben habe, dass er den Geschäftsbetrieb der Privatklägerin betreffende, ihm überlassene Informationen und Unterlagen nicht in seinem eigenen oder eines anderen Nutzen verwenden durfte, und unter Suggestierung, bei der I. \_\_\_\_\_ AG handle es sich um die Nachfolgegesellschaft der Privatklägerin, im Zeitraum zwischen März und 5. Mai 2006 die Firma R. \_\_\_\_\_ AG beauftragt, eine neue Softwarelösung für die I. \_\_\_\_\_ AG zu implementieren, weshalb auf Kosten der Privatklägerin deren Betriebssystem auch bei der I. \_\_\_\_\_ AG eingerichtet worden sei. In der Folge habe er diese Firma dazu gebracht, die Mandanten der Privatklägerin mit allen bisher implementierten Anpassungen 1:1 auf das Betriebssystem der I. \_\_\_\_\_ AG zu kopieren, sodass diese Zugriff auf sämtliche Kundendaten der Privatklägerin gehabt und sämtliche Kunden der Privatklägerin auch übernommen habe. In Anklageziffer C 3. wird dem Beschuldigten zur Last gelegt, er habe die Rechnungen der R. \_\_\_\_\_ AG für die Softwareinstallation im Betrag von Fr. 11'805.85 zulasten der Privatklägerin ausstellen lassen und visiert, obwohl der Nutzen dieser Leistungen der I. \_\_\_\_\_ AG zugute gekommen sei (Urk. HD 70 S. 8 ff.).

Wie schon vor der Vorinstanz (Urk. HD 105 S. 27) bestritt der Beschuldigte diese Vorwürfe auch anlässlich der Berufungsverhandlung (Urk. HD 139 S. 12 ff.). Er lässt geltend machen, die I. \_\_\_\_\_ AG habe ein neues Betriebssystem gebraucht, aber nicht dasjenige der Privatklägerin übernommen, sondern sich durch die R. \_\_\_\_\_ AG auf eigene Kosten ein gleiches System einrichten lassen. Es sei ferner nicht richtig, dass die bisherigen B. \_\_\_\_\_-Mandanten mit allen implementierten Anpassungen 1:1 auf das Betriebssystem der I. \_\_\_\_\_ AG kopiert worden seien, so dass letztere Zugriff auf sämtliche Kundendaten der Privatklägerin gehabt habe. Wenn ehemalige Mitarbeiter der Privatklägerin später allenfalls Kunden in das System der I. \_\_\_\_\_ AG eingespeist hätten, sei daran nichts zu beanstanden. Kundennamen allein seien noch kein Geschäftsgeheimnis. Die ehemaligen Mitarbeiter der Privatklägerin hätten diese Kundennamen überdies auch verwerten dürfen (Urk. HD 105 S. 28; Urk. HD 139 S. 13 f.). Richtig sei, dass die Privatklägerin am 5. Mai 2006 zwei Zahlungen an die R. \_\_\_\_\_ AG in der Höhe von Fr. 5'448.85 bzw. Fr. 6'357.– ausgelöst habe. Dem habe aber eine Leistung für die Privatklägerin und nicht für die I. \_\_\_\_\_ AG zugrunde gelegen. Dies ergebe sich daraus, dass S. \_\_\_\_\_ von R. \_\_\_\_\_ AG erst am 4. Mai 2006, also einen Tag vor der erfolgten Zahlung, eine Offerte für die I. \_\_\_\_\_ AG zugestellt habe. Es sei deshalb abwegig, davon auszugehen, dass die Privatklägerin bereits einen Tag später, noch vor Annahme der Offerte für die I. \_\_\_\_\_ AG, völlig ungerade Beträge, denen offenkundig spezifische Leistungen zugrunde gelegen hätten, für die Implementierung der Software bei der I. \_\_\_\_\_ AG bezahlt habe. Die I. \_\_\_\_\_ AG habe die Leistungen der R. \_\_\_\_\_ AG selber bezahlt, wie aus den vor Vorinstanz ins Recht gelegten Rechnungen ohne Weiteres hervorgehe (Urk. HD 139 S. 12 f.).

Wie bereits die Vorinstanz festgehalten hat (Urk. HD 120 S. 35), ergibt sich die Geheimhaltungspflicht des Beschuldigten aus Ziffer 7 seines Arbeitsvertrages. In Ziffer 7.2. ist festgehalten, dass der Beschuldigte verpflichtet war, während der Dauer des Vertrages wie auch nach Beendigung desselben alle vertraulichen Informationen über das Geschäft, insbesondere die Vertragsbeziehungen, Abschlüsse, Geschäfte oder besondere Angelegenheiten der Gesellschaft oder von verbundenen Unternehmen, geheim zu halten und diese Informationen nicht für seine eigenen Zwecke oder den Nutzen anderer zu verwenden (Urk. HD 5/15). In

Art. 321a Abs. 4 OR ist darüber hinaus auch eine sich aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers ergebende Geheimhaltungspflicht vorgesehen. Aus der Offerte der R.\_\_\_\_\_ AG vom 4. Mai 2006, die ab 31. Mai oder 1. Juni 2006 umgesetzt wurde, ist ersichtlich, dass die Software "... " auf der Hardware der Privatklägerin installiert war und die gesamte Software samt allen bisher implementierten Anpassungen auf die Hardware der I.\_\_\_\_\_ AG kopiert wurde. Deshalb waren, wie sich schon aus der genannten Offerte, aber auch aus den Notizen über den Praxistest ergibt, anschliessend Anpassungen an das Corporate Design der neuen Firma, d.h. Ersetzen der alten Firmenlogos in allen Dokumenten in "... " und Änderung der Firmeninformationen, notwendig (Urk. HD 5/42 S. 5; Urk. HD 12/32). Dies steht in Einklang mit der Behauptung des Vertreters der Privatklägerin, das System der I.\_\_\_\_\_ AG habe anfänglich an gewissen Stellen noch "B.\_\_\_\_\_ " anstatt "I.\_\_\_\_\_ " ausgedruckt, was zeige, dass ihr System übertragen worden sei (Prot. I S. 23). Bei "... " handelt es sich offensichtlich nicht um eine "massgeschneiderte", sondern um eine einer unbestimmten Anzahl von Benutzern angebotene Software, für deren Verwendung eine Benutzer-Lizenz zu erwerben ist. Dies ergibt sich aus der E-Mail von S.\_\_\_\_\_ von der R.\_\_\_\_\_ AG an den Beschuldigten vom 4. Mai 2006, worin dieser erklärt, dass die (noch zu gründende) I.\_\_\_\_\_ AG aufgrund der Beteiligungsverhältnisse streng genommen die Voraussetzungen für eine Seiten-Lizenz (gemeint: neben der Hauptlizenz der Privatklägerin) nicht erfülle, "... " ihm jedoch zu den (gemeint: günstigeren) Konditionen der Seiten-Lizenz angeboten werde (Urk. HD 5/41; vgl. auch Urk. HD 5/42 S. 4 zu den verschiedenen Varianten und den dabei anfallenden Lizenzgebühren). "... " stand somit nicht im Eigentum der Privatklägerin, sondern sie hatte als Inhaberin einer Lizenz ein Nutzungsrecht daran. Dass die Installation nicht mit einer ursprünglichen Fassung des Programms durchgeführt wurde, sondern die bereits auf der Hardware der Privatklägerin vorhandene Version auf die Hardware der I.\_\_\_\_\_ AG kopiert wurde, hatte offensichtlich den Vorteil, dass weniger kundenspezifische Anpassungsarbeiten anfielen, wodurch die Kosten geringer gehalten werden konnten. Wie sich aus der von der Verteidigung anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung eingereichten Rechnung Nr. ... der R.\_\_\_\_\_ AG vom 19. Juni 2006 ergibt (Urk. HD 106/3), wurden der I.\_\_\_\_\_ AG in der Folge die entsprechenden Lizenz-

gebühren in Rechnung gestellt. Ferner wurden die Implementierungsarbeiten, die von der R. \_\_\_\_\_ AG in der Zeit ab 1. Juni 2006 geleistet wurden, wie sich aus deren Rechnung Nr. ... vom 10. Juli 2006 ergibt, offensichtlich nicht der Privatklägerin, sondern der I. \_\_\_\_\_ AG verrechnet (Urk. HD 106/6). Somit ist entgegen den Ausführungen der Vorinstanz (Urk. HD 120 S. 36 f.) nicht erstellt, dass die beiden von ihr erwähnten, sich aus einem Zahlungsprotokoll (Urk. HD 5/43) ergebenden Zahlungen an die R. \_\_\_\_\_ AG in den Beträgen von Fr. 5'448.86 bzw. Fr. 6'357.-, die zusammen den in der Anklageschrift unter Anklageziffer C 3. genannten Betrag von Fr. 11'805.85 ergeben, für die in der Anklageschrift genannten Leistungen, die lediglich der I. \_\_\_\_\_ AG zugute kamen, erbracht wurden. Es spricht im Gegenteil vieles dafür, dass diese Zahlungen eine die Privatklägerin betreffende jährliche "Upgrade-Gebühr" sowie die sie betreffende jährliche "Grundgebühr" (gemeint wohl: Lizenzgebühr), wie sie am 1. Juli 2006 mit den Rechnungen ... (Urk. HD 106/4) und ... (Urk. HD 106/5) in den gleichen Beträgen auch der I. \_\_\_\_\_ AG in Rechnung gestellt und von dieser gemäss den auf den Rechnungen angebrachten Kontierungsstempeln auch bezahlt wurden (Urk. HD 106/4), betrafen. Dafür spricht im Übrigen, wie die Verteidigung zu Recht geltend machte, auch, dass die beiden von der Anklagebehörde und der Vorinstanz als unrechtmässig betrachteten Zahlungen am 5. Mai 2006 geleistet wurden (Urk. HD 5/43) und somit in einem Zeitpunkt, in dem die Offerte der R. \_\_\_\_\_ AG (Urk. HD 5/42) erst gerade beim Beschuldigten eingegangen war.

Hingegen gelangte die Vorinstanz zu Recht zur Überzeugung, dass der Beschuldigte veranlasste, dass das Betriebssystem "... " durch die Firma R. \_\_\_\_\_ AG von der Hardware der Privatklägerin auf diejenige der I. \_\_\_\_\_ AG kopiert wurde und die Mandanten der Privatklägerin mit allen bisher implementierten Anpassungen 1:1 kopiert wurden, sodass die I. \_\_\_\_\_ AG Zugriff auf sämtliche Kundendaten der Privatklägerin hatte. Den diesbezüglichen vorinstanzlichen Ausführungen ist nichts beizufügen, weshalb darauf verwiesen werden kann (Urk. HD 120 S. 35 f.). Dass dem Beschuldigten klar war, dass er diesbezüglich einer Geheimhaltungspflicht unterlag, ergibt sich aus der bereits erwähnten Bestimmung in seinem Arbeitsvertrag (dazu oben).

Ferner ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz davon ausging, der Beschuldigte habe gegenüber der R. \_\_\_\_\_ AG suggeriert, es handle sich bei der I. \_\_\_\_\_ AG um die Nachfolgegesellschaft der B. \_\_\_\_\_ GmbH, indem er vorgab, letztere plane "den Aufbau einer neuen Firma", die "eine einheitliche Marktleistung" erbringe, über eine "einheitliche Führungsstruktur" verfüge und "praktisch das gleiche Sortiment" führe, wobei es sich um die gleichen Produkte "wie B. \_\_\_\_\_ plus eine neue Produktlinie" handle. Zu Recht hat die Vorinstanz in diesem Zusammenhang einerseits auf Ziffer 1.1.2. der Offerte der R. \_\_\_\_\_ AG vom 4. Mai 2006 (Urk. HD 5/42) und andererseits auf die E-Mail von S. \_\_\_\_\_ von R. \_\_\_\_\_ AG an den Beschuldigten vom gleichen Tag (Urk. HD 5/41) verwiesen (Urk. HD 120 S. 36), deren Inhalte keinen anderen Schluss zulassen.

#### 6.4.2. Rechtliche Würdigung

Die Vorinstanz hat korrekt dargelegt, dass Widerhandlungen im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 5 lit. a UWG begeht, wer ein ihm anvertrautes Arbeitsergebnis wie Offerten, Berechnungen oder Pläne unbefugt verwendet (dazu und zum Zweck dieser Bestimmung siehe die Erwägungen im vorinstanzlichen Urteil, Urk. HD 120 S. 37). Da die Privatklägerin nicht Eigentümerin, sondern lediglich Lizenznehmerin des Programms "... in seiner ursprünglichen Version war, wie im Übrigen nach der Installation auch die I. \_\_\_\_\_ AG, liegt, wie die Verteidigung zu Recht geltend machte (Urk. HD 139 S. 13 f.), keine unmittelbare Übernahme eines Computerprogramms vor. Wenn aber, wie die Vorinstanz zutreffend dargelegt hat, die unmittelbare Übernahme von Computerprogrammen unter die genannte Bestimmung fällt (Urk. HD 120 S. 37), kann es sich bei kundenspezifischen Anpassungen an einem Computerprogramm nicht anders verhalten, denn auch dabei handelt es sich um ein Arbeitsergebnis. Ferner handelt es sich bei der Sammlung von Kundendaten ebenfalls um ein Arbeitsergebnis. In der Literatur wird die Meinung vertreten, dass Kundenlisten oder Datensammlungen nur dann als Arbeitsergebnis zu qualifizieren sind, wenn sie sich als solche zur Verwertung eignen, wie Sammlungen von möglichen Adressaten für bestimmte Waren oder Leistungen, besonders solche, die eine Firma für die eigenen Zwecke hält (Pedrazzi-

ni/Pedrazzini, a.a.O., N 9.07). Genau um eine solche Sammlung von Kundendaten handelte es sich aber entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. HD 105 S. 79) offensichtlich im vorliegenden Fall. Dass sie für Konkurrenten einen Wert hatte, wird gerade dadurch bestätigt, dass der Beschuldigte sie von der Hardware der Privatklägerin auf die Hardware der I. \_\_\_\_\_ AG kopieren liess. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass er diesen (auch in finanzieller Hinsicht entstehenden) Aufwand betrieben hätte, wenn es sich um Daten gehandelt hätte, die die ehemaligen Mitarbeiter der Privatklägerin ohnehin (auswendig) kannten. Dem Beschuldigten waren in seiner Funktion als Geschäftsführer der Privatklägerin die für diese vorgenommenen kundenspezifischen Anpassungen und die Kundendaten anvertraut worden, und gemäss Ziffer 7.2. seines Arbeitsvertrages sowie Art. 321a Abs. 4 OR war der Beschuldigte zur Geheimhaltung dieser Informationen verpflichtet. Er verwertete diese unbefugt, wobei er ohne Frage mit Vorsatz handelte, weshalb er durch sein unter Anklageziffer C 1. umschriebenes Handeln den Tatbestand von Art. 23 i.V.m. Art. 5 lit. a UWG erfüllt hat, wobei weder Schuld- ausschluss- noch Rechtfertigungsgründe ersichtlich sind. Dass er auch mit seinem unter Anklageziffer C 3. umschriebenen Handeln diesen Tatbestand erfüllte, wie die Vorinstanz annahm (Urk. HD 120 S. 38 und S. 87), ist nicht ersichtlich, weshalb der Beschuldigte von diesem Vorwurf freizusprechen ist.

Der Widerhandlungen im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. b UWG macht sich, wie von der Vorinstanz korrekt dargelegt wurde, strafbar, wer vorsätzlich über sich, seine Firma, seine Geschäftsbezeichnung, seine Waren, Werke oder Leistungen, deren Preise, die vorrätige Menge, die Art der Verkaufsveranstaltung oder über seine Geschäftsverhältnisse unrichtige oder irreführende Angaben macht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt. Gemäss einhelliger Lehre und Praxis müssen die solche Angaben enthaltenden Äusserungen objektiv geeignet sein, den Wettbewerb zu beeinflussen. Dazu müssen sie aus objektiver Sicht darauf ausgerichtet sein, Marktteilnehmer in einer bestimmten Weise zu beeinflussen, d.h. "marktgeneigt" sein (Baudenbacher/Glöckner, in Baudenbacher, a.a.O., Art. 3 lit. b N 9; BGE 120 II 76 mit Hinweisen). Vorliegend machte der Beschuldigte die fraglichen Angaben gegenüber einem oder mehreren Vertretern der R. \_\_\_\_\_ AG, der Software-Firma, die einerseits die EDV der

Privatklägerin und andererseits diejenige der I. \_\_\_\_\_ AG betreute. Inwieweit die Angaben diesem Vertreter oder diesen Vertretern gegenüber "marktgeneigt" gewesen sein könnten, ist weder dargetan worden noch ersichtlich. Vielmehr ist gestützt auf die obigen Ausführungen zu vermuten, dass sie gemacht wurden, um von der R. \_\_\_\_\_ AG bessere Konditionen ("Seiten-Lizenz") zu erhalten und diese dazu zu bewegen, die B. \_\_\_\_\_-Mandanten mit allen bisher implementierten Anpassungen 1:1 auf das Betriebssystem der I. \_\_\_\_\_ AG zu kopieren. Dies hat zur Folge, dass der Beschuldigte hinsichtlich des unter Anklageziffer C 1. eingeklagten Sachverhaltes vom Vorwurf der Widerhandlung gegen Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. b UWG freizusprechen ist.

Was die Tatbestandselemente der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 StGB angeht, kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. HD 120 S. 38 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Die Vorinstanz hat ferner korrekt dargelegt, dass der Beschuldigte Geschäftsführer und Einzelzeichnungsberechtigter der Privatklägerin war und somit zum Personenkreis im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB gehörte, was von der Verteidigung anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung auch ausdrücklich anerkannt wurde (Urk. HD 139 S. 17), und dass er in seiner Position dazu verpflichtet war, die Interessen der Privatklägerin, wozu auch die finanziellen Interessen gehörten, zu wahren (Urk. HD 120 Abs. 39 mit Hinweisen). Da indes nicht erstellt ist, dass der Beschuldigte Leistungen der R. \_\_\_\_\_ AG, die einzig im Nutzen der I. \_\_\_\_\_ AG waren, mit Mitteln der Privatklägerin bezahlen liess und sie somit am Vermögen schädigte, ist der Beschuldigte hinsichtlich der Anklageziffer C 1. i.V.m. C 3. vom Vorwurf der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 StGB freizusprechen.

## 6.5. Weitergabe von Kundendaten der B. \_\_\_\_\_ GmbH an die I. \_\_\_\_\_ AG (Anklageziffer C 2.)

### 6.5.1. Sachverhaltserstellung

Die Vorinstanz erachtete den unter der Anklageziffer C 2. eingeklagten Sachverhalt insofern als strafrechtlich relevant, als dem Beschuldigten zur Last gelegt wird, zu einem nicht genau bekannten Zeitpunkt zwischen Mai und 10. November 2006 seinen Mitarbeitern diejenigen Kunden bekanntgegeben zu haben, die regelmässig in Zahlungsverzug geraten seien und die Mitarbeiter, nachdem sie neu bei der I.\_\_\_\_\_ AG angestellt gewesen seien, angewiesen zu haben, von diesen Kunden namens der I.\_\_\_\_\_ AG jeweils eine Vorauszahlung zu verlangen (Urk. HD 70 S. 9; Urk. HD 120 S. 39 f.). Einer Auseinandersetzung mit den übrigen Elementen des unter Anklageziffer C 2. eingeklagten Sachverhaltes steht, da die Vorinstanz darin kein strafrechtlich relevantes Verhalten erblickte (Urk. HD 120 S. 40) das Verschlechterungsverbot entgegen.

Die Verteidigung hält diesem Vorwurf entgegen, der Name eines Kunden mit schlechter Zahlungsmoral stelle kein Arbeitsergebnis im Sinne von Art. 5 lit. a UWG dar. Um im Laufe der Jahre zu wissen, welcher Kunde eine schlechte Zahlungsmoral habe, sei keine Anstrengung vonnöten, ein Arbeitsergebnis im Sinne des Gesetzes liege nicht vor. Ferner wäre Erzeuger des Arbeitsergebnisses nicht die Privatklägerin, die dann dieses Arbeitsergebnis dem Beschuldigten anvertraut hätte, sondern der Beschuldigte selbst. Darüber hinaus sei keine unbefugte Verwertung zu erkennen. Da die Privatklägerin nicht die Übergebende gewesen sei, sondern der Beschuldigte selber, fehle es auch an einer unbefugten Verwertung. Ohnehin hätten die Mitarbeiter der Privatklägerin selber gewusst, welche Kunden zahlten und welche nicht. Abgesehen davon werde auch der zeitliche Rahmen zu wenig deutlich dargestellt. Der Beschuldigte sei am 14. Juli 2006 fristlos entlassen worden. Nach diesem Datum habe er bei der I.\_\_\_\_\_ AG tätig sein dürfen (Urk. HD 105 S. 29; Urk. HD 139 S. 15 f.).

Die Vorinstanz hat sich zur Erstellung des im Berufungsverfahren relevanten Sachverhalts gemäss Anklageziffer C 2. zu Recht auf die beiden E-Mails von E.\_\_\_\_\_ vom 7. Juni 2006 abgestützt. In ihrer E-Mail an O.\_\_\_\_\_ teilte diese unter Nennung von vier Kunden mit, dass der Beschuldigte sich aufgrund der Debitorenliste entschieden habe, dass die Kunden, welche immer in Zahlungsverzug seien, nur noch gegen Vorauszahlung Ware erhielten (Urk. HD 12/16), in derjeni-

gen an Q.\_\_\_\_\_, N.\_\_\_\_\_, O.\_\_\_\_\_, T.\_\_\_\_\_, U.\_\_\_\_\_ und A.\_\_\_\_\_, dass die auch in der E-Mail an O.\_\_\_\_\_ genannten Kunden wegen Zahlungsverzugs gesperrt seien und blieben (Urk. HD 28/1). Ferner hat die Vorinstanz zu Recht darauf hingewiesen, dass die Umsetzung der Vorgaben des Beschuldigten aus einer E-Mail von O.\_\_\_\_\_ vom 15. Juni 2006 an V.\_\_\_\_\_ ersichtlich ist (Urk. HD 120 S. 40 unter Verweis auf Urk. HD 3/10). Dass der Beschuldigte E.\_\_\_\_\_ beauftragte, diese beiden E-Mails zu versenden, ergibt sich ohne Weiteres aus derjenigen an O.\_\_\_\_\_, in der festgehalten ist, dass *der Beschuldigte* sich aufgrund der Debitorenliste entschieden habe, gewisse Kunden nur noch gegen Vorauszahlung zu beliefern. Ferner ist der Einwand der Verteidigung, die Mitarbeiter der Privatklägerin hätten selber gewusst, welche Kunden zahlen würden und welche nicht (Urk. HD 105 S. 29), nicht stichhaltig. Die E-Mails wurden einen Tag, nachdem der Beschuldigte am 6. Juni 2006 die aktuelle Debitorenliste der Privatklägerin per 31. Mai 2006 von der J.\_\_\_\_\_ AG erhalten hatte (Urk. HD 28/1), versandt, weshalb angesichts des zeitlichen Ablaufs davon auszugehen ist, dass der Beschuldigte den Entscheid, welche Kunden nur gegen Vorauszahlung beliefert würden, gestützt auf diese Debitorenliste fällte. Dieser neueste Stand konnte den Mitarbeitern, die vor dem 6. Juni 2006 bei der Privatklägerin ausgeschieden waren, aber nicht während ihrer Tätigkeit für diese bekannt geworden sein. Ferner geht die Argumentation der Verteidigung, der Beschuldigte sei am 14. Juli 2006 entlassen worden und hätte nach diesem Datum Anweisungen an die Mitarbeiter der I.\_\_\_\_\_ AG erteilen dürfen, nur schon deshalb ins Leere, weil die beiden fraglichen E-Mails am 7. Juni 2006 und somit vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Privatklägerin versandt wurden und dieser Tag von der in der Anklageschrift genannten Zeitspanne erfasst ist. Ferner ist festzuhalten, dass die von dieser Anklageziffer erfassten Daten offensichtlich nicht von den Kundendaten gemäss Anklageziffer C 1. miterfasst sind, da sie gestützt auf die am 6. Juni 2006 von der J.\_\_\_\_\_ AG erstellte Debitorenliste der Privatklägerin zusammengestellt wurden und somit nicht zu den auf das von der R.\_\_\_\_\_ AG installierte System kopierten Daten gehörten. Sodann ist der Einwand der Verteidigung, diese Informationen seien dem Beschuldigten nicht anvertraut gewesen, weil er selber der Erzeuger des Arbeitsergebnisses gewesen sei, zu verwerfen. Der Begriff

"anvertraut" im Gesetzestext ist etwas unglücklich gewählt, weshalb der Verteidigung bei einer rein semantischen Auslegung beigespflichtet werden müsste. Der Sinn dieser Bestimmung ist aber ein anderer: Geschützt ist auch das Arbeitsergebnis, das der Erzeuger für seinen Arbeitgeber erarbeitete, vor der Weitergabe durch den Erzeuger selber. Die Weitergabe war schliesslich auch unbefugt, wie sich aus dem Inhalt des Arbeitsvertrages des Beschuldigten ergibt. Die Vorinstanz ist demzufolge zu Recht zum Schluss gelangt, dass der Sachverhalt insoweit erstellt ist. Dass der Beschuldigte diese Kundendaten widerrechtlich benutzte und ihm dies klar war, ergibt sich aus der in seinem Arbeitsvertrag enthaltenen Geheimhaltungspflicht.

#### 6.5.2. Rechtliche Würdigung

Auch die rechtliche Würdigung der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden, weshalb darauf verwiesen werden kann (Urk. HD 120 S. 40 f.). Die aktuelle Debitorenliste enthielt für jede Firma begehrte Informationen, die sich nicht ohne Weiteres beschaffen lassen. Eine Debitorenliste ist daher als Arbeitsergebnis im Sinne von Art. 5 lit. a UWG zu qualifizieren. Dass der Beschuldigte nicht die Debitorenliste als solche weitergeben liess, sondern gestützt darauf einzelne Kunden angab, denen in Zukunft gegen Vorauszahlung zu liefern sei, stellt ebenfalls ein Arbeitsergebnis im Sinne von Art. 5 lit. a UWG dar. Auch die übrigen Tatbestandsmerkmale von Art. 23 i.V.m. Art. 5 lit. a UWG sind, wie die Vorinstanz zu Recht feststellte (Urk. HD 120 S. 41), erfüllt. Da weder Schuldausschluss- noch Rechtfertigungsgründe vorliegen, ist der Beschuldigte der Widerhandlung im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 5 lit. a UWG schuldig zu sprechen.

### 6.6. Übernahme der Geschäftsräume der Privatklägerin durch die I. AG (Anklageziffer D 1.)

#### 6.6.1. Sachverhaltserstellung

Die Anklagebehörde wirft dem Beschuldigten in Anklageziffer D 1. zusammengefasst vor, im Wissen darum, dass sein gewähltes Vorgehen dazu bestimmt gewe-

sen sei, Verwechslungen der Privatklägerin mit der I.\_\_\_\_\_ AG zu verursachen, am 14. Juni 2006 namens der Privatklägerin eine Abtretungsvereinbarung über deren Büroräume im 1. und 2. Geschoss an der ...strasse ..., W.\_\_\_\_\_, abgeschlossen zu haben, womit diese per 1. Juli 2006 bis auf zwei Räumlichkeiten der I.\_\_\_\_\_ AG zur Verfügung gestanden seien, wobei die Büroräumlichkeiten der Privatklägerin in Kenntnis und mit Billigung des Beschuldigten zum Teil bereits ab 1. Juni 2006 für die Mitarbeiter der I.\_\_\_\_\_ AG genutzt worden seien. Durch die Übernahme der Büroräumlichkeiten habe der Beschuldigte der I.\_\_\_\_\_ AG einen reibungslosen Übergang der Übernahme der Geschäftstätigkeit der Privatklägerin ermöglicht und dieser nur noch wenige Räume überlassen, um den Eindruck zu erwecken, dass die Geschäftstätigkeit der Privatklägerin weiterhin bestehe (Urk. HD 70 S. 10).

Der Beschuldigte anerkennt, dass die fraglichen Geschäftsräumlichkeiten der Privatklägerin teilweise auf die I.\_\_\_\_\_ AG übertragen wurden (u.a. Urk. HD 141 S. 13). Die Verteidigung macht jedoch geltend, dass der Beschuldigte durch den Abschluss eines Distributionsvertrages und die teilweise Übertragung der Mieträume auf die I.\_\_\_\_\_ AG die Interessen der Privatklägerin bestmöglich habe wahren wollen. Ersteres habe der Privatklägerin solide Einnahmen und eine verbesserte Ertragslage garantiert, mit letzterem habe sie Kosten eingespart. Der Beschuldigte habe die Privatklägerin zu keinem Zeitpunkt "mit Wissen und Willen aus ihren Geschäftsräumlichkeiten" verdrängen wollen. Er habe die Kosten für die Privatklägerin tief halten wollen, denn nach dem Abgang der Mitarbeiter habe es für die Privatklägerin keinen Grund gegeben, teure Büros zu mieten. Ferner habe der Umstand, dass die Geschäftsräumlichkeiten der I.\_\_\_\_\_ AG sich vorübergehend an derselben Adresse befunden hätten wie diejenigen der Privatklägerin, nicht zu einer Verwechslungsgefahr auf dem Markt zu führen vermocht. Es sei nicht ersichtlich, dass die Adresse der Privatklägerin ein kennzeichnendes Element derselben gewesen sei, vor allem, weil es sich nicht um ein Geschäftslokal für Kunden, sondern lediglich um Büroräumlichkeiten gehandelt habe (Urk. HD 105 S. 31 und S. 72 f.). Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung brachte die Verteidigung zudem vor, dass durch die Verwendung derselben Adresse keine eigenständige neue Tat begangen wurde, denn wenn von einer Verwechs-

lungsgefahr ausgegangen werden könnte, sei diese im Firmennamen begründet und nicht durch die Adresse als solche (Urk. HD 139 S. 9).

Dass der Beschuldigte als Vertreter der Privatklägerin am 14. Juni 2006 den Mietvertrag über deren Geschäftsräumlichkeiten im 1. und 2. Stock an der ...strasse ... per 1. Juli 2006 an die I.\_\_\_\_\_ AG, vertreten durch M.\_\_\_\_\_, abtrat, ergibt sich nicht nur aus der Anerkennung des Beschuldigten, sondern auch aus der entsprechenden Vereinbarung (Urk. HD 5/69).

#### 6.6.2. Rechtliche Würdigung

Nicht gefolgt werden kann der Vorinstanz, was die rechtliche Würdigung des fraglichen Sachverhaltes als Widerhandlung im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. d UWG angeht. Im vorliegenden Fall ging von der gleichen Adresse als solcher, wie von der Verteidigung zu Recht geltend gemacht wurde, keine Verwechslungsgefahr aus. Wäre die I.\_\_\_\_\_ AG unter einer sich von derjenigen der Privatklägerin genügend unterscheidenden Firma (dazu vorne unter Ziff. 6.2.) aufgetreten, kann nicht davon ausgegangen werden, dass für Kunden, Lieferanten, Spediteure etc. eine Gefahr bestanden hätte, sie mit der Privatklägerin zu verwechseln, selbst wenn sie an der gleichen Adresse domiziliert gewesen wäre und zudem den gleichen Geschäftsbereich abgedeckt hätte. Der Beschuldigte ist daher hinsichtlich Anklageziffer D 1. vom Vorwurf der Widerhandlung im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. d UWG freizusprechen.

## 6.7. Bezug von ...-Kapseln und Werbegeschenken (Anklageziffer D 4.)

### 6.7.1. Sachverhaltserstellung

Dem Beschuldigten wird in Anklageziffer D 4. zusammengefasst vorgeworfen, er habe zu nicht mehr bestimmbar Zeitpunkten in der Zeit zwischen März und 17. Juni 2006 ...-Kapseln im Betrag von Fr. 211.20 sowie Werbegeschenke bei AA.\_\_\_\_\_ im Betrag von Fr. 1'715.90 bestellt, obwohl er gewusst habe, dass diese Bestellungen nicht im Interesse der Privatklägerin lagen, sondern alleine der I.\_\_\_\_\_ AG zugute kamen, womit sich diese im entsprechenden Umfang bereichert und gegenüber der Privatklägerin keine Gegenleistung bestanden habe (Urk. HD 70 S. 11).

Die Verteidigung hielt diesen Vorwürfen anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung entgegen, bei den Wein-Bestellungen habe es sich tatsächlich um Kundengeschenke für die Privatklägerin gehandelt. Die I.\_\_\_\_\_ AG sei zum damaligen Zeitpunkt noch gar nicht gegründet gewesen. Auch die ...-Kapseln seien für die Privatklägerin bestimmt gewesen. Zwar habe sich der Bedarf an Material mit dem Weggang ihrer Mitarbeiter reduziert, allerdings erst im Juni/Juli 2006. Der Beschuldigte sei aber nach wie vor deren Geschäftsführer gewesen und habe auch entsprechendes Material benötigt. Die Privatklägerin habe kein Material für die I.\_\_\_\_\_ AG gekauft (Urk. HD 105 S. 32). Im Berufungsverfahren macht sie geltend, die Vorinstanz habe mit blossen Vermutungen operiert, als sie ausgeführt habe, dass die Waren für die I.\_\_\_\_\_ AG bestimmt gewesen seien. Sie habe übersehen, dass der Wein bei AA.\_\_\_\_\_ bereits am 16. Mai 2006 abgeholt worden sei, also zu einem Zeitpunkt, in dem noch alle Mitarbeiter bei der Privatklägerin beschäftigt gewesen seien und diese durchaus einer Geschäftstätigkeit nachgegangen sei. Die Bestellung sei im Interesse der Privatklägerin gewesen. Überdies sei nie geplant gewesen, die Geschäftstätigkeit der Privatklägerin einzustellen (Urk. HD 139 S. 11).

Die Anklagebehörde stützt den Vorwurf betreffend ...-Kapseln offensichtlich auf eine undatierte Rechnung der AB.\_\_\_\_\_ SA, in der als Liefertermin der 7. Juni

2006 genannt ist (Urk. HD 23/208), und auf eine Belastungsanzeige vom 1. Juli 2006, beide über den Betrag von Fr. 194.60 (Urk. HD 5/98). Beim in der Anklageschrift angegebenen Betrag von Fr. 211.20 handelt es sich offensichtlich um eine Verwechslung mit dem Betrag einer Rechnung der AC.\_\_\_\_\_ vom 31. Mai 2006 (Urk. HD 23/209), die gemäss Belastungsanzeige vom 17. Juni 2006 von der Privatklägerin bezahlt wurde (Urk. HD 5/97). Hinsichtlich der ...-Kapseln liegt demnach ein geringfügiger Vermögenswert im Sinne von Art. 172ter StGB vor. Eine Verurteilung des Beschuldigten kommt deshalb bereits aus prozessualen Gründen nicht in Frage (vgl. nachfolgende Ziff. 6.7.2.) weshalb der Sachverhalt bzw. die Frage, ob die Kapseln im Interesse der Privatklägerin verwendet wurden oder nicht, nicht weiter abzuklären ist.

Bezüglich der Weinbestellungen geht aus der Rechnung der AA.\_\_\_\_\_ hervor, dass die fraglichen Werbegeschenke bei dieser am 16. Mai 2006 abgeholt wurden (Urk. HD 5/96), und somit in einem Zeitpunkt, in dem für den Beschuldigten längst klar war, dass die Privatklägerin ihre Geschäftstätigkeit ab 1. Juni 2006 nicht oder nur noch in sehr geringem Umfang würde aufrecht erhalten können, wusste er doch spätestens am 25. April 2006, dass dieser ab 1. Juni 2006 kein oder kaum mehr Personal zur Verfügung stehen würde (Urk. HD 5/18). Damit war diese Bestellung nicht im Interesse der Privatklägerin. Zudem hatte der Beschuldigte, wie sich aus dem gesamten Ablauf ergibt, in diesem Zeitpunkt zweifelsohne schon den Beschluss gefasst, die Distribution der D.\_\_\_\_\_ - und P.\_\_\_\_\_ - Produkte mittels eines Subdistributionsvertrages auf die I.\_\_\_\_\_ AG zu übertragen. Zum einen macht er geltend, er persönlich habe nicht die Kapazität dazu gehabt (Urk. HD 105 S. 15), und bemühte er sich nicht um neues Personal. Zum andern ergibt sich aus der Offerte der R.\_\_\_\_\_ AG, die dem Beschuldigten am 4. Mai 2006 zugesandt wurde, dass die Software bei der I.\_\_\_\_\_ AG für die gleichen Produkte wie bei der Privatklägerin plus eine neue Produktlinie eingerichtet werden sollte (Urk. HD 5/42 S. 2), was ebenfalls darauf schliessen lässt, dass die Distribution der D.\_\_\_\_\_ - und P.\_\_\_\_\_ -Produkte auf die I.\_\_\_\_\_ AG übertragen werden sollte und überdies deutlich macht, dass dies bereits am 4. Mai 2006 feststand. Mit der Auslagerung des Vertriebs der D.\_\_\_\_\_ - und P.\_\_\_\_\_ -Produkte per 8. oder 13. Juni 2006 (Urk. HD 3/7 = Urk. HD 5/56) hatte die Privatklägerin keinen

Kontakt mehr zu ihren Kunden, was vom Beschuldigten schon vor dem 16. Mai 2006 so geplant worden war. Es ist daher kein Grund ersichtlich, weshalb die Privatklägerin ab 16. Mai 2006 noch Geschenke an ihre Kunden hätte verteilen sollen. Vielmehr muss, wie die Vorinstanz korrekt dargelegt hat, davon ausgegangen werden, dass diese Bestellung für die I. \_\_\_\_\_ AG resp. deren Kunden bestimmt war (vgl. Urk. HD 120 S. 44). Dass die I. \_\_\_\_\_ AG in jenem Zeitpunkt noch nicht gegründet war, steht dem nicht entgegen. Einerseits ist denkbar, dass der Wein gerade im Hinblick auf deren Gründung übergeben wurde, andererseits kann es auch sein, dass der Wein erst nach der Gründung den Kunden übergeben wurde. Da der Beschuldigte diese Rechnung, wie sich aus dem darauf angebrachten Kontierungsstempel ergibt, visierte und deren Bezahlung mit Mitteln der Privatklägerin veranlasste (Urk. HD 5/96), wurde die I. \_\_\_\_\_ AG in entsprechendem Umfang zulasten der Privatklägerin bereichert.

#### 6.7.2. Rechtliche Würdigung

Hinsichtlich der ...-Kapseln kommt eine Verurteilung des Beschuldigten bereits aus prozessualen Gründen nicht in Frage. Das geringfügige Vermögensdelikt nach Art. 172ter StGB stellt eine Übertretung dar, deren Strafverfolgung in drei Jahren verjährt (Art. 109 StGB). Die Verjährung ist von Amtes wegen zu berücksichtigen (BSK StGB I-Müller, vor Art. 97 N 48). Die dem Beschuldigten vorgehaltene Bestellung der ...-Kapseln fand spätestens am 7. Juni 2006 statt. Die vorgelegte Übertretung war somit im Zeitpunkt der vorinstanzlichen Urteilsfällung bereits verjährt, weshalb das Verfahren diesbezüglich (Ziffer D 4. der Anklage, soweit diese die ...-Kapseln betrifft) einzustellen ist (Art. 379 in Verbindung mit Art. 329 Abs. 4 und Art. 319 Abs. 1 lit. d StPO).

Hinsichtlich der bei AA. \_\_\_\_\_ bestellten Werbegeschenke kam die Vorinstanz zu Recht zum Schluss, dass die Tatbestandsmerkmale von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 StGB erfüllt sind; es kann auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen werden (Urk. HD 120 S. 44 f.). Da weder Schuldausschluss- noch Rechtfertigungsgründe ersichtlich sind, ist der Beschuldigte der ungetreuen Geschäfts-

besorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 StGB schuldig zu sprechen.

## 6.8. Übernahme der Vertriebsverträge sowie der Lieferanten der Privatklägerin durch die I. \_\_\_\_\_ AG (Anklageziffern E 1., E 2. und E 5.)

### 6.8.1. Sachverhaltserstellung

In Anklageziffer E 1. wirft die Anklagebehörde dem Beschuldigten im Wesentlichen vor, zu einem nicht mehr bestimmbareren Zeitpunkt im April 2006 den Distributionsvertrag der Privatklägerin mit AD. \_\_\_\_\_ (dass die Firma K. \_\_\_\_\_ unter Anklageziffer E 1. erwähnt ist, beruht, wie sich aus Anklageziffer E 2. ergibt, offensichtlich auf einem Versehen) in der Absicht, die Geschäftstätigkeit der Privatklägerin mit der neu zu gründenden I. \_\_\_\_\_ AG zu erfüllen, auf letztere übertragen zu haben, obwohl der von der Privatklägerin mit AD. \_\_\_\_\_ geschlossene Vertrag am 29. November 2005 mit fester Laufzeit bis 31. Dezember 2006 und Verlängerungsmöglichkeit geschlossen worden sei. Ferner wird dem Beschuldigten in Anklageziffer E 2. zur Last gelegt, mit der potentiellen Vertriebspartnerin K. \_\_\_\_\_, die in Deutschland ihre Produkte über die L. \_\_\_\_\_ vertreibt und mit der er im Frühjahr 2006 noch Vertragsverhandlungen namens der Privatklägerin geführt habe, im Mai 2006 für die I. \_\_\_\_\_ AG einen direkten Vertragsabschluss erwirkt zu haben, nachdem der bestehende Vertragsentwurf auf den Namen der I. \_\_\_\_\_ AG abgeändert und dem Beschuldigten zugestellt worden sei (Urk. HD 70 S. 12). Durch das Handeln des Beschuldigten resp. durch die Vernachlässigung der ihm als Geschäftsführer der Privatklägerin obliegenden und ihm bekannten Pflicht, in deren Interesse zu handeln, habe diese, wie dem Beschuldigten in Anklageziffer E 5. vorgeworfen wird, einen massiven Umsatzeinbruch erlitten und sei ihr bezüglich der AD. \_\_\_\_\_ ein Gewinn in Höhe von Fr. 1'805'369.– sowie bezüglich der K. \_\_\_\_\_ ein Gewinn in Höhe von Fr. 1'561'056.– entgangen, was zu einem entsprechenden Vermögensschaden bei ihr geführt habe (Urk. HD 70 S. 13 f.).

Die weiter in Anklageziffer E 1. enthaltenen Vorwürfe, der Beschuldigte habe dabei in der Absicht gehandelt, über die Privatklägerin unwahre und trügerische

Ausführungen zu machen, um die I. \_\_\_\_\_ AG zu bevorteilen resp. Irreführungen über die Privatklägerin zu provozieren, und er habe, weil er der Privatklägerin resp. der D. \_\_\_\_\_ am 25. April 2006 wahrheitswidrig mitgeteilt habe, der Vertriebsvertrag mit AD. \_\_\_\_\_ sei aufgelöst, über seine Geschäftsbeziehungen unwahre und trügerische Angaben gemacht und die I. \_\_\_\_\_ AG im Wettbewerb begünstigt (Urk. HD 70 S. 12), sind nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens und somit nicht zu erstellen. Das Gleiche gilt für den Vorwurf in Anklageziffer E 2., der Beschuldigte habe im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss zwischen der K. \_\_\_\_\_ resp. L. \_\_\_\_\_ und der I. \_\_\_\_\_ AG anstatt der Privatklägerin über seine Geschäftsbeziehungen unwahre und trügerische Angaben gemacht und die I. \_\_\_\_\_ AG im Wettbewerb begünstigt (Urk. HD 70 S. 12). Die in diesem Zusammenhang erfolgten Freisprüche der Vorinstanz sind nämlich in Rechtskraft erwachsen (Urk. HD 120 S. 47 f. und S. 87).

Die Verteidigung macht hinsichtlich der Vorwürfe im Zusammenhang mit AD. \_\_\_\_\_ im Wesentlichen geltend, dass nachgewiesen werden müsste, dass diese den Vertrag mit der Privatklägerin gekündigt habe, und zwar ausschliesslich, weil sie vom Beschuldigten dazu verleitet worden sei. AD. \_\_\_\_\_ habe den Vertrag mit der Privatklägerin nicht gekündigt, sondern sei aus wirtschaftlichen Gründen vorerst nicht mehr bereit gewesen, die Privatklägerin zu beliefern; sie habe die Lieferungen an die Privatklägerin wegen der unklaren Lage des D. \_\_\_\_\_ -Konzerns sistiert. Die Exponenten der Privatklägerin hätten nach dem Rauswurf des Beschuldigten nie Kontakt mit AD. \_\_\_\_\_ aufgenommen, um über eine weitere Zusammenarbeit zu diskutieren. Stattdessen hätten sie die Artikel an AD. \_\_\_\_\_ retourniert und die Retoure kassiert. Die AD. \_\_\_\_\_ habe Geschäftsbeziehungen zur I. \_\_\_\_\_ AG aufgenommen, weil sie den Vertrieb ihrer Produkte durch die Privatklägerin als gefährdet qualifiziert habe. Es sei ihr freier Entschluss gewesen, mit dieser zusammenzuarbeiten. AD. \_\_\_\_\_ habe keinen Exklusivvertrag mit der Privatklägerin gehabt (Urk. HD 105 S. S. 33 ff.; Urk. HD 139 S. 17 f.). Um den Vertrag mit AD. \_\_\_\_\_, der bis 31. Dezember 2006 befristet gewesen sei, zu halten, hätte die Privatklägerin zunächst ihre Mitarbeiter halten müssen, mache sie doch selber geltend, dass der Wegfall der Lieferantenverträge auf den Wegfall ihres Personals zurückzuführen sei. Es werde jedoch geltend gemacht, dass die-

ser Vertrag ohnehin durch Zeitablauf aufgelaufen wäre (Urk. HD 105 S. 40). Die K.\_\_\_\_\_ sei keine Vertragspartnerin der Privatklägerin gewesen und habe von dieser wissen wollen, ob diese angesichts der anhaltend schlechten Nachrichten über die D.\_\_\_\_\_ -Gruppe in der Lage sein würde, ihren vertraglich vorgesehenen Verpflichtungen in finanzieller, aber auch in administrativer Hinsicht nachzukommen, falls eine Einigung zustande käme. Sie habe sich letztlich aus den Vertragsverhandlungen mit der Privatklägerin zurückgezogen, weil sie in Anbetracht der finanziellen Situation der D.\_\_\_\_\_ -Gruppe und des fehlenden Personals nicht bereit gewesen sei, die Privatklägerin zu beliefern (Urk. HD 105 S. 35; Urk. HD 139 S. 18). Dass die Privatklägerin ihr Personal und/oder ihre Lieferantenverträge hätte halten können, sei angesichts der Umstände nicht sehr wahrscheinlich (Urk. HD 105 S. 40 ff.). Zudem bestreitet die Verteidigung die Höhe des in der Anklageschrift genannten Schadens resp. dessen Berechnung ebenso wie die Berechnung durch die Vorinstanz und macht geltend, es sei nicht erstellt, dass der Privatklägerin überhaupt ein Schaden entstanden sei. Das Handelsgericht habe die von der Privatklägerin unter diesem Titel geltend gemachte Forderung wegen ungenügender Substantiierung abgewiesen und auch die Möglichkeit einer Schätzung des Schadens verworfen (Urk. HD 105 S. 43 ff.; Urk. HD 139 S. 19). Der Beschuldigte habe überdies weder vorsätzlich noch eventualvorsätzlich gehandelt. Eventualvorsatz dürfe bei der ungetreuen Geschäftsbesorgung nur dann angenommen werden, wenn der Täter ernsthaft mit der Möglichkeit einer Vermögensschädigung gerechnet resp. diese sich ihm als wahrscheinlich aufgedrängt habe. Der Beschuldigte habe nie die Absicht gehabt, die ihm zum Teil selber gehörende Privatklägerin zu schädigen. Vielmehr hätte die Privatklägerin über den mit der I.\_\_\_\_\_ AG abgeschlossenen Distributionsvertrag bessere Resultate als in den Vorjahren erzielen können (Urk. HD 139 S. 19).

Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, schloss der Beschuldigte im Namen der Privatklägerin am 29. November 2005 mit AD.\_\_\_\_\_ (nachfolgend "AD.\_\_\_\_\_ Deutschland") einen Distributionsvertrag mit Laufzeit bis mindestens 31. Dezember 2006 mit einer automatischen Verlängerung, sofern nicht gekündigt werde (Urk. HD 120 S. 45; Urk. HD 5/45). Ferner schloss er im Namen der Privatklägerin am 19. Dezember 2005 einen Vertrag mit Laufzeit bis Ende 2006 mit

AD.\_\_\_\_\_ France (nachfolgend "AD.\_\_\_\_\_ France") (Urk. HD 23/78). Aus dem Sitzungsprotokoll vom 10. Mai 2006 (Urk. HD 5/46) lässt sich schliessen, dass AD.\_\_\_\_\_ France an diesem Tag mit der Gesamtumsatzentwicklung bei der Privatklägerin zufrieden war (Urk. HD 5/46 S. 1; AE.\_\_\_\_\_ war gemäss Urk. HD 23/78 "Directeur Commerciale" der AD.\_\_\_\_\_ France). Zwar war AD.\_\_\_\_\_ France, wie sich dem Protokoll ebenfalls entnehmen lässt, nicht zufrieden mit dem Bereich der Konsolenspiele. Diesbezüglich wurden aber Abklärungen ins Auge gefasst, wurde doch im Protokoll festgehalten, dass die Privatklägerin diese Situation analysieren und AE.\_\_\_\_\_ ein Feedback dazu geben müsse (Urk. HD 5/46 S. 1). Ferner wurde gemäss dem Protokoll bezüglich der Zahlungssituation festgestellt, dass mit dem aktuellen Status der Bankgarantie beide Parteien das Tagesgeschäft ohne grosse Schwierigkeiten durchführen könnten (Urk. HD 5/46 S. 1). Dies alles lässt darauf schliessen, dass im Zeitpunkt dieser Besprechung eine Beendigung oder Sistierung des Vertrages kein Thema war. Dass in jenem Zeitpunkt von einer Beendigung oder Sistierung des Vertrages keine Rede sein konnte, ergibt sich aber auch daraus, dass AD.\_\_\_\_\_ France beispielsweise wünschte, dass ohne Vorbehalte künftige Strategien besprochen würden (Urk. HD 5/46 S. 1 f.). Auch der vom gleichen Tag stammenden "AD.\_\_\_\_\_ Frankreich Agenda" (Urk. HD 5/46) lassen sich keine Hinweise auf eine geplante Beendigung oder Sistierung des Vertrages entnehmen. Es ist daher kein Grund ersichtlich, weshalb AD.\_\_\_\_\_ France in jenem Zeitraum die Belieferung der Privatklägerin hätte beenden oder sistieren sollen. Gleiches gilt für AD.\_\_\_\_\_ Deutschland. Aus der "AD.\_\_\_\_\_ Deutschland Agenda" vom 31. Mai 2006 lässt sich ableiten, dass mit Ausnahme des Übergangs der Zusammenarbeit mit der Privatklägerin auf die I.\_\_\_\_\_ AG alles beim alten blieb, wie denn auch in einer vom 2. Juni 2006 datierenden E-Mail von AD.\_\_\_\_\_ Deutschland an diverse Personen, unter denen sich auch (ehemalige) Mitarbeiter der Privatklägerin befanden, bezeichnenderweise festgehalten wurde (Urk. HD 5/48). Insbesondere liegen mit Bezug auf AD.\_\_\_\_\_ Deutschland ebenfalls keinerlei Anzeichen dafür vor, dass diese ohne die Gründung der I.\_\_\_\_\_ AG die Zusammenarbeit mit der Privatklägerin – jedenfalls faktisch – beendet hätte. Gleiches gilt für die von der Verteidigung vorgebrachte Argumentation, dass die Lieferungen an die Privatklägerin wegen "der unklaren La-

ge des D. \_\_\_\_\_-Konzerns" sistiert worden seien (Urk. HD 105 S. 34). Vielmehr lässt sich aus der fraglichen Agenda schliessen, dass auch AD. \_\_\_\_\_ Deutschland mit der Zusammenarbeit mit der Privatklägerin nicht unzufrieden war, sind doch keinerlei Hinweise, die in diese Richtung gehen würden, darin enthalten, obwohl diese Agenda noch die Tätigkeit der Privatklägerin und nicht diejenige der I. \_\_\_\_\_ AG betraf. Es ist aber ohnehin nicht ersichtlich, weshalb AD. \_\_\_\_\_ Deutschland die Lieferungen wegen der unklaren Lage des D. \_\_\_\_\_-Konzerns hätte sistieren sollen. Die Verteidigung führte an anderer Stelle aus, dass die Privatklägerin gezwungen gewesen sei, die Lieferungen für alle Produkte vorzufinanzieren (Urk. HD 105 S. 9). Unter diesen Umständen ist nicht erkennbar, worin das Risiko von AD. \_\_\_\_\_ Deutschland bestanden hätte, wenn sie die Privatklägerin weiterhin beliefert hätte. Abgesehen davon bestätigte der ehemalige Treuhänder der Privatklägerin, F. \_\_\_\_\_ von der J. \_\_\_\_\_ AG, dazu am 12. Februar 2010 als Auskunftsperson befragt, dass das Geschäft der Privatklägerin im Frühjahr 2006, vor der Gründung der I. \_\_\_\_\_ AG, sehr profitabel gewesen sei (Urk. HD 54/2 S. 4), was ebenfalls darauf schliessen lässt, dass die Schilderungen der Verteidigung nicht zutreffen. Abgesehen davon ist nicht ersichtlich, weshalb der Beschuldigte als Geschäftsführer der Privatklägerin nicht auf der Vertragserfüllung hätte bestehen können, lag doch ein gültiger Distributionsvertrag vor und liegen doch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Privatklägerin irgendwelche Zahlungsausstände hatte, welche AD. \_\_\_\_\_ zu einem Sistieren des Vertrages berechtigt hätten.

Es ist der Vorinstanz darin zuzustimmen, dass nicht klar ist, was mit dem Vertrag zwischen der Privatklägerin und AD. \_\_\_\_\_ France passierte (Urk. HD 120 S. 46). Die Vorinstanz hat sich daher zu Recht auf die Geschehnisse im Zusammenhang mit AD. \_\_\_\_\_ Deutschland konzentriert (Urk. HD 120 S. 46). Ferner hat die Vorinstanz, wie sich aus den obigen Erwägungen ergibt, aus dem Inhalt der Agenda von AD. \_\_\_\_\_ Deutschland vom 31. Mai 2006 (Urk. HD 5/47) sowie aus der vom 2. Juni 2006 datierenden E-Mail von AF. \_\_\_\_\_ von AD. \_\_\_\_\_, die unter anderem an O. \_\_\_\_\_ – an dessen E-Mail-Adresse bei der Privatklägerin – ging (Urk. HD 5/48), zu Recht geschlossen, dass der Beschuldigte den Vertrag der AD. \_\_\_\_\_

Deutschland mit der Privatklägerin jedenfalls faktisch auf die I. \_\_\_\_\_ AG übertrug (Urk. HD 120 S. 46).

Mit Bezug auf die Vorwürfe betreffend K. \_\_\_\_\_ ging die Vorinstanz entgegen den Ausführungen der Verteidigung davon aus, dass ein Vertrag mit der Privatklägerin abgeschlossen wurde (Urk. HD 120 S. 47). Sie schloss dies aus einer E-Mail von H. \_\_\_\_\_ von der AG. \_\_\_\_\_ AG [Bank] vom 29. März 2006 und einer Bankgarantie der AG. \_\_\_\_\_ AG vom 21. April 2006 zu Gunsten der K. \_\_\_\_\_ bzw. L. \_\_\_\_\_ (Urk. HD 120 S. 47 mit Verweis auf Urk. HD 5/54 und Urk. HD 20/1). In der E-Mail gratulierte H. \_\_\_\_\_ dem Beschuldigten zur Akquisition von K. \_\_\_\_\_, in der Bankgarantie ist einleitend festgehalten, dass die AG. \_\_\_\_\_ AG davon Kenntnis genommen habe, dass die L. \_\_\_\_\_ mit der Privatklägerin einen Vertrag abgeschlossen habe. Die Gratulation erfolgte allerdings als Antwort auf eine PS-Bemerkung des Beschuldigten, dass K. \_\_\_\_\_ den neuen Vertrag telefonisch zugesagt habe und dieser in den nächsten Tagen schriftlich zugestellt werde (Urk. HD 20/1 S. 2). Daraus erhellt, dass von Seiten der K. \_\_\_\_\_ zwar eine telefonische Zusage erfolgt war, die Vertragsparteien jedoch offensichtlich die Schriftform vorbehalten hatten und die Vertragsunterzeichnung noch bevorstand. Dafür, dass in der Folge zwischen der Privatklägerin und K. \_\_\_\_\_ resp. L. \_\_\_\_\_ ein Vertrag unterzeichnet wurde, ergeben sich keine Anhaltspunkte aus den Akten. Vielmehr ist aus einer E-Mail von AH. \_\_\_\_\_ von K. \_\_\_\_\_ vom 4. April 2006 ersichtlich, dass im Anhang ein erster Vertragsentwurf an die Privatklägerin gesandt wurde (Urk. HD 5/51), und aus einer E-Mail von AH. \_\_\_\_\_ vom 4. Mai 2006 samt angehängtem Vertragsentwurf ("Distribution Agreement"), dass die Vertragsverhandlungen zwischen K. \_\_\_\_\_ resp. L. \_\_\_\_\_ und der Privatklägerin immer noch andauerten (Urk. HD 5/52 und Urk. HD 5/53). Somit lässt sich weder aus der E-Mail von H. \_\_\_\_\_ vom 29. März 2006 noch aus der Bankgarantie, die am 21. April 2006 und somit in einem Zeitpunkt ausgestellt wurde, in dem die Vertragsverhandlungen noch andauerten, ableiten, dass der Vertrag zwischen der Privatklägerin und K. \_\_\_\_\_ resp. L. \_\_\_\_\_ tatsächlich abgeschlossen wurde. Weitere Anhaltspunkte dafür, dass der Vertrag zwischen diesen Vertragsparteien doch noch zum Abschluss gelangte, liegen nicht vor. Der bei den Akten liegende Entwurf des Distribution Agreements, auf den sich die Vorinstanz beruft (Urk. HD 120 S. 47), ist denn auch

nicht unterschrieben (Urk. HD 5/53). Wie bereits dargelegt wurde, ist aber auch nicht ersichtlich, dass die Anklagebehörde von einem gültigen Vertragsabschluss zwischen K.\_\_\_\_\_ resp. L.\_\_\_\_\_ und der Privatklägerin ausging, sondern anzunehmen, dass die K.\_\_\_\_\_ in Anklageziffer E 1. versehentlich erwähnt wurde. Vielmehr muss gestützt auf die Aktenlage davon ausgegangen werden, dass der Beschuldigte die Vertragsverhandlungen ab einem Zeitpunkt zwischen dem 4. und dem 23. Mai 2006 nicht mehr für die Privatklägerin, sondern für die (noch zu gründende) I.\_\_\_\_\_ AG weiterführte. Dies ergibt sich aus einer E-Mail von AH.\_\_\_\_\_ vom 23. Mai 2006, in der er dem Beschuldigten mitteilte, im Anhang befinde sich der von ihm auf I.\_\_\_\_\_ AG geänderte *Vertragsentwurf* (Urk. HD 12/24 S. 1). Aus diesem neuen, bei den Akten liegenden *Vertragsentwurf*, der im Modus "Änderungen nachverfolgen" abgeändert wurde, ist ersichtlich, dass – neben ein paar wenigen anderen Korrekturen, die vorliegend nicht relevant sind – nunmehr die Privatklägerin durch die I.\_\_\_\_\_ AG ersetzt worden war (Urk. HD 12/24 S. 2 ff.). Dass es der Beschuldigte war, der den Austausch der Vertragspartnerin der K.\_\_\_\_\_ resp. L.\_\_\_\_\_ bewirkte, lässt sich nur schon daraus ableiten, dass der gesamte E-Mail-Austausch über die Vertragsmodalitäten über ihn lief. Anzeichen dafür, dass es die K.\_\_\_\_\_ gewesen sei, die sich aus den Vertragsverhandlungen mit der Privatklägerin zurückgezogen habe, weil sie nicht bereit gewesen sei, in Anbetracht der finanziellen Situation der D.\_\_\_\_\_ -Gruppe und des fehlenden Personals die Privatklägerin zu beliefern, liegen nicht vor. Vielmehr ist diese Argumentation der Verteidigung (Urk. HD 105 S. 35 und S. 37) angesichts der konkreten Umstände als offensichtliche Schutzbehauptung zu qualifizieren. Es ist daher erstellt, dass der Beschuldigte mit der potentiellen Vertriebspartnerin K.\_\_\_\_\_ resp. L.\_\_\_\_\_, mit der er im Frühjahr noch namens der Privatklägerin Vertragsverhandlungen geführt hatte, im Namen der I.\_\_\_\_\_ AG einen direkten Vertrag abschloss, nachdem der bestehende *Vertragsentwurf* auf den Namen der I.\_\_\_\_\_ AG abgeändert worden und ihm zugestellt worden war.

Beide Sachverhalte lassen sich im Übrigen nur schon deshalb nicht mit demjenigen, der dem von der Verteidigung zitierten (Urk. HD 105 S. 37) Bundesgerichtsentscheid vom 9. Dezember 2002 (4C.179/2002) zugrunde lag, vergleichen, weil im vorliegenden Fall der Beschuldigte im Zeitpunkt der ihm vorgeworfenen Hand-

lungen in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis zur Privatklägerin stand und möglichst zu verschleiern versuchte, dass er auch Inhaber und faktischer Geschäftsführer der I. \_\_\_\_\_ AG war. Es bestand daher für AD. \_\_\_\_\_ Deutschland und K. \_\_\_\_\_ vor dem Hintergrund der persönlichen Fähigkeiten des Beschuldigten kein Grund, die Privatklägerin nicht mehr zu beliefern, und dass der Beschuldigte für die Kunden die entscheidende Figur war, wird von der Verteidigung selbst geltend gemacht (Urk. HD 105 S. 37).

Was den in Anklageziffer E 5. genannten Schaden angeht, ist die Argumentation der Vorinstanz, mit der sie den in diesem Zusammenhang von der Verteidigung vorgebrachten Einwänden betreffend fehlendem Kausalzusammenhang entgegenete, nicht zu beanstanden, weshalb darauf verwiesen werden kann (Urk. HD 120 S. 50 f.). Ferner hat die Vorinstanz zu Recht darauf hingewiesen, dass es im Strafverfahren unter Berücksichtigung des Grundsatzes "im Zweifel für den Angeklagten" nicht angehen kann, zu Lasten des Beschuldigten von der Entwicklung der gesamten Unterhaltungs- und Computerspielbranche auf die Produkte einzelner Lieferanten zu schliessen, wenn unklar ist, wie diese die Entwicklung der gesamten Branche beeinflusst hätten. Dass der Privatklägerin durch den (jedenfalls faktischen) Übergang des Distributionsvertrages mit AD. \_\_\_\_\_ Deutschland ein Schaden entstand, steht entgegen der Ansicht der Verteidigung ausser Frage, zumal ohne diesen Vorgang dieser Vertrag zumindest bis 31. Dezember 2006 (tatsächlich) weitergelaufen wäre (Urk. HD 23/77 S. 2). In den vorangehenden drei Geschäftsjahren hatte die Privatklägerin, geht man mit der Vorinstanz davon aus, dass sie jeweils ca. 25 % ihres Gewinns mit Produkten von AD. \_\_\_\_\_ Deutschland erzielte (vgl. Urk. HD 120 S. 49), jeweils einen Jahresgewinn zwischen knapp Fr. 85'000.– und rund Fr. 98'000.– mit Produkten dieser Lieferantin erwirtschaftet (25 % von Fr. 393'033.28, Fr. 391'113.83 und Fr. 339'207.14; Urk. HD 23/19-21). Selbst wenn sie, wie die Verteidigung geltend macht, im Laufe des Jahres 2005 die Exklusivität hinsichtlich der Produkte von AD. \_\_\_\_\_ Deutschland verloren hatte (Urk. HD 105 S. 54), kann nicht davon ausgegangen werden, dass mit den entsprechenden Titeln ab sofort kein Gewinn mehr erzielt worden wäre. Weshalb sonst sorgte der mit den Produkten der AD. \_\_\_\_\_ Deutschland und dem Markt bestens vertraute Beschuldigte dafür, dass die I. \_\_\_\_\_ AG in der Folge mit

den Produkten der AD.\_\_\_\_\_ Deutschland beliefert wurde, obwohl sie ebenfalls kein Alleinvertriebsrecht erhielt? Abgesehen davon bestand die Exklusivität gemäss der Konditions- und Rahmenvereinbarung zwischen der Privatklägerin und AD.\_\_\_\_\_ Deutschland vom 25./31. Mai 2005 ohnehin nur für bestimmte Titel (Urk. HD 72/51 S. 3). Ferner ging der Beschuldigte im Kreditantrag an die AG.\_\_\_\_\_ AG bezüglich der Produkte der K.\_\_\_\_\_ für das Geschäftsjahr 2006/2007 selbst bei pessimistischer Betrachtung von der Erzielung eines Gewinns aus (Urk. HD 23/22). In der Anklageschrift wird bezüglich dieses Vertrages vom Enddatum 31. Mai 2007 ausgegangen (Urk. HD 70 S. 14), aber gemäss Urk. HD 23/94, Schedule A, Ziff. 2, lief der Vertrag nur bis 31. März 2007, weshalb zu Gunsten des Beschuldigten von diesem Enddatum auszugehen ist. Der Beschuldigte selber als mit der Branche, der Marktsituation und dem Inhalt der Distributionsverträge bestens vertrauter Fachmann rechnete bei Übernahme der Vertretung für K.\_\_\_\_\_ gemäss seiner E-Mail vom 27. März 2006 an H.\_\_\_\_\_ für das Geschäftsjahr 2006/2007 mit einem möglichen Gewinn von Fr. 1 Mio. vor Steuer. Ferner erhellt aus dieser E-Mail, dass der Beschuldigte bei Übernahme der Vertretung von K.\_\_\_\_\_ mit mehr als einer Verdoppelung des Umsatzes für das Geschäftsjahr 2006/2007 rechnete (Umsatz K.\_\_\_\_\_ : 8 Mio., möglicher Umsatz inkl. AD.\_\_\_\_\_ : 15 Mio.: Urk. HD 20/1 S. 2). Dass die Zahl von Fr. 1 Mio. Profit vor Steuer nicht aus der Luft gegriffen war, ergibt sich daraus, dass im Geschäftsjahr 2005/2006 ein Gewinn vor Steuer von Fr. 452'212.14 erzielt wurde (Urk. HD 23/21), der Beschuldigte in der fraglichen E-Mail angab, K.\_\_\_\_\_ zu den gleichen Fixkosten integrieren zu können und er wie gesagt mit mehr als einer Verdoppelung des Umsatzes durch die Übernahme der Vertretung von K.\_\_\_\_\_ rechnete. Wenn nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" zu Gunsten des Beschuldigten für das Geschäftsjahr 2006/2007 von einem vorsichtig geschätzten hypothetischen Jahresgewinn von Fr. 800'000.– vor Steuern anstatt der vom Beschuldigten geschätzten Fr. 1 Mio. vor Steuern ausgegangen wird, da Schätzungen immer einer gewissen Unsicherheit unterliegen, und die Einkommenssteuern vorsichtig mit Fr. 220'000.– eingesetzt werden, resultiert für das Geschäftsjahr 2006/2007 ein hypothetischer Jahresgewinn von Fr. 580'000.–. Da der Beschuldigte in seiner genannten E-Mail davon ausging, dass im Geschäftsjahr 2006/2007 mit den

K.\_\_\_\_\_-Produkten ein Umsatz von Fr. 8 Mio. und mit den übrigen Produkten ein Umsatz von Fr. 7 Mio. generiert werde und wenn man davon ausgeht, dass ein Gewinn im gleichen Verhältnis angefallen wäre, wären 8/15 oder ca. Fr. 309'000.– auf die K.\_\_\_\_\_-Produkte und 7/15 oder ca. Fr. 271'000.– auf die übrigen Produkte entfallen, wobei mit der Vorinstanz davon auszugehen ist, dass von den ca. Fr. 271'000.– ca. ¼ oder Fr. 67'000.– auf die AD.\_\_\_\_\_- Deutschland-Produkte zurückzuführen gewesen wären. Nimmt man im Sinne einer Nagelprobe einen Vergleich mit den Vorjahreszahlen für AD.\_\_\_\_\_- Deutschland-Produkte (siehe oben) vor, erweist sich diese Schätzung als äusserst vorsichtig. Geht man ferner davon aus, dass jeweils 2/3 des Umsatzes in der zweiten Jahreshälfte erzielt wurde, wie dies von der Privatklägerin im Rahmen des zivilrechtlichen Verfahrens behauptet und im vorliegenden Verfahren von der Verteidigung nicht bestritten wurde (Urk. HD 105 S. 45), hätte in den Monaten Juni bis Dezember 2006 mit AD.\_\_\_\_\_- Deutschland-Produkten ein Gewinn in der Grössenordnung von Fr. 48'000.– und in den Monaten Juni 2006 bis März 2007 mit K.\_\_\_\_\_-Produkten ein solcher in der Grössenordnung von Fr. 274'000.– resultiert. Dass der Vertrag mit AD.\_\_\_\_\_- Deutschland über die gesicherte Vertragsdauer bis 31. Dezember 2006 hinaus weitergelaufen wäre, steht insbesondere in Anbetracht der auch von der Privatklägerin eingestandenen (Prot. I S. 20 und S. 27; Urk. HD 103 S. 4) negativen Schlagzeilen betreffend Teile des D.\_\_\_\_\_-Konzerns und der damit verbundenen Unsicherheiten für Vertragspartner nicht derart zweifelsfrei fest, dass für das Strafverfahren darauf abgestellt werden könnte. Für den Vertrag mit K.\_\_\_\_\_- wird eine Vertragsdauer über den 31. Mai 2007 hinaus nicht behauptet (Urk. HD 70 S. 14). Gemäss Schedule A, Ziff. 2, lief der Vertrag aber nur bis 31. März 2007, weshalb, wie bereits dargelegt wurde, zu Gunsten des Beschuldigten von diesem Enddatum auszugehen ist. Zusammengefasst erscheint demnach ein vom Beschuldigten durch das Abwerben der beiden genannten Lieferanten zu Lasten der Privatklägerin verursachter Schaden in der Grössenordnung von rund Fr. 320'000.– als sehr wahrscheinlich. Sollte die I.\_\_\_\_\_- AG von ihrer Gründung bis zum 30. Juni 2008 gesamthaft einen Gewinn von gerade einmal Fr. 3'401.– erwirtschaftet haben, wie dies die Verteidigung zur Untermauerung ihrer Argumentation vor Vorinstanz, wonach der Privatklägerin kein Schaden entstanden

sei, noch geltend gemacht hatte (Urk. HD 105 S. 55), sagt dies nichts aus. Es darf beispielsweise als notorisch betrachtet werden, dass die Aufwendungen in der ersten Phase nach einer Neugründung überdurchschnittlich hoch sind oder der Gewinn zum Beispiel durch das Auszahlen hoher Gehälter oder durch Rückstellungen minimiert werden kann.

Allerdings stellt die obige Schadensberechnung – trotz aller vorsichtigen Annahmen zu Gunsten des Beschuldigten – letztlich auch eine Schätzung dar, weshalb ein rechtsgenügender Nachweis der Schadenssumme damit nicht erbracht werden kann. Der Beschuldigte hat anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung durch seinen Verteidiger eine eigene – ihrerseits auf Annahmen beruhende – Schadensberechnung vortragen lassen, wonach der Schaden höchstens Fr. 60'000.– betragen habe (Urk. HD 139 S. 32-35). Der Beschuldigte, der damit erstmals einen Schaden der Privatklägerin eingestanden hat, kann auf dieser Zahl behaftet werden. Dass der Privatklägerin durch das Abwerben der zwei Lieferanten ein Schaden von im Minimum Fr. 60'000.– entstanden war, steht ausser Zweifel. Ist ein Schaden in der Grössenordnung von Fr. 320'000.– sehr wahrscheinlich, kann auf eine Schadenssumme von gerade mal 3/16 dieses Betrages ohne Weiteres abgestellt werden. In Nachachtung des Grundsatzes in dubio pro reo ist deshalb zu Gunsten des Beschuldigten auf die von ihm behauptete Schadenshöhe abzustellen.

### 6.8.2. Rechtliche Würdigung

Die Vorinstanz ist zu Recht davon ausgegangen, dass der Beschuldigte als Geschäftsführer der Privatklägerin die Pflicht hatte, deren Interessen zu wahren. Diese Pflicht verletzte er, indem er den im Namen der Privatklägerin mit AD.\_\_\_\_\_ Deutschland abgeschlossenen Distributionsvertrag jedenfalls faktisch auf die I.\_\_\_\_\_ AG übertrug. Eine entsprechende Pflichtverletzung beging er ferner, als er die Vertragsverhandlungen, die er im Frühjahr 2006 im Namen der Privatklägerin mit der K.\_\_\_\_\_ resp. der L.\_\_\_\_\_ geführt hatte, nicht zum Abschluss brachte, sondern erwirkte, dass die K.\_\_\_\_\_ resp. die L.\_\_\_\_\_ den Vertriebsvertrag mit der I.\_\_\_\_\_ AG abschloss. Als Geschäftsführer der Privatklägerin gehörte

der Beschuldigte zum Personenkreis gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB. Ferner ist der Vorinstanz darin beizupflichten, dass der Beschuldigte mit Vorsatz und in der Absicht handelte, die I. \_\_\_\_\_ AG – und als faktischer Inhaber dieser sich selbst – zu bereichern. Sowohl die objektiven als auch die subjektiven Tatbestandsmerkmale von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 StGB sind erfüllt. Da keine Schuldausschluss- oder Rechtfertigungsgründe ersichtlich sind, ist der Beschuldigte der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 StGB schuldig zu sprechen.

## 6.9. Abwerben der Kunden der Privatklägerin (Anklageziffern E 4. und E 9.)

### 6.9.1. Sachverhaltserstellung

Dem Beschuldigten wird in Anklageziffer E 4. im Wesentlichen zur Last gelegt, er habe wissentlich und willentlich veranlasst, dass die Angestellten der I. \_\_\_\_\_ AG allen Kunden der Privatklägerin mitgeteilt hätten, sie sollten zukünftig ihre Bestellungen bei der I. \_\_\_\_\_ AG aufgeben, was er entgegen dem Interesse der Privatklägerin und der D. \_\_\_\_\_ Deutschland getan habe im Wissen darum, dass sein Tun dazu bestimmt war, bei Dritten Irreführungen über die Geschäftsverhältnisse zu erzeugen und zu suggerieren, bei der I. \_\_\_\_\_ AG handle es sich um eine Rechtsnachfolgerin der Privatklägerin (Urk. HD 70 S. 13). Der auch in Anklageziffer E 4. enthaltene Vorwurf betreffend Abwerbung der beiden wichtigsten Lieferanten der Privatklägerin wurde, soweit strafrechtlich sowie für das vorliegende Berufungsverfahren relevant, schon vorstehend unter Ziffer 6.8. abgehandelt. Vom Wortlaut ("durch sein Tun") und von der Systematik her ist davon auszugehen, dass die Anklageziffer E 5. sich nicht nur, wie bereits dargelegt wurde, auf die Anklageziffern E 1. und E 2. bezieht, sondern ebenso auf die Anklageziffer E 4. Da die Vorinstanz daraus indessen nichts abgeleitet hat und einer anderen Beurteilung durch die Berufungsinstanz das Verschlechterungsverbot entgegen stehen würde, ist darauf nicht näher einzugehen.

In Anklageziffer E 9. wird dem Beschuldigten im Wesentlichen vorgeworfen, im Wissen darum, dass er durch sein irreführendes Verhalten gegen das Vertrau-

ensprinzip handelte und die Verbindung zwischen den Lieferanten und den Kunden manipulierte, suggeriert zu haben, bei der I. \_\_\_\_\_ AG handle es sich um die Rechtsnachfolgerin der Privatklägerin, so dass der zwischen dieser und dem Abnehmer Al. \_\_\_\_\_ geschlossene Partnerschaftsvertrag im Juli 2006 neu mit der I. \_\_\_\_\_ AG abgeschlossen worden sei (Urk. HD 70 S. 15). Von den übrigen Vorwürfen, die in dieser Anklageziffer enthalten sind, wurde der Beschuldigte von der Vorinstanz rechtskräftig freigesprochen (Urk. HD 120 S. 58 f. und S.87), weshalb auf diese vorliegend nicht mehr einzugehen ist.

Die Verteidigung hielt dem Vorwurf in Anklageziffer E 4. vor Vorinstanz noch einen grundsätzlich bereits vorne unter Ziffer II.5. behandelten Verstoss gegen das Anklageprinzip entgegen und bestreitet ihn im Übrigen nach wie vor (Urk. HD 105 S. 39). In den von Mitarbeitern der I. \_\_\_\_\_ AG an Kunden geäusserten Mitteilungen stehe nicht explizit zu lesen, dass die I. \_\_\_\_\_ AG als Nachfolgeunternehmen der Privatklägerin präsentiert worden sei. Es dürfe deshalb die Frage gestellt werden, ob solche Sachverhalte von Art. 3 lit. b UWG überhaupt erfasst werden. Gemäss Carl Baudenbacher müsse der Nachfolgezusatz klar sein, weil der Werben- de vom guten Ruf des Vorgängers profitieren wolle. Ein solcher klarer Nachfolgezusatz fehle hier. Sodann werde dem Beschuldigten nicht der Vorwurf gemacht, selber gegenüber Kunden suggeriert zu haben, dass es sich bei der I. \_\_\_\_\_ AG um die Nachfolgegesellschaft der Privatklägerin handle. Die Vorinstanz unterstelle ihm nun einfach eine Anstiftung, ohne diesbezüglich auf Aussagen der Mitarbeiter abstellen zu können. Sie nehme das einfach an, weil der Beschuldigte der faktische Inhaber und Geschäftsführer der I. \_\_\_\_\_ AG gewesen sei. Solche Annahmen würden nicht genügen, um jemanden schuldig zu sprechen. Abgesehen davon dürfte mit Fug davon ausgegangen werden, dass der Beschuldigte seine Mitarbeiter mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht angewiesen habe, die I. \_\_\_\_\_ AG als Nachfolgegesellschaft der Privatklägerin zu bezeichnen. Gerade auch aus seinen Ausführungen gegenüber der R. \_\_\_\_\_ AG gehe hervor, dass er die I. \_\_\_\_\_ AG nicht als Nachfolgegesellschaft der Privatklägerin präsentiert, sondern dargestellt habe, dass die I. \_\_\_\_\_ AG neben der Privatklägerin existieren werde (Urk. HD 139 S. 20 f.).

Betreffend Anklageziffer E 9. ist die Verteidigung der Ansicht, dass der darin enthaltene Vorwurf weder zutreffe noch erstellt sei. Beim "Partnerschaftsvertrag" handle es sich um einen ganz normalen Vertrag, welcher den Lieferanten der AI. \_\_\_\_\_ Schweiz die Bedingungen diktiert. Dieser werde in der Regel jedes Jahr erneuert. Der Vertrag mit der Privatklägerin sei somit seitens AI. \_\_\_\_\_ gar nicht gekündigt worden. Ebenso wenig sei dieser Vertrag von der Privatklägerin auf die I. \_\_\_\_\_ AG übertragen worden. Für die I. \_\_\_\_\_ AG habe es einen neuen Lieferantenstamm gegeben, da die Lieferanten-Nummer nicht derjenigen der Privatklägerin entspreche. Die Artikelnummern seien aber seitens AI. \_\_\_\_\_ identisch geblieben, da sie pro Artikel mehrfach Lieferanten hinterlegt habe. Die Listung von neuen Lieferanten sei ein völlig normaler Vorgang. Der AI. \_\_\_\_\_ als Grossdistributor arbeite mit praktisch allen Lieferanten zusammen. Dass der Beschuldigte gegenüber dem AI. \_\_\_\_\_ die I. \_\_\_\_\_ AG als Nachfolgegesellschaft der Privatklägerin präsentiert habe, sei weder erstellt, noch gehe dies aus der Anklageschrift oder dem Urteil der Vorinstanz hervor. Ein ausdrücklicher und zu Unrecht erhobener Nachfolgezusatz fehle. Es sei lediglich von Mails von O. \_\_\_\_\_ die Rede. Überdies sei eine Anstiftung nicht nachgewiesen (Urk. HD 105 S. 60; Urk. HD 139 S. 24).

Was das Anklageprinzip angeht, ist den allgemeinen Erwägungen vorne unter Ziff. II.5. spezifisch auf den Anklagepunkt E 4. bezogen anzufügen, dass mit "die Mitarbeiter" nur "alle Mitarbeiter" der I. \_\_\_\_\_ AG und mit "die Kunden" nur "alle Kunden" der Privatklägerin gemeint sein kann. Hinsichtlich des dem Beschuldigten unter Anklageziffer E 4. vorgeworfenen Verhaltens ist zunächst auf den zeitlichen Konnex zwischen dem auf Briefpapier der Privatklägerin verfassten, von N. \_\_\_\_\_ und O. \_\_\_\_\_ unterzeichneten Schreiben "Änderung in der Organisation von B. \_\_\_\_\_ GmbH" vom 31. Mai 2006 (Urk. HD 23/59) und demjenigen im Namen der I. \_\_\_\_\_ AG von den gleichen Personen unterzeichneten Schreiben vom 1. Juni 2006 (Urk. HD 23/60) hinzuweisen. Wird im erstgenannten Schreiben darüber informiert, dass sieben namentlich genannte Mitarbeiter – die gesamte Belegschaft der Privatklägerin mit Ausnahme des Beschuldigten – die Privatklägerin per 31. Mai 2006 verlassen würden und zugleich angekündigt, dass die Vermarktung der Produkte von AD. \_\_\_\_\_ ab 1. Juni 2006 nicht mehr von der Privatkläge-

rin wahrgenommen und der neue Schweizer Vertriebspartner die Empfängerin über die neue Situation informieren werde, wird im zweiten Schreiben über die Gründung der I.\_\_\_\_\_ AG informiert, werden die im Schreiben vom 31. Mai 2006 genannten Mitarbeiter in diesem nachfolgenden Schreiben namentlich und unter Angabe der Funktionen und E-Mail-Adressen bei der I.\_\_\_\_\_ AG aufgeführt und wird (u.a.) erklärt, dass die I.\_\_\_\_\_ AG für den Vertrieb der Produkte der AD.\_\_\_\_\_ verantwortlich sei. Es handelte sich mithin zweifelsohne um eine genau auf einander abgestimmte Information der Kunden und Partner, die nicht einmal ganz korrekt war, weil die Mitarbeiter AJ.\_\_\_\_\_ und Q.\_\_\_\_\_ erst Ende Juni bei der Privatklägerin aus- und anfangs Juli bei der I.\_\_\_\_\_ AG eintraten (Urk. HD 5/24 und 5/25). Die zeitliche Abfolge dieser beiden Schreiben, verbunden mit der Verwechslungsgefahr der Firmenbezeichnung der I.\_\_\_\_\_ AG mit derjenigen der Privatklägerin (dazu vorne unter Ziff. 6.2.), der Umstand, dass die gleichen Personen am 31. Mai 2006 für die Privatklägerin und am 1. Juni 2006 für die I.\_\_\_\_\_ AG unterschrieben und der Umstand, dass ein bedeutender Lieferant ausgerechnet per anfangs Juni 2006 (jedenfalls faktisch) von der I.\_\_\_\_\_ AG übernommen wurde, reichten aus, damit bei den Kunden der Eindruck entstehen konnte, die I.\_\_\_\_\_ AG sei die Rechtsnachfolgerin der Privatklägerin. Dass das Schreiben vom 31. Mai 2006 entgegen der Argumentation der Verteidigung (Urk. HD 105 S. 67) nicht nur an die AK.\_\_\_\_\_ AG ging, sondern an die Kunden und Partner, ergibt sich schon aus der Anrede ("Sehr geehrte Kunden und Partner"), aber auch aus dem letzten Absatz, in dem über die neue Situation bezüglich der Produkte von AD.\_\_\_\_\_ informiert wird, was für ein Transportunternehmen nicht von Interesse ist. Auch beim Schreiben vom 1. Juni 2006 kann kein Zweifel daran bestehen, dass es an alle Kunden gesandt wurde. Sofern den Kunden dieser Eindruck durch die beiden Schreiben noch nicht entstanden war, musste dies aber spätestens mit dem Erhalt der E-Mail von U.\_\_\_\_\_ an "undisclosed-recipients" mit der Einleitung "Sehr geehrter Partner" vom 16. Juni 2006 der Fall sein, schrieb doch dieser nicht nur, dass die meisten B.\_\_\_\_\_ -Mitarbeiter nun für die neu gegründete Firma I.\_\_\_\_\_ arbeiteten, sondern auch, dass sich an der Arbeit selber nicht viel ändern werde, ausser der Name, und dass die Kontaktdetails der Firma neu seien. Ferner erklärte er, wenn die Empfänger der E-Mail ihm etwas zusenden woll-

ten, sie dies noch an die Adresse der Privatklägerin tun sollten (Urk. HD 3/12). Damit wurde klar suggeriert, dass die I. \_\_\_\_\_ AG Rechtsnachfolgerin der Privatklägerin sei. Der Einwand der Verteidigung, U. \_\_\_\_\_ habe ausdrücklich darauf hingewiesen, dass er und einige andere ehemalige Mitarbeiter der Privatklägerin nun für die *neu* gegründete I. \_\_\_\_\_ tätig seien und aus seiner E-Mail gehe deutlich hervor, dass es sich bei der I. \_\_\_\_\_ AG um eine andere, neue Unternehmung und nicht um eine Nachfolgerin der Privatklägerin handle (Urk. HD 105 S. 68), ändert daran nichts. Die Rechtsnachfolge im hier gemeinten Sinne ist von der von der Verteidigung wohl gemeinten Änderung der Inhaberschaft einer Gesellschaft zu unterscheiden. Bei einer Rechtsnachfolge im hier gemeinten Sinne können durchaus eine "alte" und eine "neue" Gesellschaft beteiligt sein. Das Gleiche gilt für die auch von der Vorinstanz angeführte E-Mail von O. \_\_\_\_\_ vom 15. Juni 2006, in der er gegenüber einem Mitarbeiter eines Kunden namens der I. \_\_\_\_\_ AG Bezug auf die schlechte Zahlungsmoral dieses Kunden gegenüber der Privatklägerin nahm (Urk. HD 3/10). Indem er kundtat, dass Wissen aus dem Verhältnis zwischen der Privatklägerin und dem Kunden nunmehr für die Konditionen zwischen der I. \_\_\_\_\_ AG und diesem relevant war, schuf er den Eindruck, als sei die I. \_\_\_\_\_ AG die Rechtsnachfolgerin der Privatklägerin. Ähnlich verhält es sich mit der Kommunikation mit AL. \_\_\_\_\_. Dieser wurde, wie sich aus einem "Aufnahmeformular: Neuer Lieferant" vom 16. Februar 2007 ergibt, angegeben, die I. \_\_\_\_\_ AG gewähre ihr die gleichen Skonto-Konditionen wie die Privatklägerin dies bisher getan habe (Urk. HD 12/31). Hätte es sich bei der I. \_\_\_\_\_ AG und der Privatklägerin um normale Konkurrenten im gleichen Tätigkeitsgebiet gehandelt, wäre dies kaum in dieser Form Gegenstand der Kommunikation gewesen. Vielmehr ist diese Anmerkung ein Anhaltspunkt dafür, dass sich die I. \_\_\_\_\_ AG als Rechtsnachfolgerin der Privatklägerin präsentiert hatte. Aus dem Besprechungsplan über die Besprechung mit Herrn AM. \_\_\_\_\_ von AN. \_\_\_\_\_, ..., vom 7. Juli 2006 (Urk. HD 12/29) kann dagegen, wie die Verteidigung zu Recht vorbrachte (Urk. HD 105 S. 71), entgegen der Ansicht der Vorinstanz (Urk. HD 120 S. 53) nicht zwingend etwas Entsprechendes abgeleitet werden. Der Vermerk "Herr AM. \_\_\_\_\_ kann die Situation bei B. \_\_\_\_\_ bzw. I. \_\_\_\_\_ sehr gut nachvollziehen" deutet nicht zwangsläufig darauf hin, dass die I. \_\_\_\_\_ AG anlässlich dieser Besprechung als Rechts-

nachfolgerin der Privatklägerin präsentiert wurde, sondern kann, wenngleich dies angesichts des übrigen Verhaltens der I. \_\_\_\_\_ AG resp. ihrer Exponenten eher unwahrscheinlich ist, auch einen anderen Hintergrund gehabt haben. Aus dem Besprechungsplan über die Besprechung mit AO. \_\_\_\_\_ von AP. \_\_\_\_\_ AG, ..., vom 7. Juli 2006 (Urk. HD 12/30) wird deutlich, dass dieser jedenfalls in der Zeitspanne vor dieser Besprechung einen Zusammenhang zwischen der Privatklägerin und der I. \_\_\_\_\_ AG sah, wurde doch notiert, für ihn sei die Situation B. \_\_\_\_\_ / I. \_\_\_\_\_ noch ziemlich unklar gewesen. Dies muss aber nicht zwangsläufig bedeuten, dass er die I. \_\_\_\_\_ AG als Rechtsnachfolgerin der Privatklägerin betrachtete, kann es doch auch sein, dass er damit lediglich den Übergang der Lieferantin AD. \_\_\_\_\_ ansprach. Hingegen ist mit der Vorinstanz auf die Zeugenaussage von G. \_\_\_\_\_ von der Firma AQ. \_\_\_\_\_ GmbH anlässlich seiner Einvernahme vom 26. November 2008 hinzuweisen, aus der sich ergibt, dass die I. \_\_\_\_\_ AG sich ihm gegenüber zwar nicht wortwörtlich als Rechtsnachfolgerin der Privatklägerin präsentierte, dass sie sich aber konkludent als solche verhielt und damit einen entsprechenden Eindruck schuf (vgl. Urk. HD 120 S. 57 f.; Urk. HD 55/1 S. 4). Was den Kunden AI. \_\_\_\_\_ angeht, hat die Vorinstanz zu Recht darauf hingewiesen, dass aufgrund des bei den Akten liegenden Couverts von AI. \_\_\_\_\_ an die Privatklägerin resp. an die I. \_\_\_\_\_ AG (Urk. HD 23/106) kein Zweifel daran bestehen kann, dass auch mit Bezug auf diese Kundenbeziehung suggeriert wurde, die I. \_\_\_\_\_ AG sei die Rechtsnachfolgerin der Privatklägerin. Dass die korrekten Verhältnisse allenfalls in einem Schreiben der I. \_\_\_\_\_ AG an AI. \_\_\_\_\_ vom 29. Juni 2006, von dem die Verteidigung behauptet, es sei nicht verschickt worden (Urk. HD 105 S. 69), dargelegt wurden ("Da es sich bei der I. \_\_\_\_\_ AG um ein junges und unabhängiges Unternehmen handelt..."; "...wie bei unserem früheren Arbeitgeber..."), ändert daran nichts, da die eingeklagten Handlungen einen Zeitraum davor betreffen. Entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. HD 105 S. 69) ebenfalls unerheblich ist, ob der Poststempel auf dem Couvert das Datum vom 6. Oktober 2006 trägt und das darin enthaltene Schreiben somit in einem Zeitpunkt erstellt wurde, in dem die Privatklägerin ihren Betrieb längst eingestellt hatte. Vielmehr zeigt dies, dass die eingeklagten Handlungen noch über Monate Wirkung zeitigten. Die in der Sachverhaltsschilderung in

der Anklageschrift ebenfalls enthaltene Behauptung, dass dies die Ursache dafür gewesen sei, dass der zwischen der Privatklägerin und dem Abnehmer AI. \_\_\_\_\_ geschlossene Partnerschaftsvertrag im Juli 2006 neu mit der I. \_\_\_\_\_ AG abgeschlossen worden sei (Urk. HD 70 S. 15), lässt sich hingegen, wie von der Verteidigung zu Recht moniert wurde (Urk. HD 105 S. 60), nicht erstellen. Vielmehr ist aufgrund der Akten, insbesondere in Anbetracht des erwähnten Schreibens vom 29. Juni 2006, durchaus denkbar, dass der Vertrag mit der Privatklägerin seitens AI. \_\_\_\_\_ gar nicht gekündigt und dieser ebenso wenig von der Privatklägerin auf die I. \_\_\_\_\_ AG übertragen wurde, sondern dass es sich um einen ganz normalen Vorgang, wie er sich bei jedem neuen Lieferanten abspielt, handelte. Der Umstand, dass im genannten Schreiben, von dem die Verteidigung geltend macht, es sei nicht verschickt worden (Urk. HD 105 S. 69), festgehalten wird, der Vorschlag von AI. \_\_\_\_\_ betreffend Skonto sei vom bestehenden Vertrag mit der Privatklägerin übernommen worden, spricht nicht zwingend gegen die Version der Verteidigung – dies tut nicht einmal der Umstand, dass der Autor dieses Schreibens, O. \_\_\_\_\_, die Privatklägerin und die I. \_\_\_\_\_ AG selber durcheinanderbrachte (Urk. HD 23/107 S. 2, Unterschriftenzeile). Das Gleiche gilt hinsichtlich des zweiten Absatzes des Fax-Schreibens der I. \_\_\_\_\_ AG an AI. \_\_\_\_\_ (Urk. HD 23/108), das ein falsches Datum tragen und von anfangs Juli 2006 stammen dürfte (vgl. Urk. HD 23/109), und das gemäss der Verteidigung ebenfalls nicht verschickt wurde (Urk. HD 105 S. 69). Dass der Beschuldigte für das entsprechende Verhalten der von der Privatklägerin zur I. \_\_\_\_\_ AG gewechselten Mitarbeiter verantwortlich war, indem er den Mitarbeitern entsprechende Anweisungen gab, ergibt sich aus dessen Rolle als faktischer Inhaber und Geschäftsführer der I. \_\_\_\_\_ AG. Er war es, der im Hintergrund die Geschicke der I. \_\_\_\_\_ AG lenkte und zweifelsohne auch die Strategie bei der Kundeninformation bestimmte. Unbehelflich ist schliesslich die Argumentation der Verteidigung, aus den Äusserungen des Beschuldigten gegenüber der R. \_\_\_\_\_ AG gehe hervor, dass er die I. \_\_\_\_\_ AG nicht als Nachfolgegesellschaft der Privatklägerin präsentiert habe. Wie bereits dargelegt wurde (vorne Ziff. 6.4.), wurde gegenüber dieser Gesellschaft sehr wohl ein Zusammenhang zwischen I. \_\_\_\_\_ AG und Privatklägerin suggeriert, der zudem durchaus als (jedenfalls faktische) Nachfolge interpretiert werden konnte.

### 6.9.2. Rechtliche Würdigung

Die Vorinstanz hat korrekt dargelegt, dass Widerhandlungen im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. b UWG begeht, wer vorsätzlich über seine Geschäftsverhältnisse unrichtige oder irreführende Angaben macht, wobei solche insbesondere vorliegen, wenn eine Rechtsnachfolge unzutreffend behauptet wird oder wenn Geschäftsbeziehungen behauptet werden, wo keine (mehr) vorliegen (Urk. HD 120 S. 54 und S. 59 f.). Ferner hat sie zu Recht auf die überzeugende von Baudenbacher/Glückner (in: Baudenbacher [Hrsg.], a.a.O., Art. 3 lit. b N 229) vertretene Ansicht hingewiesen, wer als ehemaliger Verwaltungsrat eines Unternehmens eine eigene Firma betreibe, dürfe nicht den Eindruck erwecken, er habe die Geschäftstätigkeit eines anderen Unternehmens vollständig übernommen. Weshalb es sich im vorliegenden Fall, in dem der Beschuldigte nicht Verwaltungsrat, sondern Gesellschafter und Geschäftsführer der Privatklägerin war, anders verhalten sollte, ist nicht ersichtlich. Dem Einwand der Verteidigung, es fehle ein Nachfolgezusatz (Urk. HD 139 S. 14), ist entgegenzuhalten, dass von Art. 3 lit. b UWG, wie sich aus dem Wortlaut ergibt, nicht nur unrichtige, sondern auch irreführende Angaben erfasst sind. In der von der Verteidigung zitierten Literaturstelle wird lediglich der Frage nachgegangen, wie ein Nachfolgezusatz auszusehen hat, damit er nicht unrichtig oder irreführend ist. Es wird aber in dieser Literaturstelle – zu Recht – keineswegs davon ausgegangen, dass im Zusammenhang mit einer behaupteten Rechtsnachfolge nur ein unrichtiger Nachfolgezusatz unter Art. 3 lit. b UWG fällt. Vielmehr wird nur wenige Randnoten zuvor in allgemeiner Weise festgehalten, wer im Wettbewerb den unzutreffenden Eindruck erwecke, es bestünden rechtliche oder wirtschaftliche Beziehungen zu einem anderen Unternehmen, handle wettbewerbswidrig (Baudenbacher/Glückner, in Baudenbacher [Hrsg.], a.a.O., N 221). Soweit die Handlungen nicht vom Beschuldigten persönlich, sondern von Mitarbeitern der I. \_\_\_\_\_ AG, denen gegenüber er aufgrund seiner Rolle als faktischer Inhaber und Geschäftsführer der I. \_\_\_\_\_ AG weisungsberechtigt war, getätigt wurden, handelte er in mittelbarer Täterschaft. Im Übrigen wären ihm die Handlungen der Mitarbeiter gestützt auf Art. 26 UWG in Verbindung mit Art. 6

VStrR selbst dann anzurechnen, wenn von einem selbständigen Handeln derselben ausgegangen werden müsste, denn es müsste in diesem Fall davon ausgegangen werden, dass er von den entsprechenden Handlungen wusste, aber nicht dagegen einschritt (vgl. vorne Ziff. 6.2.2. in fine). Dass der Beschuldigte vorsätzlich handelte, steht angesichts der Vorgehensweise ausser Zweifel. Somit sind die Tatbestandsmerkmale von Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. b UWG erfüllt. Da weder Schuldausschluss- noch Rechtfertigungsgründe vorliegen, ist der Beschuldigte der Widerhandlung im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. b UWG schuldig zu sprechen.

#### 6.10. Subdistributionsvertrag zwischen der Privatklägerin und der I. \_\_\_\_\_ AG betreffend D. \_\_\_\_\_ - und P. \_\_\_\_\_ -Produkten (Anlageziffern E 6., E 7. und E 8.)

##### 6.10.1. Sachverhaltserstellung

Gemäss Anlageziffer E 6. soll der Beschuldigte am 13. Juni 2006 im Namen der Privatklägerin mit der I. \_\_\_\_\_ AG einen Subdistributionsvertrag für D. \_\_\_\_\_ - und P. \_\_\_\_\_ -Produkte abgeschlossen haben, womit er in Kenntnis seiner Pflichten als Geschäftsführer gegen seine Pflicht, im Interesse der Privatklägerin zu handeln, verstossen habe. Im Vertrag habe er gemäss Anlageziffer E 7. der I. \_\_\_\_\_ AG zu Lasten der Privatklägerin Rabatte in der Höhe von 38 % gewährt, obwohl die Privatklägerin selber nur 21 % erhalten habe, weshalb der Subdistributionsvertrag zu einem zusätzlichen Schaden zu Lasten der Privatklägerin geführt habe. Gemäss Anlageziffer E 8. seien in der Zeit vom 21. Juni bis 10. Juli 2006 mindestens 818 Lieferungen von der Privatklägerin an die I. \_\_\_\_\_ AG erfolgt, wobei nicht nur D. \_\_\_\_\_ - und P. \_\_\_\_\_ -Produkte ausgeliefert worden seien. Bezüglich der D. \_\_\_\_\_ - und P. \_\_\_\_\_ -Produkte sei durch die Gewährung des höheren Rabattes ein Schaden von Fr. 10'047.90 entstanden, während der Beschuldigte durch die Lieferung von Produkten von Drittherstellern einen zusätzlichen Schaden in unbekannter Höhe verursacht habe, indem der Privatklägerin der entsprechende Verkaufsgewinn entgangen sei. Der Beschuldigte habe mit seinem Handeln in Kenntnis seiner Pflichten als Geschäftsführer die ihm von der Privatklägerin in seiner Funktion als Geschäftsführer und somit Vermögensverwalter übertragenen

Pflichten, in ihrem Interesse zu handeln, vernachlässigt (Urk. HD 70 S. 14 f.). Aus den übrigen in dieser Anklageziffer genannten Vorwürfen hat die Vorinstanz nichts strafrechtlich Relevantes abgeleitet, weshalb darauf nicht näher einzugehen ist.

Die Verteidigung macht geltend, der Abschluss des Subdistributionsvertrages sei im wohlverstandenen Interesse der Privatklägerin erfolgt. Er habe in keiner Weise eine Verletzung der Treuepflicht dargestellt, sondern sei im Gegenteil notwendige Massnahme gewesen, um aufgrund der erfolgten Kündigungen überhaupt noch das Tagesgeschäft weiterführen zu können. Bei korrekter Erfüllung wäre dieser Vertrag für die Privatklägerin äusserst profitabel gewesen. Dieser hätte in der Zukunft mehr Gewinn abgeworfen als in der alten Konstellation. Der Beschuldigte habe die Produkte nicht selber verkaufen und nicht selber ausliefern können. Da diese Arbeiten von der I. \_\_\_\_\_ AG hätten erledigt werden sollen, sei der Rabatt entsprechend erhöht gewesen, denn die I. \_\_\_\_\_ AG habe damit gewisse Arbeiten für die Privatklägerin erledigt. Da die D. \_\_\_\_\_-Gruppe dringend "Cash" benötigt habe, habe sich diese Lösung aufgedrängt. Die Gründung der I. \_\_\_\_\_ AG sei nicht mit dem Ziel erfolgt, die Privatklägerin zu konkurrenzieren, sondern mit dem Ziel, mit dieser zusammen zu arbeiten. Bei einer Konkurrenzierung hätte der Beschuldigte, der 10 % der Stammanteile der Privatklägerin besessen habe, sich selber geschadet. Im Übrigen verbiete es die Treuepflicht nicht, mit einem Partnerunternehmen einen Vertrag abzuschliessen, der im Interesse der Gesellschaft liege. Die Privatklägerin habe sich in der Folge aber geweigert, den für sie äusserst profitablen Distributionsvertrag zu erfüllen. Von einem Schaden infolge der Rabattgewährung könne demnach nicht ernsthaft die Rede sein. Zudem habe die Vorinstanz den Rabatt von 21 %, welcher der Privatklägerin von K. \_\_\_\_\_ gewährt worden wäre, wenn dieser Vertrag zustande gekommen wäre, mit demjenigen verglichen, den die Privatklägerin der I. \_\_\_\_\_ AG selber gewährt habe. Die Vorinstanz habe auf diese Weise einen Zusammenhang zwischen dem Vertrag der Privatklägerin mit K. \_\_\_\_\_, der nie zustande gekommen sei, und demjenigen der Privatklägerin mit der I. \_\_\_\_\_ AG kreiert, obwohl ein solcher Zusammenhang nicht bestehe. Abgesehen davon habe z.B. AD. \_\_\_\_\_ der I. \_\_\_\_\_ AG auch einen Rabatt von 39 % gewährt, was zeige, dass Rabatte in dieser Höhe durchaus üb-

lich seien. Der Vorwurf, der Privatklägerin sei ein zusätzlicher, nicht bezifferter Schaden entstanden, da ihr ein Verkaufsgewinn entgangen sei, scheitere bereits daran, dass die Privatklägerin ihre Geschäftstätigkeit eingestellt habe. Eine nicht mehr aktive Gesellschaft erziele keinen Gewinn. Zudem sei durch die Einstellung der Geschäftstätigkeit der Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Beschuldigten und dem angeblich entgangenen Gewinn unterbrochen worden, soweit überhaupt ein solcher bestanden habe (Urk. HD 105 S. 59 f.; Urk. HD 139 S. 21 ff.).

Dass der Beschuldigte am 13. Juni 2006 im Namen der Privatklägerin mit der I. \_\_\_\_\_ AG einen Subdistributionsvertrag für alle D. \_\_\_\_\_ - und P. \_\_\_\_\_ -Produkte abschloss und der I. \_\_\_\_\_ AG in diesem Vertrag einen Rabatt von 38 % gewährte, wird von diesem resp. von der Verteidigung bestätigt (Urk. HD 105 S. 58 f.; Urk. HD 139 S. 23) und ist auch durch den bei den Akten liegenden Vertrag (Urk. HD 3/7 = Urk. HD 5/56) erwiesen. Es stellt sich die Frage, ob der Privatklägerin wegen eines tieferen Einkaufs- als Verkaufspreises trotz der Gewährung des fraglichen Rabatts eine Marge blieb, denn unter dieser Voraussetzung ist denkbar, dass die Argumentation der Verteidigung korrekt ist und der Vertrag bei der Privatklägerin keinen Schaden verursachte. Davon, dass der Privatklägerin eine Marge blieb, muss bei den der I. \_\_\_\_\_ AG gelieferten Produkten von D. \_\_\_\_\_ ausgegangen werden, weil dafür durchwegs höhere Beträge in Rechnung gestellt wurden als als Wert der fraglichen Produkte in der Lagerbestandesliste Juni 06 per 03.07.06 aufgeführt war (Urk. HD 32/7 a-f und 32/8). So stellte die Privatklägerin der I. \_\_\_\_\_ AG in der Rechnung Nr. ... vom 28. Juni 2006 für das D. \_\_\_\_\_ -Produkt ... ("... ") Fr. 16.15 pro Stück in Rechnung, während auf der fraglichen Lagerbestandesliste ein Wert von Fr. 12.25 aufgeführt ist, was einer Differenz von 31,8 % entspricht (Urk. HD 32/7c; Urk. HD 32/8). Für das D. \_\_\_\_\_ -Produkt ... ("...") verlangte sie von der I. \_\_\_\_\_ AG mit Rechnung Nr. ... vom 5. Juli 2006 Fr. 23.55 pro Stück (Urk. HD 32/7d), während auf der fraglichen Lagerbestandesliste ein Wert von Fr. 20.15 aufgeführt ist (Urk. HD 32/8), und für das D. \_\_\_\_\_ -Produkt ... ("...") wurden in der Rechnung Nr. ... vom 7. Juli 2006 ebenfalls Fr. 23.55 pro Stück in Rechnung gestellt (Urk. HD 32/7e), während auf der fraglichen Lagerbestandesliste ein Wert von Fr. 20.15 aufgeführt ist (Urk. HD 32/8). In beiden Fällen

lag somit eine Differenz von 14,44 % vor. Die mit Bezug auf die Rechnungen gemäss Urk. HD 32/7 a-f gemachte Feststellung der Vorinstanz, dass die Privatklägerin der I. \_\_\_\_\_ AG Rechnung für zu Einstandspreisen gelieferte Waren gestellt habe (Urk. HD 120 S. 60), ist somit, was die D. \_\_\_\_\_-Produkte angeht, nicht richtig. Verkäufe von P. \_\_\_\_\_-Produkten an die I. \_\_\_\_\_ AG sind aus den Akten nicht ersichtlich. Hätte die Privatklägerin die D. \_\_\_\_\_-Produkte weiterhin selber an die Kunden verkauft, wären bei ihr Betriebskosten (namentlich Personalkosten) angefallen, die nunmehr durch den Subdistributionsvertrag mit der I. \_\_\_\_\_ AG bei letzterer anfielen. Ein Schaden wäre somit aufgrund der Rückbehaltung bestimmter Margen mit Bezug auf die D. \_\_\_\_\_-Produkte nur dann entstanden, wenn das Resultat, das die Privatklägerin bei weiterhin eigenem Vertrieb realisiert hätte, besser gewesen wäre als das Resultat aufgrund der obengenannten Margen. Dass dies der Fall gewesen wäre, ist aufgrund des Untersuchungsergebnisses nicht erstellt und auch nicht ohne Weiteres anzunehmen. Der in der Anklageschrift und auch im vorinstanzlichen Urteil angeführte Rabatt von 21 % betrifft, wie die Verteidigung zu Recht eingewendet hat, einen anderen Lieferanten, weshalb allein aus dieser Zahl für die Sachverhaltserstellung nichts Zweckdienliches abgeleitet werden kann. Da somit nicht erstellt ist, dass der Privatklägerin durch den Subdistributionsvertrag betreffend D. \_\_\_\_\_ - und P. \_\_\_\_\_-Produkten mit der I. \_\_\_\_\_ AG ein Schaden entstand, ist der Sachverhalt insoweit nicht erstellt.

Dagegen muss davon ausgegangen werden, dass die Privatklägerin auf Veranlassung des Beschuldigten Produkte anderer Lieferanten an die I. \_\_\_\_\_ AG lieferte, ohne dabei (Rundungsdifferenzen vernachlässigt) irgendwelche Margen einzubehalten. So wurden mit der Rechnung Nr. ... vom 21. Juni 2006 die AD. \_\_\_\_\_-Produkte ... ("..."), ... ("..."), ... ("..."), ... ("..."), ... ("..."), ... ("...") und ... ("...") (Urk. HD 32/7a), vernachlässigt man die Rundungsdifferenzen, der I. \_\_\_\_\_ AG zu den Werten gemäss der genannten Lagerbestandesliste verrechnet. Das Gleiche gilt für das der I. \_\_\_\_\_ AG mit Rechnung Nr. ... vom 23. Juni 2006 (Urk. HD 32/7b) in Rechnung gestellte AR. \_\_\_\_\_-Produkt ... ("...") und für die der I. \_\_\_\_\_ AG mit Rechnung Nr. ... in Rechnung gestellten AD. \_\_\_\_\_-Produkte ... ("..."), ... ("..."), ... ("..."), ... ("...") und ... ("...") (Urk. HD 32/7c). In der Rechnung Nr. ... (Urk. HD 32/7c) wurde der I. \_\_\_\_\_ AG sodann das

AD.\_\_\_\_\_-Produkt ... ("...") sogar um Fr. 3.35 pro Stück unter dem Wert gemäss der genannten Lagerbestandesliste in Rechnung gestellt.

Mit Bezug auf Produkte von AD.\_\_\_\_\_ Deutschland liegt auf der Hand, dass die Privatklägerin diese selbst dann nicht mit einer Marge an die I.\_\_\_\_\_ AG hätte verkaufen können, wenn der Beschuldigte nicht deren faktischer Inhaber und Geschäftsführer gewesen wäre, denn die I.\_\_\_\_\_ AG war in diesem Zeitpunkt bekanntlich selber Distributionspartnerin von AD.\_\_\_\_\_ Deutschland und konnte die Produkte somit jederzeit zum Einstandspreis bei dieser einkaufen. Es ist aber nicht ersichtlich, weshalb der Beschuldigte diese Produkte für die Privatklägerin nicht mit einer Marge anderweitig hätte verkaufen können, und sei es mit einem Einschlag auf den bisher von der Privatklägerin bei ihren Kunden verlangten Preis. Beim AD.\_\_\_\_\_-Produkt ... ("...") wurde sogar nicht einmal der Einstandspreis erzielt. Auch beim genannten AR.\_\_\_\_\_-Produkt ist nicht ersichtlich, weshalb er dieses nicht mit einer Marge anderweitig verkaufte. Dass es dem Beschuldigten für den Verkauf dieser Titel an zeitlicher Kapazität gefehlt hätte, kann nicht angenommen werden, muss doch davon ausgegangen werden, dass mit dem Austritt der Mitarbeiter der Privatklägerin, zu deren Ersetzung er keinerlei Anstalten traf, und dem Geschäftseinbruch durch die konkurrenzierende Tätigkeit der I.\_\_\_\_\_ AG grosse Teile seines ursprünglichen Aufgabengebiets bei der Privatklägerin weggefallen waren. Dadurch, dass der Beschuldigte die genannten Produkte ohne ersichtlichen Grund nicht bestmöglich verkaufte, sondern sie (Rundungsdifferenzen vernachlässigt) zu Einstandspreisen und in einem Fall sogar unter dem Einstandspreis der I.\_\_\_\_\_ AG überliess, verursachte er der Privatklägerin einen Schaden in unbekannter Höhe, indem dieser ein entsprechender Verkaufsgewinn entging. Dass der Beschuldigte mit diesem Handeln in Kenntnis seiner Pflichten als Geschäftsführer die ihm von der Privatklägerin in seiner Funktion als Geschäftsführer und somit Vermögensverwalter übertragenen Pflichten, in ihrem Interesse zu handeln, vernachlässigte, steht ausser Frage. Bezüglich dieser Produkte war indessen offensichtlich keine Absicht vorhanden, sich oder einen anderen zu bereichern. Dies muss nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" auch für das AD.\_\_\_\_\_-Produkt ... ("...") gelten, da nicht ersichtlich ist, weshalb es in diesem, aber eben einzig in diesem Fall erstelltermassen zu einem

Verkauf unter dem Wert, wie er in der genannten Lagerbestandesliste aufgeführt ist, kam. Denkbar ist nämlich, dass die Lieferantin AD. \_\_\_\_\_ den Einkaufspreis für dieses Produkt inzwischen auf Fr. 20.– reduziert hatte und die I. \_\_\_\_\_ AG deshalb den gleichen Preis beanspruchte, wie sie ihn bei einer Bestellung bei AD. \_\_\_\_\_ hätte zahlen müssen. Darauf, dass es sich bei diesem Preis um eine Ausnahme handelte, deutet jedenfalls der beim Titel angebrachte Vermerk "Prix Speciale" hin (Urk. HD 32/7c).

#### 6.10.2. Rechtliche Würdigung

Da nicht erstellt ist, dass der Privatklägerin aus dem Abschluss des Subdistributionsvertrages mit der I. \_\_\_\_\_ AG vom 13. Juni 2006 betreffend D. \_\_\_\_\_ - und P. \_\_\_\_\_ -Produkte ein Schaden entstand, ist der objektive Tatbestand von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 StGB mit Bezug auf diesen nicht erfüllt, weshalb der Beschuldigte betreffend die Vorwürfe im Zusammenhang mit D. \_\_\_\_\_ - /P. \_\_\_\_\_ -Produkten in den Anklageziffern E 6., E 7. und E 8. vom Vorwurf der ungetreuen Geschäftsbesorgung freizusprechen ist. Dagegen erfüllte der Beschuldigte mit dem in Anklageziffer E 8. enthaltenen und erstellten Vorwurf, er habe der Privatklägerin durch die Lieferung von Produkten von Drittherstellern an die I. \_\_\_\_\_ AG einen zusätzlichen Schaden in unbekannter Höhe verursacht, da dieser ein entsprechender Verkaufsgewinn entgangen sei, den Tatbestand von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB. Da weder Schuldausschluss- noch Rechtfertigungsgründe ersichtlich sind, ist der Beschuldigte der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen.

#### 6.11. Verwendung des Warenlagers der Privatklägerin zu Gunsten der I. \_\_\_\_\_ AG ohne Bezahlung der Rechnungen (Anklageziffer E 10.)

Die Staatsanwaltschaft wirft dem Beschuldigten in Anklageziffer E 10. im Wesentlichen vor, der I. \_\_\_\_\_ AG ermöglicht zu haben, ihre ersten Geschäfte aus dem Lager der Privatklägerin zu tätigen, wofür er (resp. die Privatklägerin, handelnd durch den Beschuldigten) der I. \_\_\_\_\_ AG Rechnung in Höhe von gesamthaft Fr. 45'828.– gestellt habe, es anschliessend jedoch wissentlich und willentlich unter-

lassen zu haben, die Bezahlung dieser Rechnungen einzufordern, wozu er als Geschäftsführer der Privatklägerin verpflichtet gewesen sei, was er gewusst habe. Damit habe er der Privatklägerin einen Schaden in genannter Höhe zugefügt (Urk. HD 70 S. 16). Im übrigen in Anklageziffer 10 eingeklagten Sachverhalt hat die Vorinstanz kein strafbares Verhalten erblickt (Urk. HD 120 S. 62), weshalb sich in Nachachtung des Verschlechterungsverbots eine Auseinandersetzung damit erübrigt.

Die Verteidigung macht geltend, der Umstand, dass der Beschuldigte der I. \_\_\_\_\_ AG Rechnung über den Betrag von Fr. 45'828.– gestellt habe, zeige ja gerade, dass dieser im Interesse der Privatklägerin gehandelt habe. Wenn die Rechnungstellung zwischen dem 21. Juni und dem 10. Juli 2006 erfolgt sei, könne dem Beschuldigten in Anbetracht der Tatsache, dass er Anfang Juli 2006 als Geschäftsführer abgesetzt und fristlos entlassen worden sei, sicherlich nicht ein Vorwurf gemacht werden, die Bezahlung dieser Rechnungen nicht eingefordert zu haben. Es würden auch hier die üblichen Zahlungsfristen von 30 Tagen gelten. Die Vorinstanz habe dem Beschuldigten zu Unrecht unterstellt, dass er von Anfang an nicht die Absicht gehabt habe, die Rechnungen der Privatklägerin an die I. \_\_\_\_\_ AG zu bezahlen bzw. die ausstehenden Beträge einzufordern. Im Übrigen habe die I. \_\_\_\_\_ AG den Anspruch der Privatklägerin zu keinem Zeitpunkt bestritten, sondern deren Forderung anerkannt, aber Verrechnung geltend gemacht. Inzwischen habe die I. \_\_\_\_\_ AG diese Summe im Rahmen des von den Parteien schliesslich abgeschlossenen Vergleichs vom 7. Oktober 2011 bezahlt (Urk. HD 105 S. 62; Urk. HD 139 S. 24 f.).

Der in der Anklageschrift genannte Gesamtbetrag von Fr. 45'828.– betrifft offensichtlich die Rechnungen Nr. ... vom 21. Juni 2006 im Gesamtbetrag von Fr. 5'141.25 (Urk. HD 32/7a), Nr. ... vom 23. Juni 2006 im Gesamtbetrag von Fr. 380.10 (Urk. HD 32/7b), Nr. ... vom 28. Juni 2006 im Gesamtbetrag von Fr. 2'854.40 (Urk. HD 32/7c), Nr. ... vom 5. Juli 2006 im Gesamtbetrag von Fr. 26'606.80 und Nr. ... vom 7. Juli 2006 im Gesamtbetrag von Fr. 10'845.45 (Urk. HD 32/7e). Als Zahlungsziel war in all diesen Rechnungen "90 Tage netto" angegeben, was mit dem Zahlungsziel in einer vom 17. November 2008 datieren-

den Rechnung Nr. ..., die aufgrund des Ausscheidens des Beschuldigten bei der Privatklägerin im Juli 2006 nicht mehr von diesem ausgestellt worden sein kann (Urk. HD 32/7f), übereinstimmt. Selbst wenn von einer üblichen Zahlungsfrist von 30 Tagen ausgegangen würde, kann dem Beschuldigten, wie die Verteidigung zu Recht geltend machte (Urk. HD 105 S. 61), nicht vorgeworfen werden, er sei untätig geblieben, denn auch dann hätte er die I. \_\_\_\_\_ AG frühestens in der zweiten Hälfte des Monats Juli 2006 mahnen können. In diesem Zeitpunkt war er aber bereits fristlos entlassen worden (Urk. HD 5/11). Die Vorinstanz hat denn auch nicht dies der Verurteilung zu Grunde gelegt, sondern die Annahme, der Beschuldigte habe von Anfang an nicht die Absicht gehabt, diese Rechnungen der Privatklägerin durch die I. \_\_\_\_\_ AG, dessen faktischer Inhaber und Geschäftsführer er war, bezahlen zu lassen. Dieser Sachverhalt ist indessen nicht eingeklagt, weshalb eine Verurteilung gestützt darauf gegen das Anklageprinzip verstossen würde. Zudem kann der Vorinstanz nicht darin gefolgt werden, dass sich aus dem Zahlungsverhalten, welches der Beschuldigte bei Rechnungen der I. \_\_\_\_\_ AG an die Privatklägerin an den Tag legte, schliessen lässt, dieser habe die fraglichen Rechnungen der Privatklägerin an die I. \_\_\_\_\_ AG von Anfang an nicht bezahlen wollen. Zwar ist der Vorinstanz darin zuzustimmen, dass auffällt, dass die Rechnungen der I. \_\_\_\_\_ AG an die Privatklägerin aus der gleichen Zeitspanne jeweils unmittelbar nach Erhalt und somit lange vor Ablauf der Zahlungsfrist von der Privatklägerin beglichen wurden (Urk. HD 32/4a-p). Daraus ableiten zu wollen, der Beschuldigte habe von Anfang an nicht die Absicht gehabt, die Rechnungen der Privatklägerin an die I. \_\_\_\_\_ AG durch diese bezahlen zu lassen, geht jedoch zu weit. Vielmehr ist auch denkbar, dass der Beschuldigte der I. \_\_\_\_\_ AG durch unmittelbare Zahlung ihrer an die Privatklägerin gerichteten Rechnungen für die Zeitspanne der restlichen Zahlungsfrist zusätzliche Liquidität verschaffen wollte, was zwar ebenfalls gegen die Interessen der Privatklägerin verstossen hätte, aber nicht Thema der Anklageschrift ist. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Sachverhalt gemäss Anklageziffer E 10. nicht erstellt werden kann, weshalb der Beschuldigte diesbezüglich vom Vorwurf der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 StGB freizusprechen ist.

## 6.12. Zusammenfassung

Der Beschuldigte ist neben den bereits rechtskräftigen Verurteilungen (dazu vorne Ziff. II.2.) schuldig

- der mehrfachen ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 StGB (Anlageziffern D 4. [Wein] sowie E 1. i.V.m. E 2. und i.V.m. E 5

- der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB (Anlageziffer E 8. teilweise [Produkte von Drittherstellern])

- des unlauteren Wettbewerbs im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. b UWG (Anlageziffer E 4. i.V.m. E 9.)

- des unlauteren Wettbewerbs im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. d UWG (Anklageschrift lit. A i.V.m. Anlageziffer E 11.)

- des unlauteren Wettbewerbs im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 5 lit. a UWG (Anlageziffern C 1. und C 2.)

Freizusprechen ist der Beschuldigte von den Vorwürfen

- der mehrfachen Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 StGB

- der mehrfachen ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 StGB (Anlageziffern, C 1. i.V.m. C 3., E 6. i.V.m. E 7. und i.V.m. E 8. teilweise [D.\_\_\_\_\_-/P.\_\_\_\_\_-Produkte] und E 10.)

- des unlauteren Wettbewerbs im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. b UWG (Anlageziffer C 1.)

- des unlauteren Wettbewerbs im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. d UWG (Anlageziffer D 1.)

- des unlauteren Wettbewerbs im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 5 lit. a UWG (Anlageziffer C 3.)

## **IV. Sanktion**

### **1. Anwendbares Recht**

1.1. Die Vorinstanz hat zu Recht darauf hingewiesen, dass am 1. Januar 2007 der revidierte Allgemeine Teil des Schweizerischen Strafgesetzbuchs in Kraft getreten ist. Ferner hielt sie zutreffend fest, dass die vorliegend zu beurteilenden strafbaren Handlungen teilweise vor und teilweise nach diesem Datum begangen wurden, weshalb sich für die strafbaren Handlungen, welche sich vor diesem Datum ereignet haben, die Frage stellt, ob sie nach dem bis zum 31. Dezember 2006 geltenden oder nach dem neuen Recht zu beurteilen sind, während für die strafbaren Handlungen, welche nach diesem Datum begangen wurden, das neue Recht Anwendung findet.

1.2. Die Ausführungen der Vorinstanz zur Frage, wann das neue und wann das alte Recht zur Anwendung gelangt, sind korrekt, weshalb darauf verwiesen werden kann (Urk. HD 120 S. 70 f.).

1.3. Entgegen der Beurteilung durch die Vorinstanz erweist sich im vorliegenden Fall eine Freiheitsstrafe im Bereich von zwei bis drei Jahren als angemessen. Nach altem Recht war für 18 Monate übersteigende Freiheitsstrafen nur der unbedingte Vollzug möglich. Nach neuem Recht besteht für Freiheitsstrafen im Bereich von zwei bis drei Jahren gestützt auf Art. 43 Abs. 1 StGB die Möglichkeit, den teilbedingten Vollzug anzuordnen. Letzteres erweist sich im vorliegenden Fall als angezeigt, was dazu führt, dass auf alle Straftaten das neue Recht anzuwenden ist.

### **2. Gesamtstrafe**

2.1. Die Vorinstanz hat zu Recht darauf hingewiesen, dass der Beschuldigte den überwiegenden Teil der zur Beurteilung stehenden Straftaten im Jahre 2006 verübte und somit, bevor er vom Bezirksamt Lenzburg mit Strafbefehl vom 28. September 2007 zu einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 90.– verurteilt wurde

(Urk. HD 120 S. 71). Wie bereits angesprochen wurde und nachfolgend noch genauer auszuführen ist, erweist sich für die heute zu beurteilenden Delikte die Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe als angemessen. Die Vorinstanz hat mit zutreffender Begründung festgehalten, dass die Bildung einer Gesamtstrafe im Sinne von Art. 49 Abs. 2 StGB bei ungleichartigen Strafen nicht möglich ist; auf ihre Ausführungen kann verwiesen werden (Urk. HD 120 S. 72). Im vorliegenden Fall sind die Strafen ungleichartig, weshalb unter diesem Gesichtspunkt die Bildung einer Gesamtstrafe ausgeschlossen ist.

2.2. Dispositivziffer 5 des erstinstanzlichen Urteils vom 24. März 2011, womit die mit Strafbefehl des Bezirksamts Lenzburg vom 28. September 2007 ausgefallte bedingte Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 90.– widerrufen wurde, ist, wie bereits unter Ziff. II.2. dargelegt wurde, in Rechtskraft erwachsen. Die Vorinstanz hat zu Recht von der Anwendung von Art. 46 Abs 1 Satz 2 StGB abgesehen, zumal das Bundesgericht in Übereinstimmung mit einer Vielzahl namhafter Autoren die Auffassung vertritt, das Verfahren nach Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB sei nicht anwendbar, um eine Geldstrafe in eine Freiheitsstrafe umzuwandeln (Bundesgerichtsurteil vom 27. September 2011, 6B\_46/2011, mit Hinweisen).

### 3. Strafrahmen

3.1. Bei der Bemessung der Strafe, bei der auch die vorinstanzlichen in Rechtskraft erwachsenen Schuldsprüche betreffend SVG-Delikte einzubeziehen sind, ist vom gesetzlichen Strafrahmen auszugehen. Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zur Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Strafe gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB). Für die Übertretungen ist separat eine Busse auszufällen.

3.2. Die Vorinstanz ist zu Recht davon ausgegangen, dass die schwerste vom Beschuldigten begangene Straftat die ungetreue Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 StGB ist, die mit Freiheitsstrafe von einem bis zu fünf Jahren bestraft wird. Strafschärfend sind gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB die Deliktsmehrheit sowie die teilweise mehrfache Tatbegehung zu berücksichtigen, weshalb der erweiterte Strafrahmen sich auf Freiheitsstrafe bis 7 1/2 Jahren erstreckt. Dieser ist aber nur in Ausnahmefällen anwendbar; in der Regel sind Strafschärfungsgründe innerhalb des ordentlichen Strafrahmens, dies dann aber zwingend, straf erhöhend zu berücksichtigen (Schwarzenegger/Hug/Jositsch, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 8. Auflage, Zürich 2007, S. 74; BGE 136 IV 55 E. 5.8).

3.3. Der Beschuldigte erfüllte den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 StGB mehrfach. Vorliegend erscheint es angezeigt, für die Strafzumessung vom Schuldspruch betreffend Übernahme der Vertriebsverträge sowie der Lieferanten der Privatklägerin durch die I. \_\_\_\_\_ AG (Anklageziffer E 1. i.V.m. E 2. und i.V.m. E 5.) auszugehen und die weiteren Verstösse gegen diese Bestimmung zusammen mit den übrigen vom Beschuldigten begangenen Verbrechen und Vergehen bei der Asperation zu berücksichtigen.

## 4. Strafzumessung

### 4.1. Strafzumessungsregeln

Die Strafe ist nach dem Verschulden des Täters zu bemessen, wobei das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters zu berücksichtigen sind (Art. 47 Abs. 1 StGB). 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 Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB).

Der Begriff des Verschuldens muss sich auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat beziehen. Zu unterscheiden ist zwischen der Tat- und der Täterkomponente. Bei der Tatkomponente sind das Ausmass des verschuldeten Erfolgs, die Art und Weise der Herbeiführung des Erfolgs, die Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat, und dessen Beweggründe zu beachten. Sodann sind für das Verschulden auch das "Mass an Entscheidungsfreiheit" beim Täter sowie die sogenannte Intensität des deliktischen Willens bedeutsam. Die Täterkomponente umfasst das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse sowie das Verhalten nach der Tat oder im Strafverfahren, allenfalls Reue und Einsicht sowie die Strafempfindlichkeit (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 17. Auflage, Zürich 2006, S. 117 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch Schwarzenegger/Hug/Jositsch, a.a.O., S. 90; BSK StGB I-Wiprächtiger, Art. 47 N 65). Je leichter es für den Täter gewesen wäre, die Norm zu respektieren, desto schwerer wiegt die Entscheidung gegen sie (Urteile des Bundesgerichts 6S.43/2001 vom 19. Juni 2001 E. 2. und 6S.333/2004 vom 23. Dezember 2004 E. 1.1.; BGE 122 IV 2141 und Pra 2001 S. 832 lit. a; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht AT II, 2. Auflage, Bern 2006, § 6 N 13). Das Gericht hat in seinem Urteil die Überlegungen, die es bei der Bemessung der Strafe angestellt hat, in den Grundzügen darzustellen. Dabei muss es in der Regel die wesentlichen schuldrelevanten Tat- und Täterkomponenten so erörtern, dass festgestellt werden kann, ob alle rechtlich massgeblichen Gesichtspunkte

Berücksichtigung fanden und wie sie gewichtet wurden. Insgesamt müssen seine Erwägungen die ausgefallte Strafe rechtfertigen, d.h. das Strafmass muss als plausibel erscheinen (BGE 127 IV 101 E. 2.; Urteil des Bundesgerichts 6S.83/2006 vom 5. Februar 2007 E. 3.1.; Art. 50 StGB).

## 4.2. Tatkomponente

### *4.2.1. Objektive Tatschwere*

Was den bei der Übernahme der Vertriebsverträge sowie der Lieferanten der Privatklägerin entstandenen Schaden angeht, ist zu Gunsten des Beschuldigten von einem Betrag in der Grössenordnung von Fr. 60'000.– anstatt der von der Vorinstanz angenommenen Schadenssumme von ca. Fr. 1,85 Mio. auszugehen. Dies ändert aber nichts daran, dass der Beschuldigte, wie die Vorinstanz zu Recht festhielt (Urk. HD 120 S. 74 f.), dadurch, dass er die (zumindest) faktische Übernahme des Vertriebsvertrages der Privatklägerin mit AD. \_\_\_\_\_ Deutschland durch die I. \_\_\_\_\_ AG bewirkte und den Vertrag mit K. \_\_\_\_\_ nicht namens der Privatklägerin abschloss, sondern veranlasste, dass dieser mit der I. \_\_\_\_\_ AG eingegangen wurde, der Privatklägerin die wesentlichste Grundlage ihrer Geschäftstätigkeit entzog. Der Beschuldigte missbrauchte das ihm in seiner Position als Geschäftsführer der Privatklägerin entgegengebrachte Vertrauen massiv, rücksichtslos und ohne jeglichen Skrupel. Völlig zu Recht hat die Vorinstanz darauf hingewiesen, dass das wahre Ausmass des objektiven Verschuldens erst ersichtlich wird, wenn man die Vorgehensweise des Beschuldigten gesamthaft betrachtet. Die hier zur Beurteilung stehende Tat war Teil einer systematischen Aushöhlung der Privatklägerin, die innert Kürze zur vom Beschuldigten beabsichtigten Verdrängung der Privatklägerin aus dem Markt führte, und zwar zu Gunsten der I. \_\_\_\_\_ AG, deren faktischer Inhaber und Geschäftsführer der Beschuldigte war. Es war dem Beschuldigten nicht genug, mit der I. \_\_\_\_\_ AG ein Konkurrenzunternehmen aufzubauen – er wollte, nachdem er sein Ziel, die Privatklägerin voll zu übernehmen, nicht erreicht hatte, die Übernahme ihrer Geschäfte und ihre Zerschlagung. Die Vorinstanz hat in diesem Zusammenhang zutreffend auf ein unglaublich dreistes Vorgehen und eine dadurch offenbarte erhebliche kriminelle

Energie hingewiesen. Im Rahmen des objektiven Verschuldens ist zu berücksichtigen, dass das hier zur Beurteilung stehende Abwerben zweier Lieferanten *nach* einem Austritt des Beschuldigten bei der Privatklägerin und dem Auslaufen des Konkurrenzverbotes straf- wie zivilrechtlich zulässig gewesen wäre. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint es gerechtfertigt, das Verschulden als etwas geringer einzustufen als bei einem Täter, der bei einem vergleichbaren Delikt gegen ein zeitlich uneingeschränkt bestehendes Verbot verstösst. Es liegt somit objektiv ein nicht mehr leichtes Verschulden (im Rahmen des qualifizierten Tatbestandes gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB) vor, bei dem eine Einsatzstrafe in der Gröszenordnung von rund 16 Monaten angemessen wäre.

#### 4.2.2. *Subjektive Tatschwere*

Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dass der Beschuldigte mit Vorsatz und einzig aus finanziellen Interessen handelte. Etwas zu relativieren ist deren Erwägung, dass das Vorgehen des Beschuldigten angesichts seines stattlichen monatlichen Einkommens, das im Jahre 2005 brutto über Fr. 25'000.– pro Monat betrug (Urk. HD 60/2/6), geradezu von Habgier zeuge (Urk. HD 120 S. 75 f.). Es kann ihm nicht gänzlich widerlegt werden, dass er diese Tat auch beging, weil er angesichts negativer Schlagzeilen um den D.\_\_\_\_-Konzern Bedenken hatte, ob die Privatklägerin längerfristig erfolgreich sein würde. Dass eine negative Entwicklung bei der Privatklägerin auch Konsequenzen mit Bezug auf sein Einkommen gehabt hätte, liegt auf der Hand. Es steht aber auch zweifelsfrei fest, dass der Beschuldigte diese Tat ausführte, nachdem ihm bekannt geworden war, dass der D.\_\_\_\_-Konzern ihm die 90 %-Beteiligung an der Privatklägerin nicht verkaufen wollte, was als Motiv klar im Vordergrund steht. Beachtlich ist sodann, dass sein Vorsatz nicht auf einen Schaden von "bloss" Fr. 60'000.– gerichtet war; vielmehr wollte er – wie sich aus seinem Kreditantrag an die AG.\_\_\_\_ AG schliessen lässt, worin er mit einem Gewinn vor Steuer in Millionenhöhe rechnete (vgl. Ziff. III.6.8.) – so viel Gewinn wie möglich erzielen, und das zum Preis, dass die Privatklägerin ausgehöhlt und vom Markt verdrängt werden sollte. Unter den gege-

benen Umständen rechtfertigt sich aufgrund des subjektiven Verschuldens eine Erhöhung der Einsatzstrafe um 4 Monate.

### 4.3. Täterkomponente

#### *4.3.1. Persönliche Verhältnisse und Vorleben*

Die Vorinstanz hat das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten, soweit angesichts seiner spärlichen Angaben bekannt, korrekt wiedergegeben. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, ist primär auf diese Erwägungen zu verweisen (Urk. HD 120 S. 78). Im Berufungsverfahren gab der Beschuldigte an, dass er ein Nettoeinkommen von Fr. 8'850.– pro Monat und seine Ehepartnerin ein solches von Fr. 4'200.– pro Monat erziele. Die monatliche Hypothekarbelastung betrage Fr. 2'000.–. Den Steuerwert seiner Liegenschaft in AS. \_\_\_\_\_ bezifferte er auf Fr. 1,053 Mio., seine Hypothekarschulden aktuell auf Fr. 1,7 Mio. und seine anderen Schulden aktuell auf Fr. 300'000.– (Urk. HD 125 S. 5; Urk. HD 141 S. 4).

Aus den persönlichen Verhältnissen und dem Vorleben lassen sich weder Straf-  
erhöhungs- noch Strafminderungsgründe ableiten.

#### *4.3.2. Vorstrafen*

Der Beschuldigte weist, was die zur Beurteilung stehenden SVG-Delikte angeht, zwei einschlägige Vorstrafen wegen grober Verletzung der Verkehrsregeln auf: Mit Strafbefehl der Préfecture de Cossonay vom 12. November 2002 wurde er zu einer bedingten Busse von Fr. 780.– und mit Strafbefehl des Bezirksamts Lenzburg vom 28. September 2007 zu einer bedingten Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 90.– unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren sowie zu einer Busse von Fr. 1'500.– verurteilt. Da in der Zeit zwischen dem Urteil der Vorinstanz und heute hinsichtlich des Strafbefehls der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 5. November 2001 die Frist gemäss Art. 369 Abs. 3 StGB abgelaufen ist, darf diese Vorstrafe heute gemäss Art. 369 Abs. 7 StGB bei der Strafzumessung nicht mehr

berücksichtigt werden. Die Vorstrafe aus dem Jahre 2007 wurde nach der deliktischen Handlung, die hier zu beurteilen ist, begangen. Mit Bezug auf die hier zur Beurteilung stehende Tat ist somit einzig die insofern nicht einschlägige Verurteilung aus dem Jahr 2002 leicht straf erhöhend zu berücksichtigen.

#### *4.3.3. Nachtatverhalten*

Da der Beschuldigte anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung ein Teilgeständnis hinsichtlich der SVG-Delikte ablegte (Urk. HD 101 S. 4 f. und S. 9) und er den Schuldspruch wegen mehrfacher ungetreuer Geschäftsbesorgung in drei Nebenpunkten nachträglich akzeptierte (Anklageziffer B 4., B 6. [C. \_\_\_\_\_], D 3.), hinsichtlich der hier zu beurteilenden deliktischen Handlung aber während des gesamten Verfahrens in den wesentlichen Punkten ungeständig war (Urk. HD 141 S. 5 ff.), lässt sich aus seinem Nachtatverhalten nichts zu seinen Gunsten herleiten.

#### 4.4. Hypothetische Einsatzstrafe

In Würdigung der obgenannten Kriterien erweist sich eine hypothetische Einsatzstrafe von 20 Monaten Freiheitsstrafe als angemessen.

#### 4.5. Gesamtstrafe

4.5.1. Die für die schwerste Tat eingesetzte Strafe ist gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB in Anwendung des Asperationsprinzips unter Einbezug der weiteren Delikte angemessen zu erhöhen. Dabei ist hinsichtlich der Delikte, die der Beschuldigte als Geschäftsführer der Privatklägerin beging, immer auch der Gesamtzusammenhang zu beachten.

4.5.2. Das objektive und subjektive Verschulden bei der Schaffung einer Verwechslungsgefahr durch die Wahl der Firma I. \_\_\_\_\_ AG und durch die unterlassene Sperrung der E-Mail-Accounts der ehemaligen Mitarbeiter der Privatklägerin (Anklageschrift lit. A und Anklageziffer E 11.) ist ebenfalls nicht mehr leicht. Der

Beschuldigte legte es ganz bewusst darauf an, dass Lieferanten und Kunden die Privatklägerin und die I. \_\_\_\_\_ AG aufgrund der Nähe ihrer Firmenbezeichnungen verwechseln würden; dies war Teil seiner bereits angesprochenen Strategie, die Privatklägerin innert kürzester Zeit aus dem Markt zu verdrängen und mit der I. \_\_\_\_\_ AG deren Marktposition einzunehmen. Er handelte hinsichtlich der Wahl der Firma I. \_\_\_\_\_ AG mit direktem und bei der fraglichen Unterlassung zumindest mit Eventualvorsatz.

4.5.3. Was die autorisierten Bezüge mit der C. \_\_\_\_\_-Karte (Anlageziffer B 6.) angeht, handelt es sich zwar nicht um einen riesigen Deliktsbetrag. Auch hier zeigt sich aber mit aller Deutlichkeit, dass der Beschuldigte bei der Privatklägerin "holte, was es zu holen gab", mussten doch auf diese Weise die Spesen, die die ehemaligen Mitarbeiter der Privatklägerin, die nun für die I. \_\_\_\_\_ AG arbeiteten, verursachten, nicht von der I. \_\_\_\_\_ AG – und somit indirekt von ihm selber – be- rappt werden. Auch mit dieser Handlung legte der Beschuldigte eine erhebliche kriminelle Energie an den Tag und auch hier handelte er mit direktem Vorsatz. Das Gleiche gilt hinsichtlich der Sprachaufenthalte, welche der Beschuldigte AJ. \_\_\_\_\_ und T. \_\_\_\_\_ zu Lasten der Privatklägerin ermöglichte (Anlageziffer B 4.). Dass der Beschuldigte hinsichtlich dieser beiden Anklagepunkte seine Be- rufung zurückzog, führt nicht zu einer Strafminderung.

4.5.4. Nicht anders verhält es sich mit der Übertragung aller bisher implementier- ten Anpassungen und der Kundendaten von der Hardware der Privatklägerin auf diejenige der I. \_\_\_\_\_ AG (Anlageziffer C 1.) sowie mit der Übermittlung der In- formationen betreffend Kunden mit Zahlungsverzug an die I. \_\_\_\_\_ AG: Der Be- schuldigte verschaffte seiner neuen Gesellschaft auf diese Weise Informationen, deren Beschaffung sonst einen gewissen Aufwand verursacht hätte, und nützte dabei seine Position als Geschäftsführer der Privatklägerin sowie das ihm entge- gengebrachte Vertrauen schamlos aus.

4.5.5. Als dreist muss das Vorgehen des Beschuldigten im Zusammenhang mit den diversen EDV-Installationsarbeiten durch die AT. \_\_\_\_\_ im Umfang von Fr. 3'870.05 (Anlageziffer D 3.) bezeichnet werden. In voller Absicht, der I. \_\_\_\_\_

AG einen finanziellen Vorteil auf Kosten der Privatklägerin zu verschaffen, gab er die fraglichen Arbeiten ein paar Tage vor Abschluss des Übernahmevertrages betreffend die Mieträumlichkeiten in Auftrag, obwohl die Räumlichkeiten bereits von den Mitarbeitern der I. \_\_\_\_\_ AG benützt wurden und obwohl er bereits genau wusste, dass nicht die Privatklägerin, sondern die I. \_\_\_\_\_ AG in den Genuss dieser Installationsarbeiten kommen würde. Dies zeugt darüber hinaus von ausgesprochen planmässigem Vorgehen. Der Rückzug der Berufung bezüglich dieses Delikts wirkt sich nicht strafmindernd aus.

4.5.6. Beim Bezug des Weins bei AA. \_\_\_\_\_ (Anklageziffer D 4.) wurde die Privatklägerin vom Beschuldigten benützt, um die I. \_\_\_\_\_ AG zu Lasten der Privatklägerin von der Bezahlung von Werbegeschenken zu entlasten, wobei besonders verwerflich ist, dass diese Werbegeschenke im Zeitraum, in dem die Kunden der Privatklägerin von der I. \_\_\_\_\_ AG abgeworben wurden, übergeben wurden, was darauf hinausläuft, dass die Privatklägerin Geschenke bezahlte, mit denen die I. \_\_\_\_\_ AG ihre (der Privatklägerin) Kunden umwarb.

4.5.7. Mit dem Abwerben der Kunden der Privatklägerin durch die I. \_\_\_\_\_ AG (Anklageziffern E 4. und E 9.) veranlasste der Beschuldigte den zweiten grossen Schritt zu seinem Ziel, die Privatklägerin auszuhöhlen resp. zu zerschlagen und mit der I. \_\_\_\_\_ AG deren Marktposition zu übernehmen. Auch damit missbrauchte er seine Position als Geschäftsführer der Beschuldigten sowie das in ihn gesetzte Vertrauen auf eine Weise, die ihresgleichen sucht; es kann auf die Ausführungen zum Abwerben der Lieferanten (dazu vorne unter Ziff. 4.2.1.) verwiesen werden, die mutatis mutandis auch hier Geltung haben.

4.5.8. Beim Umstand, dass der Beschuldigte durch die Lieferung von Produkten von Drittherstellern an die I. \_\_\_\_\_ AG der Privatklägerin einen zusätzlichen Schaden verursachte (Anklageziffer E 8.), zeigt sich ebenfalls, wie der Beschuldigte die Privatklägerin schamlos dazu benützte, der I. \_\_\_\_\_ AG einen möglichst guten Start zu ermöglichen.

4.5.9. Zu Recht hat die Vorinstanz auf Parallelen zwischen dem Verhalten des Beschuldigten als Geschäftsführer der Privatklägerin und demjenigen im Stras-

senverkehr verwiesen (Urk. HD 120 S. 77). Pure Rücksichtslosigkeit offenbarte der Beschuldigte nämlich auch, als er auf der Autobahn zwei Autofahrer bedrängte, indem er auf dem Überholstreifen von hinten her zu nahe auf ihre Fahrzeuge auffuhr, eines von ihnen anschliessend rechts auf der Normalspur überholte und dann so nahe vor diesem wieder einspurte, dass der Fahrer abbremsen musste, andernfalls sein Fahrzeug mit demjenigen des Beschuldigten kollidiert wäre. Bei dieser Tat ist zudem zu Lasten des Beschuldigten zu berücksichtigen, dass er zwei einschlägige Vorstrafen hat und zudem während laufender Probezeit delinquierte, während das ausserordentlich zögerlich abgelegte Teilgeständnis (Urk. HD 49/3 S. 56; Urk. HD 49/4 S. 16; Urk. HD 101 S. 4 f. und S. 9) kaum strafmindernd zu veranschlagen ist.

4.5.10. Soweit vorstehend nicht anders vermerkt, kann hinsichtlich all dieser Delikte für die täterbezogenen Komponenten auf die Ausführungen vorne unter Ziff. 4.3. verwiesen werden, die auch hier Geltung haben. Unter Einbezug all dieser weiteren Delikte wäre die Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe in der Grössenordnung von 30 Monaten angemessen.

#### 4.6. Beschleunigungsgebot

Die Vorinstanz ist entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. HD 139 S. 40 f.) zu Recht davon ausgegangen, dass bis zum Abschluss des vorinstanzlichen Verfahrens keine Verletzung des Beschleunigungsgebots vorlag; auf ihre Erwägungen kann verwiesen werden (Urk. HD 120 S. 80). Hingegen ist zwischen dem Eingang des Berufungsverfahrens am Obergericht am 9. Juni 2011 und der heutigen Hauptverhandlung – auch unter Berücksichtigung des doch erheblichen Aktenumfangs und Vorbereitungsaufwandes – kapazitätsbedingt übermässig viel Zeit vergangen, während der sich der Beschuldigte mit einer für ihn ungewissen Zukunft konfrontiert sah, hatte ihn doch die Vorinstanz (neben der Busse) zu 3 ½ Jahren Freiheitsstrafe verurteilt. Diese Ungewissheit hatte für den Beschuldigten durchaus auch einen pönalen Charakter. Dem ist mit einer adäquaten Reduktion der Strafe Rechnung zu tragen.

#### 4.7. Fazit

Unter Berücksichtigung aller massgeblichen Zumessungsgründe erweist sich eine Freiheitsstrafe von 27 Monaten als angemessen. Ferner ist die von der Vorinstanz ausgesprochene Busse in Höhe von Fr. 2'500.- aufgrund ihrer Angemessenheit zu bestätigen.

### V. Vollzug

1.1. Das Gericht kann gemäss Art. 43 Abs. 1 StGB den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr und höchstens drei Jahren teilweise aufschieben, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Beschuldigten genügend Rechnung zu tragen. Die subjektiven Anforderungen an die Prognose des künftigen Legalverhaltens gemäss Art. 42 StGB sind auch für den teilbedingten Vollzug anzuwenden. Somit ist für die Gewährung des teilbedingten Vollzugs vorausgesetzt, dass begründete Aussicht auf Bewährung besteht. Falls die Legalprognose des Täters nicht schlecht ausfällt, ist zumindest ein Teil der Strafe auf Bewährung auszusetzen. Umgekehrt gilt, dass bei einer Schlechtprognose auch ein bloss teilweiser Aufschub der Strafe nicht gerechtfertigt ist (BGE 134 IV 1). Da der Beschuldigte in den letzten fünf Jahren vor der Tat nicht zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt wurde, müssen für einen Teilaufschub des Strafvollzugs nicht besonders günstige Umstände vorliegen (Art. 42 Abs. 2 StGB).

1.2. Bei der Bestimmung des bedingten Strafteils einerseits und des unbedingten Strafteils andererseits sind die Wahrscheinlichkeit der Legalbewährung und die Einzeltatschuld hinreichend zu berücksichtigen. Je günstiger die Prognose und je kleiner die Vorwerfbarkeit der Straftaten ist, desto grösser muss der auf die Bewährung ausgesetzter Strafteil sein. Gemäss Art. 43 Abs. 2 StGB darf der unbedingt vollziehbare Teil die Hälfte der Strafe nicht übersteigen. Sowohl der aufge-

schobene wie auch der zu vollziehende Teil müssen mindestens sechs Monate betragen (Art. 43 Abs. 3 StGB).

1.3. Im vorliegenden Fall lassen die persönlichen Umstände des Beschuldigten und jene der heute zu beurteilenden Taten es nicht als notwendig erscheinen, ihn zu einer vollständig unbedingten Strafe zu verurteilen. Es ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte sich durch das vorliegende Strafverfahren, den Vollzug eines Teils der auszusprechenden Freiheitsstrafe und den drohenden Vollzug der restlichen auszusprechenden Freiheitsstrafe genügend beeindrucken lassen wird, um in Zukunft nicht mehr straffällig zu werden. Der Vollzug der heute auszusprechenden Freiheitsstrafe ist unter den gegebenen Umständen im Umfang von 21 Monaten aufzuschieben. Im Umfang der übrigen 6 Monate ist die Freiheitsstrafe zu vollziehen.

1.4. Schiebt das Gericht den Vollzug der Strafe teilweise auf, ist gemäss Art. 44 StGB für den auf Bewährung ausgesetzten Teil eine Probezeit festzusetzen. Die Bemessung der Probezeit innerhalb des gesetzlichen Rahmens richtet sich insbesondere nach der Persönlichkeit und dem Charakter des Beschuldigten sowie der Gefahr seiner Rückfälligkeit. Je grösser diese Gefahr erscheint, desto länger muss die Bewährungsprobe mit ihrem Zwang zum Wohlverhalten sein (BGE 95 IV 121, E. 1). Massgebend ist, bei welcher Dauer der Probezeit die Wahrscheinlichkeit weiterer Straftaten am geringsten ist (Schneider/Garré, in Niggli/Wiprächtiger, a.a.O., Art. 44 N 4).

1.5. Da der Beschuldigte mit Bezug auf die SVG-Delikte mehrfach einschlägig vorbestraft ist und er überdies während laufender Probezeit erneut delinquierte, ist den verbleibenden Bedenken mit einer verlängerten Probezeit von 4 Jahren Rechnung zu tragen.

2. Die ausgefallte Busse von Fr. 2'500.– ist zu bezahlen (Art. 105 Abs. 1 StGB). Für den Fall, dass der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht bezahlt, ist anzuordnen, dass an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 25 Tagen tritt (Art. 106 Abs. 2 StGB).

## **VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1.1. Die Vorinstanz hat korrekt dargelegt, dass die beschuldigte Person gemäss Art. 426 Abs. 1 StPO die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens trägt, wenn sie verurteilt wird, und dass ihr gemäss Art. 426 Abs. 2 StPO die Verfahrenskosten ganz oder teilweise auferlegt werden können, wenn sie rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat (Urk. HD 120 S. 82). Ferner sind ihre Erwägungen zur Auslegung von Art. 426 Abs. 2 StPO zutreffend, weshalb darauf verwiesen werden kann.

1.2.1. Die Vorinstanz kam hinsichtlich der Anklagevorwürfe B 3. (Teilfreispruch Laptop), B 6. (Teilfreispruch Rechnungen Fahrzeugreparaturen, Strassenverkehrsabgabe und Versicherung), E 3. und E 12. zum Schluss, dass die Untersuchungshandlungen dem Beschuldigten zivilrechtlich nicht vorwerfbar seien (Urk. HD 120 S. 84), was nicht zu beanstanden ist. Das Gleiche gilt mit Bezug auf die Anklagevorwürfe C 1., C 3., D 1., , E 6. i.V.m. E 7. und i.V.m. E 8. teilweise (D.\_\_\_\_-/P.\_\_\_\_-Produkte) sowie E 10., von denen der Beschuldigte zweitinstanzlich freizusprechen ist, sowie bezüglich der Anklagevorwürfe B 3. teilweise (Spielkonsolen) und D 4. teilweise (...-Kapseln), hinsichtlich derer das Verfahren einzustellen ist.

1.2.2. Die Erwägungen der Vorinstanz zu den Leasingraten (Anklageziffer B 5.), zum Mietzinsdepot (Anklageziffer D 2.), zum Möbelbezug (Anklageziffer D 5.), zum Warenbezug der I.\_\_\_\_ AG über die Privatklägerin (Anklageziffer E 9. teilweise), zur UWG-Komponente beim Sachverhaltskomplex betreffend Vertriebsverträge mit den Lieferanten (Anklageziffern E 1. und E 2.), zur Übernahme der Angestellten der Privatklägerin durch die I.\_\_\_\_ AG (Anklageziffer B 1.), zur Verwertung fremder Leistungen betreffend die Unterstützung der Geschäftstätigkeit der I.\_\_\_\_ AG (Anklageziffer B 7.) und zur Nötigung (Anklageziffer II.) sind nicht zu beanstanden.

1.3. Da es sich bei den vorstehend unter 1.2.1. genannten Anklageziffern um solche handelt, bei denen der Verfahrensaufwand, gemessen am gesamten Aufwand, untergeordnet war, sind die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens zu drei Vierteln dem Beschuldigten aufzuerlegen und zu einem Viertel auf die Gerichtskasse zu nehmen. Angesichts des weit überdurchschnittlichen Aufwands, den das erstinstanzliche Verfahren verursachte, ist die Höhe der von der Vorinstanz festgesetzten Gerichtsgebühr, Fr. 10'000.–, nicht zu beanstanden.

2.1. Im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO).

2.2. Die Privatklägerin zog ihre Anschlussberufung zurück, bevor beim Gericht ein wesentlicher dadurch verursachter Aufwand entstanden war, weshalb es sich rechtfertigt, die ihr gestützt auf Art. 428 Abs. 1 StPO aufzuerlegenden Kosten auf 1/10 festzusetzen. Der Beschuldigte obsiegt mit einem kostenmässig weniger ins Gewicht fallenden Teil seiner Anträge, weshalb es angemessen erscheint, die übrigen Kosten des Berufungsverfahrens zu 5/10 ihm aufzuerlegen und zu 4/10 auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 8'000.– festzusetzen.

3.1. Für das Untersuchungs- und das erstinstanzliche Verfahren sind dem Beschuldigten gestützt auf die Art. 429 und 430 Abs. 1 lit. a StPO die Verteidigungskosten zu einem Viertel zu ersetzen, weshalb ihm dafür eine Prozessentschädigung von Fr. 10'000.– (inkl. MWSt.) aus der Gerichtskasse zuzusprechen ist.

3.2. Für das Berufungsverfahren hat der Beschuldigte Anspruch auf Erstattung der Verteidigungskosten im Umfang von 4/10, weshalb ihm dafür eine Prozessentschädigung von Fr. 10'000.– (inkl. MWSt.) aus der Gerichtskasse zuzusprechen ist.

3.3. Für das gesamte Verfahren ist dem Beschuldigten somit eine Prozessentschädigung von Fr. 20'000.– (inkl. MWSt.) aus der Gerichtskasse zuzusprechen.

4.1. Für die Voraussetzungen, unter denen die Privatklägerschaft gegenüber der beschuldigten Person gemäss Art. 433 StPO einen Anspruch auf angemessene Entschädigung für notwendige Aufwendungen im Verfahren hat, kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. HD 120 S. 85). Entgegen den Ausführungen der Verteidigung (Urk. HD 139 S. 43 f.) ist nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz, welche die geltend gemachten Aufwendungen der Privatklägerin beträchtlich kürzte, diese für nicht gerechtfertigten Aufwand entschädigt hätte (Urk. HD 120 S. 85 f.). Der Privatklägerin steht von Gesetzes wegen das Recht zu, an den Einvernahmen teilzunehmen, weshalb insbesondere nicht zu beanstanden ist, dass die Vorinstanz ihr auch für die daraus entstandenen Aufwendungen Entschädigung zugesprochen hat. Die von der Vorinstanz festgesetzte Prozessentschädigung von Fr. 32'330.– (inkl. MWSt.) für die Untersuchung und das erstinstanzliche Verfahren ist deshalb angemessen und somit zu bestätigen.

4.2. Für das Berufungsverfahren musste von Seiten der Privatklägerschaft kein grosser Aufwand mehr betrieben werden, weshalb ihr diesbezüglich nur eine geringe Prozessentschädigung zuzusprechen ist.

4.3. Der Beschuldigte ist infolge der obigen Ausführungen zu verpflichten, der Privatklägerin für das gesamte Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 34'000.– (inkl. MWSt.) zu bezahlen.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Privatklägerin ihre Anschlussberufung zurückgezogen hat.
2. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 9. Abteilung, vom 24. März 2011 bezüglich Dispositivziffer 1 teilweise (Schuldspruch gemäss den Spiegelstrichen 1 teilweise [Anklageschrift Ziffer B 4., B 6. und D 3.], 5 [rechts überholen], 6 [Abstand] sowie 7 [Abstand]), Dispositivziffer 2

(Freisprüche), Dispositivziffer 5 (Widerruf), sowie Dispositivziffer 6 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist.

3. Das Verfahren wird bezüglich Ziffer B 3. der Anklage, soweit diese die drei Konsolen Sony PSP und die zwei Xboxen 360 betrifft, sowie bezüglich Ziffer D 4. der Anklage, soweit diese die ...-Kapseln betrifft, eingestellt.
4. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.
5. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

### **Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist ferner schuldig:
  - der mehrfachen ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 StGB (Anklageziffern D 4. [Wein] sowie E 1. i.V.m. E 2. und i.V.m. E 5.)
  - der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB (Anklageziffer E 8. teilweise [Produkte von Drittherstellern])

- des unlauteren Wettbewerbs im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. b UWG (Anklageziffer E 4. i.V.m. E 9.)
  - des unlauteren Wettbewerbs im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. d UWG (Anklageschrift lit. A i.V.m. Anklageziffer E 11.)
  - des unlauteren Wettbewerbs im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 5 lit. a UWG (Anklageziffern C 1. und C 2.)
2. Der Beschuldigte ist nicht schuldig und wird freigesprochen von den Vorwürfen
- der mehrfachen Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 StGB
  - der mehrfachen ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 StGB (Anklageziffern C 1. i.V.m. C 3. , E 6. i.V.m. E 7. und i.V.m. E 8. teilweise [D.\_\_\_\_\_-/P.\_\_\_\_\_-Produkte] und E 10.)
  - des unlauteren Wettbewerbs im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. b UWG (Anklageziffer C 1.)
  - des unlauteren Wettbewerbs im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. d UWG (Anklageziffer D 1.)
  - des unlauteren Wettbewerbs im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 5 lit. a UWG (Anklageziffer C 3.)
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 27 Monaten Freiheitsstrafe sowie mit einer Busse von Fr. 2'500.–.
4. Die Freiheitsstrafe wird im Umfang von 6 Monaten vollzogen. Im Umfang von 21 Monaten wird der Vollzug aufgeschoben, unter Ansetzung einer Probezeit von 4 Jahren.

5. Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 25 Tagen.
6. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Ziff. 6) wird bestätigt.
7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 8'000.– festgesetzt. Über allfällige weitere Kosten stellt die Gerichtskasse Rechnung.
8. Die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens werden zu drei Vierteln dem Beschuldigten auferlegt und zu einem Viertel auf die Gerichtskasse genommen.
9. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden zu 5/10 dem Beschuldigten und zu 1/10 der Privatklägerin auferlegt und zu 4/10 auf die Gerichtskasse genommen.
10. Dem Beschuldigten wird für das gesamte Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 20'000.– (inkl. MWSt) aus der Gerichtskasse zugesprochen. Das Verrechnungsrecht des Staates bleibt vorbehalten.
11. Der Beschuldigte wird verpflichtet, der Privatklägerin für das gesamte Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 34'000.– (inkl. MWSt) zu bezahlen.
12. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
  - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten(übergeben)
  - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
  - die Vertreterin der Privatklägerin im Doppel für sich und zuhanden der Privatklägerinsowie in vollständiger Ausfertigung an
  - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
  - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
  - die Vertreterin der Privatklägerin im Doppel für sich und zuhanden der Privatklägerin

- das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, ... [Adresse]

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und Formular B
- das Bezirksamt Lenzburg, Gesch.Nr. ST.2007.1369

13. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerde Voraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Strafkammer

Zürich, 6. November 2012

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Th. Meyer

lic. iur. Höfliger