

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB230011-O/U/hb

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Stiefel, Präsident, Oberrichterin lic. iur. Bertschi
und Oberrichter lic. iur. Castrovilli sowie Gerichtsschreiberin
MLaw Meier

Urteil vom 3. November 2023

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Vergehen gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren
Wettbewerb**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung -
Einzelgericht, vom 4. Oktober 2022 (GB220094)**

Strafbefehl:

Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich vom 27. April 2022 ist diesem Urteil beigeheftet (act. 0 01 01 028-0 01 01 037).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des Vergehens gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb im Sinne von Art. 23 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 5 lit. a UWG (Verwertung fremder Leistung).
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 570.–, wovon bis und mit heute 2 Tagessätze durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich vom 8. März 2022 als Beweismittel beschlagnahmten und zu den Akten genommenen Aufzeichnungen werden bei den Akten belassen.
5. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:
Fr. 1'500.–; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 2'500.– Gebühr Vorverfahren

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.
7. Mündliche Eröffnung, Begründung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - den Beschuldigten (übergeben);
 - den Verteidiger (übergeben);
 - die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich (gegen Empfangsschein);

- den Rechtsvertreter der Privatklägerin, zweifach für sich und zuhanden der Privatklägerin (übergeben);

und hernach als begründetes Urteil an

- den Verteidiger, zweifach für sich und zuhanden des Beschuldigten;
- die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich;
- den Rechtsvertreter der Privatklägerin, zweifach für sich und zuhanden der Privatklägerin;
- das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, 3003 Bern;
- die Bundesanwaltschaft, 3003 Bern;
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, 3003 Bern;

sowie nach Eintritt der Rechtskraft an

- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA, nebst Formular A.

8. Gegen dieses Urteil kann innert **10 Tagen** von der Eröffnung an beim Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, Wengistr. 28, Postfach, 8036 Zürich, mündlich oder schriftlich **Berufung** angemeldet werden.

Mit der Berufung kann das Urteil in allen Punkten umfassend angefochten werden. Mit der Berufung können gerügt werden:

Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung des Ermessens, Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung, die unvollständige und unrichtige Feststellung des Sachverhaltes oder Unangemessenheit.

Die Berufung erhebende Partei hat binnen **20 Tagen** nach Zustellung des begründeten Entscheids dem Obergericht des Kantons Zürich, Strafkammer, Postfach, 8021 Zürich, eine schriftliche **Berufungserklärung** einzureichen.

Sie hat darin anzugeben, ob sie das Urteil vollumfänglich oder nur in Teilen anfecht, welche Abänderungen des erstinstanzlichen Urteils sie verlangt.

Werden nur Teile des Urteils angefochten, ist verbindlich anzugeben, auf welche sich die Berufung beschränkt.

Bei offensichtlich verspäteten Berufungsanmeldungen oder Berufungserklärungen wird auf die Berufung ohne Weiterungen nicht eingetreten.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung:

(Urk. 44 S. 20)

1. Mein Klient sei vollumfänglich freizusprechen.
2. Die Verfahrens- und Gerichtskosten seien auf die Staatskasse zu nehmen.
3. Allfällige Zivilansprüche der Privatklägerin seien abzuweisen.
4. Meinem Klienten sei eine angemessene Entschädigung für seine Aufwendungen im Zusammenhang mit der Ausübung seiner Verfahrensrechte zuzusprechen.

b) Des Vertreters der Privatklägerschaft:

(Prot. II S. 12)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung, vom 4. Oktober 2022 wurde der Beschuldigte des Vergehens gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb im Sinne von Art. 23 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 5 lit. a UWG (Verwertung fremder Leistung) schuldig gesprochen und mit einer bedingten Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 570.– bestraft, wobei die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt wurde (Urk. 35).
2. Gegen dieses Urteil hat der Beschuldigte Berufung angemeldet und mit Eingabe vom 10. Januar 2023 rechtzeitig die Berufungserklärung eingereicht (Urk. 34/2; 36). Die Berufung richtet sich gegen den Schuldpunkt, die Bemessung der Strafe und die Kostenauflegung (Urk. 36). Der Beschuldigte ficht das vorinstanzliche Urteil (mit Ausnahme der Beschlagnahmen und der Kostenfestsetzung) vollumfänglich an. Er beantragt, er sei vollumfänglich freizusprechen, es sei ihm eine Entschädigung zuzusprechen und die Verfahrens- und Gerichtskosten seien auf die Staatskasse zu nehmen.
3. Die Staatsanwaltschaft und die Privatklägerin haben keine eigene Berufung erhoben und auf Anschlussberufung verzichtet (Urk. 40), weshalb davon Vormerk zu nehmen ist, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung, vom 4. Oktober 2022 bezüglich der Dispositivziffern 4 (Beschlagnahme) und 5 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist.
4. Beweisanträge wurden keine gestellt. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II. Sachverhalt

1. Anklagevorwurf

Dem Beschuldigten wird mit Strafbefehl vom 27. April 2022 (Urk. 0 01 01 028-036) zusammengefasst vorgeworfen, er habe Arbeitsergebnisse der B._____ AG zur Förderung eigener geschäftlicher Zwecke, namentlich im Hinblick auf seine neue Tätigkeit im Zusammenhang mit dem "C._____"-Fonds, unbefugt verwertet. Konkret habe er zu einem unbestimmten Zeitpunkt, wohl im Frühling 2021, im Rahmen seiner Tätigkeit und in seiner Eigenschaft als Verwaltungsrat und Geschäftsführer der B._____ AG, eventuell als Vertreter der D._____ AG, das Dokument "1" – eine Investorenpräsentation mit vertraulichen Informationen – erstellt und durch eine bei der B._____ AG angestellte Person grafisch bearbeiten lassen. Dabei habe es sich um ein vom Beschuldigten erstelltes Arbeitserzeugnis der B._____ AG gehandelt. Der Beschuldigte habe die Investorenpräsentation sodann am 10. März 2021 in den Datenraum bei der E._____ AG hochgeladen. Am 10. Mai 2021 habe er das vorgenannte Dokument gelöscht und das von ihm erstellte, auf dem gelöschten Dokument aufbauende Dokument "2" in den Datenraum bei der E._____ AG – dessen Bezeichnung er am 2. Mai 2022 von "B._____ Ventures I" auf "C._____ Ventures" geändert habe – hochgeladen. Die beiden Dokumente hätten sich inhaltlich wie auch grafisch weitgehend geglichen. In der Hauptsache sei die Investorenpräsentation der B._____ AG übernommen worden, nur das Logo von "C._____" sei eingefügt worden, und es seien einige kleinere Anpassungen vorgenommen worden.

Ferner habe der Beschuldigte, ebenfalls zu einem unbestimmten Zeitpunkt, wohl im Frühling 2021, wiederum im Rahmen seiner Tätigkeit und in seiner Eigenschaft als Verwaltungsrat und Geschäftsführer der B._____ AG, eventuell als Vertreter der D._____ AG, das Dokument "3" – Berechnungen für ein Fonds Modell mit vertraulichem Inhalt – erstellt, wobei es sich um ein von ihm erstelltes Arbeitserzeugnis der B._____ AG gehandelt habe. Der Beschuldigte habe dieses Dokument am 1. März 2021 in den Datenraum bei der E._____ AG hochgeladen. Am 6. Mai 2021 habe er das Dokument dann gelöscht und das von ihm erstellte, auf dem gelöschten Dokument aufbauende, Dokument "4" in den Datenraum bei der

E._____ AG hochgeladen, wobei sich die Dokumente inhaltlich und grafisch weitgehend geglichen hätten.

Die vorgenannten Dokumente habe der Beschuldigte zwischen dem 1. und 14. Juni 2021 im Datenraum bei der E._____ AG mehreren Drittpersonen zur Verfügung gestellt. Der Beschuldigte habe dies zur Förderung eigener geschäftlicher Zwecke getan, obwohl er gewusst habe, dass das "C._____"-Fonds Modell mit dem von ihm zuvor erstellten Arbeitserzeugnis der B._____ AG beinahe identisch gewesen sei. Damit habe er sich in Bezug auf den sich im Aufbau befindenden "C._____"-Fonds Aufwendungen ersparen wollen, obschon er gewusst habe bzw. es mindestens für möglich gehalten habe, dass die Verwendung von Arbeitsergebnissen der B._____ AG unzulässig und nicht von der Trennungsrahmenvereinbarung vom 5. Mai 2021 gedeckt gewesen sei, welche sich diesbezüglich ausschweige.

2. Standpunkt des Beschuldigten

2.1. Der Beschuldigte hat den ihm vorgeworfenen äusseren Sachverhalt weder in der Untersuchung, im erstinstanzlichen Verfahren noch anlässlich der Berufungsverhandlung bestritten. Er räumte ein, das Dokument "1" gelöscht und das Dokument "2" in den Datenraum bei der E._____ AG hochgeladen zu haben. Ferner bestätigte er, dass sich die beiden Präsentationen gleichen würden (Urk. 5 02 01 001-044 F/A 89 ff.; Prot. I S. 13 ff. und Prot. II S. 8 ff.). Weiter gestand er ein, das Dokument "3" gelöscht und das Dokument "4" in den Datenraum hochgeladen zu haben, wobei er bestätigte, dass es sich dabei um das gleiche Dokument handeln müsse (Urk. 5 02 01 001-044 F/A 95 ff.; Prot. I S. 13 ff.; Prot. II S. 8 ff.).

2.2. Der Beschuldigte erklärte sich bezüglich des äusseren Sachverhalts geständig. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, deckt sich sein Geständnis mit der Aktenlage (Urk. 35 E. III. 2.2.). Der äussere Sachverhalt ist damit erstellt.

2.3. Hinsichtlich des inneren Sachverhalts ist der Beschuldigte nicht geständig (Urk. 27 S. 11; 36 S. 11; 44 S. 6 ff. und Prot. II. S. 9). Da die Prüfung der Frage

nach dem inneren Sachverhalt unmittelbar mit derjenigen nach dem subjektiven Tatbestand zusammenhängt, ist darauf im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen zur rechtlichen Würdigung einzugehen.

III. Rechtliche Würdigung

1. Allgemeines

1.1. Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, ihm anvertraute Arbeitsergebnisse unbefugt verwertet zu haben. In rechtlicher Hinsicht würdigt die Staatsanwaltschaft das Verhalten des Beschuldigten als Vergehen gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb im Sinne von Art. 23 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 5 lit. a UWG.

1.2. Der Beschuldigte bestreitet die rechtliche Würdigung des Anklagevorwurfs. Das ihm vorgeworfene Verhalten stelle keine Verwertung fremder Leistung im Sinne von Art. 5 lit. a UWG dar (Urk. 36; 44 S. 6 ff.).

2. Objektiver Tatbestand

Gemäss Art. 5 lit. a UWG handelt unlauter, wer ein ihm anvertrautes Arbeitsergebnis wie namentlich Offerten oder Berechnungen unbefugt verwertet. Grundsätzlich besteht Nachahmungsfreiheit. Art. 5 UWG qualifiziert jedoch bestimmte Verhaltensweisen im Zusammenhang mit der Verwendung und Nachahmung fremder Arbeitsleistungen als unlauter und soll so die Erzeuger vor unlauteren Machenschaften schützen. Durch Art. 5 UWG soll aber kein Schutz für eine neue Kategorie von Rechtsgütern ausserhalb von Schutzrechten des geistigen Eigentums geschaffen, sondern eben lediglich ein bestimmtes Verhalten im Wettbewerb als unlauter sanktioniert werden (BSK UWG-Arpagaus/Frick, 1. Aufl. 2013, Art. 5 N 10, mit Verweis auf die Botschaft sowie BGE 131 III 384 E. 4.1 und E. 5.2). Gegenstand des lauterkeitsrechtlichen Schutzes ist deshalb nicht das Arbeitsergebnis an sich, sondern die Art und Weise, wie das Arbeitsergebnis übernommen und verwertet wird (BSK UWG- Arpagaus/Frick, a.a.O., Art. 5 N 12). Unlauter ist die Verwertungshandlung dann, wenn ihr ein Verstoß gegen ein ver-

tragliches oder vertragsähnliches Verwertungsverbot (Art. 5 lit. a UWG) bzw. das Ausnützen eines solchen zugrunde liegt. Neben Art. 5 UWG regelt auch Art. 6 UWG Sachverhalte, bei welchen es um die Ausnutzung fremder Arbeitsergebnisse – dort in der Qualität von Geschäftsgeheimnissen – geht (BSK UWG- Arpagaus/Frick, a.a.O., Art. 5 N 12 ff.; vgl. auch BGE 131 III 384 E. 5.1 mit zahlreichen Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 4A_86/2009 vom 26. Mai 2009 E. 4.1).

2.1. Anvertraute Arbeitsergebnisse

2.1.1. Arbeitsergebnisse im Sinne der erwähnten UWG-Bestimmung sind "Produkte geistiger Anstrengung und materieller Aufwendungen" und zwar solche, die ausserhalb der Spezialgesetzgebung des Immaterialgüterrechts nicht geschützt sind. Der Schutz von Art. 5 UWG umfasst nur das in einer materialisierten Form fixierte Resultat der entsprechenden Leistung. Die vom Gesetzgeber als Beispiel für Arbeitsergebnisse genannten "Offerten, Berechnungen oder Pläne" sind nicht abschliessend zu verstehen und der Begriff "Arbeitsergebnis" ist weit auszulegen. Es ist keine bestimmte Leistungshöhe im Sinne einer besonderen Individualität, Eigenartigkeit oder Schutzwürdigkeit erforderlich, da es bei Art. 5 UWG um einen lauterkeitsrechtlichen und nicht immaterialgüterrechtlichen Schutz geht (BSK UWG-Frick, a.a.O., Art. 5 N 24-26; SHK UWG-Brauchbar Birkhäuser, 3. Aufl. 2023, Art. 5 N 10 ff.). Es bedarf einer gewissen geistigen und/oder materiellen Anstrengung, weshalb die UWG-Bestimmung blosser Ideen oder «Gedankenblitze» und nicht konkret ausgearbeitete Methoden ausschliesst. Für den Schutz ist auch der Inhalt des materialisierten Arbeitsergebnisses unerheblich. Geschäftliche Informationen werden daher geschützt und als Beispiele für Arbeitsergebnisse gelten namentlich Vertragsofferten, Preis- oder Sachberechnungen, Pläne, Projekte, Kundenlisten, Datensammlungen und dergleichen, sofern sie sich zur Verwertung eignen (vgl. DIKE UWG-Fahrländer, 2017, Art. 5 lit. a und b N 3, N 8 ff.). Nicht erforderlich ist, dass das Ergebnis marktreif übernommen wird. Es ist bereits in der Vorbereitungsphase schützenswert, z.B. in Form von Entwürfen, Skizzen, Studien, Konzepten, Problemanalysen, Datenmodellen oder Prototypen (BSK UWG-Frick, a.a.O., Art. 5 N 28).

2.1.2. Zu prüfen ist, ob es sich bei der Investorenpräsentation (Dokument "1"; Urk. 5 02 01 058-112) und bei den Berechnungen für ein Fonds Modell (Dokument "3" [...-Version Urk. 5 02 01 173-174]) um Arbeitsergebnisse im Sinne von Art. 5 lit. a UWG handelt und ob diese dem Beschuldigten bzw. der von ihm beherrschten D._____ AG (nachfolgend D._____) anvertraut wurden.

Die Anklage wirft dem Beschuldigten vor, er habe die Dokumente in seiner Tätigkeit und Funktion bei der B._____ AG (nachfolgend B._____), eventualiter als Vertreter der D._____, für die B._____ erstellt. Es habe sich daher um Arbeitserzeugnisse der B._____ gehandelt, die nicht vom Beschuldigten persönlich gewesen seien und über die er nicht frei habe verfügen dürfen.

2.1.3. Standpunkte

a) Die Vorinstanz hat erwogen, bei den verfahrensgegenständlichen Dokumenten handle es sich zweifelsohne um Arbeitsergebnisse im Sinne von Art. 5 lit. a UWG, was vom Beschuldigten denn auch nicht in Abrede gestellt werde (Urk. 35 S. 11). Durch den Vertrag zwischen der B._____ und der D._____ vom 1. Juni 2019 sei der Beschuldigte mit zentralen Führungsaufgaben (Leitung, Personalauswahl und -auswahl etc.) in Bezug auf Geschäftstätigkeiten der B._____ betraut worden, womit er faktisches Organ der Gesellschaft gewesen sei und als Entschädigung eine Vergütung von Fr. 400'000.– pro Jahr an die D._____ vereinbart worden sei (Urk. 35 S. 13). Im Zeitpunkt der Erstellung der verfahrensgegenständlichen Dokumente sei der Beschuldigte neben seiner Tätigkeit als Verwaltungsrat jedenfalls de facto auch als Geschäftsführer der B._____ tätig gewesen und habe zu dieser in einem Vertrauensverhältnis gestanden. Der Beschuldigte habe die Dokumente im Rahmen seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der B._____ und nicht bloss als Mitarbeiter der D._____ erstellt. Aufgrund seiner faktischen Organstellung seien diese Arbeitsergebnisse originär der B._____ angewachsen. Aus der finanziellen Abgeltung, welche über die D._____ gelaufen sei, sei abzuleiten, dass es sich um eine integrale Abgeltung sämtlicher Tätigkeiten und Leistungen gehandelt habe, weshalb die Arbeitsergebnisse der B._____ zugestanden hätten (Urk. 35 S. 14). Es rechtfertige sich daher, in Analogie zur Rechtsprechung zum Arbeitsverhältnis, die Dokumente rechtlich der B._____ zuzurechnen (Urk.

35 S. 14). Die Vorinstanz kam daher zum Schluss, das Tatbestandsmerkmal des Anvertrauens sei erfüllt.

b) Der Beschuldigte macht geltend, sowohl die Investorenpräsentation als auch die Berechnungen für ein Fonds Modell würden auf seinem Know How beruhen, und es sei vorgesehen gewesen, dass er bzw. die D._____ sein Wissen und sämtliche durch ihn erstellten Dokumente der B._____ als Erfüllungshandlung des Auftragsverhältnisses zur Verfügung stelle. Es dürfe bezüglich der Frage, wem die Dokumente zuzurechnen seien, nicht auf die Rechtsprechung zum Arbeitsverhältnis abgestellt werden (Urk. 36 S. 5 f.; 44 S. 6 f.). Die Dokumente seien nicht in seiner Funktion als Geschäftsführer der B._____, vielmehr als Mitarbeiter der D._____ erstellt worden. Die Arbeitsergebnisse der D._____ seien der B._____ als Erfüllungshandlung des Auftragsverhältnisses lediglich zur Verfügung gestellt worden (Urk. 36 S. 6 f.; 44 S. 7 f.). Die Dokumente seien im Rahmen des Auftragsverhältnisses erstellt worden. Die ihm gehörende D._____ habe diese Dokumente der B._____ zur Verfügung gestellt. Diese seien ihm somit nicht von der B._____ anvertraut worden (Urk. 36 S. 8, 44 S. 9 f.). Ausserdem seien beide Dokumente Hunderten von Investoren zur Verfügung gestellt und damit öffentlich zugänglichgemacht worden. Auch aus diesem Grund seien sie nicht anvertraut worden (Urk. 36 S. 8 f.; 44 S. 11). Mit diesem Vorbringen bestreitet der Beschuldigte die Qualifikation der beiden Dokumente als anvertrautes Arbeitsergebnis.

2.1.4. Würdigung

Für die Beurteilung der Frage nach dem Vorliegen eines dem Beschuldigten anvertrauten Arbeitsergebnisses ist in einem ersten Schritt zu prüfen, in welchem vertraglichen Kontext die beiden verfahrensgegenständlichen Dokumente erstellt wurden.

Aus den Akten geht hervor, dass der Beschuldigte seit der Gründung der B._____ am tt.mm.2018 bis zu seinem Rücktritt am tt.mm.2021 Präsident des Verwaltungsrates war (Urk. 2 01 01 057-061, 2 01 01 077, 2 01 01 080-081, 2 01 01 165 und 5 01 01 001-053 F/A 22). Gemäss seinen Aussagen war er auch mit dem Tagesgeschäft der B._____ betraut. So war er für das Einstellen und Kündigen der

Mitarbeiter verantwortlich, kümmerte sich um Personalbelange und vertrat die B._____ zusammen mit F._____ nach innen und aussen (Urk. 5 01 01 001-053 F/A 23 und 25 f.). Der Zweck der Gesellschaft ist gemäss Handelsregistereintrag die Erbringung von Anlage-Beratungsdiensten, Abklärungen und Analysen im Bereich von Private Equity Investments. Am 1. Januar 2019 schloss die B._____ mit der D._____ eine Vereinbarung, welche vom Beschuldigten, F._____ und G._____ unterzeichnet wurde (Urk. 2 01 01 104-111). Mit dieser Vereinbarung wurde die D._____ mit der Führung und Leitung des Teams der B._____ in Bezug auf die Tätigkeit gemäss Investment Advisory Agreement beauftragt. Die Verrichtung der Aufgaben durch die D._____ habe gemäss der Vereinbarung durch den Mitarbeiter der D._____ zu erfolgen. Es wurde eine jährliche Vergütung von Fr. 400'000.-, zuzüglich eines Bonus, vereinbart. Aus dem Handelsregisterauszug ist zu erkennen, dass der Beschuldigte der einzige Gesellschafter und alleinige Aktionär der D._____ war, deren Gesellschaftszweck unter anderem die Erbringung von Dienstleistungen in den Bereichen Anlageberatung und Vermögensverwaltung war (Urk. 2 01 01 183-185; 5 01 01 001-053 F/A 29 f.). Nicht bestritten wurde vom Beschuldigten, dass er die Investorenpräsentation und die Berechnungen für ein Fonds Modell (Excel-Tabelle) im Rahmen des Auftragsverhältnisses erstellt hat (Urk. 36 S. 8; 44 S. 9 f.).

Festzuhalten ist in einem ersten Schritt, dass das Erstellen einer Investorenpräsentation und der Berechnungen für ein Fonds Modell nicht in einem Zusammenhang mit der Führung der Gesellschaft steht, demzufolge auch nicht in den Aufgabenbereich eines Verwaltungsrates im Sinne von Art. 716 und 716a OR fällt. Es handelt sich vielmehr um Instrumente, welche eingesetzt werden konnten für die Tätigkeit zur Erreichung des Gesellschaftszwecks bestehend in Erbringung von Anlage-Beratungsdiensten, Abklärungen und Analysen im Bereich von Private Equity Investments. Allein aus dem Umstand, dass der Beschuldigte Verwaltungsratspräsident der B._____ war, ist daher nicht zu schliessen, dass die verfahrensgegenständlichen Dokumente der B._____ zuzurechnen wären. Sie wurden von ihm nicht in seiner Funktion als Verwaltungsratspräsident erstellt.

Am 1. Januar 2019 schlossen die B._____ als Auftraggeberin und der D._____ als Beauftragte einen Vertrag ab (Urk. 2 01 01 104-111). In der Präambel dieses Auftrags wird festgehalten, dass die B._____ mit anderen Gesellschaften ein Investment Advisory Agreement abgeschlossen hat und nun ihrerseits die D._____ beauftragt mit der Führung und Leitung des Teams der B._____ in Bezug auf dieses Investment Advisory Agreement. Die D._____ als Beauftragte wurde verpflichtet, den Beschuldigten mit der Verrichtung der vertraglichen Tätigkeiten zu betrauen (Urk. 2 01 01 105). Die Aufgaben der Beauftragten bestehen darin, die mit der Verrichtung der Aufgaben aus dem Investment Advisory Agreement betrauten Mitarbeiter des Beratungsteams der Auftraggeberin fachkundig zu führen und zu leiten. Es wurde festgehalten, dass der Beschuldigte funktionell die Position des Leiters des Beratungsteams einnehme und berechtigt und verpflichtet sei, bei der Bildung des Beratungsteams, bei allfälligen Kündigungen und Neuanstellungen mitzuwirken. Als Vergütung für die Tätigkeit der Beauftragten wurde ein jährliches Fixum von Fr. 400'000.– vereinbart und festgehalten, dass die Auftraggeberin keine Sozialversicherungsbeiträge oder andere Entschädigungen bei Ferien, Krankheit, Unfall, Invalidität etc. schuldet. Die Investorendokumentation und die Berechnung für ein Fonds Modell stehen klar im Zusammenhang mit den vertraglichen Verpflichtungen aus diesem Auftragsverhältnis. Sie stellen Instrumente im Zusammenhang mit der Führung und der Leitung des Investorenteam dar. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz (Urk. 35 S. 14) sind diese Dokumentationen nicht als Ergebnisse der Tätigkeit des Beschuldigten als Geschäftsführer und Verwaltungsrat der B._____ zu qualifizieren: Es ist vielmehr darauf hinzuweisen, dass die Parteien wohl keinen separaten Auftrag mit einem (beachtlichen) Honorar von Fr. 400'000.– jährlich abgeschlossen hätten, wenn die entsprechenden Leistungen vom Beschuldigten bereits aufgrund seiner Funktion als Geschäftsführer zu erbringen gewesen wären. Die Dokumente wurden vom Beschuldigten auf der Grundlage von ihm erstellter vorbestehender Dokumente aus dem Jahre 2018 weiterentwickelt/überarbeitet, was im Rahmen der Erbringung seiner vertraglichen Leistung aus dem Auftragsverhältnis erfolgte. Gegenstand des Auftrags bildete – wie für diese Vertragsform typisch – nicht das Erstellen eines physischen Arbeitsergebnisses, vielmehr ein Tätigwerden bestehend in der

Führung und Leitung des Investorenteam der B._____. Daraus folgt, dass die Dokumente aufgrund der Rechtsnatur des Vertrages auch nicht als vertraglich geschuldete Arbeitsergebnisse zu qualifizieren sind, die der Auftraggeberin zugefallen wären.

Zu prüfen bleibt, ob diese vom Beschuldigten erstellten Dokumente dennoch aufgrund einer entsprechenden zusätzlichen vertraglichen Abrede bzw. einer entsprechenden Klausel im Auftrag der B._____ zufließen. Der Beschuldigte machte geltend, eine entsprechende Klausel, wie sie in Arbeitnehmerverträgen grundsätzlich enthalten sei, wonach Arbeitsergebnisse abgetreten werden, sei explizit nicht in den Vertrag aufgenommen worden (Prot. I S. 17). Eine dahingehende Vertragsklausel findet sich denn auch weder in der Vereinbarung vom 1. Januar 2019 noch wurde eine entsprechende Abmachung im Rahmen der Trennungsvereinbarung getroffen. Dem Beschuldigten wird in der Anklage denn auch nicht vorgeworfen, gegen eine entsprechende vertragliche Vereinbarung verstossen zu haben.

Es bleibt abzuklären, ob die Dokumente dem Beschuldigten aufgrund eines Vertrauensverhältnisses zwischen ihm und der B._____ anvertraut waren, welches auf seiner Position als Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer und/oder auf dem Auftragsverhältnis basierte. Diesbezüglich wirft die Anklage dem Beschuldigten sowohl bezüglich der Investorenpräsentation als auch bezüglich der Berechnungen für das Fonds Modell pauschal vor, diese hätten einen vertraulichen Inhalt aufgewiesen. Worin dieser bestanden haben soll, geht aus der Anklage nicht hervor. Der Beschuldigte bestreitet, dass diese Dokumente einen vertraulichen Inhalt aufgewiesen hätten. Er macht geltend, die Berechnungen für das Fonds Modell würden auf einer vorformatierten und vorkonfigurierten Tabelle der EIB (European Investment Bank) beruhen, welche auf Antrag bei der EIB bezogen werden könne. Investorenpräsentationen seien Usus in der Branche, er könnte 20 Investorenpräsentationen auf den Tisch legen (Prot. I S. 20 und Prot. II. S. 9). Eine solche Präsentation werde an Hunderte von Investoren verschickt, da gebe es nichts Vertrauliches. Wenn er wolle, erhalte er diese Präsentationen von anderen Fonds, solche würden auf dem Markt kursieren. Jeder der beim EIF (European Investment Fund) bzw. der EIB frage, erhalte das Excel Modell zum Aus-

füllen. Jeder Fonds in Europa, der den EIF als Investor habe, erhalte diese Tabelle zum Ausfüllen, es handle sich um tausende von Fonds (Urk. 5 02 01 001-044 F/A 95). Das Vorbringen des Beschuldigten, wonach weder die Investorenpräsentation noch das Dokument für Fonds Berechnungen vertrauliche Angaben enthielten, kann aufgrund der Akten nicht widerlegt werden. Seine Darlegungen betreffend die Funktion der verfahrensgegenständlichen Dokumente erscheinen als glaubhaft. Ein Blick in die bei den Akten liegende Investorendokumentation (Urk. 5 02 01 058-112) macht nachvollziehbar, dass diese für die Information und Akquisition einer breiten Gruppe interessierter Investoren diene.

Zusammenfassend kann nicht erstellt werden, dass die verfahrensgegenständlichen Dokumente vertrauliche Inhalte aufwiesen. Ebenfalls nicht erstellt sind Abmachungen über die Verwendung dieser Dokumente im Rahmen des Auftrags oder im Rahmen der Trennungsvereinbarung. Mangels Vorliegens eines anvertrauten Arbeitsergebnisses im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a UWG ist dieser Tatbestand in objektiver Hinsicht nicht erfüllt und ist der Beschuldigte freizusprechen.

3. Subjektiver Tatbestand

Da bereits der objektive Tatbestand der Verwertung fremder Leistung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a UWG nicht erfüllt ist, erfolgen die Erwägungen zum subjektiven Tatbestand im Sinne einer Eventualbegründung.

Wie erwähnt, stellt sich der Beschuldigte auf den Standpunkt, die beiden verfahrensgegenständlichen Dokumente würden ausschliesslich auf seinem persönlichen Know How beruhen und seien von ihm aufgrund von Dokumenten, die er im Jahre 2018 erstellt habe, weiterentwickelt worden. Wenn er nach der Trennung von der B._____ die Dokumente hätte neu wiederherstellen müssen, hätte er dafür drei oder vier Tage gebraucht (Urk. 5 02 01 056). Dass die Dokumente allein auf dem Know How des Beschuldigten beruhten, ergibt sich aus dem Anklagevorwurf, wonach der Beschuldigte die Dokumente erstellt habe (Anklageziffern 9 und 10). Dass eine andere Person gemäss Anklage zudem grafisch an der Investorenpräsentation arbeitete, ändert jedenfalls nichts daran, dass auch dieses Dokument allein auf dem Know How des Beschuldigten beruhte. Wie bereits ausge-

führt, fand sich weder in dem am 1. Januar 2019 abgeschlossenen Auftrag noch in der Trennungsvereinbarung vom Mai 2021 eine Vertragsklausel, aus welcher hervorgehen würde, dass die beiden Dokumente der B._____ zufielen und der Beschuldigte nach der Trennung nicht frei über diese verfügen durfte. Davon geht selbst die Anklage aus, indem sie festhält, die Trennungsrahmenvereinbarung vom 5. Mai 2021 schweige sich über die Verwendung der Arbeitserzeugnisse aus (Anklageziffer 11).

Die Anklage wirft dem Beschuldigten in subjektiver Hinsicht vor, er habe gehandelt, um sich bzw. der im Aufbau begriffenen "C._____"-Fonds Aufwendungen zu ersparen, obwohl er sich bewusst gewesen sei, bzw. mindestens für möglich gehalten habe, dass die Verwendung von Arbeitserzeugnissen unzulässig sei, namentlich nicht von der Trennungsrahmenvereinbarung vom 5. Mai 2021 gedeckt sei.

Dass der Beschuldigte handelte, um sich Aufwendungen zu ersparen kann als unbestritten gelten, sagte der Beschuldigte doch aus, er hätte drei oder vier Tage gebraucht, um die Dokumente wieder zu erstellen. Daraus lassen sich jedoch keine Rückschlüsse hinsichtlich des Vorsatzes betreffend unbefugter Verwertung anvertrauter Arbeitserzeugnisse ziehen. Die Motivation der Aufwandsparnis ist nicht mit dem Vorsatz gleichzusetzen, unbefugt anvertraute Arbeitserzeugnisse zu verwerten. Umstände, aus denen der Beschuldigte im Sinne eventualvorsätzlicher Tatbegehung hätte schliessen müssen, anvertraute Arbeitsergebnisse zu verwerten, lassen sich aus dem Umstand, dass sich sowohl Auftrag als auch Trennungsvereinbarung darüber ausschweigen, gerade nicht ableiten. Selbst wenn man entgegen der vorliegend vertretenen Auffassung davon ausgehen würde, dass die verfahrensgegenständlichen Dokumente in zivilrechtlicher Hinsicht der B._____ zufielen, ändert dies nichts daran, dass keine Umstände vorliegen, aus denen sich in strafrechtlicher Hinsicht ein direkter Vorsatz oder Eventualvorsatz des Beschuldigten ableiten liesse.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich der Sachverhalt auch in subjektiver Hinsicht nicht erstellen lässt bzw. der subjektive Tatbestand im Sinne von Art. 5 lit. a UWG nicht erfüllt ist.

4. Wettbewerbsrelevanz

Lediglich am Rande sei bemerkt, dass die Behauptung des Beschuldigten, er hätte die auf seinem Know How beruhenden Dokumente mit einem Zeitaufwand von drei oder vier Tagen neu erstellen können, nicht widerlegt werden kann. Zwar bestehen, selbst wenn man die Erfahrung des Beschuldigten berücksichtigt, gewisse Zweifel daran, ob seine Schätzung betreffend den für die Neuerstellung der beiden Dokumente benötigten Zeitaufwand nicht deutlich zu gering ausfiel. Jedoch fehlt es an Angaben, welche erlauben würden, seine Behauptung fundiert zu widerlegen. Selbst wenn er jedoch ein paar Tage länger als von ihm geschätzt hätte an der Neuerstellung der Dokumentation arbeiten müssen, erscheint jedoch als fraglich, ob die Einsparungen durch die Überführung der Dokumente im Vergleich zu deren Neuerstellung überhaupt geeignet wären, einen wettbewerbsrelevanten Vorteil für den Beschuldigten bzw. den "C._____"-Fonds zu generieren. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Zweck des UWG darin besteht, den lautereren und unverfälschten Wettbewerb zu gewährleisten (Art. 1 UWG). Unlauter ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebahren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst (Art. 2 UWG). Vergegenwärtigt man sich das bei Geschäften mit Fonds involvierte grosse finanzielle Volumen, dessen Bedeutung sich auch in der Höhe des Honorars des Beschuldigten bzw. der D.____ aus dem Auftrag widerspiegelte (Fixum von Fr. 400'000.– pro Jahr), kann die Einsparung, die der Beschuldigte dadurch erzielte, dass er die Dokumente nicht neu erstellen musste, nicht von Relevanz für den Wettbewerb gewesen sein. Eine Täuschung im Wettbewerb oder ein Handeln gegen Treu und Glauben ist in der erwirkten relativ bescheidenen Einsparung nicht zu erkennen. Auch unter diesem Aspekt liegt kein Verstoß gegen das UWG vor. Die Auseinandersetzung um die verfahrensgegenständlichen Dokumente mag Fragen betreffend zivilrechtliche Ansprüche aufwerfen, jedoch sind die Voraussetzungen strafrechtlicher Verantwortlichkeit des Beschuldigten im Sinne eines Vergehens gegen das UWG aus verschiedenen vorstehend dargelegten Gründen nicht erfüllt.

5. Fazit

Der Beschuldigte ist des Vergehens gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb im Sinne von Art. 23 Abs. 1 UWG in Verbindung mit Art. 5 lit. a UWG nicht schuldig und ist freizusprechen.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Gestützt auf Art. 428 Abs. 3 StPO hat die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung zu befinden, wenn sie selber ein neues Urteil fällt und nicht kassatorisch entscheidet (GRIESSER, in: ZH StPO Kommentar, 3. Aufl., 2020, N 14 zu Art. 428 StPO). Gemäss Art. 426 Abs. 1 StPO trägt die beschuldigte Person die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird. Wird das Verfahren eingestellt oder die beschuldigte Person freigesprochen, können ihr die Verfahrenskosten ganz oder teilweise auferlegt werden, wenn sie rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat (Art. 426 Abs. 2 StPO). Anspruch auf eine Entschädigung hat die beschuldigte Person, wenn sie ganz oder teilweise freigesprochen wird bzw. das Verfahren eingestellt wird (Art. 429 StPO).

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Ob bzw. inwieweit eine Partei im Sinne dieser Bestimmung obsiegt oder unterliegt, hängt davon ab, in welchem Ausmass ihre vor der zweiten Instanz gestellten Anträge gutgeheissen werden (Urteil des Bundesgerichts 6B_1025/2014 vom 9. Februar 2015 E. 2.4.1 mit Hinweisen; bestätigt in 6B_10/2015 vom 24. März 2015 E. 4.2.1).

2. Der Beschuldigte wird vollumfänglich freigesprochen. Ausgangsgemäss sind daher die Kosten der Untersuchung und des Gerichtsverfahrens beider Instanzen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Gestützt auf Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO ist dem Beschuldigten eine Entschädigung für die Kosten seiner Verteidigung aus der Gerichtskasse zuzusprechen. Er liess

insgesamt eine Entschädigung von Fr. 101'122.50 geltend machen (Urk. 28 und Urk. 45). Bei der Bemessung der Entschädigung ist zu berücksichtigen, dass die Privatklägerin gegen den Beschuldigten sowohl wegen Widerhandlung gegen das UWG als auch wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung Strafanzeige eingereicht hat und das Vorverfahren bezüglich beider Vorwürfe gemeinsam geführt wurde. Betreffend den Vorwurf der ungetreuen Geschäftsbesorgung wurde das Verfahren mit Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 27. April 2022 eingestellt und dem Beschuldigten eine Entschädigung von Fr. 43'379.55 zugesprochen, wobei festgehalten wurde, dass dies $\frac{3}{4}$ der Kosten entspreche und $\frac{1}{4}$ auf das Strafbefehlsverfahren entfalle, welches Gegenstand der vorliegenden Beurteilung bildet (Urk. 0 01 01 024). Die Verteidigung reichte vor Vorinstanz eine Honorarnote für ihre Bemühungen im Vorverfahren ein (Urk. 28). Der Gesamtbetrag belief sich beruhend auf einem Stundenansatz von Fr. 500.– auf Fr. 76'689.90. Die Aufteilung von $\frac{1}{4}$ für das vorliegende Verfahren und $\frac{3}{4}$ auf das Verfahren, welches zur Einstellungsverfügung vom 27. April 2022 führte, erscheint als angemessen. Ein Stundenansatz von Fr. 500.– erweist sich unter dem Gesichtspunkt der Tragweite des im vorliegenden Verfahren noch zu beurteilenden Vorwurfs und der im Räume stehenden Sanktion als nicht mehr im Rahmen der durch den Staat zu entschädigenden Aufwendungen für die angemessene Ausübung der Verfahrensrechte im Sinne von Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO. Entsprechend ist von einem Stundenansatz von Fr. 300.– auszugehen, wie dies bereits die Staatsanwaltschaft für die Bemessung der Entschädigung in der Einstellungsverfügung getan hat. Ausgehend von einem Stundenansatz von Fr. 300.– resultiert bei einem in Rechnung gestellten Total von 173,8 Stunden für das Vorverfahren ein Honorar von insgesamt Fr. 52'050.–. Davon ist ein Viertel, somit rund Fr. 13'000.– dem vorliegenden Verfahren zuzurechnen. Der Aufwand für das erstinstanzliche Verfahren betrug gemäss Honorarnote Fr. 9'384.76, zuzüglich Hauptverhandlung (Urk. 28). Eine pauschale Entschädigung für das erstinstanzliche Verfahren in der Höhe von Fr. 9'000.– erscheint als angemessen. Für die Vertretung im Berufungsverfahren machte die Verteidigung gemäss eingereichter Honorarnote Fr. 24'432.55 geltend, beruhend auf einem Stundenansatz von Fr. 500.– (Urk. 45). Auch hier rechtfertigt es sich, den Stundenansatz auf Fr. 300.– zu reduzieren, was bei einem

Aufwand von 44,1 Stunden Fr. 13'230.– ergibt. Im Berufungsverfahren wurde kein neuer Sachverhalt beurteilt und die Rechtslage war bereits bekannt, weshalb es sich rechtfertigt, den Beschuldigten für das zweitinstanzliche Verfahren pauschal mit Fr. 6'000.– zu entschädigen. Dem Beschuldigten ist daher für die Aufwendung seiner Vertretung im Vorverfahren und in den Gerichtsverfahren beider Instanzen eine Entschädigung von insgesamt Fr. 28'000.– aus der Gerichtskasse zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 4. Oktober 2022 bezüglich der Dispositivziffern 4 (Beschlagnahme) und 5 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist nicht schuldig des Vergehens gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb im Sinne von Art. 23 Abs. 1 UWG in Verbindung mit Art. 5 lit. a UWG und wird freigesprochen.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Die Kosten der Untersuchung und Gerichtsverfahren beider Instanzen werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Dem Beschuldigten wird für die Kosten seiner Rechtsvertretung im Vorverfahren und beiden Gerichtsverfahren eine Entschädigung von Fr. 28'000.– aus der Gerichtskasse zugesprochen.
5. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich

- den Rechtsvertreter der Privatklägerin, im Doppel für sich und zuhanden der Privatklägerin (übergeben)
- das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
- die Bundesanwaltschaft
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung

(Eine begründete Urteilsausfertigung gemäss Art. 84 Abs. 4 StPO wird der Privatklägerin nur zugestellt, sofern sie dies innert 10 Tagen nach Erhalt des Dispositivs verlangt.)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich

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

- die Vorinstanz
- die Kantonspolizei Zürich, KDM-ZD, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG)
- die Koordinationsstelle VOSTRA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA mittels Kopie von Urk. 37

6. 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 den Strafrechtlichen Abteilungen 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.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 3. November 2023

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Stiefel

MLaw Meier