

Hochschulstrasse 17
Postfach 7475
3001 Bern
Telefon 031 635 48 08
Fax 031 635 48 15
Obergericht-Straf.Bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Urteil

SK 12 14 WAA

Bern, 27. März 2013

Besetzung

Oberrichter Guéra (Präsident), Oberrichterin Hubschmid Volz, Oberrichter Weber
Gerichtsschreiberin Walker

Verfahrensbeteiligte

A. _____

verteidigt durch Rechtsanwalt B. _____

Beschuldigte/Berufungsführerin

gegen

1. C. _____ **Ltd.,** . _____

2. D. _____ **AG,** . _____

beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. E. _____

Strafklägerinnen/Anschlussberufungsführerinnen

und

Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, Maulbeerstrasse 10, 3001 Bern
Staatsanwaltschaft

Gegenstand

Markenrechtsverletzung, unlauterer Wettbewerb

Berufung gegen das Urteil des Kantonalen Wirtschaftsstrafgerichts vom 26.10.2011



Erwägungen

IV. Formelles

1. Erstinstanzliches Urteil

Das Wirtschaftsstrafgericht des Kantons Bern fällt am 26. Oktober 2011 folgendes Urteil:

V.

A._____, vgt., wird

freigesprochen:

von der Anschuldigung des **unlauteren Wettbewerbs**, angeblich begangen in der Zeit von Oktober bis Dezember 2006 in Bern, Zug und anderswo;

ohne Ausrichtung einer **Entschädigung** und **ohne** Ausscheidung von **Verfahrenskosten**.

VI.

A._____, vgt., wird dagegen

schuldig erklärt:

der **Markenrechtsverletzung**, begangen in der Zeit von Oktober bis Dezember 2006 in Bern und Zug zum Nachteil der C._____, Ltd;

und in Anwendung von

Art. 61 Abs. 1 lit. b MSchG,

Art. 34, 42 Abs. 1 und 4, 44 und 47 StGB,

Art. 426 Abs. 1, 430 Abs. 1 lit. c und 433 Abs. 1 lit. a StPO.

VII.

verurteilt:

1. Zu einer **Geldstrafe** von 10 Tagessätzen zu CHF 400.00, ausmachend total **CHF 4'000.00**. **Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre** festgesetzt.
2. Zu einer **Verbindungsbusse** von **CHF 800.00**. Die Ersatzfreiheitsstrafe bei schuldhafter Nichtbezahlung wird auf 2 Tage festgesetzt.
3. Zur Bezahlung der **Verfahrenskosten**, bestehend aus

den Kosten der Voruntersuchung:

Gebühr	CHF 3'000.00
Auslagen	CHF 0.00

den Kosten der Hauptverhandlung (inkl. schriftliche Begründung):

Gebühr	CHF 1'700.00
Auslagen	CHF 0.00

Total ausmachend

CHF 4'700.00

Wird keine schriftliche Begründung verlangt, reduziert sich die Gebühr um CHF 500.00.

4. Zur Bezahlung einer **Parteientschädigung** von **CHF 5'170.00** an die Privatklägerin C. _____ Ltd.

2. Berufung

Am 22. März 2011 erliess die Staatsanwaltschaft des Kantons Bern, Wirtschaftsdelikte, einen Strafbefehl gegen die Beschuldigte A. _____ (pag. 50001 f.). Gegen diesen Strafbefehl erhob Fürsprecher F. _____ namens der Beschuldigten form- und fristgerecht Einsprache (pag. 50003 ff.). Mit Verfügung vom 03.05.2011 teilte der Staatsanwalt den Parteien mit, dass am Strafbefehl festgehalten und die Akten dem Einzelgericht des Kantonalen Wirtschaftsstrafgerichts zur Durchführung des Hauptverfahrens überwiesen werden (Art. 356 Abs. 1 StPO). Die Zustimmung der Generalstaatsanwaltschaft zur Anklagerhebung beim Wirtschaftsstrafgericht (Art. 55 Abs. 3 EG ZJS) erfolgte am 17.05.2011 (WSG, pag. 50033). Daraufhin fällte das Kantonale Wirtschaftsstrafgericht am 26. Oktober 2011 das oben wiedergegebene Urteil (WSG, pag. 96 ff.). Gegen dieses Urteil erklärte Fürsprecher B. _____ namens der Beschuldigten mit Schreiben vom 31. Oktober 2011 form- und

fristgerecht die Berufung gegen Ziffer I betreffend Kostenentscheid, Ziffer II sowie Ziffer III 1-4 (WSG, pag. 108 f.). Mit Schreiben vom 27. Januar 2012 reichte er eine Berufungserklärung ein (WSG, pag. 151 ff.). Mit Verfügung vom 30. Januar 2012 gewährte die Verfahrensleitung der Generalstaatsanwaltschaft und den beiden Strafklägerinnen Gelegenheit, die Anschlussberufung zu erklären, begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen und sich zum Beweisantrag der Verteidigung zu äussern (WSG, pag. 156 f.). Mit Eingabe vom 27. Januar 2012 erklärte die Staatsanwaltschaft, dass sie weiterhin am Verfahren teilnehme, aber auf die Stellung von Anträgen verzichte (WSG, pag. 160 f.). Mit Schreiben vom 17. Februar 2012 erklärte Rechtsanwalt Dr. E. _____ namens der Privatklägerinnen die Anschlussberufung (WSG, pag. 162 ff.). Mit Verfügung vom 27. Februar 2012 wurde der Verteidigung und der Generalstaatsanwaltschaft Gelegenheit gegeben, sich zur Anschlussberufung schriftlich zu äussern. Zudem lehnte die Verfahrensleitung den durch die Beschuldigte gestellten Beweisantrag auf Einvernahme eines Zeugen ab. Zudem wurden die Parteien aufgefordert mitzuteilen, ob sie mit der Durchführung des schriftlichen Verfahrens einverstanden seien (WSG, pag. 167 ff.). Mit Schreiben vom 2. März 2012 erteilten die Strafklägerinnen ihre Zustimmung zur Durchführung des schriftlichen Verfahrens (WSG, pag. 174). Auch die Beschuldigte erklärte mit Eingabe vom 15. März 2012 ihr Einverständnis zur Durchführung des schriftlichen Verfahrens (WSG, pag. 176). Die Generalstaatsanwaltschaft erklärte ihre Zustimmung mit Eingabe vom selben Tag (WSG, pag. 178 f.). Mit Verfügung vom 19. März 2012 ordnete die Verfahrensleitung das schriftliche Verfahren an. Zugleich wurde die Beschuldigte aufgefordert, eine schriftliche Berufungsbegründung einzureichen, unter Mitteilung, dass bei nicht fristgemässer Einreichung die Berufung als zurückgezogen gelte (WSG, pag. 180 f.). Die Berufungsbegründung vom 5. April 2012 erging innert Frist (WSG, pag. 188 ff.). Die Verfahrensleitung setzte den Strafklägerinnen und der Generalstaatsanwaltschaft mit Verfügung vom 17. April 2012 Frist an, um eine schriftliche Stellungnahme zur Berufungsbegründung einzureichen. Zudem wurden die Strafklägerinnen aufgefordert, eine schriftliche Begründung der Anschlussberufung einzureichen (WSG, pag. 204 f.). Die Generalstaatsanwaltschaft verzichtete darauf, eine schriftliche Stellungnahme zur Berufungsbegründung einzureichen (WSG, pag. 207). Mit Schreiben vom 3. Mai 2012 beantragten die Strafklägerinnen die Erstreckung der Frist zur Einreichung einer Stellungnahme zur Berufungsbegründung und zur Begründung der Anschlussberufung (WSG, pag. 209 f.), welche mit Verfügung vom 4. Mai 2012 gewährt wurde (WSG, pag. 212 f.). Am 29. Mai 2012 reichten die Strafklägerinnen eine Stellungnahme zur Berufungsbegründung der Beschuldigten (WSG, pag. 214 ff.) sowie eine Begründung der Anschlussberufung ein (WSG, pag. 228 ff.). Mit Verfügung vom 30. Mai 2012 wurde der Beschuldigten und der Generalstaatsanwaltschaft Gelegenheit eingeräumt, eine schriftliche Stellungnahme zu den beiden Eingaben der Strafklägerschaft einzureichen (WSG, pag. 236 f.). Mit Schreiben vom 31. Mai 2012 erklärte die Generalstaatsanwaltschaft ihren Verzicht auf die Einreichung einer Stellungnahme zu den Eingaben der Strafklägerschaft (WSG, pag. 239). Mit Eingabe vom 19. Juni 2012 ersuchte Rechtsanwalt B. _____ um Verlängerung der Frist (WSG, pag. 240 f.), was ihm mit Verfügung vom 20. Juni 2012 gewährt wurde (WSG, pag. 243 f.). Am 11. Juli 2012 reichte Rechtsanwalt B. _____ namens der Beschuldigten eine Replik zur Stellungnahme ein (WSG, pag. 245 ff.) und nahm zur Anschlussberufung der Strafklägerinnen Stellung (WSG, pag. 252 ff.). Die Strafklägerschaft erklärte mit Schreiben vom 7. August 2012 den Verzicht auf die Einreichung einer weiteren Stellungnahme bzw. Duplik (WSG, pag. 260).

Von Amtes wegen wurden ein Strafregistrauszug (WSG, pag. 200) sowie ein Bericht über die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beschuldigten eingeholt (WSG, pag. 201 f.).

Neben dem vorliegenden Strafverfahren führte die C. _____ Ltd. ein Zivilverfahren gegen die G. _____ AG, die H. _____ AG sowie die I. _____ AG beim Handelsgericht des Kantons Zürich. Mit Urteil vom 9. Juli 2010 bejahte das Handelsgericht des Kantons Zürich die Verwechslungsgefahr zwischen dem aus Polen stammenden und von der G. _____ als Werbebeilage verwendeten Duftbaum und dem durch die D. _____ AG (Lizenznehmerin der C. _____ Ltd. in der Schweiz) hergestellten Original-Duftbaum. Es hiess die Rechtsbegehren der C. _____ Ltd. gegen die G. _____, die H. _____ und die I. _____ teilweise gut (pag. 10001 ff.).

3. Anträge der Parteien

In der schriftlichen Berufungsbegründung vom 5. April 2012 stellte Rechtsanwalt B. _____ namens der Beschuldigten A. _____ folgende Anträge (WSG, pag. 188 ff.):

5. *In Aufhebung von Ziffer II des Urteils des Kantonalen Wirtschaftsstrafgerichts vom 26. Oktober 2011 sei die Beschuldigte von der Anschuldigung der Markenrechtsverletzung gemäss Art. 61 Abs. 2 lit. b MSchG freizusprechen;*
6. *Die erst- und oberinstanzlichen Verfahrenskosten seien vom Kanton Bern zu tragen;*
7. *Der Beschuldigten seien die erst- und oberinstanzlichen Verteidigungskosten zu ersetzen;*
8. *Die Anschlussberufung vom 17. Februar 2012 sei vollumfänglich abzuweisen.*

Eventualantrag:

Die Beschuldigte beantragt die Aufhebung der Kostenfestsetzung gemäss Ziffer 1 des Urteils vom 26. Oktober 2011, unter Auferlegung der hälftigen Verfahrenskosten an den Kanton Bern und unter Ausrichtung einer richterlich zu bestimmenden Entschädigung für die angemessene Ausübung ihrer Verfahrensrechte.

In der Anschlussberufung vom 17. Februar 2012 (WSG, pag. 162 ff.) bzw. schriftlichen Begründung der Anschlussberufung vom 29. Mai 2012 (WSG, pag. 228 ff.) stellte Rechtsanwalt Dr. E. _____ namens der Straklägerinnen C. _____ Ltd. und D. _____ AG folgende Anträge:

5. *Abänderung von Urteilsdispositiv Ziffer I.:*
A. _____ sei von der Anschuldigung des unlauteren Wettbewerbs nicht freizusprechen, sondern des unlauteren Wettbewerbs gemäss Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. d UWG, begangen in der Zeit von Oktober bis Dezember 2006 in Bern, Zug und anderswo zum Nachteil der C. _____ Ltd. und der D. _____ AG schuldig zu erklären.
6. *Abänderung von Urteilsdispositiv Ziffer II.:*
A. _____ sei der Markenrechtsverletzung sowohl gemäss Art. 61 Abs. 1 lit. a MSchG (gemäss Anschlussberufung) als auch lit. b MSchG (gemäss erstinstanzlichem Urteil), begangen in der Zeit von Oktober bis Dezember 2006 in Bern, Zug und anderswo zum Nachteil der C. _____ Ltd. schuldig zu erklären.
7. *Abänderung von Urteilsdispositiv Ziffer III.:*

A._____ sei zur Bezahlung einer Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren an die beiden Privatklägerinnen von insgesamt CHF 10'340.00 zu verurteilen, eventualiter zur Bezahlung einer Parteientschädigung von CHF 10'340.00 für das erstinstanzliche Verfahren an C._____ Ltd.

8. *Kosten- und Entschädigungsfolgen*

Alles verbunden mit der Auferlegung der Gerichtskosten des Berufungsverfahrens an A._____, sowie der Zusprechung einer Parteientschädigung für das Berufungsverfahren, zahlbar von A._____, an die beiden Privatklägerinnen (gemäss noch einzureichender Kostennote).

4. Verfahrensgegenstand und Kognition der Kammer

Sämtliche Urteilsteile wurden angefochten und sind damit nicht in Rechtskraft erwachsen. Da sowohl die Beschuldigte wie auch die Strafklägerinnen Berufung bzw. Anschlussberufung erklärt haben, gilt das Verschlechterungsverbot nicht (Art. 391 Abs. 2 StPO).

5. Strafantragsrecht

Nicht umstritten ist das Strafantragsrecht der C._____ Ltd.. Ebenfalls werden durch die D._____ AG keine Ansprüche mehr aus dem Markenschutzgesetz geltend gemacht. Entgegen der Vorinstanz ist die D._____ AG jedoch der Auffassung, strafantragsberechtigt gemäss UWG zu sein und sie sei deshalb als Strafklägerin zuzulassen.

Die **Vorinstanz** hielt hierzu fest (Motiv WSG, pag. 117 f.):

Strafantrag wegen unlauteren Wettbewerbs kann gemäss Art. 23 Abs. 2 UWG stellen, "wer nach den Artikeln 9 und 10 zur Zivilklage berechtigt ist". Laut Art. 9 UWG ist zur Zivilklage berechtigt, "wer durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird".

Unter Ziff. I.11.1 wurde gezeigt, dass die D._____ AG nicht exklusive Lizenznehmerin war. Damit waren die H._____ und damit auch die Beschuldigte nicht verpflichtet, die Lufterfrischer in Tannenbaumform bei der D._____ AG zu beziehen. Damit "entgeht" der D._____ AG zwar in diesen Fällen wirtschaftlich gesehen ein Auftrag. Hingegen ist sie strafrechtlich gesehen keine Geschädigte, da ihr aufgrund der möglichen Einwilligung zur Benutzung der geschützten Marke bzw. möglichen der Vergabe von Lizenzen an Dritte durch die C._____ Ltd. keine Ansprüche aus UWG zustehen. Die D._____ AG ist somit auch in diesem Punkt nicht strafantragsberechtigt und fällt damit als Privatklägerin ausser Betracht.

Die **Strafklägerinnen** halten dem entgegen, dass im vorliegenden Fall die D._____ AG in ihren wirtschaftlichen Interessen bedroht bzw. verletzt werde. Infolge der Gratis-Abgabe dürften zahlreiche Konsumenten darauf verzichtet haben, gleichzeitig oder kurz danach ein Original-Produkt der D._____ AG zu erwerben. Es habe ein wirtschaftlicher Schaden gedroht bzw. sei entstanden, nicht nur bei der Markeninhaberin, sondern infolge von Umsetzeinbussen auch bei der Herstellerin.

Ferner hätten die Konsumenten die geringere Qualität der G. _____-Lufterfrischer irrtümlicherweise der D. _____ AG als Herstellerin des bekannten Originalprodukts zugerechnet, so dass eine Verletzung des beruflichen Ansehens der D. _____ AG gedroht habe oder gar eingetreten sei.

Zudem habe sich die Beschuldigte durch das Fehlen der vorgeschriebenen Warenkennzeichnungen über die Vorschriften des Chemikalienrechts hinweggesetzt. Es habe die Gefahr bestanden, dass das Publikum die G. _____-Lufterfrischer irrtümlich mit der D. _____ AG in Verbindung bringe und der D. _____ AG ein konsumentenfeindliches und unkorrektes Geschäftsgebaren vorgeworfen würde, was ihrem beruflichen Ansehen geschadet hätte. Damit erfülle die D. _____ AG die Voraussetzungen nach Art. 9 Abs. 1 UWG. Sie sei gemäss Art. 23 UWG zur Stellung eines Strafantrags berechtigt und als Strafklägerin im vorliegenden Prozess zuzulassen.

Gemäss Art. 23 Abs. 2 UWG kann Strafantrag stellen, wer nach den Artikeln 9 und 10 zur Zivilklage berechtigt, d.h. aktivlegitimiert ist.

Gemäss Art. 9 Abs. 1 i.V.m. Art. 23 Abs. 2 UWG ist jedermann, der durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird, zum Strafantrag berechtigt. Nicht verlangt wird das Bestehen eines direkten Wettbewerbsverhältnisses zwischen dem Täter und dem Verletzten. Erfasst wird auch der bloss mittelbare Wettbewerb. Aktivlegitimation und damit Strafantragsberechtigung sind gegeben, wenn die Stellung im Wettbewerb durch das beanstandete Verhalten des Beklagten verschlechtert wird (RIEDO Christof, Der Strafantrag, Basel 2004, S. 256, DAVID/JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Auflage, Bern 2012, N 472, Rauber, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, Basel 1998, S. 253, BGE 121 III 174). Eine mittelbare Beeinträchtigung wirtschaftlicher Interessen genügt, eine direkte ist nicht verlangt (RIEDO Christof, Der Strafantrag, Basel 2004). Antragsberechtigt ist demnach, wer in seinen eigenen wirtschaftlichen Interessen beeinträchtigt wird. Erfasst sind nach dem Wortlaut des Gesetzes namentlich die Kundschaft, der Kredit, das berufliche Ansehen und der Geschäftsbetrieb. Die Beeinträchtigung rein ideeller Interessen verschafft keine Antragsberechtigung. Eigene wirtschaftliche Interessen sind nur tangiert, wenn es unmittelbar um die eigene Wettbewerbsstellung geht. Dazu gehören sämtliche Faktoren, die aktuell oder potentiell die Marktsstellung des Betroffenen ausmachen. Massgebend sind die konkreten Umstände des Einzelfalls (BAK UWG, BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2001, Art. 9 N 292). Verletzt ist nicht jeder, dessen Interessen irgendwie, namentlich auch bloss mittelbar betroffen werden, sondern nur derjenige, der selber Träger des Rechtsguts ist (DAVID/JACOBS, N 474).

Der D. _____ AG ist darin zuzustimmen, dass sie in ihren wirtschaftlichen Interessen bedroht wurde. Es ist durchaus möglich, dass durch die Aktion der Beschuldigten Umsatzeinbussen bei der Herstellerin entstanden. Nichts gesagt werden kann über eine allenfalls geringere Qualität des Duftbaums der G. _____-Beilage. Jedoch ist es denkbar, dass Konsumenten darauf verzichtet haben, ein Produkt der D. _____ AG zu erwerben. Auch ist das Argument nicht von der Hand zu weisen, dass ein allenfalls minderwertiges Produkt bzw. die fehlende Deklaration gemäss Chemikaliengesetz dem beruflichen Ansehen der

D. _____ AG hätte schaden können. Diese Bedrohung genügt, um im Sinne von Art. 23 UWG als Strafklägerin im vorliegenden Verfahren zugelassen zu werden.

VII. Sachverhalt und Beweiswürdigung

5. Unbestrittener Sachverhalt

Es ist von folgendem, unbestrittenen Sachverhalt auszugehen, wie ihn die Vorinstanz festgestellt hat (Motiv WSG, pag. 119 ff.):

Die C. _____ Ltd., eine Aktiengesellschaft mit Sitz in J. _____ (Ortschaft), ist Inhaberin der in der Schweiz eingetragenen dreidimensionalen Marke Nr. _____, in der Form der Silhouette eines stilisierten Tannenbaumes. Die Schutzfrist der Marke läuft bis am 18.09.2012 (pag. 1021). Durch ihre Lizenznehmerin in der Schweiz, die D. _____ AG, lässt sie Lufferfrischer aus duftstoffgetränkter Pappe in der Form der Marke in verschiedenen Duft-, Motiv- und Farbvarianten, mit und ohne Aufdruck herstellen (nachfolgend K. _____ (genannt) (pag. 1002 und pag. 10005).

Am 08.12.2006 verschickte die G. _____ an rund 270'000 Personen eine weihnachtlich aufgemachte Werbebroschüre "_____". Dieser war als Werbegeschenk ein Lufferfrischer aus duftstoffgetränkter Pappe in der Form eines stilisierten Tannenbaums beigelegt, welcher in ein durchsichtiges Plastiksäckchen verpackt war (nachfolgend L. _____-Duftbaum). Im Begleittext hiess es: "Wir haben ... als Dankeschön für Ihr Vertrauen und Ihre Treue diesem "_____ " ein kleines Geschenk beigelegt. ... Am besten Sie öffnen es gleich und riechen selbst, wonach es duftet" (pag. 3015 ff.).

Die Vorbereitung für diesen Versand hatte die H. _____ für die G. _____ vorgenommen. Sie hatte den Auftrag erhalten, im Hinblick auf Weihnachten 2006 eine Werbekampagne bei den Premium-Kunden der G. _____ durchzuführen. Sogenanntes Key Visual der Werbekampagne war ein Weihnachtsbaum. Die Beilage für die Broschüre "_____ " sollte deshalb auch die Form eines Weihnachtsbaumes erhalten (pag. WSG 62). Die H. _____ hatte bei drei Anbietern von Werbe- und Geschenkartikeln Offerten von handelsüblichen Duftbäumen eingeholt (pag. 100152) und beauftragte schliesslich die I. _____, welche zum Lieferantenpool der G. _____ gehörte (pag. WSG 62), mit der Lieferung der inkriminierten Duftbäume. Die I. _____ wiederum besorgte die Duftbäume bei einem Lieferanten in Polen, importierte diese und lieferte sie direkt an die Druckerei, welche die Broschüre druckte, mit den L. _____-Duftbäumen versah und durch die Post versenden liess (pag. WSG 61 und pag. 20008). Der Produzent in Polen hatte die Stanzform bereits im Angebot, die inkriminierte Formvorlage wurde nicht explizit für den Auftrag der I. _____ hergestellt (pag. 100311). Die H. _____ lieferte den Aufdruck für den Duftbaum, danach produzierte das polnische Unternehmen die Duftbäume in einer Auflage von 270'000 Stück. Die I. _____ organisierte den Import der Duftbäume, indem sie einen Transporteur damit beauftragte, die Duftbäume in Polen abzuholen und in die Schweiz zu liefern (pag. 100308).

Die H. _____ erhielt vor der Produktion der L. _____-Duftbäume ein Muster von der I. _____, worauf die H. _____ der I. _____ den Auftrag zur Produktion erteilte (pag. 100310 und pag. 20009). Die konkrete Form des L. _____-Duftbaumes hatte die

G._____ vor der Bestellung hingegen nicht gesehen, sie sah nur das Layout, d.h. das visuelle Konzept bzw. die Art des Aufdruckes. Die G._____ hatte nur den Auftrag zur Beilage, aber nicht die konkrete Form des L._____ -Duftbaumes bewilligt (pag. 20009 f.). Im Rahmen der Voruntersuchung erklärte die Beschuldigte, sie übernehme aufgrund ihrer damaligen Funktion die Verantwortung für die Bestellung, Beilage und Verteilung der L._____ -Duftbäume (pag. 20008).

Gemäss Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 09.07.2010 liege eine Verwechslungsgefahr vor, wenn der Betrachter infolge der grossen Ähnlichkeit glaube, die verletzte Marke selbst statt einer Nachahmung von ihr vor sich zu haben und deshalb die ihm präsentierte Ware irrtümlicherweise als solche des Verletzten ansehe. Verwechslungsgefahr liege ferner auch dann vor, wenn der Betrachter den Unterschied zwar erkenne, aber wegen der Ähnlichkeit glaube, nur eine Spielart der verletzten Marke vor sich zu haben und deshalb die ihm präsentierte Ware dennoch dem Verletzten zuschreibe. Eine mittelbare Verwechslungsgefahr liege vor, wenn der Betrachter zwar bemerke, dass sich die verletzte (Form-) Marke von der ihm präsentierten Ware unterscheide, er aber infolge der Ähnlichkeit falsche Zusammenhänge vermute. Bei Formmarken würden die Gestaltung und allenfalls der begriffliche Inhalt der Marke im Erinnerungsbild bleiben. Der Gesamteindruck könne durch einzelne besondere charakteristische Bestandteile bestimmt werden, sodass die Wiedergabe in einer bloss leicht veränderten Form die Ähnlichkeit nicht beseitige und die Verwechslungsgefahr bestehen lasse.

Das Handelsgericht hat die Frage untersucht, ob der durchschnittliche Kunde der G._____ den L._____ -Duftbaum aufgrund der Form und des Verwendungszwecks für einen K._____ halten konnte. Es kam zum Schluss, dass der L._____ -Duftbaum mit dem K._____ nicht identisch sei. Die Unterschiede würden jedoch nur bei einem Vergleich der Produkte wahrgenommen. Da dem Empfänger der Weihnachtsbroschüre der L._____ -Duftbaum und der K._____ wohl kaum gleichzeitig vorgelegen hätten, könnten die geringen Abweichungen in Grösse und Form nicht erkannt werden. Vielmehr würden beim L._____ -Duftbaum und beim K._____ die zahlreichen Elemente übereinstimmen, die den Gesamteindruck bestimmen. Beide Formen würden einen stilisierten Tannenbaum darstellen, mit kurzem Baumstamm und einem rechteckigen Sockel mit abgerundeten Ecken. Die Abweichungen seien untergeordnet und führten nicht zu einem neuen oder eigenständigen Gesamteindruck, welcher den L._____ -Duftbaum vom K._____ unterscheide. Da der von der Beklagten versandte L._____ -Duftbaum kaum je direkt neben einem in Lizenz hergestellten K._____ gelegen haben dürfte, habe der durchschnittliche Konsument die kleinen Unterschiede zwischen dem L._____ -Duftbaum und dem K._____ nicht wahrgenommen. In seinem Erinnerungsvermögen sei er vielmehr der Verwechslungsgefahr erlegen. Sowohl der L._____ -Duftbaum als auch der K._____ seien Artikel aus duftstoffgetränkter Pappe und dazu bestimmt und geeignet, einen besonderen Duft an die Raumluft abzugeben. Mithin handle es sich um gleiche bzw. gleichartige Waren, welche gemeinhin als Lufterfrischer bezeichnet würden. Die Verwechslungsgefahr sei daher zu bejahen. Daran würden auch die Feststellungen des Instituts für Geistiges Eigentum, welches den L._____ -Duftbaum im Bereich der Dekorationsartikel/Weihnachtsdekorationen als banal und nicht schutzfähig erachtet habe, nichts ändern. Zum einen handle es sich um andere Warenklassen. Zum anderen schliesse ein allfälliger Gemeingutcharakter der Verletzungsform eine Markenrechtsverletzung nicht aus. Dass das eine Zeichen banaler sei, schliesse nicht aus, dass es im Vergleich mit einem anderen

Zeichen eine Verwechslungsgefahr schaffen könne. Die Verwendung der Tannenbaumform für Lufterfrischer sei auch nicht beschreibend. Anders wäre dies bei Weihnachtsschmuck. Die G._____ habe jedoch ausdrücklich auf die duftverströmende Eigenschaft hingewiesen. Auch wenn Tannen einen charakteristischen Duft hätten, so würde die Tannenbaumform nicht ohne Weiteres mit einem Lufterfrischer in Verbindung gebracht. Die Proportionen mit dem typischen Sockel des K._____ seien charakteristisch und würden von den Abnehmern als betrieblicher Herkunftshinweis wahrgenommen. Die G._____ und die H._____ hätten die L._____-Duftbäume an Tausende von Kunden in der ganzen Schweiz verschickt und gemäss Text der Werbebroschüre den Kunden geschenkt, damit hätten sie die L._____-Duftbäume gemäss Art. 13 Abs. 2 lit. b MSchG "in Verkehr" gebracht (pag. 10001 ff.).

6. Bestrittener Sachverhalt

Wie bereits festgestellt ist der objektive Sachverhalt vorliegend unbestritten. Es stellt sich demnach noch die Frage nach der Erfüllung der subjektiven Tatbestandselemente, d.h., ob die Beschuldigte die Gefahr einer Markenrechtsverletzung für möglich gehalten und in Kauf genommen hat bzw. nehmen musste.

7. Beweismittel

3.3 Objektive Beweismittel

Es liegen folgende, durch die Vorinstanz kurz kommentierten, objektiven Beweismittel vor (Motiv WSG, pag. 121 ff.):

Gemäss dem Swissregauszug – Marken ist die **Marke Nr. ._____**, ein stilisierter Nadelbaum von rund 7,5cm Höhe und maximal 4,5cm Breite mit einem „Sockel“, am 18.09.2002 hinterlegt und am 13.03.2003 im Markenregister eingetragen worden. Die Schutzfrist läuft am 18.09.2012 ab. Inhaberin der Marke ist die C._____ Ltd. Die dreidimensionale Marke ist für die Warenklasse 5 (Lufterfrischer) eingetragen worden (pag. WSG 42 ff.).

Beispiel eines **Abbildes eines K._____** (pag. 4109). Abbilder von K._____ mit unterschiedlichem Aufdruck (pag. 10063 ff.).

Gegenüberstellung des L._____-Duftbaumes, der Marke und des K._____ im Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 09.07.2010 (pag. 10002).

Drei Exemplare der **Werbroschüre "_____"** mit **inkriminiertem Lufterfrischer** (pag. 3015 ff.) und **Abbild des inkriminierten Lufterfrischers** (pag. 1020).

Erste **Offerte der I._____ AG an die H._____** für die Lieferung von 320'000 Stück Duftbäumen zum Preis von CHF 0.38 pro Stück inklusive Abbild (pag. 100145 f.), zweite Offerte der I._____ AG an die H._____ für die Lieferung von 320'000 Stück Duftbäumen zum Preis von CHF 0.35 pro Stück, inklusive Abbild (pag. 100147 f.). Das Geschäft wurde schliesslich zum Preis von CHF 0.28 für eine Lieferung von 270'000 Stück abgeschlossen (pag. 100149 f.).

Gemäss **Offertenvergleich** von drei Anbietern von Duftbäumen für die H._____ war das Angebot der I._____ AG am günstigsten (pag. 100152).

Beispiel des **Stanzrisses des L._____ -Duftbaumes**, welchen die I._____ der H._____ vor dem Druck zukommen liess (pag. 100153).

Mit dem **Gut-zum-Druck vom 17.10.2006 (Kopie)** lieferte die H._____ der I._____ die Vorlage für den Aufdruck des L._____ -Duftbaumes (pag. 100256 f.).

Gemäss M._____ hat die H._____ die **Druckfahne** (pag. 100327) vor dem Druck bewilligt (pag. 100311).

Gemäss **Auftragsbestätigung des polnischen Produzenten**, unterschrieben durch die I._____ am 12.10.2006, beinhaltete der Auftrag der I._____ an den polnischen Produzenten folgende Bedingungen: "Air fresheners, smell apple and cinnamon mixed, quantity 270'000, total amount: 32'400 EUR, production date until 21.11.2006, delivery address: N._____ AG, J._____ (Ortschaft), remarks: plastic hook as the way of hanging, the foil without warning label, 4-colour imprint on both sides of the air freshener" (pag. 100319).

Gemäss **Auftragsbestätigung der I._____ vom 04.12.2006** beinhaltete der Auftrag der H._____ an die I._____ folgende Bedingungen: "Duftbaum, Geschmack: Mixed Apfel/Zimt, Druck: 4-farbiger Druck beidseitig, Masse: 10x6 cm, Verpackung: einzeln verpackt in Plastik Bag, Menge 270'000 Stk, Totalbetrag: CHF 81'345.60, Liefertermin 27.11.2006, Lieferkonditionen: Frei Haus an eine Adresse in der Schweiz" (pag. 100324).

Die **Rechnung der I._____ vom 04.12.2006** im Betrag von CHF 81'345.60 für die Bestellung der L._____ -Duftbäume wurde an die G._____ verschickt (pag. 100323).

Gemäss Ziff. 5.3 des **Dachvertrages zwischen der G._____ und der H._____ (Agentur) vom 06.02.2006** holt die Agentur "Offerten für die Herstellung der Kommunikationsmittel- und Massnahmen (für G._____ L._____ transparent) ein und führt Verhandlungen mit Lieferanten der Agentur. Die Agentur erteilt im Rahmen des genehmigten Kostenvoranschlages Aufträge und überwacht deren Ausführung. Druckerzeugnisse sind von der Offerteneinholung über den Druck bis zur Ablieferung mit dem Einkauf G._____ L._____ zu koordinieren. Die Agentur holt vor der Realisation beim federführenden Projektleiter von G._____ L._____ das Gut zur Realisation/Gut ein". Gemäss Ziff. 12.6 holt die Agentur "die benötigten Nutzungsrechte für die Reproduktion von Werken und Modellen Dritter ein. Die Agentur garantiert im Rahmen der jeweiligen Einzelprojekte, dass durch die Übertragung, die Nutzung oder den Gebrauch der Schutzrechte keine gesetzlichen Bestimmungen und keine Rechte Dritter verletzt werden. Forderungen Dritter wegen Verletzung von Schutzrechten wehrt die Agentur auf eigene Kosten und Gefahr ab. G._____ L._____ gibt diese der Agentur schriftlich und ohne Verzug bekannt und überlässt der Agentur die ausschliessliche Führung eines allfälligen Prozesses und die Massnahmen für die gerichtliche oder aussergerichtliche Erledigung des Rechtsstreits. Unter diesen Voraussetzungen übernimmt die Agentur die der G._____ L._____ auferlegten Kosten und Schadenersatzleistungen". Der Vertrag wurde auf Seiten der H._____ durch A._____ unterschrieben (pag. 4206 ff.).

Gemäss den **Allgemeinen Geschäftsbedingungen der I._____ (AGB I._____)**, Stand 07.2004, sind Angebote von I._____ unverbindlich und stellen keine Zusicherung von Eigenschaften [...] dar (Ziff. 1). "Verarbeitet I._____ vom Kunden geliefertes Material, so haftet alleine dieser für die Eigenschaften des Materials und für die Eignung zum vorgesehen Zweck sowie bei einer Verletzung von Schutzrechten Dritter. I._____ trägt bei der Produktion von Informationsträgern und bei der Bearbeitung von Informationen und

Daten keine Verantwortung für den Inhalt. Der Kunde stellt sicher, dass er über alle notwendigen Rechte verfügt und keinerlei Gesetze oder Rechte Dritter verletzendes Material oder Informationen liefert. Ansprüche Dritter jeglicher Art und daraus entstehende Rechts- und Folgekosten gehen alleine zu Lasten des Kunden, welcher sich verpflichtet, I._____ und allfällige durch I._____ beigezogene Dritte in jedem Fall vollumfänglich schadlos zu halten" (Ziff. 4; pag. 100326).

Kurz vor der Hauptverhandlung reichte die Verteidigung den **Ehrenkodex der PROMOS-WISS**, Verband der Schweizerischen Werbeartikelindustrie, dem auch die I._____ angehört, zu den Akten. Gemäss diesem Ehrenkodex verpflichten sich die Mitglieder des Verbandes, "die Bestimmungen des Wettbewerbsrechts einzuhalten und die Schutzrechte Dritter zu beachten" (pag. WSG 56).

3.4 Aussagen

Die Vorinstanz gab die wichtigsten Aussagen der Beschuldigten und der übrigen Beteiligten korrekt wieder, weshalb, um unnötige Umschreibungen zu vermeiden, sich die Kammer mit einem Verweis darauf und einigen Ergänzungen begnügt.

3.4.1 Aussagen der Beschuldigten

Die Aussagen der Beschuldigten fasste die Vorinstanz wie folgt zusammen (Motiv WSG, pag. 123 ff.):

Am 26.06.2007 sagte die Beschuldigte gegenüber der Zuger Polizei aus, sie sei Mitinhaberin der H._____, sei für die Beratungsabteilung verantwortlich und habe gleichzeitig die Gesamtverantwortung für die Beratung der G._____. Als Geschäftsinhaberin habe sie alle Entscheidungskompetenzen und die fachliche Kompetenz, zudem sei sie operativ tätig. Während ihrer [damals] zwölfjährigen Berufserfahrung und in der Ausbildung habe sie Erfahrungen im Bereich des Markenrechts und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) gesammelt. Auf die Frage, ob die Geschäftstätigkeiten der H._____ Handlungen und Erfahrungen aufweisen würden, die im Zusammenhang mit dem Markenrecht und dem UWG stehen würden, antwortete die Beschuldigte, ja, weil dies im Kerngeschäft der H._____ liege. Auf die Frage, ob die H._____ Erfahrungen mit Abklärungen von Schutzrechten, wie zum Beispiel bezüglich Markenrechte habe, antwortete die Beschuldigte, ja, weil dies auch im Kerngeschäft der H._____ liege. Die H._____ habe [im konkreten Fall] die Rechtslage bezüglich Markenrechten nicht überprüft, bzw. keine Schutzrechtsabklärungen getätigt, weil es aufgrund ihrer Berufserfahrung keinen Grund für eine Abklärung gegeben habe. Auf die Frage, was sie bezüglich des K._____ wisse, die Frage beziehe sich auf den Wissensstand im Jahr 2006, antwortete die Beschuldigte, sie habe diesen Namen gekannt. Sie kenne auch das Produkt. Auf die Nachfrage, wie ein K._____ denn aussehe, die Frage beziehe sich auf den Wissensstand im Jahre 2006, antwortete die Beschuldigte hingegen, das wisse sie nicht. Nach dem Verwendungszweck eines K._____ gefragt, antwortete die Beschuldigte, dieser werde als Raum- bzw. Autoerfrischer verwendet. Auf weitere Fragen erklärte die Beschuldigte, über die Firmen C._____ Ltd. und D._____ AG wisse sie nichts, die H._____ habe keine Beziehung mit den erwähnten Firmen, sie habe nicht gewusst, dass der K._____ mit einem gültigen Markenrecht geschützt sei. Sie habe nicht gewusst, dass diese Duftbäume von der

D._____ AG hergestellt würden. Sie habe nicht gewusst, dass die C._____ Ltd. die Inhaberin von verschiedenen registrierten Markenrechten am K._____ sei. Ihr sei nicht bekannt gewesen, dass die K._____ -Produkte weltweit bekannt und berühmt seien. Der K._____ und der L._____ -Duftbaum würden sich klar unterscheiden. Der L._____ -Duftbaum würde sich in der visuellen Umsetzung klar abheben und habe als Einzelidee als Weihnachtsabgabe gedient. Sie hätten den Lufterfrischer nicht von der D._____ AG bezogen, weil es viele Werbeartikel-Anbieter in der Schweiz gebe. Sie hätten bei der C._____ Ltd. oder bei der D._____ AG keine Offerte für eine eventuelle Bestellung eingeholt. Sie habe nicht in Kauf genommen, dass durch das in Verkehr bringen der Lufterfrischer eine eventuelle relevante Verwechslungsgefahr mit einem markenrechtlich geschützten Produkt entstehe und in diesem Zusammenhang das Markenrecht verletzt werden könne (pag. 100292 ff.).

Am 05.02.2011 wurde die Beschuldigte durch den Staatsanwalt befragt. Sie sagte aus, sie übernehme die Verantwortung, die sie in ihrer damaligen Funktion gehabt habe. Eine Mitarbeiterin habe die Beilage in Auftrag gegeben. Sie habe die Bestellung gesehen, sie habe die Layouts der Beilage, jedoch kein fertiges Muster gesehen. Sie hätten einen schriftlichen Auftrag erteilt. Sie hätten die Bestellung anhand eines Kataloges gemacht (zum Katalog siehe weiter vorne unter Ziff. I.6). Die Beilage sei im Bestellkatalog von einer Mitarbeiterin gewählt worden, sie habe aber die Bestellung beschlossen und abgesegnet. Das Layout und die Form des Duftbaumes habe die G._____ vor der Erteilung der Bestellung gekannt. Die I._____ habe eine konkrete Zeichnung, d.h. einen Stanzriss des Duftbaumes geliefert. Diesen hätten sie zusammen mit der G._____ angeschaut. Dieser Stanzriss habe die Form, die Grösse, die Dimension und den Aufdruck der verschickten Beilage gehabt. Von Anfang an hätten sie auf dieses Standardprodukt gesetzt. Auf Vorhalt, dass O._____ ausgesagt habe, die Mitarbeitenden der G._____ hätten den konkreten Duftbaum vorgängig nie gesehen, sagte die Beschuldigte aus, sie hätten vorher vom Layout gesprochen, jetzt würde vom konkreten Duftbaum gesprochen, welcher beigelegt worden sei. So wie der Duftbaum verschickt worden sei, das hätten die Leute der G._____ nicht gesehen, nur die Idee des Layouts. Den konkreten Duftbaum hätten sie nicht gesehen. Den Stanzriss habe die G._____ nicht gesehen. Die konkreten Duftbäume habe die G._____ nicht gesehen. Das Layout, also das visuelle Konzept bzw. die Art des Aufdrucks habe die G._____ gesehen, hingegen die Form des Duftbaumes habe die G._____ nicht gesehen. Die G._____ habe den Auftrag zur Beilage, aber nicht die konkrete Form der Beilage bewilligt. Sie könne die bei der Zuger Polizei gemachten Aussagen, dass sie während ihrer damals zwölfjährigen Berufserfahrung und in der Ausbildung Erfahrungen im Markenrecht und Wettbewerbsrecht gemacht habe, bestätigen. Ebenso könne sie bestätigen, dass markenrechtliche und wettbewerbsrechtliche Erfahrungen in ihrem Kerngeschäft lägen, wie auch die Abklärung von Schutzrechten, wie zum Beispiel von Markenrechten. Auf die Frage, wie viele markenrechtliche Abklärungen sie in diesen zwölf Jahren vorgenommen habe, antwortete die Beschuldigte, spezifisch auf Markenrecht habe sie keine Abklärungen gemacht. In den letzten [inzwischen] 16 Jahren habe sie keine derartigen markenrechtlichen Abklärungen vorgenommen. Auf die Frage, wie viele UWG-Abklärungen sie in diesen zwölf Jahren vorgenommen habe, antwortete die Beschuldigte: "Was wäre das konkret? Persönlichkeitsrechtliche Fragen oder Abklärungen zu Wettbewerben hätten sie nur vereinzelt, bzw. in seltenen Fällen gemacht." Externe Spezialisten hätten sie nur in seltenen Fällen beigezogen, d.h. vielleicht in zwei bis drei Fällen in all diesen

Jahren. Man könne sagen, sie habe den K._____ praktisch seit Kindsbeinen an gekannt. Die Frage eines allfälligen Rechtsschutzes habe sich nicht aufgedrängt, weil sie mit der I._____ zusammengearbeitet hätten, die etabliert sei. Sie seien davon ausgegangen, dass bei einer Bestellung aus einem Katalog der I._____ alles mit rechten Dingen zu und her gehe. Die Rechtslage sei für sie dazumal unproblematisch gewesen. Die Beilage sei ein kleiner Teil aus einer gesamten Kampagne gewesen. Die Beilage sei nicht das einzige Werbemittel gewesen und sie hätten die Beilage bei einer etablierten Firma bestellt. Die Idee der Beilage eines Duftbaumes sei bei der H._____ entstanden. Zwischen der I._____ und der H._____ existiere kein Vertrag. Das sei in ihrer Branche üblich. Sie würden schriftliche Aufträge an die Lieferanten erteilen. Aber schriftlich würden die Verantwortlichkeiten nirgends geregelt. So sei es auch mit der I._____ gewesen (pag. 20007 ff.).

Anlässlich der Hauptverhandlung vom 26.10.2011 gab die Beschuldigte zu Protokoll, sie könne die am 26.06.2007 gegenüber der Zuger Polizei und die am 25.02.2011 gegenüber der Staatsanwaltschaft gemachten Aussagen bestätigen. Im Rahmen der Ausbildung bei der P._____ in Q._____ (Ortschaft) würden auch Schutzrechte behandelt. Schutzrechte kämen in der Werbung vor, aber nicht regelmässig. Bei der Musik und in Filmproduktionen hätten sie schon geschützte Rechte verwendet. In diesen Fällen würden entsprechende Verträge geschlossen. Bis auf die heute zu behandelnde Sache sei es nie zu Problemen im Zusammenhang mit Schutzrechten gekommen. Werbestreitfälle verfolge sie nicht anders als nicht in der Werbung tätige Personen. Man regle, wer verantwortlich für die Schutzrechte sei, es sei aber nicht zwingend die H._____, es könne auch der Kunde verantwortlich sein. Wenn man eine Gefahr sehe, dann kläre man dies ab. Die Arbeitsweise sei nicht davon abhängig, ob die H._____ oder der Kunde für die Schutzrechte verantwortlich sei. Die H._____ habe keine Vorlage an die I._____ geliefert. Vorgabe sei die Lieferung eines Lufterfrischers in der Form eines Weihnachtsbaumes gewesen. Sie bleibe dabei, dass ihr die Ähnlichkeit zwischen dem K._____ und ihrem Lufterfrischer nicht aufgefallen sei. Es treffe zu, dass die Vorbereitungszeit extrem knapp gewesen sei und man auf Angebote habe zurückgreifen müssen, welche ab Stange verfügbar gewesen seien. Die Lufterfrischer seien direkt an die Druckerei geliefert worden, sie seien nie bei der H._____ gewesen. Seit dem Rechtsstreit mit der C._____ Ltd. und der D._____ AG würden sie wie bisher weiterarbeiten, sie hätten keine Sondermassnahmen ergriffen. Die H._____ habe bisher sämtliche Massnahmen getroffen und würde dies auch weiterhin tun, damit keine Schutzrechte verletzt würden. Die H._____ arbeite weiterhin gut mit der G._____ zusammen (pag. WSG 57 ff.).

Ergänzend ist festzuhalten, dass die Beschuldigte anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 25. Februar 2011 aussagte, dass die Idee der Beilage aus dem Gesamtkonzept entstanden sei. Es sei die Baumform gewählt worden, weil die ganze Weihnachtskampagne um den Baum gebaut worden sei. Auch in der Hauptverhandlung vom 26. Oktober 2011 sagte sie, dass die Idee für den Lufterfrischer ursprünglich von der G._____ gewesen sei. Es habe sich um eine gesamte Werbekampagne gehandelt, die sich um den Weihnachtsbaum gedreht habe. Key Visual sei der Weihnachtsbaum gewesen. Es sei deshalb klar gewesen, dass der Lufterfrischer auch die Form eines Weihnachtsbaumes haben müsse.

3.4.2 Aussagen von O._____, G._____

Die Aussagen von O._____ gab die Vorinstanz wie folgt wieder (Motiv WSG, pag. 125 f.):

Am 25.02.2011 wurde O._____ durch den Staatsanwalt befragt. Sie sagte aus, dass sie die Kampagne bewilligt habe. Der Lufferfrischer sei aber nie bei der G._____ gewesen. Dieser sei von der Werbeagentur bestellt worden. Bei ihrer Unterzeichnung habe die Beilage zur Broschüre nicht vorgelegen. Es habe auch kein Muster derselben vorgelegen. Es sei lediglich ein Hinweis angebracht gewesen, dass dort ein Lufferfrischer beiliegen solle. Vor dem Versand der Beilage habe sie den Lufferfrischer nicht gesehen, auch nicht in Form einer Zeichnung. Auch sonst habe niemand von der G._____ einen Entwurf eines Lufferfrischers gesehen. Für die Lufferfrischer-Beilage sei die H._____ zuständig gewesen. Die verschickte Beilage habe sie erst nach der Abmahnung durch Rechtsanwalt E._____ gesehen. Vorgängig habe sie die Broschüre nur als Druckfahne gesehen. Auf der Druckfahne habe man die Umrisse der Beilage jedoch nicht gesehen. Sie habe die Broschüre inhaltlich überprüft. Die Umrisse des Lufferfrischers habe sie sich post festum organisieren müssen. Sie hätten sich den Katalog, aus dem der Stanzriss der Beilage ersichtlich gewesen sei, dann durch die H._____ beschafft. Der Stanzriss habe der G._____ nicht vorgelegen (pag. 20001 ff.).

3.4.3 Aussagen von M._____ I._____

Die Aussagen des Geschäftsführers der I._____, M._____, fasste die Vorinstanz wie folgt zusammen (Motiv WSG, pag. 126):

Anlässlich der Einvernahme bei der Zuger Polizei vom 03.06.2007 sagte M._____ (Geschäftsführer der I._____) aus, die I._____ habe die Rechtslage vorgängig nicht überprüft bzw. keine Schutzrechtsabklärungen getätigt. Sie hätten dies nicht für notwendig gehalten, weil die H._____ das Design vorgegeben habe. Für ihn stelle ein Duftbaum ein handelsübliches Produkt dar, welches weltweit von verschiedenen Herstellern produziert werde (pag. 100263).

Am 26.01.2009 sagte M._____ gegenüber der Staatsanwaltschaft des Kantons Zug aus, die I._____ habe den Auftrag zur Beschaffung eines Duftbaumes von der H._____ erhalten. Die I._____ habe nicht einen K._____ erhalten mit dem Auftrag, einen solchen Baum einfach billiger zu beschaffen. Der K._____ sei als solcher nicht im Spiel gewesen. Über die Auftragsbestätigung gebe es nichts Schriftliches mit der H._____. Die Druckfahne mit der Anzahl Duftbäume habe ein Mitarbeiter der I._____ an die H._____ übergeben, diese habe der Druckfahne zugestimmt. Die I._____ habe keine Formvorgabe gemacht ausser die Globalaussage Weihnachtsbaum. Der Produzent in Polen habe die entsprechende Form bereits im Angebot gehabt. Die Form sei demnach nicht explizit für den Auftrag der I._____ hergestellt worden. Die I._____ habe den polnischen Produzenten nach Weihnachtsbaumformen gefragt und der polnische Produzent habe die bereits bestehende Form offeriert. Die H._____ habe keine Vorlage geliefert, die Vorlage habe der polnische Produzent geliefert. Diese Vorlage sei an die H._____ geschickt worden, aber nicht durch ihn. Er habe gewusst, dass ein Angebot für einen

Weihnachtsbaum hinausgegangen sei, über die konkrete Form habe er aber damals nichts gewusst. Die Formgebung sei untergeordnet und für ihn nicht relevant gewesen. Er habe den Bekanntheitsgrad des K._____ nicht gekannt, er habe aber auch die konkrete Form des L._____ -Duftbaumes nicht gekannt. Erst im Nachhinein hätten sie die beiden Produkte konkret verglichen. Auf die Frage des Staatsanwaltes, wem bei einem Auftragsverhältnis die Aufgabe zukomme, die markenrechtlichen Gegebenheiten abzuklären, dem Beauftragten (I._____) oder der Auftraggeberin (H._____), sagte M._____ aus, er stelle sich vor, dass die I._____ als Importeurin diese Rechte hätte überprüfen müssen (pag. 100307 ff.).

3.4.4 Aussagen von R._____, I._____

R._____, Verwaltungsratspräsident der I._____, gab gemäss Zusammenfassung der Vorinstanz folgendes zu Protokoll:

Am 26.01.2009 sagte R._____ gegenüber der Staatsanwaltschaft des Kantons Zug aus, er sei Verwaltungsratspräsident der I._____, diese sei eine kleinere Gesellschaft mit ca. 18 Mitarbeitern, es sei eine Tochtergesellschaft der I._____ Group, welche rund 220 Mitarbeiter umfasse. Er sei Hauptaktionär der Gruppe, diese habe 8 Tochtergesellschaften und er sei im Verwaltungsrat der 8 Tochtergesellschaften und im Verwaltungsrat der Holding. Die I._____ mache Merchandising von Werbeartikeln, sie würden alles dazukaufen und nichts selber produzieren. Die I._____ wickle rund 1'000 Aufträge jährlich ab, die I._____ Group 250'000 Aufträge. Der Auftrag der H._____ sei vom Volumen her nicht ausserordentlich gross gewesen. Mit dem Problem des Duftbaumfalles habe er sich erst zu befassen begonnen, als er erfahren habe, dass eine Strafanzeige gegen ihn eingegangen sei. Bei der Anzahl der pro Jahr anfallenden Aufträgen sei es gar nicht möglich, dass man über jeden Auftrag konkret informiert sei (pag. 100301 ff.).

8. Beweiswürdigung betreffend MSchG

8.1 Beweiswürdigung Vorinstanz

Die Würdigung der vorhandenen Beweismittel führte zu folgendem Beweisschluss der Vorinstanz:

Bezüglich der Frage, ob die Beschuldigte das (geschützte) Zeichen, um das es vorliegend geht, gekannt hat, kann zunächst und vor allem festgehalten werden, dass die Beschuldigte in einer ersten Befragung selber auf entsprechende Frage erklärt hat, sie habe im Jahre 2006 den Namen K._____ gekannt und kenne auch das Produkt. Dieser werde als Raum- bzw. Autoerfrischer verwendet (pag 100296 f.). In einer späteren Befragung bestätigte sie, dass sie den K._____ praktisch von Kindsbeinen an gekannt habe (pag. 20011). Im Zusammenhang mit der generellen Bestätigung ihrer im Rahmen der Voruntersuchung gemachten Aussagen bestätigte sie anlässlich der Hauptverhandlung diese beiden Angaben. Diese Aussagen sind für das Gericht plausibel, weiss doch ein guter Teil der erwachsenen Schweizer Bevölkerung sofort, was gemeint ist, wenn insbesondere von einem Auto-Luftfrischer die Rede ist.

Wenn die Beschuldigte gleichzeitig geltend macht, sie wisse nicht bzw. habe nicht gewusst, wie ein K._____ aussehe (pag. 100296 f.), ist das hingegen für das Gericht nicht

glaubhaft. Der Beschuldigten – wie den meisten Personen, die einen K._____ grundsätzlich kennen – ist selbstverständlich zuzubilligen, dass sie nicht auf Anhieb ein identisches Abbild des K._____ wiedergeben könnte. Wenn man allerdings, wie viele das beim hier zur Diskussion stehenden Produkt tun würden, glaubhaft versichert, ein Produkt zu kennen, das gerade wegen seiner Form bekannt ist, ist die Aussage der Beschuldigten nicht nachvollziehbar. Es kann also in einem ersten Schritt festgehalten werden, dass die Beschuldigte das (geschützte) Zeichen, um das es vorliegend geht, auch optisch gekannt hat.

Damit stellt sich die Frage, ob sie auch die Gefahr einer Verletzung eines geschützten Zeichens erkannt hat. Die Beschuldigte macht geltend, sie habe nicht gewusst, dass der K._____ mit einem gültigen Markenrecht geschützt ist (pag. 100297). Das ist nicht zu widerlegen. Damit ist die gestellte Frage aber nicht zu verneinen, sondern es ist zu fragen, ob sie die Gefahr einer Verletzung erkannt hat. Das wird von der Beschuldigten selber sinn­gemäss bestritten. Festzuhalten ist allerdings zunächst einmal, dass die Beschuldigte eine entsprechend ausgebildete, langjährige und erfolgreiche Werberin ist. Sie hat erklärt, dass sie aufgrund ihrer Ausbildung und langjährigen Tätigkeit Erfahrung im Bereich Marken- und Wettbewerbsrecht habe und dass die Abklärung von Schutzrechten im Kerngeschäft der H._____ lägen (pag. 100293 f. und pag. 10182 f., pag. 20010). Auch wenn die Beschuldigte geltend macht, dass sie während ihrer jahrelangen Berufstätigkeit tatsächlich keine Abklärungen in Bezug auf Markenrechte vorgenommen habe bzw. habe vornehmen lassen (pag. 20010), kann man davon ausgehen, dass die Beschuldigte bezüglich des Themas Markenschutz grundsätzlich sensibilisiert ist.

Hinzu kommt, dass die H._____ und damit die Beschuldigte gemäss dem unter anderem von letzterer unterzeichneten Dachvertrag mit der G._____ vom 06.02.2006 (pag. 4206 ff.) für die Einholung allenfalls benötigter Nutzungsrechte zuständig war und garantierte, dass bei der Verwendung von Schutzrechten keine gesetzlichen Bestimmungen oder Rechte Dritter verletzt werden. Gemäss der Beschuldigten ist eine vertragliche Regelung der Verantwortlichkeiten in Bezug auf Schutzrechte zwischen Kunde und Werbeagentur üblich (pag. WSG 60). Auch das zeigt, dass Schutzrechte nicht nur im konkreten Fall, sondern in der Werbung generell ein regelmässiges und von den Parteien als möglicher Problem­punkt erkanntes Thema sind. Im konkreten Fall wurde die Verantwortung dafür an die H._____ und damit an die Beschuldigte übertragen.

Festzuhalten ist auch, dass die Beschuldigte im Gegensatz zu O._____ (G._____) und M._____ sowie R._____ (beide I._____), die dies verneint haben, die konkrete Form des für die Werbebroschüre verwendeten Lufterfrischers, das heisst den Stanzriss (pag. 100153), vor dem Versand der Broschüre gesehen hat (pag. 20008 f.). O._____ hatte die konkrete Form des Lufterfrischers vor dem Versand der Werbebroschüre nicht gesehen (pag. 20002, auch pag. 20009 unten). M._____ wusste, dass die I._____ einen Auftrag zur Lieferung von Duftbäumen zu erfüllen hatte, aber er hatte die konkrete Form des Lufterfrischers ebenfalls nicht gesehen (pag. 100312). R._____ hatte sich mit dem Duftbaumfall erst befasst, als er erfuhr, dass eine Strafanzeige gegen ihn eingegangen war (pag. 100302). Die Beschuldigte ist die einzige Person in leitender Position, welche den Stanzriss bzw. die konkrete Form des Lufterfrischers vor dessen Herstellung bzw. dem Versand gesehen und bewilligt hat und zudem über eine fundierte Ausbildung und

langjährige Berufserfahrung im Marketingbereich verfügt, welche insbesondere auch die Problematik der Schutzrechte umfasst.

Sie hat also wie ausgeführt gewusst, dass es auf dem Markt Lufterfrischer gibt, die die Form eines stilisierten Tannenbaums haben. Zudem hat sie die Form des von ihr bestellten und für die Werbekampagne verwendeten Lufterfrischers gekannt. Als erfolgreiche Werberin ist die Beschuldigte mit Sicherheit eine aufmerksame Beobachterin. Es kann ihr nicht entgangen sein, dass die beiden Lufterfrischer neben dem übereinstimmenden Verwendungszweck einander auch in der Form enorm ähnlich sind. Nachdem die Beschuldigte zudem bezüglich möglicher Markenrechte sensibilisiert ist, geht das Gericht deswegen zusammengefasst davon aus, dass die Beschuldigte auch die Gefahr einer Verletzung eines Schutzzeichens erkannt hat.

Die Beschuldigte wendet zusammengefasst ein, dass sie aufgrund des Umstandes, dass die Lieferantin der H._____, die I._____, ein etabliertes Unternehmen der Werbeartikelbranche sei und sie aufgrund eines Katalogs bzw. aufgrund einer vorbestehenden Vorlage bestellt hätten, keinen Grund gehabt habe, Abklärungen zu treffen (pag. 20011). Daraus kann die Beschuldigte allerdings nichts für sich ableiten. Zwischen der H._____ und der I._____ als Lieferantin existiert kein Vertrag, in dem die Verantwortlichkeiten geregelt gewesen wären (pag. 20013). Aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der I._____ ergibt sich nicht, dass die Prüfung der Schutzrechte Aufgabe der I._____ gewesen wäre (pag. 100326). Soweit die AGB's auf den vorliegenden Fall überhaupt anwendbar gewesen wären, ergibt sich aus Ziff. 4 Abs. 2 im Gegenteil, dass die Beachtung von Schutzrechten eher Aufgabe des Kunden und damit der H._____ gewesen wäre. Anderes ergibt sich auch weder aus den Aussagen von M._____, der – allerdings erst im Nachhinein – erklärte, dass er sich (inzwischen) vorstelle, dass sie als Importeurin diese Rechte hätten prüfen müssen (pag. 100263 und 100314), noch aus dem Ehrenkodex des Branchenverbandes PROMOSWISS (pag. WSG 84 f.). Dort ist lediglich die Selbstverständlichkeit festgehalten, dass auch die Werbeartikelindustrie die Schutzrechte Dritter zu beachten hat. Dieser Verpflichtung untersteht aber im gleichen Masse die Beschuldigte. Zusammengefasst besteht keine vertragliche Regelung zwischen der H._____ und der I._____ bezüglich der Verantwortlichkeit für die Einhaltung von Schutzrechten. Die Klärung markenrechtlicher Probleme oblag damit (gleichermaßen) der Beschuldigten, umso mehr, als sie ihrerseits gegenüber der G._____ vertraglich ausdrücklich dafür garantierte, dass die Schutzrechte eingehalten werden.

Wenn schliesslich die Verteidigung einwendet, dass keine Werbeagentur ihre Kunden vorsätzlich dem Risiko aussetze, in zivil- und strafrechtliche Verfahren verwickelt zu werden (pag. WSG 87), so ist dem entgegenzuhalten, dass die Beschuldigte offensichtlich nicht damit gerechnet hat, dass eine einmalige Verwendung eines Lufterfrischers in einer Werbeaktion eines bekannten Unternehmens solche Folgen hat. Sie wird davon ausgegangen sein, dass die Verwendung vom möglichen Markeninhaber gar nicht bemerkt wird oder wenn doch, sich jedenfalls ohne grosses Aufheben aus der Welt schaffen lässt. Eine mögliche Erklärung für die Beweggründe der Beschuldigten mag auch darin liegen, dass die Vorbereitungszeit extrem knapp gewesen war, wie dies die Beschuldigte anlässlich der Hauptverhandlung bestätigte (pag. WSG 61) und sich im Übrigen auch aus dem Mailverkehr H._____ / I._____ ergibt, der anfangs Oktober 2006 stattgefunden hat (pag. 100145

ff.). Es ist also nicht von der Hand zu weisen, dass für Abklärungen und / oder Verhandlungen schlicht keine Zeit verblieb.

Zusammengefasst geht das Gericht somit davon aus, dass die Beschuldigte die Gefahr einer Markenrechtsverletzung in Kauf genommen hat.

8.2 Beweismwürdigung Kammer

13. Die Verteidigung bringt in ihrer schriftlichen Berufungsbegründung zunächst vor, dass die durch die Vorinstanz vorgenommene Beweismwürdigung, wonach die Beschuldigte die Gefahr einer Markenrechtsverletzung in Kauf genommen habe, in Anbetracht des massgebenden Sachverhalts rechtsfehlerhaft sei und Art. 61 Abs. 1 lit. b MSchG sowie Art. 10 StPO verletze.

Ausgangslage sei, dass die Weihnachtswerbung der G._____ unter dem vorgegebenen Leitmotiv eines G._____ -Weihnachtsbaums gestanden habe und dem Magazin „_____“ auf ausdrücklichen Wunsch der G._____ ein kleines Give-away in Form eines duftenden Weihnachtsbäumchens beigefügt worden sei. Damit habe das Leitmotiv der Weihnachtswerbung auch bei der Zugabe entsprechend aufgenommen werden sollen.

Die H._____ AG habe Offerten von handelsüblichen Bäumchen eingeholt. Man habe innerhalb der auf dem Markt frei verfügbaren Angebote evaluiert.

Die I._____ AG gehöre zum überprüften Lieferantenpool der G._____ und gelte daher als seriös und zuverlässig. Die Anfrage der Mitarbeiter der H._____ AG habe lediglich auf ein handelsübliches, auf dem freien Markt erhältliches Duftbäumchen gelaute, hingegen sei ausdrücklich keine Formvorlage für dieses Duftbäumchen seitens der H._____ AG erfolgt. Der polnische Lieferant habe diese Vorlage in seinem Grundsortiment geführt. Es sei rechtskräftig erstellt, dass es nie darum gegangen sei, eine Kopie des K._____ zu erstellen; der K._____ sei als solcher im Rahmen der Vertragsabwicklung nie im Spiel gewesen. Gestützt auf diesen Umstand hätten die Zuger Strafverfolgungsbehörden bezeichnenderweise das Strafverfahren gegen die verantwortlichen Personen der I._____ AG eingestellt. Die durch die Staatsanwaltschaft Zug vom 6. Februar 2009 in Bezug auf die verantwortlichen Personen der I._____ AG gemachten Ausführungen seien auf die Beschuldigte analog anwendbar.

14. Der Vertreter der Strafklägerinnen teilt in seiner Stellungnahme zur Berufungsbegründung die gemäss seiner Auffassung sorgfältige und umfassende Beweismwürdigung des Wirtschaftsstrafgerichts. Die Beschuldigte habe nicht nur die Gefahr, sondern die Verletzung des Markenrechts in Kauf genommen.

Es sei widersprüchlich zur Aussage der Beschuldigten, wonach die Idee der Beilage eines Duftbaums bei der H._____ entstanden sei, wenn in der Berufungsbegründung nun ausgeführt werde, dass die Beifügung des duftenden Weihnachtsbäumchens auf ausdrücklichen Wunsch der G._____ erfolgt sei. Aus der Befragung der Beschuldigten durch das Wirtschaftsstrafgericht gehe allenfalls hervor, dass die G._____ ein Geschenk an ihre Kunden habe machen wollen, dessen Inhalt jedoch nicht bestimmt

habe. Es sei aktenwidrig, wenn in der Berufungsbegründung ausgeführt werde, es sei „ausdrücklich keine Formvorlage für dieses Duftbäumchen seitens der H. _____ AG“ erfolgt. Vielmehr führe die Beschuldigte an der Einvernahme vor dem Wirtschaftsstrafgericht aus: „Vorgabe war die Lieferung eines Weihnachtsbaumes“.

In der Schweiz gebe es entgegen dem, was die Beschuldigte hier glaubhaft machen wolle, keine „handelsüblichen Bäumchen“ und keine „auf dem Markt frei verfügbaren Angebote“, jedenfalls nicht soweit diese die Markenrechte der Strafklägerin 1 verletzen. Sobald die Markeninhaberin vom Auftauchen von verletzenden Produkten in der Schweiz oder anderswo Kenntnis erhalte, gehe sie mit Abmahnungen oder Rechtsschritten konsequent dagegen vor. Der G. _____-Lufterfrischer möge als Stanzriss, d.h. Skizze, in einem Katalog oder wohl eher auf einer ausländischen Internetseite ungehindert angeboten worden sein, doch könne das fertige Produkt aufgrund der gegebenen Markenrechtsverletzung schon begrifflich nicht ein handelsübliches, auf dem Markt frei verfügbares Angebot sein, weil ihm die Einziehung und Vernichtung drohe (Art. 57 MSchG).

Die Privatklägerinnen würden die Seriosität der I. _____ AG nicht bestreiten. Tatsache sei jedoch, dass diese Firma ein markenrechtsverletzendes Produkt angeboten und geliefert habe. Die Beschuldigte habe sich nicht soweit auf die „Seriosität“ der Lieferfirma verlassen dürfen, dass sie die ihr selber obliegenden Prüfungs- und Vorsichtsmassnahmen einfach habe ignorieren können. Die I. _____ AG als bloße Importeurin habe die Werbekampagne nicht gekannt und daher die konkrete Gefahr einer Verletzung von MSchG und UWG nicht anstelle der Beschuldigten beurteilen können.

Das Strafverfahren in Zug sei nicht durch die Staatsanwaltschaft, sondern durch Urteil der Justizkommission des Obergerichts des Kantons Zug eingestellt worden, womit die Ausführungen der Zuger Staatsanwaltschaft nicht rechtskräftig geworden seien und ausserdem inhaltlich durch die Feststellungen des Handelsgerichts des Kantons Zürich überholt worden seien, wonach die markenrechtlich geschützte Baumform in der Schweiz sehr wohl notorische Bekanntheit aufweise. Die Justizkommission habe das Verfahren in Zug eingestellt, weil die beschuldigten Manager der I. _____-Gruppe nicht persönlich mit der Lieferung des inkriminierten G. _____-Lufterfrischers befasst gewesen sein sollen. Vielmehr seien andere Mitarbeiter involviert gewesen, auf welche aber die Strafuntersuchung infolge nachlassenden Elans nicht ausgedehnt worden sei.

15. Die Berufungsklägerin gab in ihrer Replik an, an ihren Ausführungen festzuhalten, wonach die Idee der Beilage eines Giva-away von der G. _____ stamme. Eine andere Aussage werde in der Berufungsbegründung nicht behauptet.

Die Ausführungen der Strafklägerinnen würden nicht der Realität entsprechen. Erneut sei erwähnt, dass die H. _____ AG wegen des Zeitdrucks zwingenderweise auf Angebote zurückgegriffen habe, welche ab Stand verfügbar gewesen seien. Alle drei angefragten Lieferanten hätten solche Duftbäume in ihrem Sortiment geführt und ohne Vorbehalte entsprechende Offerten unterbreitet. Das sei Beleg für das auf dem Markt frei verfügbare Angebot.

Unbestritten sei, dass die I. _____ AG zum überprüften Lieferantenpool der G. _____ gehöre, was einem Gütesiegel gleichkomme und Garant für entsprechende Seriosität darstelle, auf die der Vertragspartner vertrauen dürfe. Die Strafklässigerinnen würden bei dieser Sachlage die Tragweite der Abklärungspflicht einer Werbeagentur überdehnen und übersehen, dass eine Abklärungspflicht primär in Zweifelsfällen zur Anwendung gelange.

Die Ausführungen der Strafklässigerinnen gingen an der Sache vorbei. Entscheidend sei, dass die Anfrage der H. _____ AG auf ein handelsübliches Duftbäumchen ausgerichtet und die Form nebensächlich gewesen sei. Die von den Strafklässigerinnen vorgenommene Gleichsetzung Weihnachtsbaum gleich K. _____ sei unzulässig und in Anbetracht des banalen Charakters des K. _____ realitätsfremd.

Die Strafklässigerinnen hätten die Einstellung des Strafverfahrens bei der Justizkommission des Kantons Zug wegen Nichtvorliegens des subjektiven Tatbestands gar nicht beanstandet. Das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vermöge an diesem Umstand nichts zu ändern, da das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich keine Rückschlüsse in Bezug auf den subjektiven Tatbestand gemäss Art. 61 Abs. 1 MSchG zulasse.

16. Wie die Verteidigung richtig ausführt, wurde die Einstellung des Strafverfahrens gegen M. _____ und R. _____ mit dem fehlenden subjektiven Tatbestand betreffend einer Verletzung von Art. 61 MSchG und Art. 23 UWG begründet. Die Justizkommission stellte fest, dass die Einstellungsverfügung in diesem Punkt rechtskräftig sei (pag. 100107).

M. _____ sagte aus, dass die H. _____ das Design vorgegeben habe (Befragung Zuger Polizei vom 3. Juni 2007, pag. 100263). Er könne nicht abschliessend beantworten, ob die Idee von der H. _____ oder der G. _____ sei (pag. 100266).

Gemäss O. _____ sei die Idee, einen Lufterfrischer in der Erscheinung und im Verwendungszweck eines Duftbäumchens zu beschaffen, anlässlich der Kreativsitzung entstanden, an welcher sich Mitarbeiter der H. _____ und der G. _____ beteiligt hätten (Befragung durch Zuger Polizei, 26. Juni 2007, pag. 100274).

A. _____ gab zu Protokoll, dass in der Weihnachtswerbekampagne der G. _____ Leitidee gewesen sei, einen Weihnachtsbaum in den Mittelpunkt der Werbung zu stellen (Befragung Zuger Polizei vom 26. Juni 2007, pag. 100299). Die Idee der Beilage sei aus dem Gesamtkonzept entstanden, bei der H. _____ (Einvernahme Staatsanwaltschaft vom 25. Februar 2011, pag. 20012). Es habe sich um eine gesamte Werbekampagne gehandelt, die sich um den Weihnachtsbaum gedreht habe. Da Key Visual der Kampagne ein Weihnachtsbaum gewesen sei, sei klar gewesen, dass der Lufterfrischer auch die Form eines Weihnachtsbaums habe (Einvernahme WSG vom 26. Oktober 2011, WSG, pag. 62).

Aufgrund dieser Aussagen ist für die Kammer klar erstellt, dass die Idee zur Beilage eines Duftbäumchens bei der H. _____ entstand. Die G. _____ hatte nichts damit zu tun, dass es gerade ein Lufterfrischer in der Form eines Weihnachtsbaums war. Auch erstellt ist, dass Key Visual der Kampagne der G. _____ ein Weihnachtsbaum war.

17. Die Verteidigung wendet des Weiteren ein, dass die Annahme, wonach die Beschuldigte das geschützte Zeichen optisch gekannt habe, geradezu willkürlich sei. Der Duftbaum sei nicht primär wegen seiner Form, sondern in erster Linie wegen seines Duftes als Raumerfrischer bekannt und es würde eine Vielzahl von ähnlichen Produkten auf dem Markt angeboten. Auf jeden Fall lasse sich bei dieser Beweislage keineswegs der Schluss ziehen, dass die Beschuldigte die Form des Baumes zwingend gekannt haben müsse. Ihre diesbezügliche Aussage, wonach sie die Form des geschützten Zeichens nicht gekannt habe, sei gerade in Kenntnis der Vielzahl des handelsüblichen Marktangebots von Duftbäumen durchaus nachvollziehbar und plausibel: die gegenteilige Annahme der Vorinstanz stelle eine Mutmassung dar, die nicht rechtsgenügend erwiesen, sondern spekulativer Natur sei. In einem Strafverfahren sei das Wissen der Beschuldigten durch konkrete Beweismittel entsprechend zu belegen: es gehe daher nicht an, einfach zu Lasten der Beschuldigten eine Rechtsvermutung aufzustellen. Die Vorinstanz verletze dadurch den Grundsatz in dubio pro reo.

Die Annahme der Vorinstanz, dass die Beschuldigte Kenntnis vom Stanzriss gehabt habe, sei falsch, da aktenmässig in keiner Weise erstellt. Die Beschuldigte habe ausgeführt, dass sie die Bestellung und das Layout, hingegen kein fertiges Muster gesehen habe. Unter Layout sei ihr anlässlich der Einvernahme vom 25. Februar 2011 das Layout der Weihnachtskampagne vorgehalten worden. Dieses auftragsspezifische Layout habe die Beschuldigte gesehen, hingegen gerade keine Kenntnis vom Stanzriss gehabt. Das Layout in seiner auftrags- sprich „G._____-spezifischen“ Ausgestaltung sei unter Verweis auf die Aussage der Beschuldigten für sie ausschliesslich „G._____-spezifischen“, wobei das zum Layout verarbeitete Grundprodukt erst noch von einem Lieferanten aus dem G._____-Lieferantenpool gestammt habe. Im Lichte des zeitlichen Ablaufes der Duftbaumbestellung und im Lichte des konkreten Wissensstandes der Beschuldigten stelle der Schluss der Vorinstanz, wonach sie die Gefahr einer Markenverletzung erkannt habe, wiederum eine Vermutung dar, für die sich in den Akten keine Stütze finde. Dadurch werde der Grundsatz in dubio pro reo erneut verletzt.

Die fehlerhafte Annahme der Vorinstanz basiere zudem auf der Begründung, wonach die Beschuldigte gemäss Dachvertrag die Verantwortung für eine Verletzung von Schutzrechten zu tragen habe. Die Verantwortung gemäss Dachvertrag trage aber nicht die Beschuldigte, sondern die H.____ AG als Vertragspartnerin. In strafrechtlicher Hinsicht lasse sich somit aus diesem Dachvertrag keine direkte Schuld der Beschuldigten ableiten, d.h. allfälliges Fehlverhalten und allfälliges Wissen von anderen Angestellten der H.____ AG könne strafrechtlich nicht unisono auf die Beschuldigte abgewälzt werden und daraus gegen sie eine Verletzung von Art. 61 Abs. 1 lit. b MSchG abgeleitet werden. Die Übernahme der Verantwortung im Rahmen ihrer Organstellung bedeute für die Beschuldigte strafrechtlich keineswegs ein Einstehenmüssen für das Wissen von Mitarbeitern. Solches wäre allenfalls unter dem Aspekt des Organisationsverschuldens zu würdigen. Ein derartiges Organisationsverschulden sei im vorliegenden Verfahren aber nicht Anklagegegenstand und daher irrelevant.

Die Argumentation der Vorinstanz übersehe weiter, dass gemäss den Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit der I. _____ AG die Verantwortung für die Einhaltung der Schutzrechte bei der I. _____ AG gelegen habe, was von deren Geschäftsführer auch so bestätigt worden sei. All diese Umstände würden bei objektiver Betrachtungsweise klar gegen die Annahme der Vorinstanz sprechen, wonach die Beschuldigte die Gefahr einer Verletzung durchaus erkannt habe.

Zusammenfassend erweise sich die Beweiswürdigung der Vorinstanz als Verletzung der Unschuldsvermutung gemäss Art. 10 StPO. Bei der erwiesenen Sach- und Beweislage sei weder die Kenntnis der optischen Form noch die Erkennung der Verletzungsgefahr eines Schutzzeichens durch die Beschuldigte nachgewiesen. Indem die Vorinstanz dies verkenne, verletze sie sowohl Art. 10 StPO als auch Art. 61 Abs. 1 lit. b MSchG.

18. Dem hält der Vertreter der Strafklägerinnen entgegen, dass die Beschuldigte ausgesagt habe, die „K. _____ Duftbäumchen“ nach Namen und Produkt-Aussehen zu kennen. Dennoch lasse sie in ihrer Berufung vortragen, die Annahme, sie habe das geschützte Zeichen optisch gekannt, sei willkürlich.

Der Hinweis in der Berufungsbegründung, wonach der „Duftbaum“ nicht primär wegen seiner Form, sondern „wegen seines Duftes als Raumerfrischer“ bekannt sei, verwechsle die Eigenschaften eines Produktes, welche ein Konsument schätze und derentwegen er das Produkt wieder kaufen möchte (also den Duft), mit der Funktion des Kennzeichens (Wortmarke oder Formmarke), anhand dessen der Konsument das Produkt in der Masse des Angebotes wiederfinde und von anderen Produkten unterscheiden könne. Mit anderen Worten: man schätze den K. _____ -Lufterfrischer aufgrund seines Duftes, das Wiedererkennen erfolge aber aufgrund seiner Form.

Die Beschuldigte habe den K. _____ -Lufterfrischer seit langem gekannt, wie sie zugegeben habe. Sie habe ihn anhand seiner Form wieder erkannt, nicht anhand seines Duftes (es gebe übrigens viele verschiedene Duftnoten). Vom Duft sei in der gesamten Untersuchung und im Gerichtsverfahren bisher nie die Rede gewesen, schon gar nicht vom Duft als angebliches Erkennungs- oder Unterscheidungsmerkmal.

Es überrasche übrigens nicht, dass die Beschuldigte die geschützte Baumform gekannt habe. Wie das Handelsgericht des Kantons Zürich im Urteil festgehalten habe, sei dieses Zeichen bei der erwachsenen Bevölkerung der Schweiz bekannt, „was als notorisch gelten kann“.

Für den G. _____ -Lufterfrischer sei eine Form ausgewählt worden, welche dieselben Formelemente aufweise wie bei der geschützten Formmarke der Strafklägerin 1. Im internationalen Angebot von Formen (und erst recht in der Natur) hingegen gebe es asymmetrische und dynamisch geschwungene Formen, spitz auslaufende Äste die sich auch nach oben wenden würden, dünne lange Stämme, und Formen ohne Sockel. Die von der Beschuldigten getroffene Wahl der Baumform lasse den Schluss zu, dass sie die geschützte Baumform der Strafklägerin 1 wiedererkannt habe, und eine Form mit den gleichen relevanten Stilelementen gesucht habe.

Falsch sei die Behauptung in der Berufungsbegründung, dass „eine Vielzahl von ähnlichen Produkten auf dem Markt angeboten“ werde. Richtig sei, dass in der Schweiz keine andern Papier-Lufterfrischer als die K._____ Produkte erhältlich seien, welche die geschützte oder eine verwechselbar ähnliche Baumform aufweisen würden – bzw. dass solche Nachahmungen nach Intervention der Strafklägerinnen sofort wieder verschwinden würden. Ausserdem gebe es Lufterfrischer in anderen Formen. Die Beschuldigte belege ihre Behauptung mit keinen Beweisen.

Der Beweis dafür, dass die Beschuldigte das Kennzeichen der Strafklägerin 1 gekannt habe, ergebe sich aus ihrem glaubwürdigen Geständnis. Sodann würden alle vorhandenen Indizien dafür sprechen, dass die reichlich spät erfolgte Bestreitung dieses Wissens aus rein prozesstaktischen Motiven erfolgt und mithin unglaublich sei. Die Vorinstanz habe nicht eine Mutmassung aufgestellt, wonach die Beschuldigte die Form zwingend habe gekannt haben müssen. Vielmehr sei das Wirtschaftsstrafgericht zur Überzeugung gekommen, „dass die Beschuldigte das (geschützte) Zeichen, um das es vorliegend gehe, auch optisch gekannt habe“.

Die neue Behauptung der Beschuldigten, sie habe kein definitives Muster der inkriminierten Baumform gesehen, sei nicht glaubwürdig. Massgeblich sei vielmehr ihre bisher nicht widerrufenen Aussage in der Einvernahme vor dem Staatsanwalt: „Ich sah die Bestellung. ... Wir erteilten einen schriftlichen Auftrag. Wir machten die Bestellung anhand eines Katalogs. Wir bestellten 1:1 anhand eines Katalogbilds.“ ... „Beschlossen und ‚ab-gesegnet‘ habe ich die Bestellung.“

Im Katalog der I._____ bzw. des polnischen Lieferanten oder wohl eher auf dessen Webseite sei zwar der Stanzriss des G._____ -Lufterfrischers aufgeführt gewesen, was nicht bestritten sei. Der Stanzriss sei demnach bei der gemäss Aussage der Beschuldigten „anhand eines Katalogs“ erteilten Bestellung jedenfalls vorgelegen. Also habe die Beschuldigte den Stanzriss vor der Auftragserteilung gesehen. Auf jeden Fall habe die Beschuldigte den Umriss (d.h. die Form) gekannt. Sie habe auf Vorhalt des Aktenstücks pag. 1020, woraus die Form des G._____ -Lufterfrischers bzw. des Stanzrisses zweifelsfrei hervorgehe, erklärt, dieses gekannt zu haben.

Das Hin und Her im Protokoll um das Layout habe sich lediglich auf die Frage, was die Mitarbeiter der G._____ gesehen hätten, bezogen. Es sei immer klar gewesen, dass die Beschuldigte sowohl den Stanzriss, als auch das Layout persönlich gekannt habe.

Der Beschuldigten sei die Form des G._____ -Lufterfrischers persönlich bei der Auftragserteilung an die I._____ bekannt gewesen. Es gehe also nicht darum, dass ihr das Wissen von Mitarbeitern zugerechnet oder ihr ein Organisationsverschulden vorgeworfen werde.

Es sei unbestreitbar, dass die Beschuldigte als branchenkundige Werbefachfrau verpflichtet gewesen sei, Abklärungen über den rechtlichen Schutz der Baumform der K._____ Lufterfrischer zu treffen, sofern und soweit ihr das Produkt und das Zeichen

bekannt gewesen seien und sie demnach gewusst habe, dass das Zeichen im Geschäftsverkehr verwendet worden sei.

Sie hätte an jedem Tankstellen-Shop einen K._____ Papier-Lufterfrischer ansehen und auf der Verpackung den Schutzrechtsvermerk der Strafklägerin 1 lesen können.

Die Beschuldigte lasse nun aber vorbringen, sie sei der Abklärungspflicht enthoben gewesen, weil die Verantwortung für die Einhaltung der Schutzrechte bei der I._____ AG gelegen habe. Was nicht vorgebracht worden sei, aber notwendig zu dieser Argumentation gehören würde, wäre die Behauptung, dass sich die Beschuldigte zudem habe darauf verlassen dürfen, dass die I._____ AG diese Verantwortung im Einzelfall auch wahrnehmen und dabei zu den richtigen Resultaten kommen würde.

Das Wirtschaftsstraengericht sei zum richtigen Schluss gekommen, dass die Verantwortung für die Einhaltung von Schutzrechten sowohl beim Importeur als auch bei der Werbeagentur liege und demzufolge auch die Beschuldigte entsprechende Abklärungen hätte treffen müssen.

Es gebe keine gesetzliche oder vertragliche Grundlage, wonach die Werbeagentur ihre Verantwortung auf den Importeur abschieben könne. Selbst wenn eine solche existieren würde, müsste die Beschuldigte als Branchenkennerin damit rechnen, dass derartige Pflichten von einem Importeur nicht immer in genügendem Mass wahrgenommen würden.

Da schliesslich nur die Werbeagentur den konkreten Verwendungszweck des importierten Artikels kenne, müsse die Werbeagentur auf jeden Fall eine eigene Rechtsbeurteilung vornehmen, weil es bei Schutzrechtsverletzungen immer auf die konkrete Verwendung ankomme.

Die Beschuldigte sei aus all diesen Gründen nicht davon dispensiert gewesen, Abklärungen zur Markenrechtssituation vorzunehmen. Da sie dies unterlassen habe, habe sie eine Schutzrechtsverletzung in Kauf genommen.

Alle vorliegenden Beweise und Indizien würden belegen, dass die Beschuldigte das Kennzeichen gekannt habe. Für das Gegenteil liege kein Beweis oder Indiz vor, sondern nur die spätere und widersprüchliche Bestreitung durch die Beschuldigte.

Aus der Sicht der Strafklägerinnen habe das Wirtschaftsstraengericht Art. 10 StPO richtig angewendet.

19. Die Verteidigung entgegnet, dass die Kenntnis des Produktes mit banalem Charakter keineswegs automatisch Kenntnis der konkreten Ausgestaltung der Form impliziere, zumal ähnliche Produkte auf dem Markt frei verfügbar seien. Der von der Vorinstanz vorgenommene Schluss, wonach die Beschuldigte die Form des Zeichens optisch zwingend gekannt habe, sei rechtlich unzulässig. Die Vorinstanz anerkenne selber, dass von der Beschuldigten nicht verlangt werden könne, dass sie ein identisches Abbild

wiedergeben könne. Wiedergabe des identischen Abbildes setze Kenntnis der konkreten Form und damit Kenntnis der Formmarke voraus, da der Schutz der Formmarke ja einzig in deren spezifischer Formgebung bestehe. Könne diese identische Wiedergabe nicht verlangt werden, lasse sich daraus aber nicht der Umkehrschluss ziehen, wonach die Beschuldigte die konkrete Form des Zeichens optisch gekannt habe. Dies verletze den Grundsatz in dubio pro reo.

Die Aussage der Beschuldigten, wonach sie den Stanzriss nicht gesehen habe, sei keineswegs neu. Im Übrigen habe die Beschuldigte anlässlich der Einvernahme mehrfach den Begriff wir (=H._____) verwendet, womit beweismässig keineswegs erwiesen sei, dass die Beschuldigte den Stanzriss persönlich effektiv gesehen habe, wie dies die Vorinstanz fälschlicherweise annehme. Persönlich gesehen habe sie gestützt auf ihre Aussage erwiesenermassen nur das „G._____-spezifische“ Layout gemäss pag. 1020. Dieses unterscheide sich aber beträchtlich vom K._____. Bei dieser Sachlage basiere der verurteilende Schluss der Vorinstanz auf einer Vermutung, für die sich in den Akten keine Stütze finde. Die Gefahr einer Verletzung des geschützten Zeichens habe sie bei dieser effektiven Sachlage schlicht nicht erkennen können. Der anderslautende Schluss der Vorinstanz verkenne dies und verletze dadurch den Grundsatz in dubio pro reo.

Daraus, dass die Beschuldigte beweismässig erwiesenermassen nur das „G._____-spezifische“ Layout des Lufterfrischers gekannt habe, folge, dass die Beschuldigte strafrechtlich nicht automatisch gestützt auf den Dachvertrag mit der G._____ für eine Verletzung der Schutzrechte persönlich einzustehen habe. Aus der Aussage des Beschuldigten gehe nämlich hervor, dass sie nur am Rande mit der Abwicklung des G._____-auftrags persönlich beteiligt gewesen sei. Es sei daher noch einmal festgehalten: Die Übernahme der Verantwortung im Rahmen ihrer Organstellung bedeute für die Beschuldigte strafrechtlich keineswegs ein Einstehenmüssen für das Wissen von Mitarbeitern. Ein solches wäre allenfalls unter dem Aspekt des Organisationsverschuldens zu berücksichtigen.

Die Argumentation der Vorinstanz, wonach die Beschuldigte die Gefahr einer Verletzung des Schutzrechtes hätte erkennen müssen, orientiere sich offensichtlich am Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich. Das sei jedoch eine unzulässige ex post Betrachtung. In einer Aktennotiz vom 10. November 2008 werde wörtlich festgehalten, dass die damals instruierenden Handelsrichter von einem Grenzfall sprechen bzw. eine Markenrechtsverletzung sogar verneinen würden, da die beiden Tannen nicht verwechselbar seien. Aus diesen Aussagen werde ersichtlich, dass die vorinstanzliche Annahme, wonach die Gefahr einer Markenverletzung für die Beschuldigte zwingend zu erkennen gewesen sei, so schlicht nicht haltbar sei.

Zudem sei auch die Annahme der Vorinstanz falsch, wonach die H._____ AG – und somit von vornherein nicht per se die Beschuldigte – ihre Sorgfaltspflicht bei der Abwicklung des G._____-auftrages verletzt habe. Gemäss Lehre habe die Werbeagentur einzig die Pflicht, die Zulässigkeit der von ihr entworfenen Werbung auf die Normen des engeren und weiteren Werberechts zu überprüfen. Darunter falle der Einkauf eines auf dem Markt frei erhältlichen Stanzrisses mit Sicherheit nicht bzw. impliziere auf keinen Fall eine vorsätzliche Verletzung einer solchen Sorgfaltspflicht. Genau dies unterstelle die Vorinstanz aber der Beschuldigten in ihrem Urteil vom 26. Oktober 2011.

Die Kenntnis der Formmarke in ihrer konkreten Ausgestaltung und die dadurch abgeleitete Erkennung der Gefahr durch die Beschuldigte sei nicht rechtsgenüglich nachgewiesen. Die Indizien, welche die Vorinstanz zur Bejahung der Gefahrenerkennung aufführe, stellten keinen Nachweis für eine vorsätzliche Markenrechtsverletzung dar.

20. Die Beschuldigte gab zu Protokoll, sie habe die Bestellung, welche anhand eines Katalogs gemacht worden sei, gesehen. Sie habe die Layouts der Beilage, jedoch kein fertiges Muster gesehen. Sie hätten 1:1 anhand des Katalogbilds bestellt (Befragung Staatsanwaltschaft vom 25. Februar 2011, pag. 20008). Die Form des Bäumleins habe zum Layout gehört (pag. 20009). Die I. _____ habe eine konkrete Zeichnung geliefert, d.h. einen Stanzriss des Bäumleins. Dieser Stanzriss habe die Form, die Grösse, die Dimension und die Bedruckung gehabt, wie die Beilage dann verschickt worden sei (pag. 20009).

Die Beschuldigte sagte somit selber, sowohl ein Katalogbild wie auch den Stanzriss mit der Form, der Grösse, der Dimension und der Bedruckung gesehen zu haben. Wenn die Verteidigung nun vorbringt, dass die Beschuldigte die Form nicht gekannt habe, widerspricht dies ihren eigenen Aussagen. Die Annahme, dass die Beschuldigte die Form der Beilage gekannt hatte, ist somit keineswegs willkürlich und aktenmässig genügend belegt.

Die Beschuldigte gab weiter an, den Namen K. _____ sowie das Produkt gekannt zu haben. Sie wisse hingegen nicht, wie dieser aussehe. Er werde als Raum- bzw. Autoerfrischer verwendet (Befragung Zuger Polizei vom 26. Juni 2007, pag. 100296 f.).

Wie die Strafklägerinnen zutreffend ausführen, kam das Handelsgericht Zürich zum Schluss, dass die Marke bei der erwachsenen Bevölkerung bekannt sei, was als notorisch gelten könne (pag. 10010). Dies ist nach Auffassung der Kammer zutreffend, sagte denn auch die Beschuldigte, das Produkt gekannt zu haben. Sie musste somit auch in etwa eine Vorstellung davon gehabt haben, wie dieser K. _____ aussah. Zumindest ist davon auszugehen, dass sie wusste, dass er die Form eines Tannenbaums aufweist, wenn sie auch nicht detailliert wusste, wie dieser aussieht. Richtig ist auch der Einwand, dass nicht der Duft das Erkennungsmerkmal des Baumes ist, sondern dessen Form. Die Kammer erachtet es somit als erstellt, dass die Beschuldigte wusste, dass es den K. _____ gibt und dieser in Tannenbaumform daherkommt, sie kannte jedoch nicht die Form im Detail.

Nach Auffassung der Kammer kann aus den AGB der I. _____ nicht abgeleitet werden, dass diese für die Abklärung der Rechte Dritter verantwortlich gewesen wäre. Im Dachvertrag vom 6. Juni 2006 zwischen der G. _____ und der H. _____ ist festgehalten, dass die H. _____ garantiert, dass durch die Übertragung, die Nutzung oder den Gebrauch der Schutzrechte keine Rechte Dritter verletzt werden. Somit ist klar, dass die G. _____ keine Verpflichtung zur Abklärung hatte. Eine Verpflichtung der I. _____ gegenüber der H. _____ kann ebenfalls nicht aus deren AGB hergeleitet werden. Selbst wenn eine solche Verpflichtung existieren würde, könnte sich die Beschuldigte nicht einfach darauf verlassen, dass die I. _____ ihre Pflichten wahrnimmt. Auch nichts zu Gunsten der Beschuldigten kann aus dem Ehrenkodex des Branchenverbandes PROMOSWISS (pag. WSG 84 f.) abgeleitet werden. Dort ist lediglich festgehalten, dass auch die Werbeartikelindustrie die Schutzrechte Dritter zu beachten hat.

Dieser Verpflichtung untersteht aber auch die Beschuldigte. Wie die Beschuldigte anlässlich der Befragung vom 6. Juni 2007 ausführte, würden die Geschäftstätigkeiten der H._____ Handlungen und Erfahrungen aufweisen, die im Zusammenhang mit dem Markenrecht und dem UWG stehen würden, da dies im Kerngeschäft der H._____ liegen würde. Den Strafklässigerinnen ist darin zuzustimmen, dass die Beschuldigte als Werbefachfrau verpflichtet gewesen wäre, Abklärungen über den rechtlichen Schutz der Baumform der K._____ Lufterfrischer zu treffen, da ihr das Produkt und das Zeichen bekannt waren.

21. Zu klären bleibt damit noch, ob die Beschuldigte eine Verletzung in Kauf nahm.

Hierzu führte die Verteidigung aus, dass die Beschuldigte eine eventualvorsätzliche Tatbegehung stets verneint habe. Gemäss ihren Aussagen sei ihr zwar der K._____ als Raumerfrischerprodukt bekannt gewesen, hingegen sei ihr weder der markenrechtliche Schutz noch die Form des K._____ bekannt gewesen, d.h. sie habe keine Kenntnis über die konkrete Form der Formmarke gehabt, worüber sich die Vorinstanz in Verletzung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ fälschlicherweise aber hinweggesetzt habe.

In Anbetracht der konkreten Fallsituation sei nicht ersichtlich, weshalb die Beschuldigte über ein vorsatzbejahendes Wissen verfügt hätte. Es sei daran erinnert, dass die H._____ AG eine Offerte für ein Duftbäumchen ohne konkrete Formvorgabe innerhalb des Lieferantenpools der G._____ eingeholt habe. Der Lieferantenpool der G._____ sei Beleg für die Seriosität der entsprechenden Unternehmen, mit welchen zudem auch verlässliche Geschäftsbeziehungen bestanden hätten. Biete ein derartiges Unternehmen aus dem G._____ -Pool wie die I._____ AG ein Produkt an, so dürfe der Mitarbeiter einer Werbeagentur davon ausgehen, dass der Anbieter die Schutzrechtslage geklärt habe und dass entweder keine Konflikte zu befürchten seien oder aber dass der Anbieter über die erforderlichen Lizenzrechte verfüge. Dies entspreche der Usanz in der Werbeartikelbranche und ergebe sich auch aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der I._____ AG. Nach Treu und Glauben bestehe daher für die Beschuldigte keine irgendwie geartete Pflicht, sich nach der Rechtmässigkeit des Angebots zu erkundigen. Anders ausgedrückt: Es hätten für die Beschuldigte keine konkreten Anhaltspunkte bestanden, die überhaupt auf einen möglichen Konflikt mit einem Dritten hinweisen würden, so dass ihr das Wissen um eine mögliche Markenrechtsverletzung abgegangen sei. Gerade der Nachweis dieses Wissens wäre aber unabdingbar für die Bejahung des subjektiven Tatbestands.

In diesem Zusammenhang sei auch zu bedenken, dass der geschützten Formmarke relativ banaler Charakter zukomme. Aus der Feststellung des Handelsgerichts des Kantons Zürich, wonach das Tatprodukt banal und nicht schutzfähig im Bereich der Dekorationsartikel sei, gehe ohne Weiteres hervor, dass der Formmarke „K._____“ im Prinzip Gemeingutscharakter zuzuschreiben sei. Dies sei insofern wichtig, als allein eine derartige, relativ banale Form nicht automatisch einen Hinweis auf ein Markenrecht beinhalte: die Form indiziere also nicht gleichsam ein Markenrecht. Artikel mit Gemeingutcharakter seien deshalb nicht geeignet, beim Dritten konkrete Anhaltspunkte für eine mögliche Ausnutzung eines Markenmissbrauchs hervorzurufen.

In Anbetracht der konkreten Fallsituation sei nicht ersichtlich, weshalb die Beschuldigte über einen tatbeständlichen Willen verfügt hätte. Die Entlastungsindizien, welche zuvor bei der Wissenskomponente ausgeführt worden seien, würden in Bezug auf die Willenskomponente eins zu eins analog gelten und führten in Berücksichtigung des konkreten Falles zu einer offensichtlichen Verneinung der tatbestandsmässigen Willenskomponente. Aufgrund des Geschehnisablaufs lasse sich der Beschuldigten keine Absicht unterstellen, geschweige denn nachweisen. Sicher sei, dass die Beschuldigte die vom Handelsgericht Zürich bejahte Markenverletzung nicht bewusst in Kauf genommen habe. Keine Werbeagentur setze ihre Kunden vorsätzlich dem Risiko aus, in zivil- und strafrechtliche Verfahren verwickelt zu werden; dies umso mehr, als im Markt eine Vielzahl möglicher Ausweichprodukte erhältlich gewesen wären. Zudem habe der Erfolg der Weihnachtsaktion auch in keiner Weise von einer Nachahmung der privatklägerischen Formmarke abgehangen; die Auswahl der bewusst auf dem freien Markt gesuchten Form des Give-away habe sich einzig durch das zufällige Leitmotiv der Weihnachtsaktion ergeben. Ein bewusster markenausnützerischer Tatbeweggrund oder eine markenausnützerische Tathandlung seien nicht ersichtlich.

Die Umstände würden gesamthaft nicht auf einen Willen zur Tatbestandsverwirklichung schliessen lassen, alles andere sei schlicht eine lebensfremde Unterstellung, welche durch nichts nachgewiesen sei. Indem die Vorinstanz dies verkenne und auf eine reine Vermutung abstelle, verletze sie klarerweise den Begriff des Eventualvorsatzes und bejahe im Ergebnis fälschlicherweise eine Verletzung von Art. 61 Abs. 1 lit. b MSchG.

Zusammenfassend habe die Beschuldigte keine Ausnützung eines Marktmissbrauchs i.S.v. Art. 61 Abs. 1 lit. b MSchG zu verantworten und sei von diesem Tatvorwurf gemäss Antrag 1 freizusprechen.

22. Die Straßklägerinnen halten dem entgegen, dass die Behauptung der Beschuldigten, dass sie die konkrete Form des „K._____“ nicht gekannt habe, für die Frage des Eventualvorsatzes nicht relevant sei. Sie habe ausgesagt, sie kenne den Namen und das Produkt, so dass sich daraus die Rechtsfolgen für den Eventualvorsatz ergeben.

Es gehe nicht um die Fähigkeit, die Formmarke selber auswendig nachzeichnen zu können, sondern darum, sie wiederzuerkennen, wenn diese Form in der Masse des Angebotes von Produkten auftauche.

Die angebliche Nichtbekanntheit des markenrechtlichen Schutzes der Baumform verhindere die Annahme eines Eventualvorsatzes nicht. Vielmehr habe der Täter die Pflicht, in solchen Fällen geeignete Abklärungen zum Schutzzumfang zu treffen.

Der Grundsatz in dubio pro reo sei nicht verletzt worden.

Der Ehrenkodex der Werbebranche wie auch die angebliche Zugehörigkeit der I._____ AG zum Lieferantenpool der G._____ würden keine Abgrenzung von

Verantwortlichkeiten und keine Garantie der I. _____ gegenüber der H. _____ betreffend Markenrechts-Abklärungen bewirken.

Unerfindlich bleibe, wie sich die Beschuldigte mit dem Hinweis auf den angeblichen Gemeingutcharakter ihrer strafrechtlichen Verantwortung entziehen wolle.

Nach allen bisher abgehandelten Fragen sei erstellt, dass die Beschuldigte erkannt habe, dass die G. _____-Aktion die Gefahr einer Markenrechtsverletzung mit sich bringen würde.

Sie habe also eine Markenrechtsverletzung für möglich gehalten. Dennoch habe sie die Aktion durchgeführt und eine Verletzung in Kauf genommen, bzw. sich mit einer Verletzung abgefunden, auch wenn sie diese Folge möglicherweise nicht gebilligt habe und sie nicht ihren Wünschen entsprochen habe. Somit habe sie mit Eventualvorsatz gehandelt.

Die Beschuldigte machte „Entlastungsindizien“ geltend. Diese würden darauf hinauslaufen, dass die Beschuldigte darauf vertraut habe, dass sich die erkannte Gefahr aus einem bestimmten Grund doch nicht verwirklichen und eine Verletzung letztendlich ausbleiben würde. Bei dieser Variante hätte die Beschuldigte lediglich mit „bewusster Fahrlässigkeit“ gehandelt.

Es liege im vorliegenden Fall die Vermutung nahe, dass das Werbe-Konzept mit dem Thema Weihnachten und der Idee eines Give-away in der Form eines Weihnachtsbaums, verbunden mit dem vorhandenen Zeitdruck, dazu geführt habe, dass die Beschuldigte keine Alternative mehr gehabt habe, als unter Inkaufnahme der Markenverletzung den inkriminierten G. _____-Lufterfrischer zu bestellen. Die Beschuldigte habe sich über alle Bedenken hinweg gesetzt und den inkriminierten Lufterfrischer bestellt.

Dazu komme, dass in solchen und ähnlichen Fällen von Rechtsverletzungen ausserhalb des direkten Wettbewerbs die in ihren Rechten verletzten Markeninhaber die Verletzungshandlungen selten überhaupt bemerken, geschweige denn gerichtlich verfolgen. Das Risiko habe ihr als gering erscheinen müssen. Sie habe entschieden, es in Kauf zu nehmen. All diese Umstände würden in strafrechtlicher Hinsicht nicht als Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe gelten.

23. Die Verteidigung kontert, dass der K. _____ einzig als Formmarke geschützt sei. Der Schutz der Formmarke bestehe somit in deren spezifischer Formgebung. Daraus wiederum folge, dass Kenntnis der konkreten Form resp. der spezifischen Formgebung Voraussetzung für die Bejahung eines Eventualvorsatzes darstelle. Entgegen der Auffassung der Strafklägerinnen genüge Kenntnis des Produkts und des Namens gerade nicht für die Bejahung eines Eventualvorsatzes.

Eventualvorsatz sei erst dann zu bejahen, wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs in seinen Verwirklichungswillen aufgenommen habe und dieser Verwirklichungswille in Würdigung aller Umstände nach dem Grundsatz in dubio pro reo nicht mehr zu

bezweifeln sei. Diese Voraussetzung sei nicht erfüllt. Sämtliche von der Vorinstanz aufgeführten Indizien für die Annahme eines Eventualvorsatzes genügten höchstens für die Bejahung einer Fahrlässigkeit.

Die Ausführungen der Strafklägerinnen seien unzutreffend. Eine Kenntnis der Formmarke resp. deren spezifische Formgebung sei nicht nachgewiesen. Die angerufenen, angeblich konkreten Anhaltspunkte beruhten in Kenntnis des Urteils des Handelsgerichts des Kantons Zürich auf einer ex post-Betrachtung. Dies werde den effektiven Gegebenheiten im Herbst 2006 und dem damaligen Wissen nicht gerecht. Nur dieses sei für die strafrechtliche Beurteilung von Relevanz.

Fakt sei, dass aufgrund der nachgewiesenen Usancen und den konkreten vertraglichen Gegebenheiten für die Beschuldigte nach Treu und Glauben keine Pflicht bestanden habe, sich nach der Rechtmässigkeit des von der I. _____ AG offerierten Angebotes zu erkundigen. Bei dieser Sachlage sei es schlicht realitätsfremd, der Beschuldigten im Ergebnis eine eventualvorsätzliche Markenrechtsverletzung zu unterstellen. Es gebe keine aussagekräftigen Indizien für eine solche eventualvorsätzliche Begehung.

Eine ex-post Betrachtung, gestützt auf das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich, impliziere kein strafrechtlich relevantes Wissen im Herbst 2006, wie dies die Strafklägerinnen fälschlicherweise ableiten wollten. Nur dieses Wissen im Herbst 2006 sei für die Beurteilung der vorliegenden Strafsache von Relevanz.

Die Beschuldigte habe entgegen den Ausführungen der Strafklägerinnen keine Markenrechtsverletzung in Kauf genommen, da sie sich des Risikos bzw. der Gefahr einer Markenrechtsverletzung gar nicht bewusst gewesen sei. Sicher sei, dass die Beschuldigte die Markenverletzung nicht bewusst in Kauf genommen habe. Erneut sei festgehalten, dass keine Werbeagentur ihre Kunden vorsätzlich dem Risiko aussetze, in gerichtliche Verfahren verwickelt zu werden. Zu beachten sei in diesem Zusammenhang auch die Tatsache, dass auf dem Markt eine Vielzahl möglicher Ausweichprodukte erhältlich gewesen sei. Dieser Nachweis sei in den Akten ohne Weiteres erbracht. Es sei ersichtlich, dass alle drei angefragten Lieferanten solche Duftbäume in ihrem Standardsortiment führten und ohne Vorbehalte auch Offerten unterbreitet hätten. Zudem sei der Erfolg der Weihnachtsaktion in keiner Weise von einer Nachahmung der privatklägerischen Formmarke abhängig gewesen, da deren Produkt für die Werbekampagne ohne Weiteres durch auf dem Markt nachweislich vorhandene Produkte substituierbar gewesen sei. Diese effektiven Fallumstände seien daher mit Sicherheit kein Beleg für eine eventualvorsätzliche Tatbegehung.

Die Beschuldigte halte daran fest, dass der Schuldspruch wegen Markenrechtsverletzung falsch sei, da der Beschuldigten kein Eventualvorsatz nachgewiesen werden könne. Dies müsse zwingend zu einem Freispruch führen.

24. Wie bereits mehrfach ausgeführt gab die Beschuldigte an, die Duftbäumchen der K. _____ gekannt zu haben, jedoch nicht deren genaue Form. Sie konnte auch den Verwendungszweck dieses Duftbäumchens angeben. Die Firmen C. _____ Ltd. und D. _____ AG kenne sie nicht. Dass sie diese nicht kennt ist absolut glaubhaft. Sie habe nicht gewusst, dass die Duftbäume von der D. _____ AG hergestellt würden und mit einem gültigen Markenrecht geschützt seien. Sie vertritt die Auffassung, dass sich der K. _____ und der L. _____-Duftbaum klar unterscheiden würden. Der

L. _____-Duftbaum würde sich in der visuellen Umsetzung klar abheben und habe als Einzelidee als Weihnachtsabgabe gedient. Sie hätten den Lufterfrischer nicht von der D. _____ AG bezogen, weil es viele Werbeartikel-Anbieter in der Schweiz gebe. Während ihrer zwölfjährigen Berufserfahrung und in der Ausbildung habe sie Erfahrungen im Bereich des Markenrechts und des UWG gesammelt. Die Geschäftstätigkeit der H. _____ weise Erfahrungen und Handlungen im Zusammenhang mit dem Markenrecht und dem UWG auf, da dies im Kerngeschäft der H. _____ liege. Auch die Abklärung von Schutzrechten liege im Kerngeschäft der H. _____. Im konkreten Fall habe die H. _____ die Rechtslage bezüglich Markenrechten nicht überprüft bzw. keine Schutzrechtsabklärungen getätigt, da es aufgrund ihrer Berufserfahrung keinen Grund für eine Abklärung gegeben habe (Befragung Zuger Polizei vom 26. Juni 2007). Vor dem Staatsanwalt bestätigte sie, dass markenrechtliche und wettbewerbsrechtliche Erfahrungen in ihrem Kerngeschäft lägen, wie auch die Abklärung von Schutzrechten, zum Beispiel Markenrechten. In den letzten 16 Jahren habe sie keine derartigen markenrechtlichen Abklärungen vorgenommen, UWG-Abklärungen vereinzelt bzw. in seltenen Fällen. Externe Spezialisten hätten sie selten beigezogen. Die Frage eines allfälligen Rechtsschutzes hätte sich für sie nicht aufgedrängt, weil sie mit der I. _____ zusammengearbeitet habe, die etabliert sei. Sie seien davon ausgegangen, dass bei einer Bestellung aus einem Katalog der I. _____ alles mit rechten Dingen zu und her gehe. Die Rechtslage sei dazumal unproblematisch gewesen (Einvernahme Staatsanwaltschaft vom 25. Februar 2011, pag. 20011). Bis auf die heute zu behandelnde Sache sei es nie zu Problemen im Zusammenhang mit Schutzrechten gekommen. Seit dem Rechtsstreit mit der C. _____ Ltd. und der D. _____ AG würden sie wie bisher weiterarbeiten, sie hätten keine Sondermassnahmen ergriffen. Die H. _____ habe bisher sämtliche Massnahmen getroffen und würde dies auch weiterhin tun, damit keine Schutzrechte verletzt würden (Hauptverhandlung vom 26. Juni 2007, WSG, pag. 62).

Zusammenfassend ist festzuhalten:

Die Beschuldigte erklärte selber, im Jahre 2006 den Namen K. _____ und das Produkt gekannt zu haben und bestätigte dies in späteren Befragungen. Dies ist glaubhaft, da dies - wie das Handelsgericht Zürich festgehalten hat - notorisch ist.

In Übereinstimmung mit der Vorinstanz als nicht glaubhaft erachtet die Kammer die Aussage der Beschuldigten, wonach sie nicht wisse bzw. nicht gewusst habe, wie ein K. _____ aussehe. Es erscheint klar, dass sie nicht die genauen Details der Form wiedergeben kann, jedoch musste ihr bekannt sein, dass der K. _____ die Form eines Tannenbaums aufweist. Der K. _____ ist primär wegen seiner Form bekannt und nicht aufgrund des Duftes. Es ist für die Kammer erstellt, dass die Beschuldigte das (geschützte) Zeichen gekannt hat.

Als nächstes stellt sich somit die Frage, ob die Beschuldigte auch die Gefahr einer Verletzung des geschützten Zeichens erkannt hat. Es ist glaubhaft, wenn die Beschuldigte ausführt, nicht gewusst zu haben, dass der K. _____ mit einem gültigen Markenrecht geschützt ist. Entscheidend ist jedoch, ob sie die Gefahr einer Verletzung erkannt hat. Die Beschuldigte hat erklärt, dass sie aufgrund ihrer Ausbildung und langjährigen Tätigkeit Erfahrung im Bereich Marken- und Wettbewerbsrecht habe und die Abklärung von Schutzrechten im Kerngeschäft der H. _____ liege. Die Beschuldigte muss somit als

entsprechend ausgebildete, langjährige und erfolgreiche Werberin bezüglich des Themas Markenschutz grundsätzlich als sensibilisiert gelten.

Ausserdem war die H. _____ und damit die Beschuldigte gemäss Dachvertrag mit der G. _____ vom 6. Juni 2006 für die Einholung allenfalls benötigter Nutzungsrechte zuständig und garantierte, dass bei der Verwendung von Schutzrechten keine gesetzlichen Bestimmungen oder Rechte Dritter verletzt werden. Die Beschuldigte sagte zudem aus, dass eine vertragliche Regelung der Verantwortlichkeiten in Bezug auf Schutzrechte zwischen Kunde und Werbeagentur üblich sei (WSG, pag. 60). Somit sind Schutzrechte in der Werbung ein regelmässiges Thema.

Hinzu kommt, dass die Beschuldigte die einzige Person in leitender Position war, welche den Stanzzriss bzw. die konkrete Form des Lufterfrischers vor dessen Herstellung bzw. dem Versand gesehen und bewilligt hat und zudem über eine fundierte Ausbildung und langjährige Erfahrung im Bereich Marketing verfügt.

Die Beschuldigte wusste, dass es auf dem Markt Lufterfrischer in der Form eines Tannenbaums gab. Ebenfalls war ihr die Form des von ihr bestellten Lufterfrischers bekannt. Sie musste erkennen, dass die beiden Lufterfrischer nicht nur denselben Verwendungszweck hatten, sondern auch in der Form sehr ähnlich waren. Da die Beschuldigte im Bereich Markenrecht ausgebildet war, geht die Kammer davon aus, dass sie auch die Gefahr einer Verletzung eines Schutzzeichens erkannt hat bzw. hätte erkennen müssen.

Die Beschuldigte kann nichts zu ihren Gunsten aus dem Umstand ableiten, dass die I. _____ ein etabliertes Unternehmen sei und sie aufgrund eines Katalogs bzw. einer vorbestehenden Vorlage bestellt hat. Ebenfalls keine Rolle spielt es, ob es sich um ein auf dem Markt erhältliches Produkt handelt. Dies entbindet sie nicht davon, allfällige Markenrechte zu prüfen und zu beachten.

Die Beschuldigte hat somit nicht nur die Gefahr einer Verletzung eines Schutzzeichens erkannt, sondern diese Verletzung aufgrund der unterbliebenen vorgängigen Prüfung der Schutzrechte auch in Kauf genommen bzw. nehmen müssen.

VIII. Rechtliche Würdigung

4. Art. 61 Abs. 1 lit. b MSchG

Zum objektiven Tatbestand von Art. 61 Abs. 1 MSchG und dessen Erfüllung führte die Vorinstanz aus:

Gemäss dem im Herbst 2006 geltenden Art. 61 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz, MSchG, SR 232.11) wird "auf

Antrag des Verletzten [...] bestraft, wer vorsätzlich das Markenrecht eines anderen verletzt, indem er:

- a. sich die Marke des anderen anmasst oder diese nachmacht oder nachahmt;
- b. unter der angemassten, nachgemachten oder nachgeahmten Marke Waren in Verkehr setzt oder Dienstleistungen erbringt, solche Waren oder Dienstleistungen anbietet [...] oder für sie wirbt".

Laut Art. 3 Abs. 1 lit. c MSchG sind Zeichen vom Markenschutz ausgeschlossen, die "mit einer älteren Marke ähnlich und für gleiche oder gleichartige Waren oder Dienstleistungen bestimmt sind, so dass sich daraus eine Verwechslungsgefahr ergibt".

Gemäss Art. 13 Abs. 1 MSchG verleiht das Markenrecht "dem Inhaber das ausschliessliche Recht, die Marke zur Kennzeichnung der Waren oder Dienstleistungen, für die sie beansprucht wird, zu gebrauchen und darüber zu verfügen. Der Markeninhaber kann anderen verbieten, ein Zeichen zu gebrauchen, das nach Art. 3 Absatz 1 vom Markenschutz ausgeschlossen ist, so insbesondere: ... b. unter dem Zeichen Waren anzubieten, in Verkehr zu bringen oder zu diesem Zweck zu lagern. ...".

Beim Tatbestand der Markenrechtsverletzung gemäss Art. 61 MSchG handelt es sich um den allgemeinen Grundtatbestand der markenrechtlichen Strafbestimmungen. Sanktioniert wird die vorsätzliche Verletzung eines fremden Markenrechts. Geschütztes Rechtsgut ist die Marke, die dem Markeninhaber von der Rechtsordnung exklusiv zugewiesen worden ist (Art. 13 Abs. 1 MSchG). Diese Berechtigung wird durch die Verletzung negiert bzw. ihre Wahrnehmung vereitelt oder zumindest erschwert (RÜETSCHI, a.a.O., Art. 61 N 1).

Art. 61 Abs. 1 lit. a MSchG bestraft den eigentlichen Urheber der Markenrechtsverletzung, der den verletzenden Gegenstand selbst geschaffen hat (Primärstörer). Art. 61 Abs. 1 lit. b MSchG zielt dagegen auf denjenigen, der sich die bereits erfolgte Verletzung zunutze macht, indem er weitere Handlungen vornimmt, durch die er die Marke erneut verletzt (Sekundärstörer) (RÜETSCHI, a.a.O., Art. 61 N 2).

Der Tatbestand von Art. 61 Abs. 1 MSchG setzt voraus, dass überhaupt eine gültige Marke vorhanden ist, die verletzt werden kann. Auch wenn im Gesetzestext nicht explizit festgehalten, setzt die Strafbarkeit ausserdem voraus, dass überhaupt kennzeichenmässiger Gebrauch gemäss Art. 13 MSchG vorliegt und dass die Verwendung des Zeichens eine Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 3 MSchG mit sich bringt. Aus dem gleichen Grund ist auch im Markenstrafrecht ein gewerbsmässiger Gebrauch des Kennzeichens sowie eine Verwendung des Zeichens für diejenigen Waren oder Dienstleistungen, für welche die Marke überhaupt Schutz beanspruchen kann, vorausgesetzt (Gleichartigkeitsbereich der Marke) (RÜETSCHI, a.a.O., Art. 61 N 4 und 7). Gewerbsmässiger Gebrauch liegt vor, wenn die Handlung auf eine wirtschaftliche Betätigung gerichtet ist; Entgeltlichkeit und Gewinnabsicht sind nicht erforderlich (FLORENT THOUVENIN/LARA DORIGO in: Noth/Bühler/Thouvenin (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Markenschutzgesetz (MSchG), Art. 13 N 10).

Der Terminus "Nachmachen" bezeichnet die in Art. 3 Abs. 1 lit. a. und b MSchG genannte Verwendung eines identischen Zeichens für gleiche oder gleichartige Produkte, während unter "Nachahmung" die Verwendung eines ähnlichen Zeichens im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. c MSchG zu verstehen ist. Der Begehungsweise der "Anmassung" kommt heute keine eigenständige Bedeutung mehr zu (DAVID RÜETSCHI, a.a.O., Art. 61 N 10).

Das Inverkehrbringen einer Ware erfordert eine willentliche Übertragung der Verfügungsgewalt. Unter welchem Rechtstitel die Verfügungsgewalt übertragen wird, ist irrelevant; in erster Linie sind dies Kauf, Tausch, Schenkung, Leihe oder Leasing. Als Inverkehrbringen im Sinne von Art. 13 Abs. 2 lit. b MSchG gilt nicht nur das erstmalige, sondern auch jedes weitere Inverkehrbringen auf einer nachgelagerten Marktstufe. Es ist dem Markeninhaber überlassen, auf welcher Marktstufe er interveniert, ob er also gegen den Hersteller, einen Zwischenhändler oder einen Detaillisten vorgeht (THOUVENIN /DORIGO, a.a.O., Art. 13 N 61 f.).

Diese Ausführungen der Vorinstanz sind zutreffend und es kann vorweg darauf verwiesen werden. Nicht bestritten wird die Verwirklichung des objektiven Tatbestands von Art. 61 Abs. 1 lit. b MSchG, weshalb auf Ausführungen hierzu verzichtet und auf das Motiv der Vorinstanz verwiesen wird (Motiv WSG pag. 129 ff.).

Zum subjektiven Tatbestand ist, in Anlehnung an die vorinstanzlichen Ausführungen, Folgendes auszuführen:

Strafbar ist nur die vorsätzliche Begehung, wobei Eventualvorsatz genügt. Eventualvorsatz ist gegeben, wenn der Täter die Erfüllung des objektiven Tatbestands für möglich hielt und zumindest in Kauf genommen hat (Art. 12 Abs. 2 StGB). Damit sind einerseits das Wissen um die Gefahr einer Verletzung des fremden Zeichens und andererseits der Wille, dieses durch das eigene Handeln möglicherweise zu verletzen, vorausgesetzt.

Das Wissen ist gegeben, wenn der Täter die Marke des Dritten gekannt hat. Nicht erforderlich ist dabei, dass sich der Täter bewusst war, eine eingetragene Marke im Sinne des MSchG zu verletzen. Ausreichend ist, wenn er damit rechnete, durch sein Verhalten in Konflikt mit einem ihm bekannten, möglicherweise geschützten Zeichen zu kommen (Parallelwertung in der Laiensphäre). Ist dem Täter bewusst, dass ein bestimmtes Zeichen von einem Dritten im Geschäftsverkehr verwendet wird, hat er entsprechende Abklärungen zu treffen und darf nicht darauf vertrauen, dass das Zeichen rechtlich nicht geschützt ist.

Für den Nachweis des Bewusstseins beim Täter um die konkrete Möglichkeit einer Verletzung reicht es nicht aus, dass der Täter die Marke des Dritten hätte kennen müssen, sie aber (fahrlässigerweise) nicht kannte. Ebenfalls der Umstand, dass er fahrlässigerweise keine Abklärung in den einschlägigen Markenregistern vorgenommen hat, obwohl dies für ihn möglich und zumutbar gewesen wäre, kann ihm hier nicht entgegengehalten werden, solange er keine konkreten Anhaltspunkte für den Bestand eines geschützten Zeichens hatte (RÜETSCHI, Art. 61 N 26).

Neben dem Wissen des Täters um eine mögliche Verletzung muss zur Begründung des Vorsatzes ausserdem nachgewiesen werden, dass er die Verletzung auch in Kauf genommen hat. Es ist der Nachweis zu erbringen, dass das Handeln des Täters von seinem Willen getragen war, den Erfolg, d.h. in diesem Fall die Markenrechtsverletzung, tatsächlich herbeizuführen. Dabei sind die konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen (RÜETSCHI, Art. 61 N 31).

Die **Vorinstanz** gelangte zu folgender Subsumtion:

Mit Urteil vom 09.07.2010 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Verwechslungsgefahr zwischen dem L. _____-Duftbaum und dem K. _____ bejaht und festgestellt,

dass die H._____ das Recht der Markeninhaberin C._____ Ltd. verletzt habe, indem sie die L._____ -Duftbäume an Tausende von Kunden in der ganzen Schweiz verschickt und verschenkt habe und diese somit gemäss Art. 13 Abs. 2 lit. b "in Verkehr gebracht" habe. Für das Wirtschaftsstrafgericht sind keine Gründe ersichtlich, die ein Abweichen vom Urteil des Handelsgerichts Zürich rechtfertigen würden.

Durch den Auftrag zum Versand der L._____ -Duftbäume hat die Beschuldigte das Markenrecht der C._____ Ltd. verletzt, indem sie "unter der nachgemachten Marke Waren in Verkehr" setzte bzw. setzen liess. Der objektive Tatbestand von Art. 61 Abs. 1 lit. b ist erfüllt, wovon auch die Verteidigung ausgeht (pag. WSG 81).

Das Gericht ist beweiswürdigend zum Schluss gekommen (siehe weiter vorne unter Ziff. III.2.3), dass die Beschuldigte den Namen und die Form des K._____ gekannt hat. Als Werbefachfrau musste sie somit damit rechnen, dass es sich beim K._____ um ein möglicherweise geschütztes Zeichen handelt. Die Beschuldigte hat demzufolge durch den Versand der Duftbäume auch die Gefahr einer Markenrechtsverletzung in Kauf genommen. Ihre Ausführungen, warum sie eine Markenrechtsverletzung ausgeschlossen habe, sind nicht glaubwürdig. Der L._____ -Duftbaum und der K._____ sind Lufferfrischer und weisen somit denselben Verwendungszweck auf (identische Warenklasse). Die beiden Zeichen sind zwar nicht absolut identisch, aber derart ähnlich, dass die Verwechslungsgefahr bejaht werden muss. Praktisch jeder, der einen L._____ -Duftbaum vor sich hat, ist sofort an die Lufferfrischer erinnert, die zum Beispiel in Autos hängen. Aufgrund ihrer Ausbildung und langjährigen Berufserfahrung ist die Beschuldigte bezüglich des Themas Markenschutz sensibilisiert. Sie erkannte die Gefahr einer Markenrechtsverletzung, trotzdem kümmerte sie sich – wohl nicht zuletzt aufgrund des Zeitdrucks – nicht weiter um die möglichen Schutzrechte des K._____ und nahm damit eventualvorsätzlich diese Gefahr in Kauf. Der subjektive Tatbestand von Art. 61 Abs. 1 lit. b MSchG ist somit ebenfalls erfüllt. Die Beschuldigte ist in Anwendung von Art. 61 Abs. 1 lit. b MSchG der Markenrechtsverletzung z.N. der C._____ Ltd. schuldig zu sprechen.

Die Kammer gelangt zum selben Ergebnis wie die Vorinstanz, nämlich dass die Beschuldigte sowohl den Namen wie auch die Form des K._____ gekannt hat. Aufgrund ihrer langjährigen Berufserfahrung und Ausbildung musste sie erkennen, dass es sich beim K._____ um ein möglicherweise geschütztes Zeichen handelt. Somit nahm die Beschuldigte durch den Versand der Duftbäume ohne vorherige Prüfung der Schutzrechte die Gefahr einer Markenrechtsverletzung in Kauf. Der subjektive Tatbestand von Art. 61 Abs. 1 lit. b MSchG ist somit ebenfalls erfüllt und die Beschuldigte der Markenrechtsverletzung zum Nachteil der C._____ Ltd. schuldig zu sprechen.

5. Art. 61 Abs. 1 lit. a MSchG

Nach Auffassung der Strafklägerinnen/Anschlussberufungsführerinnen ist neben Art. 61 Abs. 1 lit. b MSchG (Vertrieb) ebenfalls die Tatbestandsvariante gemäss lit. a (Herstellung) erfüllt.

Der objektive Tatbestand von Art. 61 Abs. 1 lit. a MSchG sei dadurch erfüllt, dass die Beschuldigte die Werbekampagne der G._____ konzipiert und entschieden habe, dafür einen Lufferfrischer in einer Form ähnlich der geschützten Marke zu verwenden. Sie habe die I._____ AG dazu veranlasst, eine Stanzform zu suchen, welche den Anforderungen

am besten gerecht werde. Sie habe für die passende Bedruckung des Lufterfrischers mit winterlichen Motiven und deren Einpassung in die gesamte Werbeaktion der G. _____ gesorgt. Dies alles seien Herstellungs-, und nicht bloss Vertriebshandlungen.

Die Beschuldigte habe schliesslich die Lufterfrischer auf der G. _____-Werbebroschüre aufkleben lassen, was als „Anbringen des Zeichens auf einer Ware“ bzw. „als Verwendung des Zeichens in der Werbung“ zu qualifizieren sei und zur Anwendung von Art. 61 Abs. 1 lit. a MSchG führe. Der Tatbeitrag der Beschuldigten beschränke sich keineswegs auf die Inverkehrsetzung eines vorbestehenden Produkts und er unterscheide sich wesentlich von einer blossen Vertriebsfunktion.

Die **Verteidigung** hält hierzu fest, dass nach lit. a der eigentliche Urheber der Markenrechtsverletzung bestraft werde, welcher den verletzenden Gegenstand selbst geschaffen hat, der sog. Primärstörer. Lit. b zielt dagegen auf denjenigen, der sich die bereits erfolgte Verletzung zunutze mache, indem er weitere Handlungen vornehme, durch die er die Marke erneut verletze. Zwischen den beiden Straftatbeständen bestehe unechte Gesetzeskonkurrenz, da es sich um eine mitbestrafte Vor- bzw. Nachtat bzw. um verschiedene Varianten desselben Delikts handle. Diese unechte Gesetzeskonkurrenz schliesse eine zusätzliche Bestrafung der Beschuldigten wegen Verletzung von Art. 61 Abs. 1 lit. a MSchG aus. Die Beschuldigte halte zudem dafür, dass sie die Tathandlung gemäss Art. 61 Abs. 1 lit. a MSchG gemäss massgebendem Sachverhalt gar nicht habe begehen können. Die Tathandlung von lit. a bestehe in der Nachahmung einer fremden Marke, d.h. in der Verwendung einer der geschützten Formmarke ähnlichen Form. Primärstörer im vorliegenden Fall sei einzig der polnische Produzent, welcher die inkriminierte Stanzform, die der geschützten Marke ähnele, in Polen bereits vorproduziert habe und auf Lager gehabt habe. Die Beschuldigte habe schlicht keine Tathandlung der Nachahmung im Sinne dieser Bestimmung zu verantworten. Hinzu komme, dass der räumliche Geltungsbereich des MSchG in Bezug auf die strafrechtlichen Schutzbestimmungen auf das Gebiet der Schweiz beschränkt sei. Die Teilnahme an einer im Ausland ausgeführten Haupttat gelte zudem als im Ausland verübt. So betrachtet müsse eine allfällige Teilnahmehandlung der Beschuldigten als im Ausland verübt gelten und unterliege somit nicht der schweizerischen Gerichtsbarkeit.

Wie bereits ausgeführt wird nach Art. 61 Abs. 1 lit. a MSchG bestraft, wer vorsätzlich das Markenrecht eines anderen verletzt, indem er sich die Marke des anderen anmasst oder diese nachmacht oder nachahmt.

Art. 61 Abs. 1 lit. a MSchG richtet sich gegen den eigentlichen Urheber der Markenrechtsverletzung, der den verletzenden Gegenstand selbst geschaffen hat, lit. b gegen denjenigen, der unter Ausnutzung einer bereits erfolgten Verletzung weitere Handlungen vornimmt, durch die er die Marke erneut verletzt (RÜETSCHI David, Markenschutzgesetz, Stämpfli Handkommentar, Bern 2009, Art. 61 N 2). Nach BLUMENTHAL umfasst Art. 61 Abs. 1 lit. a die Herstellungs- oder Kennzeichnungshandlungen, lit. b die zeitlich nachfolgenden Vertriebshandlungen (BLUMENTHAL Corsin, Der strafrechtliche Schutz der Marke, Dissertation, FR 2002, S. 222). Entgegen der Botschaft (Botschaft MSchG, 47), welche von Realkonkurrenz ausgeht, spricht sich die herrschende Lehre für unechte Konkurrenz aus (RÜETSCHI, Art. 61 N 38; BLUMENTHAL, S. 270). Nachmachen bezeichnet die in Art. 3 Abs. 1 lit. a und b MSchG genannte Verwendung eines identischen Zeichens für gleiche oder gleichartige

Produkte, während Nachahmung die Verwendung eines ähnlichen Zeichens im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. c MSchG bedeutet (RÜETSCHI, Art. 61 N 10). Eine Zeichenidentität liegt vor, wenn das jüngere Zeichen vollständig mit der älteren Marke übereinstimmt (JOLLER Gallus, Markenschutzgesetz, Stämpfli Handkommentar, Bern 2009, Art. 3 N 17). Dies ist vorliegend klar nicht der Fall. Demgegenüber liegt dem Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 9. Juli 2010 folgend eine Verwechslungsgefahr vor. Die Kammer folgt der herrschenden Meinung, wonach Art. 61 Abs. 1 lit. a MSchG lediglich den Primärstörer erfasst und geht zudem von unechter Konkurrenz zwischen lit. a und lit. b des genannten Artikels aus; dies auch in Anlehnung an die Rechtsprechung zu Art. 155 StGB (Warenfälschung). Die Beschuldigte ist somit – in Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils – markenschutzrechtlich einzig der Widerhandlung im Sinne von Art. 61 Abs. 1 lit. b MSchG z.N. der C._____ Ltd. schuldig zu sprechen.

6. Art. 3 lit. d UWG i.V.m. Art. 23 Abs. 1 UWG

Die Strafklägerinnen bringen weiter vor, entgegen der Auffassung des Wirtschaftsstrafgerichts würden durchaus Unlauterkeitselemente vorliegen, welche über den Tatbestand der Markenverletzung hinausgingen. Die Beschuldigte habe den Tatbestand von Art. 3 lit. d UWG grundsätzlich erfüllt. Die Verwechslungsgefahr betreffe die Papier-Lufterfrischer und mithin auch den gleichlautenden Firmennamen der D._____ AG bzw. deren Geschäftsbetrieb, was in Art. 3 lit. d UWG explizit erwähnt werde. Somit würden Umstände vorliegen, die einzig lauterkeitsrechtlich zu berücksichtigen seien. Dies sei ein weiterer Grund für die Anwendbarkeit der Strafnormen des UWG.

Die Verteidigung bringt vor, dass gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung beim Verhältnis MSchG/UWG von unechter Konkurrenz auszugehen sei, wobei das UWG vom MSchG verdrängt werde. Die Verwechslungsgefahr decke sich mit der vorgeworfenen Markenrechtsverletzung, was gemäss Rechtsprechung eine zusätzliche Bestrafung nach UWG ausschliesse. Was die Strafklägerinnen mit dem Verweis auf den von der Vorinstanz verwendeten Arbeitstitel „K._____“ ableiten wolle, bleibe schleierhaft. Sicher sei, dass sich dadurch keine zusätzliche Verletzung von Art. 3 lit. d UWG in Form von lauterkeitsrechtlichen Elementen begründen lasse. Der vorinstanzliche Freispruch sei zu bestätigen.

Die Vorinstanz hat hierzu Folgendes erwogen:

Gemäss Art. 23 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG, SR 241) "wird, wer vorsätzlich unlauteren Wettbewerb nach Artikel 3, 4, 4a, 5 oder 6 begeht, auf Antrag [...] bestraft".

Gemäss Art. 3 lit. d UWG handelt unlauter, wer "Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen".

Art. 3 lit. d UWG schützt Elemente, welche Waren, Werke und Leistungen eines Mitbewerbers oder dessen Geschäftsbetrieb kennzeichnen und diese somit von den Waren, Werken und Leistungen eines anderen Marktteilnehmers oder dessen Geschäftsbetrieb unterscheiden. Man spricht auch vom lauterkeitsrechtlichen Kennzeichenschutz. Im Unterschied zum übrigen Kennzeichenschutz (Marke, Firma und Name) geht es aber beim Lauterkeitsrecht nicht nur um die Frage, ob zwei Zeichen miteinander verwechselbar sind, sondern darüber hinaus auch darum, ob ein bestimmtes Verhalten dazu geeignet ist, durch das Schaffen von

Verwechslungsgefahr das Publikum irrezuführen. Der Blickwinkel ist damit weiter (PHILIPPE SPITZ/SIMONE BRAUCHBAR BIRKHÄUSER in: Peter Jung/Philippe Spitz (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2010, Art. 3 lit. d N 6).

Regelmässig wird die Markenrechtsverletzung auch die Voraussetzungen eines unlauteren Verhaltens im Sinne von Art. 3 lit. d UWG erfüllen, welches seinerseits mit Strafe bedroht ist (Art. 23 UWG). Gemäss der herrschenden Meinung geht in diesen Fällen der spezielle Tatbestand des MSchG vor (RÜETSCHI, a.a.O., Art. 61 N 41 unter Hinweis auf BGE 117 IV 45 und BGE 117 IV 475). Festzuhalten ist allerdings, dass Art. 3 lit. d MSchG trotzdem sowohl kumulativ als auch ergänzend neben dem markenrechtlichen Schutz angerufen werden kann. Mit der Revision des Markenrechts wurde die Relevanz der ergänzenden Anwendung von Art. 3 lit. d allerdings stark eingeschränkt. Sie ist aber immer dann noch von Bedeutung, wenn ein Schutz über das MSchG nicht möglich ist oder wenn Umstände vorliegen, die einzig lauterkeitsrechtlich zu berücksichtigen sind (so SPITZ/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, a.a.O., Art. 3 lit. d N 47 f.).

Es ist wie ausgeführt beweismässig davon auszugehen, dass die Empfänger der Werbebroschüre der G._____ die Unterschiede zwischen der Form des K._____ und des L._____ -Duftbaumes nicht wahrnahmen. Es ist demzufolge von einer Verwechslungsgefahr auszugehen (siehe Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 09.07.2010, pag. 10012 f. und weiter vorne unter Ziff. III.1). Damit wäre der Tatbestand der Herbeiführung einer Verwechslungsgefahr mit Waren anderer gemäss Art. 3 lit. d UWG grundsätzlich erfüllt. Vor dem Hintergrund von BGE 117 IV 45 und BGE 117 IV 475 geht das MSchG im konkreten Fall allerdings dem UWG als lex specialis vor, nachdem der Beschuldigten vorliegend vorgeworfen wird, ohne Zustimmung der Markeninhaberin eine geschützte Marke verwendet zu haben. Es sind vorliegend keine nicht vom MSchG erfassten Unlauterkeitselemente ersichtlich, welche zu einer ergänzenden Anwendung des UWG führen würden.

Die Auffassung der Verteidigung, wonach zwischen den Tatbeständen des MSchG und des UWG unechte Konkurrenz besteht, ist grundsätzlich richtig. Werden dagegen zusammen mit der Marke zusätzlich weitere Immaterialgüterrechte verletzt, ist von echter Idealkonkurrenz auszugehen (BLUMENTHAL, S. 272, RÜETSCHI, Art. 61 N 41, BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Art. 23 N 22).

Bezüglich der Markeninhaberin C._____ Ltd. ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die lauterkeitsrechtlich relevanten Elemente in der Markenrechtsverletzung enthalten sind bzw. von diesem Tatbestand konsumiert werden. Es hat somit kein zusätzlicher Schuldspruch zu erfolgen, aber auch kein Freispruch.

Gegenüber der Lizenznehmerin D._____ AG ist hingegen die geltend gemachte UWG-Verletzung möglich und daher zu prüfen. Erfasst von Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG sind sämtliche Massnahmen, die geeignet sind, die Waren, Werke oder Leistungen eines Marktteilnehmers oder dessen Geschäftsbetrieb äusserlich zu kennzeichnen und damit zu individualisieren (BGer 4C. 332/2006). Die Schutzfähigkeit setzt entweder die originäre Kennzeichnungskraft oder Verkehrsdurchsetzung eines Zeichens bzw. einer Leistung voraus. Ausgeschlossen sind solche Zeichen, die zum Gemeingut gehören oder wegen Gesetzes- bzw. Sittenwidrigkeit vom Schutz ausgeschlossen sind. Erforderlich ist zudem eine Priorität der Zeichenbenutzung, d.h. die Priorität der erstmaligen Zeichenbenutzung. Weiter muss eine

schutzwürdige Marktposition vorliegen (BRAUCHBAR BIRKHÄUSER/SPITZ, N 12, 21 und 23 zu Art. 3). Die Voraussetzung des Vorliegens einer Verwechslungsgefahr wird bereits im Gesetz genannt. Das Bestehen einer Verwechslungsgefahr ist erwiesen. Ebenso, dass die dreidimensionale Marke der D. _____ AG kennzeichnend und damit individualisierend ist. Ausserdem hat sich diese Marke im Geschäftsverkehr etabliert und durchgesetzt. Die Marktposition der D. _____ AG erscheint daher schutzwürdig. Der objektive Tatbestand von Art. 3 lit. d UWG ist somit erfüllt. Subjektiv ist Vorsatz erforderlich, wobei Eventualvorsatz genügt. Der Eventualvorsatz ist, analog der Markenrechtsverletzung, auch bezüglich der UWG-Verletzung gegeben. Es hat somit auch ein Schuldspruch wegen unlauteren Wettbewerbs gemäss Art. 23 i.V. mit Art. 3 lit. d UWG z.N. der Lizenznehmerin D. _____ AG zu erfolgen.

IX. Strafzumessung

6. Vorbemerkungen

Die Strafkammern des Obergerichts üben bei der Überprüfung erstinstanzlich ausgefallter Strafen grundsätzlich Zurückhaltung aus. Erstinstanzliche Gerichte gewinnen von allen Aspekten des beurteilten Falles und namentlich auch von der Persönlichkeit der beschuldigten Person einen unmittelbaren Eindruck. Die 1. Strafkammer weicht deshalb von der erstinstanzlichen Strafzumessung nur ab, wenn es dafür triftige Gründe gibt. Solche Gründe können namentlich darin liegen,

- dass wesentliche Zumessungsfaktoren unberücksichtigt geblieben sind,
- dass wesentliche Zumessungsfaktoren falsch gewichtet worden sind,
- dass die ausgefallte Strafe im kantonalen Quervergleich deutlich zu milde oder zu streng ausgefallen ist,
- dass seit dem erstinstanzlichen Urteil wesentliche, die Strafzumessung beeinflussende Änderungen eingetreten sind.

7. Anwendbares Recht

Da der Versand der G. _____ -Werbebrochure „_____“ am 8. Dezember 2006 und damit vor dem Inkrafttreten der Gesetzesrevisionen des Allgemeinen Teils des StGB per 1. Januar 2007 und der angepassten Strafandrohung des MSchG erfolgte, ist zu prüfen, welches Recht auf den vorliegenden Fall anwendbar ist. Die Vorinstanz kam zutreffenderweise zum Schluss, dass das neue Recht das mildere ist und somit zur Anwendung kommt. Auf deren Ausführungen kann verwiesen werden (Motiv WSG pag. 134).

8. Grundsätze der Strafzumessung

Für die Grundsätze der Strafzumessung begnügt sich die Kammer ebenfalls mit einem Verweis auf die Ausführungen der Vorinstanz (Motiv WSG pag. 135 f.).

9. Strafraumen

Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat

und erhöht diese angemessen. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Straftat gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB). Die Beschuldigte hat sowohl eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG wie auch eine Markenrechtsverletzung nach Art. 61 Abs. 1 lit. b MSchG begangen.

Der ordentliche Strafraum für unlauteren Wettbewerb gemäss Art. 23 UWG lautet auf Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren. Die Sanktion einer Markenrechtsverletzung gemäss Art. 61 Abs. 1 MSchG reicht von Geldstrafe von einem Tagessatz bis zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr.

Auszugehen ist somit vom schwereren Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs, für den innerhalb des zur Verfügung stehenden Strafraums eine Einsatzstrafe festzusetzen ist. Diese Einsatzstrafe wird unter Einbezug der Markenrechtsverletzung in Anwendung des Asperationsprinzips angemessen zu erhöhen sein. Der ordentliche Strafraum könnte sich, falls nicht ausreichend, gegen oben bis auf 4½ Jahre Freiheitsstrafe öffnen (Art. 49 Abs. 1 StGB). Die von der Vorinstanz aufgeführte Obergrenze von 7½ Jahren Freiheitsstrafe ist unzutreffend.

Als gesetzlicher Strafmilderungsgrund gelangt Art. 48 lit. e i.V. mit 48a StGB zur Anwendung (Zeitablauf; siehe Ziff. 7 hienach).

10. Tatkomponenten

5.3 Ausmass des verschuldeten Erfolgs

Die Vorinstanz hielt hierzu fest:

Das Gericht hat berücksichtigt, dass vorliegend in einer allerdings einmaligen Aktion immerhin rund 270'000 Luftherfrischer an G._____ -Kunden in der ganzen Schweiz versandt worden sind, die grösstenteils davon ausgegangen sein dürften, dass sie einen sogenannten K._____ in Händen hielten. Durch diese einmalige Aktion der G._____ dürfte allerdings das Produkt der Geschädigten C._____ Ltd. keinen nachhaltigen Schaden erlitten haben. Die G._____ ist ein renommiertes Unternehmen und die L._____ -Duftbäume dürften, auch wenn sie in der Qualität möglicherweise den Produkten der D._____ AG nicht ganz entsprochen haben mögen, keinen Anlass zu Beanstandungen seitens der Kunden gegeben haben. Der zivilrechtliche Schaden ist aufgrund des handelsgerichtlichen Urteils inzwischen beglichen worden. Die H._____ und damit die Beschuldigte hat vom G._____ -Auftrag generell, nicht aber von der Beilage des Luftherfrischers finanziell profitiert. Zu beachten ist aber auch, dass die G._____ durch die Auftragsvergabe an Dritte zu einer günstigeren Werbebeilage kam und davon die H._____ und damit die Beschuldigte insofern profitiert hat, als sie sich gegenüber ihrer Auftraggeberin, der G._____, als kostenbewusste Partnerin profilieren konnte.

Diesen Ausführungen der Vorinstanz kann sich die Kammer anschliessen. Es ist festzuhalten, dass die H._____ bzw. die Beschuldigte durch die Markenrechtsverletzung keinen wirklichen Profit erzielte, sondern - wie dies die Vorinstanz festgestellt hat - sich „als kostenbewusste Partnerin profilieren konnte“ oder wollte. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die G._____ die Zusammenarbeit mit der H._____ wohl selbst dann weitergeführt

hätte, wenn die Beschuldigte die teureren Duftbäumchen der D._____ AG bezogen hätte.

5.4 Verwerflichkeit des Handelns der Beschuldigten, Willensrichtung und Beweggründe

Die Verwerflichkeit, die Willensrichtung und die Beweggründe beurteilte die Vorinstanz – für die Markenrechtsverletzung - wie folgt:

Die Beschuldigte handelte einmalig, d.h. es ging um den einmaligen Versand der beanstandeten Werbebeilage, die allerdings umgekehrt in sehr grosser Zeit (recte: Zahl) in der Schweiz verschickt worden ist.

Die Beschuldigte handelte eventualvorsätzlich. Sie befand, dass es für sie und ihren Auftraggeber, dem sie Umstände und wohl auch Kosten ersparen wollte, einfacher sei, auf die Feststellung der Markeninhaberin und Verhandlungen mit dieser zu verzichten und darauf zu hoffen, dass diese die Markenrechtsverletzung nicht bemerken oder sich aufgrund des fait accompli beschwichtigen lassen würde. Dabei wäre es für die Beschuldigte ein Einfaches gewesen, die konkrete Markeninhaberin festzustellen und mit dieser Gespräche zu führen oder dann auf eine gänzlich andere Form des Lufterfrischers bzw. überhaupt eine andere Werbebeilage auszuweichen.

Diesen Ausführungen ist zuzustimmen. Die Beschuldigte handelte auch bezüglich der UWG-Widerhandlung mit Eventualvorsatz.

Zwischenfazit

Das Tatverschulden für die UWG-Widerhandlung ist – in Bezug auf den Strafraumen - insgesamt als leicht einzustufen, wofür eine Einsatzstrafe von 20 Strafeinheiten angemessen erscheint.

6. Täterkomponenten

6.5 Vorleben und persönliche Verhältnisse

Das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse fasste die Vorinstanz wie folgt korrekt zusammen:

Die Beschuldigte wurde am ._____ in S._____ geboren. Gemäss ihren Aussagen sei sie in normalen Verhältnissen bei ihren Eltern in T._____ aufgewachsen. Von 1990 bis 1994 habe sie die Handelsschule in U._____ besucht. Nach der Handelsschule habe sie 1995 bei der H._____ in Bern als Juniorassistentin angefangen. Daraufhin sei sie Werbeberaterin, anschliessend Beratungsgruppenleiterin und 2004 Geschäftsführerin der H._____ geworden. Vor etwa zwei Jahren habe sie die H._____ übernommen. Die Beschuldigte ist nicht vorbestraft (siehe weiter vorne unter Ziff. II.).

Auch der aktuelle Strafregistrauszug der Beschuldigten enthält keine Eintragungen (WSG, pag. 200). Vorleben und persönliche Verhältnisse enthalten nichts Belastendes, die Beschuldigte hat sich bisher nie etwas zu Schulden kommen lassen, weshalb dieser Punkt als neutral zu beurteilen ist.

6.6 Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren

Das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren beschrieb die Vorinstanz wie folgt:

Die Beschuldigte ist bezüglich des objektiven Sachverhalts geständig. Im subjektiven Bereich hat sie demgegenüber erklärt, der K._____ sei ihr bekannt. Sie bestreitet aber, auch nur im Entferntesten an ein mögliches Markenrecht gedacht zu haben. Sie stellt sich auf den Standpunkt, zum gewählten Vorgehen berechtigt zu sein und gestand bisher nicht ein, sich allenfalls nicht korrekt verhalten zu haben. Das Verhalten der Beschuldigten im Strafverfahren war ansonsten korrekt. Insbesondere hat sie bzw. ihr Rechtsvertreter sämtliche verlangte Unterlagen zur Verfügung gestellt. Seit der Tat, immerhin im Jahre 2006, hat sich die Beschuldigte nichts mehr zu Schulden kommen lassen. Das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren ist zumindest nicht strafferhöhend zu berücksichtigen.

Die Aussage der Beschuldigten, nicht im Entferntesten an ein mögliches Markenrecht gedacht zu haben, darf ihr nicht negativ angelastet werden, da sich eine beschuldigte Person nicht selber belasten muss. Diese Komponente ist daher als neutral zu werten.

6.7 Auswirkungen der Strafe auf das Leben der Täterin

Die Vorinstanz hielt zur Strafempfindlichkeit fest:

Die Strafempfindlichkeit der Beschuldigten ist durchschnittlich, es sind keine Faktoren ersichtlich, welche diese erhöhen würden.

Die Beschuldigte ist Geschäftsführerin und Inhaberin der H._____. Sie führt ein geregeltes Leben. Es sind keine Faktoren ersichtlich, welche die Strafempfindlichkeit erhöhen oder herabsetzen würden, weshalb sich auch diese Täterkomponente neutral auswirkt.

6.8 Zwischenfazit

Die Täterkomponenten – gültig sowohl für UWG-Widerhandlung (Einsatzstrafe) wie auch für gleichzeitige Markenschutzverletzung (Asperation; Ziff. 8 hienach) – sind insgesamt als neutral zu beurteilen. Es bleibt damit für die UWG-Widerhandlung insgesamt bei einem leichten Verschulden und mithin bei 20 Strafeinheiten.

7. Strafmilderung

Gemäss Art. 48 lit. e i.V. mit 48a StGB kann der Richter die Strafe mildern, wenn seit der Tat verhältnismässig lange Zeit verstrichen ist und der Täter sich während dieser Zeit wohl verhalten hat. Diese Bestimmung ist neben der Verletzung des Beschleunigungsgebotes (Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 47 StGB) gegebenenfalls nach Massgabe der jeweiligen Voraussetzungen zu berücksichtigen. Die Frage des Doppelverwertungsgebotes stellt sich dabei nicht (BSK StGB I - WIPRÄCHTIGER, Art. 48 N 36). Seit dem Delikt im Jahre 2006 sind nun über sechs Jahre vergangen, fast entsprechend der ordentlichen Verjährungsfrist. Seither hat sich die Beschuldigte strafrechtlich nichts mehr zu Schulden kommen lassen. Eine Verletzung des Beschleunigungsgebotes ist weder ersichtlich, noch wurde eine solche bisher

geltend gemacht. Es rechtfertigt sich aber aufgrund dieses Zeitablaufs und des seitherigen Wohlverhaltens der Beschuldigten unter dem Titel von Art. 48 lit. e StGB eine Strafmilderung im Umfang der Hälfte der Einsatzstrafe von 20 Strafeinheiten.

Die Einsatzstrafe für die UWG-Widerhandlung gegenüber der Privatklägerin D. _____ AG beläuft sich somit auf zehn Strafeinheiten.

8. Asperation für Markenschutzverletzung (Art. 49 Abs. 1 StGB)

Für die durch dieselbe Handlung begangene Markenschutzverletzung gegenüber der Privatklägerin C. _____ Ltd. ist - unter Bezugnahme auf die zur UWG-Widerhandlung gemachten Ausführungen - ebenfalls von einem leichten Tatverschulden auszugehen. Auch die Täterkomponenten und die Strafmilderung gemäss Art. 48 lit. e StGB gelten für die Markenschutzverletzung analog. Die Kammer hält eine Erhöhung um fünf Strafeinheiten für angemessen, welcher eine aufgerundete Strafmilderung von drei Strafeinheiten gegenübersteht, so dass insgesamt eine Straferhöhung um zwei Strafeinheiten resultiert.

9. Strafmass

Die Kammer berücksichtigt gegenüber der Vorinstanz den Zeitablauf wesentlich stärker und wendet den gesetzlichen Strafmilderungsgrund von Art. 48 lit. e StGB an, was trotz des zusätzlichen Schuldspruchs wegen UWG-Widerhandlung zum selben Ergebnis von zwölf Strafeinheiten führt.

Die Vorinstanz hat die 12 Strafeinheiten – analog dem staatsanwaltlichen Strafbefehl vom 22. März 2011 - aufgeteilt in eine (bedingte) Geldstrafe von 10 Tagessätzen und eine (zu bezahlende) Verbindungsbusse von 2 Strafeinheiten bzw. CHF 800.00 (Motiv WSG, pag. 139 ff). Im Vordergrund steht hier klarerweise eine Geldstrafe. Die Kammer verzichtet jedoch auf eine Verbindungsbusse. Es handelt sich weder um eine Schnittstellenproblematik, noch ist unter den gegebenen Umständen ein „Denkzettel“ indiziert, nachdem die Widerhandlungen aus dem Jahre 2006 datieren und sich die Beschuldigte seither nichts mehr hat zu Schulden kommen lassen.

Es ist somit einzig eine Geldstrafe von 12 Tagessätzen auszufällen.

Zur Berechnung der Tagessatzhöhe führt die Vorinstanz Folgendes aus:

Ausgangspunkt ist das Einkommen des Täters zur Zeit des Urteils. Jede Quelle ist dabei zu berücksichtigen: Lohn, Honorare, Dividenden, Mieterträge, Gratifikationen, Zinsen, der Eigenmietwert von Liegenschaften, Lohnsurrogate, etc. (STEFAN TRECHSEL/MARCEL KELLER, in: Stefan Trechsel et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2008, Art. 34 N 10). Der Zeitpunkt des Urteils bildet jedoch nur den ersten Ansatz und ist massgebend, wenn die Einkommensverhältnisse des Täters stabil sind. Das Tageseinkommen beträgt dann 1/30 des Monats- bzw. 1/360 des Jahreseinkommens. Zu ermitteln ist das Nettoeinkommen, wobei Gewinnungskosten aller Art abzuziehen sind (TRECHSEL/KELLER, a.a.O., Art. 34 N 11). Die Berechnung ist derjenigen für das steuerbare Einkommen ähnlich. Bei der Tagessatz-Berechnung sind aber nicht nur die Sozialabgaben abziehbar, sondern auch die

Steuern selbst. Dasselbe gilt auch für alle Sozialversicherungs- und Pensionskassenbeiträge. Müssen durch das Gericht Schätzungen vorgenommen werden, gilt der Grundsatz „in dubio pro reo“ als solcher nicht. Vielmehr handelt es sich um eine Betätigung pflichtgemässen Ermessens durch das Gericht (ANNETTE DOLGE, in: M.A. Niggli / H. Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Auflage 2007, Art. 34 N 94). Das Vermögen des Täters sollte nur berücksichtigt werden, wenn es im Verhältnis zum Einkommen die Leistungsfähigkeit des Täters deutlich erhöht. Die Geldstrafe darf aber keinen konfiskatorischen Charakter erhalten. Vermögen soll demnach nur insoweit in die Tagessatzbestimmung einbezogen werden, als der Täter dadurch nicht genötigt wird, zur Begleichung der Geldstrafe die Vermögenswerte zu veräussern (DOLGE, a.a.O., Art. 34 N 62 f. m.w.H.)

Bei der Zuger Polizei hat die Beschuldigte am 26.06.2007 angegeben, CHF 213'000 zu verdienen. Vermögen über CHF 100'000.00 habe sie keines (pag. 100123 f.). Am 25.02.2011 gab sie anlässlich der Einvernahme durch den Staatsanwalt bekannt, dass sie netto pro Jahr ca. CHF 213'000.00 verdiene (pag. 20012). Anlässlich der Hauptverhandlung bestätigte die Beschuldigte diese Zahlen (pag. WSG 59).

Für die Bestimmung des Tagessatzes ist der Beschuldigten aufgrund ihres monatlichen Einkommens von durchschnittlich ca. CHF 17'750.00 ein Pauschalabzug von 30% für Krankenkassenprämien, Steuern und ähnliche monatliche Aufwendungen zu gewähren. Damit liegt die Tagessatzhöhe nach praxisgemäßem Berechnungsmodell bei CHF 410.00, was auf CHF 400.00 gerundet wird (pag. 4305).

Auf die Ausführungen der Vorinstanz zur Berechnung der Tagessatzhöhe kann verwiesen werden. Im Erhebungsformular wirtschaftliche Verhältnisse vom 29. März 2012 (WSG pag. 201 f.) wird das Einkommen der Beschuldigten mit CHF 19'230.00 monatlich angegeben. Ihr Einkommen hat sich somit gegenüber der vorinstanzlichen Beurteilung leicht erhöht. Der Tagessatz würde bei Gewährung eines Abzugs von 30% nun bei CHF 448.70 liegen – abgerundet verbleibt er bei CHF 400.00.

10. Bedingter Strafvollzug

Der bedingte Vollzug der Strafe ist vorliegend zu gewähren und die Probezeit auf minimale zwei Jahre festzusetzen. Es kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Motiv WSG, pag. 138).

X. Kosten und Entschädigung

Nach Art. 426 Abs. 1 StPO trägt die beschuldigte Person die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO).

Erstinstanzlich erfolgte ein Schuldspruch wegen Verletzung des Markenschutzgesetzes und ein Freispruch wegen Verletzung des UWG, wobei Letzterer ohne Ausscheidung von Verfahrenskosten und ohne Entschädigung. Oberinstanzlich ist die berufungsführende **Beschuldigte** mit ihren Anträgen (inkl. Eventualantrag) vollumfänglich unterlegen. Die anschlussberufungsführende **Privatklägerin D.** AG hat oberinstanzlich obsiegt, indem anstelle des erstinstanzlichen Freispruchs nun ein Schuldspruch wegen Verletzung des UWG zu ihrem Nachteil erfolgte. Die anschlussberufungsführende **Privatklägerin C.** Ltd. ist demgegenüber mit ihren oberinstanzlichen Anträgen unterlegen, indem

die Kammer zusätzliche Schuldsprüche wegen Verletzung auch von Art. 61 Abs. 1 lit. a MSchG (nebst lit. b) und wegen unlauteren Wettbewerbs auch zum ihrem Nachteil verneint hat.

Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschuldigte gestützt auf Art. 426 Abs. 1 StPO die ganzen erstinstanzlichen Verfahrenskosten von total CHF 4'700.00 zu tragen. Die oberinstanzlichen Kosten in diesem weit überdurchschnittlich aufwändigen Verfahren von total CHF 6'000.00 sind im Umfang von CHF 4'500.00 (3/4) durch die Beschuldigte und im Umfang von CHF 1'500.00 (1/4) durch die Privatklägerin C. _____ Ltd. zu tragen.

Die Beschuldigte ist, in Bestätigung der Vorinstanz, zur Bezahlung einer Parteientschädigung von CHF 5'170.00 an die Privatklägerin C. _____ Ltd. für das erstinstanzliche Verfahren zu verurteilen. Da die D. _____ AG oberinstanzlich als Privatklägerin/Strafantragstellerin im Bereich des UWG zugelassen wurde und sie in diesem Punkt obsiegt hat, steht ihr für das erstinstanzliche Verfahren ebenfalls eine Parteientschädigung in der beantragten Höhe von CHF 5'170.00 zu. Die Parteientschädigung für den oberinstanzlich angemessenen Aufwand der obsiegenden Privatklägerin D. _____ AG bemisst sich nach Art. 17 Abs. 1 lit. f der bernischen Parteikostenverordnung (PKV, BSG 168.811); demnach ist in Strafrechtssachen das anwaltliche Honorar im Rechtsmittelverfahren zu bemessen auf „10-50% des Honorars gemäss den Buchstaben *b* bis *e*“ (Verfahren vor erster Instanz). Die eingereichte detaillierte Kostennote von Rechtsanwalt Dr. E. _____ vom 25. März 2013 umfasst den Aufwand für beide Privatklägerinnen (36,75 std. zu je CHF 440.00, inkl. alle Spesen und Auslagen), so dass – wie in erster Instanz - grundsätzlich von einem hälftigen Anteil auszugehen ist, der auf die D. _____ AG entfällt. Mit Blick auf den im erstinstanzlichen Verfahren geltend gemachten Aufwand (23,5 std zu CHF 440.00) und den dazugehörigen Ausführungen der Vorinstanz, erachtet die Kammer - nach Massgabe von Art. 17 PKV - eine oberinstanzliche Parteientschädigung der obsiegenden Privatklägerin D. _____ AG von CHF 4'500.00 (inkl. Anteil Auslagen, aber zuzüglich 8% MwSt) als angemessen, welche ihr von der unterliegenden Beschuldigten zu ersetzen ist (Art. 433 StPO).

XI. Dispositiv

Die 1. Strafkammer hat **erkannt**:

A. _____, vgt., wird

schuldig erklärt:

3. des **unlauteren Wettbewerbs**, begangen in der Zeit von Oktober 2006 bis Dezember 2006 in Bern, Zug und anderswo zum Nachteil der Privatklägerin D. _____ AG;
4. der **Markenrechtsverletzung**, begangen in der Zeit von Oktober 2006 bis Dezember 2006 in Bern und Zug zum Nachteil der Privatklägerin C. _____ Ltd;

und in Anwendung von

Art. 61 Abs. 1 lit. b MSchG,

Art. 3 Abs. 1 lit. d, 23 Abs. 1 UWG,

Art. 34, 42 Abs. 1, 44, 47, 48, 48a und 49 Abs. 1 StGB,

Art. 426 Abs. 1, 428 und 433 StPO

verurteilt:

7. zu einer **Geldstrafe von 12 Tagessätzen zu CHF 400.00**, ausmachend total CHF 4'800.00, unter Aufschub des Vollzugs und einer Probezeit von zwei Jahren.
8. zur Bezahlung der erstinstanzlichen Verfahrenskosten von **CHF 4'700.00**.
9. zur Bezahlung eines Anteils der oberinstanzlichen Verfahrenskosten von drei Vierteln, ausmachend **CHF 4'500.00**.
10. zur Bezahlung einer Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren von **CHF 5'170.00** an die Privatklägerin C. _____ Ltd.
11. zur Bezahlung einer Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren von **CHF 5'170.00** an die Privatklägerin D. _____ AG.
12. zur Bezahlung einer Parteientschädigung für das oberinstanzliche Verfahren von **CHF 4'500.00** (inkl. Auslagen, zuzüglich 8% MwSt).

Weiter wird

verfügt:

Die Privatklägerin C. _____ Ltd. hat einen Anteil der oberinstanzlichen Verfahrenskosten von einem Viertel zu bezahlen, ausmachend **CHF 1'500.00**.

Zu eröffnen:

- der Beschuldigten/Berufungsführerin, v.d. Rechtsanwalt B. _____
- den Strafklägerinnen/Anschlussberufungsführerinnen v.d. Rechtsanwalt Dr. E. _____
- der Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern

Mitzuteilen:

- der Vorinstanz
- der Koordinationsstelle Strafregister
- der Bundesanwaltschaft (Art. 27 UWG)
- dem Eidg. Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (Art. 27 UWG)
- dem Eidg. Institut für Geistiges Eigentum, Stauffacherstrasse 65/59g, 3014 Bern
- dem Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Holzikofenweg 36, 3003 Bern

Bern, 27. März 2013

Im Namen der 1. Strafkammer

Der Präsident:

Oberrichter Guéra

Die Gerichtsschreiberin:

Walker

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Strafsachen gemäss Art. 39 ff., 78 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.