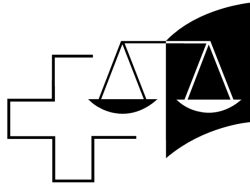


Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal



**6B\_978/2020**

**Urteil vom 16. November 2022**

### **Strafrechtliche Abteilung**

Besetzung  
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari, Präsidentin,  
Bundesrichter Muschietti,  
Bundesrichterin van de Graaf,  
Bundesrichterin Koch,  
Bundesrichter Hurni,  
Gerichtsschreiber Traub.

Verfahrensbeteiligte

A. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Andreas Howald,  
Beschwerdeführer,

*gegen*

1. Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, Nordring 8, Postfach, 3001 Bern,  
2. Schweizerische Eidgenossenschaft, Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), vertr. durch  
Rechtsanwalt Yves Minnier,  
Beschwerdegegnerinnen.

Gegenstand

Widerhandlung gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb durch unlautere Werbe- und Verkaufsmethoden,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern, 1. Strafkammer, vom 24. Juni 2020 (SK 19 339).

### **Sachverhalt:**

**A.**

A. \_\_\_\_\_ ist Verwaltungsratspräsident des Telemarketingunternehmens B. \_\_\_\_\_ AG. Dieses betreibt Callcenter, von denen aus Privatpersonen zu Marketing- und Werbezwecken angerufen werden. Beim Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) gingen insgesamt 46 Beschwerden von Privatpersonen über Anrufe von Telefonnummern ein, die der Firma des Beschwerdeführers zuzuordnen sind.

Die für die strafrechtliche Verfolgung von Widerhandlungen gegen das UWG zuständige Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern warf A. \_\_\_\_\_ unlautere Werbe- und Verkaufsmethoden vor. Als Verwaltungsratspräsident der B. \_\_\_\_\_ AG sei er für die

Geschäftstätigkeit und damit für die Einhaltung der Gesetze verantwortlich. Das Handeln der Mitarbeiter in den Callcentern sei ihm zuzurechnen (Art. 29 lit. a StGB). In der Zeit vom 21. Dezember 2012 bis 11. September 2014 seien in 27 Fällen von Telefonnummern der B. \_\_\_\_\_ AG aus Personen zu Werbezwecken angerufen worden, die im Telefonverzeichnis eine Werbesperre (Sterneintrag) hätten vermerken lassen.

Das Regionalgericht Bern-Mittelland sprach A. \_\_\_\_\_ in allen angeklagten Fällen vom Vorwurf der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) frei (Urteil vom 29. März 2019).

## **B.**

Das SECO erhob Berufung in 15 Fällen. Das Obergericht des Kantons Bern sprach A. \_\_\_\_\_ in elf Fällen vom Vorwurf der mehrfachen Widerhandlung gegen das UWG frei; in vier Fällen aus dem Jahr 2013 sprach es ihn schuldig. In zwölf Fällen waren erstinstanzliche Freisprüche unangefochten geblieben und damit rechtskräftig geworden. Von einer Bestrafung sah das Obergericht infolge des sehr leichten Tatverschuldens ab (Art. 52 StGB; Urteil vom 24. Juni 2020).

## **C.**

A. \_\_\_\_\_ führt Beschwerde in Strafsachen. Er beantragt, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und er sei freizusprechen. Eventuell sei die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

## **Erwägungen:**

### **1.**

**1.1.** Wer vorsätzlich unlauteren Wettbewerb u.a. nach Art. 3 UWG begeht, wird auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe belegt (Art. 23 Abs. 1 UWG). Vorliegend steht eine Widerhandlung (unlautere Werbe- und Verkaufsmethoden) im Sinn von Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG zur Diskussion. Im Tatzeitraum (2013) stand diese Bestimmung in der vom 1. April 2012 bis 31. Dezember 2020 geltenden Fassung in Kraft. Danach handelt unlauter, wer den Vermerk im Telefonbuch nicht beachtet, dass ein Kunde keine Werbemittelungen von Dritten erhalten möchte und dass seine Daten zu Zwecken der Direktwerbung nicht weitergegeben werden dürfen (vgl. Art. 88 Abs. 1 der Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste [FDV; SR 784.101.1]). Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG begründet eine Pflicht, anhand der sog. Primärverzeichnisse der Fernmeldediensteanbieter (Art. 11 FDV) zu prüfen, ob ein Sterneintrag vorliegt oder nicht (MISCHA SENN, Richtlinie der Lauterkeitskommission zur neuen UWG-Bestimmung betreffend Sterneintrag [Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG], in: sic! 4/2013 S. 268).

**1.2.** Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG war Gegenstand der auf den 1. Januar 2021 in Kraft getretenen Revision des UWG. Der Wortlaut des revidierten Gesetzes stellt seither klar, dass eine durch Sterneintrag im Telefonverzeichnis vermerkte Ablehnung von Werbemittelungen dann keine Sperrwirkung hat, wenn die kontaktierte Person in einer Geschäftsbeziehung zum Urheber der Werbemittelung steht.

Diese Ausnahme ist für die Beurteilung eines Teils der strittigen Schuldsprüche relevant (siehe E. 3 und 4). Nachdem sich die strittig gebliebenen Vorgänge im Jahr 2013 abgespielt haben und das vorinstanzliche Urteil vom 24. Juni 2020 datiert, ist die bis Ende 2020 geltende Fassung von Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG massgebend. Deren Wortlaut sah den Ausnahmetatbestand der bestehenden Geschäftsbeziehung noch nicht ausdrücklich vor. Vor Bundesgericht kann sich der Beschwerdeführer zwar nicht auf das ab 2021 geltende, für ihn günstigere Recht (*lex mitior*; vgl. Art. 2 Abs. 2 StGB in Verbindung mit Art. 1 und 2 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht [VStrR; SR 313.0]) berufen, weil die bundesgerichtliche Überprüfung des angefochtenen Urteils nicht als Beurteilung im Sinn von Art. 2 Abs. 2 StGB gilt (**BGE 145 IV 137**). Allerdings betrachtete schon die herrschende Lehrmeinung hinsichtlich der bis Ende 2020 gültigen Fassung von Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG Anbieter oder deren Hilfspersonen (wie Callcenter) nur dann als "Dritte", wenn sie keine vorbestehende Geschäftsbeziehung zur angerufenen Person unterhalten (GUIDO SUTTER, in: Kommentar zum UWG, Heizmann/Loacker [Hrsg.], 2018, N 23 zu Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG; GREGOR BÜHLER, in: Basler Kommentar zum UWG, 2013, N 21 zu Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG). Diese Auffassung ist Ausdruck einer gefestigten geltungszeitlichen Praxis (SUTTER, a.a.O., mit Hinweisen). Die

Ausnahmeklausel, dass eine im Telefonverzeichnis eingetragene Werbesperre in Fällen einer bestehenden Geschäftsbeziehung nicht wirksam wird, ist vorliegend beachtlich.

## 2.

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen den Schuldspruch betreffend eine Widerhandlung "ca. um den 25.09.2013 zum Nachteil von C.\_\_\_\_\_". In diesem Fall habe die Vorinstanz den Sachverhalt willkürlich festgestellt und gestützt darauf offensichtlich unhaltbare Schlüsse gezogen.

**2.1.** Die Vorinstanz hält fest, der umstrittene Sterneintrag im Telefonverzeichnis habe vom 22. September 2003 bis am 25. September 2013 bestanden. Just am 25. September 2013 habe C.\_\_\_\_\_ an das SECO gemeldet, dass er "fast jeden" Tag von einer bestimmten Nummer aus angerufen werde; zu hören sei aber nur ein Piepton. Daraus folge, so die Vorinstanz, dass einige der Anrufe vor dem Datum der Löschung des Sperrseintrags geschehen sein müssten.

**2.2.** Der Beschwerdeführer bringt vor, die Vorinstanz stütze sich für die Feststellung, der Sterneintrag von C.\_\_\_\_\_ habe bis am 25. September 2013 bestanden, auf eine in den Akten liegende Beilage zu einem Schreiben von D.\_\_\_\_\_, einer Organisationseinheit der E.\_\_\_\_\_ AG, vom 8. November 2016. Die D.\_\_\_\_\_ erkläre, "dass das genaue Datum des Setzens des Werbesterns nicht in jedem Fall exakt nachvollzogen werden konnte. Das hängt unter anderem damit zusammen, dass wir die Verzeichnisdaten der Kundinnen und Kunden von den FDA [sc. Fernmeldediensteanbietern] übermittelt erhalten und die Kundin oder der Kunde bereits gegenüber ihrer FDA das Setzen des Werbesterns verlangt hatte; oder auch damit, dass aufgrund des Alters der Datensätze die einzelnen Mutationen heute nicht mehr genau reproduziert werden konnten". Die Ausführungen von D.\_\_\_\_\_, so der Beschwerdeführer, zeigten, dass die Liste, auf die die Vorinstanz abgestellt habe, nicht verlässlich sei. Es sei nicht nachgewiesen, bis wann genau der Sterneintrag von C.\_\_\_\_\_ tatsächlich bestanden habe, nachdem er bereits vor dem fraglichen Anruf vom 25. September 2013 um eine Löschung ersucht hatte. Unklar sei denn auch, ob der Sperrvermerk am Tag des Anrufs noch eingetragen gewesen sei. Hinzu komme, dass sich C.\_\_\_\_\_ nicht über eine Missachtung des Sterneintrags beklagt habe; er habe auf dem Beschwerdeformular vielmehr eine "Andere Praktik" angekreuzt. Mutmasslich im Wissen darum, dass er seinen Sterneintrag löschen liess, habe er sich eben gerade nicht am Anruf als solchem gestört, sondern vielmehr an der Tatsache, dass jeweils nur ein Piepton zu vernehmen war. Hätte die Vorinstanz die Beweismittel richtig gewürdigt, wäre sie zum Schluss gelangt, dass der Sterneintrag zum Zeitpunkt des Anrufs mutmasslich nicht mehr bestanden habe und C.\_\_\_\_\_ auch keinen derartigen Verstoss moniert habe.

**2.3.** Die vom Beschwerdeführer gerügte vorinstanzliche Feststellung über den zeitlichen Bestand eines Sperrvermerks im Telefonverzeichnis bindet das Bundesgericht, soweit sie nicht willkürlich oder anderweitig bundesrechtswidrig zustande gekommen ist (Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG; **BGE 147 IV 73 E. 4.1.2; 146 IV 88 E. 1.3.1**). Die fragliche Tatsache müsste im angefochtenen Urteil somit in einer schlichtweg unhaltbaren Weise hergeleitet worden sein, um als Grundlage des vorinstanzlichen Schuldspruchs wegzufallen. Dies trifft aber nicht zu: Die Vorinstanz entnimmt den zeitlichen Bestand des Sperrvermerks einer Liste, die der Anbieter eines Telefonverzeichnisses zur Verfügung gestellt hat. Der Beschwerdeführer begründet den Willkürvorwurf mit dem Umstand, dass das "genaue Datum des Setzens des Werbesterns" nach Angaben dieses Anbieters nicht in jedem Fall exakt nachvollziehbar sei. Dies soll zum einen damit zusammenhängen, dass die Kunden den Sperrvermerk bei ihrem jeweiligen Fernmeldediensteanbieter verlangen; dieser übermittelt den verlangten Sterneintrag wie auch die weiteren Verzeichnisdaten an den Betreiber des Verzeichnisses. Wenn daher die Aufnahme - resp. vorliegend: die Löschung - in das resp. aus dem Verzeichnis mit einer gewissen Verzögerung erfolgt, so hat das vorliegend keine Bedeutung. Denn der strafrechtliche Vorwurf besteht immer in der Missachtung eines im Verzeichnis sichtbaren Eintrags. Eben darauf hat sich die Vorinstanz u.a. abgestützt, als sie verbindlich festgestellt hat, am Tag des inkriminierten Anrufs, dem 25. September 2013, sei der Sterneintrag im Verzeichnis noch vorhanden gewesen. Insoweit beruht diese Tatsache nicht auf einer unzuverlässigen Grundlage. Des Weiteren soll das Alter der Datensätze nach Auskunft von D.\_\_\_\_\_ dazu führen, dass "die einzelnen Mutationen heute nicht mehr genau reproduziert" werden konnten. Auch daran lässt sich keine Unsicherheit über den Zeitpunkt der Löschung festmachen, aufgrund der sich die betreffende Feststellung der Vorinstanz als willkürlich darstellen würde. Dies träfe nur dann zu, wenn der Vorbehalt so formuliert wäre, dass es sich geradezu verbieten würde, auf die fragliche Liste abzustellen.

Schliesslich sieht der Beschwerdeführer die Feststellung, am 25. September 2013 sei der Sterneintrag im Verzeichnis noch vorhanden gewesen, als unmassgeblich an, weil C. \_\_\_\_\_ zur fraglichen Zeit bereits eine Löschung des Eintrags veranlasst habe und er sich vor diesem Hintergrund nicht am Anruf als solchem gestört habe, sondern an der Tatsache, dass bei den Anrufen jeweils nur ein Piepton zu vernehmen gewesen sei. Auch dieses Argument ist nicht geeignet, die vorinstanzliche Feststellung als willkürlich auszuweisen. Der Umstand, dass sich die angerufene Person am 25. September 2013 wegen der veranlassten Aufhebung des Sperrvermerks nicht mehr persönlich betroffen fühlte, ist kein Indiz dafür, dass der Eintrag zu diesem Zeitpunkt schon gelöscht war. Zudem ist der individuelle Beweggrund, aus dem sich die angerufene Person an die Aufsichtsbehörde gewendet hat, für die strafrechtliche Verfolgbarkeit einer Widerhandlung im Sinn von Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG nicht ausschlaggebend (unten E. 2.5).

**2.4.** Im Zusammenhang mit der Feststellung der Dauer des Sterneintrags rügt der Beschwerdeführer auch eine Verletzung der Unschuldsvermutung (Art. 10 Abs. 3 StPO). Hätte die Vorinstanz die Tatsachen zutreffend, unter Berücksichtigung seiner Einwendungen, gewürdigt, müsste sie zumindest stark daran gezweifelt haben, ob zum Anrufzeitpunkt überhaupt ein Sterneintrag bestand.

Der *In-dubio* -Grundsatz kommt erst zum Tragen, nachdem alle aus Sicht des urteilenden Gerichts notwendigen Beweise erhoben und ausgewertet worden sind. Die Unschuldsvermutung kann somit erst bei der Beurteilung des *Resultat* seiner Beweisauswertung verletzt werden, das heisst beim - auf die freie Würdigung der Beweismittel (Art. 10 Abs. 2 StPO) folgenden - Schritt vom Beweisergebnis zur Feststellung der Tatsachen, aus denen sich das Fundament eines Schuldspruchs zusammensetzt (BGE 144 IV 345 E. 2.2.3.2). Der Beschwerdeführer setzt mit seiner Rüge, die Unschuldsvermutung sei verletzt, bei der vorinstanzlichen Würdigung der Akten an. Begründbar wäre sie indessen nur mit einer falschen Wertung oder Gewichtung des daraus folgenden Beweisergebnisses.

**2.5.** Schliesslich bestreitet der Beschwerdeführer, dass der Strafantrag des SECO im Fall C. \_\_\_\_\_ massgeblich ist und seine strafrechtliche Verfolgung bewirken kann. Der angezeigte Sachverhalt sei nicht durch einen entsprechenden Anzeigewillen des betroffenen Privaten gedeckt.

Nach Art. 23 Abs. 2 UWG kann Strafantrag stellen, wer nach den Artikeln 9 und 10 zur Zivilklage berechtigt ist. Dazu gehört der Bund, wenn er es zum Schutz des öffentlichen Interesses als nötig erachtet, so wenn bestimmte Kollektivinteressen bedroht oder verletzt sind (vgl. Art. 10 Abs. 3 lit. b UWG). Die Klagelegitimation und die damit einhergehende Befugnis des SECO, in seiner Eigenschaft als Oberaufsichtsbehörde (Art. 20 Abs. 1 UWG) Strafanträge zu stellen, ermöglicht es dem Bundesamt, seine Aufgaben beim Vollzug des UWG wahrzunehmen. Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG bezweckt, Auswüchse des Telefonmarketings einzudämmen (RETO HEIZMANN, in: Wettbewerbsrecht II, Kommentar, 2021, N 2 zu Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG; SUTTER, a.a.O., N 4 mit Hinweisen). Dabei handelt sich um ein Interesse überindividueller Natur. Solange der angezeigte Sachverhalt eine spezifische Widerhandlung im Sinn von Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG offenbart, kann es deshalb nicht darauf ankommen, woran sich der Anzeigesteller konkret gestört hat. Im Hinblick auf die Gültigkeit des Strafantrags spielt also keine Rolle, ob C. \_\_\_\_\_ tatsächlich nur eine Belästigung durch Anrufe, bei denen jeweils nur ein Piepton zu vernehmen war, zur Anzeige bringen wollte, nicht aber die vom SECO beanzeigte Verletzung des Sterneintrags als solche.

### **3.**

**3.1.** Im Weiteren ficht der Beschwerdeführer die Schuldsprüche betreffend die Widerhandlungen "ca. am 12.02.2013 zum Nachteil von F. \_\_\_\_\_" und "ca. um den 17.09.2013 zum Nachteil von G. \_\_\_\_\_" an. Den Schuldsprüchen liegt zugrunde, dass diese beiden Personen trotz eines eingetragenen Sperrvermerks zwecks Werbung für ein Produkt einer Firma angerufen wurden, bei der sie keine Kunden waren. Soweit keine Geschäftsbeziehung besteht, muss die Beachtung des Sterneintrags gewährleistet sein. Die Vorinstanz schliesst eine direktvorsätzliche Widerhandlung im Sinn von Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG aus; die B. \_\_\_\_\_ AG habe mit Sicherheit nicht die Geschäftspraxis verfolgt, Sterneinträge im Telefonverzeichnis unbeachtet zu lassen. Sie bejaht jedoch den Eventualvorsatz. Die für Werbekampagnen verwendeten Nummern seien vor ihrer Verwendung weder systematisch auf einen allfälligen Sterneintrag im Telefonverzeichnis noch auf eine vorbestehende Kundenbeziehung zu den jeweiligen Auftraggebern überprüft worden. Die Vorkehrungen zur Vermeidung von unerwünschten Anrufen seien klar ungenügend gewesen. Nach

Auffassung des Beschwerdeführers ist in beiden Fällen aus den festgestellten Tatsachen bloss auf straflose Fahrlässigkeit zu schliessen.

**3.2.** Der Beschwerdeführer räumt ein, dass in zwei Fällen für Werbeanrufer gesperrte Telefonnummern aus der Kundendatei einer Tochtergesellschaft der B. \_\_\_\_\_ AG, nämlich der Firma H. \_\_\_\_\_ GmbH, für eine Produktkampagne der Firma I. \_\_\_\_\_ AG, einer anderen Tochtergesellschaft ohne Kundenbeziehung zu den angerufenen Personen, verwendet worden sind. Dies sei aber, wie die Vorinstanz festhalte, versehentlich geschehen. Die B. \_\_\_\_\_ AG habe die kampagnenführende Gesellschaft verwechselt. In diesem Zusammenhang verweist der Beschwerdeführer auf Massnahmen, mit denen die B. \_\_\_\_\_ AG eine weitestgehende Erfassung und Beachtung von Sterneinträgen sichergestellt habe: So anerkenne die Vorinstanz, dass die B. \_\_\_\_\_ AG den Adressenbroker bei Bestellungen von Datensätzen jeweils darauf hingewiesen habe, dass die Einträge keine Sperrvermerke enthalten dürften. Die erhaltenen Datensätze seien einer betriebsinternen Kontrolle unterzogen und die Daten mit einer internen "schwarzen Liste" abgeglichen worden, d.h. mit den Telefonnummern, deren Besitzer bei der B. \_\_\_\_\_ AG eine Werbesperre verlangt haben. Zur Sicherstellung einer vorhandenen Geschäftsbeziehung sei mit Geschäftskunden vereinbart worden, dass diese ausschliesslich Nummern von eigenen Kunden lieferten. Zudem habe die B. \_\_\_\_\_ AG die Daten durch einen externen Dienstleister punktuell, stichprobenweise unter anderem auf Sterneinträge überprüfen lassen. Noch weitergehende Vorkehrungen, etwa ein zusätzlicher Abgleich mit einem aktuellen Telefonverzeichnis, hätten die Verwechslung der Datenbestände nicht verhindert, zumal bei einer bestehenden Kundenbeziehung ja eine telefonische Kontaktaufnahme trotz des Sterneintrags zulässig gewesen wäre. Ihm, dem Beschwerdeführer, werde am Ende des Verfahrens nur in vier Fällen (bei einem Anrufvolumen im fraglichen Zeitraum von ungefähr sieben Millionen Anrufen resp. Anrufversuchen) eine Widerhandlung zur Last gelegt. Dies zeige, dass das Erfolgsrisiko sehr klein gewesen sei. Die B. \_\_\_\_\_ AG habe nicht mit dem Eintritt des Erfolgs rechnen müssen. Auch habe sie kein Interesse, sich sorgfaltspflichtwidrig zu verhalten und damit ein gut funktionierendes Geschäftsmodell zu gefährden. Um jeglichen verpönten Erfolg nach Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG auszuschliessen, müsste Telemarketing gleichsam ganz verboten werden. Dies sei aber nicht Sinn und Zweck dieser Norm.

### **3.3.**

**3.3.1.** Zuwiderhandlungen gegen das UWG sind nur bei Vorsatz strafbar (Art. 23 Abs. 1 UWG), nicht aber bei Fahrlässigkeit. Fahrlässig handelt, wer die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt; pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist (Art. 12 Abs. 3 StGB). Direkt vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt, eventualvorsätzlich, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg in Kauf nimmt, sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein (Art. 12 Abs. 2 StGB; **BGE 147 IV 439 E. 7.3.1; 143 V 285 E. 4.2.2; 137 IV 1 E. 4.2.3**). Sowohl der eventualvorsätzlich als auch der bewusst fahrlässig handelnde Täter weiss um die Möglichkeit des Erfolgseintritts resp. um das Risiko der Tatbestandsverwirklichung. Hinsichtlich der Wissensseite stimmen somit beide Erscheinungsformen des subjektiven Tatbestands überein. Unterschiede bestehen beim Willensmoment. Der bewusst fahrlässig handelnde Täter vertraut (aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit) darauf, dass der von ihm als möglich vorausgesehene Erfolg nicht eintreten, das Risiko der Tatbestandserfüllung sich mithin nicht verwirklichen werde. Demgegenüber nimmt der eventualvorsätzlich handelnde Täter den Eintritt des als möglich erkannten Erfolgs ernst, rechnet mit ihm und findet sich mit ihm ab. Wer den Erfolg dergestalt in Kauf nimmt, will ihn im Sinn von Art. 12 Abs. 2 StGB, auch wenn er nicht das direkte Ziel seines Handelns ist (vgl. Urteil 6B\_797/2020 vom 31. Januar 2022 E. 4.3.5).

Die innere Einstellung des Täters und seine Beweggründe sind anhand äusserlich feststellbarer Indizien und Erfahrungsregeln zu beurteilen. Zu den äusseren Umständen, aus denen der Schluss gezogen werden kann, der Täter habe den Erfolg in Kauf genommen, zählen die Grösse des dem Täter bekannten Risikos der Tatbestandsverwirklichung und die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung, ferner die Beweggründe des Täters und die Art der Tathandlung. Je wahrscheinlicher der Erfolgseintritt erscheint und je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung wiegt, desto eher ist anzunehmen, der Täter habe die Verwirklichung des Tatbestands in Kauf genommen. Das Gericht darf vom Wissen des Täters auf den Willen schliessen, wenn sich dem Täter der Eintritt des Erfolgs als so wahrscheinlich aufdränge, dass die Bereitschaft, ihn als Folge hinzunehmen,

vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolgs ausgelegt werden kann (BGE 147 IV 439 E. 7.3.1; 133 IV 9 E. 4.1).

**3.3.2.** Die Vorinstanz hält fest, dass F. \_\_\_\_\_ und G. \_\_\_\_\_ - seit 1996 resp. 2009 mit Sterneintrag im Telefonverzeichnis - in der Datenbank der H. \_\_\_\_\_ GmbH, einer Tochtergesellschaft der B. \_\_\_\_\_ AG, als deren Kunden verzeichnet waren. Aufgrund eines "fehlerhaften Datentransfers" wurden sie allerdings zwecks Werbung für eine andere Tochtergesellschaft, die I. \_\_\_\_\_ AG, angerufen, in deren Kartei sie nicht als Kunden vermerkt waren. Der Anruf wäre legal, wenn er im Namen derjenigen Tochtergesellschaft geschehen wäre, die effektiv eine Geschäftsbeziehung mit der betreffenden Person unterhält. Es ist davon auszugehen, dass die Verwendung der fraglichen Telefonnummern für Marketinganrufe nicht in Verkenning des Sterneintrags erfolgt ist. Da die Sperrvermerke nicht erst kurz vor dem Anruf eingetragen worden sind, sondern Jahre vorher, wären sie wohl schon aufgrund der bestehenden Vorkehrungen (vgl. oben E. 3.2) erkannt worden. Damit greift der Vorwurf, die im relevanten Zeitraum von 2012 bis 2014 getroffenen Massnahmen beinhalteten keine systematische und fortlaufend aktualisierende Erfassung der Sperrvermerke, hier nicht.

Der Vorhalt einer Widerhandlung gegen Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG beschränkt sich vielmehr darauf, dass die B. \_\_\_\_\_ AG bei einer Marketingkampagne für eine Tochtergesellschaft versehentlich Telefonnummern aus der Kundendatei einer anderen Tochtergesellschaft verwendet hat. Mit den Massnahmen, die die B. \_\_\_\_\_ AG getroffen hat, um die Beachtung der Sterneinträge sicherzustellen, konnte dies *a priori* nicht verhindert werden. Stattdessen wäre dafür zu sorgen gewesen, dass die Datenbestände der verschiedenen Tochtergesellschaften nicht vermengt werden; dies um zu gewährleisten, dass Werbeanrufe trotz Sperrvermerks nur bei einer effektiven Geschäftsbeziehung stattfinden können. Die Ausnahmeklausel der bestehenden Geschäftsbeziehung ist eng auszulegen (vgl. unten E. 4). Die wirtschaftliche Verbindung der beiden Tochtergesellschaften über ihre Muttergesellschaft B. \_\_\_\_\_ AG rechtfertigte es jedenfalls nicht, die beiden Kundenstämme diesbezüglich als Einheit anzusehen. Die mithin unabdingbare Trennung der jeweiligen Datenbestände hätte durch einfache, "konservative" Vorkehrungen bewerkstelligt werden können; insbesondere mit einer Beschränkung von Zugriffsrechten wäre sicherzustellen gewesen, dass die Kundendateien in sich geschlossen bleiben. Solche Massnahmen sind nicht getroffen worden.

**3.3.3.** Die B. \_\_\_\_\_ AG - und mit ihr der Beschwerdeführer (Art. 29 lit. a StGB) - kann nicht für sich in Anspruch nehmen, die lauterkeitsrechtlichen Rahmenbedingungen nicht gekannt zu haben (Rechtsgrundsatz *ignorantia legis non excusat*). Der Beschwerdeführer hebt zu seiner Entlastung die geringe (sichtbare) Fehlerinzidenz hervor. Diese ist im vorliegenden Zusammenhang aber kein Gradmesser für die Qualität getroffener Massnahmen, da ein unerwünschter Datentransfer zwischen den Kundenverzeichnissen unterschiedlicher Gesellschaften wie erwähnt mit einfachen Mitteln auch ganz verhindert werden könnte. Insofern ist auch der Einwand unbegründet, ein Restrisiko könne nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand ausgeschlossen werden. Die im Sinn des UWG unlautere Verwendung von Personendaten erscheint hier als zwangsläufige Folge einer fehlenden Trennung der Datenbestände. Die Wahrscheinlichkeit, dass es zu einer Verwendung von Telefonnummern mit Sperrvermerken kommen würde, die nicht durch eine bestehende Geschäftsbeziehung zum Urheber der Marketingkampagne gedeckt ist, war somit gross. Die Verletzung der Sorgfaltspflicht wiegt schwer, weil die (ohne getroffene Massnahmen hoch wahrscheinliche) Vermengung von Kundenadresseinträgen leicht vermeidbar gewesen wäre. Deshalb übersteigt die Hinnahme des vorhersehbaren Erfolgsrisikos eine bewusste Fahrlässigkeit, bei der der Täter (pflichtwidrig unvorsichtig) darauf vertraut, der von ihm als möglich vorausgesehene Erfolg werde nicht eintreten. Das streitgegenständliche Verhalten darf daher als Inkaufnahme einer Widerhandlung im Sinn von Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG gewertet werden. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Eventualvorsatz bejaht hat.

#### 4.

**4.1.** Schliesslich wendet sich der Beschwerdeführer gegen den Schuldspruch betreffend die Widerhandlung "ca. um den 17.10.2013 zum Nachteil von J. \_\_\_\_\_". Deren Adressdaten waren in der Kundendatenbank der Tochtergesellschaft I. \_\_\_\_\_ AG abgelegt, nachdem die Kundin J. \_\_\_\_\_ dort zuletzt am 12. Juni 2006 ein Nahrungsergänzungsmittel bestellt hatte. Die Vorinstanz geht davon aus, dass der Anruf vom 17. Oktober 2013 im Auftrag der I. \_\_\_\_\_ AG, also im

Rahmen einer bestehenden Geschäftsbeziehung (oben E. 1.2), erfolgte. Sie hält aber auch fest, es hätte der anrufenden B. \_\_\_\_\_ AG bekannt sein müssen, dass die letzte Bestellung von J. \_\_\_\_\_ bei der I. \_\_\_\_\_ AG bereits über sieben Jahre zurücklag. Nach dieser langen Zeit dürfe nicht mehr von einer bestehenden Geschäftsbeziehung ausgegangen werden; demnach hätte J. \_\_\_\_\_ nicht mehr zu Werbezwecken angerufen werden dürfen.

**4.2.** Der Beschwerdeführer rügt, auch hier seien die Voraussetzungen des Eventualvorsatzes (vgl. oben E. 3.3.1) nicht erfüllt. Tatsächlich handle es sich um einen Fall von nicht strafbarer Fahrlässigkeit. Er verweist auf den Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG; der Begriff "Kunde" lege nahe, dass die bei einer bestehenden Geschäftsbeziehung Platz greifende Ausnahme von der Sperrwirkung des Sterneintrags jede Kundenbeziehung erfasse, ungeachtet ihrer Intensität und Aktualität. Zum Tatzeitpunkt (17. Oktober 2013) sei die Praxis zur noch jungen Norm (in Kraft seit 1. April 2012) noch nicht entwickelt gewesen, was mit entsprechenden Unsicherheiten über die zutreffende Auslegung verbunden gewesen sei, das heisst darüber, wie lange nach einem Kundenkontakt noch von einer Geschäftsbeziehung im Sinn der Ausnahmeklausel ausgegangen werden darf. In Unkenntnis einer solchen Praxis habe die B. \_\_\_\_\_ AG eine bestehende Kundenbeziehung annehmen dürfen. Es liege ein Verbotsirrtum (Art. 21 StGB) vor, was ein Unrechtsbewusstsein und damit den Eventualvorsatz ausschliesse.

**4.3.** Streitig ist zunächst, ob in zeitlicher Hinsicht noch von einer bestehenden Geschäftsbeziehung ausgegangen werden darf, nachdem zwischen der letzten Produktbestellung der kontaktierten Person und dem inkriminierten Anruf mehr als sieben Jahre vergangen sind. Für den Fall, dass die frühere Geschäftsbeziehung beendet ist, bestreitet der Beschwerdeführer den subjektiven Tatbestand.

**4.3.1.** Der Begriff des "Kunden" in Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG meint alle Kunden der Fernmeldediensteanbieter, seien es natürliche oder juristische (*Business-to-Business*) Personen (vgl. SUTTER, a.a.O., N 16; BÜHLER, a.a.O., N 13). Die hier interessierende Geschäftsbeziehung des Kunden zum Anbieter eines Produkts oder einer Dienstleistung (HEIZMANN, a.a.O., N 7) ermächtigt diesen oder den mit der Marketingkampagne beauftragten Dienstleister (z.B. ein Callcenter), dem Kunden trotz eines Sperrvermerks Werbemitteilungen zukommen zu lassen. Aus dem weit gefassten Begriff des Kunden (eines Fernmeldediensteanbieters) lässt sich nichts über Bestand und Dauer der Kundenbeziehung zum Urheber der Werbemitteilung ableiten.

**4.3.2.** Die Geschäftsbeziehung muss im Zeitpunkt der Werbemitteilung "bestehen" (Botschaft vom 6. September 2017 zur Revision des Fernmeldegesetzes, BBl 2017 6655 [betreffend die ab Januar 2021 gültige Fassung von Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG]). Auf eine ehemalige Geschäftsbeziehung ist die Ausnahmeklausel zu Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG nicht anzuwenden; eine Nachwirkung gibt es nicht (vgl. HEIZMANN, a.a.O., N 17). Freilich wird ein durch Produktbestellung begründetes Kundenverhältnis kaum je formell beendet. Damit eröffnet sich die Abgrenzungsfrage, wie lange die Geschäftsbeziehung anhalten kann, wenn sie nicht regelmässig erneuert wird. Dies ist mit Blick auf die Natur der Geschäfts- resp. Kundenbeziehung und, sofern ein Vertragsverhältnis eingegangen wurde, nach dessen Inhalt und Ausgestaltung zu beurteilen. In der Literatur wird abhängig u.a. von der Art des Produkts von einem Zeitrahmen zwischen einem und fünf Jahren ausgegangen; während dieser Zeit darf der Anbieter (oder sein Beauftragter) Werbemitteilungen (nur über gleichartige Produkte oder Dienstleistungen) an Kunden mit Sperrvermerk im Telefonverzeichnis absetzen (namens der Schweizerischen Lauterkeitskommission: SENN, a.a.O., S. 270). Bezogen auf Güter des täglichen Gebrauchs wird eine Kontaktierung bis maximal sechs Monate nach der letzten Interessensbekundung des Konsumenten als zulässig erachtet (BÜHLER, a.a.O., N 22).

Der Begriff der "Geschäftsbeziehung" muss unter anderem in zeitlicher Hinsicht eng genug ausgelegt werden, um dem Schutzzweck - der Eindämmung von Auswüchsen im Telemarketing - zu genügen. Vor allem angesichts des immer bedeutsamer werdenden Onlinehandels ist die Dauer daher so zu veranschlagen, dass der mit dem Sterneintrag zum Ausdruck gebrachte Wille, keine ungebetenen telefonischen Werbemitteilungen zu erhalten (*Opt-out*; BÜHLER, a.a.O., N 1), nicht zusehends wirkungsloser wird. Dies umso mehr, als eine Geschäftsbeziehung im Sinn von Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG - im Gegensatz zur Ausnahme im Bereich der Massenwerbung nach Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG (*Spam*; SUTTER, N 44 ff.) - keinen realisierten Kauf voraussetzt; es genügt bereits das Anfordern von Werbeunterlagen oder das Einholen einer Offerte (HEIZMANN, a.a.O., N 17; SUTTER, a.a.O., N 25; BÜHLER, a.a.O., N 21).

Solange eine allfällige Vertragslaufzeit anhält - beispielsweise während der Abonnementsdauer eines Schlüsselfundservices -, bleibt eine Geschäftsbeziehung regelmässig aktuell. Dies mag auch während der Lebensdauer eines beständigen Investitionsgutes gelten. Anders verhält es sich aber im Fall von Kunden, die ein kurzlebiges, zum Verbrauch bestimmtes Konsumgut ein- oder mehrmalig bezogen haben, das Produkt dann aber über einen Zeitraum hinweg, der einem Vielfachen der gewöhnlichen Verbrauchsdauer entspricht, nicht mehr neu kauften. In solchen Fällen muss davon ausgegangen werden, dass die mit dem früheren Kauf begründete Geschäftsbeziehung dahingefallen ist. Die Ausnahmeklausel einer bestehenden Geschäftsbeziehung beruht auf der Vermutung, im betreffenden speziellen Zusammenhang bestehe ein Interesse an Werbemitteilungen. Diese Übersteuerung des Sperrvermerks ist nicht mehr gerechtfertigt, nachdem der Kunde während einer längeren Zeit kein entsprechendes Interesse mehr angemeldet hat.

**4.3.3.** Für den Anruf bei der Kundin J. \_\_\_\_\_ hält die Vorinstanz zutreffend fest, dass angesichts der sieben Jahre zurückliegenden Bestellung eines Nahrungsergänzungsmittels keine andauernde Geschäftsbeziehung mehr besteht. In objektiver Hinsicht liegt eine Widerhandlung im Sinn von Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG vor. Was den subjektiven Tatbestand anbelangt, durfte die B. \_\_\_\_\_ AG resp. der Beschwerdeführer unter den gegebenen Bedingungen nicht in guten Treuen davon ausgehen, die Kundenbeziehung sei noch aktuell. Somit kann es nicht darauf ankommen, dass es zum Tatzeitpunkt dazu noch keine definierte behördliche Praxis gab. Die Frage eines Verbotsirrtums (Art. 21 StGB) stellt sich nicht. Vielmehr handelte die B. \_\_\_\_\_ AG resp. der Beschwerdeführer diesbezüglich mit direktem Vorsatz.

## **5.**

Die Beschwerde ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Beschwerdeführer die Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 1 BGG).

### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

#### **1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

#### **2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

#### **3.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Bern, 1. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 16. November 2022

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Jacquemoud-Rossari

Der Gerichtsschreiber: Traub