



Geschäfts-Nr. SB100076/U/jv

damit vereinigt SB100077

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. S. Volken, Vorsitzender, Oberrichterin lic. iur.
L. Chitvanni und Ersatzoberrichter lic. iur. et. lic. oec. P. Ernst
sowie juristische Sekretärin lic. iur. R. Huser

Urteil vom 18. Oktober 2011

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Angeklagte und Appellanten

1, 2 verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis,

vertreten durch Leitende Staatsanwältin lic. iur. C. Wiederkehr,
Anklägerin und Appellatin sowie Anschlussappellantin

sowie

1. **S.**_____ **SA,**

2. **T.**_____ **GmbH,**

Geschädigte

1 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend

Widerhandlung gegen das Designgesetz etc.

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelrichters in Strafsachen des Bezirkes
Dietikon vom 5. März 2009 (GG080031)**

Anklageschriften:

(je Urk. 17)

Die Anklageschriften der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis, Zweigstelle Dietikon je vom 30. September 2008 sind diesem Urteil angeheftet.

Urteile der Vorinstanz:

(Urk. 43 und 44)

"Der Einzelrichter erkennt:

1. Der Angeklagte B._____ ist schuldig
 - der gewerbsmässigen Designverletzung im Sinne von Art. 41 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Abs. 2 DesG
 - des gewerbsmässigen betrügerischen Markengebrauchs im Sinne von Art. 62 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Abs. 2 MSchG.
2. Der Angeklagte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 50.– (entsprechend Fr. 9'000.–), wovon 4 Tagessätze als durch Untersuchungshaft geleistet gelten.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre angesetzt.
4. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis, Zweigstelle Dietikon, vom 29. September 2008 beschlagnahmten Gegenstände werden eingezogen und der Lagerbehörde (Kasse STA LA) zur Vernichtung überlassen: 604 nachgemachte PS2 Dualshock Controller, 62 nachgemachte T._____ GameCube Controller.
5. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis, Zweigstelle Dietikon, vom 29. September 2008 beschlagnahmten Gegenstände werden eingezogen und der Bezirksgerichtskasse zur Vernichtung überlassen: 1 verpackter (original) S._____ PS2 Dualshock Controller, 1 verpackter (gefälschter) PS2 Dualshock Controller für S._____ Playstation,

- 1 verpackter Controller mit Aufschrift T._____ für T._____ GameCube, 1 unverpackter S._____ PS2 Dualshock Controller mit Aufschrift Original, 1 unverpackter (gefälschter) PS2 Dualshock Controller für S._____ PlayStation mit Aufschrift Kopie.
6. Der Angeklagte wird in solidarischer Haftung mit A._____ verpflichtet, der Geschädigten S._____ SA den Nettogewinn von Fr. 22'421.50 zuzüglich 5% Zins auf den Bruttogewinn von Fr. 29'352.50 seit 1. November 2006 herauszugeben.
 7. Der Angeklagte wird in solidarischer Haftung mit A._____ verpflichtet, der Geschädigten T._____ GmbH den Nettogewinn von Fr. 3'401.20 zuzüglich 5% Zins auf den Bruttogewinn von Fr. 4'716.30 seit 1. März 2007 herauszugeben.
 8. Das Schadenersatzbegehren der Geschädigten S._____ SA wird im übersteigendem Umfange auf den Weg des ordentlichen Zivilprozesses verwiesen.
 9. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.- ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. Kanzleikosten Untersuchung
Fr. Auslagen Untersuchung
 10. Die Kosten des gerichtlichen Verfahrens werden dem Angeklagten auferlegt, diejenigen der Untersuchung zur Hälfte, die andere Hälfte wird A._____ auferlegt.
 11. Der Angeklagte wird in solidarischer Haftung mit A._____ verpflichtet, der Geschädigten S._____ SA eine Prozessentschädigung von Fr. 10'411.- zu bezahlen.
 12. Mitteilungen.
 13. Rechtsmittel."

"Der Einzelrichter erkennt:

1. Der Angeklagte A._____ ist schuldig
 - der gewerbsmässigen Designverletzung im Sinne von Art. 41 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Abs. 2 DesG
 - des gewerbsmässigen betrügerischen Markengebrauchs im Sinne von Art. 62 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Abs. 2 MSchG.
2. Der Angeklagte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 90.– (entsprechend Fr. 16'200.–), wovon 4 Tagessätze als durch Untersuchungshaft geleistet gelten.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre angesetzt.
4. Der Angeklagte wird in solidarischer Haftung mit B._____ verpflichtet, der Geschädigten S._____ SA den Nettogewinn von Fr. 22'421.50 zuzüglich 5% Zins auf den Bruttogewinn von Fr. 29'352.50 seit 1. November 2006 herauszugeben. Es wird davon Vormerk genommen, dass Fr. 19'305.90 gemäss Dispositiv Ziffer 6a bereits gedeckt sind.
5. Der Angeklagte wird in solidarischer Haftung mit B._____ verpflichtet, der Geschädigten T._____ GmbH den Nettogewinn von Fr. 3'401.20 zuzüglich 5% Zins auf den Bruttogewinn von Fr. 4'716.30 seit 1. März 2007 herauszugeben. Es wird davon Vormerk genommen, dass gemäss Dispositiv Ziffer 6b Fr. 2'926.50 bereits gedeckt sind.
6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis, Zweigstelle Dietikon vom 14. November 2007 bei der C._____ gesperrten Vermögenswerte in der Höhe von Fr. 3'428.05 auf dem Konto Nr. ... sowie in der Höhe von Fr. 18'804.35 auf dem Konto Nr. ... werden eingezogen. Davon wird:

- a.) der Betrag von Fr. 19'305.90 der Geschädigten S._____ SA zur teilweisen Deckung deren Forderung gemäss Dispositiv Ziffer 4 zugesprochen;
- b.) der Betrag von Fr. 2'926.50 der Geschädigten T._____ GmbH zur teilweisen Deckung deren Forderung gemäss Dispositiv Ziffer 5 zugesprochen.
7. Das Schadenersatzbegehren der Geschädigten S._____ SA wird im übersteigendem Umfange auf den Weg des ordentlichen Zivilprozesses verwiesen.
8. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.– ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. Kanzleikosten Untersuchung
Fr. Auslagen Untersuchung
9. Die Kosten des gerichtlichen Verfahrens werden dem Angeklagten auferlegt, diejenigen der Untersuchung zur Hälfte, die andere Hälfte wird B._____ auferlegt.
10. Der Angeklagte wird in solidarischer Haftung mit B._____ verpflichtet, der Geschädigten S._____ SA eine Prozessentschädigung von Fr. 10'411.– zu bezahlen.
11. Mitteilungen.
12. Rechtsmittel."

Berufungsanträge:

- a) des Verteidigers der Angeklagten A._____ und B._____ :
(Urk. 64 S. 2 f. und Urk. 91 S. 1; schriftlich)
1. Die beiden Angeklagten seien je vollumfänglich frei zu sprechen.

2. Die gesperrten Konti lautend auf A._____ bei der C._____ seien freizugeben.
3. Die beschlagnahmten und bei der Staatsanwaltschaft lagernden No-Name-Controller für PS2 und Controller für T._____ Gamecube seien der Eigentümerin D._____ GmbH zurückzugeben.
4. Die anlässlich der Hausdurchsuchung beschlagnahmten Original S._____ Controller, No-Name-Controller für PS2 und Controller für T._____ Gamecube seien der Eigentümerin D._____ GmbH zurückzugeben.
5. Über die Einziehung und Vernichtung der von S._____ ins Recht gelegten Controller sei nach Ermessen des Gerichtes zu entscheiden.
6. Die Kosten des Verfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen.
7. Die Angeklagten seien für die erlittenen Umtriebe wie folgt zu entschädigen:
 - a) A._____ mit Fr. 6'480.– zuzüglich $\frac{1}{2}$ der Verteidigerkosten gemäss noch einzureichender Kostennote;
 - b) B._____ mit Fr. 5'580.– zuzüglich $\frac{1}{2}$ der Verteidigerkosten gemäss noch einzureichender Kostennote.
8. Den Angeklagten sei für die erlittene Haft überdies je eine Genugtuung von Fr. 1'000.– zuzusprechen.
9. Auf die Zivilansprüche der Geschädigten bzw. die beantragte Ersatzforderung der Staatsanwaltschaft sei ausgangsgemäss nicht einzutreten.

b) der Vertreterin der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis:

(Urk. 41, schriftlich, Prz. Nr. SB100076)

1. In Abänderung von Ziff. 2 des Urteilsdispositives vom 5. März 2009 gegen A._____ ist der Angeklagte zu einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 90.-- sowie einer Busse von Fr. 5000.-- zu verurteilen.
2. In Abänderung von Ziff. 4, 5 und 6 des Urteilsdispositives vom 5. März 2009 ist der Erlös aus dem unrechtmässigen Verkauf in der Höhe von Fr. 45'053.60 der Staatskasse zuzuführen.

(Urk. 40, schriftlich, Prz. Nr. SB100077)

1. In Abänderung von Ziff. 2 des Urteilsdispositives vom 5. März 2009 gegen B._____ ist der Angeklagte zu einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 50.-- sowie einer Busse von Fr. 3000.-- zu verurteilen.
2. In Abänderung von Ziff. 6 und 7 des Urteilsdispositives vom 5. März 2009 ist der Erlös aus dem unrechtmässigen Verkauf in der Höhe von Fr. 45'053.60 der Staatskasse zuzuführen.

c) des Vertreters der Geschädigten:

(Urk. 66 S. 1 f. und Urk. 89 S. 2; schriftlich)

1. Die Berufungen der Appellanten und Angeklagten seien vollumfänglich abzuweisen;
2. Die Anschlussberufungen der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis seien im ersten Punkt (Strafzumessung) gutzuheissen, im zweiten Punkt (Verwendung des Erlöses) abzuweisen;
3. Die Appellanten seien zu verpflichten, der Geschädigten eine Prozess- und Parteientschädigung für das obergerichtliche Verfahren von mindestens Fr. 10'000.– zu bezahlen.

Das Gericht erwägt:

I. Ausgangslage

1. Anklagevorwurf

1.1. Den Angeklagten A._____ (Proz.Nr. SB100076) und B._____ (Proz.Nr. SB100077) wird zusammengefasst vorgeworfen, als Inhaber und Mitarbeiter der Firma D._____ GmbH in den Jahren 2004, 2005 und 2007 bei einem unbekanntem Zwischenhändler in H._____ und bei der Firma E._____ in W._____ total rund 2'630 nachgebaute PS2 Dualshock Controller (externe Spielsteuerungen) passend zur S._____ PlayStation (Videocomputer) für den Weiterverkauf gekauft und rund 2'000 Stück davon über die Internetauktionsplattformen F._____ und G._____ sowie direkt im Verkaufslokal ihrer D._____ GmbH tatsächlich auch verkauft zu haben. Diese PS2 Dualshock Controller für die Spielkonsole der Marke S._____ seien nachgemacht gewesen und hätten sich vom Original von S._____ lediglich durch das Fehlen des Schriftzugs "S._____" und die abgeänderte Beschriftung von vier Bedienknöpfen unterschieden, wobei das Design der PS2 Dualshock Controller durch die Firma S._____ im Design-Register eingetragen und geschützt gewesen sei. Durch ihre Handlungen hätten die Angeklagten in Mittäterschaft vorsätzlich das Designrecht der Rechtsinhaberin verletzt, indem sie vom Design gewerbsmässig widerrechtlichen Gebrauch im Sinne von Art. 41 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Abs. 2 DesG gemacht hätten (vgl. Anklageschriften, jeweils Urk. 17 S. 3 f.).

1.2. Weiter wird gegen die Angeklagten – wiederum zusammengefasst – der Vorwurf erhoben, bei der Firma E._____ in W._____ in den Jahren 2006 und 2007 total rund 300 GameCube Controller (externe Spielsteuerungen für die Videospielkonsole GameCube von T._____) für den Weiterverkauf gekauft und rund 237 Stück davon über die Internetauktionsplattformen F._____ und G._____ sowie direkt im Verkaufslokal ihrer D._____ GmbH tatsächlich auch verkauft zu haben, wobei auf den Einzelverpackungen der markenrechtlich geschützte Schriftzug "T._____ GAMECUBE TM" aufgebracht gewesen sei und der GameCube nicht von T._____ gestammt habe. Durch diese Handlungen hätten die Angeklagten in

Mittäterschaft widerrechtlich mit der Marke eines anderen gekennzeichnete Waren als Originalwaren gewerbsmässig angeboten und in Verkehr gebracht im Sinne von Art. 62 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Abs. 3 (recte Abs. 2) MSchG (vgl. Anklageschriften, jeweils Urk. 17 S. 4).

II. Verfahrensgang und Umfang der Berufung

1. Verfahrensgang

1.1. Mit dem eingangs im Dispositiv wiedergegebenen Urteil vom 5. März 2009 sprach die Vorinstanz den Angeklagten A._____ der gewerbsmässigen Designverletzung im Sinne von Art. 41 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Abs. 2 DesG und des gewerbsmässigen betrügerischen Markengebrauchs im Sinne von Art. 62 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Abs. 2 MSchG schuldig und bestrafte ihn – unter Ansetzung einer zweijährigen Probezeit – mit einer bedingten Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 90.--, wovon 4 Tagessätze als durch Untersuchungshaft geleistet gelten (vgl. Proz.Nr. SB100076: Urk. 44 S. 32, Dispositiv Ziffer 1 - 3). Weiter verpflichtete die Vorinstanz den Angeklagten A._____ (in solidarischer Haftung mit dem Angeklagten B._____) zu diversen Schadenersatzzahlungen an die Geschädigten (vgl. Dispositiv Ziffer 4 und 5), wobei sie zu deren teilweisen Tilgung die im Rahmen der Untersuchung gesperrten Vermögenswerte bei der C._____ heranzog (Dispositiv Ziffer 6) und verwies das Schadenersatzbegehren der Geschädigten S._____ SA im Mehrbetrage auf den Zivilweg (vgl. Dispositiv Ziffer 7). Schliesslich auferlegte die Vorinstanz die Kosten des gerichtlichen Verfahrens ganz und diejenigen der Untersuchung zur Hälfte dem Angeklagten A._____ (vgl. Dispositiv Ziffer 9) und verpflichtete ihn (solidarisch mit dem Angeklagten B._____) zur Entrichtung einer Prozessentschädigung an die Geschädigte S._____ SA (Dispositiv Ziffer. 10).

Gegen diesen Entscheid erklärte der Angeklagte mit Eingabe vom 18. November 2009 (das Urteil wurde dem Verteidiger des Angeklagten erst am 9. November 2009 zugestellt, vgl. Urk. 33/1) - rechtzeitig Berufung (Urk. 36). Die Beanstandungen der Verteidigung gingen mit Schreiben vom 30. November 2009 innert Frist

ein (Urk. 37). Mit Eingabe vom 4. Januar 2010 erklärte die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis fristgerecht Anschlussberufung (Urk. 41). Im Berufungsverfahren stellte der Verteidiger des Angeklagten diverse Beweisergänzungsanträge (vgl. Urk. 54/1), auf welche nachstehend einzugehen ist. Die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis ihrerseits stellte keine Beweisanträge (vgl. Urk. 50).

1.2. Mit dem ebenfalls eingangs im Dispositiv wiedergegebenen Urteil vom 5. März 2009 sprach die Vorinstanz den Angeklagten B._____ der gewerbsmässigen Designverletzung im Sinne von Art. 41 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Abs. 2 DesG und des gewerbsmässigen betrügerischen Markengebrauchs im Sinne von Art. 62 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Abs. 2 MSchG schuldig und bestrafte ihn – unter Ansetzung einer zweijährigen Probezeit – mit einer bedingten Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 50.--, wovon 4 Tagessätze als durch Untersuchungshaft geleistet gelten (vgl. Proz.Nr. SB100077 Urk. 43 S. 32, Dispositiv Ziffer 1 -3). Sodann verfügte die Vorinstanz die Einziehung der beschlagnahmten Gegenstände zwecks Vernichtung (vgl. Dispositiv Ziffer 4 und 5). Weiter verpflichtete sie den Angeklagten B._____ (in solidarischer Haftung mit dem Angeklagten A._____) zu diversen Schadenersatzzahlungen an die Geschädigten (vgl. Dispositiv Ziffer 6 und 7) und verwies das Schadenersatzbegehren der Geschädigten S._____ SA im Mehrbetrage auf den Zivilweg (vgl. Dispositiv Ziffer 8). Schliesslich auferlegte die Vorinstanz die Kosten des gerichtlichen Verfahrens ganz und diejenigen der Untersuchung zur Hälfte dem Angeklagten B._____ (vgl. Dispositiv Ziffer 10) und verpflichtete ihn (solidarisch mit dem Angeklagten A._____) zur Entrichtung einer Prozessentschädigung an die Geschädigte S._____ SA (Dispositiv Ziffer. 11).

Gegen diesen Entscheid erklärte der Angeklagte mit Eingabe vom 18. November 2009 (das Urteil wurde dem Verteidiger des Angeklagten erst am 9. November 2009 zugestellt, vgl. Proz.Nr. SB100077 Urk. 33/1) - rechtzeitig Berufung (vgl. Proz.Nr. SB100077 Urk. 36). Die Beanstandungen der Verteidigung gingen mit Schreiben vom 30. November 2009 innert Frist ein (vgl. Proz.Nr. SB100077 Urk. 37). Mit Eingabe vom 4. Januar 2010 erklärte die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis fristgerecht Anschlussberufung (vgl. Proz.Nr. SB100077

Urk. 40). Im Berufungsverfahren stellte der Verteidiger des Angeklagten diverse Beweisergänzungsanträge (vgl. Proz.Nr. SB100077 Urk. 52/1), auf welche nachstehend einzugehen ist. Die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis ihrerseits stellte keine Beweisanträge (vgl. Proz.Nr. SB100077 Urk. 48).

1.3. Am 17. Mai 2010 fand die Berufungsverhandlung statt (vgl. Prot. II S. 4 ff.), anlässlich welcher die Parteien auf eine öffentliche Urteilsberatung und mündliche Urteilseröffnung verzichteten (Prot. II S. 24). Mit Beschluss vom selben Tag wurden die Verfahren vereinigt, die Akten durch diverse Internetauszüge ergänzt und den Geschädigten sowie der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, um schriftlich zu den neu zu den Akten genommenen Urkunden und zu den in den Erwägungen im einzelnen aufgeführten Fragen Stellung zu nehmen (vgl. Urk. 74, Prot. II. S. 25). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf eine Stellungnahme (vgl. Urk. 77), diejenige der Geschädigten S._____ SA ging hierorts am 23. August 2010 (vgl. Urk. 78) ein und wurde den Angeklagten mit Präsidialverfügung vom 9. September 2010 zugestellt (vgl. Urk. 81). Gleichentags wurde den Angeklagten Frist zur Stellungnahme zu den neu zu den Akten genommenen Urkunden und zur Eingabe der Geschädigten Stellung zu nehmen (vgl. Urk. 81), welche Stellungnahme am 5. Oktober 2010 erstattet wurde (vgl. Urk. 83). Nachdem die Parteien ihr Einverständnis erklärt hatten (vgl. Urk. 85), wurde am 24. November 2010 die schriftliche Fortsetzung des Berufungsverfahrens beschlossen und den Parteien Gelegenheit gegeben, ihre abschliessenden Berufungsanträge zu stellen und zu begründen (vgl. Urk. 86). Die Staatsanwaltschaft verwies mit Eingabe vom 1. Dezember 2010 auf ihre schriftlichen Anträge im Zusammenhang mit der Anschlussberufung vom 4. Januar 2010 (vgl. Urk. 88). Die Geschädigte S._____ SA äusserte sich mit Eingabe vom 17. Dezember 2010 (vgl. Urk. 89), die Angeklagten liessen sich mit Eingabe vom 20. Dezember vernehmen (vgl. Urk. 91). Nach entsprechender Fristansetzung (vgl. Urk. 93) nahmen die Angeklagten schliesslich mit Eingabe vom 25. Januar 2011 zur Rechtsschrift der Geschädigten vom 17. Dezember 2010 (Urk. 89) Stellung (vgl. Urk. 95).

1.4. Gestützt auf die erfolgte Vereinigung wurden die Akten des Verfahrens gegen den Angeklagten B._____ (nachfolgend Angeklagter 2 genannt) unter der vo-

rangestellten Nummer 73 in das Dossier des Angeklagten A._____ (im Folgenden Angeklagter 1 genannt) integriert. Nachdem die Akten praktisch identisch sind, werden im Folgenden, der Einfachheit halber, die Akten, insbesondere die Einvernahmen der Angeklagten, mit den Nummerierungen aus dem Dossier des Angeklagten 1 zitiert.

2. Umfang der Berufung

Die Berufungen beider Angeklagten richten sich gegen den Schuldspruch, die Strafzumessung, die Regelung betreffend die Zivilforderungen und die Einziehungen sowie die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (Urk. 37). Die Anschlussberufungen der Staatsanwaltschaft betreffen die jeweiligen Dispositivziffern 2 (Strafmass) sowie die Ziffern 4, 5 und 6 (Regelung der Schadenersatzforderungen und Einziehungen gemäss Urteil A._____, vgl. Urk. 41) bzw. die Ziffern 6 und 7 (Regelung der Schadenersatzforderung gemäss Urteil B._____, vgl. Urk. 73/40). Damit beschlagen die Berufungen sämtliche Dispositivziffern der erstinstanzlichen Urteile.

III. Prozessuales / Vollmachten / Strafantrag

1. Prozessuales

Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Strafprozessordnung (StPO) in Kraft getreten. Gemäss dessen Art. 453 Abs. 1 werden aber Rechtsmittel gegen Entschiede, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes gefällt worden sind, nach bisherigem Recht und von den bisher zuständigen Behörden beurteilt. Vorliegend bleibt deshalb das bisherige Zürcher Strafprozessrecht (StPO/ZH und GVG/ZH) anwendbar.

2. Vollmachten

2.1. Die Vorinstanz hielt in ihren Entscheiden fest, aus den eingereichten Vollmachten ergäbe sich, dass RA lic.iur. Z._____ legitimiert sei, die Geschädigte S._____ S.A., Schweiz, zu vertreten (vgl. Urk. 44 S. 5), was die Verteidigung in-

dessen auch im Berufungsverfahren beanstandete (vgl. Urk. 26 S. 6 unter Hinweis auf Urk. 8/17, vgl. Urk. 64 S. 3 f.). Nach Durchführung der Berufungsverhandlung trat für die Geschädigte S._____ S.A. RA Dr. Y._____ auf. Auch diesbezüglich stellt die Verteidigung in Abrede, es liege eine rechtsgültige Vollmacht vor (vgl. Urk. 83 S. 2).

2.2. In der Zwischenzeit wurden verschiedene Vollmachten eingereicht (vgl. Urk. 51, 60 und 61/1-3). Die ursprüngliche Vollmacht der V._____ wurde von der Geschädigten S._____ SA am 23. März 2010 (Urk. 61/2) bestätigt. Die ursprüngliche Vollmacht umfasste 4 Rechtsanwälte, RA lic. iur. Z._____ figurierte nicht darauf (vgl. Urk. 13/1). Einer dieser Rechtsanwälte, nämlich RA lic. iur. U._____ LL.M., reichte die Strafanzeige gegen die Angeklagten ein. Die Mandatsübernahme durch RA lic. iur. Z._____ wurde von diesem mitgeteilt (vgl. Urk. 13/5). Die noch fehlende Substitutionsvollmacht reichte RA lic. iur. Z._____ anlässlich der Berufungsverhandlung ein (vgl. Urk. 67).

2.3. Mit Schreiben vom 23. März 2010 bestätigte die Geschädigte S._____ SA die Vollmachten an die V._____ (vgl. Urk. 60 S. 1, 61/1 S. 2 und 61/2). Die Eingabe für die Geschädigte vom 20. August 2010 wurde neu von RA Dr. Y._____ verfasst (vgl. Urk. 78), der auf der ursprünglichen Vollmacht der V._____ (vgl. Urk. 13/1) nicht aufgeführt war und der zusammen eine Vollmacht der V._____ an u.a. ihn vom 19. August 2010 (vgl. Urk. 79/1) einreichte. Damit ist die Vollmachtenkette vollständig.

3. Strafantrag

3.1. Den Angeklagten werden Delikte im Sinne des Designgesetzes und des Markenschutzgesetzes vorgeworfen. Beide Delikte werden von Amtes wegen verfolgt, soweit gewerbsmässige Tatbegehung vorliegt (vgl. Art. 41 Abs. 2 DesG und Art. 61 Abs. 3 bzw. 62 Abs. 2 MschG). Ansonsten handelt es sich um Antragsdelikte, weswegen sich die Frage nach dem Vorliegen eines gültigen Strafantrages stellt.

3.2. Im Zusammenhang mit der den Angeklagten vorgeworfenen Markenschutzgesetzverletzung ist vorweg festzuhalten, dass kein Strafantrag vorliegt (vgl. Urk. 2). Für die Verfolgung einer nicht gewerbsmässigen Verletzung dieses Gesetzes fehlte es damit an einer Prozessvoraussetzung.

3.3. Was den Strafantrag bezüglich der Designverletzung betrifft, so läge ein solcher durch die Eingabe an die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 14. März 2007 (vgl. Strafanzeige, Urk. 1), ergänzt durch die nachträglich eingereichten Vollmachten (vgl. Urk. 28, 31, 51, 60, 61/1-3 und 79/1) vor. Die Frage, welche Begehungsform hier vorliegt, ist – sofern nötig – im Zusammenhang mit der rechtlichen Würdigung zu erörtern.

IV. Sachverhalt

1. Vorinstanzliches Urteil

1.1. Die Vorinstanz gelangte nach erfolgter Beweiswürdigung zum Schluss, es sei als erstellt zu betrachten, dass die Angeklagten seit dem Jahr 2005 insgesamt 2'080 nachgemachte S._____ PS2 Dualshock Controller zum Preise von Fr. 3.-- pro Stück sowie 550 (eingeklagt sind lediglich 300 Stück!) nachgemachte T._____ GameCube Controller zum Preise von Fr. 3.85 pro Stück bestellten. Weiter hielt die Vorinstanz fest, dass die Angeklagten angesichts der erfolgten Beschlagnahmen 1'475 (2080 abzüglich 605) nachgemachte S._____ PS2 Dualshock Controller und 237 (300 abzüglich 63) nachgemachte T._____ GameCube Controller, alle zum Preise von Fr. 19.90 pro Stück, verkauften und so einen Erlös von gesamthaft Fr. 29'352.50 bzw. 4'716.30 erzielten (vgl. Urk. 44 S. 10 f. bzw. Urk. 73/43 S. 11).

2. Beanstandungen der Verteidigung

Die Verteidigung beanstandete die Beweiswürdigung der Vorinstanz.

2.1. Vorerst rügte sie die Nichtabnahme des Beweises betreffend Vorliegen einer allfälligen Lizenz der Firma E._____ zu Produktion und zum Vertrieb der be-

anstandeten PS2-tauglichen Controller (vgl. Urk. 37 S. 2), worauf im Rahmen der Behandlung der Beweisanträge zurückzukommen ist (vgl. unten Ziff. V).

2.2. Sodann machte sie geltend, die von der Vorinstanz angenommene Anzahl importierter und anschliessend verkaufter Controller sei zu hoch. Aufgrund der Angaben der Angeklagten und der ins Recht gelegten Bestellungen und Rechnungen ergäbe sich, dass lediglich 1'880 PS2-taugliche Controller gekauft worden seien. Davon seien 630 Stück sichergestellt und 50 Stück retourniert worden, so dass die Menge von 1'200 Stück tatsächlich verkauft worden sei (vgl. Urk. 37 S. 4). Zur Begründung dieser Angaben führte die Verteidigung an, die Angeklagten hätten – was mit der dargelegten Berechnung übereinstimme – die wesentlichen Auszüge aus der Buchhaltung (Urk. 6/1-2) sowie den massgeblichen Beleg zum Import aus H._____ (Urk. 27/1) eingereicht und im Übrigen klar dargelegt, dass die vom Gericht für die Berechnung beigezogenen Urk. 7/1 = 7/2 zur Bestellung Urk. 6/1 gehörte. Für diese Sichtweise spreche, dass Urk. 7/1 = 7/2 nicht datierte Proforma-Rechnungen seien. In der Buchhaltung fänden sich denn auch keine Belege über Zahlungen der Rechnungen gemäss Urk. 7/1 = 7/2. Im Rahmen der Beanstandungen reichte die Verteidigung schliesslich Bankauszüge ein, aus welchen sich ergeben soll, dass im Winter 2007 zwei Zahlungen an die E._____ in W._____ erfolgten, wobei es sich um Teilzahlungen für dieselbe Bestellung in der Höhe von Fr. 15'941.25 gemäss Urk. 6/1 handle (vgl. Urk. 37 S. 3).

2.3. Was die Anzahl der importierten GameCube-tauglichen Controller betreffe – so die Verteidigung – sei festzuhalten, dass zwei Modelle importiert worden seien. In den Rechnungen erschienen die Modelle HC 406 und HC 410, wobei in der Rechnung vom 9. Februar 2007 das Modell HC 410 ohne entsprechenden Vermerk, aber auf separater Linie aufgeführt worden sei. Die Vorinstanz habe bei der Berechnung beide Modelle einfach zusammen gezählt, was nicht richtig sei. Aufgrund eines Missverständnisses sei die Verteidigung ausschliesslich vom Modell HC 410 ausgegangen. Der Import und Verkauf der Modelle HC 410 sei weder angeklagt noch sei er bezüglich des Prozessthemas relevant. Relevant sei ausschliesslich der Import der Modelle HC 406. Diesbezüglich hielt die Verteidigung weiter fest, dass die Bestellung gemäss Proforma-Rechnung vom 14.08.2006

(Urk. 7/3) nicht stattgefunden habe, weswegen auch keine Zahlungen an E. _____ geleistet worden seien, welche Sichtweise den Angaben der Angeklagten in den Einvernahmen entspreche. Damit seien lediglich 100 GameCube-taugliche Controller des Typs HC 406 eingekauft worden. Davon seien 63 Stück sicher gestellt und 2 Stück retourniert worden, was eine Anzahl verkaufte Exemplare von 35 Stück ergäbe (vgl. Urk. 37 S. 4).

3. Würdigung

3.1. Die Vorinstanz hielt in ihrem Entscheid vorerst die bei der Sachverhaltswürdigung zu beachtenden theoretischen Grundsätze zutreffend fest und führte insbesondere auch die massgebenden Kriterien zur Würdigung von Aussagen auf (vgl. Angeklagter 1: Urk. 44 S. 5 f. Ziff. II.1 und S. 9 Ziff. 6.1.; Angeklagter 2: Urk. 73/43 S. 6 Ziff. II.1 und S. 9 Ziff. 6.1.), worauf zur Vermeidung von Wiederholungen zu verweisen ist (vgl. § 161 GVG/ZH).

3.2. Nach einer Zusammenfassung der Anklagevorwürfe (vgl. Angeklagter 1: Urk. 44 S. 6 f. Ziff. II.2; Angeklagter 2: Urk. 73/43 S. 6 f. Ziff. II.2) hielt die Vorinstanz sodann – was auch im Berufungsverfahren nicht beanstandet wird – vorweg fest, dass die Tatsache, dass die Angeklagten Controller bei ausländischen Herstellern einkauften und in der Schweiz mit Gewinn an Endverbraucher verkauften, nicht strittig und ohne Weiteres aus den Akten ersichtlich ist. Weiter ist zutreffend, dass beide Angeklagte im Rahmen der Hauptverhandlung hinsichtlich des äusseren Ablaufs der Geschehnisse grundsätzlich geständig waren (vgl. Angeklagter 1: Prot. I S. 4; Angeklagter 2: Prot. I S. 7). Auch die Verteidigung bekräftigte vor Vorinstanz, dass nicht bestritten ist, dass die D. _____ GmbH die beanstandeten No-Name Controller, geeignet für PS 2 und T. _____, einkaufte und verkaufte bzw. dass beide Angeklagte als verantwortliche Organe bzw. als Angestellte der D. _____ GmbH in deren Namen handelten (vgl. Urk. 26 S. 3). Daran änderte sich auch im Berufungsverfahren nichts.

3.3. Wie vor Vorinstanz ist auch im Berufungsverfahren (vgl. Beanstandungen Urk. 37 und Prot. II S. 12 bzw. 14) die Zahl der bestellten und verkauften Controller strittig. Dieser Frage ist nachfolgend nachzugehen.

3.4. Die Vorinstanz fasste in ihrem Entscheid die Aussagen der Angeklagten zur importierten Menge der PS2 und der GameCube Controller grundsätzlich zutreffend zusammen, worauf hier vorweg verwiesen werden kann (vgl. Urk. 44 S. 7 f. Ziff. II.4.1.-4.4. bzw. Urk. 73/43 S. 8 f. Ziff. II. 5.1. - 5.3. hinsichtlich des Angeklagten 1 und Urk. 44 S. 8 Ziff. II. 5.1.-5.4. bzw. Urk. 73/43 S. 9 Ziff. II. 4.1.-4.5. hinsichtlich des Angeklagten 2; vgl. § 161 GVG). Dennoch ist auf die diesbezüglichen Angaben der Angeklagten nochmals einzugehen.

3.4.1. No-Name Controller geeignet für PS 2

3.4.1.1. Der Angeklagte 1 räumte in der Hafteinvernahme vom 13. November 2007 – unter Hinweis darauf, dass er es nicht genau sagen könne – den Bezug von gesamthaft 1'600 nicht originaler PS2 Controller (1 x 1'000 und 1 x 600) ein (vgl. Urk. 4/2 S. 2 f.), wovon 1'000 Stück verkauft worden seien und 600 Stück sich noch im Lager befänden. In der Einvernahme vom 16. November 2007 gab er – wiederum unter Hinweis darauf, sich über die Stückzahl nicht sicher zu sein – den zusätzlichen Bezug von 250 - 500 Stück solcher Controller in H._____ an (vgl. Urk. 4/3 S. 1). Konfrontiert mit den Angaben des Angeklagten 2, hielt er fest, die von B._____ angegebene Bezugsmenge von gesamthaft 2'600 Stück erscheine ihm "etwas hoch" (Urk. 4/3 S. 1). In den weiteren staatsanwaltschaftlichen Einvernahmen verweigerte er die Aussage (vgl. Urk. 4/4 und 4/5).

3.4.1.2. Der Angeklagte 2 gab in der Hafteinvernahme vom 14. November 2007 an, im Jahr 2004 oder 2005 die Menge von 500 bis 1'000 PS2 Controllern aus H._____ erhalten zu haben. Im November 2006 und im Frühjahr 2007 seien noch zwei Lieferungen aus W._____ zu 1'000 bzw. 650 Stück erfolgt (vgl. Urk. 5/2 S. 2). Gesamthaft seien ca. 2'000 Stück verkauft worden, etwa 600 Stück seien noch im Lager (vgl. Urk. 5/2 S. 2). Auch er verweigerte in den folgenden Einvernahmen die Aussagen (vgl. Urk. 5/4 und 5/5).

3.4.1.3. Beide Angeklagte verwiesen anlässlich der Haupt- und der Berufungsverhandlung hinsichtlich Menge der bestellten und verkauften Controller auf die Angaben der Verteidigung (vgl. Prot. I S. 4 und 7, vgl. Prot. II S. 12 und 14). Diese legte dar, die Angeklagten hätten gesamthaft 1'880 PS2 geeignete Controller be-

stellt und davon maximal 1'200 Stück verkauft (vgl. Urk. 26 S. 3 f., Urk. 37 S. 4 und Urk. 64 S. 11).

3.4.2. GameCube Controller geeignet für T. _____

3.4.2.1. Der Angeklagte 1 schätzte die Menge der bezogenen GameCube Controller zwischen 300 und 500 Stück und den Lagerbestand im Zeitpunkt der Einvernahme mit 50 Stück (vgl. Urk. 4/3 S. 1).

3.4.2.2. Der Angeklagte 2 gab an, drei Bestellungen betreffend T. _____ Steuerungen zwischen 100 und 150 Stück getätigt zu haben (vgl. Urk. 5/3 S. 1), davon befänden sich noch ca. 100 Stück im Lager (vgl. Urk. 5/3 S. 1).

3.4.2.3. Auch bezüglich der No-Name Controller für T. _____ verwiesen beide Angeklagten an der Haupt- und Berufungsverhandlung auf die Angaben der Verteidigung (vgl. Prot. I S. 4 und 7, Prot. II S. 12 und 14). Diese schilderte, aufgrund der Bestellungen sei von einem Einkauf von 100 Stück No-Name Controller geeignet für T. _____ auszugehen, wovon maximal 35 Stück verkauft worden seien (Urk. 26 S. 3 ff., Urk. 37 S. 3 f., Urk. 64 S. 9 ff.).

3.4.3. Würdigung der Aussagen der Angeklagten

3.4.3.1. Bei der Würdigung der aufgeführten Aussagen der Angeklagten ist zu berücksichtigen, dass es sich bei den getätigten Mengenangaben offensichtlich um Schätzungen handelte. Vorerst brachten sie ihre diesbezügliche Unsicherheit deutlich zum Ausdruck (vgl. z.B. Urk. 4/2 S. 3: „Genau kann ich es nicht sagen. Soweit ich mich erinnere...“ und Urk. 4/3 S. 1: „Bei der Stückzahl bin ich mir nicht sicher. Das finden Sie aber in den Akten.“ und Urk. 4/3 S. 1: „Ich schätze, dass wir ...“). Weiter weisen die Ca.-Angaben und die Tatsache, dass Bestellungen hinsichtlich der Stückzahl mit einer Bandbreite angegeben wurden (so z.B. in Urk. 5/2 S. 2: „... ca. 500 bis 1'000 ...“ und Urk. 4/3 S. 1: „Ich schätze, dass wir zwischen 300 und 500 Stück hatten.“), in dieselbe Richtung. Die Angeklagten waren mit ihrer Firma über mehrere Jahre mit diversen Produkten im Handel tätig, so dass sich schon aus diesem Grund Unsicherheiten erklären lassen. Schliesslich sind die ungefähren Angaben hinsichtlich Menge und Zeitraum angesichts der

Tatsache, dass gewisse Bestellungen ins Jahr 2004 oder 2005 zurückreichen, durchaus verständlich (vgl. auch die Vorinstanz in Urk. 44 S. 9 f. Ziff. 6.3.).

3.4.3.2. Die Angeklagten relativierten sodann ihre Mengenangaben, indem sie von Anfang an auf die Buchhaltungsunterlagen bzw. Geschäftsunterlagen ihrer Firma verwiesen. In der Tat reichten sie selber auch entsprechende Dokumente ins Recht (vgl. Urk. 6/1-2 und 27/1 sowie 37A/4 – 6), weshalb ihnen grundsätzlich Mitwirkung bei der Sachverhaltsabklärung attestiert werden kann. Dass die Angeklagten bei diesem Stand der Dinge nicht auf ihre Ca.-Aussagen behaftet werden können, ergibt sich von selbst (vgl. Rüge der Verteidigung in Urk. 37 S. 3). Damit sind ihre Depositionen im Zusammenhang mit den weiteren zur Verfügung stehenden Dokumenten zu überprüfen.

3.5. Gemäss Anklageschrift konnten im Rahmen der Untersuchung 605 PS2 und 63 GameCube Controller sichergestellt werden (vgl. Urk. 17 S. 4, vgl. Sicherstellungsakten Urk. 11 und 12; vgl. unkorrekte Angabe der Verteidigung in Urk. 37 S. 4, wo von 630 sichergestellten PS2 Controllern die Rede ist). Damit steht die Menge der gelagerten bzw. der von den Angeklagten noch nicht verkauften Controller fest.

3.6. Weiter liegen diverse Bestellungen bzw. Rechnungen in den Akten.

3.6.1. Was den Warenbezug in H._____ betrifft, so liegt diesbezüglich eine Faxkopie in den Akten, welche die Bestellung vom März 2005 von 250 PS2 Dualshock Controller zu 3.20 Euro/Stück, d.h. 800 Euro, dokumentiert (vgl. 27/1, vgl. Urk. 44 S. 10 Ziff. 7). Der Bezug mit dieser Stückzahl wird von der Verteidigung nicht bestritten.

3.6.2. Sodann weist die Urkunde 6/1 auf eine Bestellung vom 10. Dezember 2005 hin, in welchem Zusammenhang u.a. die Lieferung von 1'000 PS2 Controller und 50 GameCube Controller des Typs HC 410 verlangt wurde. Auch diese Angaben sind nicht strittig (vgl. Urk. 37 Tabelle S. 4). Weitere Nachweise im Zusammenhang mit dieser Lieferung sind im Übrigen den im Zusammenhang mit der Beru-

fungsbeanstandungen seitens der Verteidigung eingereichten Akten zu entnehmen (vgl. Sammelbeilage Urk. 37A/5).

3.6.3. Von der Verteidigung zugestanden (vgl. Urk. 37 S. 4) ist sodann die Bestellung vom 9. Februar 2007 von 630 PS2 Dual Shock Controller, von 100 GameCube Controller des Typs HC-406 (Urk. 6/2 S. 2) und von weiteren 100 Exemplaren ohne Angabe des GameCube Typs (vgl. Urk. 6/2 S. 3). Auch diesbezüglich wurden im Rahmen der Beanstandungen weitere Urkunden eingereicht, welche den Zahlungsnachweis für diese Ware erbringen (vgl. Urk. 37A/6).

3.6.4. Der Urkunde 7/1, welche mit der Urkunde 7/2 identisch ist, entnahm die Vorinstanz den Bezug von weiteren 200 PS2 Controllern, von 100 GameCube Controller des Typs HC-406 (Urk. 7/1 S. 2) und von weiteren 100 Exemplaren ohne Angabe des GameCube-Typs (vgl. Urk. 7/1 S. 3; vgl. Urk. 44 S. 10 Ziff. 7). Die Verteidigung wies im Rahmen der Beanstandungen darauf hin, dass diese Dokumente keine eigenständige Lieferung darstellen, sondern dass sie mit der Bestellung vom 9. Februar 2007 in Zusammenhang stehen (vgl. Urk. 37 S. 4 f.). In der Tat sind in der Urkunde 7/1 (= 7/2) und in der Urkunde 6/2 mit wenigen Ausnahmen in derselben Reihenfolge dieselben Artikel aufgeführt, wobei vereinzelt andere Mengen angegeben sind, was die These, dass es sich dabei um denselben Vorgang handelt, nicht ausschliesst. Zwar trifft es zu, dass diese zwei Dokumente nicht datiert sind und unterschiedliche Nummern aufweisen (vgl. Invoice No: IN-06070 in Urk. 7/1 und IN-01060 in Urk. 6/2), was gegen die Identität der Bestellungen spricht. Die Verteidigung hat indessen im Rahmen der Berufungsbeanstandungen mit weiteren Urkunden nachgewiesen, dass für diese Lieferung der Gesamtbetrag von Fr. 15'941.25 (Fr. 9'459.75 und Fr. 6'481.50, vgl. Urk. 37A/6 ff.) entrichtet wurde. Dieser Betrag figuriert (handschriftlich) auch auf den Urkunden 7/1 und 7/2 (vgl. insbesondere S. 3), welche Urkunden im Rahmen der Sicherstellungen erhältlich gemacht werden konnten (vgl. Urk. 11/4). Dazu kommt, dass beide Angeklagten unabhängig voneinander lediglich über drei Lieferungen von PS2 Controllern berichteten, nämlich eine aus H._____ und zwei aus W._____, was ebenfalls für die Darstellung der Verteidigung bezüglich Identität des Warenbezugs hinsichtlich der Gegenstände gemäss Urk. 7/1 und 6/2

spricht. Aufgrund dieser Überlegungen und nachdem die Befragung der Angeklagten anlässlich der Berufungsverhandlung diesbezüglich keine neuen bzw. relevanten Aspekte zu Tage förderte, muss zugunsten der Angeklagten davon ausgegangen werden, dass die in den Urkunden 7/1 und 6/2 aufgeführten PS2 und GameCube Controller – weil es sich dabei um ein und dieselbe Lieferung handelt – nicht zusammenzuzählen sind.

3.6.5. Zu erörtern ist noch die Bestellung gemäss Urkunde 7/3, welche vom 14. August 2006 datiert und den Bezug von 100 GameCube Controller des Typs HC 406 zum Preis von US\$ 2.65 pro Stück aufführt (vgl. Urk. 7/3; die weiteren Produkte bilden nicht Gegenstand der Anklage und sind daher ohne Relevanz). Die Verteidigung bezeichnet dieses Aktenstück als Proforma-Rechnung und weist darauf hin, dass die Angeklagten diesbezüglich an die E._____ keine Zahlungen leisteten (vgl. Urk. 37 S. 4). Das fragliche Dokument ist datiert (14. August 2006), mit einer Bestellnummer versehen (Invoice No: ON-08140, our order No. HC-08140) und führt den Vornamen des Angeklagten 1 als Käufer auf (vgl. Urk. 7/3). Ob die Lieferung tatsächlich erfolgte, steht indessen aufgrund der vorhandenen Beweismittel nicht fest. Wie bereits im Zusammenhang mit der Urkunde 7/1 = 7/2 und 6/2 dargetan, sind gleiche Vorgänge in verschiedenen Dokumenten festgehalten, ohne dass dabei klar wäre, welches Papier die eigentliche Lieferung dokumentiert. Damit kann zugunsten der Angeklagten nicht als rechtsgenügend erstellt betrachtet werden, dass sie die in Urk. 7/3 aufgeführten GameCube Controller auch tatsächlich bezogen.

3.6.6. Zusammengefasst ist der Sachverhalt unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen und der in der Anklageschrift konkret aufgeführten Warenbezüge wie folgt als erstellt zu betrachten:

3.6.6.1. Einkauf von 1'880 PS2 tauglichen Controllern (Urk. 27/1 = 250 Stück am 15.3.2005, Urk. 6/1= 1'000 Stück am 10.12.2005 und Urk. 6/2 = 630 Stück am 9.2.2007; vgl. auch Urk. 37 S. 4) sowie von 100 GameCube Controllern des Typs HC-406 (vgl. Urk. 6/2 Bestellung vom 9.2.2007) und von weiteren 150 GameCube Controllern eines anderen Typs (vgl. (Urk. 6/1 = 50 Stück Typ HC-410 am

10.12.2005 und Urk. 6/2 = am 9.2.2007: 100 Stück ohne Angabe des Typs; vgl. Urk. 37 S. 4).

3.6.6.2. Unter Einberechnung der sichergestellten Exemplare verkauften die Angeklagten damit 1'275 PS2 Controller (1'880 abzüglich 605 sichergestellte Exemplare) bzw. 37 GameCube Controller des Typs HC-406 (100 Stück abzüglich 63 sichergestellte Exemplare) und weitere (hier nicht interessierende, vgl. hinten Ziff. V. 3.1.3.) 150 Stück GameCube Controller eines anderen Typs.

3.6.6.3. Die Verteidigung macht geltend, dass diese Menge noch durch Retouren weiter zu reduzieren ist (vgl. Urk. 37 S. 4, vgl. Urk. 64 S. 11). Dass es solche Retouren überhaupt gab, legte sie indessen nicht näher dar und wies dies auch nicht weiter nach. Solche Retouren wurden insbesondere während der gesamten Untersuchung und auch vor Vorinstanz nicht erwähnt, auch nicht von der Verteidigung, die anlässlich der Hauptverhandlung lediglich die Reduktion der verkauften Exemplare mit dem Einwand begründete, dass die D._____ Garantieexemplare und Muster bereitzuhalten hatte (vgl. Urk. 26 S. 3). Solche Exemplare rechtfertigten indessen keine Reduktion der Verkaufszahlen, da die Zulässigkeit deren Weitergabe ebenso im Raume stünde. Der Einwand betreffend Retouren-Abzug ist daher nicht weiter von Belang.

V. Beweisanträge

1. Ausgangslage

1.1. Mit Beweiseingabe vom 8. März 2010 (Urk. 54/1) stellte die Verteidigung diverse Beweisanträge. Sie wiederholte insbesondere den im Rahmen der Untersuchung gestellten sowie an der Hauptverhandlung und bereits in der Berufungsbeanstandungsschrift erneuerten Antrag, es sei Beweis zu erheben betreffend Vorliegen einer allfälligen Lizenz der Firma E._____ Co., Ltd zur Produktion und zum Vertrieb der beanstandeten PS2 ähnlichen Controller (vgl. Urk. 37 S. 2, Urk. 54/1 S. 1) bzw. betreffend Vorliegen einer Berechtigung zur Herstellung und zum

Vertrieb der beanstandeten T._____ ähnlichen Controller Typ HC-406 (vgl. Urk. 54/1 S. 2).

1.2. Weiter beschlagen die von der Verteidigung gestellten Beweisanträge die Frage nach der Anzahl der eingekauften und weiterverkauften Controller, wobei auch eine Abklärung hinsichtlich der zwei verschiedenen Gruppen der GameCube T._____ Controller HC-410 und HC-406 verlangt wird (vgl. Urk. 54/1).

2. Theoretische Ausführungen zur Abnahme weiterer Beweise

2.1. Aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs folgt die Pflicht zur Berücksichtigung rechtzeitig und formrichtig gestellter Beweisanträge, soweit die Strafverfolgungsbehörden den Sachverhalt nicht ohnehin schon von Amtes wegen abzuklären haben. Das bedeutet indessen nicht, dass sämtliche angebotenen Beweise abgenommen werden müssen. Auf die Abnahme von (weiteren) Beweisen darf dann verzichtet werden,

- wenn es um offenkundige oder gerichtsnotorische Tatsachen, rechtlich nicht erhebliche Tatsachen oder um solche Tatsachen geht, die als wahr unterstellt werden; ferner wenn das angerufene Beweismittel offensichtlich untauglich ist, oder
- wenn bereits feststehende Tatsachen (noch einmal) bewiesen werden sollen, wenn im vornherein gewiss ist, dass der offerierte Beweis aus materiellrechtlichen Gründen unerheblich oder prozessrechtlich unzulässig ist (vgl. zum Ganzen: Donatsch, in Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996 ff., N 8 ff. zu § 149 StPO; Hauser/Schweri/ Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage, Basel u.a. 2005, § 55 N 7 ff., S. 254 f., je mit Hinweisen).

2.1.1. Nach den aus Art. 29 BV fließenden Verfahrensgarantien sind alle Beweise abzunehmen, die sich auf Tatsachen beziehen, die für die Entscheidung erheblich sind (BGE 127 I 54 E. 2b; 124 I 241 E. 2). Das hindert aber den Richter nicht, einen Beweisantrag abzulehnen, wenn er in willkürfreier Überzeugung der bereits abgenommenen Beweise zur Überzeugung gelangt, der rechtlich erhebli-

che Sachverhalt sei genügend abgeklärt, und er überdies in willkürfreier antizipierter Würdigung der zusätzlich beantragten Beweise annehmen kann, seine Überzeugung werde auch durch diese nicht mehr geändert (Urteil des Bundesgerichtes 1P.130/2006 vom 18.5.2006; BGE 131 I 153 E. 3; 130 II 425 E. 2.1; 122 V 157 E. 1d).

2.1.2. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 4 aBV (jetzt Art. 9 und 29 Abs. 2 BV) ist eine antizipierte (vorweggenommene) Beweiswürdigung in beschränktem Umfang zulässig. Der Richter darf danach von weiteren Beweismassnahmen absehen, wenn er den Sachverhalt für genügend geklärt erachtet, das heisst wenn er aufgrund bereits erhobener Beweise davon überzeugt ist, dass über die erheblichen Tatsachen kein zusätzlicher Beweis mehr geführt zu werden braucht. Das Bundesgericht überprüft dabei nur, ob der Richter ohne Willkür annehmen durfte, die weiteren Beweise könnten am feststehenden Beweisergebnis nichts ändern (BGE 125 I 135 E. 6c/cc, 124 I 211 E. 4a, 285; Donatsch, a.a.O., N 13 zu § 149 StPO, m.w.H.). Weiter ist darauf hinzuweisen, dass auch Art. 6 EMRK einer solchen Beschränkung des Beweisverfahrens zufolge antizipierter Beweiswürdigung nicht entgegensteht (BGE 125 I 135 mit Hinweisen). Das Recht, Entlastungsbeweise beizubringen beziehungsweise erheben zu lassen, ist somit relativer Natur. Der Richter hat nur solche Beweisbegehren, Zeugenladungen und Fragen zu berücksichtigen, die nach seiner Würdigung rechts- und entscheidungserheblich sind (vgl. Kass.-Nr. AC040106 vom 31. März 2005 E. 5/bb und Kass.-Nr. 2002/ 286S E. II. 2.4.2. mit Verweis auf BGE 125 I 134).

2.1.3. Nach der Praxis des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich kann eine Beweisabnahme sodann unterbleiben bzw. ist die antizipierte Beweiswürdigung zulässig, wenn mit Sicherheit gesagt werden kann, dass sie auch dann an der richterlichen Überzeugung nichts mehr ändern könnte, wenn ihr Ergebnis die vom Beschwerdeführer aufgestellte Behauptung stützen würde (ZR 87 Nr. 125 Erw. 4a; RB 1985 Nr. 54; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 42; Kass.G.-Nr. AC040063 vom 24.1.2005; Kass.G.-Nr. AC050047 vom 6.11.2006; zur

Abgrenzung zwischen antizipierter Beweiswürdigung und Wahrunterstellung vgl. ZR 104 Nr. 81).

2.2. Im Rahmen der Beweiswürdigung ist deshalb zu prüfen, ob die beantragten Beweisabnahmen für die Beurteilung des Sachverhaltes überhaupt erheblich sind oder ob auf sie verzichtet werden kann.

3. Anwendung der theoretischen Grundsätze im vorliegenden Verfahren

3.1. Im Folgenden ist zu prüfen, ob den mit Beweiseingabe vom 8. März 2010 (Urk. 54/1 bzw. 73/52/1) gestellten Beweisanträgen statt zu geben ist.

3.1.1. Angesichts der Ausführungen zum Sachverhalt (vgl. oben Ziff. IV), insbesondere der Tatsache, dass hinsichtlich Anzahl der eingekauften und weiterverkauften PS2-ähnlichen Controller weitgehend auf die Darstellung der Angeklagten abgestellt wird, erübrigt sich die diesbezügliche Abnahme von weiteren Beweisen, wie sie die Verteidigung in ihrer Eingabe vom 8. März 2010 beantragte (vgl. Urk. 54/1 S. 2 Ziff. 3). Die Differenz im Sachverhalt mit der Darstellung der Verteidigung beschlägt einzig die Frage nach der allfälligen Berücksichtigung von Retouren, welcher Umstand indessen aus den Geschäftsunterlagen nicht ersichtlich ist, weil die Retouren nicht extra erfasst und verbucht wurden. Damit erweist sich der diesbezügliche Beweisantrag der Verteidigung betreffend Einreichung der Buchhaltung der D._____ GmbH als zur Erbringung eines Beweises untauglich, weshalb auf den Beizug dieser Unterlagen ohne Weiteres zu verzichten ist.

3.1.2. Dasselbe gilt hinsichtlich des Beweisantrages betreffend den GameCube Controller. Entsprechend den Ausführungen der Verteidigung beträgt die als erstellt zu betrachtende Anzahl der gekauften und verkauften Exemplaren des GameCubes Typ HC-406 100 Stück bzw. 37 Stück (vgl. oben Ziff. IV.3.6.6.2).

3.1.3. Wie den Akten entnommen werden kann und entsprechend dem Vorbringen der Verteidigung steht fest, dass auch andere als GameCubes des Typs HC-406 bezeichnete Controller Gegenstand der Bezüge bzw. Verkäufe der Angeklagten waren (vgl. Urk. 6/1 und 6/2 S. 3).

3.1.3.1. Die Anklage unterscheidet zwar nicht zwischen verschiedenen GameCube Controller, sondern erhebt einzig den Vorwurf, auf den Einzerverpackungen sei jeweils der markenrechtlich geschützte Schriftzug „T._____ GAMECUBE TM“ angebracht gewesen, obwohl der GameCube Controller nicht von T._____ gestammt habe (vgl. Urk. 17 S. 4 Ziff. 2). Dass die Anklage indessen lediglich die GameCube Controller des Typs HD 406 umfasst, geht daraus hervor, dass bloss von 300 Exemplaren die Rede ist (nämlich 100 Stück gemäss Urk. 7/3, 100 Stück gemäss Urk. 6/2 und 100 Stück gemäss Urk. 7/1 = 7/2). Es wurde schon oben im Rahmen der Sachverhaltserstellung dargetan, dass die Exemplare gestützt auf die Urkunden 7/1 = 7/2, weil mit Urkunde 6/1 identisch, und diejenigen gestützt auf Urkunde 7/3, weil die effektive Lieferung damit nicht bewiesen ist, als nicht erstellt betrachtet werden können (Vgl. oben Ziff. II 3.6.4 und 3.6.5). Damit erstreckt sich der Anklagevorwurf lediglich auf den Einkauf und Verkauf der GameCube Controller HC-406.

3.1.3.2. Bei diesem Stand der Dinge ist der Einwand der Verteidigung, weder auf den Verpackungen, noch auf den Controllern des GameCubes des Typs HC-410 sei der beanstandete Markenhinweis vorhanden gewesen (vgl. Urk. 37 S. 6 Ziff. 5 b), ohne Belang. Unwesentlich ist damit aber auch, wie es sich bei den Verpackungen der übrigen GameCube Controllern verhielt, weil in den Akten keine Exemplare der übrigen GameCube Controller zur Verfügung stehen, die eine Beurteilung erlauben würden. Damit gibt auch dieser Einwand der Verteidigung keinen Anlass zur Ergänzung der Untersuchung.

3.1.3.3. Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass die Verteidigung im Rahmen der Beanstandungen nicht in Abrede stellt, dass auf den Verpackungen der Controller HC 406 der geschützte Schriftzug "T._____ GameCube TM" angebracht ist, weswegen sie in diesem Sinne "eine Verurteilung" im Umfang der erstellten 100 importierten und 35 (in Tat und Wahrheit handelte es sich um 37 Stück, vgl. oben Ziff. II 3.6.6.) ausdrücklich akzeptiert (vgl. Urk. 37 S. 6 Ziff. 5 d).

3.1.4. Was den Beweisantrag hinsichtlich Vorliegens einer allfälligen Lizenz der Firma E._____ Co., Ltd zur Produktion und zum Vertrieb der beanstandeten PS2 ähnlichen Controller (vgl. Urk. 37 S. 2, Urk. 54/1 S. 1, Urk. 64 S. 6 ff.) bzw. hin-

sichtlich Vorliegens einer Berechtigung zur Herstellung und zum Vertrieb der be-
anstandeten T._____ ähnlichen Controller Typ HC-406 (vgl. Urk. 54/1 S. 2) be-
trifft, so ist folgendes festzuhalten: Wie die Verteidigung selber argumentiert,
spricht die Tatsache, dass die Controller (und zwar die PS2 Controller und die
GameCube Controller) nicht mit dem Markenhinweis versehen sind, und wesent-
lich billiger abgegeben werden, schon gegen das Vorliegen einer solchen Lizenz.
Weiter müsste die Lizenz im vorliegenden Fall grundsätzlich durch S._____ bzw.
durch T._____ der E._____ erteilt worden sein. Ausgerechnet die S._____ liess in
diesem Verfahren gegen die Geschäftstätigkeit der Angeklagten und deren uner-
laubtes Tun eine Strafanzeige erstatten, was – stünde eine Lizenz im Raum –
kaum der Fall gewesen wäre. Die Behauptung, die E._____ könne
allenfalls Lizenzträgerin sein, muss aber vor allem deshalb als abwegig qualifiziert
werden, weil S._____ damit selber ihr Original-Produkt, das sie teuer vertreibt, mit
einem No-Name-Erzeugnis konkurrenzieren würde, was schlicht jedem besonne-
nen Geschäftsgebaren widerspricht. Daran ändert nichts, dass auf F._____, bei
..., bei ... aber auch bei ... eine Vielzahl von Gamecube-tauglichen Controllern
bzw. bei renommierten Händlern wie ..., ... oder ... im Gesamteindruck gleichaus-
sehenden PS2-tauglichen Controller angeboten werden oder im Handel sind (vgl.
Urk. 37 S. 2 und S. 6), denn vorliegend stehen nicht diese Produkte zur Beurtei-
lung an. Zudem bedeutet die Tatsache allein, dass solche Controller im Internet
mehrfach angeboten werden noch nicht, dass es sich dabei um tatsächlich "er-
laubte" Kopien handelt. Von der Abnahme eines solchen Beweisantrages ist da-
her abzusehen.

VI. Rechtliche Würdigung

1. Designverletzung

1.1. Die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis würdigt das Vorgehen der Ange-
klagten betreffend den PS2 Dualshock Controller von S._____ als gewerbsmüssi-
ge Designverletzung im Sinne von Art. 41 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 2
DesG.

1.2. Erste Voraussetzung dafür, dass ein Designrecht (und zwar ein schweizerisches oder ein internationales mit Schutzbenennung Schweiz) überhaupt strafrechtlich relevant verletzt werden kann, ist dessen Eintragung im Register (vgl. Stutz/Beutler/Künzi, Handkommentar DesG, Bern 2006, Art. 41 N 27).

1.2.1. Den Urkunden 3/4 und 3/3 lässt sich entnehmen, dass in der Schweiz Ende 2006 zwei Registereintragungen für "manettes pour jeux vidéo" erfolgten. Aus diesen Urkunden ist der Handelsname des eingetragenen Produkts nicht ersichtlich. Ebenso wenig klar ist, weshalb zwei Eintragungen erfolgten. Auf der anderen Seite bestreitet selbst die Verteidigung nicht, dass diese Registrierungen die zur Diskussion stehenden DualShock 2 Controller betreffen (vgl. Urk. 26 S. 7, vgl. auch Urk. 64 S. 4 f.), womit grundsätzlich vom Vorhandensein eines Registereintrages auszugehen ist.

1.2.2. In den Akten befindet sich weiter für "controller for video game machine" eine Bestätigung für die Erneuerung der Eintragung der WIPO (World Intellectual Property Organisation) samt ursprünglicher Anmeldung (Hinterlegung) und Eintragung, welche die Schweiz als Schutzland nennt (vgl. Urk. 3/1 und 3/2), welche durch die S._____ S.A. erfolgte. Als Anmeldedatum bzw. Hinterlegungsdatum ist der 21. Oktober 1997 angegeben (vgl. Urk. 3/2 S. 2). Im Rahmen der nach der Berufungsverhandlung durchgeführten Untersuchungsergänzung (vgl. Urk. 74) gab die Geschädigte an, es sei der DualShock-Controller, mithin der hier zur Diskussion stehende Controller, gewesen, der erstmals mit Hinterlegungsdatum 21. Oktober 1997 registriert worden sei (Urk. 78 S. 6), was die Verteidigung nicht in Abrede stellte. Damit ist von einem Registereintrag seit 21. Oktober 1997 auszugehen.

1.3. Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dass eine Designverletzung im Sinne von Art. 41 Abs. 1 lit. a DesG im objektiven Tatbestand das Vorliegen eines Designs im Sinne des Gesetzes, den gültigen Bestand des Schutzrechts der Rechtsinhaberin, eine Nachahmung oder Nachmachung sowie den widerrechtlichen Gebrauch des Designs voraussetzt (vgl. Urk. 44 S. 11 f. unter Hinweis auf Staub/Celli, Designrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über den Schutz von

Design, Zürich 2003, N 21 ff zu Art. 41; vgl. auch Stutz/Beutler/Künzi, Handkommentar DesG, Bern 2006, Art. 41 N 27 ff.).

1.4. Als Design nach Art. 1 DesG werden Gestaltungen von Erzeugnissen oder Teilen von Erzeugnissen, die namentlich durch die Anordnung von Linien, Flächen, Konturen oder Farben oder durch das verwendete Material charakterisiert sind, geschützt. Gegenstand des Designschutzes ist also die äusserlich wahrnehmbare Gestaltung resp. die äussere Erscheinungsform eines Erzeugnisses (vgl. von Büren/Mabach/Ducrey, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, Bern 2008, N 425).

1.4.1. Schutzgegenstand ist dabei nie das abstrakte Designkonzept, sondern dessen spezifische Umsetzung bei der Gestaltung eines konkreten Erzeugnisses, wobei die Gestaltung visuell, d.h. "äusserlich", wahrnehmbar sein muss (vgl. von Büren/Marbach/Ducrey, a.a.O. N 426 und 429).

1.4.2. Nicht strittig ist, dass die S. _____ PS2 Dualshock Controller durch ihre ergonomische, für die Steuerung des Spielens auf der PS2 Konsole konzipierte Form sowie die Anordnung und Grösse der Bedienungselemente eine konkrete Gestaltung aufweisen, welche äusserlich wahrnehmbar ist.

1.5. Nicht jede Gestaltung, welche begrifflich als Design erfasst werden kann, ist indessen auch schutzwürdig. Vorausgesetzt ist vielmehr, dass die Gestaltung **neu** ist und **Eigenart** aufweist (vgl. Art. 2 DesG, vgl. von Büren/Marbach/Ducrey, a.a.O. N 444), welche Voraussetzungen kumulativ gegeben sein müssen.

1.5.1. Die Gestaltung ist **neu**, wenn sie vor dem Hinterlegungs- resp. Prioritätsdatum den in der Schweiz beteiligten Verkehrskreisen nicht bekannt war (vgl. Art. 2 Abs. 2 DesG). Dabei genügt blosses Anderssein, und nur die identische oder nahezu identische Vorwegnahme zerstört die Neuheit (vgl. von Büren/Marbach/Ducrey, a.a.O. N 446). Auch das eigene Angebot gilt dabei als vorbekannte Designlösung, weshalb die Präsentation oder der Vertrieb durch den Hinterleger selbst neuheitsschädlich ist (vgl. von Büren/Marbach/Ducrey, a.a.O. N 450). Zu beachten ist indessen, dass die Offenbarung eines Designs durch die berechnete

Person so lange unschädlich ist, als die Hinterlegung anschliessend binnen zwölf Monaten nachgeholt wird (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. b DesG), wobei diese Schonfrist auch für Muster und Modelle, welche vor Inkrafttreten des Designgesetzes (1. Juli 2002) eingetragen wurden, bzw. auch bei internationalen Eintragungen gilt (vgl. Stutz/Beutler/Künzi, Handkommentar DesG, N 12 zu Art. 52 DesG, vgl. Peter Heinrich, Kommentar DesG/HMA, Zürich 2002, N 52.05 zu Art. 52 DesG sowie N 3.26 zu Art. 3 DesG).

1.5.2. Die Gestaltung darf zudem nicht im Nächstliegenden haften bleiben, sondern muss **Eigenart** aufweisen. Diese ist zu bejahen, sobald sich das hinterlegte Erzeugnis im Vergleich zu den vorbekannten Gestaltungen zumindest in einem wesentlichen Merkmal unterscheidet (vgl. von Büren/Marbach/Ducrey, a.a.O. N 459). Einerseits ist Originalität im Sinne eines qualitativen Kriteriums nicht erforderlich. Andererseits fehlt die Eigenart immer dann, wenn eine vorbekannte Lösung lediglich in Details modifiziert wird; so begründen blosse Änderungen der Farbe oder der Grösse noch keine Eigenart (vgl. von Büren/Marbach/Ducrey, a.a.O. N 459 und 461).

1.6. Die Verteidigung hatte schon vor Vorinstanz vorgebracht, S._____ habe das Design der PS2 Controller erst im November 2006 hinterlegt. Demgegenüber seien Playstations von S._____ mit Controllern im Design, welches nun bei den No-Name Controllern beanstandet werde, bereits seit 1994 auf dem Markt. Damit fehle dem eingetragenen Design die Eigenschaft der Neuheit, da es bis zur Eintragung in der Schweiz bereits seit Jahren auf dem Markt gewesen sei. Den PS2-Controllern als Nachfolgemodellen zu den PS1-Controllern fehle zudem das Kriterium der Eigenart, da sie vom Design her wie PS-1Controller aussähen (vgl. Urk. 26 S. 6 f.).

1.6.1. Die Vorinstanz hielt demgegenüber fest, ein Vergleich von Vorläufer- (PS1) und Nachfolgemodell (PS2) mache auf den ersten Blick klar, dass es sich um zwei unterschiedliche Gestaltungen handle. Unter Angabe von Farb- und weiteren Unterschieden gelangte sie zum Schluss, der Gesamteindruck habe sich wesentlich geändert, so dass das Design der PS2 Controller Eigenart aufweise. Weiter hielt die Vorinstanz fest, den beteiligten Verkehrskreisen sei seit 1994 nur das

Design der PS1 Controller bekannt, die Gestaltung der PS2 Controller zum Zeitpunkt der Hinterlegung (im November 2006?) sei neu gewesen und gelangte so zum Schluss, bei den PS2 Controllern handle es sich um schützenswertes Design (vgl. Urk. 44 S. 12 f.).

1.6.2. Die Verteidigung setzte sich in ihren Beanstandungen mit der Argumentation der Vorinstanz auseinander. Sie wies vorerst darauf hin, dass die verschiedenen Lackierungen der Controller, mit welcher die Vorinstanz die Andersartigkeit hauptsächlich begründet habe, kein entscheidendes Merkmal bilden könne, zumal gemäss den Registereinträgen keine spezifische Farbgebung der Controller geschützt sei. Die Entscheidung, ob der PS2-Controller sich durch eine neue Eigenart vom bereits seit 1994 im Umlauf befindenden PS1-Controller unterscheide, müsse somit aufgrund des Gesamteindrucks festgestellt werden, der vorliegend der Gleiche sei. Weiter bestritt die Verteidigung die Ausführungen der Vorinstanz, die PS1 Controller hätten im Unterschied zum PS2 Modell grosse Daumeneinbuchtungen aufgewiesen (vgl. Urk. 37 S. 5). Schliesslich rügte die Verteidigung, die Vorinstanz habe die Frage, ob überhaupt eine rechtsgültige Hinterlegung des Designs in der Schweiz bestehe, nicht beantwortet. Diese müsse verneint werden, da bereits zum Zeitpunkt der Eintragung des PS1-Controllers in das internationale Register der WIPO drei Jahre nach Einführung des Produktes vergangen gewesen seien und es somit an der Eigenschaft der Neuheit gefehlt habe (vgl. Urk. 37 S. 5 f.). An dieser Darstellung hielt die Verteidigung auch im Berufungsverfahren fest (Urk. 64 S. 4 f.).

1.7. Im Folgenden ist damit zu prüfen, ob das hier zur Diskussion stehende Design des DualShock-Controllers schutzwürdig ist, namentlich ob seine Gestaltung im Zeitpunkt der Registrierung neu war und Eigenart aufwies.

1.7.1. Da die Verteidigung – wie oben dargetan – unter Hinweis auf allenfalls vorbestehende Modelle des massgeblichen Playstation-Controllers auch im Berufungsverfahren die Frage nach der gestalterischen Ähnlichkeit sowie der Rechtzeitigkeit der erfolgten Eintragung des Designs aufwarf und in diesem Zusammenhang das Vorliegen von Neuheit und Eigenart der PS1 bzw. PS2 Controller in Abrede stellte (vgl. Urk. 64 S. 4 und 5), erwiesen sich die Fragen, ob die WIPO-

Eintragung bzw. die Eintragung in der Schweiz für den DualShock-Controller (vgl. Urk. 3/1-4) rechtzeitig erfolgten bzw. ob mit Bezug auf ein – allfälliges – Vorgängermodell Designähnlichkeit bestand, als massgeblich. Den Akten waren diesbezüglich keine Informationen zu entnehmen, weshalb im Anschluss an die Berufungsverhandlung im Sinne einer Untersuchungsergänzung ausgewählte Internet-Informationen zum DualAnalog-Gerät und zum DualShock-Gerät zu den Akten genommen wurden (vgl. Urk. 68-72). Den Parteien wurde in der Folge Frist zu Stellungnahme und gleichzeitig zur Beantwortung der sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen angesetzt (vgl. Urk. 74, Beschluss vom 17. Mai 2010).

1.7.2. In ihrer Stellungnahme vom 20. August 2010 zweifelte die Geschädigte den Aussagewert der neu zu den Akten genommenen Urkunden (Urk. 68 - 72) an (vgl. Urk. 78 S. 2). Einerseits seien die Bilder in Urk. 70 - 72 von schlechter Qualität und vermittelten nur einen ungenügenden Eindruck vom Design. Weiter taugten sie nicht, die Unterschiede, welche die Eigenart des DualShock Controller gegenüber dem DualAnalog Controller im massgeblichen Gesamtausdruck ausmachen, zu überprüfen. Andererseits handle es sich beim Inhalt der Urkunden 68 und 69 um anonyme Informationen aus dem Internet, deren Richtigkeit zumindest einer Überprüfung bedürfen würden. Für die Geschädigte sei dies kaum noch verlässlich möglich: Die Angaben beträfen Vorgänge, welche nahezu 15 Jahren zurücklägen; und auch wenn diese damals von einer der Gesellschaften der Unternehmensgruppe der Geschädigten veranlasst worden seien, seien sie heute auch für die Geschädigte selbst nicht mehr im Detail nachprüfbar (vgl. Urk. 78 S. 1). Soweit mit den neu zu den Akten genommenen Urkunden die Neuheit und/oder Eigenart der hinterlegten Designs und damit deren Schutzfähigkeit in Zweifel gezogen werden solle, genügten diese anonymen und nicht überprüfbaren Internet-Quellen keinesfalls: Neuheit und Eigenart eines eingetragenen Designs würden gesetzlich vermutet (vgl. Urk. 78 S. 2 unter Hinweis auf Art. 21 DesG und Stutz/Beutler/Künzi, Designgesetz, Bern 2006, Art. 21 N 19 ff., Art. 33 N 18). Folglich obliege die Beweislast für einen behaupteten Mangel der Neuheit und/oder Eigenart eines registrierten Designs vollständig der Partei, welche sich darauf berufe (vgl. Urk. 78 S. 2 f.).

Zur Darstellung, der DualAnalog-Controller sei das Vorgängermodell des DualShock-Controllers gewesen, führte die Geschädigte aus, tatsächlich seien beide Modelle offenbar im geringen zeitlichen Abstand auf den Markt gebracht worden. Sie könnten also kaum als nacheinander entwickelt betrachtet werden (Urk. 78 S. 4). Zur anonymen Internet-Angabe in Urk. 68, der DualAnalog-Controller sei anlässlich der PlayStation Expo 96-97 vom 1. bis 4. November 1996 "unter Glas" erstmals gezeigt worden (ohne Angabe des Ortes sowie des Publikums, dem er bei dieser Gelegenheit zugänglich gewesen sein solle), könne in tatsächlicher Hinsicht nicht Stellung genommen werden, wobei es in rechtlicher Hinsicht auch gar nicht hierauf ankommen könne (vgl. Urk. 78 S. 5). Weiter gab die Geschädigte an, der DualAnalog-Controller sei "soweit ersichtlich" nicht international registriert worden; registriert sei vielmehr erstmals mit Hinterlegungsdatum 21. Oktober 1997 der DualShock-Controller (Urk. 78 S. 6). Der DualShock-Controller sei in seiner ersten Version 1997 in Japan eingeführt worden. Der genaue (mit Sicherheit spätere) Zeitpunkt der Einführung in den USA sei nicht nachvollziehbar. Die in Urk. 69 ungeprüft behauptete Markteinführung in Japan "Ende 1997" hätte, falls zutreffend, mit grösster Wahrscheinlichkeit nach der Designhinterlegung (21. Oktober 1997) stattgefunden (in Urk. 68 sei die Rede vom 20. November 1997), diejenige in den USA (Mai 1998 gemäss Urk. 68) sowieso (Urk. 78 S. 6).

1.7.3. Vorweg ist – mit der Verteidigung (vgl. Urk. 83 S. 2 f.) – der Auffassung der Geschädigten zu widersprechen, wonach die Tatsache, dass die Hinterlegung die Vermutung der Neuheit und der Eigenart begründet (vgl. Art. 21 DesG) im vorliegenden Verfahren massgeblich sein soll, namentlich dass diese eine Umkehr der Beweislast zulasten der Angeklagten bildet (vgl. Urk. 78 S. 2 f.). Als objektive Tatbestandselemente ist die Frage des Bestandes des verletzten Schutzrechtes gemäss der Untersuchungsmaxime und dem Grundsatz der richterlichen Rechtsanwendung durch die Untersuchungsbehörden und den Strafrichter grundsätzlich von Amtes wegen abzuklären. Dies bedeutet, dass aufgrund der Unschuldsvermutung die Rechtsvermutung des Art. 21 DesG im Falle eines autonomen Entscheides des Strafrichters über den Bestand des Designrechtes im Strafprozess keine Anwendung findet, wäre doch die damit verbundene Beweislastumkehr zu-

lasten der Angeklagten mit der genannten Verfahrensgarantie unvereinbar (vgl. dazu Staub/Celli, Designrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über den Schutz von Design, Zürich 2003, N 73 zu Art. 41 DesG mit diversen Hinweisen). Demgemäss ist beispielsweise auch den Fragen nach den materiellen Gültigkeitsvoraussetzungen hinsichtlich allfälliger negativer Tatsachen, wie das Fehlen einer Neuheitsschädlichen Offenbarung (Art. 3 DesG) und eines älteren, im Gesamteindruck ähnlichen Designs (Art. 2 DesG) von Amtes wegen nachzugehen (vgl. Staub/Celli, a.a.O.).

1.7.4. Die Verteidigung brachte – wie oben dargetan – mehrfach vor, es seien S._____ Controller, welche ein ähnliches bzw. gleichartiges Design wie das der beanstandeten Controller hätten, bereits seit 1994 auf dem Markt gewesen (vgl. u.a. Urk. 64 S. 4 f.). Die Vorinstanz ihrerseits ging dieser Frage nicht weiter nach, sondern stellte vielmehr auf die Vorbringen der Verteidigung ab und erwog, den beteiligten Verkehrskreisen sei das Design der PS 1 Controller seit 1994 bekannt (vgl. Urk. 44 S. 13). Die im Rahmen der Untersuchungsergänzung neu zu den Akten genommenen Internetauszüge bieten nun gewichtige Anhaltspunkte dafür, dass bereits vor der (auch für die Schweiz gültigen) WIPO-Hinterlegung vom 21. Oktober 1997 für den DualShock-Controller (vgl. Urk. 3/2) andere Controller, namentlich die DualAnalog-Controller auf dem Markt erhältlich waren (vgl. Urk. 68 - 72), was auch die Geschädigte grundsätzlich nicht in Abrede stellte (vgl. Urk. 78). Die Geschädigte zweifelte zwar in ihrer Stellungnahme vom 20. August 2010 den Aussagewert der neu zu den Akten genommenen Urkunden (Urk. 68 und 69) an, indem sie geltend machte, bei deren Inhalt handle es sich um anonyme Informationen aus dem Internet, deren Richtigkeit zumindest einer Überprüfung bedürften (vgl. Urk. 78 S. 1). Weiter führte sie indessen dazu aus – was hier wesentlich ist –, für sie (die Geschädigte) sei eine solche Überprüfung kaum noch verlässlich möglich, zumal die Angaben Vorgänge betreffen, welche nahezu 15 Jahren zurücklägen und auch wenn diese damals von einer der Gesellschaften der Unternehmensgruppe der Geschädigten veranlasst worden seien, seien sie heute auch für die Geschädigte selber nicht mehr im Detail nachprüfbar (vgl. Urk. 78 S. 1). Steht nun fest, dass heute selbst für die Geschädigte als Rechtsinhaberin, immerhin eine S._____ -Gesellschaft, welche den Aussage-

wert der zu den Akten genommenen Internetauskünfte anzweifelt, einerseits nicht mehr nachprüfbar ist, wann der DualAnalog-Controller der S. _____ auf dem Markt erschien und dass dieses Gerät andererseits – wie die Geschädigte selber ausführte (vgl. Urk. 78 S. 6: "soweit ersichtlich") – nicht international registriert wurde, so bedeutet dies für den vorliegenden Strafprozess zweierlei: Zum Einen lassen die Ausführungen der Geschädigten weitere Untersuchungshandlungen im Hinblick auf die Feststellung des Zeitpunktes des Erscheinens des fraglichen Gerätes als ohne Aussicht auf Erfolg erscheinen. Zum Zweiten kann zulasten der Angeklagten in Anwendung des Grundsatzes in dubio pro reo nicht einfach auf die in den Internetauszügen festgehaltenen, von der Geschädigten selbst angezweifelten Daten (DualAnalog- Controller Urk. 68; DualShock-Controller Urk. 69) abgestellt werden. Dies wiederum lässt – entgegen der Behauptung der Geschädigten (vgl. Urk. 89) – zulasten der Angeklagten, die die Markteinführung im Jahre 1994 behaupteten, auch den Schluss nicht zu, es liege angesichts der erfolgten WIPO-Eintragung vom 21. Oktober 1997 (Urk. 3/2) des DualShock-Controllers hinsichtlich des DualAnalog-Controllers eine unschädliche Offenbarung im Sinne von Art. 3 DesG, mithin eine solche innerhalb von zwölf Monaten vor dem Hinterlegungsdatums, vor.

1.7.5. Zu prüfen ist damit weiter, ob der hier zur Diskussion stehende DualShock-Controller im Verhältnis zum DualAnalog-Controller, der – was zugunsten der Angeklagten anzunehmen ist – mehr als 12 Monate vor der WIPO-Hinterlegung vom 21. Oktober 1997 (Urk. 3/2) erschien, neu war und Eigenart im Sinne von Art. 2 DesG aufwies.

1.7.5.1. Zur Beurteilung der Eigenart eines Designs ist ein deutlicher Unterschied zum Vorbestehenden zu fordern, der sich nicht erst bei sorgfältiger Vergleichung wahrnehmen lässt (vgl. Stutz/Beutler/Künzi, Handkommentar DesG, 2006, N 105 zu Art. 2 DesG). Abzustellen ist auf den Gesamteindruck, den eine Formgebung erweckt. Für die Begründung des Designschutzes kommt es nicht auf sämtliche Einzelheiten an, sondern lediglich auf die wesentlichen Merkmale, welche dem Design eine wesentliche Prägung geben. Dazu zählen etwa die Proportionen oder die besonders ins Auge springenden optischen Elemente (vgl. Stutz/Beutler/

Künzi, Handkommentar DesG, 2006, N 106 zu Art. 2 DesG; zum Gesamteindruck vgl. auch Peter Heinrich, Kommentar DesG/HMA, Zürich 2002, N 2.70 ff. zu Art. 2 DesG). Die Beurteilung der Eigenart korreliert nach der Rechtsprechung (BGE 133 II 189 E. 5.1.1.) methodisch mit der Beurteilung des Schutzzumfangs (vgl. Art. 8 DesG, vgl. von Büren/Marbach/Ducrey, a.a.O. N 462). Demgemäss ist ein Design eigenartig, wenn es den vorbekannten Stand gestalterischer Lösungen nicht verletzt (vgl. von Büren/Marbach/Ducrey, a.a.O. N 462). Ob die relevanten Formgebungen für einen Direktvergleich nebeneinander zu halten oder aus dem Erinnerungsvermögen der aufmerksamen Konsumenten heraus miteinander zu vergleichen sind, ist in der Lehre kontrovers (vgl. die Kommentatoren Stutz/Beutler/Künzi in Handkommentar DesG, 2006, N 110 zu Art. 2 Des; vgl. Peter Heinrich, Kommentar DesG/HMA, Zürich 2002, N 2.104 ff. zu Art. 2 DesG). Das Bundesgericht hielt fest, methodisch sei davon auszugehen, dass Kaufinteressenten die Objekte verhältnismässig "kurzfristig" prüfen und miteinander vergleichen, so dass sie die wesentlichen Merkmale in Erinnerung behalten könnten. Geringfügige Differenzen werde der massgebende Abnehmer nicht beachten, aber im Falle einer wesentlichen gestalterischen Abweichung werde er die Erzeugnisse rechtsgenügend auseinanderhalten können (vgl. BGE 129 III 545 E. 2.3., vgl. von Büren/Marbach/Ducrey, a.a.O. N 518). Nach dieser Rechtsprechung ist somit zu prüfen, ob zwei Designs im "kurzfristigen", durch die wesentlichen Merkmale geprägten Erinnerungsbild auseinandergelassen werden können (vgl. von Büren/Marbach/Ducrey, a.a.O. N 518). Grundlage dieses Merkmalsvergleichs ist die hinterlegte Abbildung des geschützten Designs, wobei alle Merkmale, die nicht offenbart sind, unbeachtlich bleiben (vgl. von Büren/Marbach/Ducrey, a.a.O. N 521). Welche Merkmale wesentlich sind, und welche nur als gestalterisches Beiwerk zu qualifizieren sind, ist die Schlüsselfrage. Wesentlich ist ein Merkmal, wenn es nicht weggedacht werden kann, ohne dass sich deswegen der gestalterische Charakter des Produktes verändert. Davon abgesehen, handelt es sich insoweit um einen richterlichen Ermessensentscheid (vgl. von Büren/Marbach/Ducrey, a.a.O. N 526 f.).

1.7.5.2. Die Vorinstanz hielt in ihrem Entscheid unter Hinweis auf Urk. 27/1 S. 1 dafür, ein Vergleich von Vorläufer- und Nachfolgemodell mache auf den ersten

Blick klar, dass es sich um zwei unterschiedliche Gestaltungen handle. Die Controller der PS2 seien in glänzendem schwarz lackiert und hätten mattschwarze Bedienungselemente, während die Controller der PS1 hellgrau lackiert seien und dunkelgraue Bedienungselemente aufwiesen. Die zwei mittleren Drehknöpfe der PS1 Controller wiesen auf ihrer Oberfläche – dies im Gegensatz zu denjenigen der PS2 – grosse Einbuchtungen für die Daumen auf. Der Gesamteindruck habe sich wesentlich geändert, folglich weise das Design der PS2 Controller Eigenart auf (vgl. Urk. 44 S. 12 f.).

1.7.5.3. Im Rahmen der Untersuchungsergänzung war von der Geschädigten im Hinblick auf die Eigenart im Sinne von Art. 2 DesG die Frage zu beantworten, ob und wenn ja, inwiefern das Design des DualAnalog-Controllers Gleichheit/Ähnlichkeit/Andersartigkeit gegenüber dem DualShock-Controller aufweist (vgl. Urk. 74). Diesbezüglich wies die Geschädigte darauf hin, es seien – selbst auf den schlechten Abbildungen in Urk. 70 – 72 einige wesentliche Unterschiede erkennbar: Die verschiedene Grösse, die verschiedene Länge der Handgriffe, die auch das Gesamtbild präge; die verschiedene Form der grösseren Bedienknöpfe und die verschiedene für das eine wie das andere Produkt charakteristische Farbgebung. Zur Visualisierung der geltend gemachten Unterschiede reichte die Geschädigte ebenfalls aus dem Internet erhältlich gemachten Abbildungen beider Controller zu den Akten (vgl. Urk. 78, Urk. 79/2).

Das hinterlegte Design des DualShock-Controller – so die Geschädigte weiter – zeige keineswegs nur eine skizzenhafte Beschreibung, sondern eine Darstellung, auf der u.a. die Form und Proportionen von Gerätekorpus und Handgriffen, insbesondere deren Länge im Verhältnis zum Korpus, die Form und Anordnung der Bedienknöpfe und andere Formmerkmale getreu wiedergegeben seien. Abweichungen des DualAnalog-Controllers gegenüber dieser Darstellung seien ebenso erkennbar, wie der dadurch geprägte, unterschiedliche Gesamteindruck (vgl. Urk. 89 S. 4).

1.7.5.4. Die Verteidigung entgegnete in ihrer Eingabe vom 5. Oktober 2010 (vgl. Urk. 83), die vom Gericht neu zu den Akten genommenen Urkunden gäben einen rechtsgenügenden, massgeblichen Gesamteindruck und erhellten, dass eben

kein entscheidender Unterschied bestehe. Die Zweifel seien auch nicht angebracht, weil die Geschädigte selbst die gleichen Urkunden in anderer Auflösung eingereicht und damit argumentiert habe (vgl. Urk. 83 S. 2). Mit der Geschädigten bestehe Einigkeit darüber, dass der Gesamteindruck massgebend sei und es der Neuheit eines Designs nicht schade, wenn sich einzelne Formelemente einer älteren Formgebung wieder fänden. Die Geschädigte könne aber nicht darlegen, dass nur einzelne alte Formelemente für eine neue Formgebung verwendet worden seien. Dies aus gutem Grund: Die Urkunden 68 – 72 und 79 zeigten auch bei möglichst genauer Betrachtung, dass alle wesentlichen Formelemente wieder verwendet worden seien (Urk. 83 S. 3).

Zu den Themen Eigenart und Gesamteindruck bezeichnete die Verteidigung die diesbezüglichen Bemerkungen der Geschädigten in ihrer Eingabe vom 20. August 2010 (Urk. 78) unter Hinweis auf die bei den Akten befindlichen Hinterlegungsgrundlagen (Urk. 3/2) als nicht relevant, weil die fraglichen Details nicht Merkmale des hinterlegten Designs seien. Designrechtlich sei nur ein skizzenhafter Gesamteindruck geschützt worden; weder Grösse, Länge der Handgriffe, Farbgebung noch die Materialgebung seien designrechtlich geschützt worden. Geschützt und hinterlegt worden sei das Design, also der Gesamteindruck und dieser sei gleich (Urk. 83 S. 4 f., vgl. auch Urk. 91 und 95).

1.7.5.5. Vorerst ist der Verteidigung zuzustimmen, dass gemäss Registereintrag das Design des DualShock-Controllers auf der Grundlage einer reinen Umrisszeichnung (vgl. Urk. 3/2 letzten zwei Seiten) geschützt wurde. Weder den Registereinträgen des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (Urk. 3/3 und 3/4), noch der WIPO-Registrierung (Urk. 3/2) kann sodann ein Schutz bezüglich einer spezifischen Farbgebung der fraglichen Controller entnommen werden. Nachdem die Abbildung ohne jeden Farbhinweis erfolgte, hat die spezifische Farbgebung der Controller unberücksichtigt zu bleiben, dies selbst dann, wenn ihr in der Wahrnehmung des Konsumenten möglicherweise wesentliche Bedeutung zukommt (vgl. von Büren/Marbach/Ducrey, a.a.O. N 521). Die von der Geschädigten behauptete unterschiedliche Materialgebung (Plastik/Gummi) ist – sollte sie überhaupt vorhanden sein – aus den zur Verfügung stehenden Abbildungen des

zur Diskussion stehenden Controllers nicht erkennbar, sie hat ebenso wenig Einfluss auf seine bildliche Erscheinung und damit auf das Design. Das Material ist zudem als nicht offenbartes Merkmal der hinterlegten Abbildung (Urk. 3/2) ohnehin unbeachtlich. Es trifft zwar zu, dass beim DualAnalog-Controller im Gegensatz zum DualShock-Controller die zwei mittleren Drehknöpfe auf ihrer Oberfläche Einbuchtungen für die Daumen aufweisen und die Handgriffe etwas länger sind (vgl. Urk. 70 - 72 und Urk. 79/1 jeweils helles Gerät). Im Übrigen sind beide Geräte indessen identisch, insbesondere sämtliche weitere links, rechts oder aber in der Mitte angebrachten Tasten samt deren Beschriftung und die Grundform des Gehäuses (vgl. Urk. 70 - 72 und Urk. 79/1). Dass im Übrigen die Grösse dieser zwei Geräte unterschiedlich sein soll, ist eine von den Geschädigten vorgebrachte Behauptung, die in den vorhandenen Unterlagen keine Stütze findet. Abgesehen davon begründen blosser Änderungen der Grösse keine Eigenart (vgl. Büren/Marbach/Ducrey, a.a.O. N 461 mit Hinweis). Ein Vergleich beider Modelle lässt nun, selbst unter Berücksichtigung der angegebenen marginalen Unterschiede (Daumeneinbuchtungen und Länge der Handgriffe), insgesamt nicht auf eine wesentliche Änderung des Gesamteindrucks schliessen, zumal ein Merkmal nur wesentlich ist, wenn es nicht weggedacht werden kann, ohne dass sich deswegen der gestalterische Charakter des Produktes verändert, was hier nicht gesagt werden kann. Diese Schlussfolgerung ist umso mehr angebracht, wenn die Beurteilung anhand der Erinnerung, also ohne Direktvergleich beider Modelle, erfolgt. Auch im Übrigen ist aus den vorhandenen Registereintragungen nicht ersichtlich, in welchem wesentlichen Merkmal der DualShock-Controller sich von der vorbekannten Gestaltung des DualAnalog-Controllers unterscheidet. Damit fehlt es aber an der Voraussetzung der Eigenart.

1.7.5.6. Die Gestaltung des hier zur Diskussion stehenden DualShock-Controllers ist aber auch nicht neu. Wie oben ausgeführt, könnte die Eigenschaft der Neuheit nur dann bejaht werden, wenn sie vor dem Hinterlegungs- resp. Prioritätsdatum den in der Schweiz beteiligten Verkehrskreisen nicht bekannt war. Es wurde dargelegt, dass der DualAnalog-Controller vor dem DualShock-Controller eingeführt wurde, wobei zugunsten der Angeklagten vom Erscheinen mehr als 12 Monate vor der Registrierung des DualShock-Controllers auszugehen ist (vgl. oben). Zwar

wird in Art. 2 DesG ausschliesslich auf den Kenntnisstand der Verkehrskreise in der Schweiz abgestellt, weswegen der Wissensstand ausländischer Produzenten und Händler nicht massgebend ist. Die ausländische Marktentwicklung ist indessen nicht einfach bedeutungslos. So gehört angesichts der zunehmenden Globalisierung der Wirtschaft ein international erfolgreiches Angebot, selbst wenn es in der Schweiz noch nicht erhältlich sein sollte, vielmehr regelmässig zum Kreis der vorbekannten Lösungen, welcher auch bei den schweizerischen Verkehrskreisen als bekannt vorausgesetzt werden darf (vgl. von Büren/Marbach/Ducrey, a.a.O. N 449). Dies gilt in vermehrtem Masse für Angebote von solchen Produkten wie sie hier zur Diskussion stehen, zumal solche regelmässig via Internet Verbreitung finden und damit auch für die in der Schweiz beteiligten Verkehrskreise, zu welchen auch die Angeklagten gehörten, mit einem Mausklick sofort bekannt werden konnten (vgl. hierzu Peter Heinrich, Kommentar DesG/HMA, Zürich 2002, N 2.37 zu Art. 2 DesG).

1.7.6. Ist bereits aufgrund der obigen Erwägungen davon auszugehen, dass weder Eigenart der PS2 Controller in Bezug zu den PS1 Controller, noch Neuheit zu bejahen sind, so fehlt es an den grundlegenden Schutzvoraussetzungen des Designs (Art. 2 DesG) und damit auch an der Voraussetzung für eine strafrechtliche Verfolgung der Angeklagten. Dies führt zum Freispruch.

2. Betrügerischer Markengebrauch

2.1. Im Rahmen der Beanstandungen anerkannte die Verteidigung, dass auf den Verpackungen der Controller HC 406 der geschützte Schriftzug "T._____ GameCubeTM" angebracht war. Weiter führte sie aus, in diesem Sinne akzeptiere sie eine Verurteilung der Angeklagten im Umfang der 100 importierten und 35 (gemäss erstelltem Sachverhalt 37; vgl. oben Ziff. V.3.1.3.3.) verkauften Controllern HC 406 (vgl. Urk. 37 S. 6).

2.2. Es wurde oben dargetan (vgl. oben Prozessuales Ziff. III.3.2.), dass kein Strafantrag vorliegt, so dass eine Verurteilung der Angeklagten nur dann erfolgen kann, wenn eine gewerbsmässige Verletzung des Markenschutzgesetzes zu bejahen wäre.

2.3. Die Angeklagten bezogen am 9. Februar 2007 nach erstelltem Sachverhalt gesamthaft 100 Controller zum Preise von ca. Fr. 3.85 pro Stück und verkauften bis zum 13. November 2007 37 Exemplare davon zum Preise von Fr. 19.90 (vgl. Anklageschrift Urk. 17 S. 4). 63 Stück wurden im Rahmen der Bürodurchsuchung mit Beschlag belegt. Damit erwirtschafteten sie bei Ausgaben von Fr. 385.-- einen Betrag von Fr. 736.30.

2.3.1. Der strafrechtliche Begriff der Gewerbsmässigkeit stammt aus dem allgemeinen Vermögensstrafrecht und wurde insbesondere in Zusammenhang mit den Tatbeständen des Diebstahls und des Betrugs entwickelt. Im Zentrum steht dabei das berufsmässige Handeln. Gemäss der Rechtsprechung handelt der Täter berufsmässig, "wenn sich aus der Zeit und den Mitteln, die er für die deliktische Tätigkeit aufwendet, aus der Häufigkeit der Einzelakten innerhalb eines bestimmten Zeitraums sowie aus den angestrebten und erzielten Einkünften ergibt, dass er die deliktische Tätigkeit nach der Art des Berufs ausübt" (vgl. BGE 119 IV 129, 132). Erforderlich ist, "dass der Täter die Tat bereits mehrfach begangen hat, dass er in der Absicht handelte, zu einem Erwerbseinkommen zu gelangen, und dass aufgrund seiner Taten geschlossen werden muss, er sei zu einer Vielzahl von unter den fraglichen Tatbestand fallenden Taten bereit gewesen" (vgl. BGE 119 IV 129, 133). Bei der qualifizierenden Gewerbsmässigkeit nach Markenschutzgesetz handelt es sich um ein mehrheitlich quantitatives Kriterium (vgl. Noth/Bühler/Thouvenin - Markenschutzgesetz, Bern 2009, Rüetschi, N 13 zu Art. 62 in Verbindung mit N 20 zu Art. 61). Berufsmässiges Handeln liegt dann vor, wenn der Täter aus den deliktischen Handlungen relativ regelmässige Einnahmen anstrebt und erzielt, die einen namhaften Kostenbeitrag an seine Lebensgestaltung darstellen (vgl. MSchG-David, Art. 62 Rz 13 und 61 Rz 16).

2.3.2. Angesichts der oben aufgeführten, hier zur Diskussion stehenden Beträge, der Tatsache, dass auch der Verkauf sämtlicher Controller lediglich einen Erlös von Fr. 1990.-- erbracht hätte, fällt selbst unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Angeklagten mit ihrem Vorgehen Gewinn erzielen wollten (vgl. Urk. 26 S. 2) die Qualifikation als gewerbsmässiges Handeln ausser Betracht.

2.3.3. Ist gewerbsmässiges Handeln zu verneinen und liegt kein gültiger Straf-antrag vor, bleibt für eine strafrechtliche Weiterverfolgung der Angeklagten kein Raum. Damit gebriert es an einer Prozessvoraussetzung, weshalb diesbezüglich auf die Anklage nicht einzutreten ist.

VII. Zivilforderungen

1. Zivilforderung der Geschädigten S. _____ SA

Zufolge Freispruchs entfällt die Zuständigkeit des Gerichtes zur Beurteilung der Schadenersatzforderung dieser Geschädigten. Darauf ist entsprechend, ohne dass die weitere von der Verteidigung ins Feld geführte Problematik der Aktivlegitimation bzw. der korrekten Bevollmächtigung weiter zu prüfen wäre (vgl. Urk. 37 S. 7 Ziff. 5.8.), nicht einzutreten.

2. Zivilforderung der Geschädigten T. _____ GmbH

Auf die Anklage wird diesbezüglich nicht eingetreten, so dass auch in diesem Punkt keine Beurteilung der Schadenersatzforderung dieser Firma vorzunehmen ist. Dabei können die von der Verteidigung aufgeworfenen Fragen nach der Aktivlegitimation, welche Frage das materielle Recht beschlägt und keine Prozessvoraussetzung darstellt (vgl. Urk. 37 S. 7), offen gelassen werden.

VIII. Einziehungen

1. Bankkonten C. _____

Angesichts des erfolgten Freispruch bzw. des Nichteintretens auf die Anklage entfällt die Möglichkeit der Einziehung irgendwelcher Vermögensgelder. Diese sind herauszugeben.

2. Beschlagnahmte Controller

Angesichts des erfolgten Freispruch bzw. des Nichteintretens auf die Anklage entfällt auch die Möglichkeit der Einziehung irgendwelcher Gegenstände. Diese sind herauszugeben.

IX. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Kosten

1.1. Werden die Angeklagten freigesprochen bzw. ist auf die Anklage nicht einzutreten, so werden ihnen die Verfahrenskosten nicht auferlegt, es sei denn, sie hätten die Einleitung der Untersuchung durch ein verwerfliches oder leichtfertiges Benehmen verursacht oder ihre Durchführung erschwert (§ 189 Abs. 1 u. 5 StPO). Dies kann im vorliegenden Fall den Angeklagten nicht vorgehalten werden, weshalb die erstinstanzliche Kostenauflegung (Urk. 44 S. 33, Ziff. 9 bzw. Urk. 73/43 S. 33, Ziff. 10) aufzuheben ist. Dem Ausgang des Verfahren gemäss, fällt auch die Verpflichtung der Angeklagten zur Entrichtung einer Prozessentschädigung an die Geschädigte S._____ SA dahin (vgl. Urk. 44 S. 33, Ziff. 10 bzw. Urk. 73/43 S. 33 Ziff. 11). Die Kosten der Untersuchung sowie des erstinstanzlichen Verfahrens sind bei dieser Ausgangslage auf die Gerichtskasse zu nehmen.

1.2. Die Auflage der Kosten und die Zusprechung einer Entschädigung im Berufungsverfahren erfolgen in der Regel im Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen der Verfahrensbeteiligten (§ 396a StPO). Die Angeklagten obsiegen mit ihren Anträgen vollumfänglich, weshalb ihnen keine Kosten aufzuerlegen sind. Die Geschädigte T._____ GmbH hat sich am Berufungsverfahren nicht beteiligt, weshalb sie nicht mit Kosten belastet werden kann. Demgegenüber hat die Geschädigte S._____ SA am Berufungsverfahren teilgenommen und unterliegt mit ihren Anträgen, so wie auch die Staatsanwaltschaft, mit ihren Anschlussberufungen (vgl. Urk. 41 bzw. 73/40). Bei dieser Ausgangslage sind die Kosten zu einem Viertel von der Geschädigten S._____ SA zu tragen. Nachdem der Staatsanwaltschaft als staatliche Behörde keine Gebühren und Auslagen auferlegt werden dürfen (§ 203 Ziff.

1 GVG), sind drei Viertel der Kosten des Berufungsverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen.

2. Entschädigung

2.1. Gestützt auf § 191 StPO ist den freigesprochenen Angeklagten bzw. bei Nichteintreten auf die Anklage unter Verweis auf die Voraussetzungen von § 43 StPO eine Entschädigung aus der Staatskasse zuzusprechen, wenn ihnen wesentliche Kosten und Umtriebe erwachsen sind und sie die Untersuchung nicht durch ein verwerfliches oder leichtfertiges Benehmen verursacht oder ihre Durchführung erschwert haben.

Der Anspruch wird dadurch eingeschränkt, dass gemäss § 43 Abs. 2 StPO in Verbindung mit § 191 StPO nur wesentliche Kosten und Umtriebe zu entschädigen sind. Für den im Sinne von § 191 StPO relevanten Schaden ist der haftpflichtrechtliche Schadensbegriff heranzuziehen. Zu den wesentlichen Kosten gehören die Verteidigungskosten. Dabei ist grundsätzlich die Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) massgebend. Nach der seit dem 1. Januar 2007 in Kraft stehenden Fassung vom 21. Juni 2006, welche hier nach wie vor massgebend ist (vgl. § 25 der AnwGebV vom 8. September 2010), beläuft sich der Stundenansatz für Strafverteidigungen in der Regel auf Fr. 150.-- bis Fr. 350.-- (§ 11 Abs. 2 AnwGebV). Nach der zitierten Verordnung beträgt die Grundgebühr für die Führung eines Strafprozesses vor dem Bezirksgericht in der Regel Fr. 1'000.-- bis Fr. 16'000.-- (§ 10 Abs. 1 lit. b), für das Berufungsverfahren werden ein Drittel bis zwei Drittel der Grundgebühr berechnet (§ 12 Abs. 1). In analoger Anwendung von § 3 Abs. 3 ist die Entschädigung der Verteidigung für die Doppelvertretung angemessen zu erhöhen und auf beide Angeklagten zu verteilen.

2.2. Die Angeklagten haben vor Vorinstanz eine persönliche Entschädigung für Lohnausfall von Fr. 1'200.-- (Angeklagter 1) bzw. von Fr. 455.-- (Angeklagter 2) geltend gemacht. Darüber hinaus wird unter dem Titel Gewinneinbussen im Zusammenhang mit der Schliessung und Versiegelung der Geschäftsräumlichkeiten ihrer Firma den Betrag von Fr. 5'000.-- pro Person gefordert (vgl. Urk. 26 S. 12).

Während die geltend gemachte Lohnausfallentschädigung angemessen erscheint und damit zuzusprechen ist, erweist sich die geforderte Gewinneinbusse als übersetzt. Das Geschäft blieb lediglich während 10 Tagen geschlossen, im Übrigen geht aus den von der Verteidigung eingereichten Jahresabschlüssen der D._____ GmbH hervor, dass die Lohnbezüge beider Angeklagten bescheiden waren (Angeklagter 1: kein Lohn bezogen, vgl. Urk. 26 S. 11; Angeklagter 2: Brutto-lohn in den Jahren 2005 bis 2007 insgesamt Fr. 64'500.--, vgl. Urk. 26 S. 11) und die Gesellschaft im Übrigen massive Verluste einfuhr (vgl. 27/6a-c, vgl. auch Urk. 26 S. 11). Unter diesem Titel erscheint daher lediglich die Berücksichtigung einer Vermögenseinbusse für den Angeklagten 2 gerechtfertigt. Diese ist auf Fr. 500.-- festzulegen. Damit ist den Angeklagten eine persönliche Entschädigung von Fr. 1'200.-- (Angeklagter 1) bzw. 955.-- (Angeklagter 2) zuzusprechen.

2.3. Der Verteidiger wurde von beiden Angeklagten von Anfang der Untersuchung an mandatiert. Das Verfahren wurde vor Vorinstanz in einzelrichterlicher Kompetenz durchgeführt, der Aktenumfang war beschränkt, es stellten sich in-dessen nicht alltäglichen Rechtsfragen. Die Entschädigung für die Untersuchung und das erstinstanzliche Verfahren ist – unter Berücksichtigung der Tatsache, dass sämtliche Einvernahmen, an welchen die Verteidigung teilnahm, einen Auf-wand von knapp einer Stunde verursachte, auf der anderen Seite auch die Auf-wendungen für das im Zusammenhang mit den Kontosperrern durchgeführte Re-kursverfahren bei der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich (vgl. Urk. 8/17 und 8/19) zu entschädigen sind – auf Fr. 7'600.--, inklusiv Barauslagen, inkl. Mehrwertsteuer, festzusetzen. Für das Berufungsverfahren sind der Grundgebühr Zuschläge für die Beanstandungsschrift, für die Anträge zur Beweisergänzung und zu den Stellungnahmen in Zusammenhang mit der nach der Berufungsver-handlung vorgenommenen Untersuchungsergänzung sowie für die schriftliche Fortsetzung des Berufungsverfahrens hinzuzurechnen. Unter Einschluss von Barauslagen und Mehrwertsteuer erscheint eine Entschädigung für das Beru-fungsverfahren von Fr. 5'000.-- als angemessen. Sodann ist ein Zuschlag für die Vertretung von zwei Angeklagten von pauschal Fr. 3'000.-- inkl. Mehrwertsteuer für beide Verfahren in Anschlag zu bringen. Gesamthaft ist den Angeklagten da-

mit eine Prozessentschädigung für die anwaltliche Verteidigung von Fr. 15'600.-- (Fr. 7'600.-- + Fr. 5'000.-- + Fr. 3'000.--) zuzusprechen.

3. Genugtuung

3.1. Werden die Kosten des Verfahrens den Angeklagten nicht auferlegt, hat das Gericht darüber zu befinden, ob dem Angeklagten eine Genugtuung aus der Staatskasse auszurichten ist (§ 191 i.V.m. § 43 StPO). Eine angemessene Geldsumme als Genugtuung ist zu leisten, wenn der Angeschuldigte durch das Strafverfahren in seinen persönlichen Verhältnissen schwer verletzt worden ist. Die Genugtuung hat somit zum Ziel, eine vom Angeschuldigten erlittene immaterielle Unbill auszugleichen (Wallimann Baur Ruth, Entschädigung und Genugtuung durch den Staat an unschuldig Verfolgte im ordentlichen zürcherischen Untersuchungsverfahren, Diss., Zürich 1998, S. 3).

3.2. Die Angeklagten machten vor Vorinstanz eine Genugtuung von Fr. 1'000.-- pro Person geltend, welche sie mit den erlittenen 4 Tagen Haft begründeten (vgl. Urk. 26 S. 12)

3.3. Angesichts der Tatsache, dass die gegen die Angeklagten erhobenen Vorwürfe, die sie in ihrer Stellung als Geschäftsinhaber tangierten, zu einem viertägigen Freiheitsentzug und zur vorübergehenden Schliessung des Geschäfts führten, liegt eine schwere Verletzung in der Persönlichkeit des Angeklagten zweifellos vor. Die Ausrichtung einer Genugtuung ist damit gerechtfertigt.

Der Betrag der Genugtuung ist auf Fr. 1'000.-- pro Person festzusetzen.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Anklage betreffend gewerbsmässigen betrügerischen Markengebrauchs im Sinne von Art. 62 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Abs. 3 MschG wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

3. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden.

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

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

Das Gericht erkennt:

1. Der Angeklagte A._____ ist der gewerbsmässigen Designverletzung im Sinne von Art. 41 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Abs. 2 DesG nicht schuldig und wird freigesprochen.
2. Der Angeklagte B._____ ist der gewerbsmässigen Designverletzung im Sinne von Art. 41 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Abs. 2 DesG nicht schuldig und wird freigesprochen.
3. Auf die Zivilforderungen der Geschädigten S._____ SA wird nicht eingetreten.
4. Auf die Zivilforderung der Geschädigten T._____ GmbH wird nicht eingetreten.
5. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis, Zweigstelle Dietikon vom 14. November 2007 bei der C._____ gesperrten Vermögenswerte in der Höhe von Fr. 3'428.05 auf dem Konto Nr. ... sowie in der Höhe von Fr. 18'804.35 auf dem Konto Nr. ... werden aufgehoben.

6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis, Zweigstelle Dietikon, vom 29. September 2008 beschlagnahmten Gegenstände: 604 PS2 Dualshock Controller und 62 nachgemachte T._____ GameCube Controller werden der Eigentümerin D._____ GmbH herausgegeben.
7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis, Zweigstelle Dietikon, vom 29. September 2008 beschlagnahmten Gegenstände, nämlich 1 verpackter (original) S._____ PS2 Dualshock Controller, 1 verpackter ("gefälschter") PS2 Dualshock Controller für S._____ Playstation, 1 verpackter Controller mit Aufschrift T._____ für T._____ GameCube, 1 unverpackter S._____ PS2 Dualshock Controller mit Aufschrift Original, 1 unverpackter ("gefälschter") PS2 Dualshock Controller für S._____ PlayStation mit Aufschrift Kopie, werden der D._____ GmbH herausgegeben.
8. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
9. Die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahren werden auf die Gerichtskasse genommen.
10. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 4'800.--
11. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden zu 1/4 der Geschädigten S._____ SA auferlegt und zu 3/4 auf die Gerichtskasse genommen.
12. Dem Angeklagten A._____ wird für das gesamte Verfahren eine persönliche Entschädigung von Fr. 1'200.-- aus der Gerichtskasse zugesprochen.
13. Dem Angeklagten B._____ wird für das gesamte Verfahren eine persönliche Entschädigung von Fr. 955.-- aus der Gerichtskasse zugesprochen.
14. Den Angeklagten wird für ihre anwaltliche Verteidigung im gesamten Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 15'600.-- aus der Gerichtskasse zugesprochen.
15. Dem Angeklagten A._____ werden Fr. 1'000.-- als Genugtuung aus der Gerichtskasse zugesprochen.

16. Dem Angeklagten B._____ werden Fr. 1'000.-- als Genugtuung aus der Gerichtskasse zugesprochen.

17. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an

- die Verteidigung dreifach für sich und zuhanden der Angeklagten
- die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis
- den Rechtsvertreter der Geschädigten S._____ SA, Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____, ... [Adresse] im Doppel
- die Geschädigte T._____ GmbH, ... [Adresse],
- die Bundesanwaltschaft

sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- die D._____ GmbH, ... [Adresse]
- die C._____, z.Hd. Frau ..., ... [Adresse] (im Dispositiv-Auszug Ziffer 5)
- die Koordinationsstelle VOSTRA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA mittels je einer Kopie von Urk. 44 und 45
- die Bezirksgerichtskasse Dietikon (im Dispositiv-Auszug Ziffer 7)
- die Kantonspolizei Zürich, KIA-ZA, mit separatem Schreiben (§ 34a POG)

18. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden.

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

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

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Strafkammer

Der Vorsitzende:

Die juristische Sekretärin:

Oberrichter lic. iur. S. Volken

lic. iur. R. Huser