

Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: UE120098-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. K. Balmer, Präsident, Dr. iur. P. Martin und
lic. iur. W. Meyer sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. L. Künzli

Beschluss vom 2. Oktober 2012

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführer

gegen

1. **B1._____ AG**,

2. **Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat**,

Beschwerdegegnerinnen

betreffend **Nichtanhandnahme einer Untersuchung**

Beschwerde gegen die Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat vom 21. März 2012, A-3/2012/1832/mh

Erwägungen:

1. A._____ reichte am 6. März 2012 (Urk. 6/1) bei der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat Strafanzeige gegen die B1._____ AG (kurz: B._____) wegen Nötigung, Betrug etc. ein (Urk. 8/2/1). Er - der Anzeigeerstatter - habe mit der B._____ am 1. November 2009 einen Vertrag abgeschlossen, wonach die B._____ verpflichtet sei, ihm den mobilen Zugang zum Internet-Hochgeschwindigkeitsnetz mit unbegrenztem Datenvolumen zu gewähren. Die B._____ habe indessen nach Erreichen einer heruntergeladenen Datenmenge von 10 GB die Bandbreite seines Internetanschlusses für den Rest des jeweiligen Monats auf ein Minimum reduziert. Das Internet sei jeweils nur noch äusserst beschränkt oder teilweise gar nicht mehr nutzbar gewesen. Trotz dieser mehrmaligen bewussten Beschränkung der Bandbreite habe die B._____ die volle Monatsgebühr von Fr. 49.– gefordert.

2. Mit Verfügung vom 21. März 2012 entschied die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat gestützt auf Art. 310 Abs 1 lit. b StPO, dass eine Untersuchung nicht anhand genommen werde (Urk. 6/2).

3. Mit Eingabe vom 27. April 2012 erhob A._____ (Beschwerdeführer) gegen die Nichtanhandnahmeverfügung bei der hiesigen Kammer rechtzeitig Beschwerde (Urk. 2 und 3). Darin stellt er den (Haupt-)Antrag, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Strafverfolgung gegen die B._____ sei aufzunehmen (Urk. 3 S. 1, S. 38-40). Mit Verfügung vom 7. Mai 2012 wurde die Beschwerdeschrift der B._____ (Beschwerdegegnerin 1) sowie der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat (Beschwerdegegnerin 2) zur Stellungnahme übermittelt (Urk. 4). Die Beschwerdegegnerin 1 liess sich nicht vernehmen, die Beschwerdegegnerin 2 reichte mit Eingabe vom 9. Mai 2012 eine Stellungnahme ein und beantragt die Abweisung der Beschwerde (Urk. 7). Die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin 2 wurde dem Beschwerdeführer zur freigestellten Äusserung übermittelt (Urk. 11). Der Beschwerdeführer reichte mit Eingabe vom 26. Juni 2012 eine Replik ein (Urk. 9). Die Beschwerdegegnerin 2 verzichtete am 11. Juli 2012 auf eine weitere

Stellungnahme bzw. Duplik (Urk. 13), die Beschwerdegegnerin 1 liess sich erneut nicht vernehmen.

4. Der Beschwerdeführer verlangt (zumindest sinngemäss) den Ausstand des zuständigen Staatsanwaltes lic. iur. C. _____ sowie des Leitenden Staatsanwaltes lic. iur. D. _____ (Urk. 3 S. 39 oben). Zur Begründung bringt er vor, es sei nicht so, dass die fraglichen Tatbestände eindeutig nicht erfüllt seien. Vielmehr habe die Beschwerdegegnerin 2 die Faktenlage fremd, falsch und willkürlich dargelegt. Es bestehe somit der Verdacht und der Eindruck, man wolle sich - die mutmassliche Täterschaft ("Grosskonzern") begünstigend - "arbeitsschonend" und zulasten der Konsumenten eine unangenehme Aufgabe "vom Hals schaffen" (Urk. 3 S. 37 unten). Die pauschal gehaltene Kritik ist nicht geeignet, um den die Strafuntersuchung führenden Staatsanwalt sowie den Leitenden Staatsanwalt als befangen erscheinen zu lassen (BOOG, BSK StPO, Basel 2011, N 4 zu Art. 58 m.w.H., s.a. N 59 zu Art. 58 m.w.H.). Das Ausstandsgesuch ist folglich ohne Weiterungen abzuweisen.

5. Die Beschwerdegegnerin 2 vertritt in der Nichtanhandnahmeverfügung den Standpunkt, dass vorliegend keine Nötigung im Sinne von Art. 181 StGB zu erkennen sei, da es an einer Rechtswidrigkeit mangle. Das Einfordern der vertraglich vereinbarten Monatsgebühr durch die Beschwerdegegnerin 1 und der Hinweis auf eine gänzliche Leistungsverweigerung im Falle der Nichtbezahlung dieser Monatsgebühr, stellten gemäss Schweizerischem Obligationenrecht rechtskonforme und verhältnismässige Handlungen dar. Eine allfällige Leistungsstörung durch die Beschwerdegegnerin 1 wegen reduzierter Bandbreite müsse der Beschwerdeführer ebenfalls zivilrechtlich geltend machen. Weiter habe die Beschwerdegegnerin 1 die Möglichkeit der Bandbreitenreduzierung in ihrem Angebot vermerkt. Dies sei somit für den Beschwerdeführer vor Vertragsabschluss ersichtlich und überprüfbar gewesen. Folglich könne das Vorgehen der Beschwerdegegnerin 1 auch nicht als arglistig im Sinne des Betrugstatbestandes nach Art. 146 Abs. 1 StGB gelten. Vielmehr handle es sich um eine vom Beschwerdeführer beanstandete privatrechtliche Leistungsstörung, die auf dem Zivilweg geltend zu machen sei.

In ihrer Stellungnahme zur Beschwerde (Urk. 7) führt die Beschwerdegegnerin 2 aus, der Beschwerdeführer mache - im Gegensatz zu seiner Strafanzeige - auch Verstösse gegen das UWG geltend. Auf diese Vorbringen sei mangels hinreichenden Tatverdachts ebenfalls nicht einzutreten. Der Beschwerdeführer versuche offensichtlich mit neuen Vorbringen und neuen Tatbeständen eine Strafuntersuchung erzwingen zu wollen. Es gehe nicht an, dass der Beschwerdeführer die Strafuntersuchungsbehörden für rein zivilrechtliche Leistungsansprüche zu instrumentalisieren versuche. Es gebe keinerlei Hinweise darauf, dass die Beschwerdegegnerin 1 systematisch im strafrechtlichen Sinne ihre Dienstleistungen unlauter anbiete bzw. bei ihrer Tätigkeit Strafbestimmungen verletze. Die Beschwerdegegnerin 1 unterstehe der Aufsicht der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) und des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM), wobei es keine (bekannten) Untersuchungen bzw. Beanstandungen gegen die Beschwerdegegnerin 1 gebe.

6. Der Beschwerdeführer hält - wie bereits in der Strafanzeige - grundsätzlich daran fest, dass er mit der Beschwerdegegnerin 1 am 1. November 2009 einen Vertrag abgeschlossen habe, wonach sie vorbehaltlos verpflichtet sei, ihm den mobilen Zugang zum Internet-Hochgeschwindigkeitsnetz mit unbegrenztem Datenvolumen zu gewähren. Die Beschwerdegegnerin 1 habe jedoch nach Erreichen einer heruntergeladenen Datenmenge von 10 GB die Bandbreite seines Internetanschlusses für den Rest des jeweiligen Monats "volumenabhängig bis zur Unbrauchbarkeit" auf ein Minimum reduziert (vgl. Urk. 3 S. 2-40 [Beilagen S. 41-50], Urk. 9 S. 1-9 [Beilagen S. 10-25]). Neben umfangreichen Ausführungen vertragsrechtlicher Natur (vgl. Urk. 3 S. 8-30) betont der Beschwerdeführer insbesondere, dass die Beschränkung der Internetnutzung nachträglich einseitig und ohne Vorankündigung ("heimlich" bzw. mittels "Umdefinition von dubiosen AGB") durch die Beschwerdegegnerin 1 erfolgt sei (vgl. etwa: Urk. 3 S. 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 32, 34, 35 und 36; Urk. 9 S. 2, 5, 6).

7. Die Staatsanwaltschaft eröffnet eine Untersuchung, wenn sich aus den Informationen und Berichten der Polizei, aus der Strafanzeige oder aus ihren eigenen Feststellungen ein hinreichender Tatverdacht ergibt (Art. 309 Abs. 1 lit. a

StPO). Die Staatsanwaltschaft verzichtet auf die Eröffnung, wenn sie sofort eine Nichtanhandnahmeverfügung oder einen Strafbefehl erlässt (Art. 309 Abs. 4 StPO). Die Nichtanhandnahme wird verfügt, sobald aufgrund der Strafanzeige oder des Polizeirapports feststeht, dass die fraglichen Straftatbestände oder die Prozessvoraussetzungen eindeutig nicht erfüllt sind (Art. 310 Abs. 1 lit. a StPO). Ersteres ist der Fall, wenn sicher ist, dass der Sachverhalt unter keinen Straftatbestand fällt, es also klarerweise an einem strafbaren Verhalten fehlt wie etwa bei rein zivilrechtlichen Streitigkeiten (BGE 137 IV 285 E. 2.3; BGE 1B_587/2011, Urteil vom 24. November 2011 E. 2; BGE 1B_514/2011, Urteil vom 2. Dezember 2011 E. 3.2; vgl. zuletzt: Geschäfts-Nr.: UE120095, Beschluss der hiesigen Kammer vom 13. September 2012, E. II/2; OMLIN, BSK StPO, Basel 2010, N 9 zu Art. 310).

8.1 Nach Art. 146 Abs. 1 StGB macht sich des Betruges schuldig, wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder ihn in einem Irrtum arglistig bestärkt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen andern am Vermögen schädigt.

Der Tatbestand des Betruges erfordert eine arglistige Täuschung. Als Täuschung gilt jedes Verhalten, das darauf gerichtet ist, bei einem andern eine von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung hervorzurufen. Sie ist eine unrichtige Erklärung über Tatsachen, d.h. über objektiv feststehende, vergangene oder gegenwärtige Geschehnisse oder Zustände (BGE 135 IV 76 E. 5.1; BGE 6B_663/2011, Urteil vom 2. Februar 2012, E. 2.3.2). Arglist ist insbesondere gegeben, wenn der Täter ein ganzes Lügengebäude errichtet oder sich besonderer Machenschaften oder Kniffe bedient. Arglist wird auch bei einfachen falschen Angaben bejaht, wenn deren Überprüfung nicht oder nur mit besonderer Mühe möglich oder nicht zumutbar ist, oder wenn der Täter das Opfer von der möglichen Überprüfung abhält oder nach den Umständen voraussieht, dass dieses die Überprüfung der Angaben aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses unterlassen wird (BGE 135 IV 76 E. 5.2 mit Hinweisen; BGE 6B_663/2011, a.a.O., E. 2.3.3, BGE 1B_105/2012, Urteil vom 5. Juli 2012, E. 2.3).

8.2 Gemäss Akten schloss der Beschwerdeführer am 1. November 2009 mit der Beschwerdegegnerin 1 einen Vertrag betreffend Mobilfunkdienstleistungen ab, wobei er sich für das Produkt "... " entschied. Das entsprechende Vertragsdokument liegt als Kopie bei den Akten (Urk. 3 S. 43 = Urk. 6/1 S. 11). Dieses enthält eine Rubrik "Vertragsbestandteile" mit folgendem Inhalt:

"Die folgenden Elemente sind, nach Annahme dieser Anmeldung durch B._____, Bestandteile des Vertrages:

1. diese Anmeldung
2. die veröffentlichten jeweils gültigen Preislisten und Produktinformationen (www.B._____.ch/...)
3. die jeweils gültigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen AGB (vgl. Rückseite oder www.B._____.ch/...)."

Auf der Website der Beschwerdegegnerin 1 finden sich unter "Internet & Festnetz" bzw. "Internet unterwegs" (http://www.B._____.ch...) eine Übersicht der sog. ... Produkte. Beim vom Beschwerdeführer gewählten Produkt ... wird das Datenvolumen mit "unlimitiert *" angegeben. Die Angabe "unlimitiert" ist somit mit dem Sonderzeichen "*" verknüpft. Gleich unterhalb der Produktübersicht finden sich "Rechtliche und allgemeine Hinweise". Daraus (durch Mausklick abrufbar) geht weiter hervor, dass bei den mit "*" vermerkten Produkten die sog. "Fair Usage" gilt, wonach bei Überschreitung einer Datenmenge von 10 GB pro Monat die Bandbreite reduziert wird.

Die "Fair Usage" oder "Fair Use Policy" (deutsch: Regel zur angemessenen Verwendung) ist eine Klausel im Vertrag zwischen Anbietern und Nutzern von Pauschalangeboten (insbesondere bei Flatrates im Telekommunikations-Sektor), die eine deutlich überdurchschnittliche Nutzung der Pauschalangebote einschränken sollen. Dabei wird entweder die Leistung des Produkts oder der Dienstleistung nach einem gewissen Verbrauch eingeschränkt oder der Mehrverbrauch bepreist. Die Anbieter rechtfertigen diese Klauseln regelmäßig damit, dass damit verhindert werden soll, dass einzelne Nutzer (sog. "Power-User") die begrenzten Ressourcen des Anbieters so stark beanspruchen, dass andere Kunden darunter leiden (vgl. http://de.wikipedia.org/wiki/Fair_Use_Policy).

Aus den auf der Website der Beschwerdegegnerin 1 publizierten Produktinformationen ergibt sich, dass "unlimitiert *" mit der "Fair Usage"-Klausel gekoppelt ist. Die Produktinformationen bilden einen Vertragsbestandteil (vgl. vorstehend E. 8.1), und der Beschwerdeführer behauptet nicht, dass die Angabe "unlimitiert" im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht mit dem Sonderzeichen "*" verknüpft gewesen sei. Bei der Angabe "unlimitiert *" handelt es sich um eine geeignete und nicht ungebräuchliche Methode, mit welcher auf Vorbehalte und/oder präzisierende Informationen verwiesen wird. Dem Adressaten wird mit dem Sonderzeichen "*" signalisiert, dass weitergehende Hinweise zu berücksichtigen sind. Bei dieser Sachlage kann jedenfalls nicht gesagt werden, dass sich die Beschwerdegegnerin 2 besonderer Machenschaften oder Kniffe bedient hätte, um die Möglichkeit einer Bandbreitenreduzierung zu verschleiern oder zu verbergen. Anderweitige Anhaltspunkte, die auf ein arglistiges Verhalten der Beschwerdegegnerin 1 hinweisen würden, liegen keine vor. Mithin entfällt das Tatbestandsmerkmal der Arglist im Sinne von Art. 146 StGB.

9.1 Der Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs durch unrichtige oder irreführende Angaben (Art. 23 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG) weist Parallelen zum Tatbestand des Betrugs (Art. 146 StGB) auf. Er ist bei Angaben mit Marktbezug ein Auffangtatbestand, wenn eine Verurteilung wegen Betrugs oder Betrugsversuchs ausser Betracht fällt (vgl. BGE 6S.184/2003, Urteil vom 16. September 2003, E. 1.2.2).

Den Straftatbestand des unlauteren Wettbewerbs im Sinne von Art. 23 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG erfüllt, wer über sich, seine Firma, seine Geschäftsbezeichnung, seine Waren, Werke oder Leistungen, deren Preise, die vorrätige Menge, die Art der Verkaufsveranstaltung oder über seine Geschäftsverhältnisse unrichtige oder irreführende Angaben macht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt. Nach der Rechtsprechung ist zudem erforderlich, dass das Verhalten oder die Geschäftsgebaren im Sinne der Generalklausel von Art. 2 UWG geeignet sind, das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern zu beeinflussen (BGE 4A_11/2012, Ur-

teil vom 29. Juni 2012 E. 3.1; BGE 6B_230/2011, Urteil vom 11. August 2011, E. 9.4 m.H.; BGE 6B_272/2008, Urteil vom 8. Oktober 2008, E. 4 m.H.).

Das Verbot von wettbewerbsbeeinflussender Täuschung oder Irreführung schafft dem Gebot der Wahrheit und der Klarheit des Marktauftritts Nachachtung, indem es ein Geschäftsgebaren untersagt, das darauf abzielt, den Adressaten beim Vertragsschluss dadurch zu beeinflussen, dass beim potentiellen Vertragspartner eine Diskrepanz zwischen dessen subjektiver Vorstellung und der Realität bewirkt wird. Die Gefahr der Täuschung bzw. Irreführung genügt. Massgebend dafür, ob von einer solchen ausgegangen werden kann, ist das objektive Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise unter Zugrundelegung durchschnittlicher Erfahrung, Sachkunde und Aufmerksamkeit. Es ist somit für die Erfüllung des Tatbestands nicht erforderlich, dass jeder Adressat mit durchschnittlicher Erfahrung auf die Täuschung hereinfällt oder sich irreführen lässt, sondern es genügt, wenn nach den allgemeinen Erfahrungen des Lebens anzunehmen ist, dass sich eine nicht unerhebliche Anzahl von Adressaten der Handlungen täuschen lässt bzw. einem Irrtum verfällt (BGE 4A_11/2012, Urteil vom 29. Juni 2012 E. 3.1; BGE 136 III 23 E. 9.1 m.H.).

9.2 Aufgrund des beschriebenen Geschäftsgebarens der Beschwerdegegnerin 1 (vgl. vorstehend E. 8.2) kann zwar nicht ausgeschlossen werden, dass einzelne Adressaten das Sonderzeichen "" übersehen oder nicht richtig interpretieren. Auch ist festzuhalten, dass die "Fair Usage"-Klausel direkter, d.h. nicht unter "Rechtliche und allgemeine Hinweise", hätte kommuniziert werden können. Nach den allgemeinen Erfahrungen des Lebens ist jedoch anzunehmen, dass unter den gegebenen Umständen lediglich eine unerhebliche Anzahl von Adressaten den Hinweis übersehen oder nicht richtig interpretieren könnte. In der Regel weckt das Sonderzeichen "" beim durchschnittlichen Adressaten den Eindruck, dass ein Vorbehalt oder eine präzisierende Information zu beachten ist. Mithin kann nicht von einer erheblichen Täuschungs- oder Irreführungsgefahr im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG gesprochen werden.

10. Mit der Beschwerdegegnerin 2 ist weiter festzuhalten, dass seitens der Beschwerdegegnerin 1 keine Nötigungshandlung im strafrechtlichen Sinne zu er-

kennen ist. Die Bandbreitenreduzierung bei Überschreitung eines Datenvolumens von 10 GB stellt als solche noch keine Nötigungshandlung im Sinne von Art. 181 StGB dar. Rechtswidrig ist eine Nötigung erst dann, wenn das Mittel oder der Zweck unerlaubt ist oder wenn das Mittel zum erstrebten Zweck nicht im richtigen Verhältnis steht oder wenn die Verknüpfung zwischen einem an sich zulässigen Mittel und einem erlaubten Zweck rechtsmissbräuchlich oder sittenwidrig ist (statt vieler: DELNON/RÜDY, BSK Strafrecht II, Basel 2007, N 50 zu Art. 181 StGB). Eine entsprechende Konstellation ist hier nicht gegeben.

11. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Sachverhalt unter keinen der vorerwähnten Tatbestände fällt und auch keine Hinweise auf weitere Tatbestände bietet. Im Übrigen erschöpfen sich all die Beanstandungen rund um das Zustandekommen, die Ausgestaltung und die Erfüllung des Vertrages in einer privatrechtlichen Kritik, über die kein Strafverfahren durchzuführen ist.

12. Abschliessend ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin 2 die Strafuntersuchung gegen die Beschwerdegegnerin 1 zu Recht nicht anhand genommen hat. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

13. Der Beschwerdeführer stellte im Beschwerdeverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, das auf die Befreiung von den Verfahrenskosten abzielt (vgl. Urk. 3 S. 38, Urk. 9 S. 9 und 26). Es kann offen bleiben, ob der Beschwerdeführer die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nach Art. 136 StPO erfüllt. In Anbetracht der Umstände und finanziellen Situation des Beschwerdeführers (vgl. Urk. 9 S. 4 oben und S. 26) rechtfertigt es sich trotz seines Unterliegens ausnahmsweise, ihm für das Beschwerdeverfahren keine Kosten aufzuerlegen (vgl. Art. 425 StPO; vgl. DOMEISEN, BSK StPO, N 2ff. zu Art. 425, insb. N 3). Einen Anspruch auf Entschädigung für das Beschwerdeverfahren hat er als unterliegende Partei jedoch nicht. Der Beschwerdegegnerin 1 ist mangels erheblicher Umtriebe keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Ausstandsgesuch wird abgewiesen.
2. Die Beschwerde wird abgewiesen.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben und keine Entschädigungen ausgerichtet.
4. Schriftliche Mitteilung an:
 - den Beschwerdeführer (per Gerichtsurkunde)
 - die Beschwerdegegnerin 1 (per Gerichtsurkunde)
 - die Beschwerdegegnerin 2 (gegen Empfangsbestätigung)sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. nach Erledigung allfälliger Rechtsmittel an:
 - die Beschwerdegegnerin 2, unter Rücksendung der Untersuchungsakten, Urk. 6 (gegen Empfangsbestätigung)
5. Gegen diesen Entscheid kann **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden. Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang an gerechnet, bei der Ersten öffentlich-rechtlichen 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.

Zürich, 2. Oktober 2012

Obergericht des Kantons Zürich
III. Strafkammer

Präsident:

Gerichtsschreiber:

lic. iur. K. Balmer

lic. iur. L. Künzli