

Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: UE160194-O/U/HEI

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. Th. Meyer, Präsident, Obergerichterin
lic. iur. F. Schorta, Ersatzoberichter lic. iur. Th. Vesely
und Gerichtsschreiber Dr. iur. T. Graf

Beschluss vom 18. Oktober 2016

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführer

gegen

1. **B.**____ (Switzerland) AG,
2. **Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,**
Beschwerdegegnerinnen

betreffend **Nichtanhandnahme**

**Beschwerde gegen die Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft
Zürich-Sihl vom 13. Juli 2016, GAST3/2015/10043429**

Erwägungen:

1.1 Am 13. November 2015 erstattete A._____ (Beschwerdeführer) Strafanzeige gegen die B._____ (Switzerland) AG (Beschwerdegegnerin 1) wegen Verstosses gegen Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG (Urk. 10/1-2). Er machte zusammengefasst geltend, er habe am 25. September 2015 ein unverlangtes Massen-E-Mail mit dem Absender "B._____ Italia <info@....eu> auf seine E-Mailadresse <A._____@yahoo.com> erhalten.

1.2 Mit Verfügung vom 13. Juli 2016 nahm die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (Beschwerdegegnerin 2) eine Untersuchung nicht an Hand (Urk. 10/4 bzw. Urk. 3/2). Die Beschwerdegegnerin kam zum Schluss, die Schuld der Beschwerdegegnerin 1 und die Tatfolgen seien äussert gering, weshalb angesichts des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes und unter Anwendung von Art. 52 StGB (Geringfügigkeit von Schuld und Tatfolgen) eine Untersuchung nicht an Hand zu nehmen sei.

2.1 Gegen diese Verfügung erhob der Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde bei der hiesigen Strafkammer (Urk. 2). Darin wird die Aufhebung der Verfügung sowie die Anhandnahme einer Strafuntersuchung gegen die Beschwerdegegnerin 1 beantragt (Urk. 2 S. 2). Der Beschwerdeführer macht geltend, die Beschwerdegegnerin habe Schuld und Tatfolgen zu Unrecht als geringfügig gewertet, mithin Art. 52 StGB zu Unrecht angewendet.

2.2 Der Beschwerdeführer leistete die ihm auferlegte Prozesskaution rechtzeitig (Urk. 5 und Urk. 7). Die Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 beantragen Abweisung der Beschwerde (Urk. 11 und Urk. 12). Der Beschwerdeführer reichte innert Frist keine Replik ein (vgl. Urk. 14 und Urk. 15).

3.1 Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. o erster Teilsatz UWG handelt unlauter, wer Massenwerbung ohne direkten Zusammenhang mit einem angeforderten Inhalt fernmelde-technisch sendet oder solche Sendungen veranlasst und es dabei unterlässt, vorher die Einwilligung der Kunden einzuholen, den korrekten Absender anzugeben oder auf eine problemlose und kostenlose Ablehnungsmöglichkeit hinzuweisen. Wer vorsätzlich unlauteren Wettbewerb nach Artikel 3, 4, 5 oder 6 begeht, wird auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 23 Abs. 1 UWG).

Strafantrag stellen kann, wer nach den Artikeln 9 und 10 zur Zivilklage berechtigt ist (Art. 23 Abs. 2 UWG). Klageberechtigt sind Kunden, die durch unlauteren Wettbewerb in ihren wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt sind (Art. 10 Abs. 1 UWG).

Der Beschwerdeführer machte gegenüber der Beschwerdegegnerin 1 zumindest sinngemäss einen (allerdings nicht näher bezeichneten) Schaden geltend (Urk. 10/3/2, insb. S. 2 a.E.). Abgesehen davon ist im vorliegenden Fall gemäss Rechtsprechung und Literatur ohnehin von seiner Klage- bzw. Antragsberechtigung im Sinne der genannten Normen auszugehen. Im erwähnten E-Mail wurde der Beschwerdeführer darauf hingewiesen, dass die "Firma B._____" anlässlich der Züspa-Messe 2015 anwesend sein werde; wenn der Empfänger die "B.____ stores" in Zürich oder ... [Ort] besuche, erhalte er einen freien Eintritt in die Messe (Urk. 10/3/2 [Quelltext des E-Mails]; vgl. auch Urk. 3/2 S. 2 und Urk. 12 S. 1). Es handelte sich dabei somit um eine Werbesendung. Damit fällt der Beschwerdeführer unter den gemäss Rechtsprechung weit gefassten Begriff "Kunde" im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. o erster Teilsatz UWG und Art. 10 Abs. 1 UWG (ZR 102/2003 Nr. 39 Erw. III/2.3 m.H.; Riedo, Der Strafantrag, Basel u.a. 2004, S. 263; Anderhub, Zivilrechtliche Ansprüche gegen den Versand von elektronischer Massenwerbung (Spam), unter besonderer Berücksichtigung von Art. 3 lit. o UWG, Zürich/St. Gallen 2008, S. 53 f. und S. 84). Kunden, die unerbetene elektronische Werbesendungen erhalten, gelten in aller Regel als in ihren wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt (LGVE 2014 I Nr. 6 Erw. 4.2-3 m.H.; Anderhub, a.a.O., S. 84 f.; Rosenthal/Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008, Art. 3 Bst. o UWG N 11; vgl. ferner: Jung/Spitz, in: Jung/ Spitz, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Handkommentar, Bern 2010, Art. 10 UWG N 4; Rüetschi, in: Hilty/Arpagaus, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basler Kommentar, Basel 2013, Art. 10 N 8). Daher ist auch von einem rechtlich geschützten Interesse des Beschwerdeführers im Sinne von Art. 382 Abs. 1 StPO zur Beschwerdeerhebung gegen die Nichtanhandnahmeverfügung auszugehen. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

3.2 Die Beschwerdegegnerin 2 führte in der angefochtenen Verfügung aus, "grundsätzlich seien vorliegend die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 lit. o

UWG erfüllt" (Urk. 3/2 Erw. 2). Sie legte dar, weshalb der objektive Tatbestand wohl erfüllt sei, äusserte sich zum subjektiven Tatbestand jedoch mit keinem Wort.

3.3 a) Es trifft zu, dass der Beschwerdeführer keine Einwilligung zum Erhalt der Werbe-E-Mail erteilt hat. Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin 1 (Urk. 12 S. 1) kann darin, dass der Beschwerdeführer die E-Mail angeklickt hat, keine konkludente Einwilligung erblickt werden. Damit ist eine der drei in Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG genannten kumulativen Voraussetzungen für eine lautere Werbung nicht gegeben. Die Beschwerdegegnerin 1 hat die beanstandete E-Mail zwar nicht gesendet, aber die Massen-Sendung veranlasst (Urk. 10/3/3). Somit ist der objektive Tatbestand erfüllt.

b) Art. 23 UWG setzt Vorsatz voraus. Eine fahrlässige Verletzung dieser Norm ist - anders als bei Art. 24 UWG - nicht strafbar (Killias/Gilliéron, in: Hilty/Arpagaus, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), a.a.O., Art. 23 N 22; Schaffner/Spitz, in: Jung/Spitz, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), a.a.O., Art. 23 UWG N 54).

Gemäss Darstellung der Beschwerdegegnerin 1 hat diese den Auftrag einer Werbe-E-Mail ihrer italienischen Muttergesellschaft (B._____ S.p.A.) erteilt, welche den Auftrag an eine in Italien ansässige Drittfirma weitergegeben hat. Die Beschwerdegegnerin 1 habe nicht über die Database verfügt und nur die Beschreibung ihrer Zielgruppe für den Versand angegeben (z.B. den Wohnort); sie verfüge über keinen Zugang zu diesen Daten und würde diese daher auch nicht intern benutzen (Urk. 10/3/3). Die E-Mail-Adressen (auch diejenige des Beschwerdeführers) seien von der Drittfirma zur Verfügung gestellt worden. Die Beschwerdegegnerin 1 habe weder wissen noch überprüfen können, ob die E-Mailadressen durch die Drittfirma ohne Einwilligung der entsprechenden Adressaten in die Datenbank aufgenommen worden seien. Daher habe sie weder vorsätzlich noch fahrlässig gegen das UWG verstossen (Urk. 12 S. 1). Diese Darstellung wurde vom Beschwerdeführer nicht in Frage gestellt.

Ausgehend von dieser glaubhaften Darstellung hat die Beschwerdegegnerin 1 somit nicht im Sinne einer Anweisung veranlasst, dass die beanstandete E-Mail (auch) an die persönliche E-Mail-Adresse des Beschwerdeführers gesandt wurde. Vielmehr

wusste sie nicht, welche konkrete Personen von der Absenderin des E-Mails angeschrieben würden, zumal sie den Auftrag ihrer Muttergesellschaft erteilt hatte, welche ihn einer Drittfirma weitergab. Sinngemäss macht die Beschwerdegegnerin 1 geltend, sie habe darauf vertraut und vertrauen können, dass bezüglich des E-Mailversands die Vorgaben von Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG beachtet würden bzw. dass die in der Datenbank der Drittfirma enthaltenen E-Mailadressen von Personen stammten, die mit dem Erhalt von E-Mails der Drittfirma einverstanden waren. Eine vorsätzliche Handlung im Sinne der genannten Norm ist daher zu verneinen. Ein allfälliges fahrlässiges Handeln der Beschwerdegegnerin 1 wäre nach dem Gesagten strafrechtlich ohne Belang.

3.4 Doch selbst unter der Annahme eines vorsätzlichen Normverstosses der Beschwerdegegnerin 1 wäre die Nichtanhandnahmeverfügung nicht zu beanstanden.

Gemäss Art. 52 StGB sieht die zuständige Behörde von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung ab, wenn Schuld und Tatfolgen geringfügig sind. Die Bestimmung erfasst relativ unbedeutende Verhaltensweisen, welche die Schwere und Härte einer Strafe nicht verdienen. Die Regelung von Art. 52 StGB ist zwingender Natur. Sind die Voraussetzungen erfüllt, muss die Behörde das Strafverfahren einstellen bzw. von einer Überweisung absehen. Voraussetzung für eine Strafbefreiung mangels Strafbedürfnisses ist, dass die inkriminierte Tat in Bezug auf Schuld und Tatfolgen deutlich weniger schwer wiegt als der typische Regelfall des tatbestandsmässigen Verhaltens (Urteil Bundesgericht 6B_45/2016 vom 13. Juni 2016 Erw. 2.4 m.H.).

Schuld und Tatfolgen im vorliegenden Fall wären geringfügig im Sinne dieser Rechtsprechung. Zur unnötigen Vermeidung von Wiederholungen kann auf die in allen Teilen zutreffenden Ausführungen in der angefochtenen Verfügung verwiesen werden. Die gegenteilige Auffassung des Beschwerdeführers (Urk. 2) überzeugt nicht. Dass das E-Mail auch an andere Personen versandt wurde, führte aus den genannten Gründen nicht zu einer anderen Bewertung von Schuld und Tatfolgen, zumal völlig offen ist, ob überhaupt andere Personen das E-Mail ohne ihre Einwilligung erhalten bzw. sich an dessen Erhalt gestört haben. Zudem ist zu bemerken, dass sich die Beschwerdegegnerin 1, nachdem der Beschwerdeführer mit ihr Kon-

takt aufgenommen hatte, für die ihm entstandenen Unannehmlichkeiten entschuldigt und ihm versichert hat, dass sie darauf hinwirken werde, dass seine E-Mailadresse in der Datenbank der Drittfirma gelöscht werde (Urk. 10/3/2). Gemäss unwidersprochen gebliebener Darstellung der Beschwerdegegnerin 1 ist diese Löschung denn auch erfolgt (Urk. 12 S. 1 f.), weshalb das Vorbringen des Beschwerdeführers, er habe mit weiteren von der Beschwerdegegnerin 1 veranlassten Werbe-E-Mails zu rechnen (Urk. 2 S. 2), unbegründet erscheint. Ferner ist zu bemerken, dass die Werbung aus objektiver Warte nicht belästigend oder gar aggressiv war, da sie im Wesentlichen nur den Hinweis auf die Anwesenheit der "Firma B._____" an der Züspa und die Möglichkeit des Erhalts eines Gratiseintritts zur Messe beinhaltete.

4. Abschliessend bleibt festzuhalten, dass sich die Beschwerde als unberechtigt erweist, weshalb sie abzuweisen ist.

5. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Gerichtsgebühr ist in Berücksichtigung von Bedeutung, Aufwand und Schwierigkeit des Falles auf Fr. 600.-- festzusetzen (§ 17 Abs. 1 GebV OG i.V.m. § 2 Abs. 1 lit. b-d GebV OG). Sie ist aus der vom Beschwerdeführer geleisteten Kautionsleistung zu beziehen. Im Restbetrag ist ihm die Kautionsleistung, vorbehältlich allfälliger Verrechnungsansprüche des Staates, zurückzuerstatten.

Der Beschwerdeführer hat zufolge Unterliegens keinen Anspruch auf eine Prozessentschädigung. Die obsiegende Beschwerdegegnerin 1 hat keine Prozessentschädigung beantragt; abgesehen davon ist von geringfügigen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren auszugehen, weshalb ein Anspruch auf Entschädigung ohnehin entfällt.

Es wird beschlossen:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 600.-- festgesetzt, dem Beschwerdeführer auferlegt und aus der von ihm geleisteten Kautionsbezogen. Im Übrigen wird die Kautions - vorbehältlich allfälliger Verrechnungsansprüche des Staates - dem Beschwerdeführer zurückerstattet.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an:
 - den Beschwerdeführer, per Gerichtsurkunde
 - die Beschwerdegegnerin 1, per Gerichtsurkunde
 - die Beschwerdegegnerin 2, gegen Empfangsbestätigungsowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. nach Erledigung allfälliger Rechtsmittel an:
 - die Beschwerdegegnerin 2, unter Rücksendung der beigezogenen Akten [Urk. 10), gegen Empfangsbestätigung
 - die Zentrale Inkassostelle der Gerichte
6. Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden. Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang 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.

Zürich, 18. Oktober 2016

Obergericht des Kantons Zürich
III. Strafkammer

Präsident:

Gerichtsschreiber:

lic. iur. Th. Meyer

Dr. iur. T. Graf