

Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: UE170371-O/U/TSA

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Th. Meyer, Präsident, und lic. iur. A. Flury,
Ersatzoberrichter lic. iur. Th. Vesely und Gerichtsschreiber Dr. iur.
J. Hürlimann

Beschluss vom 6. März 2018

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____

gegen

1. **B.** _____,

2. **Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,**

Beschwerdegegner

betreffend **Nichtanhandnahme**

Beschwerde gegen die Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl vom 23. November 2017, S-1/2017/10035391

Erwägungen:

1. B._____ (Beschwerdegegner 1) bzw. das Anwaltsbüro C._____ in D._____ / Peru sandte Rechtsanwalt Dr. A._____ (Beschwerdeführer) drei E-Mails je in englischer und spanischer Sprache:

- 29. Juni 2017 (Urk. 6/1/3): Mitteilung, dass vom 29. Juni bis 1. Juli 2017 in Peru offizielle Ferien herrschen und sämtliche in dieser Zeit endenden offiziellen Fristen automatisch bis zum nächsten Arbeitstag, 3. Juli 2017 erstreckt sind;
- 26. Juli 2017 (Urk. 6/1/4): Mitteilung, dass E._____ und F._____ in das Anwaltsbüro C._____ eingetreten sind und auf welche Rechtsgebiete die beiden Genannten sich spezialisiert haben;
- 27. Juli 2017 (Urk. 6/1/5): Mitteilung, wonach Warenzeichen und Patente ins elektronische Register von INDECOPI, des staatlichen peruanischen Instituts für geistiges Eigentum, eingetragen werden sollen, mit entsprechenden Erläuterungen.

Dieselben E-Mails wurden auch Rechtsanwältin Dr. X._____, der im gleichen Anwaltsbüro wie der Beschwerdeführer tätigen Rechtsvertreterin desselben, zugestellt (Urk. 6/1/6-8).

Mit Eingabe seiner Rechtsvertreterin vom 25. Oktober 2017 an die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl stellte der Beschwerdeführer Strafanzeige / Strafantrag gegen den Beschwerdegegner 1 und alle weiteren Beteiligten betreffend unlauteren Wettbewerb im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG (Urk. 6/1/1 = Urk. 3/2). Die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl nahm mit Verfügung vom 23. November 2017 eine entsprechende Strafuntersuchung nicht an die Hand (Urk. 5).

2. Mit vorliegender Beschwerde vom 18. Dezember 2017 beantragt der Beschwerdeführer, es sei die genannte Nichtanhandnahmeverfügung aufzuheben und die Staatsanwaltschaft anzuweisen, eine Strafuntersuchung zu eröffnen und durchzuführen (Urk. 2 S. 2).

Der Präsident der III. Strafkammer des Obergerichts auferlegte dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 15. Januar 2018 eine Prozesskaution von Fr. 3'000.-- (Urk. 7). Diese Kautionsleistung wurde fristgerecht geleistet (Urk. 9).

Die III. Strafkammer zog die Akten der Staatsanwaltschaft bei (Urk. 6). Es holte jedoch keine Beschwerdeantworten ein.

Infolge Neukonstituierung der III. Strafkammer erfolgt der heutige Beschluss in teilweise anderer Besetzung als den Parteien angekündigt.

3. a) Nach Art. 1 UWG bezweckt dieses Gesetz, den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten. Unlauter und widerrechtlich ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten und Geschäftsgebahren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst (Grundsatz, Art. 2 UWG). Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG handelt unlauter, wer Massenwerbung ohne direkten Zusammenhang mit einem angeforderten Inhalt fernmeldetechnisch 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.

Art. 2 UWG stellt im Gegensatz zu anderen Generalklauseln des Zivilrechts wie beispielsweise Art. 2 Abs. 2 ZGB eine direkt anwendbare Norm dar (Lorenza Ferrari Hofer, in: Heizmann/Loacker [Hrsg.], UWH, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018, N 12 zu Art. 2 UWG; Carl Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel/Genf/München 2001, N 2 zu Art. 2 UWG). Die Spezialtatbestände von Art. 3 - 8 UWG, so auch der vorliegend zur Diskussion stehende Tatbestand von Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG, sind nicht blosses "Induktionsmaterial" im Rahmen der Generalklausel, noch führt die Existenz einer Spezialnorm notwendigerweise zu einer Beschränkung der Reichweite einer lauterkeitsrechtlichen Prüfung. Bei der Anwendung der Spezialtatbestände, die exemplifikativ unlautere Verhaltensweisen darstellen, ist nach dem Sinn und Zweck einer solchen Sonder-

regelung zu fragen. Eine Einzelfallberücksichtigung ist unausweichlich und lässt schematische Lösungsansätze wie z.B. eine Art "Addition" der Prüfungsergebnisse nach Generalklausel und Spezialtatbestand und deren abstrakte Auflösung zu einer Gesamtbeurteilung nicht zu (Reto M. Hilty, in: Hilty / Arpagaus, Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013, N 10 f. zu Art. 2 UWG).

Nicht jedes im Gesetz genannte Verhalten untersteht somit auch tatsächlich dem UWG. Es muss eine täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Wettbewerbshandlung vorliegen. Wie in anderen Rechtsgebieten, so ist auch im UWG die Durchschnittsperson massgebend, wenn es darum geht, Bewertungskriterien zu konkretisieren. Der Richter hat sich an Durchschnittswerte der jeweils konkret in Frage kommenden bzw. angesprochenen Personenkategorie zu halten. Er kann sich bei der Bewertung des fraglichen Verhaltens auf seine eigene Lebenserfahrung stützen. Entscheidend ist die Meinung eines nicht unbeachtlichen Teils der massgebenden Verkehrskreise, also der Sinn, den das Publikum in guten Treuen einer Äusserung beimessen darf. Massgebend ist dabei der Gesamteindruck, den ein Verhalten beim Publikum zurücklässt. Dem Abnehmer ist dabei im Allgemeinen durchaus ein gewisses Urteilsvermögen, eine gewisse Unterscheidungskraft sowie eine gewisse Resistenz gegen Werbeaussagen zuzumuten (Mario M. Pedrazzini / Frederico A. Pedrazzini, Unlauterer Wettbewerb UWG, 2. Aufl., Bern 2002, S. 59 ff., N 4.82 und N 4.84).

Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG verbietet den massenhaften Versand unverlangter E-Mails vor dem Hintergrund vor allem der Kostenfolgen, die dem Empfänger entstehen und der zeitlichen und psychischen Belastung, die Spam verursachen kann (David Vasella, in: Heizmann/Loacker, a.a.O., N 9 zu Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG).

b) Die Staatsanwaltschaft hält dafür, vorliegend sei schon das Tatbestandsmerkmal der "Massenwerbung" nicht erfüllt. Einerseits hätten gemäss Aktenlage nur zwei Empfänger die inkriminierten E-Mails erhalten. Andererseits seien es im tatrelevanten Zeitraum lediglich zwei (identische) E-Mails gewesen, welche sie er-

halten hätten. Zudem seien keine weiteren E-Mails nach einer Intervention des Beschwerdeführers mehr zugestellt worden (Urk. 5 S. 1 Erw. 3).

Hierzu ist zunächst präzisierend anzumerken, dass dem Beschwerdeführer und seiner Rechtsvertreterin je drei Mails zugestellt wurden, nämlich die auch in der angefochtenen Verfügung (Erw. 1) angeführten E-Mails vom 26. und 27. Juli 2017 sowie bereits zuvor das Mail vom 29. Juni 2017. Der Beschwerdeführer nennt in seiner Eingabe vom 25. Oktober 2017 (Strafanzeige / Strafantrag) alle drei E-Mails (Urk. 6/1/1 S. 2 Rz 1). Der Straftatbestand des unlauteren Wettbewerbs ist ein Antragsdelikt (Art. 23 Abs. 1 UWG). Die entsprechende Antragsfrist beträgt drei Monate (Art. 31 StGB) und war mit Bezug auf das E-Mail vom 29. Juni 2017 im Zeitpunkt der Stellung des Strafantrags bereits abgelaufen.

c) Der Beschwerdeführer setzt sich in seiner Beschwerdeschrift ausführlich mit dem Begriff der "Massenwerbung" auseinander und weist zutreffend darauf hin, dass die ihm zugestellten E-Mails die Absender "G. _____ [Mailadresse]", "H. _____ [Mailadresse]" und "I. _____ [Mailadresse]" tragen, was auf automatisches Versenden von Massen-E-Mails hinweist (Urk. 2 S. 5 - 9 Rz. 10 - 21, insbesondere Rz 18). Ob die Staatsanwaltschaft zu Recht das Tatbestandsmerkmal der "Massenwerbung" aufgrund der Zahl der E-Mails verneint hat, kann offen bleiben, da aus anderen Gründen eine Verletzung des UWG sogleich zu verneinen ist.

Gemäss Internetauftritt "www.A. _____ .ch" liegt der Tätigkeitsschwerpunkt des Anwaltsbüros des Beschwerdeführers auf dem Gebiet des Immaterialgüterrechts ("Intellectual Property"). "Intellectual Property" ist auch eines der Tätigkeitsgebiete, und zwar das erstgenannte, gemäss Website des Anwaltsbüros des Beschwerdegegners 1 ("www.C. _____ .com.pe/..."; siehe auch Urk. 6/1/10). Das E-Mail vom 26. Juli 2017 kündigte den Eintritt von zwei Rechtsanwälten ins Anwaltsbüro des Beschwerdegegners 1 an, wovon eine, Rechtsanwältin E. _____, innerhalb des Anwaltsbüros besonders die Rechtsgebiete "Intellectual Property" und "Consumer Rights" betreut (Urk. 6/1/4). Das E-Mail vom 27. Juli 2017 beinhaltet Informationen zum Eintrag von Warenzeichen und Patenten ins elektronische Register von INDECOPI, des staatlichen peruanischen Instituts für geistiges

Eigentum (Urk. 6/1/5). Beide Mails betreffen somit das Gebiet des Immaterialgüterrechts bzw. die Betreuung dieses Rechtsgebiets innerhalb des Anwaltsbüros des Beschwerdegegners 1.

Offensichtlich richtete der Beschwerdegegner 1 bzw. das von ihm geführte Anwaltsbüro seine E-Mails gezielt an Rechtsanwaltsbüros, deren Schwerpunkttätigkeit im beidseits gepflegten Rechtsgebiet des Immaterialgüterrechts liegt. Es mag zutreffen, dass der Beschwerdegegner 1 mit dem Versand der E-Mails erhoffte, dass sein Anwaltsbüro in einem internationalen Immaterialgüterrechtsfall mit schweizerischem und peruanischem Bezug einmal vom Beschwerdeführer als Korrespondenzanwalt oder peruanischer Vertreter eines Klienten Berücksichtigung findet oder vorgeschlagen wird. Mit den sachlich gehaltenen Hinweisen auf die Gerichtsferien in Peru (Urk. 6/1/3), auf den Eintritt von zwei Rechtsanwälten in das Anwaltsbüro (Urk. 6/1/4) und auf das Vorgehen beim Eintrag eines Warenzeichens oder eines Patents in ein elektronisches Register in Peru handelte der Beschwerdegegner 1 jedoch weder täuschend noch in anderer Weise gegen Treu und Glauben verstossend im Sinne der Generalklausel von Art. 2 UWG und auch nicht in besonderer Weise aufdringlich.

Auch wenn der Beschwerdegegner 1 die E-Mails von drei verschiedenen E-Mail-Adressen versandte, gab er doch immer klar an, wer der Absender war, nämlich das Anwaltsbüro C. _____ in D. _____ mit genauer Adresse, so dass auch diesbezüglich seine E-Mails weder täuschend noch verwirrend waren.

Der Beschwerdeführer mit seiner Berufserfahrung als auf Immaterialgüterrecht spezialisierter Anwalt war ohne weiteres in der Lage, den Stellenwert dieser Mails für sich und seine Arbeit einzuschätzen und auch darauf zweckmässig zu reagieren. Die drei E-Mails enthalten je einen Hinweis auf die Möglichkeit, die Zusendungen des Beschwerdegegners 1 abzubestellen, die Mails vom 26. und 27. Juli 2017 mittels eines Links "Eliminar suscripcion" (Urk 6/1/4 und 6/1/5, je am Ende). Deutsch sprechende Menschen mit dem Bildungsniveau des Beschwerdeführers, selbst wenn sie der spanischen Sprache nicht mächtig sind, erkennen ohne weiteres den Sinn des Links, gehören doch die Begriffe "eliminieren" und "Subskription" zum geläufigen Alltagssprachschatz im deutschen Sprachraum. Es gelang

denn auch dem Beschwerdeführer ohne grossen Aufwand, sich von der Versandliste des Beschwerdegegners 1 bzw. dessen Anwaltsbüro streichen zu lassen.

Die drei E-Mails verursachten für sich allein weder Kostenfolgen noch nennenswerte zeitliche und psychische Belastungen seitens des Beschwerdeführers. Dass der Beschwerdeführer in einem äusserst gereizten Ton reagierte, der eines Zürcher Rechtsanwalts nicht würdig ist (vgl. Wiedergabe des Betreffnisses des E-Mails des Beschwerdeführers in der Antwort des Beschwerdegegners 1: "Stop harassing us immediately with your unsolicited bullshit spamming you fucking crooks!!!", Urk. 6/1/9) und seine Rechtsvertreterin eine acht Seiten umfassende Eingabe an die Staatsanwaltschaft (Urk. 3/2) und eine zwanzig Seiten umfassende Beschwerdeschrift an das Obergericht (Urk. 2) verfasste, was zweifellos mit Zeitaufwand verbunden war, hat nicht der Beschwerdegegner 1 zu vertreten.

Die drei Mails enthalten zwar einzelne Elemente des Spezialtatbestandes von Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG, handeln aber weder dem Schutzzweck der Generalklausel von Art. 2 UWG noch des genannten Spezialtatbestandes zuwider. Somit liegt sogleich erkennbar keine UWG-Verletzung und folglich auch keine strafbare Handlung im Sinne von Art. 23 UWG vor. Die Staatsanwaltschaft nahm deshalb zu Recht keine Strafuntersuchung an die Hand. Die Beschwerde ist abzuweisen.

4. 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. 1'400.-- festzusetzen (§ 17 Abs. 1 GebV OG i.V.m. § 2 Abs. 1 lit. b-d GebV OG). Sie ist aus der vom Beschwerdeführer geleisteten Kautions zu beziehen. Im Restbetrag ist die Kautions, vorbehältlich allfälliger Verrechnungsansprüche des Staates, dem Beschwerdeführer zurückzuerstatten.

Es wird beschlossen:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 1'400.-- festgesetzt, dem Beschwerdeführer auferlegt und aus der vom Beschwerdeführer geleisteten Kautions bezogen.
3. Im die Gerichtsgebühr übersteigenden Betrag wird die geleistete Kautions - vorbehältlich allfälliger Verrechnungsansprüche des Staates - dem Beschwerdeführer zurückerstattet.
4. Schriftliche Mitteilung an:
 - Rechtsanwältin Dr. X. _____, zweifach, für sich und den Beschwerdeführer (per Gerichtsurkunde)
 - den Beschwerdegegner 1, zusammen mit der Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 23. November 2017 (auf dem Rechtshilfeweg)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl, ad S-1/2017/10035391, unter gleichzeitiger Rücksendung der beigezogenen Akten [Urk. 6] (gegen Empfangsbestätigung)
5. 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 Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

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

Zürich, 6. März 2018

Obergericht des Kantons Zürich
III. Strafkammer

Präsident:

Gerichtsschreiber:

lic. iur. Th. Meyer

Dr. iur. J. Hürlimann