

Jurius

Spamming aus strafrechtlicher Sicht

Urteil (GR020021/U) des Bezirksgerichts Zürich vom 6. Dezember 2002

Beim vorliegenden Beitrag handelt es sich um Urteil GR020021/U des Bezirksgerichts Zürich vom 6. Dezember 2002. Der Entscheid setzt sich hauptsächlich mit der strafrechtlichen Relevanz des Versendens von Massen-E-Mails auseinander. Interessant ist der Entscheid aber v.a. aus dogmatischer Sicht. Voraussetzung für die Aktivlegitimation ist nämlich, gemäss der Einzelrichterin, u.a. das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses, was sowohl der gesetzgeberischen Absicht wie der Lehre widerspricht.

Bezirksgericht Zürich

Prozess Nr. GR020021/U
Einzelrichteramt für Zivil- und Strafsachen

Mitwirkende: [...]

Verfügung vom 6. Dezember 2002

in Sachen

[...]

Rekurrent

gegen

1. **Bezirksanwaltschaft Zürich**, [...]
2. [...]

Rekursgegner

betreffend **Rekurs gegen die Einstellungsverfügung vom 21. Januar 2002 in der Strafuntersuchung Nr. 99/18209 betreffend Widerhandlung gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb etc.**

Rekursanträge

(act. 1 S. 2)

1. Die Einstellungsverfügung vom 21. Januar 2002 sei aufzuheben.
2. Die Bezirksanwaltschaft Zürich sei anzuweisen, den noch erforderlichen Sachverhalt in der Strafsache unverzüglich zu ermitteln.
3. Die Bezirksanwaltschaft sei anzuweisen, den Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten, Bern, in der Strafsache zur Stellungnahme einzuladen.
4. Die Bezirksanwaltschaft sei anzuweisen, in der Strafsache Anklage zu erheben oder Strafbefehl zu erlassen.
5. Die Bezirksanwaltschaft sei anzuweisen, die Bearbeitung der Strafsache einem anderen Mitarbeiter zuzuweisen.
6. Die Bezirksanwaltschaft sei anzuweisen, dem Geschädigten Akteneinsicht zu gewähren und ihn vor einer Anklage in der Strafsache anzuhören.
7. Dem Geschädigten sei eine angemessene Vergütung seiner Umtriebe zuzusprechen.
8. Unter a/o Kostenfolge für die Staatskasse.

Anträge der Rekursgegnerin 1:

(act. 11)

«Es sei der Rekurs vom 27. Februar 2002 gegen die Einstellungsverfügung der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 21. Januar 2002 vollumfänglich abzuweisen. »

Anträge des Rekursgegners 2:

(act. 8 Blatt 8, sinngemäss)

Abweisung des Rekurses.

Die Einzelrichterin zieht in Betracht:

I.

1. Am 6. Dezember 1999 erstattete [...] (im Folgenden Rekurrent genannt) bei der Bezirksanwaltschaft Zürich (im Folgenden Rekursgegnerin 1 genannt) gegen [...] (im Folgenden Rekursgegner 2 genannt) Strafanzeige, soweit strafbare Handlungen bezüglich von Offizialdelikten geltend gemacht wurden, und stellte gleichzeitig Strafantrag, soweit es sich bei den fraglichen strafbaren Handlungen um Antragsdelikte handelte (HD act. 4/1). Am 21. Januar 2002 erliess die Rekursgegnerin 1 die Einstellungsverfügung (act. 2 = HD act. 4/8).

2. Mit Eingabe vom 27. Februar 2002 (Datum des Poststempels) erhob der Rekurrent fristgerecht Rekurs gegen die erwähnte Einstellungsverfügung (act. 1).

3.1. Infolge der Befassung der zuständigen Einzelrichterin mit anderen Verfahren aus den Bereichen Immaterialgüterrecht sowie Recht und Internet erging die Fristansetzung an die Rekursgegnerschaft zur Stellungnahme zum Rekurs erst am 20. August 2002 (act. 6) und erfolgt auch der vorliegende Entscheid relativ spät.

3.2. Innert Frist reichte der Rekursgegner 2 am 29. August 2002 (Datum des Poststempels) seine Stellungnahme zum Rekurs ein (act. 8). Die Rekursgegnerin 1 stellte am 12. September 2002 innert erstreckter Frist unter Hinweis auf ihre Einstellungsverfügung vom 21. Januar 2002 den Antrag, den Rekurs abzuweisen (act. 11).

4. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der Rekurrent nicht Rechtsanwalt ist. Diese irrtümliche Bezeichnung im Rubrum ist aber nicht auf Angaben des Rekurrenten zurückzuführen, sondern diese Bezeichnung erfolgte infolge eines Kanzleifehlers seitens des Gerichts (vgl. die Ausführungen des Rekursgegners 2 in act. 8 Blatt 8, Ziffer 68 am Ende).

II.

1. Der Rekurrent ist [...]. Der Rekursgegner 2 betreibt einen gewerbsmässigen Versand von E-Mails, wobei er – unverlangt – technische Produkte anpreist, so u.a. Nachtsichtgeräte und offenbar auch gewisse Software-Produkte (vgl. HD act. 4/4 und HD act. 4/5 S. 1). Daneben versandte der Rekursgegner 2 auch Werbe-Mails, mit welchen er Kunden für den Versand von E-Mails für deren Produkte anwarb; für diese Dritten verschickt er Werbe-Mails. Dies sei jedoch im Jahre 2001 zum Zeitpunkt der polizeilichen Befragung, die am 8. November 2001 durchgeführt wurde, erst zwei Mal vorgekommen (HD act. 4/5 S. 2).

2. Am 6. November 1999 erhielt der Rekurrent unter seiner damaligen E-Mail-Adresse «info@[...]ch» (vgl. HD act.

4/2/1 Blatt 3, Header) ein E-Mail eines P[...]versands (E-Mail-Adresse: [...]@europa.com), mit welchem für den Versand von Werbe-Mails geworben wurde (vgl. HD act. 4/2/1 = act. 3/3). Gestützt offenbar auf eine Anfrage des Rekurrenten (vgl. HD act. 4/2/2 = act. 3/4; vgl. auch act. 8 S. 1) erteilte der Rekursgegner 2 dem Rekurrenten eine Antwort, in welcher er seine geschäftliche Tätigkeit näher beschrieb. In der Folge erstattete der Rekurrent mit Schreiben vom 6. Dezember 1999, bei der Bezirksanwaltschaft Zürich eingegangen am 8. Dezember 1999, Strafanzeige gegen den Rekursgegner 2 bzw. stellte – soweit seiner Auffassung nach Antragsdelikte vorlagen – Strafantrag (HD act. 4/1 = act. 3/2; vgl. Ziffer I.1. hiervor).

3.1. Zur Begründung führte der Rekurrent in seiner Strafanzeige bzw. in seinem Strafantrag vom 6. Dezember 1999 aus, es gehe im vorliegenden Fall um eine Person, welche am 6. November 1999 nach den bisherigen Erkenntnissen von Zürich aus über den Rechner eines Baselbieter Internet-Anbieters an über 100'000 Schweizer Internet-Adressen eine unverlangte E-Mail versandt habe, in welcher unverlangte Werbung angepriesen worden sei. Möglicherweise handle es sich bei der unbekanntenen Person um den Rekursgegner 2, was jedoch zu überprüfen sei; deshalb erfolge die Strafanzeige bzw. der Strafantrag einstweilen gegen Unbekannt. Zur Begründung führte der Rekurrent aus, der Versand unverlangter E-Mail-Werbung werde von Benutzern und Providern als eines der grossen Probleme des Internets betrachtet. Das sog. Spamming sei nicht nur lästig, sondern richte grosse Schäden an, störe den reibungslosen Betrieb des Internets und gefährde Provider und andere Betreiber von E-Mail-Rechnern. Spammer legten in aller Regel ein äusserst parasitäres und strafwürdiges Verhalten an den Tag. Ihre Inhalte beträfen sehr häufig dubiose Angebote wie Medikamentenhandel, illegales Glücksspiel oder Pornografie. Die E-Mails würden in aller Regel unter falschem, erfundenem oder fremdem Namen versandt, und oft würden die Rechner von ahnungslosen Providern oder Unternehmen missbraucht. Die Spammer gingen dadurch Racheakten aus dem Weg, gefährdeten aber die von ihnen missbrauchten Unternehmen in mehrfacher Hinsicht, indem sie deren E-Mail-Rechner verstopften und so schwere Systemausfälle verursachten und aufwendige Reinigungsarbeiten nötig machten. Im Weiteren drohe den missbrauchten Providern und Unternehmen der Ausschluss aus dem Internet oder aus Teilen davon. Andere Provider versuchten sich beispielsweise mit schwarzen Listen von für Spamming missbrauchten Rechnern vor weiteren Spamming-Aktionen zu schützen (act. 3/2 S. 1f. = HD act. 4/1 S. 1f.).

Die Spammer koste der Versand von Werbe-Mails praktisch nichts; die von ihnen missbrauchten Provider, Unternehmer und Empfänger hätten die Kosten zu tragen; dies auch gegen ihren Willen. Die Spammer gelangten etwa über den Grau- und Schwarzhandel mit Internet-Adressen an ihr Adressmaterial oder beschafften dieses in meist rechtswidriger Weise aus Internet-Verzeichnissen oder durch das Absuchen von Beiträgen in Diskussionsforen oder Homepages (act. 3/2 S. 2 = HD act. 4/1 S. 2). Wer sich gegen derartige Spamming-Aktionen wehre, müsse mit Racheakten rechnen. So habe ein Spammer in der Schweiz einer ihm unangenehmen Person offenbar gedroht, Massen-E-Mails unter ihrem Namen zu versenden. Bis heute würden jedoch in der Schweiz Urteile gegen Spammer fehlen. Ein zivilrechtliches Vorgehen gegen einen Spammer lohne sich für einen einzelnen Empfänger in der Regel nicht, da ihm in der Regel kein genügend grosser finanzieller Schaden entstehe, um dazu einen Prozess zu wagen; damit rechne der Spammer (act. 3/2 S. 2 = HD act. 4/1 S. 2).

Durch den fraglichen Versand habe die betreffende Person – bei der es sich um den Rekursgegner 2 handelt, wie die Ermittlungen ergaben (vgl. HD act. 4/4 und HD act. 4/5) – gegen eine Reihe von Strafbestimmungen verstossen. So verstosse der Rekursgegner 2 gegen Art. 3 lit. b UWG in Verbindung mit Art. 23 UWG. So schreibe er in seinem Werbebrief nämlich – was unrichtig bzw. irreführend sei – seine Werbemethode sei rechtlich vollkommen zulässig, um juristische Laien zu Aufträgen zu verleiten (act. 3/2 S. 2 = HD act. 4/1 S. 2). Der Rekursgegner 2 verstosse im Weiteren gegen Art. 3 lit. c und d UWG in Verbindung mit Art. 23 UWG, indem er eine Absenderadresse verwende, die nicht ihm, sondern einem renommierten Provider gehöre (europa.com). Auch ein Verstoss gegen Art. 3 lit. i UWG liege vor, indem der Rekursgegner 2 seinen potentiellen Kunden vorgebe, die Nutzung seiner Dienste sei absolut ungefährlich, es gebe nur 0,05 Prozent von «Querulanten», während man von seriösen Kunden nichts zu befürchten habe. Es liege auch ein Verstoss gegen Art. 5 lit. c UWG vor, indem der Rekursgegner 2 zum Werbeversand offenbar eine Kopie des kompletten Adressdatenbestands der Internet-Adressverwalterin Switch angefertigt habe und diesen Datenbestand für den eigenen Werbeversand gebraucht habe; er habe E-Mails an alle Postfächer «info@domain.ch»-Adressen versandt, wobei «domain.ch» durch den jeweiligen Domänen-Namen aus der Switch Datenbank zu ersetzen sei. Zudem liege ein Verstoss gegen Art. 34 Abs. 1 lit. a Datenschutzgesetz (DSG) in Verbindung mit Art. 11 Abs. 3 lit. b DSG vor, indem die fragliche Adressdatenbank unzweifelhaft geschützte Personendaten (Adressen) enthalte, aber allem Anschein nach nicht gemäss DSG angemeldet worden sei, obwohl diese Anmeldung hätte vorgenommen werden müssen, weil der Rekursgegner 2 offenbar regelmässig

Werbe-Versendungen vornehme. Die betroffenen Personen seien von der Beschaffung der Daten durch den Rekursgegner 2 nicht in Kenntnis gesetzt worden. Auch gebe er im Rahmen seiner Versandaufträge Personendaten an Dritte weiter (act. 3/2 S. 3 = HD act. 4/1 S. 3).

Daneben machte der Rekurrent geltend, es lägen bezüglich der unverlangten Werbe-Mails auch Verstösse gegen Art. 179septies StGB, Art. 181 StGB und Art. 146 Abs. 1 StGB, evtl. auch gegen Art. 156 Abs. 2 StGB vor. Zudem sei auch ein Verstoß gegen Art. 144bis Abs. 1 StGB sowie gegen Art. 143 StGB gegeben. Eventuell lägen auch diverse weitere Tatbestände des Vermögensstrafrechts im Zusammenhang mit dem Missbrauch der Anlagen des Providers und der betroffenen Empfänger vor. Auch eine vorsätzliche Markenverletzung im Zusammenhang mit der Verwendung einer fremden Absenderadresse (europe.com; recte: europa.com) sei gegeben (act. 3/2 S. 3f. = HD act. 4/1 S. 3f.).

3.2.1. In der Einstellungsverfügung vom 21. Januar 2002 führte die Rekursgegnerin 1 an, der Rekursgegner 2 habe anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 7. November 2001 angegeben, dass er seit ca. zweieinhalb Jahren im E-Marketing tätig sei (act. 2 S. 2 = HD act. 4/8 S. 2). In Bezug auf die Beschaffung der E-Mail-Adressen habe der Rekursgegner 2 anlässlich dieser Befragung angegeben, einen Teil habe er aus dem Telefonbuch abgeschrieben, einen weiteren Teil habe er aus Homepages generiert. Weitere Adressen habe er dank einer Spider-Adressbuchsoftware gefunden. Er kaufe und verkaufe keine E-Mail-Adressen. Wenn er einen Werbeversand im Auftrag Dritter tätige, gebe er die von ihm verwendeten E-Mail-Adressen dem Auftraggeber nicht bekannt. Zum Zeitpunkt der polizeilichen Einvernahme im November 2001 habe er über einen E-Mail-Adressenbestand von ca. 80'000 Adressen verfügt, es seien aber auch schon 120'000 gewesen (act. 2 S. 2 = HD act. 4/8 S. 2 mit Verweis auf HD act. 4/5 S. 3). Im Weiteren habe der Rekursgegner 2 ausgeführt, dass der Adressenbestand aus reinen E-Mail-Adressen bestehe. Es seien keine zusätzlichen Daten vorhanden, z.B. auch keine Web-Adressen, und er generiere auch keinerlei Persönlichkeitsdaten. Eine E-Mail-Adresse gebe nur einen Briefkasten bekannt. Wer tatsächlich dahinter stecke, werde ihm dabei nicht bekannt. Er mache keine adressierte Werbung an eine klar definierte Personengruppe oder ein Marktsegment, da er keine Datenbanken in diesem Sinne führe. Da die von ihm erworbenen Adressen ausschliesslich öffentlich erhältlich seien, es sich dabei keinesfalls um besonders schützenswerte Daten – Persönlichkeitsdaten – handle und er die Adressen auch nicht weitergebe, verstosse er seiner Ansicht nach nicht gegen das Datenschutzgesetz (act. 2 S. 2 = HD act. 4/8 S. 2 mit Verweis auf HD act. 4/5 S. 3f.). Was den Vorwurf, zum Nachteil der Provider zu handeln, anbetreffe, gab der Rekursgegner 2 an, dass er die Provider nur für die Verbindung ins WWW verwende, währenddem er seine E-Post über einen eigenen Mailserver, der zur Online Directmail Software gehöre, versende. Bei einem Massenversand beanspruche er somit nicht den Mailserver des Providers. Bezüglich der bei den Empfängern verursachten Kosten beschränkten sich diese auf die Kosten der Onlinezeit für das Abholen der Post beim Provider, wobei die Abholzeit zwei Sekunden und der Online-Stundenpreis maximal Fr. 2.— pro Stunde betragen würden, wobei diese Kosten nur dann entstünden, wenn der Empfänger kein Pauschalabonnement habe, mit welchem er innerhalb dieser Pauschale so lange Online sein könne, wie er wolle (act. 2 S. 2 = HD act. 4/8 S. 2 mit Verweis auf HD act. 4/5 S. 4f.). Im Weiteren gab der Rekursgegner 2 an, eine Removeliste mit Adressen zu führen, welche nicht angewählt werden sollten (act. 2 S. 2 = HD act. 4/8 S. 2 mit Verweis auf HD act. 4/5 S. 2f.).

3.2.2. Die Rekursgegnerin 1 führte aus, die Ermittlungen hätten ergeben, dass die erwähnte «Spider-Software» während einer Internetsitzung im Web veröffentlichte E-Mail-Adressen suche. Beim vom Rekursgegner 2 erwähnten Generieren von E-Mail-Adressen werde eine Website-Adresse in eine E-Mail-Adresse umgewandelt. Beispielsweise werde eine Homepage namens www.myhomepage.ch per E-Mail mit info@myhomepage.ch oder webmaster@myhomepage.ch angeschrieben. Viele Homepage-Betreiber würden eine Kontaktadresse anbieten und würden anstelle eines persönlichen Namens die Begriffe «info» und «webmaster» für die Adressen verwenden. Auch ohne solchermaßen angebotene Kontaktadressen erkenne die Providersoftware oftmals den Homepage-Inhaber als Angesprochenen und lasse ihm das E-Mail zukommen. Diese Praktik sei weltweit verbreitet (act. 2 S. 3 = HD act. 4/8 S. 3 mit Verweis auf HD act. 4/3 S. 3f.). Bezüglich der Datenverwaltung hätten die Ermittlungen ergeben, dass im PC des Angeschuldigten über vier Harddiscs verteilt einige Dutzend Ordner mit einigen hundert Dateien vorhanden seien. Relevant seien 26 Dateien mit E-Mail-Adresslisten. Die so gefundenen Adressen bestünden alle aus der üblichen E-Mail-Zusammensetzung (muster@beispiel.ch). Es hätten sich auf allen vier Festplatten keine Hinweise auf besonders schützenswerte Daten wie etwa Personaldaten in den gespeicherten Dateien finden lassen (act. 2 S. 3 = HD act. 4/8 S. 3 mit Verweis auf HD act. 4/3). Auf der Festplatte des sichergestellten PC hätte auch das vom Rekursgegner 2 erwähnte Programm «Direct Mail» zum selbständigen Versenden von Mails gefunden

werden können (act. 2 S. 3 = HD act. 4/8 S. 3 mit Verweis auf HD act. 3/4 S. 4 und HD act. 4/4).

In der Folge kam die Rekursgegnerin 1 zum Ergebnis, dass keine Datenbeschädigung im Sinne von Art. 144bis Ziff. 1 Abs. 1 StGB und im Sinne von Art. 144bis Ziff. 2 StGB vorliege (act. 2 S. 3f.) und verneinte auch das Vorliegen des Straftatbestandes des Betrugs im Sinne von Art. 146 StGB (act. 2 S. 4f.). Ebenso erachtete sie die Straftatbestände des Erschleichens einer Leistung im Sinne von Art. 150 StGB sowie des Missbrauchs einer Fernmeldeanlage im Sinne von Art. 179septies StGB und der Nötigung im Sinne von Art. 181 StGB als nicht gegeben (act. 2 S. 5f.).

Bezüglich des Verstosses gegen die Bestimmungen des UWG führte die Rekursgegnerin 1 aus, gegen Art. 3 lit. c UWG verstosse, wer unzutreffende Titel oder Berufsbezeichnungen verwende, die geeignet seien, den Anschein besonderer Auszeichnungen oder Fähigkeiten zu erwecken. Titel seien behördlich anerkannte Angaben, vornehmlich über erreichte Ausbildungsgrade, die im Wettbewerb eine Rolle spielen könnten, indem sie auf die besondere Anerkennung der Person durch die Gesellschaft hinwiesen. Berufsbezeichnungen seien Bezeichnungen, unter welchen ein Beruf ausgeübt werde. Die Adresse eines Internet-Providers könne weder als Titel noch als Berufsbezeichnung im Sinne von Art. 3 lit. c UWG qualifiziert werden, so dass der entsprechende Tatbestand vom Rekursgegner 2 nicht erfüllt werde. Der Verletzung von Art. 3 lit. d UWG mache sich schuldig, wer Massnahmen treffe, die geeignet seien, Verwechslungen mit Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen. Aus den technischen Daten des Headers des in Frage stehenden E-Mails gehe hervor, dass dieses über den Provider X[...] AG, [...] geschickt worden sei. Da die Anzeige im Header abgesehen von der Identifikationsnummer und dem Datum durch den Absender frei veränderbar seien und diese durch die Täterschaft auch verändert worden seien, erscheine in dem vom Geschädigten erhaltenen E-Mail als Provider «europa.com». Mit dem in Frage stehenden E-Mail habe der Rekursgegner 2 die Übernahme des Versandes von Werbe-Mails gestützt auf eine entsprechende Datensammlung angeboten. Die Identität des Providers sei dabei weder unmittelbar noch mittelbar Gegenstand der angepriesenen Dienstleistung (Abwicklung des Versandes von Werbe-Mails), sondern gebe lediglich Auskunft über den durch den Absender für sein Werbe-Mail gewählten Übermittlungsweg. In diesem Mail behaupte der Rekursgegner 2 auch nicht, dass er einen allfälligen Auftrag über den Provider «europa.com» abwickeln würde. Die durch den Rekursgegner 2 angebotene Dienstleistung stehe somit in keinem Zusammenhang mit dem angegebenen Provider, weshalb eine Verwechslungsgefahr per se ausgeschlossen sei. Die Untersuchung habe auch keine Hinweise dafür ergeben, dass der Rekursgegner 2 Massnahmen getroffen habe, die geeignet gewesen seien, Verwechslungen zwischen der durch ihn angepriesenen Dienstleistung (ebenfalls Abwicklung des Versandes von Werbe-Mails) herbeizuführen. Eine solche Verwechslungsgefahr werde auch vom Geschädigten nicht behauptet. Damit sei der Tatbestand von Art. 3 lit. d UWG nicht erfüllt (act. 2 S. 7). Gegen Art. 3 lit. i UWG verstosse, wer die Beschaffenheit, die Menge, den Verwendungszweck, den Nutzen oder die Gefährlichkeit von Waren, Werken oder Leistungen verschleierte und dadurch den Kunden täusche. Der Geschädigte mache sinngemäss geltend, dass der Rekursgegner 2 durch das fragliche Mail den potenziellen Kunden angegeben habe, dass die Nutzung seiner Dienste absolut ungefährlich sei, denn es gebe nur 0.05 % Querulanten, während man von den anderen Kunden nichts zu fürchten habe. Dies stimme aber nicht, weshalb der Rekursgegner 2 die Empfänger des Werbe-Mails über die Gefährlichkeit der von ihm angebotenen Dienstleistung getäuscht habe (act. 2 S. 8). Aus den Akten gehe hervor, dass der Rekursgegner 2 die Empfänger der Werbe-Mails sowohl im Werbe-Mail selber als auch in seiner Antwort auf die Anfrage des Rekurrenten nach mehr Informationen über die Möglichkeit von negativen Reaktionen seitens der angeschriebenen Kunden ausführlich orientiert habe und dass er damit die Schattenseite der von ihm angebotenen Dienstleistung nicht verschleierte habe. Welches der Prozentsatz von Querulanten sei, könne nicht rechtsgenügend eruiert werden, hänge ein solcher doch stark mit dem Inhalt des jeweiligen Werbe-Mails zusammen. Es sei auf Grund der Aussage des Rekursgegners 2 anlässlich der erwähnten polizeilichen Einvernahme, dass pro 70'000 Adressaten mit ca. 30-50 Reklamationen von Kunden zu rechnen sei, wohl eher davon auszugehen, dass der im fraglichen Werbe-Mail angegebene Prozentsatz von Querulanten der Realität entspreche. Das Verfahren gegen den Rekursgegner 2 sei auch hinsichtlich der Verletzung von Art. 3 lit. i UWG i.V.m. Art. 23 UWG mangels nachweisbaren Tatbestandes einzustellen. Bei diesem Ausgang könne die Frage, ob die Tatsache, dass negative Reaktionen auf Werbe-Mails zu erwarten seien, als Gefährlichkeit der angebotenen Leistung zu qualifizieren sei, offen bleiben (act. 2 S. 8). Der Vollständigkeit halber sei darauf hinzuweisen, dass ein Verstoss gegen Art. 3 lit. h UWG ebenfalls nicht vorliege, da das Versenden von unerwünschten E-Mails mangels Versetzung des Empfängers in eine psychische Zwangslage in der Schweiz (noch) nicht strafbar sei (act. 2 S. 8).

Der Rekurrent mache im Weiteren geltend, der Rekursgegner 2 habe eine Kopie des kompletten

Adressdatenbestandes der Internet-Adressenverwalterin Switch angefertigt und diesen für seinen eigenen Werbeversand gebraucht, womit er das marktreife Arbeitsergebnis eines anderen ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technische Reproduktionsverfahren als solches übernommen und verwertet und damit gegen Art. 5 lit. c UWG verstossen habe. Der Rekursgegner 2 habe angegeben, sich die im fraglichen Werbe-Mail angepriesenen E-Mail-Adressen einerseits aus dem Telefonbuch, andererseits durch eine Spider-Software sowie durch das Generieren von E-Mail-Adressen verschafft zu haben. Da zwischen dem – unbekanntem – Zeitpunkt des vom Geschädigten behaupteten Kopierens des Datenbestandes der Switch und dem Sichern des PC des Rekursgegners 2 einige Zeit vergangen sein dürfte und weil der Rekursgegner 2 gemäss seinen Angaben seinen Adressenbestand regelmässig durch eine Removeliste aktualisiere und da auch der heutige Datenbestand der Switch nicht mehr dem Datenbestand zum Zeitpunkt des behaupteten Kopierens entsprechen dürfte, könne heute nicht mehr eruiert werden, ob der Rekursgegner 2 den Datenbestand der Switch kopiert habe. Deshalb und auf Grund der plausiblen Aussagen des Rekursgegners 2, wie er sich die Adressen verschafft haben soll, sei das Verfahren auch hinsichtlich des Verstosses gegen Art. 5 lit. c UWG einzustellen (act. 2 S. 8f.).

Die Rekursgegnerin 1 stellte sodann dar, weshalb nach ihrer Auffassung ein Verstoß gegen Art. 34 Abs. 2 lit. a DSG i.V.m. Art. 11 Abs. 3 lit. b DSG nicht vorliege (act. 2 S. 9).

3.3. In der Rekursbegründung vom 27. Februar 2002 stellte der Rekurrent allgemein gehaltene Rekursanträge. Er beschränkte sich dann aber in seinen Ausführungen – da lediglich begehrt werde, dass das Strafverfahren weitergeführt und einer gerichtlichen Beurteilung zugeführt oder ein Strafbefehl erlassen werde – darauf, die Unbegründetheit und Unzulässigkeit der Einstellungsverfügung anhand einiger Beispiele zu begründen; es werde nicht auf alle zur Anzeige gebrachten Delikte eingegangen, auch wenn dies möglich sei (act. 1 S. 2 und S. 15; vgl. hierzu Ziffer 4.1. hiernach). In der Folge tätigte der Rekurrent Ausführungen zu Art. 3 lit. b UWG, Art. 3 lit. d UWG und Art. 32 Abs. 2 lit. a DSG i.V.m. Art. 11 Abs. 3 lit. b DSG (act. 1 S. 15ff.; recte: Art. 34 DSG i.V.m. Art. 11 DSG), währenddem er in der Rekurschrift auf die weiteren von ihm mittels Strafantrag bzw. Strafanzeige vom 6. Dezember 1999 vorgebrachten, seiner Meinung nach verletzten Gesetzesbestimmungen, nicht mehr einging (vgl. act. 1).

3.4.1. Die Rekursgegnerin 1 verwies in ihrer Rekursantwort vom 12. September 2002 lediglich auf die Begründung in der Einstellungsverfügung vom 21. Januar 2002 (act. 11).

3.4.2. Der Rekursgegner 2 bestritt in seiner Rekurschrift vom 29. August 2002 die Klagelegitimation des Rekurrenten (vgl. hierzu Ziffer III. hiernach) und das Vorliegen einer strafbaren Handlung auf seiner Seite (act. 8 Blatt 2), insbesondere liege weder ein Verstoß gegen Art. 3 lit. b und d UWG noch ein solcher gegen Art. 34 Abs. 2 lit. a DSG vor, bearbeite er doch keine den Bestimmungen von Art. 11 Abs. 3 lit. b DSG entsprechende Personendaten oder Persönlichkeitsprofile (vgl. act. 8 Blatt 3ff.).

4.1. Wie erwähnt, ging der Rekurrent in seiner Rekursbegründung vom 27. Februar 2002 nicht auf alle von ihm zur Anzeige gebrachten strafbaren Handlungen ein (act. 1 S. 15), sondern beschränkte diese auf die von ihm geltend gemachten Verstöße gegen Art. 3 lit. b UWG (act. 1 S. 15ff.), Art. 3 lit. d UWG (act. 1 S. 19f.) sowie Art. 32 Abs. 2 lit. a DSG i.V.m. Art. 11 Abs. 3 lit. b DSG (act. 1 S. 18f.; recte: Art. 34 DSG).

4.2. Im vorliegenden Verfahren ist zu prüfen, ob die Bezirksanwaltschaft Zürich die erwähnte Strafuntersuchung zu Recht eingestellt hat. Eine Strafuntersuchung wird definitiv eingestellt, wenn die Bezirks- bzw. Staatsanwaltschaft auf Grund der Untersuchung zum Schluss gelangt, dass der Angeschuldigte aus nicht zu behebenden tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht verurteilt werden kann, d.h. ein gerichtliches Verfahren höchstwahrscheinlich mit einem Freispruch enden würde. Eine Einstellung erfolgt namentlich dann, wenn die Untersuchung ergeben hat, dass keine Straftat vorliegt bzw. diese dem Angeschuldigten bei einer Gesamtwürdigung der vorliegenden Beweismittel nicht mit rechtsgenügender Sicherheit nachgewiesen werden kann. Mit dem Rekurs gegen eine Einstellungsverfügung kann unrichtige bzw. unvollständige Sachverhaltsfeststellung sowie fehlerhafte Rechtsanwendung gerügt werden, was von der Rekursinstanz frei überprüft wird. Die Rekursinstanz ist an die Rekursanträge gebunden (Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, 3. Lieferung, Zürich, Januar 1999, N 13 f. und N 45 zu § 38 StPO).

4.3. Die Rekursanträge des Rekurrenten sind allgemein gefasst, indem er beantragt, die Rekursgegnerin 1 sei

anzuweisen, den noch erforderlichen Sachverhalt in der Strafsache unverzüglich zu ermitteln (vgl. act. 1 S. 2). Zwar beschränkte der Rekurrent seine Rekursbegründung auf drei Straftatbestände, um die Strafbarkeit des Rekursgegners 2 darzulegen. Diese führte er jedoch als blosse Beispiele auf.

Auch aus den entsprechenden Vorbemerkungen des Rekurrenten ergibt sich, dass er eine gesamthafte Überprüfung der von ihm behaupteten strafbaren Handlungen wünscht, führte er doch aus, da lediglich begehrt werde, dass das Strafverfahren weitergeführt und einer gerichtlichen Beurteilung zugeführt oder ein Strafbefehl erlassen werde, beschränkten sich die nachfolgenden Ausführungen darauf, die Unbegründetheit und die Unzulässigkeit der Einstellungsverfügung zu begründen. Deshalb werde nicht auf alle zur Anzeige gebrachten Delikte eingegangen, auch wenn dies möglich sei (act. 1 S. 15 Ziff. 22 der Rekursbegründung).

Damit liegt eine Beschränkung auf die vom Rekurrenten in jedem Fall verfolgt zu wissenden strafbaren Handlungen gemäss Art. 3 lit. b und d UWG i.V.m. Art. 23 UWG sowie von Art. 34 Abs. 2 lit. a DSGVO i.V.m. Art. 11 Abs. 3 lit. b DSGVO nicht vor. Soweit der Rekurrent Geschädigtenstellung einnimmt, sind auch die weiteren von ihm auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt angewendeten Gesetzesbestimmungen zu überprüfen. Dies gilt jedoch nur insoweit, als der Rekurrent bezüglich der weiteren von ihm geltend gemachten Straftatbestände gestützt auf den zu Grunde liegenden Sachverhalt als Geschädigter zu qualifizieren ist (vgl. Ziffer III. hiernach).

III.

1. Der Rekurrent geht davon aus, dass er als Geschädigter im Sinne von § 395 und § 402 StPO zum Rekurs legitimiert sei. Seine Stellung als Geschädigter sei von der Bezirksanwaltschaft Zürich anerkannt worden und unbestritten (act. 1 S. 6).

Demgegenüber bestreitet der Rekursgegner 2 in seiner Stellungnahme vom 29. August 2002 die Klagelegitimation des Rekurrenten. Dieser sei nicht zur Klage legitimiert und somit auch nicht zum Rekurs gegen die Einstellungsverfügung der Bezirksanwaltschaft Zürich (act. 8 Blatt 1, Ziffer 3). Der Rekursgegner 2 geht diesbezüglich davon aus, die erstmalige Zustellung einer Werbebotschaft sei immer zulässig und stelle ein elementares Recht eines jeden Werbetreibenden dar, welches sich direkt aus der Bundesverfassung ableiten lasse. Widerspreche der Empfänger danach weiteren Zusendungen, werde er auf Grund des Persönlichkeitsschutzes ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und ohne Präjudiz von der Liste gelöscht. Der Rekurrent sei nicht einmal gemäss der ziemlich restriktiven Praxis der Schweiz. Lauterkeitskommission zur Beschwerde legitimiert, weil nach ständiger Praxis im Geschäftsverkehr immer generell eine Kundenbeziehung zu vermuten sei. Die Website des Rekurrenten sei zum damaligen Zeitpunkt eine kommerzielle Website von dessen damaligem Beratungsbüro gewesen. Zudem sei ungeklärt, ob der Rekurrent zum Zeitpunkt, als der Rekursgegner 2 dessen Adresse von seiner kommerziellen Website eingesammelt habe, tatsächlich einen Vermerk auf der Website gehabt habe, dass er keine Werbung wünsche (act. 8 Blatt 2f., Ziffer 19). Der Rekurrent sei zudem auf keinen Fall zur Klage legitimiert, weil er zum Zeitpunkt, als er das unerwünschte Werbe-Mail erhalten habe, mit seiner Website im wirtschaftlichen Wettbewerb gestanden sei und in diesem Fall werde immer eine Geschäftsbeziehung vermutet und der Versand einer erstmaligen E-Mail sei nach allen herrschenden Rechtsauffassungen zulässig, was nicht einmal die Schweiz. Lauterkeitskommission bestreite, die ansonsten E-Mail-Werbung als «aggressive Verkaufsmethode» bezeichne. Aber auch wenn der Rekurrent die E-Mail als Privatperson erhalten hätte, wäre er nicht zum Rekurs legitimiert, weil kein UWG-Straftatbestand vorliege.

2. Legitimation gemäss UWG

2.1. Vergehen gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 16. Dezember 1986, in Kraft seit 1. März 1988, werden gemäss Art. 23 UWG auf Antrag bestraft.

Der Strafantrag wird vom Bundesgericht definiert als «die Willenserklärung des Verletzten, dass die Strafverfolgung stattfinden solle» (BGE 69 IV 198). Damit muss es sich um eine Willenserklärung handeln, die nach dem massgebenden Prozessrecht die Strafverfolgung auch tatsächlich in Gang bringt und das Verfahren ohne weitere Erklärung des Antragstellers seinen Lauf nehmen lässt (Stefan Trechsel, Kurzkommentar zum schweizerischen

Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Zürich 1997, N 2 vor Art. 28 StGB).

Nach Bundesrecht zu beurteilen ist dabei, ob der Inhalt einer Erklärung ein Strafantrag sei, währenddem die Regelung der Form und der Zuständigkeit dem kantonalen Prozessrecht vorbehalten bleibt (Trechsel, a.a.O., N 6 vor Art. 28 StGB).

Die Form, in welcher der Strafantrag zu stellen ist, ist nach der zürcherischen Strafprozessordnung nicht vorgeschrieben; es besteht Formfreiheit. Vorliegendenfalls hatte der Rekurrent einen schriftlichen Strafantrag gestellt, womit allfälligen Formerfordernissen Genüge getan ist.

Inhaltlich setzt ein gültiger Strafantrag voraus, dass aus der Erklärung der unbedingte Wille des Verletzten hervorgeht, gegen den Verdächtigen (ob er bekannt sei oder nicht) eine Strafverfolgung auszulösen (Trechsel, a.a.O., N 7 vor Art. 28 StGB; vgl. auch BGE 78 IV 49).

Durch diese Willenserklärung unterscheidet sich der Strafantrag von einer Strafanzeige, die lediglich eine blosser Information darstellt (vgl. RS 1956 Nr. 171 und RS 1959 Nr. 5). Der Antrag muss ferner den Sachverhalt präzisieren, der Gegenstand der Strafverfolgung sein soll (Trechsel, a.a.O., N 8 vor Art. 28 StGB). Nicht genannt sein muss die Person des Verdächtigen; ebenso wenig muss der Antrag eine – zutreffende oder nicht zutreffende – rechtliche Würdigung enthalten.

Aus der Strafanzeige und dem Strafantrag des Rekurrenten vom 6. Dezember 1999 geht klar und deutlich hervor, dass er Strafantrag wegen Verstosses gegen das UWG stellt (act. 3/2 = HD act. 4/1).

Keinem Zweifel unterliegt, dass der Rekurrent die Strafantragsfrist von Art. 29 StGB eingehalten hat (Werbe-Mail vom 6. November 1999, Strafanzeige/Strafantrag vom 6. Dezember 1999, act. 3/3 = HD act. 2/1).

2.2. Soweit der Rekurrent Widerhandlungen gegen Art. 23 UWG in Verbindung mit Art. 3 und Art. 5 UWG geltend macht, liegen Antragsdelikte vor. Diesbezüglich richtet sich die Legitimation zur Stellung eines Strafantrages nach Art. 9 und Art. 10 UWG (vgl. Art. 23 Satz 2 UWG).

Gemäss Art. 9 Abs. 1 UWG kann derjenige, der durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Verhältnissen bedroht oder verletzt ist, klagen und die Ansprüche gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a bis c, Abs. 2 und Abs. 3 UWG geltend machen. Die gleichen Rechte stehen gemäss Art. 10 Abs. 1 UWG den Kunden zu, die durch unlauteren Wettbewerb in ihren wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt sind.

2.2.1. Es handelt sich bei der Aktivlegitimation um eine zivilrechtliche, das materielle Recht betreffende Voraussetzung, von welcher in strafprozessualer Hinsicht die Strafantragsberechtigung gemäss Art. 28 StGB abhängig ist. Insoweit somit das Vorliegen der Klageberechtigung bzw. der Aktivlegitimation abzuklären ist, handelt es sich um Abklärungen, die den zivilrechtlich – und im Zusammenhang mit der Bestimmung von Art. 23 Satz 2 UWG auch den strafrechtlich – relevanten Sachverhalt betreffen.

Die Aktivlegitimation gemäss Art. 9 UWG (und auch diejenige gemäss Art. 10 UWG) stellt nicht bloss eine Voraussetzung dar, welche zur Stellung eines Strafantrages berechtigt, sondern sie beantwortet die Frage, wer Träger des unmittelbar angegriffenen Rechtsgutes ist. Wer dieser Träger ist, beantwortet sich hinwieder auf Grund des zu beurteilenden Tatbestandes und dem diesem zu Grunde liegenden Sachverhalt, mithin nach materiellem Zivilrecht, welches gleichzeitig strafrechtlich relevant ist.

2.2.2. Das alte UWG verlangte bezüglich der Aktivlegitimation das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses (Lucas David, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, Bern 1997, N 621). Das neue UWG geht zwar von einem funktionalistischen Ansatz aus, dennoch kann man auf den Begriff des Wettbewerbsverhältnisses nicht endgültig verzichten, sieht doch das UWG keine Popularklage vor (Mario M. Pedrazzini/Federico A. Pedrazzini, Unlauterer Wettbewerb, UWG, 2. Auflage, Bern 2002, § 16, Ziff. 16.14; David, a.a.O., N 622). Neben der Bedrohung in der Kundschaft, dem Kredit oder dem beruflichen Ansehen und den Geschäftsverhältnissen sieht Art. 9 Abs. 1 UWG allgemein – im Sinne einer Art Generalklausel (vgl. Pedrazzini/Pedrazzini, a.a.O., § 16, N 16.05) –

als Klagevoraussetzung eine Bedrohung in den wirtschaftlichen Interessen des Geschädigten vor. Ein solches wirtschaftliches Interesse liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn ein Milchgeschäft sich mit der unlauteren Werbung eines Schuhladens befasst oder wenn Wirtschaftsverbände das Verhalten anderer Branchen durchleuchten wollen (David, a.a.O., N 622). Die Klageberechtigung ist damit gegeben bei Anständen zwischen Fabrikanten, Importeuren, Grossisten und Detaillisten, solange der Erfolg des einen denjenigen des anderen hemmt oder solange sie sich im Kampf um Kundschaft stören (David, a.a.O., N 622). Eine solche Störung ist möglich, wenn die Leistungen verschiedener Anbieter beim Verbraucher zueinander in Konkurrenz treten, unter Einschluss der Substitutionsmöglichkeiten (David, a.a.O., N 622). Die Klagelegitimation ist damit gegeben bei gleichen oder verwandten Branchen, die im gleichen geografischen Raum tätig sind (Pedrazzini/Pedrazzini, a.a.O., §6, Ziffer 16.07).

2.2.3. Einer anderen, von einem Teil der Lehre vertretenen Meinung zufolge soll das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses auch unter dem Aspekt der Klagelegitimation nicht mehr verlangt werden dürfen. Wesentlich sei vielmehr, dass der Beklagte (vorliegend der Rekursgegner 2) mit seinem Verhalten in die Wettbewerbsstellung des Klägers (bzw. vorliegend des Rekurrenten) eingreife und damit seine wirtschaftlichen Interessen im Sinne von Art. 9 Abs. 1 UWG beeinträchtige (Georg Rauber, Klageberechtigung und prozessrechtliche Bestimmungen [Art. 9 bis 15 UWG], in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/1, Lauterkeitsrecht, 2. Auflage, Basel 1998, S. 253). Rauber schränkt den Rahmen der gemäss Art. 9 Abs. 1 UWG aktivlegitimierten Personen dahingehend ein, dass es sich um eigene wirtschaftliche Interessen des Klägers (vorliegend des Rekurrenten) handeln muss (Rauber, a.a.O., S. 254), wobei wirtschaftliche Interessen im Gegensatz zu ideellen Interessen – welche letztere nicht zur Klage legitimieren – zu verstehen sind (Rauber, a.a.O., S. 255).

Zwischen dem funktionalistischen Ansatz des UWG (vgl. hierzu David, a.a.O., N 18 und N 19; Pedrazzini/Pedrazzini, a.a.O., § 1 Ziffer 1.41.) und der Klagelegitimation von Art. 9 Abs. 1 UWG besteht demnach ein Spannungsverhältnis (vgl. BGE 121 II 173 E.aa.). Das Rechtsschutzinteresse des Klägers (vorliegend des Rekurrenten) ist somit gestützt auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts nur dann zu bejahen, wenn zwischen ihm und dem Beklagten (bzw. dem Rekursgegner 2) ein Wettbewerbsverhältnis besteht. Dabei ist nur eine Tätigkeit auf dem gleichen Markt erforderlich, nicht auf der gleichen Wirtschaftsstufe.

2.2.4. Der Rekurrent betreibt, jedenfalls per 17. Oktober 2002, unter dem URL [http://www.\[...\].ch](http://www.[...].ch) eine Website. Auf deren Homepage weist er auf seine berufliche Tätigkeit als [...] wie auch auf seine Tätigkeit als [...] hin. Auf dieser Website ist auch die heutige E-Mail-Adresse des Rekurrenten aufgeführt und der Vermerk, dass er keine Werbung wünsche. Im Jahre 1999 – also auch zum Zeitpunkt des Erhalts der inkriminierten E-Mail – führte der Rekurrent in [...] ein Büro für [...] seine Website war damals unter «[www.\[...\].ch](http://www.[...].ch)» abrufbar und seine E-Mail-Adresse lautete [info@\[...\].ch](mailto:info@[...].ch) (vgl. act. 3/2 = HD act. 4/1 vgl. auch HD 4/2/1 Blatt 3, Header zum Werbe-Mail des Rekursgegners 2 vom 6. November 1999, welches an die damalige E-Mail-Adresse des Rekurrenten «[info@\[...\].ch](mailto:info@[...].ch)» ging; anders der Rekursgegner 2 in seiner Stellungnahme zum Rekurs vom 29. August 2002, Blatt 3, Ziffer 22, worin er von der heute aktuellen Website unter «[www.\[...\].ch](http://www.[...].ch)» und der heute aktuellen E-Mail-Adresse des Rekurrenten ausgeht; vgl. aber auch act. 1 S. 12 Ziff. 19 am Ende, in welcher der Rekurrent ebenfalls auf seine heutige und nicht auf seine damals relevante E-Mail-Adresse Bezug nimmt).

Der Rekursgegner 2 seinerseits betreibt – wie erwähnt (vgl. Ziffer II.1. hiervor) – einen gewerbmässigen Versand von E-Mails, in denen er technische Produkte anpreist; daneben versendet er auch Werbe-Mails, mit welchen er Kunden für den Versand von E-Mails für deren Produkte anwirbt; für solche Drittpersonen verschickt er in deren Auftrag Werbe-Mails.

Der Rekurrent und der Rekursgegner 2 sind damit nicht auf dem gleichen Wirtschaftsgebiet tätig. Die von ihnen im Internet angebotenen Tätigkeiten stehen damit in keinem Wettbewerbsverhältnis. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Auffassung des Rekursgegners 2, wonach die erstmalige Zustellung einer Werbebotschaft ein elementares Recht eines jeden Werbetreibenden darstelle, nicht zutrifft. Ebenso wenig kann aus dem Umstand, dass jemand im Internet eine Website betreibt, abgeleitet werden, die entsprechende Person sei mit der Zustellung von Werbe-Mails einverstanden; es besteht diesbezüglich auch keine Verpflichtung, dass die E-Mail-Adresse des Inhabers der Website entsprechend codiert werden muss, damit sie von allfälliger Spider-Software nicht gelesen werden kann. Zudem würde dies eine sog. Generierung der E-Mail-Adresse (Umformung einer Internet-Adresse in eine E-Mail-Adresse, vgl. auch act. 2 S. 3) nicht verhindern.

Damit ist die Klagelegitimation des Rekurrenten gestützt auf Art. 9 Abs. 1 UWG zu verneinen.

2.3. Zu prüfen ist jedoch, ob die Klagelegitimation des Rekurrenten gestützt auf Art. 10 Abs. 1 UWG gegeben ist.

Mit dem fraglichen E-Mail vom 6. November 1999 versuchte der Rekursgegner 2, Kunden für den gewerbsmässigen Versand von Werbe-Mails zu gewinnen (vgl. HD act. 2/1 Blatt 1 und 2). Bei den zu gewinnenden Kunden handelt es sich um Unternehmungen, die im Internet eine eigene Website betreiben. Mit den Werbe-Mails (bzw. Newsletters der entsprechenden, per E-Mail angesprochenen, Unternehmungen) sollen deren Produkte bzw. Dienstleistungen bei möglichen Abnehmern beworben werden. Als möglicher Kunde für den Versand solcher Werbe-Mails bzw. Newsletters wurde auch der Rekurrent angeschrieben.

Der Rekurrent ist somit als Kunde im Sinne von Art. 10 Abs. 1 UWG zu qualifizieren, demgemäss zur Klage im Sinne von Art. 10 Abs. 1 UWG legitimiert, und es steht ihm gegen die Einstellungsverfügung der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 21. Januar 2002 demnach auch das Recht zur Ergreifung eines Rekurses offen (vgl. Donatsch/Schmid, a.a.O., N11 zu § 395 StPO).

2.4. Dies gilt jedenfalls insoweit, als der Rekurrent Verstösse gegen Art. 3 UWG geltend macht. Hingegen ist fraglich, inwieweit der Rekurrent durch einen allfälligen Verstoß des Rekursgegners 2 gegen Art. 5 lit. c UWG in seinen eigenen wirtschaftlichen Interessen als möglicher Kunde bedroht sein sollte. Der Rekurrent wäre möglicher Kunde bezüglich des Versands von Werbe-Mails durch den Rekursgegner 2 für von ihm – dem Rekurrenten – allenfalls vertriebene Waren und Dienstleistungen (vgl. act. 3/3). Insoweit würde es für den Rekurrenten selbst keine Rolle spielen, woher die fraglichen E-Mail-Adressen stammen, aus denen sich die vom Rekursgegner 2 geführte Datenbank – die ein Arbeitsergebnis im Sinne von Art. 5 lit. c UWG darstellt, soweit die entsprechenden Daten der Organisation Switch (vgl. zur Switch auch Ziffer III.4.2.4. hiernach) übernommen wurden – zusammensetzt. Entscheidend ist für den potentiellen Kunden im Hinblick auf eine allfällige Bedrohung seiner wirtschaftlichen Interessen, ob die angebotene Leistung erbracht werden kann oder nicht. Dies steht aber nicht im Zusammenhang damit, ob der Rekursgegner 2 ein marktreifes Arbeitsergebnis von der Organisation Switch ohne angemessenen eigenen Aufwand übernommen hat oder nicht und dieses nun in Bezug auf den Versand von Werbe-Mails verwertet. Die gleiche Leistung würde ein potentieller Kunde auch erhalten, wenn der Anbieter für den Versand von Werbe-Mails die Adressen bzw. die Adressdatenbank auf anderem Wege – wie der Rekursgegner 2 geltend macht, mittels Spider-Software, Generieren von E-Mail-Adressen und Verwertung von Telefonbucheinträgen – erhältlich gemacht hätte (vgl. HD act. 4/5 S. 3).

Damit ist die Klagelegitimation des Rekurrenten in Bezug auf Art. 5 lit. c UWG zu verneinen. Im Übrigen ist der Rekurrent jedoch bezüglich der von ihm geltend gemachten UWG-Straftatbestände aktiv- und damit auch rekurslegitimiert.

3. Art. 34 Abs. 2 DSG

Bei Art. 34 Abs. 2 DSG handelt es sich um einen Übertretungstatbestand, beträgt die Strafdrohung doch Haft oder Busse. Das DSG sieht selber keine Verjährungsvorschriften vor, so dass die Verjährungsvorschriften des Strafgesetzbuches zur Anwendung kommen. Diesbezüglich ist auf die Ausführungen in Ziffer III.4.1. bis Ziffer III.4.1.4. hiernach zu verweisen.

Damit entfällt die Prüfung der Aktivlegitimation des Rekurrenten wie auch die Prüfung eines allfälligen Verstosses gegen Art. 34 Abs. 2 lit. a DSG in Verbindung mit Art. 11 Abs. 3 lit. b DSG.

Der Rekurs ist somit bezüglich eines allfälligen Verstosses gegen Art. 34 Abs. 2 lit. a UWG in Verbindung mit Art. 11 Abs. 3 lit. b DSG abzuweisen.

4. Zur Legitimation bezüglich der StGB-Straftatbestände

4.1. Bei Art. 179 septies StGB handelt es sich um einen Übertretungstatbestand, der zudem nur auf Antrag strafbar ist.

Gemäss Art. 109 StGB verjährt die Strafverfolgung von Übertretungen seit dem 1. Oktober 2002 in drei Jahren, die Strafe einer Übertretung in zwei Jahren. Bis zu diesem Zeitpunkt – also auch im Zeitpunkt, in welchem der Rekurrent dem Rekursgegner 2 einen Verstoss gegen Art. 179septies StGB vorwarf – betrug die Verfolgungsverjährung für Übertretungen noch ein Jahr (Art. 109 aStGB; relative Frist; die absolute Verjährungsfrist betrug gemäss Art. 72 Ziff. 2 Abs. 2 aStGB zwei Jahre).

Die Verjährung ist von Amtes wegen zu berücksichtigen.

4.1.1. Die relative Verjährungsfrist wird durch jede Untersuchungshandlung oder Verfügung einer Strafverfolgungsbehörde oder des Gerichts gegenüber dem Täter unterbrochen (BGE 115 IV 99, Art. 72 Ziff. 2 aStGB). Es muss sich dabei um Tätigkeiten handeln, die dem Fortgang des Verfahrens dienen und nach aussen in Erscheinung treten.

Zu den verjährungsunterbrechenden Untersuchungshandlungen gehören u.a. Zeugeneinvernahmen, Anordnung von Expertisen sowie Untersuchungshandlungen polizeilicher Ermittlungsorgane im Auftrag einer Strafverfolgungsbehörde. Vorliegendenfalls wurde die Stadtpolizei Zürich am 11. April 2000 mit den Ermittlungen im vorliegenden Verfahren betraut (act. 7/1). Es liefen weitere interne Abklärungen betreffend Ermittlungsauftrag/Verfahrensstand und abzuklärende Themenkreise (vgl. act. 7/2-6). Dabei handelte es sich jedoch um rein interne Vorkehrungen, die nicht geeignet waren, die gegenüber dem Rekursgegner 2 laufende Verjährungsfrist zu unterbrechen.

Das fragliche Werbe-Mail wurde am 6. November 1999 verschickt, am 6. Dezember 1999 erstattete der Rekurrent Strafanzeige bzw. stellte Strafantrag wegen Missbrauchs einer Fernmeldeanlage. Die ersten Ermittlungshandlungen der Polizei erfolgten am 7. November 2001; am 8. November 2001 wurde der Rekursgegner 2 polizeilich einvernommen (act. 4/3; act. 4/5). Bei dieser Einvernahme handelt es sich um die erste, gegenüber dem Rekursgegner 2 vorgenommene verjährungsunterbrechende Handlung. Somit wurden während rund zwei Jahren keine verjährungsunterbrechenden Ermittlungshandlungen vorgenommen.

Die relative Verjährungsfrist von Art. 109 aStGB war damit am 6. November 2000 abgelaufen.

4.1.2. Mit dem Inkrafttreten der neuen Bestimmung von Art. 109 StGB am 1. Oktober 2002 wurde die Verfolgungsverjährung für Übertretungen auf drei Jahre angesetzt. Die Bestimmung von Art. 72 StGB über Ruhen und Unterbrechen der Verfolgungsverjährung wurde aufgehoben. Damit wäre die Verjährung von Art. 179septies StGB erst am 6. November 2002 eingetreten.

4.1.3. Gemäss Art. 337 StGB finden die Bestimmungen dieses Gesetzes über die Verfolgungs- und die Vollstreckungsverjährung auch Anwendung, wenn eine Tat kurz vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes verübt oder beurteilt worden ist und dieses Gesetz für den Täter das mildere ist.

Die Bestimmung von Art. 179septies StGB wurde nicht geändert, hingegen erfuhren die Bestimmungen über die Verjährungsfristen, die auf Übertretungsstraftatbestände anwendbar sind, eine Verschärfung.

Da eine Bestrafung des Täters wegen eines Verstosses gegen Art. 179septies StGB nach altem Recht nicht mehr erfolgen kann, währenddem eine Bestrafung nach neuem Recht bis zum 6. November 2002 möglich gewesen wäre, ist das alte Recht als das mildere zu qualifizieren, und es ist davon auszugehen, dass allfällige gegen Art. 179septies StGB verstossende Handlungen des Rekursgegners 2 bereits am 6. November 2000 verjährt waren.

4.1.4. Es würde im Übrigen wohl widersinnig anmuten, wenn eine strafbare Handlung nach altem Recht verjährt gewesen ist, wenn die Verjährungsfrist gestützt auf das neue Recht wieder aufleben würde.

Damit entfällt die Prüfung der Aktivlegitimation des Rekurrenten wie auch die Prüfung eines allfälligen Verstosses gegen Art. 179septies StGB (vgl. hierzu im Übrigen act. 2 S. 5f., Ziffer 4 lit. a bis c der Begründung der Einstellungsverfügung vom 21. Januar 2002).

Der Rekurs ist somit bezüglich eines allfälligen Verstosses gegen Art. 179septies StGB ist somit abzuweisen.

4.2. Zur Rekursergreifung sind gemäss § 395 Abs. 1 Ziff. 2 StPO die Geschädigten, d.h. jene Personen, welchen durch die der gerichtlichen Beurteilung unterstellten Handlungen unmittelbar ein Schaden zugefügt wurde, legitimiert.

4.2.1. Bezüglich Art. 144bis Abs. 1 StGB machte der Rekurrent geltend, durch den Versand der Werbe-Mails habe der Rekursgegner 2 dafür gesorgt, dass seine E-Mails gegen den Willen etlicher Empfänger in deren E-Mail-Dateien platziert worden seien und somit den Inhalt von deren Festplatte verändert hätten. Der Fall sei mit dem Wirken eines Computervirus vergleichbar (act. 3/2 S. 4 = act. 4/1 S. 4). Auch der Rekurrent empfing ein derartiges E-Mail des Rekursgegners 2, das in seiner E-Mail-Datei gespeichert wurde. Damit ist der Rekurrent diesbezüglich als aktivlegitimiert zu qualifizieren.

4.2.2. Soweit der Rekurrent das Vorliegen strafbarer Handlungen geltend macht, die sich gegen die Provider richten, über welche die Massen-E-Mails des Rekursgegners 2 versandt wurden, ist er jedoch nicht geschädigt (vgl. act. 3/2 S. 3 = act. 4/1 S. 3). Vielmehr sind dies – soweit eine strafbare Handlung vorliegt – die betroffenen Provider (vgl. zur Begründung auch die Einstellungsverfügung der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 21. Januar 2002; act. 2 S. 4f. = act. 4/8 S. 4f. betreffend den Straftatbestand des Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB).

Das Gleiche gilt bezüglich eines allfälligen Verstosses gegen Art. 150 StGB (Erschleichen einer Leistung); auch hier nimmt der Rekurrent keine Geschädigtenstellung ein. Vielmehr wären die betroffenen Provider als Geschädigte zu qualifizieren. Zudem handelt es sich bei Art. 150 StGB um ein Antragsdelikt. Antragsberechtigt wären die betroffenen Provider. Diese haben jedoch keinen Strafantrag gestellt (zum Strafantrag vgl. im Übrigen die Ausführungen in Ziffer III.1.2. hiervor), weshalb bereits aus diesem Grund auf die Strafanzeige bzw. den Strafantrag des Rekurrenten infolge Fehlens einer Prozessvoraussetzung nicht einzutreten wäre.

Gesamthaft ist somit festzuhalten, dass der Rekurrent bezüglich der von ihm geltend gemachten strafbaren Handlungen des Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB und des Erschleichens einer Leistung im Sinne von Art. 150 StGB nicht geschädigt und somit auch nicht zum Rekurs legitimiert ist.

4.2.3. Hingegen ist der Rekurrent bezüglich des von ihm geltend gemachten Straftatbestandes von Art. 181 StGB – er sei durch den Rekursgegner 2 gezwungen worden, die E-Mail-Werbung entgegenzunehmen und dafür Provider- und Telefongebühren zu bezahlen und Zeit aufzuwenden ohne die Möglichkeit, die Zustellung solcher Werbung vorab zu verhindern oder vor dem Herunterladen als unerwünschte Werbung zu erkennen – als legitimiert zu qualifizieren (act. 3/2 S. 3 = HD act. 4/1 S. 3).

In seinem Strafantrag vom 6. Dezember 1999 führte der Rekurrent im Zusammenhang mit dem Betrugstatbestand auch den Straftatbestand von Art. 156 Abs. 2 StGB auf (act. 3/2 S. 3 unten = HD act. 4/1 S. 3 unten; Art. 156 StGB [Erpressung] ist aber nicht in Absätze, sondern in Ziffern gegliedert). Nachdem der Rekurrent im nachfolgenden Text jedoch auf den Tatbestand von Art. 150 StGB (Erschleichen einer Leistung) hinweist, ist davon auszugehen, dass es sich diesbezüglich um einen Verschrieb handelt.

4.2.4. Der unbefugten Datenbeschaffung im Sinne von Art. 143 Abs. 1 StGB macht sich schuldig, wer in der Absicht, sich oder einen anderen unrechtmässig zu bereichern, sich oder einem andern elektronisch gespeicherte und übermittelte Daten beschafft, die nicht für ihn bestimmt und gegen seinen unbefugten Zugriff gesichert sind.

Der Rekurrent brachte in seiner Strafanzeige vor, die Spammer (Versender von Massen-Werbe-Mails) gelangten etwa über den Grau- und Schwarzhandel mit Internet-Adressen an ihr Adressmaterial oder beschafften sich dieses in hiezulande meist rechtswidriger Weise aus Internet-Verzeichnissen oder durch das Absuchen von Beiträgen in Diskussionsforen oder Homepages. Wegen regelmässiger derartiger Missbräuche habe sich beispielsweise die offizielle Schweizer Internet-Adressverwaltungsstelle Switch gezwungen gesehen, ihr Datenbanksystem technisch stärker abzuschotten und an sich nützliche Informationen letztlich für alle zu sperren (act. 3/2 S. 3). Im Weiteren führte er aus, der Rekursgegner 2 habe offenbar eine Kopie des kompletten Adressdatenbestandes der Internet-Adressverwalterin Switch angefertigt und diesen für seinen eigenen Werbeversand gebraucht und offenbar auch für weitere Versendungen von Werbung gegen Bezahlung angepriesen (act. 3/2 S. 4). In seinem Rekurs vom 27. Februar 2002 hielt der Rekurrent daran fest, dass sich der Rekursgegner 2 Adressmaterial ohne Einwilligung der betroffenen Personen besorgt und zweckwidrig verwendet habe. Er gebe selber zu, dass er die Adressen anhand

existierender aktiver Schweizer Homepage-Adressen «generiert» habe. Die Liste der existierenden und aktiven «.ch»-Internet-Adressen könne originär nur von der Zürcher Stiftung Switch stammen, da sie die einzige Registrierstelle für die entsprechenden Internet-Adressen sei. Sie verbiete die Verwendung der Adressen für Werbezwecke. Die (vom Rekursgegner 2 zugegebene) Generierung von E-Mail-Adressen für Werbezwecke auf Grund einer Liste der Schweizer Internet-Adressen sei damit immer rechtswidrig, gleichgültig, ob der Rekursgegner 2 diese Liste von der Switch direkt oder indirekt bezogen habe (act. 1 S. 11).

Jede Website hat im Internet eine bestimmte Adresse, den sog. URL (Uniform Resource Locator, z.B. [http://www.\[...\].ch](http://www.[...].ch) bezüglich des Rekurrenten im Zeitpunkt des Erhalts des Werbe-Mails des Rekurrenten). Der Domain Name lautet [www.\[...\].ch](http://www.[...].ch). Dabei bildet «ch» den sog. Top Level Domain Name («ch» für die Schweiz), «[...]» bildet den Domain Name oder auch den Second Level Domain Name und «www» ist der Name für den Internet Server oder auch Host Name. Domain Names mit der Endung «ch» und «li» (für Liechtenstein) werden in der Schweiz von der Organisation Switch registriert (www.switch.ch). Jeder Benutzer, der einen (second level) Domain Name registrieren will, hat das entsprechende Registrierungsverfahren zu durchlaufen (vgl. hierzu die Registrierungsmöglichkeit auf www.switch.ch).

Datenberechtigte an den bei ihr registrierten Domain Names ist die Switch. Ihr steht die tatsächlich und rechtlich begründete Macht zu, über Speicherung, Löschung und Einsatz bzw. Verwendung oder Weitergabe der Daten entsprechend den von ihr aufgestellten Regelungen zu verfügen. Hatte der Rekurrent seinen damaligen Domain Name ([www.\[...\].ch](http://www.[...].ch)) bei der Switch registriert, ist er als Datenbetroffener zu bezeichnen (vgl. hierzu Niklaus Schmid, Computer- sowie Check- und Kreditkartenkriminalität, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich 1994, § 2 N 66ff., insbes. N 68).

Als Datenberechtigte ist die Switch Geschädigte, wenn Dritte die von ihr verwalteten Domain Names für Werbezwecke verwenden (unter Umwandlung beispielsweise des Domain Name des Rekurrenten von «[www.\[...\].ch](http://www.[...].ch)» in die E-Mail-Adresse «[info@\[...\].ch](mailto:info@[...].ch)», wird doch häufig der Begriff «info» als Mailkontoname bzw. Benutzername verwendet). Der Rekurrent als Datenbetroffener ist jedoch nicht Geschädigter und als solcher somit nicht rekurslegitimiert (vgl. Schmid, a.a.O., § 2 N 69 sowie § 4 N 22).

5. Markenrechtsverletzung

In seiner Strafanzeige bzw. seinem Strafantrag vom 6. Dezember 1999 machte der Rekurrent im Weiteren geltend, es liege möglicherweise auch eine vorsätzliche Markenverletzung im Zusammenhang mit der Verwendung einer fremden Absenderadresse (europa.com) vor (act. 3/2 S. 4).

Aus dem Header des Werbe-Mails vom 6. November 1999 ergibt sich, dass dieses offenbar über den Provider «[x\[...\]ch](http://x[...]ch)» versandt wurde (vgl. act. 3/5 = act. 4/2/1 Blatt 3). Demgegenüber enthielt das vom Rekursgegner 2 versandte Werbe-Mail den Absender «[\[...\]@europa.com](mailto:[...]@europa.com)» (act. 3/3 = HD act. 4/2/1 Blatt 1 und 2). Damit steht fest, dass der Rekursgegner 2 – indem er als Absender-Adresse den Provider «europa.com» verwendete, obwohl das Werbe-Mail effektiv über den Provider «[x\[...\]ch](http://x[...]ch)» versandt wurde – eine falsche Absenderadresse verwendet hat (damit liegt jedenfalls kein mit den beiden Entscheiden «berneroberland.ch» [sic! 2000 S. 403ff.] und «www.luzern.ch» [sic! 2000 S. 516ff. bzw. «hotmail.ch» [sic! 2000 S. 26f und S. 393ff.] vergleichbarer Fall vor; vgl. auch David Rosenthal, Entwicklungen im Domainnamen-Recht, sic! 2000, S. 421ff.).

Die Marke ist ein Zeichen, das geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden (Art. 1 Abs. 1 MSchG). Marken können insbesondere Wörter, Buchstaben, Zahlen, bildliche Darstellungen, dreidimensionale Formen oder Verbindungen solcher Elemente untereinander oder mit Farben sein (Art. 1 Abs. 2 MSchG). Gemäss Art. 5 MSchG entsteht das Markenrecht mit der Eintragung der Marke im Register. Soweit der Provider «europa.com» die fragliche Bezeichnung im Markenregister eingetragen hat, geniesst er den strafrechtlichen Schutz von Art. 61ff. MSchG.

Geschädigter gemäss Art. 61 und Art. 62 MSchG ist derjenige, der in seinen Markenrechten verletzt wird. Dies ist vorliegend der Provider «europa.com», soweit er die entsprechende Marke im Markenregister eingetragen hat. Der Rekurrent ist jedoch bezüglich einer allfälligen Markenrechtsverletzung nicht geschädigt. Damit ist er auch nicht rekursberechtigt.

6. Gesamthaft ist somit festzuhalten, dass die Aktivlegitimation des Rekurrenten bezüglich eines Verstosses gegen Art. 23 UWG in Verbindung mit Art. 3 lit. b, c, d und i UWG gegeben ist. Ebenso ist die Aktivlegitimation bezüglich eines Verstosses gegen Art. 144bis StGB sowie Art. 181 StGB zu bejahen.

Demgegenüber ist die Aktivlegitimation bezüglich eines Verstosses gegen Art. 23 UWG in Verbindung mit Art. 5 lit. c UWG zu verneinen, währenddem die Übertretungen von Art. 34 Abs. 2 lit. a DSGVO in Verbindung mit Art. 11 Abs. 3 lit. B DSGVO und Art. 179septies StGB verjährt sind und diesbezüglich eine allfällige Aktivlegitimation des Rekurrenten nicht mehr zu prüfen ist. Ebenso ist die Aktivlegitimation des Rekurrenten bezüglich eines allfälligen Verstosses gegen Art. 146 Abs. 1 StGB, Art. 150 StGB, Art. 143 StGB sowie Art. 61 MSchG und Art. 62 MSchG zu verneinen. Diesbezüglich ist der Rekurs abzuweisen.

IV.

1. Der Rekurrent machte in seinem Rekurs vom 27. Februar 2002 im Weiteren geltend, es seien seine Geschädigtenrechte verletzt worden. Gemäss § 10 StPO habe der Geschädigte das Recht, sowohl Einblick in die Akten zu nehmen als auch den Einvernahmen des Angeschuldigten beizuwohnen, soweit dies ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks geschehen könne. Er sei über die Einvernahme des Rekursgegners 2 nicht informiert worden. Dies hätte den Untersuchungszweck nicht gefährdet. Im Gegenteil, wenn er – der über die nötige technische und rechtliche Fachkunde verfüge – anwesend gewesen wäre, hätte die Fehlleistung der Bezirksanwaltschaft Zürich wohl vermieden werden können, und es wäre zu einer Anklage gekommen (act. 1 S. 23).

2.1. Gemäss § 25 Abs. 1 StPO wird die Untersuchung durch die Bezirksanwaltschaft geführt, soweit das Gesetz nicht etwas anderes bestimmt. Die Bezirksanwaltschaft kann sich bei der Vornahme von Untersuchungshandlungen – wozu auch Einvernahmen gehören – allerdings der Hilfe der Polizei bedienen (§ 26 Abs. 1 Satz 1 StPO). In der Praxis wird die Einvernahme der Beteiligten denn auch in beträchtlichem Umfang an die Polizei delegiert (vgl. Donatsch/Schmid, a.a.O., N 3 zu § 26 StPO). Eine allzu weit gehende Delegation von Einvernahmen an die Polizei birgt aber die Gefahr, dass Teilnahmerechte des Angeschuldigten sowie des bzw. der Geschädigten, welche von der StPO nur für die untersuchungsrichterlichen und nicht für die polizeilichen Einvernahmen gewährt werden, umgangen werden. So muss der Angeschuldigte erst in der untersuchungsrichterlichen Einvernahme auf sein Aussageverweigerungsrecht (§ 11 Abs. 1 StPO) hingewiesen werden, ist der Verteidiger des Angeschuldigten zu den polizeilichen Einvernahmen praxisgemäss nicht zugelassen (Schmid, Strafprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1997, N 494 mit Verweis auf FN 78 mit Hinweisen) und darf der Angeschuldigte nur an untersuchungsrichterlichen Einvernahmen von Zeugen und Auskunftspersonen teilnehmen und Ergänzungsfragen stellen (§ 14 Abs. 1 StPO). Die vom Angeschuldigten bei der Polizei gemachten Aussagen sind denn auch nur verwertbar, soweit sie dem Angeschuldigten in einem späteren Verfahrensstadium mit der Möglichkeit der Teilnahme eines Verteidigers vorgehalten wurden und er dazu Stellung nehmen konnte (ZR 94 [1995] Nr. 15 und Nr. 47). Andererseits ist auch das Recht des Geschädigten auf Teilnahme von Zeugen, Sachverständigen und des Angeschuldigten gemäss § 10 Abs. 1 und 3 StPO sowie Art. 6 KV auf untersuchungsrichterliche Einvernahmen beschränkt. Aus diesem Grund hat die Bezirksanwaltschaft die wesentlichen Einvernahmen selbst durchzuführen (Schmid, a.a.O., N 786). Dem entspricht auch die in Ziff. 32.1 der Weisungen für die Untersuchungsführung (WBA, Bereinigte und ergänzte Sammlung der Kreisschreiben der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich an die Bezirksanwaltschaften, Zürich 1994, mit Nachträgen vom Oktober 1995) enthaltene Vorschrift, wonach der Bezirksanwalt bzw. die Bezirksanwältin Leiter(in) der Strafuntersuchung ist, auch über die an die Polizei delegierten Ermittlungen die Verfahrensherrschaft ausübt und darauf zu achten hat, dass sich polizeiliche Ermittlungshandlungen, bei welchen Angeschuldigte und Geschädigte ihre Parteirechte nicht ausüben können, auf das für die Feststellung des objektiven Sachverhalts Notwendige beschränken.

2.2. Mit Bezug auf die erwähnten Teilnahmerechte des Angeschuldigten – vorliegend des Rekursgegners 2 – ist der Verzicht auf Durchführung einer bezirksanwaltschaftlichen Einvernahme naturgemäss unproblematisch, wenn die Untersuchung im Sinne von § 39 StPO ohnehin eingestellt wird. Was die Teilnahmerechte des Geschädigten – vorliegend des Rekurrenten – betrifft, sind die Einvernahmen des Angeschuldigten einerseits sowie jene von Zeugen und Sachverständigen andererseits zu unterscheiden. Auf Teilnahme an den untersuchungsrichterlichen Einvernahmen des Angeschuldigten hat der Geschädigte keinen erzwingbaren Anspruch, ist doch die Bezirksanwaltschaft

berechtigt, im Interesse der Untersuchungsführung – aber auch auf Wunsch des Angeschuldigten – den Angeschuldigten in Abwesenheit des Geschädigten einzuvernehmen (§ 10 Abs. 3 StPO, vgl. Schmid, a.a.O., N 516 sowie WBA Ziff. 22.2). Wenn daher vorliegend der Rekurrent als Geschädigter auch bei Durchführung einer bezirksanwaltschaftlichen Einvernahme des Rekursgegners 2 als Angeschuldigtem keinen unbedingten Anspruch auf Teilnahme und auf Stellung von Ergänzungsfragen gehabt hätte, ist nicht ersichtlich, weshalb seine Geschädigtenrechte dadurch verletzt sein sollten, dass auf die untersuchungsrichterliche Einvernahme des Angeschuldigten überhaupt verzichtet wurde. Vielmehr ist festzuhalten, dass die Nichtdurchführung einer bezirksanwaltschaftlichen Einvernahme des Angeschuldigten die Verfahrensrechte des Rekurrenten als Geschädigtem nicht verletzte und dieser allein daraus nichts gegen die Einstellungsverfügung vom 21. Januar 2002 ableiten kann.

Ausserdem ist nicht ersichtlich, welche Zeugen – ausser dem Rekurrenten selbst – die Untersuchungsbehörde hätte einvernehmen sollen, soweit der Rekurrent überhaupt Geschädigter ist (vgl. die Ausführungen in Ziffer 3.2.2. bezüglich allfällig geschädigter Provider in Bezug auf die Straftatbestände des Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB und des Erschleichens einer Leistung im Sinne von Art. 150 StGB; in Ziffer III.3.2.5. bezüglich der unbefugten Datenbeschaffung im Sinne von Art. 143 Abs. 1 StGB gegenüber der Switch; in Ziffer III.3.2.6. bezüglich der Markenrechtsverletzung im Sinne von Art. 61 und Art. 62 MSchG gegenüber dem Provider «europa.com»).

2.3. Zu prüfen bleibt, ob die Einstellung einer Strafuntersuchung gemäss § 39 StPO in formeller Hinsicht – unabhängig von den Verfahrensrechten der Beteiligten – voraussetzt, dass bezirksanwaltschaftliche Einvernahmen durchgeführt wurden. Dies ist zu verneinen. Neben einer definitiven Einstellung einer Strafuntersuchung besteht die Möglichkeit von deren Nichtanhandnahme, wobei sich diese in ihrer Rechtswirkung nicht von einer definitiven Verfahrenseinstellung nach durchgeführter Untersuchung unterscheidet. Eine Nichtanhandnahmeverfügung ergeht, wenn die Bezirksanwaltschaft ein Verfahren ohne eigene Untersuchungshandlungen einstellt, was namentlich auch dann der Fall ist, wenn das Verfahren nach Durchführung polizeilicher Ermittlungen ohne eigentliche Untersuchungshandlungen eingestellt wird. In der Praxis ergehen in derartigen Fällen aber oft Einstellungsverfügungen, was aber – wie erwähnt – keine unterschiedlichen Rechtswirkungen nach sich zieht (Donatsch/Schmid, a.a.O., N 5 zu § 38 StPO). Vorliegend stützt sich die angefochtene Einstellungsverfügung im Wesentlichen auf polizeiliche Ermittlungen, namentlich die polizeiliche Befragung des Rekursgegners 2 als Angeschuldigtem und nicht auf eigentliche bezirksanwaltschaftliche Untersuchungshandlungen. Ob die Einstellungsverfügung vom 21. Januar 2002 unter diesen Umständen eigentlich eine Nichtanhandnahmeverfügung darstellt, kann dabei offen bleiben. Nach dem Gesagten steht jedenfalls fest, dass die Verfahrenseinstellung auf Grund polizeilicher Ermittlungen und ohne bezirksanwaltschaftliche Untersuchungshandlungen an sich ohne weiteres zulässig ist und die Vorschrift von § 25 StPO durch die Verfahrenseinstellung ohne Vornahme bezirksanwaltschaftlicher Untersuchungshandlungen – namentlich bezirksanwaltschaftlicher Einvernahmen – nicht verletzt.

2.4. Es ist somit festzuhalten, dass die Einstellungsverfügung vom 21. Januar 2002 in formeller Hinsicht auch ohne vorangegangene untersuchungsrichterliche Einvernahme oder andere Untersuchungshandlungen rechtmässig ist.

V.

Nachfolgend ist zu prüfen, ob seitens des Rekursgegners 2 Verstösse gegen Art. 181 StGB, Art. 144bis StGB sowie gegen Art. 3 lit. b, c und d sowie Art. 3 lit. i UWG (bzw. allenfalls Art. 5 lit. c UWG und gegen Art. 34 Abs. 2 lit. a DSGVO i.V.m. Art. 11 Abs. 3 lit. b DSGVO; vgl. diesbezüglich die Ausführungen in Ziffer III.3. und Ziffer III.2.4. hiervor) vorliegen.

1. In seiner Strafanzeige/seinem Strafantrag vom 6. Dezember 1999 stellte der Rekurrent wegen Verstosses gegen Art. 3 lit. b UWG, Art. 3 lit. c und d UWG sowie gegen Art. 3 lit. i UWG und Art. 5 lit. c UWG ausdrücklich Strafantrag (vgl. act. 3/2). Der Vollständigkeit halber prüfte die Bezirksanwaltschaft Zürich in ihrer Einstellungsverfügung vom 21. Januar 2002 auch das Vorliegen eines möglichen Verstosses gegen Art. 3 lit. h UWG.

Bei den Verstössen gegen das UWG handelt es sich, wie erwähnt (vgl. Ziffer III.1.2. hiervor), durchwegs um Antragsdelikte. Dabei muss der Antrag den Sachverhalt präzisieren, der Gegenstand der Strafverfolgung sein soll (vgl. Trechsel, a.a.O., N 8 vor Art. 28 StGB), wobei der Antragsteller aus mehreren Sachverhalten eine Auswahl treffen kann. Der Strafantrag hat somit klar anzugeben, welche Sachverhalte als strafbar zu qualifizieren sind. Der Untersuchungsgrundsatz kann sich nur auf diejenigen Sachverhalte beziehen, die der Antragsteller verfolgt wissen will; nur bezüglich dieser Sachverhalte hat die Untersuchungsbehörde – soweit notwendig – Ermittlungen zu tätigen. Insoweit ist vorliegend nicht zu prüfen, ob allenfalls auch ein Verstoß gegen Art. 3 lit. h UWG gegeben sein könnte.

In materieller Hinsicht ist in diesem Zusammenhang immerhin auf die Ausführungen in der Einstellungsverfügung der Rekursgegnerin 1 vom 21. Januar 2002 hinzuweisen, wonach der objektive Tatbestand von Art. 3 lit. h UWG nicht erfüllt ist, da das Versenden von unerwünschten E-Mails mangels Versetzung des Empfängers in eine psychische Zwangslage in der Schweiz bisher nicht strafbar ist (vgl. act. 2 S.8, Ziff. 8 mit Verweis auf Baudenbacher und Jöhri; vgl. auch Rolf H. Weber, E-Commerce und Recht, Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen, Zürich 2001, S. 276f. und Martin Spirig, Lauterkeitsrechtliche Konflikte im Internet, Ökonomische Analyse und Rechtsvergleichung, Diss. St. Gallen, 2001, S. 231ff.; vgl. auch den 9. Tätigkeitsbericht des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten für die Jahre 2001/2002, Ziffer 8.2. zu unerwünschter E-Mail-Werbung unter: <http://www.edsb.ch/d/doku/jahresberichte/tb9/index.htm> sowie das Merkblatt des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten über unerwünschte E-Mail-Werbung unter: <http://www.edsb.ch/d/doku/merkblaetter/spam.htm>; vgl. auch David Rosenthal, Rechtliche Handhabe gegen Spamming, in: Digma 2002, Heft 2, S.83; derselbe: Unverlangte Werbe-E-Mail ohne Rechtsfolgen, in: medialex 4/99, S. 203f.).

2. Im Rahmen des StGB sind die Straftatbestände von Art. 181 StGB sowie von Art. 144bis StGB zu prüfen (vgl. Ziff. III.6. hiervor).

2.1. Der Nötigung im Sinne von Art. 181 StGB macht sich schuldig, wer jemanden durch Gewalt oder Androhung ernstlicher Nachteile oder durch andere Beschränkung seiner Handlungsfähigkeit nötigt, etwas zu tun, zu unterlassen oder zu dulden. Vorliegend steht lediglich die letztere Möglichkeit der «anderen Beschränkung der Handlungsfreiheit» einer bestimmten Person zur Diskussion. Die Generalklausel «andere Beschränkung der Handlungsfreiheit» ist jedoch auf Grund ihrer weiten Formulierung einschränkend auszulegen; sie muss das üblicherweise geduldete Mass der Beeinflussung in ähnlicher Weise eindeutig überschreiten wie Gewalt und ernstliche Drohung und sich in ihrer Intensität ähnlich der Gewalt auswirken (Trechsel, a.a.O., N 7 zu Art. 181 StGB).

Diesbezüglich machte der Rekurrent geltend, er sei genötigt worden, das fragliche Werbe-Mail entgegenzunehmen und dafür Provider- und Telefongebühren zu bezahlen sowie Zeit aufzuwenden, ohne die Möglichkeit zu haben, die Zustellung solcher Werbung vorab zu verhindern oder vor dem Herunterladen als unerwünschter Werbung zu erkennen (act. 3/2 S. 3 = act. 4/1 S. 3).

In diesem Zusammenhang kann auf die Begründung in der Einstellungsverfügung der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 21. Januar 2002 verwiesen werden. Zutreffend ist, dass der Zugang eines E-Mails in den elektronischen Briefkasten automatisch erfolgt, ohne dass der Empfänger dafür etwas tun oder unterlassen muss, womit in diesem Stadium keine Beeinträchtigung der Willens- und Entscheidungsfreiheit des Empfängers vorliegt. Wie die Rekursgegnerin 1 ausführt, kann eine Nötigung im Zusammenhang mit dem Abrufen des empfangenen Werbe-Mails nur dann vorliegen, wenn der Empfänger vom Täter durch die Willens- und Entscheidungsfreiheit einschränkende Zwangsmittel gezwungen wird, das empfangene Werbe-Mail abzurufen. Solche Zwangsmittel machte der Rekurrent jedoch nicht geltend, so dass der Tatbestand der Nötigung insoweit nicht erfüllt ist (vgl. im Weiteren die Ausführungen in act. 2 S. 6, lit. c der Einstellungsverfügung der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 12. Januar 2002).

Im Übrigen handelt es sich vorliegend lediglich um ein einzelnes Werbe-Mail, das dem Rekurrenten seitens des Rekursgegners 2 zugegangen ist, kann doch die Antwort des Rekursgegners 2 auf die Anfrage des Rekurrenten a priori nicht als strafrechtlich relevant qualifiziert werden (vgl. act. 3/4). Ein derartiger einmaliger Versand eines Werbe-Mails kann aber wohl kaum die vom Gesetz geforderte Intensität einer anderen Beschränkung der Handlungsfähigkeit erreichen, wollte man davon ausgehen, dass durch Werbe-Mails der Straftatbestand der

Nötigung im Sinne von Art. 181 StGB überhaupt erfüllt werden kann. Vielmehr dürfte der Tatbestand der Nötigung diesfalls erst erfüllt sein, wenn trotz Widerspruchs des Empfängers gegenüber dem Versender der Werbe-Mails ersterem weitere Werbe-Mails zugesandt werden (vgl. David Rosenthal, Projekt Internet – Was Unternehmen über Internet und Recht wissen müssen, Zürich 1997, S. 108; vgl. auch Martin Spirig, Lauterkeitsrechtliche Konflikte im Internet, Ökonomische Analyse und Rechtsvergleichung, Diss. St. Gallen 2001, S. 227).

Der Straftatbestand der Nötigung im Sinne von Art. 181 StGB ist somit bereits in objektiver Hinsicht nicht erfüllt.

2.2.1. Der Tatbestand von Art. 144bis Ziff. 1 StGB ist erfüllt, wenn jemand unbefugt elektronisch oder in vergleichbarer Weise gespeicherte oder übermittelte Daten verändert, löscht oder unbrauchbar macht. Der Rekurrent machte diesbezüglich in seiner Strafanzeige bzw. seinem Strafantrag vom 6. Dezember 1999 geltend, das Werbe-Mail des Rekursgegners 2 sei gegen seinen Willen in seine E-Mail-Dateien platziert worden und habe somit den Inhalt seiner Festplatte verändert. Der Fall sei zu vergleichen mit dem Wirken eines Computervirus, wie ihn dieser Tatbestand erfasse. Auch hier fange sich der Benutzer aus dem Internet etwas ein, das er an sich nicht wolle, er könne sich dagegen aber erst wehren, wenn es bereits auf seiner Festplatte sei (act. 3/2 S. 4).

Der Tatbestand von Art. 144bis Ziff. 1 StGB ist erfüllt, wenn Daten (d.h. Informationen über einen Sachverhalt in Form von Buchstaben, Zahlen, Zeichen, Zeichnungen u.ä., die zur weiteren Verwendung vermittelt, verarbeitet oder aufbewahrt werden) verändert, gelöscht oder unbrauchbar gemacht werden. Geschützt sind dabei Daten, an denen der Täter nicht berechtigt ist. Die Veränderung kann in einer Ergänzung eines Textes, in Unordnung-Bringen von Informationen, Einführen einer Codierung oder Infizieren mit einem Virus bestehen, das Unbrauchbar-Machen (gemeint sind über die beiden ersten Tatbestandvarianten hinausgehende Vorkehrungen) kann in einer unberechtigten Änderung von Passwörtern, Chiffriersystemen etc. bestehen. Dabei ist entscheidend, dass der Eingriff irreversibel ist, also nicht oder zumindest nicht ohne besonderen Aufwand rückgängig gemacht werden kann und dass er eine gewisse Erheblichkeit aufweist (Trechsel, a.a.O., N 3ff. zu Art. 144bis StGB; vgl. auch Niklaus Schmid, Computer- sowie Check- und Kreditkartenkriminalität, Zürich 1994, S. 188ff.).

Das fragliche Werbe-Mail wurde bei seinem Zugang im elektronischen Briefkasten auf der Festplatte der EDV-Anlage des Rekurrenten gespeichert. Er machte aber nicht geltend, dass dadurch die übrigen auf der Festplatte gespeicherten Daten eine Veränderung erfahren hätten, unbrauchbar gemacht worden seien oder der Zugriff zu diesen Daten verunmöglicht worden sei. Er brachte lediglich vor, der Inhalt der Festplatte sei durch das fragliche Werbe-Mail verändert worden. Vielmehr endete der Empfang der Werbe-Mail mit der Speicherung auf der Festplatte, ohne dass die übrigen auf der Festplatte gespeicherten Daten verändert, gelöscht oder unbrauchbar gemacht worden wären. Dem Rekurrenten war es zudem möglich, den Speichervorgang durch Löschen des fraglichen Werbe-Mails rückgängig zu machen (vgl. hierzu auch Martin Spirig, a.a.O., S. 228).

Damit ist der Tatbestand der Datenbeschädigung im Sinne von Art. 144bis Ziff. 1 StGB in objektiver Hinsicht nicht erfüllt.

2.2.2. Die Prüfung des Tatbestandes der Datenbeschädigung im Sinne von Art. 144bis Ziffer 2 StGB erübrigt sich vorliegend, da es sich beim fraglichen Werbe-Mail um kein Programm handelt und zudem keine tatbestandsmässige Veränderung der Festplatte verursacht wurde (vgl. Ziffer V.2.2.1. hiervor).

3. Gemäss Art. 34 Abs. 2 lit. a DSGVO in Verbindung mit Art. 11 Abs. 3 lit. B DSGVO macht sich eine private Person strafbar, wenn sie regelmässig besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile bearbeitet oder Personendaten an Dritte bekannt gibt, ohne dass die betroffenen Personen davon Kenntnis haben, und sie diese Sammlung nicht meldet. Besonders schützenswerte Personendaten sind dabei Daten über die religiösen, weltanschaulichen, politischen oder gewerkschaftlichen Ansichten oder Tätigkeiten, die Gesundheit, die Intimsphäre oder die Rassenzugehörigkeit, Massnahmen der sozialen Hilfe oder administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen (Art. 3 lit. c DSGVO). Persönlichkeitsprofile sind Zusammenstellungen von Daten, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlauben (Art. 3 lit. d DSGVO).

Wie die Rekursgegnerin 1 in der Einstellungsverfügung vom 21. Januar 2002 ausführte, ergaben die polizeilichen Ermittlungen, dass die Adressen in der üblichen E-Mail-Zusammensetzung bestehen (info@muster.ch; zur Bildung der Domain-Names bzw. der E-Mail-Adresse vgl. Ziff. III.4.2.4. hiervor und Ziff. V.4.2.2. hiernach; vgl. HD act.

4/4/3/1-26); es bestehen keine Hinweise auf schützenswerte Daten im Sinne von Art. 11 Abs. 3 DSG. Auch verkauft der Rekursgegner 2 die E-Mail-Datenbank als solche nicht an Dritte (vgl. HD act. 4/5). Insoweit liegt ein strafbares Verhalten nicht vor.

Allerdings ergibt sich aus dem E-Mail des Rekursgegners 2 vom 11. November 1999 – welches er an jene Interessenten gesandt hatte, die sich bei ihm gestützt auf das Werbe-Mail vom 6. November 1999 gemeldet hatten –, dass der Rekursgegner 2 sich bereit erklärte, eine geringe Anzahl von E-Mail-Adressen an potentielle Kunden herauszugeben, wenn diese Skepsis gegenüber der Grösse seiner Datenbank äusserten (vgl. act. 3/4 S. 1). Bloss Personendaten sind in jenen Fällen geschützt, in denen diese Daten an Dritte weitergegeben werden. Dabei stellt sich der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte auf den Standpunkt, dass es sich auch bei der Verwendung von E-Mail-Adressen um eine Bearbeitung von Personendaten im Sinne des Datenschutzgesetzes handelt, stehe doch eine E-Mail-Adresse notwendigerweise mit einer bestimmten Person in Verbindung, die zwar nicht unmittelbar identifiziert werde, aber immerhin identifizierbar bleibe (vgl. www.edsb.ch/d/doku/jahresberichte/tb9/index.htm, Ziffer 8.2. des Tätigkeitsberichts des Datenschutzbeauftragten für die Jahre 2001/2002). Es erübrigt sich jedoch vorliegend, abzuklären, ob es sich bei Listen mit blossen E-Mail-Adressen um Personendaten handelt, die vor einer Bekanntgabe an Dritte gestützt auf Art. 11 Abs. 3 DSG angemeldet werden müssen, liegen doch keinerlei Hinweise vor, dass der Rekursgegner 2 irgendwelchen Dritten effektiv Auszüge aus seiner Liste mit E-Mail-Adressen bekannt gegeben hat. Im Übrigen wäre eine allfällige Übertretung von Art. 34 Abs. 2 lit. a DSG in Verbindung mit Art. 11 Abs. 3 lit. b DSG im heutigen Zeitpunkt verjährt (und war dies bereits im Zeitpunkt des Erlasses der Einstellungsverfügung am 21. Januar 2002; vgl. Ziff. III.3. hiervor). Im Falle einer Anklageerhebung hätte ein sog. «Nichteintretensentscheid», d.h. ein Prozessurteil ergehen müssen, da der Eintritt der Verjährung ein Prozesshindernis darstellt (vgl. Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1997, N 534, N 538 und N 835; Hauser/Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, 5. Auflage, Basel 2002, § 41 N 15; ZR 85 [1986] Nr. 36 a.E.). Somit hat ein möglicher ursprünglicher Verstoss gegen das DSG unbeachtet zu bleiben, kann doch dem Rekursgegner 2 kein strafbares Verhalten (mehr) vorgeworfen werden.

Gesamthaft ist jedoch festzuhalten, dass ein Verstoss gegen Art. 34 Abs. 2 lit. a DSG in Verbindung mit Art. 11 Abs. 3 lit. b DSG nicht vorliegt.

4. Nachfolgend ist zu prüfen, ob ein Verstoss gegen die verbleibenden Straftatbestände des UWG vorliegt.

4.1. Gegen Art. 23 UWG in Verbindung mit Art. 3 lit. c UWG verstösst, wer unzutreffende Titel oder Berufsbezeichnungen verwendet, die geeignet sind, den Anschein besonderer Auszeichnungen oder Fähigkeiten zu erwecken. Bei Art. 3 lit. c UWG handelt es sich um einen Sonderfall des Tatbestandes von Art. 3 lit. b UWG (vgl. Carl Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG], Basel 2001, N 6f. zu Art. 3 lit. c UWG; Pedrazzini/Pedrazzini, a.a.O., § 6 Ziff. 6.45). Dabei sind als Titel behördlich anerkannte Angaben, vornehmlich über erreichte Ausbildungsgrade, zu verstehen, die im Wettbewerb eine Rolle spielen können, indem sie auf die besondere Anerkennung der Person durch die Gesellschaft hinweisen (Pedrazzini/Pedrazzini, a.a.O., § 6 Ziff. 6.49; vgl. auch Baudenbacher, a.a.O., N 11f. zu Art. 3 lit. c UWG). Berufsbezeichnungen sind demgegenüber Bezeichnungen, welche die Erwerbstätigkeit einer Person umschreiben, d.h. Bezeichnungen, unter welchen ein Beruf ausgeübt wird (vgl. Baudenbacher, a.a.O., N 13ff. zu Art. 3 lit. c UWG; Pedrazzini/Pedrazzini, a.a.O., § 6 Ziff. 6.54f.).

Der Rekurrent sieht einen Verstoss gegen Art. 3 lit. c UWG darin, dass der Rekursgegner 2 eine Absenderadresse verwendet habe, die nicht ihm, sondern einem renommierten Provider gehöre (act. 3/2 S. 3). Wie die Bezirksanwaltschaft Zürich in der Einstellungsverfügung vom 21. Januar 2002 zutreffend ausführt, kann die Adresse eines Internet-Providers aber weder als Titel noch als Berufsbezeichnung im Sinne von Art. 3 lit. c UWG qualifiziert werden. Ein Verstoss gegen Art. 3 lit. c UWG liegt somit nicht vor.

4.2. Gegen Art. 23 UWG in Verbindung mit Art. 3 lit. d UWG verstösst, wer Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen. Der Rekurrent sieht den Verstoss gegen Art. 3 lit. d UWG ebenfalls in der Verwendung der Absenderadresse, die nicht ihm, sondern einem renommierten Provider gehört («europa.com»).

4.2.1. Diesbezüglich führte die Rekursgegnerin 1 in der Einstellungsverfügung vom 21. Januar 2002 aus, aus den

technischen Daten des Header des in Frage stehenden E-Mail gehe hervor, dass dieses über den Provider X[...] AG, [...] geschickt worden sei. Da die Anzeige im Header abgesehen von der Identifikationsnummer und dem Datum durch den Absender frei veränderbar sei und diese durch die Täterschaft auch verändert worden sei, erscheine in dem vom Rekurrenten erhaltenen E-Mail als Provider «europa.com».

Mit dem in Frage stehenden E-Mail habe der Rekursgegner 2 die Übernahme des Versandes von Werbe-Mails gestützt auf eine entsprechende Datensammlung angeboten. Die Identität des Providers sei dabei weder unmittelbar noch mittelbar Gegenstand der angepriesenen Dienstleistung (Abwicklung des Versandes von Werbe-Mails), sondern gebe lediglich Auskunft über den durch den Absender für sein Werbe-Mail gewählten Übermittlungsweg. In diesem Werbe-Mail behaupte der Rekursgegner 2 auch nicht, dass er einen allfälligen Auftrag über den Provider «europa.com» abwickeln würde. Die durch den Rekursgegner 2 angebotene Dienstleistung stehe somit in keinem Zusammenhang mit dem angegebenen Provider, weshalb eine Verwechslungsgefahr per se ausgeschlossen sei. Die Untersuchung habe auch keine Hinweise dafür ergeben, dass der Rekursgegner 2 Massnahmen getroffen hätte, die geeignet gewesen wären, Verwechslungen zwischen der durch ihn angepriesenen und einer von einem Mitbewerber angebotenen ähnlichen Dienstleistung herbeizuführen (act. 2 S. 7).

In der Rekurschrift vom 27. Februar 2002 führte der Rekurrent aus, das Verhalten des Angeschuldigten, die Verwendung einer fremden Absenderadresse, sei erwiesen. Die Frage der Verwechslungsgefahr werde vom Bundesgericht als eine von ihm frei überprüfbare Rechtsfrage betrachtet. Schon aus diesem Grund könne nicht davon die Rede sein, dass eine weitere Verfolgung «mangels erfülltem Tatbestand» eingestellt werden könne. Die Verwechslungsgefahr sei vom Richter zu beurteilen. Es spiele entgegen den Ausführungen der Rekursgegnerin 1 keine Rolle, ob der Rekursgegner 2 seine Dienstleistungen über den Provider «europa.com» abwickle oder nicht. Der Rekursgegner 2 verwende dessen Zeichen im geschäftlichen Verkehr, und die Europa.com-Adresse sei – bis auf die eingetragene Fax-Nummer und die Bezeichnung «[...] E-Mail-Versand» – der einzige Hinweis auf die Identität des Versenders. Wolle jemand auf eine solche Werbe-Mail antworten, werde er selbstverständlich davon ausgehen, dass er die Antwort an die Europa.com-Absenderadresse richten könne. Es sei daher nicht nachvollziehbar, warum die Rekursgegnerin 1 zum Schluss komme, dass eine Verwechslungsgefahr bei der Verwendung fremder E-Mail-Absenderadressen wie hier «per se» ausgeschlossen sein solle. Die Annahme einer Verwechslungsgefahr liege mindestens nahe, und die Verwendung des fremden Zeichens sei unbestritten, so dass auch dieser Tatbestand hätte zur Anklage gebracht werden müssen (act. 1 S. 20, Randziffern 29 bis 42).

Der Rekursgegner 2 brachte in seiner Stellungnahme vor, er könne beim Gratis-Provider Europa.com eine E-Mail-Adresse haben wie andere auch, dieser lizenziere denn auch E-Mail-Adressen an Dritte, genauso wie andere Provider. Er habe deren Zeichen somit nicht widerrechtlich verwendet. Zudem ginge dies den Rekurrenten nichts an (vgl. act. 8, Randziffern 39 bis 42).

4.2.2. Wesentlich ist beim Tatbestand von Art. 3 lit. d UWG in erster Linie die Bezugnahme auf den Mitbewerber bzw. auf dessen Leistungen und zwar in der Weise, dass die den Mitbewerber bzw. dessen Leistungen kennzeichnenden Elemente derart übernommen oder zumindest nachgemacht werden, dass die eigenen Leistungen mit denen des Mitbewerbers verwechselt werden können. Es geht um den sog. lauterkeitsrechtlichen Kennzeichenschutz (Pedrazzini/Pedrazzini, a.a.O., § 5 Ziff. 5.58 und Ziff. 5.64; vgl. auch David, a.a.O., N 224). Es muss durch die Nachahmung eine Verwechslungsgefahr entstehen, wobei auch Internet Domain Names als verwechslungsfähige Kennzeichen erfasst werden (Pedrazzini/Pedrazzini, a.a.O., § 5 Ziff. 5.65ff.). Dabei kann die Nachahmung sowohl eine Verletzung der Rechte der Mitbewerber als auch der Abnehmer zur Folge haben.

Vorliegend leitet der Rekurrent die Verwechslungsgefahr aus der Verwendung des Provider-Namens «europa.com» in der vom Rekursgegner 2 verwendeten E-Mail-Absenderadresse «[...]@europa.com» ab, da diese Absenderadresse nicht ihm, sondern dem entsprechenden Provider gehöre.

Bezüglich der Bildung der E-Mail-Adresse kann zunächst auf die Ausführungen in Ziffer III.3.2.5. hiervor bezüglich der Bildung von Domain Names verwiesen werden. Bezüglich der E-Mail-Namen ist anzufügen, dass zunächst der (auch fiktive) Name des Konto-Inhabers (Mailkontoname, Benutzername) und nach dem @-Zeichen («at» oder auch «Affenschwanz») üblicherweise der Name des Providers (Domain Name) aufgeführt wird, bei welchem der Inhaber

das Mail-Konto innehat (z.B.: xy@bluE-Mail.ch; xy@bluewin.ch; xy@hotmail.com; xy@yahoo.de etc.). Diese Kenntnis über die Bildung von Adressen für den E-Mail-Verkehr kann bei den Internet-Nutzern vorausgesetzt werden, denn sie alle haben bei irgendeinem entsprechenden Provider einen Internet-Zugang und ein E-Mail-Konto eingerichtet und verfügen damit immerhin über die rudimentäre Kenntnis, dass sich diese Adresse aus ihrem Namen und demjenigen des bzw. ihres Providers bildet, verbunden durch das Zeichen «@» (bzw. «at» oder Affenschwanz«).

Nicht auszuschliessen ist allerdings, wie dies auch vorliegend durch den Rekursgegner 2 geltend gemacht wurde, dass ein anderer Provider angegeben wird als jener, über welchen das entsprechende (Massen)Mail versandt wurde. Darin wäre allerdings eine Täuschung über den Provider zu erblicken; es würde eine Verwechslungsgefahr bestehen zwischen dem Provider europa.com und x[...]ch, über welchen das Werbe-Mail effektiv gesendet wurde (nicht [...]com).

Vorliegendenfalls ist in Bezug auf die Anwendbarkeit von Art. 3 lit. d UWG zu prüfen, inwieweit eine Verwechslungsgefahr mit den im weiten Sinne zu verstehenden Leistungen eines anderen Mitbewerbers (d.h. den Waren, Werken, Leistungen i.e.S. oder dessen Geschäftsbetrieb) entstanden sind. Zur Prüfung dieser Frage ist abzuklären, was für Waren bzw. Leistungen der Rekursgegner 2 im fraglichen Werbe-Mail angeboten hat und inwieweit dieses Angebot eine Verwechslungsgefahr mit den Mitbewerbern des Rekursgegners 2 (also anderen Anbietern für den Versand von Werbe-Mails) darstellt.

Wie sich aus dem fraglichen Werbe-Mail ergibt, bot der Rekursgegner 2 die Übernahme des Versands von Werbe-Mails gestützt auf eine entsprechende Datensammlung an (vgl. act. 3/3 = HD act. 4/2/1). Dabei verwies der Rekursgegner 2 auf den nach wie vor bestehenden E-Commerce-Boom, dessen Wachstum sich noch weiter verstärken werde; die Empfänger der Mail könnten nunmehr über 100'000 Kunden und Geschäftspartner in der ganzen Schweiz erreichen. In diesem Zusammenhang verwies der Rekursgegner 2 darauf, dass der Versand von Werbe-Mails bedeutend billiger sei als derjenige konventioneller Methoden mittels Werbeprospekten. Aus diesem Grund verdränge das E-Mail das herkömmliche Marketing, womit zudem tonnenweise Papier gespart werden könne. Im Weiteren preist der Rekursgegner 2 die Werbe-Mails auch insoweit an, als diese im Gegensatz zur herkömmlichen Werbesendung von jedem Empfänger gelesen würden, zumindest was den Titel und den ersten Satz anbetreffe. In diesem Zusammenhang pries der Rekursgegner 2 seine Datenbank mit über 100'000 gültigen E-Mail-Adressen an (vgl. act. 3/3 S. 1). Aus dem Text des Werbe-Mails ergibt sich auch, dass diese Leistungen (Versand von Werbe-Mails für Dritte) vom sog. P[...]versand – wer immer dies auch sei – angeboten wird und weder unmittelbar noch mittelbar mit den vom Provider «europa.com» angebotenen Internet-Diensten zu tun hat. Die Dienstleistung des Rekursgegners 2 erfolgt möglicherweise über den Provider «europa.com», hat aber mit diesem selbst nichts zu tun.

Bei Providern handelt es sich – wie erwähnt – um Anbieter von Internet-Dienstleistungen. Es kann sich dabei um verschiedene Arten von Providern handeln, wobei auch Mischformen bestehen. In groben Zügen lassen sich Content-Provider, Service-Provider (Network- und Access-Provider, Presence-Provider; vgl. hierzu u.a. Oliver Boese, Strafrechtliche Verantwortlichkeit für Verweisungen durch Links im Internet, S.33 ff.) und weitere unterscheiden. Von den diversen Providern werden verschiedene Internetdienste angeboten (z.B. E-Mail, News-Dienst/Usenet, WWW, Dateientransfer [FTP = File Transfer Protocol], Internet Relay Chat [IRC] etc.; vgl. hierzu u.a. Peter L. Heinzmann/Andreas Ochsenbein, Strafrechtliche Aspekte des Internet, in: Kriminalistik 7, 1998, S. 514ff., S. 600f.; Ulrich Sieber, Verantwortlichkeit im Internet, Technische Kontrollmöglichkeiten und multimediale Regelungen, München 1999, N 53ff.).

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich somit, dass sich die vom Rekursgegner 2 angebotenen Dienstleistungen und diejenigen des Providers «europa.com» auf völlig unterschiedliche Bereiche beziehen. Es handelt sich um Anbieter aus verschiedener Wirtschaftsbereichen, deren Leistungen beim Verbraucher nicht zueinander in Konkurrenz treten; es handelt sich bei der Angabe des Providers in der E-Mail-Adresse nicht um ein Kennzeichen der vom Rekursgegner 2 angebotenen Leistung; wie die Rekursgegnerin 1 in der Einstellungsverfügung vom 21. Januar 2002 zutreffend ausführte, ist die Identität des Providers weder unmittelbar noch mittelbar Gegenstand der vom Rekursgegner 2 angepriesenen Leistung (nämlich der Abwicklung des Versandes von Werbe-Mail), sondern gibt lediglich Auskunft über den durch den Absender für sein Werbe-Mail gewählten Übermittlungsweg.

Die Verwechslungsgefahr kann sich bezüglich des Angebots des Rekursgegners 2 somit nicht auf den Provider

beziehen, da ein Provider wohl als Mitbewerber von anderen Providern zu bezeichnen ist, nicht aber als Mitbewerber bezüglich der vom Rekursgegner 2 angebotenen Leistungen.

Eine Verwechslungsgefahr der vom Rekursgegner 2 angebotenen Dienstleistung der Versendung von Werbe-Mails mit gleichartigen Dienstleistungen von Dritten wird vom Rekurrenten zudem nicht behauptet.

Ein Verstoss gegen Art. 23 UWG in Verbindung mit Art. 3 lit. d UWG liegt somit nicht vor.

4.3. Gegen Art. 23 UWG in Verbindung mit Art. 3 lit. i UWG verstösst, wer die Beschaffenheit, die Menge, den Verwendungszweck, den Nutzen oder die Gefährlichkeit von Waren, Werken oder Leistungen verschleiert und dadurch den Kunden täuscht. Der Rekurrent machte im Strafantrag vom 6. Dezember 1999 diesbezüglich geltend, der Rekursgegner 2 habe mit dem vorliegenden Werbe-Mail den potentiellen Kunden angegeben, dass die Nutzung seiner Dienste absolut ungefährlich sei; es gebe nur 0,05 % an «Querulanten», während man von seriösen Kunden nichts zu fürchten habe. Dies treffe aber nicht zu (act. 3/2 S- 3).

4.3.1. Die Rekursgegnerin 1 führte demgegenüber in ihrer Sistierungsverfügung vom 21. Januar 2002 aus, es gehe aus den Akten hervor, dass der Rekursgegner 2 die Empfänger seines Werbe-Mails sowohl in diesem selbst als auch in seiner Antwort auf eine Anfrage des Geschädigten nach mehr Information über die Möglichkeit von negativen Reaktionen seitens der angeschriebenen Kunden ausführlich orientiert habe und dass er damit die Schattenseite der von ihm angebotenen Dienstleistung nicht verschleiert habe. Ob der Prozentsatz von Querulanten 0,05 % betrage, wie dies der Rekurrent behauptete, könne nicht rechtsgenügend eruiert werden, da ein solcher Prozentsatz stark mit dem Inhalt des jeweiligen Werbe-Mails zusammenhänge. Im Weiteren stützte sich die Rekursgegnerin 1 auf die Aussage des Rekursgegners 2 anlässlich seiner polizeilichen Einvernahme vom 8. November 2001, wonach pro Werbeversand von ca. 70'000 Adressaten mit ca. 30-50 Reklamationen von Kunden zu rechnen sei, womit davon auszugehen sei, dass die im fraglichen Mail angegebene Prozentzahl der Realität entspreche. Damit sei auch diesbezüglich das Verfahren gegen den Rekursgegner 2 mangels Vorliegen eines Straftatbestandes einzustellen. Offen blieb die Frage, ob die Erwartung von negativen Reaktionen auf ein Werbe-Mail als Gefährlichkeit der angebotenen Leistung zu qualifizieren sei (act. 2 S. 8).

4.3.2. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass der Rekursgegner 2 nicht verheimlicht hat, dass es Adressaten gibt, welche sich durch Werbe-Mails belästigt fühlen. In der Praxis zeigt sich häufig, dass jedoch nur eine Minderheit derjenigen Personen, die sich durch unverlangte Werbe-Mails belästigt fühlen, aktiv reagieren und beim Versender der fraglichen Mails reklamieren. Insoweit kann davon ausgegangen werden, dass die im Werbe-Mail angegebene Prozentangabe bezüglich der Anzahl konkret reklamierender Empfänger von Werbe-Mails zutreffend ist. Nicht auszuschliessen ist – wie auch die vom Rekurrenten erwähnte Studie ergeben hat –, dass sich effektiv eine grosse Anzahl von Verbrauchern durch Werbe-Mails belästigt fühlen (act. 1 S. 13: vgl. Mischa Charles Senn, Werbung mit E-Mails, sic! 2/2002 S. 86 mit Verweis auf die Untersuchung des Verbandes der deutschen Internetwirtschaft, «ecl», Electronic Commerce Forum e.V.; publiziert am 28. September 2001 unter www.eco.de/presse/mitteilungen/2001 [Titel: Werbung wie die «Pest»]; Rolf H. Weber, E-Commerce und Recht, Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen, Zürich 2001, S. 174 mit Verweisen). Allerdings ist zu berücksichtigen, dass je nach Art der versandten Werbe-Mails die Belästigung auch entfallen kann, sofern die erfolgte Werbung beispielsweise im Zusammenhang mit der eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit des Empfängers steht und für diesen auch nützliche Informationen bereit hält, währenddem er sich durch andere Werbe-Mails – beispielsweise pornografischer Natur – durchaus belästigt fühlt (vgl. diesbezüglich auch die Ausführungen in: Martin Spirig, a.a.O., S. 210ff. zu Vor- und Nachteilen von E-Mail-Werbung und die entsprechende Kosten-/Nutzen- Analyse).

Gesamthaft ist somit festzuhalten, dass ein Verschleierungstatbestand im Sinne von Art. 3 lit. i UWG nicht vorliegt; ebenso wenig kann von einer «Gefährlichkeit» der vom Rekursgegner 2 angebotenen Leistung die Rede sein, da zwar möglicherweise überwiegend, aber nicht ausschliesslich von negativen Reaktionen der Empfänger ausgegangen werden kann.

4.4. Wie erwähnt, ist der Rekurrent bezüglich einer allfälligen Widerhandlung des Rekursgegners 2 gegen Art. 5 lit. c UWG nicht legitimiert. Der Vollständigkeit halber ist auf den fraglichen Tatbestand dennoch näher einzugehen.

Ein Verstoss gegen Art. 23 UWG in Verbindung mit Art. 5 lit. c UWG liegt vor, wenn jemand das marktreife

Arbeitsergebnis eines anderen ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technische Reproduktionsverfahren als solches übernimmt und verwertet (act. 2 S. 8). Der Rekurrent führte in seinem Strafantrag vom 6. Dezember 1999 aus, es liege eine Verletzung von Art. 5 lit. c UWG vor, indem der Rekursgegner 2 offenbar eine Kopie des kompletten Adressdatenbestandes der Internet-Adressverwalterin Switch angefertigt habe, die er für seinen eigenen Werbeversand gebraucht habe und offenbar auch für weitere Versendungen von Werbung gegen Bezahlung anpreise, wobei der Rekursgegner 2 Werbe-Mails an alle Postfächer «info@domain.ch»-Adressen gerichtet habe, wobei «domain.ch» durch den jeweiligen Domäne-Namen aus der Switch-Datenbank zu ersetzen sei.

4.4.1. Die Rekursgegnerin 1 führte in der Einstellungsverfügung vom 21. Januar 2002 aus, der Rekursgegner 2 habe angegeben, sich die im fraglichen Werbe-Mail angepriesenen Adressen einerseits aus dem Telefonbuch, andererseits durch eine sog. «Spider-Software» und weiter durch das Generieren von E-Mail-Adressen verschafft zu haben. Da zwischen dem – unbekanntem – Zeitpunkt des vom Rekurrenten behaupteten Kopierens des Datenbestandes der Switch und dem Sichern des PC des Rekursgegners 2 einige Zeit vergangen sei und weil der Rekursgegner 2 nach eigenen Angaben regelmässig seinen Adressenbestand durch eine Removeliste aktualisiere und da auch der heutige Datenbestand der Switch nicht mehr demjenigen zum Zeitpunkt des behaupteten Kopierens entsprechen dürfte, könne heute nicht mehr eruiert werden, ob der Rekursgegner 2 den Datenbestand der Switch kopiert habe. Deshalb und auf Grund der plausiblen Aussagen des Rekursgegners 2, wie er sich die E-Mail-Adressen verschafft habe, sei das Verfahren auch hinsichtlich eines Verstosses gegen Art. 5 lit. c UWG einzustellen.

4.4.2. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass ein Nachweis, dass der Rekursgegner 2 den Datenbestand der Organisation Switch kopiert hat, nicht (mehr) erbracht werden kann, womit ein Nachweis eines strafbaren Verhaltens seitens des Rekursgegners 2 bereits aus technischen Gründen nicht (mehr) zu erbringen ist; es erübrigen sich bezüglich dieses Vorwurfs – abgesehen von der fehlenden Legitimation des Rekurrenten – allfällige Weiterungen.

4.5. Gemäss Art. 23 UWG in Verbindung mit Art. 3 lit. b UWG handelt unlauter, wer über sich, seine Firma, seine Geschäftsbezeichnung, seine Waren, Werke oder Leistungen, deren Preise, die vorrätige Menge oder seine Geschäftsverhältnisse unrichtige oder irreführende Angaben macht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt.

Dabei sind Angaben nur solche Aussagen, welche ernst genommen werden. Lediglich marktschreierische Übertreibungen von Werturteilen, die ihrem Inhalt nach ohnehin nicht überprüft werden können, sind gestattet, falls sie vom Verkehr als übertrieben erkannt werden (Mitt. 1981 167: Aargauer Blätter; Lukas David, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, Bern 1997, N 184). Angaben und Ankündigungen sind so auszulegen, wie sie der unbefangene Leser in guten Treuen verstehen darf, nicht etwa so, wie sie der Werbungtreibende verstanden haben will (BGE 94 IV 36 = GRUR int. 1969 234: billigste Preise der Schweiz; David, a.a.O., N 186; vgl. auch Pedrazzini/Pedrazzini, a.a.O., § 6 Ziff. 6.07).

Angaben gelten als im Sinne des UWG unrichtig und täuschend, wenn ihre Unrichtigkeit durch den Durchschnittsleser nur schwer oder gar nicht festgestellt wird (David, a.a.O., N 183). Massstab dafür, was als wahr oder unwahr zu gelten hat, ist, wie die betreffenden Angaben von den Kreisen, an die sie sich richten, haben verstanden werden müssen (AGVE 1963, 28 Nr. 9). Entscheidend ist, wie der Empfänger eine Mitteilung auffasst, nicht wie ein aufgeklärter Kreis dies tun würde (vgl. EGH 13, 253 «Cupresa-Seide»; Schmid, Vergleichende Reklame, Zürcher Diss. 1955, S. 64). Aus diesem Grund ist es durchaus möglich, dass auch objektiv zutreffende Angaben unlauter sein können, wenn der Empfänger sie unrichtig versteht. So wurde z.B. die objektiv zutreffende Angabe «Extrakt aus reinem Kaffee» für einen Kaffee-Extrakt als täuschend qualifiziert, weil dies beim Verbraucher den Eindruck erwecke, dass der Extrakt ausschliesslich aus Kaffee gewonnen werde, obgleich er zur Hälfte aus Kohlehydraten bestehe. Die unauffällig angebrachte Berichtigung, das Produkt sei «mit natürlichen Aromaträgern» versehen, vermöge an der Unzulässigkeit der Angabe nichts zu ändern (ZR 1949 Nr. 1 «Nescafé»; vgl. auch Pedrazzini/Pedrazzini, a.a.O., § 6 Ziff. 6.07).

Irreführende Angaben liegen dann vor, wenn unrichtige Behauptungen nur zwischen den Zeilen suggeriert werden oder wenn sie an anderer, oft nicht leicht auffindbarer Stelle berichtet oder präzisiert werden (David, a.a.O., N 183). Die Bezeichnungen unrichtig und irreführend berücksichtigen gemäss David die unterschiedliche Intensität unlauteren Handelns im Sinne von Art. 3 lit. b UWG. Wenn Täuschungen bzw. unrichtige Angaben eine Verletzung der Wahrheit bedeuten, so verletzen irreführende Angaben die Klarheit ihrer Aussage (David, a.a.O., N 181).

4.5.1. Der Rekurrent machte in seiner Strafanzeige vom 6. Dezember 1999 geltend, der Rekursgegner 2 habe in seinem Werbe-Mail seine Methode unrichtig bzw. irreführend als rechtlich vollkommen zulässig beschrieben, um juristische Laien zu Aufträgen zu verleiten, wie dies beispielsweise auf die Bemerkung hinsichtlich des Datenschutzgesetzes zutreffe (act. 3/2 S. 2 = act. 4/1 S. 2).

Die Rekursgegnerin 1 ging in der Einstellungsverfügung vom 21. Januar 2002 davon aus, dass das Versenden von Werbe-Mails im vorliegenden Fall strafrechtlich nicht relevant sei, womit eine Verletzung von Art. 3 lit. b UWG nicht vorliege.

4.5.2. Auch aus den vorliegenden Erwägungen in Ziffer V.1. bis Ziffer V.4.4. hiervor ergibt sich, dass seitens des Rekursgegners 2 ein strafbares Verhalten nicht vorliegt. Insbesondere hat der Rekursgegner 2 weder unrichtige noch irreführende Angaben im Sinne von Art. 3 lit. b UWG gemacht.

5. Gesamthaft ergibt sich somit, dass ein strafbares Verhalten des Rekursgegners 2 – soweit vorliegend die einzelnen Straftatbestände gestützt auf die zu bejahende Rekurslegitimation des Rekurrenten in materieller Hinsicht zu prüfen waren – nicht vorliegt. Der Rekurs ist somit abzuweisen.

VI.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigen sich – weitere – Ausführungen zu den Anträgen des Rekurrenten in seiner Rekurschrift vom 27. Februar 2002 (act. 1 S. 2).

VII.

1. Gemäss Art. 2 UWG ist unlauter und widerrechtlich jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst.

In Bezug auf Werbe-Mails ist unter dem Gesichtspunkt von Art. 2 UWG zwischen zulässigen und unzulässigen Erscheinungsformen der E-Mail-Werbung zu unterscheiden (vgl. Weber, a.a.O., S. 278; Spirig, a.a.O., S. 247ff.). Werbe-Mails sind dann als gegen Treu und Glauben verstossend zu qualifizieren, wenn sie beispielsweise den Eindruck erwecken, von einem anderen als dem tatsächlichen Absender zu stammen oder wenn der Absender unkenntlich gemacht ist. Umgekehrt können Werbe-Mails als zulässig qualifiziert werden, wenn sie zumindest folgende

Voraussetzungen erfüllen:

- Kennzeichnung als Werbe-Mail mit Inhaltsangabe in der Betreffzeile
- möglichst geringer Umfang von Werbe-Mails
- Möglichkeit der Ablehnung von Zusendungen bestimmter Absender (weitere Zusendungen des gleichen Absenders würden einen Verstoß gegen das UWG darstellen; zu den verschiedenen Möglichkeiten einer Regelung vgl. Spirig, a.a.O., S. 253ff.; act. 12 S. 5)
- Verbot der Vortäuschung eines anderen als des effektiven Absenders
- gezielte Werbung, keine Streuwerbung

2. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Massenwerbung per E-Mail Milliarden Schäden verursachen kann. Durch derartige Mails werden die Datenleitungen verstopft, die Zusendung zahlreicher unerbetener Werbe-Mails absorbiert einen (je nachdem kleineren oder grösseren) Teil der Leistung der Infrastruktur des Internet Service Providers ISP), dieser ist nicht mehr in der Lage, seine Kunden im üblichen Rahmen zu bedienen, E-Mail-Konten können «überlaufen», so dass gewöhnliche E-Mails nicht mehr empfangen werden können bzw. verloren gehen, den ISP drohen Kündigungen und Rufschädigungen, ja gar die (ganze oder teilweise) Abschaltung vom Netz; den Nutzern

entsteht ein Schaden, indem sie für das Herunterladen und Aussortieren der Werbe-Mails Zeit aufwenden müssen, allenfalls entstehen auch Kosten für die finanzielle Belastung durch den Internet-Anschluss, sofern das Internet nicht umsonst benutzt wird.

Dies gilt umso mehr, je mehr Werbe-Mails über einen Provider versendet werden und je mehr Werbe-Mails ein Nutzer – etwa weil seine E-Mail-Adresse auf einer Website enthalten ist – erhält.

3. Vorliegendenfalls ist festzuhalten, dass der Rekursgegner 2 als Absender eine unzutreffende E-Mail-Adresse benutzte, gab er doch als Provider, über welche die fragliche Werbe-Mail verschickt worden sei, den Provider «europa.com» an, obwohl dies nicht zutrifft; zumindest rechnet der durchschnittliche Nutzer, der ein entsprechendes Werbe-Mail erhält, damit – und er darf auch damit rechnen –, dass der Domäne-Name demjenigen des Providers entspreche, über welchen das E-Mail verschickt wurde.

Ebenso gab der Rekursgegner 2 als Absender den «P[...]versand» an, ohne dass er über diesen Versand bzw. diese Versandorganisation und die dahinterstehenden Personen nähere Angaben gemacht hätte.

Diesbezüglich liegt somit seitens des Rekursgegners 2 ein gegen Treu und Glauben verstossendes Geschäftsgebahren vor, mit welchem er gegen die Generalklausel von Art. 2 UWG versties (vgl. hierzu u.a. folgende Aufsätze und Artikel:

Merkblatt über unerwünschte E-Mail-Werbung, Merkblatt des Eidg. Datenschutzbeauftragten unter www.edsb.ch/d/doku/merkblaetter/spam.htm; Tätigkeitsbericht des Eidg. Datenschutzbeauftragten für die Jahre 2001/2002. Ziffer 8.2. Unerwünschte E-Mail-Werbung, unter www.edsb.ch/d/doku/jahresberichte/tb9/index.htm; Mischa Charles Senn, Werbung mit E-Mails, in: sic! 2/2002, S. 85ff.).

VIII.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist der Rekurrent grundsätzlich kostenpflichtig (§ 396a StPO).

Im Weiteren ist dem Rekursgegner 2 entsprechend dem Prozessausgang eine Umtriebsentschädigung aus der Gerichtskasse zuzusprechen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass dieser eine Stellungnahme zum Rekurs verfasst hat.

Zwar ist ein Verzeiger verpflichtet, einem Verzeigten eine Umtriebsentschädigung zu entrichten, wenn er das Verfahren leichtfertig eingeleitet hat. Hiervon kann jedoch angesichts der Problematik von Werbe-Mails (vgl. die Ausführungen in Ziffer VII. hiervor) keine Rede sein, weshalb von einer entsprechenden Verpflichtung des Rekurrenten abzusehen ist.

Die Einzelrichterin verfügt:

1. Der Rekurs gegen die Einstellungsverfügung vom 21. Januar 2002 in der Untersuchung Nr. 1999/18209 der Bezirksanwaltschaft Zürich wird abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 600.- ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 1'100.- Schreibgebühren

Fr. 133.- Zustellgebühren

3. Die Kosten werden dem Rekurrenten auferlegt.

4. Dem Rekursgegner 2 wird eine Umtriebsentschädigung von Fr. 250.- aus der Gerichtskasse zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an

- den Rekurrenten
- den Rekursgegner 2
- die Geschäftskontrolle der Bezirksanwaltschaft Zürich, Stauffacherstr. 55, 8026 Zürich, zuhanden von Büro A-1, Unt. Nr. 99/18209 sowie nach Ablauf der unbenützten Rechtsmittelfrist
- zuhanden der Strafakten
- an die Kasse der Bezirksanwaltschaft Zürich
- an die Bezirksgerichtskasse
- an die Geschäftskontrolle der Bezirksanwaltschaft Zürich, Stauffacherstr. 55, 8026 Zürich, zuhanden von Büro A-1, Unt. Nr. 99/18209, unter Beilegung der Untersuchungsakten.

6. Gegen diese Verfügung kann innert 10 Tagen von der schriftlichen Mitteilung dieses Entscheides oder der späteren Entdeckung eines Mangels an beim Bezirksgericht Zürich, Einzelrichter in Strafsachen, Postfach, 8026 Zürich, mündlich oder schriftlich Nichtigkeitsbeschwerde angemeldet werden. Zur Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde wird gesondert Frist angesetzt.

Rechtsgebiet: Lauterkeitsrecht
Erschienen in: Jusletter 12. Januar 2004
Zitiervorschlag: Jurius, Spamming aus strafrechtlicher Sicht, in: Jusletter 12. Januar 2004
Internetadresse: <http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=2897>