

Beschluss der Beschwerdekammer in Strafsachen

unter Mitwirkung von Oberrichter Stucki (Präsident i.V.), Oberrichter Trenkel, Oberrichter Rieder sowie Gerichtsschreiberin Kurt

vom 28. November 2011

in der Strafsache gegen

1. **A.**
2. **B.**
3. **C.**

Angezeigte A. und C. verteidigt durch Rechtsanwalt Y.

Angezeigte

D.

vertreten durch Rechtsanwalt Z.

Straf- und Zivilklägerin/Beschwerdeführerin

wegen Widerhandlungen gegen das UWG

Beschwerde gegen die Verfügung der Kantonalen Staatsanwaltschaft für Wirtschaftsdelikte

Regeste

Dem X. (Bestochener) wurde anlässlich des Gesprächs mit seiner Arbeitgeberin, der Privatklägerin D., sinngemäss der Rückzug des gegen ihn erhobenen Strafantrags wegen Widerhandlungen gegen das UWG versprochen, weshalb ein Beharren auf der Strafverfolgung und das Einreichen des Gesprächsprotokolls in seinem Verfahren als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden müssten. Weil nach Ansicht der Kammer zwischen aktiver und passiver Bestechung in der vorliegenden Tatbestandsvariante ein notwendiger Zusammenhang besteht und sich daraus die Unteilbarkeit des Strafantrages ergibt, darf das Gesprächsprotokoll auch im Verfahren gegen die Angezeigten A., B. und C. (Bestechende) nicht verwendet werden.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Den Angezeigten wird vorgeworfen, den damaligen Mitarbeiter X. der Privatklägerin, bestochen zu haben, ihnen einen Auftrag zu übersetzten Preisen zu vermitteln. Mangels Nachweis eines nicht gebührenden Vorteils verfügte die Staatsanwaltschaft, das Verfahren nicht an die Hand zu nehmen. Mit der Beschwerde vom 1. Juli 2011 gegen die Nichtanhandnahme reichte die Privatklägerin ein Gesprächsprotokoll vom 17. Dezember 2010 ein, aus welchem hervorgeht, dass X. ihr gegenüber eingeräumt hat, von A. zwei Reisegutscheine im Wert von Fr. 800.00 und Fr. 2'400.00 für zwei Aufträge erhalten zu haben.

Auszug aus den Erwägungen:

[...]

4. Vorab stellt sich die Frage, ob das Protokoll als Beweismittel zugelassen werden kann. Auch bei privater Beweissammlung gelten die allgemeinen Rechtsregeln. Das bedeutet, dass jene Beweismittel unverwertbar sind, auf die der Staat selbst auf rechtmässigem Weg nicht hätte zugreifen können oder die unter Verletzung des „Ordre Public“ erlangt worden sind (vgl. GLESS, in: Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2011, Art. 141 N 42 und N 43). Solche Beweisverwertungsverbote liegen nicht vor. In Übereinstimmung mit der Staatsanwaltschaft liegt mit der Aufnahme des Gesprächs auch kein deliktisches Verhalten im Sinne von Art. 179^{ter} StGB vor, da X. grundsätzlich mit der Aufnahme sowie dem Protokoll einverstanden gewesen war.

Zu prüfen bleibt, ob die Verwendung des Protokolls allenfalls einen Verstoß gegen das Rechtsmissbrauchsverbot darstellt. Gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. b StPO haben die Strafbehörden in allen Verfahrensstadien das Verbot des Rechtsmissbrauchs zu beachten. Nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre sind das Rechtsmissbrauchsverbot sowie das Gebot, nach Treu und Glauben zu handeln, Rechtsgrundsätze mit allgemeiner Geltung. Sie sollen sich nicht nur an die Strafbehörden, sondern auch an die privaten Verfahrensbeteiligten richten (vgl. THOMMEN, in: Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2011, Art. 3 N 43). Treuwidriges Verhalten Privater wird über das allgemeingültige Verbot des „venire contra factum proprium“ abgehandelt (THOMMEN, a.a.O., Art. 3 N 49).

Aus dem Protokoll geht hervor, dass X. mit der Aufnahme auf Band einverstanden war. Seine Unterschrift auf dem Protokoll bestätigt, dass er auch mit dessen Erstellung und dem Inhalt einverstanden war. Allerdings erklärte er sich nur einverstanden mit der Aufnahme, wenn diese nicht für die Strafanzeige gegen ihn verwendet werde, was ihm von der D so zugesichert wurde (S. 1 des Protokolls). Aus dem Protokoll geht weiter hervor, dass die Privatklägerin im Gegenzug dafür, dass X. bereit sei, reinen Tisch zu machen, auf die Eröffnung einer Zivilklage verzichte und die Strafanzeige gegen ihn im Rahmen des Möglichen zurückziehe. Auch am Schluss des Protokolls auf Seite 9 führt X. nochmals an, er lege Wert darauf, dass die D. keine Zivilklage in diesem Zusammenhang gegen ihn eröffne und sie die Strafanzeige im Rahmen des ihr

Möglichen zurückziehe. Dies wurde ihm wiederum so von der Privatklägerin zugesichert. Zwar sprach X. explizit nur davon, dass die Aufnahme nicht gegen ihn verwendet werden dürfe. Daraus aber zu schliessen, er hätte nur Einwände bezüglich der Verwendung der Aufnahmen, nicht aber bezüglich der Verwendung des Protokolls bzw. wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht, es habe ihm offenkundig bewusst sein müssen, dass dieses von ihm so abgesegnete Protokoll nun nicht einfach in der Schublade verschwinden würde, ginge zu weit. Wie die Nachfragen von X. sowie Zusicherungen von D. zeigen, waren sie sich einig, dass Letztere die Strafanzeige zurückziehe. Damit ist klar, dass X. auch mit der Verwendung des Protokolls nicht einverstanden gewesen sein kann und er davon ausgehen durfte, dass auch dieses nicht gegen ihn verwendet wird.

Die Beschwerdeführerin hat das mutmasslich aus der Aufnahme erstellte schriftliche Protokoll damit entgegen ihrer Zusicherung als Beweismittel im vorliegenden Strafverfahren eingereicht. Ein solches Verhalten ist rechtsmissbräuchlich. Die Privatklägerin veranlasste X. – mit dem Ziel, sich über die zivilrechtlichen Folgen zu einigen – zu einem Geständnis des strafbaren Sachverhaltes. Dabei sicherte sie ihm aber gleichzeitig zu, das Gespräch nicht als Beweismittel im Strafverfahren gegen ihn zu verwenden und die Strafanzeige gegen ihn im Rahmen des Möglichen zurückzuziehen. Sowohl als Strafantragsstellerin, wie als Partei im Strafverfahren hat die Privatklägerin bezüglich Strafantrag und Beweiseingaben bei der Strafverfolgungsbehörde Dispositionsfreiheit. Zwar ist es nicht per se unzulässig, ein solches Protokoll als Druckmittel bei Vergleichsverhandlungen einzusetzen. Betreffend Widerhandlung gegen das UWG sind indessen unmittelbar keine staatlichen Interessen betroffen und es handelt sich um ein Antragsdelikt. Wenn der Beschuldigte vorgängig zu einem Geständnis veranlasst und ihm dabei zugesichert wurde, das Gespräch nicht als Beweismittel gegen ihn zu verwenden und die Strafanzeige im Rahmen des Möglichen zurückzuziehen, verstösst der Bruch dieser Zusicherung gegen Treu und Glauben. Ein solches Verhalten steht der Verwendung des Protokolls gegen X. unter dem Aspekt der Widerhandlung gegen das UWG entgegen. Über die Verwendung des Beweismittels gegen X. unter dem Aspekt der ungetreuen Geschäftsbesorgung ist damit nichts gesagt.

5. Zu prüfen ist jedoch, ob das Protokoll im Verfahren gegen die Angezeigten wegen Widerhandlungen gegen das UWG verwendet werden darf. Die Zusicherung der Privatklägerin bezog sich nur auf das Verfahren gegen X. und nicht auf das Verfahren gegen die Angezeigten, weshalb argumentiert werden könnte, die Verwendung gegen die Angezeigten sei zulässig.

Dagegen spricht nach Ansicht der Kammer, dass die den Angezeigten vorgeworfene Widerhandlung gegen Art. 4a Abs. 1 lit. a UWG sowie die Widerhandlung von X gegen Art. 4a Abs. 1 lit. b UWG als einheitliches Ganzes zu betrachten sind. Den Angezeigten wird vorgeworfen, X. Reisegutscheine gegeben zu haben und im Gegenzug dazu von ihm einen Auftrag zu übersetzten Preisen erhalten zu haben. Entsprechend stellte die Beschwerdeführerin Strafantrag gegen X. wegen Verstoss gegen Art. 4a Abs. 1 lit. b UWG sowie gegen die Angezeigten wegen Verstoss gegen Art. 4a Abs. 1 lit. a UWG (pag. 02 01 001 ff.). Auf der Seite der aktiven Bestechung geht es um die Gewährung eines nicht gebührenden Vorteils und auf der Seite der passiven Bestechung um die

Annahme eines solchen Vorteils. Bei dieser Tatvariante besteht bei Tatvollendung ein notwendiger Zusammenhang: Der Vorteil kann nur gewährt werden, wenn der andere ihn annimmt (vgl. SPITZ, Handkommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Bern 2010, Art. 4a N 78), oder anders ausgedrückt, ein Gewähren kann ohne Annahme nicht vorliegen und umgekehrt. Es handelt sich daher um einen Fall von notwendiger Teilnahme. Von einer solchen wird gesprochen, wenn die Verwirklichung des Tatbestandes begriffsnotwendig die Beteiligung mehrerer Personen voraussetzt (FORSTER, in: Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2011, Vor Art. 24 N 55). Ausgehend davon sowie unter dem Aspekt, dass ein Strafantrag gemäss Art. 32 StGB in persönlicher Hinsicht nicht teilbar ist, ist es in dieser Konstellation nicht zulässig nur den Bestechenden oder nur den Bestochenen zu verfolgen. Dies entgegen SPITZ, der ausführt Art. 4a UWG enthalte zwei selbständige Tatbestände und der Strafantragssteller habe es somit in der Hand, nur die Strafverfolgung des Vorteilsgebers oder umgekehrt nur diejenige der bestochenen Hilfsperson in die Wege zu leiten (a.a.O., Art. 4a N 128). Nach Ansicht der Kammer trifft dies zu, soweit es um das Anbieten oder Fordern eines Vorteils geht. Entscheidend ist aber nicht, dass auch nur eine aktive oder nur eine passive Bestechung begangen werden kann, weil die Gegenseite nicht auf das Angebot eingeht, sondern welcher Sachverhalt und welche Tatbestandsvariante konkret zur Diskussion stehen. Soweit es um die Tatvariante des Gewährens und Annehmens geht, ist zwingend auf beiden Seiten ein Handeln erforderlich, die beiden Tatbestände werden spiegelbildlich notwendig gemeinsam erfüllt.

X. wurde sinngemäss der Rückzug des gegen ihn erhobenen Strafantrags versprochen, weshalb das Beharren auf der Strafverfolgung, soweit es die Widerhandlung gegen das UWG betrifft, und das Einreichen des Protokolls in diesem Zusammenhang, als rechtsmissbräuchlich erscheinen. Das Gleiche muss aufgrund des notwendigen Zusammenhangs und der sich daraus ergebenden Unteilbarkeit des Strafantrages auch für das Verfahren gegen die Angezeigten gelten. Im Ergebnis könnte die Privatklägerin ansonsten die Strafverfolgung gegen die Angezeigten weiterführen, während sie im Bezug auf X. darauf verzichtet. Dies würde dem Sinn und Zweck von Art. 32 StGB widersprechen, welcher verhindern will, dass der Antragsteller willkürlich unter mehreren Beteiligten aussuchen kann (RIEDO, in: Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2011, Art. 32 N 1 mit Hinweisen). Somit ist die Verwendung des Protokolls nicht nur im Verfahren gegen X. unzulässig, sondern auch im Verfahren gegen die Angezeigten, welche den Vorteil gewährt haben sollen.

Da die Verwendung des Protokolls unzulässig ist, besteht kein Anlass zur weiteren Beweisführung, und es ist von der Beweislage auszugehen, wie sie dem Nichtanhandnahmebeschluss vom 10. Juni 2011 zu Grunde gelegen hat. Danach, und unter Verweis auf dessen Begründung, erweist sich der angefochtene Beschluss als rechters.

Die Beschwerde ist abzuweisen.

[...]