

**Beschluss vom 6. Dezember 2018**

BEK 2017 161

Mitwirkend

Kantonsgerichtspräsident Dr. Urs Tschümperlin,  
Kantonsrichter Clara Betschart und Josef Reichlin,  
Gerichtsschreiberin lic. iur. Antoinette Hürlimann.

In Sachen

**Schweizerische Eidgenossenschaft**, 3000 Bern,  
Privatklägerin und Beschwerdeführerin,  
vertreten durch das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), Ressort Recht,  
Holzikofenweg 36, 3003 Bern,

gegen

1. **Staatsanwaltschaft March**, Postfach 162, Rathausplatz 1, 8853 Lachen,  
Strafverfolgungsbehörde und Beschwerdegegnerin,  
vertreten durch Staatsanwalt A.\_\_\_\_\_,
2. **B.**\_\_\_\_\_,
3. **C.**\_\_\_\_\_,  
Beschuldigte und Beschwerdegegner,  
Ziff. 2 und 3 vertreten durch Rechtsanwalt D.\_\_\_\_\_,

betreffend

Einstellung Strafverfahren (UWG etc.)  
(Beschwerde gegen die Verfügung der Staatsanwaltschaft March vom  
28. September 2017, SUM 2014 1295 und SUM 2017 1339, 1340);-

hat die Beschwerdekammer,

nachdem sich ergeben und in Erwägung:

1. a) Am 6. Mai 2014 stellte die Schweizerische Eidgenossenschaft Strafantrag gegen die Verantwortlichen der F.\_\_\_\_\_ AG und der G.\_\_\_\_\_ Ltd. sowie allfällige weitere verantwortliche Personen wegen Widerhandlungen gegen Art. 3 Abs. 1 lit. b, o, und s UWG sowie gegen Art. 11a Abs. 5 PBV. Die Schweizerische Eidgenossenschaft warf der F.\_\_\_\_\_ AG vor, Rechnungen für Dienstleistungen (Abonnemente für den Zugang zu pornografischen Inhalten via Mobiltelefon), unter anderem der G.\_\_\_\_\_ Ltd., an zahlreiche Personen versandt haben, welche angeben, mit der G.\_\_\_\_\_ Ltd. keinen Abonnementsvertrag bzw. einen solchen nur infolge Täuschung eingegangen zu sein (U-Akten, Ordner 7 und 8 sowie Ergänzung vom 22. Juli 2014 [Ordner 9]). Am 9. Dezember 2014 erliess die Staatsanwaltschaft March eine Nichtanhandnahmeverfügung, wogegen die Schweizerische Eidgenossenschaft Beschwerde beim Kantonsgericht erhob. Das Kantonsgericht hiess die Beschwerde mit Beschluss BEK 2014 22 vom 23. April 2015 gut und hob die Nichtanhandnahmeverfügung auf. In der Folge führte die Staatsanwaltschaft eine Strafuntersuchung gegen B.\_\_\_\_\_ (Mitglied des Verwaltungsrates der F.\_\_\_\_\_ AG und der H.\_\_\_\_\_ AG) und C.\_\_\_\_\_ (vormaliges Mitglied des Verwaltungsrates der F.\_\_\_\_\_ AG), welche sie mit Verfügung vom 28. September 2017 jedoch einstellte.

b) Gegen die Einstellungsverfügung erhob die Schweizerische Eidgenossenschaft (nachfolgend Beschwerdeführerin) am 16. Oktober 2017 fristgerecht Beschwerde beim Kantonsgericht mit dem Antrag, diese sei aufzuheben und die Sache sei an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen (KG-act. 1). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf eine Beschwerdevernehmlassung (KG-act. 6). B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Beschwerdegegner) trugen mit Beschwerdeantwort vom 20. November 2017 auf Abweisung der Beschwerde an (KG-act. 11). Die Beschwerdeführerin reichte am 8. Janu-

ar 2018 eine unaufgeforderte Stellungnahme zur Beschwerdeantwort ein (KG-act. 13).

2. Die Einstellungsverfügung ist mit Beschwerde anfechtbar (Art. 322 Abs. 2 und Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO). Nach Art. 382 Abs. 1 StPO kann jede Partei, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheides hat, ein Rechtsmittel ergreifen. Die Privatklägerschaft ist Partei im Strafverfahren (Art. 104 Abs. 1 lit. b StPO). Als Privatklägerschaft gilt die geschädigte Person, die ausdrücklich erklärt, sich am Strafverfahren als Straf- oder Zivilklägerin zu beteiligen, wobei der Strafantrag der Erklärung nach Art. 118 Abs. 1 StPO gleichgestellt ist (Art. 118 Abs. 1 und Abs. 2 StPO). Als geschädigte Person gilt die Person, die durch die Straftat in ihren Rechten unmittelbar verletzt worden ist (Art. 115 Abs. 1 StPO). Nach Art. 23 Abs. 3 UWG hat der Bund im (Straf-)Verfahren die Rechte eines Privatklägers. Mithin kann dieser ebenfalls Strafklage führen, Verfahren einleiten, sich an durch andere eingeleiteten Verfahren beteiligen, an Verfahrenshandlungen teilnehmen, Akteneinsicht verlangen sowie Rechtsmittel einlegen (Heimgartner, in: Heizmann/Loacker, Kommentar UWG, Zürich 2017, N 56 zu Art. 23 UWG). Folglich ist vorliegend die Beschwerdeführerin zur Beschwerde legitimiert, soweit das vom UWG geschützte Rechtsgut des lautereren und unverfälschten wirtschaftlichen Wettbewerbs betroffen ist (vgl. Jung, in: Jung/Spitz, Handkommentar UWG, 2. A., Einleitung N 1). Soweit allenfalls andere Rechtsgüter tangiert sind, wie namentlich das Vermögen (Betrug im Sinne von Art. 146 StGB), das Verfügungsrecht über Computerdaten (unbefugte Datenbeschaffung im Sinne von Art. 143 StGB) sowie das Persönlichkeitsrecht resp. den Gewahrsam des Dateninhabers (unbefugtes Beschaffen von Personendaten im Sinne von Art. 179<sup>novies</sup> StGB), ist die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin jedoch zu verneinen, denn diesbezüglich ist die Beschwerdeführerin nicht geschädigte Person im Sinne von Art. 115 Abs. 1 StGB, mithin ist sie nicht Trägerin der durch jene Normen geschützten Rechtsgüter (vgl. BGer, Urteil 6B\_104/2016 vom 13. Mai 2016

E. 2.2.1; BGE 140 IV 155, E. 3.2; Kantonsgericht Schwyz, Beschluss BEK 2011 68 vom 26. August 2011, E. 4).

3. a) Gemäss Art. 319 Abs. 1 StPO verfügt die Staatsanwaltschaft unter anderem dann die Einstellung des Verfahrens, wenn kein Tatverdacht erhärtet ist, der eine Anklage rechtfertigt (lit. a), kein Straftatbestand erfüllt ist (lit. b) oder Rechtfertigungsgründe einen Straftatbestand unanwendbar machen (lit. c). Der Entscheid über die Einstellung eines Verfahrens hat sich nach dem Grundsatz „in dubio pro duriore“ zu richten, wonach grundsätzlich nur bei klarer Strafflosigkeit oder offensichtlich fehlenden Prozessvoraussetzungen eingestellt werden darf. Hingegen ist, sofern die Erledigung mit einem Strafbefehl nicht in Frage kommt, Anklage zu erheben, wenn eine Verurteilung wahrscheinlicher erscheint als ein Freispruch. Ist ein Freispruch genauso wahrscheinlich wie eine Verurteilung, drängt sich in der Regel, insbesondere bei schweren Delikten, eine Anklageerhebung auf. Bei zweifelhafter Beweis- oder Rechtslage hat nicht die Staatsanwaltschaft über die Stichhaltigkeit des strafrechtlichen Vorwurfs zu entscheiden, sondern das zur materiellen Beurteilung zuständige Gericht. Der Grundsatz, dass im Zweifel nicht eingestellt werden darf, ist auch bei der Überprüfung von Einstellungsverfügungen zu beachten (BGer, Urteil 6B\_698/2016 vom 10. April 2017 E. 2.3 mit Hinweis auf BGE 138 IV 86 E. 4.1 und 138 IV 186, E. 4.1).

b) Wer vorsätzlich unlauteren Wettbewerb nach Artikel 3, 4, 5 oder 6 begeht, wird auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 23 Abs. 1 UWG). Nach Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG handelt u.a. insbesondere unlauter, wer über die Preise seiner Leistungen unrichtige oder irreführende Angaben macht. Das Verbot von wettbewerbsbeeinflussender Täuschung oder Irreführung schafft dem Gebot der Wahrheit und der Klarheit des Marktauftritts Nachachtung, indem es ein Geschäftsgebaren untersagt, das darauf abzielt, den Adressaten beim Vertragsschluss zu beeinflussen, indem beim potentiellen Vertragspartner eine Diskrepanz zwischen dessen

subjektiver Vorstellung und der Realität bewirkt wird. Die Gefahr der Täuschung bzw. Irreführung genügt. Massgebend dafür, ob von einer solchen ausgegangen werden kann, ist das objektive Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise unter Zugrundelegung durchschnittlicher Erfahrung, Sachkunde und Aufmerksamkeit. Es ist somit für die Erfüllung des Tatbestands nicht erforderlich, dass jeder Adressat mit durchschnittlicher Erfahrung auf die Täuschung hereinfällt oder sich irreführen lässt, sondern es genügt, wenn nach den allgemeinen Erfahrungen des Lebens anzunehmen ist, dass sich eine nicht unerhebliche Anzahl von Adressaten der Handlungen täuschen lässt bzw. einem Irrtum verfällt (BGE 136 III 23 E. 9.1 mit Hinweisen auf die Literatur; BGer, Urteile 4P.321/2006 vom 15. Mai 2007 E. 3.2.1 betr. „Gratis-Kreditkarte“ und 4A\_11/2012 vom 29. Juni 2012 E. 3.1; zum Ganzen vgl. Blattmann, in: Heizmann/Loacker, a.a.O., N 160 ff. zu Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG).

c) Die Strafverfolgungsbehörde stellte fest, die betroffenen Personen seien im Internet via Werbebanner auf Erotikseiten wie „E.\_\_\_\_\_com (Website 1)“ etc. gelangt. Dort seien die Nutzer darauf hingewiesen worden, dass der Inhalt der Seite ab 18 Jahren sei und sie seien aufgefordert worden, das eigene Alter zu bestätigen. Mit einem Klick auf das Feld „Ja“ sei der Nutzer auf die Startseite des entsprechenden Dienstes gelangt, mit einem solchen auf das Feld „nein“ auf eine neutrale Internetseite. Auf der Seite der Altersbestätigung hätten sodann die allgemeinen Geschäftsbedingungen, das Impressum sowie „Abo verwalten“ angewählt werden können. Auf der Startseite des Dienstes werde man mit Klick auf „Play“ aufgefordert, die Rufnummer einzugeben und diese mit Klick auf „Gratis Link erhalten!“ zu bestätigen. Danach erscheine die Aufforderung, den per SMS an die eingegebene Rufnummer erhaltenen Link anzuwählen. Dieser habe sich sodann im Internetbrowser geöffnet, wodurch Folgendes zu erkennen gewesen sei: ein Feld „Play“, darunter, weniger gross geschrieben, „3 Tage Gratis“ und darunter „Danach Videoflat zu CHF 79.90/Monat“ (oder auch CHF

89.90, je nach Anbieter) und „Durch Drücken auf PLAY bestätige ich die AGB und Konditionen gelesen, verstanden und akzeptiert zu haben. Sie haben über eine Zwischenseite die Möglichkeit durch Anklicken des Buttons ‚Nein ich will nicht! Abbrechen‘ den...“. Mehr sei nicht ersichtlich gewesen. Durch Anwählen von „Play“ sei auf dem Bildschirm ein Feld „Ich will weiter zu den Videos“ und darunter kleiner geschrieben „Unlimitierter Zugang zu 20'000+ Videos. Täglich neue!“ erschienen. Darunter habe sich ein kleines geschriebenes Feld „Nein ich will nicht! Abbrechen“ befunden und am unteren Rand habe gestanden „Durch Anklicken des Button ‚Ich will weiter zu den Videos‘ bestätige ich nochmals die AGB und Konditionen gelesen, verstanden und akzeptiert zu haben. Sie haben jetzt die Möglichkeit, durch Anklicken des Button ‚Nein ich will nicht!...“. Wenn der Nutzer nun „Ich will weiter zu den Videos!“ angewählt habe, sei der Button „Enter Members Area“ erschienen, welcher die Person bei Bestätigung in die Videothek des Dienstes weitergeleitet habe. Zeitgleich habe der Nutzer eine SMS mit dem Text „Danke für ihre Bestellung des 72 Std. Gratiszugangs [entsprechende Internetseite] – Nach der Gratiszeit wird das kostenpflichtige Abonnement aktiviert.“. Auf der Dienstseite („Abo verwalten“) habe das Abonnement jederzeit gekündigt werden können, was auf dem Bildschirm bestätigt worden sei (angefocht. Verfügung E. 3.1-3.3). Die Strafverfolgungsbehörde erwog im Weiteren, es sei nicht irreführend, wenn auf den Internetseiten der G.\_\_\_\_\_ Ltd. „GRATIS Zugang“ und „GRATIS Link erhalten“ vermerkt sei, da tatsächlich der kostenlose Konsum pornographischer Daten für drei Tage ermöglicht werde. Die als Zeugen befragten Personen hätten teilweise zugegeben, Internetseiten mit pornographischem Inhalt besucht zu haben und sie hätten sich nur soweit an den Vertragsabschluss zu erinnern vermögen, was die beanzeigten Unternehmungen belastet habe, resp. während der Voruntersuchung in den Medien publiziert worden sei (angefocht. Verfügung E. 7.1).

d) In der Untersuchung wurden verschiedene Zeugen befragt, welche sich zuvor wegen der von der F.\_\_\_\_\_ AG bzw. der H.\_\_\_\_\_ AG erhaltenen Rechnung für die Abonnementsgebühr beschwert hatten. Die Zeugen wurden insbesondere mit den von der I.\_\_\_\_\_ (GmbH) eingereichten Daten und Aufzeichnungen zum Abonnementsabschluss konfrontiert (U-act. 8.8.08; vgl. U-act. 8.0.01 S. 5). Im Fall der von der Beschwerdeführerin genannten J.\_\_\_\_\_ (KG-act. 1 S. 11) soll sich der Vertragsabschluss gemäss den Aufzeichnungen der I.\_\_\_\_\_ (GmbH) wie folgt abgespielt haben (U-act. 8.8.08, „11 Fall 11 J.\_\_\_\_\_ > 01\_Informationen > Übersicht.docx“):

Am 30. Oktober 2014 gelangte die Konsumentin auf die Webseite R.\_\_\_\_\_.com (Website 2). Dies geschah nachdem sie auf Yahoo nach dem Begriff „ pornos gratis“ gesucht hatte und die Seite über ein Werbeportal gelistet wurde.

Die MSISDN zz wurde über das G3-Netz der Swisscom erkannt. Dabei wurde über die IP-Nummer yy kommuniziert. Benutzt wurde ein Apple iPhone mit Betriebssystem 7.1 und Deutscher Spracheinstellung de-de. Die Konsumentin schloss auf dieser Seite ein Abonnement ab, indem sie zuerst bestätigte, dass sie über 18 Jahre alt ist. Danach bestätigte Sie noch 2 Mal ihre Bestellabsicht (Opt-in 1 und Opt-in 2). Nach dem zweiten Opt-in wurde das SMS zur Bestätigung versendet. Danke für Ihre Bestellung des 72 Std. Gratiszugangs R.\_\_\_\_\_.com (Website 2) - Nach der Gratiszeit wird das kostenpflichtige Abonnement aktiviert.

J.\_\_\_\_\_ konnte in der Befragung nicht ausschliessen, bestätigt zu haben 18 Jahre alt zu sein und einen Link in einer SMS angeklickt zu haben (U-act. 10.1.12 Fragen 12-16 S. 4 f. und Frage 17). Sie bestritt allerdings, zweimal ihre Bestellabsicht bestätigt zu haben und beim Hinweis auf drei Tage Gratisnutzung und anschliessende Abonnementskosten von Fr. 79.90 oder Fr. 89.90 auf „ja, ich will“ oder auf „weiter“ geklickt zu haben (Fragen 17 und 19 S. 5 f.). Andere Zeugen äusserten sich in ähnlicher Weise. So räumte K.\_\_\_\_\_ ein, auf einer „bestimmten Seite“ gewesen zu sein, bestritt aber den gemäss den Aufzeichnungen der I.\_\_\_\_\_ (GmbH) erfolgten Vertragsabschluss. Er habe „nie eine Bestätigung gemacht“ oder einen PIN eingege-

ben (U-act. 10.1.05 Fragen 19, 22-24 S. 5 ff und Frage 24 S. 7). L.\_\_\_\_\_ sagte aus, er könne nicht ausschliessen, einen Link in einer SMS angeklickt zu haben, jedoch habe er „mit Sicherheit“ nie einen Preis gesehen. Das von ihm damals benutzte Handy sei ein Geschäftshandy gewesen und habe der M.\_\_\_\_\_ gehört (U-act. 10.1.09 Fragen 17 S. 5 und Fragen 20 f. S. 6). N.\_\_\_\_\_ gab zu Protokoll, nie eine SMS mit einem Link „Danke für Ihre Bestellung des 72 Std. Gratiszuganges (...) Nach der Gratiszeit wird das kostenpflichtige Abonnement aktiviert“ erhalten zu haben (U-act. 10.1.10 Frage 22 S. 6). O.\_\_\_\_\_ sagte aus, möglicherweise den Link in einer SMS angeklickt resp. „aus Neugier“ wegen des „Gratisangebots“ möglicherweise auf „ja, ich will“ oder dergleichen geklickt zu haben, jedoch schliesse er eine Einwilligung in ein Abonnement aus (U-act. 10.1.13 Fragen 15 f. S. 5). Auch P.\_\_\_\_\_ erwähnte, es könne sein, dass er „einmal auf einer solchen Seite“ gewesen sei und er bestätigt habe, 18 Jahre alt zu sein, jedoch habe er keine Bestätigung gemacht, dass er dieses Abonnement gewollte habe (U-act. 10.1.16 Fragen 19-22 S. 6 f.).

e) Aufgrund der Feststellungen der Polizei zum Anmeldevorgang (Fotodokumentation U-act. 8.1.06) und den Informationen der I.\_\_\_\_\_ (GmbH) dazu, namentlich den entsprechenden Screenshots (DVD U-act. 8.0.08, in den einzelnen Fallordnern jeweils im Unterordner 04\_Bildmaterial zu finden), kann grundsätzlich angenommen werden, dass der Abonnementsabschluss, wie der Beschwerdegegner B.\_\_\_\_\_ und Q.\_\_\_\_\_ (Gesellschafter und Geschäftsführer I.\_\_\_\_\_ (GmbH)) übereinstimmend ausführten, jeweils mittels Double-Opt-In-Verfahren mit Altersangabe und Bestätigung der AGB erfolgte (U-act. 8.1.08 Frage 13 S. 4; U-act. 8.1.09 Frage 15 S. 5). Allerdings deuten die im Hauptverfahren zu würdigenden Aussagen der Zeugen zumindest darauf hin, dass sich die Nutzerinnen und Nutzer nicht hinreichend bewusst waren, einen kostenpflichtigen Abonnementsvertrag abzuschliessen. Mithin stellt sich die (Rechts-)Frage, ob der Anmeldevorgang so ausgestaltet ist, dass sich der durchschnittliche Konsument bewusst ist, einen entgeltlichen

Abonnementsvertrag abzuschliessen. Denn Hinweise auf die Kosten und den Abschluss eines Vertrages erfolgen, einmal abgesehen von der Spalte „Abo verwalten“ auf der Seite der Altersbestätigung, nicht zu Beginn des Anmeldevorganges, sondern erst in dessen weiteren Verlauf (vgl. U-act. 8.1.06 S. 8). Ausserdem wird mehrfach das Wort „gratis“ verwendet, dies teilweise optisch hervorgehoben. Des Weiteren fällt auf, dass im Verlauf des Anmeldevorganges der Befehl „Play“ anzuwählen ist. Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob der Button „Play“ den durchschnittlichen Konsumenten nicht insofern täuscht, als dieser annehmen könnte, an dieser Stelle – kostenlos – ein Video abspielen zu können (was nicht der Fall ist), de facto der erwähnte Befehl aber den Anmeldevorgang fortsetzt, indem der Nutzer damit bestätigt, die AGB gelesen, verstanden und akzeptiert zu haben. Schliesslich erscheint fraglich, ob die automatische Aktivierung des kostenpflichtigen Abonnements nach dem Ablauf der dreitägigen Gratisnutzung ohne weitere Benachrichtigung, resp. nochmalige Bestätigung des Nutzers mit dem Gebot der Wahrheit und Klarheit vereinbar ist. Generell wird sich darüber hinaus die Frage nach der Form der allfälligen Teilnahme (Mittäterschaft oder Gehilfenschaft) der Beschwerdegegner stellen. Nach dem Gesagten ist im Sinne des Grundsatzes „in dubio pro duriore“ von einer zweifelhaften Rechtslage hinsichtlich des strafrechtlichen Vorwurfes auszugehen, so dass sich die materielle Beurteilung durch das zuständige Gericht aufdrängt.

4. Zusammenfassend ist die Beschwerde gutzuheissen. Diesem Verfahrensausgang entsprechend gehen die Verfahrenskosten zu Lasten des Staates. Eine Entschädigung zugunsten der Beschwerdeführerin ist nicht zu sprechen, da sie sich durch das SECO resp. dessen Rechtsabteilung und nicht durch einen unabhängigen Rechtsanwalt vertreten liess und sie im Übrigen in Wahrnehmung einer staatlichen Aufgabe handelte. Im Übrigen ist auf Art. 436 Abs. 1 in Verb. mit Art. 433 Abs. 2 StPO zu verweisen;-



**beschlossen:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Einstellungsverfügung vom 28. September 2017 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Staatsanwaltschaft March zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden auf Fr. 1'200.00 festgelegt und auf die Staatskasse genommen.
3. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Art. 78 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden. Die Beschwerdeschrift muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.
4. Zufertigung an die Schweizerische Eidgenossenschaft, Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (1/R), Rechtsanwalt D. \_\_\_\_\_ (3/R), die Staatsanwaltschaft March (1/R), die Oberstaatsanwaltschaft (1/R) sowie nach definitiver Erledigung an die Staatsanwaltschaft March (1/R, mit den Akten) und die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Namens der Beschwerdekammer  
Der Kantonsgerichtspräsident

Die Gerichtsschreiberin

Versand

10. Dezember 2018 sl