

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
1B_591/2011

Urteil 18. Juni 2012
I. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Fonjallaz, Präsident,
Bundesrichter Raselli, Merkli,
Gerichtsschreiber Störi.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwalt Simon Kehl,

gegen

1. A._____,
2. B._____,
3. C._____,
4. D._____,
5. E._____,
6. F._____,
Beschwerdegegner,
alle vertreten durch Rechtsanwalt Peter Ruggle,
Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis,

Gegenstand
Strafverfahren; Einstellung der Untersuchung.

Beschwerde gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, III. Strafkammer, vom 25. August 2011.

Sachverhalt:

A.
Am 11. August 2009 erstattete X._____ beim Verhöramt des Kantons Schwyz Strafanzeige gegen die Organe der B._____ AG und der A._____ AG, E._____, D._____, F._____ und subsidiär die beiden angezeigten Gesellschaften selber wegen gewerbsmässigen Betrugs und unlauteren Wettbewerbs. Er machte geltend, immer wieder eine ihm aus einer Kontaktanzeige bekannte kostenpflichtige Nummer angerufen zu haben in der Annahme, eine partnersuchende Frau anzutreffen. Bei F._____, die unter dem Pseudonym "Z._____" die Anrufe entgegengenommen habe, habe es sich indessen um eine Callcenter-Mitarbeiterin gehandelt, die ihm Interesse an einer zukünftigen Partnerschaft vorgegaukelt habe, in Wirklichkeit aber nur an möglichst hohen Verbindungskosten interessiert gewesen sei. X._____ telefonierte für insgesamt rund Fr. 50'000.-- mit Z._____.

Da sich das Callcenter der B._____ AG in W._____ (ZH) befand, überwies das Verhöramt Schwyz das Verfahren zuständigkeitshalber an die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis. Diese stellte die Untersuchung am 12. Januar 2010 ein.

Das Obergericht des Kantons Zürich wies den Rekurs von X._____ gegen diese Einstellungsverfügung am 25. August 2011 ab.

B.
Mit Beschwerde in Strafsachen beantragt X._____, die Einstellungsverfügung sowie den

Rekursentscheid aufzuheben und die Staatsanwaltschaft anzuweisen, das Strafverfahren weiterzuführen und Anklage zu erheben.

C.

Das Obergericht verzichtet auf Vernehmlassung. Die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis beantragt, die Beschwerde abzuweisen. Die A. _____ AG, die B. _____ AG, das C. _____, D. _____, E. _____ und F. _____ beantragen, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

X. _____ hält in seiner Replik an der Beschwerde fest. Die A. _____ AG, die B. _____ AG, das C. _____, D. _____, E. _____ und F. _____ halten in der Duplik an ihrem Standpunkt fest.

Erwägungen:

1.

Der angefochtene Entscheid bestätigt, dass das vom Beschwerdeführer angestrebte Strafverfahren eingestellt bleibt. Er schliesst damit das Verfahren ab. Es handelt sich um den Endentscheid einer letzten kantonalen Instanz in einer Strafsache, gegen den die Beschwerde in Strafsachen nach den Art. 78 ff. des (hier anwendbaren: BGE 137 IV 219 E. 1.2 S. 222) Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) zulässig ist. Der Beschwerdeführer war als Privatkläger am kantonalen Verfahren beteiligt, und der angefochtene Entscheid kann sich offensichtlich auf die Beurteilung allfälliger Zivilansprüche auswirken. Er ist daher zur Beschwerde befugt (Art. 81 Abs. 1 lit. a und lit. b Ziff. 5 BGG). Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass, sodass auf die Beschwerde einzutreten ist.

2.

2.1 Der erste Entscheid in dieser Sache erging bereits am 12. Februar 2010. Die kantonalen Behörden haben die Angelegenheit in Anwendung von Art. 453 Abs. 1 der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen (AS 2010 1881) Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0; StPO) zu Recht nach der bis Ende 2010 geltenden Strafprozessordnung des Kantons Zürich vom 4. Mai 1919 (StPO/ZH) beurteilt.

2.2 Der Beschwerdeführer wirft dem Obergericht vor, es habe seine Rüge, die Staatsanwaltschaft hätte keine Einstellungsverfügung nach § 30 Abs. 1 StPO/ZH, sondern eine Nichteintretensverfügung im Sinn von § 22 Abs. 5 StPO/ZH erlassen müssen, nicht behandelt und dadurch eine formelle Rechtsverweigerung begangen. Im Hinblick auf eine allfällige Wiederaufnahme des Verfahrens wäre für ihn eine Nichteintretensverfügung günstiger gewesen als eine Einstellungsverfügung, da letzterer im Gegensatz zu ersterer quasi materielle Rechtskraft innewohne.

2.3 Altrechtlich hatte die Untersuchungsbehörde eine Untersuchung, auf die sie zuvor nicht eingetreten war, weil die Voraussetzungen dafür nicht gegeben waren, zu eröffnen, wenn die Voraussetzungen hierfür später eintraten oder bekannt wurden (§ 22 Abs. 5 Satz 2 StPO/ZH). Eine eingestellte Untersuchung war neu zu eröffnen, wenn sich neue Anhaltspunkte für die Täterschaft oder für Schuld ergaben (§ 45 StPO/ZH). Bei beiden Erledigungsformen konnte bzw. musste die Strafuntersuchung somit aufgenommen bzw. weitergeführt werden, wenn sich im Nachhinein herausstellte, dass die Voraussetzungen für die Durchführung eines Strafverfahrens (eben doch) erfüllt waren. Insofern ist nicht ersichtlich, inwiefern die Erledigung des Strafverfahrens durch Nichteintreten im Sinn von § 22 Abs. 5 StPO/ZH für den Beschwerdeführer "günstiger" gewesen wäre als die Einstellung des Strafverfahrens. Das Obergericht hat somit das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers nicht verletzt, indem es sich mit diesem für den Ausgang des Verfahrens unerheblichen Parteivorbringen nicht ausdrücklich auseinandersetzte (BGE 133 III 439 E. 3.3 S. 445; 126 I 97 E. 2b S. 102 f. mit Hinweisen). Die Rüge ist unbegründet.

3.

3.1 Das Obergericht hat auf Sachverhaltsdarstellungen der Beschwerdegegner abgestellt, die diese in der Rekursantwort vorbrachten. Es hat dazu ausgeführt, diese Rekursantwort sei dem Rekurrenten (dem heutigen Beschwerdeführer) am 13. Juli 2010 zur Kenntnisnahme zugestellt worden. Da er diese nicht habe bestreiten lassen, könne darauf abgestellt werden (angefochtener Entscheid S. 16).

Der Beschwerdeführer sieht in diesem Vorgehen eine flagrante Verletzung von Treu und Glauben und eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung. Da ihm die Rekursantwort nur "zur Kenntnisnahme"

zugestellt worden sei, habe er keinen Anlass gehabt, sich ohne Aufforderung des Gerichts dazu zu äussern.

3.2 Das trifft nicht zu. Die Zustellung "zur Kenntnisnahme" bedeutet zwar, dass das Gericht keine Veranlassung sah, von sich aus einen weiteren Schriftenwechsel anzuordnen. Damit war aber für den Beschwerdeführer bzw. dessen Anwalt ersichtlich, dass das Obergericht das Rekursverfahren als entscheidungsreif beurteilt und er dementsprechend damit rechnen musste, dass es den Rekursentscheid ohne Weiterungen fällen würde. In dieser Situation wäre es klarerweise an ihm gelegen, in der Rekursantwort vorgebrachte, aus seiner Sicht unzutreffende Sachverhaltsdarstellungen der Gegenseite von sich aus zu berichtigen. Dazu hatte er ausreichend Zeit, erging doch das Urteil erst gut fünf Wochen nach der Zustellung der Rekursantwort. Die Rüge, das Obergericht habe den in Art. 9 BV festgelegten Anspruch auf Treu und Glauben verletzt, indem es auf Sachverhaltsdarstellungen der Rekursantwort abstellte, ist unbegründet. Unerfindlich ist, inwiefern das Obergericht nicht befugt sein sollte, auf Tatsachenfeststellungen abzustellen, die im Rekursverfahren unbestritten geblieben sind. Abgesehen davon bleibt der Beschwerdeführer auch in seiner Beschwerde ans Bundesgericht den Nachweis schuldig, dass die Annahme des Obergerichts, er sei von Anfang an über die Funktion von "Z. _____" als Callcenter-Mitarbeiterin aufgeklärt gewesen, unhaltbar sein sollte, und das ist auch nicht ersichtlich.

4.

Der bereits altrechtlich unter der Herrschaft der kantonalen Prozessordnungen in Kraft stehende Grundsatz "in dubio pro duriore" (z.B. Urteil 6B_879/2010 vom 24. März 2011) fliesst aus dem Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV und Art. 2 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 319 Abs. 1 und Art. 324 Abs. 1 StPO; zur amtlichen Publikation bestimmtes Urteil 1B_687/2011 vom 27. März 2012 E. 4.2). Er bedeutet, dass eine Einstellung durch die Staatsanwaltschaft grundsätzlich nur bei klarer Straflosigkeit bzw. offensichtlich fehlenden Prozessvoraussetzungen angeordnet werden darf. Bei der Beurteilung dieser Frage verfügen die Staatsanwaltschaft und die Vorinstanz über einen gewissen Spielraum, den das Bundesgericht mit Zurückhaltung überprüft. Hingegen ist (sofern die Erledigung mit einem Strafbefehl nicht in Frage kommt) Anklage zu erheben, wenn eine Verurteilung wahrscheinlicher erscheint als ein Freispruch (vorerwähntes Urteil 1B_687/2011 E. 4.1.1; BGE 137 IV 219 E. 7.1-7.2 S. 226 f.). Falls sich die Wahrscheinlichkeiten eines Freispruches oder einer Verurteilung in etwa die Waage halten, drängt sich in der Regel, insbesondere bei schweren Delikten, ebenfalls eine Anklageerhebung auf (Urteil 1B_687/2011 E. 4.1.2).

5.

5.1 Nach Art. 146 Abs. 1 StGB macht sich des Betrugs namentlich schuldig, wer in der Absicht, sich oder einen anderen unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen anderen am Vermögen schädigt.

Die Erfüllung des Tatbestands erfordert eine arglistige Täuschung. Betrügerisches Verhalten ist strafrechtlich erst relevant, wenn der Täter mit einer gewissen Raffinesse oder Durchtriebenheit täuscht. Einerseits muss sich aus der Art und Intensität der angewendeten Täuschungsmittel eine erhöhte Gefährlichkeit ergeben (betrügerische Machenschaften, Lügengebäude). Einfache Lügen, plumpe Tricks oder leicht überprüfbare falsche Angaben genügen demnach nicht. Andererseits erfolgt die Eingrenzung des Betrugstatbestands über die Berücksichtigung der Eigenverantwortlichkeit des Opfers. Danach ist ausgehend vom Charakter des Betrugs als Beziehungsdelikt, bei welchem der Täter auf die Vorstellung des Opfers einwirkt und dieses veranlasst, sich selbst durch die Vornahme einer Vermögensverfügung zugunsten des Täters oder eines Dritten zu schädigen, zu prüfen, ob das Opfer den Irrtum bei Inanspruchnahme der ihm zur Verfügung stehenden Selbstschutzmöglichkeiten hätte vermeiden können. Wer sich mithin mit einem Mindestmass an Aufmerksamkeit selbst hätte schützen beziehungsweise den Irrtum durch ein Minimum zumutbarer Vorsicht hätte vermeiden können, wird strafrechtlich nicht geschützt. Dabei ist die jeweilige Lage und Schutzbedürftigkeit des Betroffenen im Einzelfall entscheidend. Besondere Fachkenntnis und Geschäftserfahrung des Opfers sind in Rechnung zu stellen. Auch unter dem Gesichtspunkt der Opfermitverantwortung erfordert die Erfüllung des Tatbestands indes nicht, dass das Täuschungsoffer die grösstmögliche Sorgfalt walten lässt und alle erdenklichen Vorkehrungen trifft. Arglist scheidet lediglich aus, wenn es die grundlegendsten Vorsichtsmassnahmen nicht beachtet. Entsprechend entfällt der strafrechtliche Schutz nicht bei jeder Fahrlässigkeit des Opfers, sondern nur bei Leichtfertigkeit (BGE 128 IV 18 E. 3a; 126 IV 165 E. 2a; 122 IV 146 E. 3a mit Hinweisen).

Arglist wird nach all dem - soweit das Opfer sich nicht in leichtfertiger Weise seiner Selbstschutzmöglichkeiten begibt - in ständiger Rechtsprechung bejaht, wenn der Täter ein ganzes Lügengebäude errichtet (BGE 119 IV 28 E. 3c) oder sich besonderer Machenschaften oder Kniffe (*manoeuvres frauduleuses*; *mise en scène*; BGE 133 IV 256 E. 4.4.3; 132 IV 20 E. 5.4 mit Hinweisen) bedient. Ein Lügengebäude und damit Arglist ist nicht schon gegeben, wenn verschiedene Lügen bloss aneinandergereiht werden, sondern erst wenn die Lügen von besonderer Hinterhältigkeit zeugen und derart raffiniert aufeinander abgestimmt sind, dass sich auch das kritische Opfer täuschen lässt. Ist das nicht der Fall, scheidet Arglist jedenfalls dann aus, wenn sowohl das vom Täter gezeichnete Bild als Ganzes wie auch die falschen Angaben für sich allein in zumutbarer Weise überprüfbar gewesen wären und schon die Aufdeckung einer einzigen Lüge zur Aufdeckung des ganzen Schwindels geführt hätte. Unter diesen Umständen ist es für den Getäuschten mitunter sogar leichter, den Schwindel zu entdecken, als wenn der Täter nur eine einzige falsche Angabe gemacht hätte (vgl. BGE 119 IV 28 E. 3c).

Arglist ist aber auch bei einfachen falschen Angaben gegeben, wenn deren Überprüfung nicht oder nur mit besonderer Mühe möglich oder nicht zumutbar ist, oder wenn der Täter den Getäuschten von der möglichen Überprüfung abhält oder nach den Umständen voraussieht, dass dieser die Überprüfung der Angaben auf Grund eines besonderen Vertrauensverhältnisses unterlassen werde (Zusammenfassung der Rechtsprechung in BGE 135 IV 76 E. 5.2).

5.2 Nach den tatsächlichen Feststellungen des Obergerichts im angefochtenen Entscheid (insbesondere S. 16. f.) stiess der Beschwerdeführer in einer Zeitung auf eine Kontaktanzeige und rief auf die angegebene, von der Beschwerdegegnerin 1 betriebene kostenpflichtige (Fr. 4.99 pro Minute) Nummer an in der Absicht, eine Partnerin zu suchen. Er sei dann zunächst mit einer ebenfalls einen Partner suchenden Frau verbunden worden; das Gespräch sei nach kurzer Dauer abgebrochen worden. Darauf sei er von "Z. _____" betreut worden. Diese habe ihm zwar einerseits ihre Funktion als Callcenter-Mitarbeiterin offen gelegt, ihm andererseits aber auch mitgeteilt, sie sei selber ebenfalls auf Partnersuche. Der Beschwerdeführer telefonierte in den Monaten März und April 2005 für über Fr. 12'000.-- mit "Z. _____", welche ihm echte Gefühle vorgaukelte, über gemeinsame Zukunftspläne sprach und ihm immer wieder Treffen in Aussicht stellte.

Am 21. Mai 2005 erlitt der Beschwerdeführer bei einem Arbeitsunfall einen Schädelbruch und Hirnblutungen. Nach dem neuropsychologischen und psychosomatischen Bericht der Rehaklinik Bellikon vom 13. November 2008 erlitt er durch die traumatische Hirnverletzung folgende Beeinträchtigungen: leichte bis mittelschwere neuropsychologische Funktionsstörungen mit Schwerpunkt bei den Exekutivfunktionen (Handlungsplanung, Umstellfähigkeit), verminderte Stressbelastbarkeit; zudem ergab die Untersuchung Hinweise auch kognitiv-kommunikative Sprachschwierigkeiten (ICD-10; F07.2). Die psychopathologische Diagnose ergab keine Störung mit Krankheitswert.

Ab Februar 2006 rief der Beschwerdeführer "Z. _____" wiederum wiederholt unter einer von der Beschwerdegegnerin 1 und einer von der Beschwerdegegnerin 2 betriebenen kostenpflichtigen Nummer an und verursachte dadurch Telefonkosten von über Fr. 36'000.--.

5.3 Diese Tatsachenfeststellung ist nicht vereinbar mit der gemeinsamen Rekursantwort der Beschuldigten im obergerichtlichen Verfahren, wonach Partnervermittlung nicht Gegenstand ihres Angebots gewesen sei (angefochtener Entscheid E. 5 S. 12). Das legt den Verdacht nahe, dass die Kontaktanzeige einzig dazu diente, partnersuchende Menschen mit dem unwahren Angebot, eine Partnervermittlung zu betreiben, zu einem Anruf auf die pro Minute Fr. 4.99 teure Telefonverbindung zu verleiten, um sie dann nach nur einem, vermutlich vorgetäuschten Vermittlungsversuch durch eine Callcenter-Mitarbeiterin "betreuen" zu lassen. Damit besteht der Verdacht, dass die Callcenter-Betreiberin mit unwahren und täuschenden, für die Anrufer kaum zu überprüfenden Machenschaften Kunden angelockt und sie im Umfang der aufgelaufenen Telefongebühren auch finanziell geschädigt hat. Es ist nicht ausgeschlossen, dass dieses Vorgehen vom Strafrichter als arglistig im Sinne des Betrugstatbestands eingestuft werden könnte.

Fraglich kann allerdings sein, ab welchem Zeitpunkt der Anrufer den Schwindel bei elementarer Vorsicht hätte bemerken müssen. Wenn in dieser Situation die auf den Anruf vorbereitete, als Callcenter-Mitarbeiterin in der Führung von (professionellen) Telefongesprächen geübte "Z. _____" dem sich mit einer Vermittlungsagentur verbunden wählenden, unbedarften Beschwerdeführer zwar einerseits eröffnete, Callcenter-Mitarbeiterin zu sein, ihm andererseits aber ausdrücklich sagte oder jedenfalls zu verstehen gab, auch sie sei auf Partnersuche und an der Fortsetzung des Gesprächs im

eigenen Privatinteresse interessiert, so hatte er wohl während einer je nach den konkreten Umständen kürzeren oder längeren Gesprächsdauer kaum Anlass, an den lauterer Absichten seiner Gesprächspartnerin zu zweifeln.

Für die zweite Phase der Gespräche nach dem Unfall ist nicht von vornherein auszuschliessen, dass die (offensichtlich schon vorher nicht besonders ausgeprägte) Urteilskraft des Beschwerdeführers als Folge des erlittenen Hirntraumas geschwächt und er dadurch von "Z." abhängig wurde. Sollte sie diese Schwäche erkannt und gezielt ausgenützt haben, liegt auch für das Geschehen in der Zeit ab Februar 2006 das Vorliegen eines Betrugs durchaus im Bereich des Denkbaren. Zusammenfassend steht bei dieser Sachlage nicht fest, dass die am Betrieb des Callcenters Beteiligten bzw. dafür Verantwortlichen nicht arglistig und damit tatbestandsmässig im Sinne des Betrugsvorwurfs gehandelt haben. Es bestehen nach den obigen Ausführungen im Gegenteil gewichtige Indizien dafür, dass Arglist bejaht werden müsste, zumal das Bundesgericht an die Fähigkeit verliebter Opfer, Lügengeschichten kritisch zu hinterfragen, keine hohen Anforderungen stellt (z.B. BGE 128 IV 255 oder insbesondere das Urteil 6S.123/2005 vom 24. Juni 2005, in dem Arglist bejaht wurde im Fall des Kunden einer Animierdame, die sich von ihm für den Abbruch einer vorgetäuschten Schwangerschaft bezahlen liess.). Damit ist die Einstellung des Verfahrens mit dem Grundsatz "in dubio pro duriore" nicht vereinbar, die Rüge ist begründet.

6.

Die Beschwerde ist somit gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben. Die Sache ist zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen ans Obergericht sowie zur Fortsetzung der Strafuntersuchung an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen. Da diese das Verfahren in Bezug auf alle in Betracht fallenden Straftatbestände fortzuführen haben wird, brauchen die weiteren, den Wucher und das UWG betreffenden Rügen nicht behandelt zu werden.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Beschwerdegegner kostenpflichtig, und sie haben den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (Art. 66 Abs. 1, Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und der angefochtene Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. August 2011 aufgehoben. Die Sache wird an die Vorinstanz zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen sowie an die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis zur Fortführung der Strafuntersuchung zurückgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von insgesamt Fr. 3'000.-- werden den Beschwerdegegnern 1 - 6 zu je zu einem Sechstel (Fr. 500.--) auferlegt, unter solidarischer Haftung für den gesamten Betrag.

3.

Die Beschwerdegegner 1 - 6 haben dem Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von je Fr. 400.--, insgesamt Fr. 2'400.--, zu bezahlen, unter solidarischer Haftung für den gesamten Betrag.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien sowie der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis und dem Obergericht des Kantons Zürich, III. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 18. Juni 2012

Im Namen der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Fonjallaz

Der Gerichtsschreiber: Störi