

Bundesstrafgericht
Tribunal pénal fédéral
Tribunale penale federale
Tribunal penal federal



Geschäftsnummer: BG.2016.5

Beschluss vom 4. April 2016

Beschwerdekammer

Besetzung

Bundesstrafrichter Stephan Blättler, Vorsitz,
Andreas J. Keller und Cornelia Cova,
Gerichtsschreiberin Santina Pizzonia

Parteien

KANTON ZÜRICH, Oberstaatsanwaltschaft,

Gesuchsteller

gegen

KANTON BERN, Generalstaatsanwaltschaft,

Gesuchsgegner

Gegenstand

Gerichtsstandskonflikt (Art. 40 Abs. 2 StPO)

Sachverhalt:

- A.** Mit Schreiben vom 31. Oktober 2015 reichte A. gegen unbekannte Täterschaft ("unbekannter Telefonoperator der B. AG"), subsidiär ("Unternehmensstrafrecht") gegen die B. AG wegen unerlaubter Telefonwerbung, unlauterem Wettbewerb und Missbrauch einer Fernmeldeanlage bei der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat Strafanzeige ein. Er gab an, am 31. Oktober 2015 in seinem Büro in Bern einen Anruf erhalten zu haben, wobei sich eine Männerstimme unter "B. AG" gemeldet und nachgefragt habe, ob er bei der Telefongesellschaft C. registriert sei. Er, A., habe den Anrufer auf den Stern im Telefonverzeichnis und auf die Strafbarkeit seines Tuns hingewiesen. Der Anrufer habe darauf entgegnet, er rufe automatisch an und sehe demzufolge nicht, ob die angerufene Nummer einen Stern habe. A. führte in seiner Anzeige dazu aus, dass ein klares Indiz für die Vorsätzlichkeit der Tat gegen ihn vorläge. So habe die B. AG 2014 mit dem SECO einen gerichtlichen Vergleich geschlossen, worin dieser die Unternehmung ausdrücklich verpflichtete, die Sternchen im Telefonverzeichnis, welche bedeuten, dass die Inhaber der entsprechenden Telefonnummer keine Werbeanrufer möchten, zu respektieren. Sein Fall zeige aber, dass die B. AG diesen Vergleich in keiner Weise respektiere. Zur Strafverfolgung erachtete A. die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat als zuständig, weil nach seiner Darstellung davon auszugehen sei, dass der fragliche Telefonoperator der B. AG von einem Call-Center am Hauptsitz der B. AG in Zürich angerufen habe.
- B.** Mit Schreiben vom 8. Januar 2016 ersuchte die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat die Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern um Verfahrensübernahme. Nach ihren Ermittlungen seien die Anrufe der B. AG über ein beauftragtes Servicecenter mit Sitz in Berlin getätigt worden. Da sich der Tatort somit im Ausland befinde, sei gemäss Art. 31 Abs. 1 StPO der Erfolgsort massgebend.
- C.** Die Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern lehnte mit Schreiben vom 14. Januar 2016 die Übernahme des Strafverfahrens ab. Zur Begründung führte sie aus, dass gemäss den Akten nicht ersichtlich sei, welcher Mitarbeiter des Callcenters den Geschädigten angerufen habe. Es sei deshalb gemäss dem bisherigen Ermittlungsstand davon auszugehen, dass sowohl gegen das Unternehmen B. AG als auch gegen den Mitarbeiter eine Untersuchung geführt werden müsse. Aus gerichtsstandsrechtlicher Sicht sei in solchen Fällen Art. 36 Abs. 2 StPO anwendbar, welcher gemäss Art. 36 Abs. 3 StPO den Artikeln 31 bis 35 StPO vorgehe. Da der Sitz der B. AG in Zürich liege, sei der Kanton Zürich örtlich zuständig. Der subsidiäre Gerichtsstand am Erfolgsort sei deshalb nicht massgebend.

- D.** Mit Schreiben vom 8. Februar 2016 ersuchte die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich die Generalstaatsanwaltschaft Bern um Verfahrensübernahme. Ergänzend führte sie aus, dass bei den nicht in Art. 102 Abs. 2 StGB angeführten Delikten die Unternehmensstrafbarkeit erst subsidiär für den Fall zur Anwendung komme, dass die Tat keiner natürlichen Person zugerechnet werden könne. Mithin bedürfe es zunächst der den territorial zuständigen Strafverfolgungsbehörden obliegenden Untersuchung, ob nicht (rechtshilfeweise) der unmittelbare Täter, d.h. der in Berlin agierende Call Agent oder allenfalls der in Berlin über Wohnsitz verfügende Verwaltungsratspräsident der B. AG als mittelbarer Täter eruiert und bestraft werden könne. Diesbezüglich sei darauf hingewiesen, dass bei mittelbarer Täterschaft sowohl am Handlungsort des mittelbaren Täters als auch am Tatort ein Gerichtsstand bestünde, mithin bei einem ausländischen Ausführungsort wiederum der Erfolgsort in der Schweiz gerichtstandsrelevant würde. Erst wenn es sich anlässlich des Vorverfahrens herausstellen würde, dass aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen keine natürliche Person als Täterin verfolgt werden könne, würde der Gerichtsstand am Sitz des Unternehmens gemäss Art. 36 Abs. 2 StPO relevant.
- E.** Mit Antwortschreiben vom 19. Februar 2016 erachtete die Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern den vorliegenden Fall als nicht gerichtstandsreif. Es stelle sich die Frage, ob sich die B. AG ebenfalls wegen Widerhandlungen gegen das UWG strafbar gemacht habe, indem diese widerrechtlich das deutsche Callcenter angewiesen habe, Telefonbucheinträge zu missachten. Die bisherigen Ermittlungen hätten nicht aufzeigen können, in welchem Verhältnis die B. AG zum Callcenter in Berlin stehe, welche Organisationsstrukturen bestehen und welche Anweisungen von der B. AG an das ausländische Callcenter gemacht würden. Es könne deshalb auch noch nicht darüber entschieden werden, welche strafrechtliche Beteiligungs-/Teilnahmeform zur Anwendung gelangen werde. Insbesondere könne noch nicht von mittelbarer Täterschaft gesprochen werden. Da der Fall noch nicht gerichtstandsreif sei und der Kanton Zürich die mit der Sache erstbefasste Behörde sei, obliege es der Staatsanwaltschaft Zürich die Rolle und die mutmasslich strafbaren Handlungen der B. AG abzuklären. Sollte sich aus diesen Ermittlungen ergeben, dass der B. AG keine strafbaren Handlungen vorgeworfen werden könnte, mithin sich die B. AG UWG-konform verhalten habe, und damit einzig die Tathandlungen des Mitarbeitenden des Callcenters in Berlin stehen bliebe, sei die Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern gerne bereit, eine erneute Gerichtsstandsanfrage zu prüfen.

- F. In der Folge gelangte die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich mit Gesuch vom 24. Februar 2016 an die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts und beantragt, es seien die Strafverfolgungsbehörden des Kantons Bern im vorliegenden Fall zur Strafverfolgung für zuständig zu erklären (act. 1).

Die Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern beantragt in ihrem Antwortschreiben vom 3. März 2016, auf das Gesuch des Kantons Zürich um Bestimmung des Gerichtsstandes sei nicht einzutreten, eventualiter sei der darin gestellte Antrag abzuweisen (act. 3). Den Hauptantrag begründete sie damit, dass kein abgeschlossener Meinungsaustausch vorliege (act. 3 S. 2 f.). Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich habe nie abschliessend Stellung genommen. Insbesondere habe die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich sich nie mit ihrem Schreiben vom 19. Februar 2016 auseinandergesetzt. Es könne deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass die rechtlichen Argumentationen zwischen den beiden Kantonen hätten vollständig dargelegt und diskutiert werden können (act. 3 S. 2 f.). Zum Eventualantrag führte sie aus, dass zum einen die Strafbarkeit des Mitarbeiters des in Deutschland ansässigen Call-Centers und zum anderen die Rolle bzw. die möglichen strafbaren Handlungen der B. AG im Vordergrund stünden (act. 3 S. 3). Die derzeit bekannten Anknüpfungspunkte betreffend Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit seien in den Kantonen Bern und Zürich zu finden. Bei an mehreren verschiedenen Orten verübten Straftaten sei für den Gerichtsstand auf das forum praeventionis abzustellen. Die ersten Ermittlungshandlungen seien unbestrittenermassen mit der Anzeige einreichung des Geschädigten A. im Kanton Zürich vorgenommen worden. Das ergebe mindestens vorläufig einen Gerichtsstand im Kanton Zürich (act. 3 S. 4 f.).

Mit Eingabe vom 9. März 2016, eingegangen am 15. März 2016, reichte die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich ihre Gesuchsreplik ein (act. 6). Nach ihrer Auffassung liege ein abgeschlossener Meinungsaustausch vor. Die Meinungsdivergenz basiere vorliegend nicht auf einer unklaren Faktensituation, sondern einer unterschiedlichen Rechtsauffassung, die vom Gesuchsgegner zweifach unmissverständlich geäussert worden sei. Inwieweit vorliegend ein Verhandlungsspielraum bestünde, sei nicht ersichtlich (act. 6 S. 1 f.). Zu den weiteren Ausführungen des Gesuchsgegners führte sie aus, es gehe um ein Präjudiz in Bezug auf die relevante Frage, ob eine subsidiäre Unternehmensstrafbarkeit zu einer primären Anknüpfung am Unternehmensdomizil führe oder nicht (act. 6 S. 2). Die Gesuchsreplik wurde der Gegenseite mit Schreiben vom 16. März 2016 zur Kenntnis gebracht (act. 7).

Auf die Ausführungen der Parteien sowie die eingereichten Akten wird, soweit erforderlich, in den rechtlichen Erwägungen Bezug genommen.

Die Beschwerdekammer zieht in Erwägung:

1.
 - 1.1 Die Strafbehörden prüfen ihre Zuständigkeit von Amtes wegen und leiten einen Fall wenn nötig der zuständigen Stelle weiter (Art. 39 Abs. 1 StPO). Erscheinen mehrere Strafbehörden als örtlich zuständig, so informieren sich die beteiligten Staatsanwaltschaften unverzüglich über die wesentlichen Elemente des Falles und bemühen sich um eine möglichst rasche Einigung (Art. 39 Abs. 2 StPO). Können sich die Strafverfolgungsbehörden verschiedener Kantone über den Gerichtsstand nicht einigen, so unterbreitet die Staatsanwaltschaft des Kantons, der zuerst mit der Sache befasst war, die Frage unverzüglich, in jedem Fall vor der Anklageerhebung, der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts zum Entscheid (Art. 40 Abs. 2 StPO i.V.m. Art. 37 Abs. 1 StBOG). Hinsichtlich der Frist, innerhalb welcher die ersuchende Behörde ihr Gesuch einzureichen hat, ist im Normalfall die Frist von zehn Tagen gemäss Art. 396 Abs. 1 StPO analog anzuwenden (vgl. hierzu u. a. TPF 2011 94 E. 2.2 S. 96). Die Behörden, welche berechtigt sind, ihren Kanton im Meinungsaustausch und im Verfahren vor der Beschwerdekammer zu vertreten, bestimmen sich nach dem jeweiligen kantonalen Recht (Art. 14 Abs. 4 StPO).
 - 1.2 Geht in einem Kanton eine Strafanzeige bzw. ein Strafantrag ein, so hat die betroffene Strafverfolgungsbehörde von Amtes wegen zu prüfen, ob nach den Gerichtsstandsbestimmungen die örtliche Zuständigkeit ihres Kantons gegeben ist. Damit diese Prüfung zuverlässig erfolgen kann, muss die fragliche Behörde alle für die Festlegung des Gerichtsstandes wesentlichen Tatsachen erforschen und alle dazu notwendigen Erhebungen durchführen. Solange die Frage der Zuständigkeit offen oder streitig ist, bleibt jeder Kanton verpflichtet, die sein Gebiet betreffenden Tatsachen so weit abzuklären, als es der Entscheid über den Gerichtsstand erfordert. Diese ersten Ermittlungshandlungen haben für sich allein keine zuständigkeitsbegründende Wirkung, denn es wäre unbillig, jene Behörden, welche Abklärungen für die Ermittlung des Gerichtsstandes vornehmen, allein deswegen schon zu verpflichten, nachher auch das ganze Verfahren durchzuführen. Der Gerichtsstand hängt indes nicht davon ab, was dem Beschuldigten letztlich nachgewiesen werden kann, sondern bestimmt sich danach, was aufgrund der Aktenlage überhaupt in Frage kommt. Hat die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts

den Gerichtsstand zu bestimmen, beurteilt sie die dem Beschuldigten vorgeworfenen Handlungen frei, unbesehen der rechtlichen Würdigung durch die kantonalen Untersuchungsbehörden. Dabei geht sie von den Vorwürfen aus, die dem Täter im Zeitpunkt des Verfahrens vor der Beschwerdekammer gemacht werden können (vgl. zuletzt Beschluss des Bundesstrafgerichts BG.2015.15 vom 11. Juni 2015, E. 1.5).

- 1.3** Gemäss Art. 102 Abs. 1 StGB wird das Verbrechen oder Vergehen dem Unternehmen zugerechnet, wenn in einem Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks ein Verbrechen oder Vergehen begangen wird und diese Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann. Um die Strafbarkeit des Unternehmens für seine Organisationsdefizite auszulösen, muss das Delikt aus dem Unternehmen begangen werden. Der Anlasstäter muss entsprechend organisatorisch in das Unternehmen eingebunden sein (vertraglich, gesellschaftsrechtlich oder jedenfalls faktisch). Anlasstäter der Unternehmensstrafbarkeit können Organe, Gesellschafter oder Mitarbeiter eines Unternehmens sein. Bei Beauftragen ist zu differenzieren. Ist etwa die Organisation eines Subunternehmens alleine dessen Angelegenheit und liegt nicht im Einfluss- oder Machtbereich des Primärunternehmens, kann diesem Unternehmen diesbezüglich nicht der Vorwurf mangelhafter Organisation gemacht werden. Von einer anderen Situation ist auszugehen, wenn der Auftragnehmer einzig für das Unternehmen arbeitet und organisatorisch stark in das Unternehmen eingebunden ist (s. zum Ganzen MARCEL ALEXANDER NIGGLI/DIEGO R. GFELLER, in Basler Kommentar StGB I, 3. Aufl. 2013, Art. 102 N. 64 f. mit weiteren Hinweisen; s. insbesondere auch MATTHIAS FORSTER, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, Bern 2006, S. 156 ff.). Werden ganze Unternehmensfunktionen und Geschäftsbereiche ausgelagert, kommt es auf den Einzelfall darauf an. So kann das outsourcende Unternehmen unter Umständen durchaus für den ausgelagerten Bereich verantwortlich bleiben, weshalb das Fehlverhalten des Outsourcingnehmers dem Outsourcinggeber zugerechnet werden kann (NIGGLI/GFELLER, a.a.O., Art. 102 N. 73 ff. mit weiteren Hinweisen; FORSTER, a.a.O., S. 158 ff.). Für das Strafverfahren gegen das Unternehmen nach Artikel 102 StGB sind die Behörden am Sitz des Unternehmens zuständig.

Nach der Rechtsprechung hat mit Bezug auf Art. 102 StGB die Strafverfolgungsbehörde, bei welcher eine Strafanzeige bzw. ein Strafantrag eingegangen ist, in einem ersten Schritt festzustellen, ob innerhalb des Unternehmens ein Verbrechen oder Vergehen begangen wurde. So kann der Gerichtsstand gemäss Art. 36 Abs. 2 StPO nur dann in Betracht gezogen werden, wenn ein

Anwendungsfall von Art. 102 StGB angenommen werden kann. Die Strafverfolgungsbehörde muss untersuchen, ob gegebenenfalls natürliche Personen hierfür verantwortlich gemacht werden können oder nicht. Sobald die Strafverfolgungsbehörde über ausreichende Elemente verfügt, welche den Rückschluss erlauben, dass Art. 102 Abs. 1 StGB anwendbar ist, d.h. sobald keine physische Person identifiziert und die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nicht ausgeschlossen werden kann, überweist sie die Sache den Strafverfolgungsbehörden am Sitz des betroffenen Unternehmens (TPF 2012 62 E. 2.1). Dieses Vorgehen gilt entgegen der Auffassung des Gesuchstellers auch dann, wenn es sich bei der Strafverfolgungsbehörde, bei welcher eine Strafanzeige bzw. ein Strafantrag eingegangen ist, um die Behörde am Sitz des fraglichen Unternehmens selber handelt. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass sie in der Folge das Strafverfahren zuständigkeitshalber weiterführt, wenn keine physische Person identifiziert und die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nicht ausgeschlossen werden kann. Mit anderen Worten ist somit auch die durch Strafanzeige bzw. Strafantrag angerufene Behörde am Sitz des Unternehmens verpflichtet, alle für die Festlegung des Gerichtsstandes wesentlichen Tatsachen zu erforschen und alle dazu notwendigen Erhebungen durchzuführen.

- 1.4 Gemäss dem angezeigten Sachverhalt wurde der inkriminierte Werbeanrufer an A. im Namen der B. AG getätigt (s. supra lit. A). Gemäss den im Auftrag der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat getätigten Abklärungen der Stadtpolizei Zürich verfüge die B. AG an ihrem Sitz in Zürich lediglich über eine reine Postfachadresse. Auf Aufforderung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat hin erklärte der Rechtsvertreter der B. AG, dass die Anrufe über ein beauftragtes und zertifiziertes Servicecenter (D. GmbH in Berlin) erfolge. Zur Frage, wie die B. AG sicherstelle, dass die Telefonoperateure keine Anrufe auf Nummern mit Sterneintrag tätigen würden, nahm der Rechtsvertreter wie folgt Stellung: Vor der telefonischen Kontaktaufnahme werde von der B. AG geprüft, ob für die ihr zu dem jeweiligen Konsumenten bekannte Telefonnummer ein Sterneintrag hinterlegt sei. Dies erfolge durch ein Abgleich mit der jeweils aktuellsten Fassung der von CallNet.ch in Wetzikon veröffentlichten Sperrliste. CallNet.ch, der Schweizer Branchenverband für Call Center- und Kundenkontakt-Management, führe eine Sperrliste für das Telefonmarketing und dafür würden die Sterneinträge des Telefonbuchs von local.ch als Grundlage verwendet. Seit dem Vergleich der B. AG mit dem SECO 2014 sei durch das SECO keine einzige diesbezüglich Beanstandung erfolgt. Dies sei ein sicheres Zeichen dafür, dass die geschilderten Vorkehrungen zur Vermeidung von Kontaktaufnahmen mit Neukunden, für die ein Sterneintrag existiere, effektiv seien. Der zu untersuchende Sachverhalt müsse daher auf einem Missverständnis beruhen.

1.5 Den bisherigen Ermittlungen der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat ist nicht zu entnehmen, ob bestimmte natürliche Personen für das angezeigte Fehlverhalten verantwortlich gemacht werden können oder nicht. Es wurde nicht abgeklärt, ob sich der fragliche Telefonoperator des von der B. AG beauftragten Call-Centers identifizieren lässt. Es wurde sodann nicht untersucht, ob und inwiefern die B. AG die Verantwortung für das von ihr beauftragte Call-Center trägt. Es wurde auch nicht geprüft, wer innerhalb der B. AG gegebenenfalls sicherstellt, dass das von dieser beauftragte Call-Center in Berlin keine Anrufe auf Nummern mit Sterneintrag tätigt, und ob diese Person im vorliegenden Zusammenhang ein Vorwurf trifft. Die Stellungnahme des Rechtsvertreters der B. AG gibt diesbezüglich keine Auskunft. Zu bemerken ist sodann, dass Mitglied des Verwaltungsrats nicht nur der in Berlin wohnhafte Präsident E. sondern auch F. in Z. (Schweiz) ist. Als Mitglied des Verwaltungsrats steht gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR auch Letzterem grundsätzlich die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen, zu. Ob namentlich die Mitglieder des Verwaltungsrats der B. AG in Anwendung von Art. 23 UWG i.V.m. Art. 6 Abs. 2 VStrR wegen Unterlassung verantwortlich gemacht werden können oder nicht, wurde nicht ermittelt.

Ist noch unklar, ob die verantwortlichen natürlichen Personen ermittelt werden können oder nicht, kann sich das Strafverfahren gleichzeitig sowohl gegen das Unternehmen als auch gegen die verdächtigen Personen richten (NIKLAUS SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, FN 208 zu N. 476). Die vom Gesuchsteller bisher getätigten Abklärungen erlauben es nach dem Gesagten nicht, den Gerichtsstand festzulegen.

1.6 Auf sein Gesuch ist nach dem Gesagten nicht einzutreten.

2. Es ist keine Gerichtsgebühr zu erheben (Art. 423 Abs. 1 StPO).

Demnach erkennt die Beschwerdekammer:

1. Auf das Gesuch wird nicht eingetreten.
2. Es wird keine Gerichtsgebühr erhoben.

Bellinzona, 5. April 2016

Im Namen der Beschwerdekammer
des Bundesstrafgerichts

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Zustellung an

- Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich
- Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid ist kein ordentliches Rechtsmittel gegeben.