



AR GVP 31/2019, Nr. 3760

Verwertbarkeit einer Handyaufnahme in einem Strafverfahren wegen Beschimpfung. Vorfrageweise Prüfung, ob die von der Beschimpften getätigte Aufnahme mit dem Handy Art. 179^{ter} StGB verletzt. Die Nichtöffentlichkeit des Gesprächs im Sinne von Art. 179^{ter} StGB wurde aufgrund der anlässlich eines Augenscheins festgestellten örtlichen Gegebenheiten vom Obergericht verneint, weshalb die Aufnahme nicht rechtswidrig erlangt und demnach verwertbar ist.

Urteil des Obergerichts, 1. Abteilung, 08.01.2019, OIS 17 6

Aus den Erwägungen:

1.5 Vorfrage der Verwertbarkeit der Audioaufnahme und der Einvernahmeprotokolle / Verletzung von Art. 179^{ter} StGB / Nichtöffentlichkeit des Gesprächs

Der Berufungskläger lässt vorbringen, sein Stall sei sehr abgeschieden gelegen. Das Gespräch und die Äusserungen seien nicht an die Allgemeinheit gerichtet gewesen, sondern nur an einen in personeller Beziehung abgegrenzten Kreis (C. und A.). Der am Stall des Berufungsklägers vorbeiführende Wanderweg sei nicht stark frequentiert. Am Tag des Augenscheins sei trotz schönem Wetter und idealen Wandertemperaturen nicht ein einziger Wanderer vorbeigelaufen. Wanderer würden, wenn überhaupt, nur am Wochenende vorbeikommen. Ausserdem würden diese praktisch immer von Westen her kommen, also von der Seite, wo gemäss Augenschein freie Sicht bestehe und kein Überraschungsbesuch/Überraschungszuhörer drohe. Es treffe nicht zu, dass die Chancen 50 zu 50 stehen würden, dass jemand von Osten oder von Westen komme. Man müsse nicht damit rechnen, dass jemand von Osten komme. Die seltenen Wanderer würden zudem erst gegen Mittag oder Nachmittag vor dem Gebäude des Berufungsklägers vorbeigehen. Am angeblichen Deliktszeitpunkt, Mittwoch, 10. September 2014, 10.00 Uhr, habe der Berufungskläger nicht mit Wanderern rechnen müssen. Zwischen 8.15 und 9.45 Uhr sei die Wahrscheinlichkeit äusserst klein, wenn nicht gar auszuschliessen. Es sei keine Ferienzeit gewesen und gutes Wanderwetter sei aktenmässig nicht erstellt. Sowohl die Wanderempfehlung Kulturspur Appenzellerland als auch die Beschreibung der Schweizerfamilie für ihre Familienfeuerstelle würden die Wanderroute von F. bzw. G. her nach E. vorschlagen, d.h. wenn Wanderer kommen würden, dann von Westen her. Es treffe nicht zu, dass häufig im D. geparkt werde, um zum Grillieren zur Schweizerfamilien-Feuerstelle zu gelangen. Zum strittigen Tatzeitpunkt seien keine Zeugen zugegen gewesen. Der Berufungskläger habe davon ausgehen dürfen, dass seine Äusserungen, selbst wenn sie lautstark erfolgt seien, nicht von einem Dritten hätten gehört werden können. Die Situation sei so gewesen, dass sich der Beschuldigte auf seinem Privatgrundstück befunden habe. Dies sei damit zu vergleichen, dass im Gerichtssaal ein Gespräch geführt werde und die Türe in den Gang hinaus offen stehe. Damit werde das Gespräch nicht öffentlich. Im vorliegenden Fall handle es sich somit um ein nichtöffentliches Gespräch.

Die Berufungsbeklagte 2 lässt entgegnen, der Augenschein vom 26. Juni 2018 habe deutlich gemacht, dass die Entfernung zwischen dem Berufungskläger und ihr 29 Meter betragen habe und vom seinerzeitigen Standort des Berufungsklägers aus in Richtung des seinerzeitigen Standortes der Berufungsbeklagten 2 gerufene Worte dort gut hör- und verstehbar gewesen seien. Der Weg, auf dem die Berufungsbeklagte 2 seinerzeit gestanden habe, sei in Richtung Westen zwar gut einsehbar. Es sei aus der Ostrichtung aber jederzeit und für jemanden, der am fraglichen Stalleingang stehe, nicht vorzeitig erkennbar (toter Winkel), ob Wanderer oder

Spaziergänger erscheinen könnten. Dort wo der Weg und die Südfassade des Stalles sich schneiden würden, seien vom fraglichen Stalleingang her gesprochene Worte aufgrund der etwas grösseren Distanz von 34 Metern zwar etwas leiser, aber ebenfalls noch gut verständlich hörbar. Wanderer würden mit dem Auto auf den Parkplatz fahren und ab dort laufen. Es würden also sicher 50 % der Wanderer von Osten her kommen. Es würden immer von beiden Seiten Wanderer vorbeilaufen. Der ganze Teil dort sei schlicht öffentlich. Es sei somit erstellt, dass die Beschimpfungen des Berufungsklägers in der Öffentlichkeit stattgefunden hätten. Jeder andere Spaziergänger, der sich von Osten her auf dem Weg aus dem toten Winkel heraus bewegt hätte, was an einem Mittwoch zwischen 8.45 und 9.15 Uhr durchaus möglich gewesen wäre, hätte die Beschimpfungen ohne Weiteres hören können. Diese Zeit sei eine klassische "Hundespazierzeit". An diesem Ort befinde man sich quasi auf offenem Feld und wer hier so laut rufe, dass man es 29 bzw. 34 Meter entfernt noch problemlos hören und verstehen könne, der tue dies nicht mehr in einem nichtöffentlichen Gespräch, womit die Tatbestandsmässigkeit von Art. 179^{ter} StGB entfalle. Es müsse ein objektivierter Massstab angesetzt werden. Damit sei die Aufnahme in jedem Fall verwertbar. Man könne nicht einfach aus dem Garten heraus auf 30 Meter hinaus in die Öffentlichkeit herausschreien und dann sagen, es sei ein nichtöffentliches Gespräch gewesen. Würde man der Auffassung des Berufungsklägers folgen, dann gäbe es die Öffentlichkeit praktisch gar nicht mehr. Im Übrigen wäre er sich nicht ganz sicher, ob das Gespräch nicht öffentlich wäre, wenn hier im Gerichtssaal die Türe offenstehen würde.

Zu klären ist, ob sich die Berufungsbeklagte 2 mit der Aufnahme von Äusserungen des Berufungsklägers mit ihrem Handy des unbefugten Aufnehmens von Gesprächen im Sinne von Art. 179^{ter} StGB schuldig gemacht hat. Ist dieser Tatbestand erfüllt, müsste gestützt auf Art. 141 StPO vorfrageweise über die Verwertbarkeit der Tonaufnahme im vorliegenden Strafverfahren entschieden werden. Hat sich die Berufungsbeklagte 2 jedoch nicht nach Art. 179^{ter} StGB strafbar gemacht, ist die Verwertbarkeit der Aufnahme ohne weiteres möglich.

Wer als Gesprächsteilnehmer ein nichtöffentliches Gespräch, ohne die Einwilligung der andern daran Beteiligten, auf einen Tonträger aufnimmt, wird, auf Antrag, mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft (Art. 179^{ter} StGB). Art. 179^{ter} StGB schützt den Privat- und Geheimbereich. Der Einzelne soll sich in diesem Bereich frei äussern können, ohne Gefahr zu laufen, dass das von ihm geführte Gespräch ohne seinen Willen von einem Dritten mit einem Abhörgerät abgehört oder auf einen Tonträger aufgenommen wird (BGE 133 IV 249 E. 3.2.2).

Im Vordergrund steht für das Gericht beim Tatbestand von Art. 179^{ter} StGB das Tatbestandselement der Nichtöffentlichkeit bzw. Öffentlichkeit des Gesprächs. Zu diesem Thema führte das Obergericht am 26. Juni 2018 vor Ort einen Augenschein durch. Die Vorinstanz gelangte in ihrem Urteil zur Auffassung, wegen der sehr abgeschiedenen Lage des Stalls des Berufungsklägers und aufgrund dessen, dass zur fraglichen Zeit keine Zeugen zugegen gewesen seien, habe der Berufungskläger davon ausgehen dürfen, dass seine Äusserungen nicht noch von Dritten hätten mitangehört werden können. Einen Augenschein am Tatort führte sie nicht durch. Daraus kann geschlossen werden, dass es die Vorinstanz als massgebend erachtete, dass zur Zeit des Vorfalls keine Drittperson in der Nähe war. Für das Obergericht stellt sich jedoch die Frage, ob es unter Umständen nicht bereits genügen kann, dass eine unbeteiligte Person hätte vorbeikommen und die Äusserungen des Berufungsklägers mitanhören können.

In Anbetracht der Verschiedenartigkeit der Tatbestände, die Öffentlichkeit als strafbegründendes Element voraussetzen, liegt eine tatbestandsbezogene Auslegung des Merkmals der Öffentlichkeit nahe (BGE 130 IV 111 E. 4.2; 133 IV 149 E. 3.2.2). ANDREAS DONATSCH verweist zu dem in Art. 179^{ter} StGB verwendeten Begriff „nichtöffentlich“ auf Art. 179^{bis} StGB (in: Andreas Donatsch [Hrsg.], StGB-Kommentar, 20. Aufl. 2018, N.1 zu Art. 179^{ter} StGB). Nichtöffentlich sei das Gespräch, wenn es nicht an die Allgemeinheit gerichtet sei und nur in einem in personeller Beziehung abgegrenzten Kreis gehört werden könne (*derselbe*, a.a.O., N. 3 zu Art. 179^{bis} StGB). Nach ANDREAS DONATSCH ist die auf der Strasse oder in einem Café in normaler Lautstärke gehaltene

Zwiesprache nicht öffentlich (Strafrecht III, 11. Aufl. 2018, S. 424). STRATENWERTH/WOHLERS betonen, es komme darauf an, ob die Kommunikation innerhalb eines abgeschlossenen Personenkreises stattfinde, was dann anzunehmen sei, wenn die Kenntnisnahme durch Aussenstehende besondere Massnahmen oder Anstrengungen erforderlich mache. Insoweit sei dann auch der Ort, an dem das Gespräch geführt werde, von Bedeutung (Handkommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2013, N. 2 zu Art. 179^{bis} StGB). TRECHSEL/LIEBER vertreten die Meinung, nicht öffentlich sei das Gespräch, wenn es nach begründeter Erwartung der Gesprächsteilnehmer ohne Einsatz technischer Hilfsmittel nicht mitgehört werden könne (in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2018, N. 4 zu Art. 179^{bis} StGB; Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen, Strafkammer, vom 15. Februar 2010, in: SG GVP 2010 Nr. 100). Das Bundesgericht führte zu Art. 179^{bis} StGB aus, der öffentliche oder nicht öffentliche Charakter eines Gesprächs hänge auch wesentlich davon ab, ob es in einem privaten oder allgemein zugänglichen Umfeld stattfinde (BGE 133 IV 249 E. 3.2.2). So hat es ein Gespräch als nichtöffentlich bezeichnet, welches in einem zahntechnischen Labor geführt wurde, in welchem sich einzig dessen Inhaber und seine Angestellte aufhielten, und damit in einem privaten Umfeld. Daran ändere nichts, dass die Tür des Labors zum Treppenhaus des Geschäftsgebäudes zunächst ganz und danach noch eine Handbreit offen gewesen sei (BGE 133 IV 149 E. 3.2.3). In einem weiteren Entscheid zu Art. 179^{bis} StGB beurteilte das Bundesgericht das aufgenommene Gespräch ebenfalls als nichtöffentlich. Die Gespräche hätten im Garten der Beschwerdegegner stattgefunden und hätten wohl vom Beschwerdeführer, aber nicht von beliebigen Drittpersonen auf den in der Nähe vorbeiführenden Quartierstrassen mitgehört werden können (Urteil des Bundesgerichts 6P.79/2006/6S.162/2006 vom 6. Oktober 2006 E. 6.). Die Beschwerdekammer in Strafsachen des Obergerichts des Kantons Bern hielt zu Art. 179^{ter} StGB fest, die Privatheit der Örtlichkeit ergebe sich in der Regel aus dem Umstand, dass der Ort nicht frei zugänglich sei, sondern nur einem begrenzten Personenkreis offenstehe; dies treffe z. B. für die eigene Wohnung, das Hotelzimmer oder das Fahrzeug zu (Beschluss 2013 388 vom 31. März 2013 E. 3.2). In einem Entscheid zu Art. 179^{bis} StGB führt die Beschwerdekammer in Strafsachen des Obergerichts des Kantons Bern aus, es treffe zu, dass sich die Quartierstrasse und das Trottoir sowie die Terrassen anderer Wohnungen in unmittelbarer Nähe zum Parkplatz, wo das Gespräch stattgefunden habe, befinden würden. Dieser Umstand alleine mache das Gespräch aber noch nicht öffentlich. Der Ort, an welchem ein Gespräch geführt werde, sei nur eines von mehreren Kriterien. Das Gespräch habe um die Mittagszeit stattgefunden. Es seien keine weiteren Personen auf dem Video erkennbar. Wie auch aus der Einvernahme des damals beigezogenen Polizisten hervorgehe, sei es sehr kalt an diesem Tag gewesen, weshalb nicht davon auszugehen sei, dass sich Personen auf den Terrassen befunden hätten. Nach Durchsicht der Videodatei komme die Kammer zudem zum Schluss, dass die Unterhaltung nicht in lautstarkem Ton geführt worden sei. Es habe deshalb keinen Grund gegeben, davon auszugehen, dass beliebige Dritte das Gespräch mühelos hätten mitanhören können. Der Beschwerdeführer habe sich unmittelbar bei seinem Auto befunden. Es habe sich um den Austausch zwischen Vater und Sohn über die Situation gehandelt (Beschluss 16 379 vom 1. Mai 2017 E. 6.3).

Der vom Obergericht am 26. Juni 2018 im Weiler D. in E. beim Gebäude Assekuranz Nr. 0001 durchgeführte Augenschein hat folgendes ergeben:

Der Berufungskläger stand nach der unwidersprochen gebliebenen Darstellung der Berufungsbeklagten 2 während des behaupteten Vorfalls vom 10. September 2014 im Türrahmen seines Stalleinganges (Standort 2), während dem sich die Berufungsbeklagte 2 auf dem öffentlichen Wanderweg befand, der südlich am Gebäude Assekuranz Nr. 0001 vorbeiführt (Standort 3). Die Messung zwischen den Standorten 2 und 3 ergab eine Entfernung von 29 Metern. Die Entfernung zwischen dem Standort 2 und dem Schnittpunkt der Flucht der südlichen Stallfassade mit dem Wanderweg östlich des Gebäudes beträgt 34 Meter (Standort 4). Der sichttote Bereich ist in Beilage 2 zum Protokoll des Augenscheins mittels Schraffierung gekennzeichnet. In der Folge wurde ein Hörtest mit einem Handy des Typs iPhone 5s, den die Berufungsbeklagte gemäss ihren Angaben damals verwendete, durchgeführt. Die Aufnahme der von Oberrichter Fischer am Standort 2 gesprochenen Worte durch den Vorsitzenden Kobler am Standort 3 mit dem Handy war gemäss Feststellung des Vorsitzenden gut hörbar. Die anwesenden Parteien widersprachen dieser Feststellung nicht. Ein weiterer Hörtest mit dem Handy

wurde an den Standorten 2 und 4 vorgenommen, indem Oberrichter Fischer am Standort 2 wiederum von 1 bis 10 zählte und der Vorsitzende Kobler dies am Standort 4 mit dem Handy aufnahm. Der Vorsitzende stellte fest, dass die Worte von Oberrichter Fischer leicht schwächer als am Standort 3, aber immer noch gut hörbar waren. Auch dies wurde von den anwesenden Parteien akzeptiert. Im Übrigen findet sich eine Übersicht über die Standorte 1 bis 4 in den Akten sowie ein Ortho-Foto des Gebäudes Assekuranz Nr. 0001 mit Umgebung. Die beiden am Augenschein erstellten Sprachaufnahmen befinden sich auf einem USB Speicherstick bei den Akten.

Gestützt auf die am Augenschein gemachten Feststellungen sowie weitere Kriterien kommt das Obergericht zum Schluss, dass die vom Berufungskläger an die Berufungsbeklagte 2 gerichteten Äusserungen nicht als nichtöffentliches Gespräch im Sinne von Art. 179^{ter} StGB zu qualifizieren sind. Von Bedeutung ist zunächst, dass sich die Berufungsbeklagte 2 während des behaupteten Vorfalls auf einem öffentlichen Wanderweg befand, also in einem allgemein zugänglichen Umfeld („Wanderwegzeichen“). Bezüglich des Wanderwegs anzumerken ist, dass es sich dabei um einen besonderen Wanderweg handelt, nämlich um einen Teil der touristisch vermarkteten „Kulturspur Appenzellerland 22“. Auf demselben Wegweiser findet sich auch ein Hinweis auf eine „Schweizerfamilie-Feuerstelle“, welche ebenfalls über diesen Wanderweg erreichbar ist. Zweifellos hätten deshalb von Osten und von Westen her jederzeit beliebige Dritte - Wanderer oder Velofahrer - vorbeikommen können. Zudem zeigte der Hörtest am 34 Meter entfernten Standort 4, dass eine Drittperson die Äusserungen des Berufungsklägers ohne weiteres hätte mithören können. Denn solange sie sich im sichtbaren Bereich befunden hätte, hätte der Berufungskläger sie nicht wahrnehmen und folglich auch nicht mit einem sofortigen Gesprächsabbruch reagieren können. Ferner spricht auch die erhebliche Distanz von 29 Metern zwischen den beiden Beteiligten während des Vorfalls gegen ein nichtöffentliches Gespräch. Die Parteien standen mitnichten in geringer Distanz im „Zwiegespräch“ beieinander. Äusserungen, welche sich nun aber an eine Person richten, welche sich 29 Meter weit entfernt auf einem öffentlichen Wanderweg befindet, erfolgen klar nicht mehr innerhalb eines abgeschlossenen Personenkreises bzw. in einem privaten Umfeld. Im Gegenteil durfte der Berufungskläger bei dieser Ausgangslage nicht damit rechnen, dass nur die Berufungsbeklagte 2 seine Äusserungen hören konnte. Ausserdem war an der von der Berufungsbeklagten 2 behaupteten Tatzeit 8.45 bis 9.15 Uhr jederzeit mit Wanderern oder spazierenden Hundehalterinnen und -haltern zu rechnen; dies auch an einem Mittwoch. Im Weiteren ist zu bemerken, dass Wanderwege in der Regel immer von beiden Richtungen her begangen werden. Umso mehr gilt dies vorliegend, denn gerade wegen des öffentlichen Parkplatzes im D. handelt es sich bei der Begehung von Osten her um eine attraktive Ausflugsvariante. Dass offenbar zur Tatzeit keine Drittperson zugegen war, vermag nach Ansicht des Obergerichts den im Rahmen einer Gesamtwürdigung klar zu bejahenden Öffentlichkeitscharakter des Gesprächs nicht zu widerlegen. Die Berufungsbeklagte 2 hat sich folglich nicht des unbefugten Aufnehmens von Gesprächen im Sinne von Art. 179^{ter} StGB schuldig gemacht.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die von der Berufungsbeklagten 2 aufgenommenen Äusserungen des Berufungsklägers und demzufolge auch die davon angefertigte Tonaufnahme nicht rechtswidrig erlangt wurden und somit im vorliegenden Verfahren verwertbar sind.

Das Bundesgericht hat eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde mit Urteil 6B_741/2019 vom 21. August 2019 abgewiesen.