

Obergericht Appenzell Ausserrhoden

1. Abteilung

Urteil vom 8. Januar 2019

(berichtigt in Dispositiv Ziffer 3)

Mitwirkende	Obergerichtsvizepräsident W. Kobler Oberrichterin S. Rohner-Staubli, M. Gasser Aebischer Oberrichter H. Zingg, H. P. Fischer Obergerichtsschreiberin B. Widmer
Verfahren Nr.	O1S 17 8
Sitzungsort	Trogen
Berufungskläger Privatkläger	A ____ vertreten durch: RA AA____
Berufungsbeklagte 1 Anklägerin	Staatsanwaltschaft Appenzell Ausserrhoden vertreten durch: StA B____, Schützenstrasse 1A, 9100 Herisau
Berufungsbeklagte 2 Beschuldigte	C ____ verteidigt durch: RA CC____
Gegenstand	unbefugtes Aufnehmen von Gesprächen Berufung gegen das Urteil des Einzelrichters des Kantons- gerichts SE3 16 5 vom 27. Februar 2017

Anträge

a) der Staatsanwaltschaft und Berufungsbeklagten 1:

aa) im erstinstanzlichen Verfahren (sinngemäss):

1. Die Beschuldigte C___ sei wegen unbefugten Aufnehmens von Gesprächen, begangen, am 10. September 2014, zu einer bedingten Geldstrafe von 15 Tagessätzen zu je CHF 70.00, unter der Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren, und zu einer Busse von CHF 400.00 (bei schuldhaftem Nichtbezahlen ersatzweise zu einer Freiheitsstrafe von 4 Tagen) zu verurteilen.
2. Die Zivilforderung des Privatklägers sei auf den Zivilweg zu verweisen.
3. Die Verfahrenskosten seien der Beschuldigten aufzuerlegen.

bb) im Berufungsverfahren:

(kein Antrag)

b) des Privatklägers und Berufungsklägers:

aa) im erstinstanzlichen Verfahren:

1. Die Beschuldigte sei wegen unbefugtem Aufnehmen von Gesprächen nach Art. 179^{ter} StGB zu verurteilen und angemessen zu bestrafen.
2. Die Beschuldigte sei zu verpflichten, den Privatkläger für seine Anwaltskosten angemessen zu entschädigen.
3. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass der Privatkläger auf die Geltendmachung einer Zivilforderung verzichtet.

bb) im Berufungsverfahren:

1. Das Urteil des Einzelrichters des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden vom 27. Februar 2017 (SE3 16 5) sei aufzuheben.
2. Die Beschuldigte sei wegen unbefugtem Aufnehmen von Gesprächen nach Art. 179^{ter} StGB zu verurteilen und angemessen zu bestrafen.
3. Die Beschuldigte sei zu verpflichten, den Privatkläger für seine Anwaltskosten angemessen zu entschädigen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

c) der Beschuldigten und Berufungsbeklagten 2:

aa) im erstinstanzlichen Verfahren:

1. Es sei die Beschuldigte C___ von Schuld und Strafe freizusprechen.

2. Es seien die Verfahrenskosten auf die Staatskasse zu nehmen oder dem Antragsteller zu überbinden, und es sei der Beschuldigten eine angemessene Entschädigung zuzusprechen.

bb) im Berufungsverfahren:

1. Es sei die Beschuldigte C___ von Schuld und Strafe freizusprechen.
2. Es seien die Verfahrenskosten für beide Verfahren auf die Staatskasse zu nehmen oder dem Privatkläger zu überbinden, und es sei der Beschuldigten für beide Verfahren eine angemessene Entschädigung, ausgerichtet vom Staat oder vom Privatkläger, zuzusprechen.

Sachverhalt

A. Übersicht

Am Mittwoch, 10. September 2014, kam es zwischen der in D___ in E___ wohnhaften C___ und ihrem Nachbar A___ bei dessen Stall im D___ 0001 zu einem Vorfall, als sie dort vorbeispazierte. C___ erstattete am 14. September 2014 beim Polizeiposten E___ Strafanzeige gegen A___ wegen Beschimpfung sowie aufgrund eines weiteren Vorfalls wegen Nötigung, allenfalls SVG-Vergehen, und stellte Strafantrag (O1S 17 6, act. B 3/1; B 3/2). C___ sagte bezüglich des Vorwurfs der Beschimpfung gleichentags bei der Polizei aus, sie sei vom Spaziergang mit ihrem Hund nachhause gekommen und als sie auf der Höhe des Stalls von Herrn A___ gewesen sei, sei Herr A___ vor der Stalltüre gestanden und habe angefangen sie zu beschimpfen (O1S 17 6, act. B 3/4, S. 2). Zur Abschreckung habe sie A___ ihr iPhone 5 entgegengehalten (O1S 17 6, act. B 3/4, S. 2). Als sie zuhause gewesen sei, habe sie festgestellt, dass sie die Beschimpfungen tatsächlich aufgenommen habe (O1S 17 6, act. B 3/4). A___ gab am 19. November 2014 in der Einvernahme durch die Polizei an, C___ beschimpfe ihn des öfteren und halte danach ihr Natel in die Luft (O1S 17 6, act. B 3/5, S. 2). Er kenne sich nicht so aus mit den Geräten, vielleicht habe sie Fotos gemacht (O1S 17 6, act. B 3/5, S. 4). Anlässlich der Einvernahme erstattete A___ Anzeige gegen C___ wegen Anhören und Aufnehmen fremder Gespräche, unbefugtem Aufnehmen von Gesprächen und Beschimpfung und stellte Strafantrag (O1S 17 6, act. B 3/1, S. 3; B 3/3).

B. Prozessgeschichte

C___ wurde am 4. Dezember 2014 hinsichtlich der ihr vorgeworfenen Delikte durch die Polizei einvernommen (O1S 17 6, act. B 3/6). Mit Strafbefehl vom 16. Juni 2015 verurteilte die Staatsanwaltschaft C___ wegen unbefugten Aufnehmens von Gesprächen zu einer bedingten Geldstrafe von 15 Tagessätzen zu je CHF 70.00, unter der Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren, und zu einer Busse von CHF 400.00. Die Zivilforderung des Privatklägers wurde auf den Zivilweg verwiesen (U 15 165; O1S 17 6, act. B 3/21). Hinsichtlich des Vorwurfs der Beschimpfung erging eine Einstellungsverfügung (O1S 17 6, act. B 3/63/P1.3). A___ wurde mit Strafbefehl vom 16. Juni 2015 wegen Beschimpfung verurteilt (U 15 165; O1S 17 6, act. B 3/22). Das Verfahren gegen A___ wegen des Vorwurfs der einfachen Verletzung der Verkehrsregeln wurde eingestellt (O1S 17 6, act. B 3/64/P2.5). C___ liess mit Schreiben ihres Verteidigers vom 24. Juni 2015 rechtzeitig Einsprache gegen den Strafbefehl vom 16. Juni 2015 erheben (O1S 17 6, act. B 3/23). Mit Schreiben vom 29. Juni 2015 liess A___ ebenfalls fristgerecht Einsprache gegen den ihn betreffenden Strafbefehl erheben (O1S 17 6, act. B 3/24). Am 30. Juli 2015 führte der zuständige Staatsanwalt mit A___ und C___ eine Vergleichsverhandlung durch (O1S 17 6, act. B 3/29+30), welche jedoch scheiterte (O1S 17 6, act. B 3/34). In der Folge wurden sowohl A___ (O1S 17 6, act. B 3/37) als auch C___ (O1S 17 6, act. B 3/38) am 7. Juni 2016 durch die Staatsanwaltschaft einvernommen. RA CC___ beantragte am 22. August 2016 die Anhörung der CD von C___ (O1S 17 6, act. B 3/54), was die Staatsanwaltschaft mit Beweisverfügung vom 13. September 2016 ablehnte (O1S 17 6, act. B 3/58+59). Am 10. Oktober 2016 überwies die Staatsanwaltschaft die Strafbefehle gegen A___ (O1S 17 6, act. B 3/65B, B 3/66A) und C___ (act. B 3/65A, B 3/66A) zur Beurteilung an das Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden. RA CC___ stellte am 7. November 2016 den Beweisantrag, dass die von der Staatsanwaltschaft aus den Akten entfernte CD mit der von C___ erstellten Tonaufnahme wieder zu den Akten zu nehmen und anlässlich der Hauptverhandlung vorzuspielen sei (act. B 3/68A). RA AA___ beantragte am 21. November 2016, dass die aus den Akten entfernte CD weiterhin unter Verschluss zu halten und nicht zu verwenden sei (act. B 3/71A). Mit Verfügung des Einzelrichters vom 28. November 2016 wurde entschieden, dass über die Frage der Verwertbarkeit der Tonaufnahme von C___ im Hauptverfahren zu entscheiden sei und dazu die Tonaufnahme beigezogen werde. Im Übrigen wurden die Beweisanträge von RA CC___ vom 7. November 2016 abgelehnt (act. B 3/73A). Am 7. Dezember 2016 reichte C___ das Formular „Erklärung über die finanziellen Verhältnisse“ ein (act. B 3/74A). Den Parteien wurde am 12. Dezember 2016 je eine Kopie der von der Staatsanwaltschaft eingeforderten Audio-Sprachaufnahme zugestellt (act. B 3/75). A___ liess mit Eingabe vom 22. Dezember 2016 beantragen, dass der Einzelrichter vorfrageweise und vor der angesetzten Hauptverhandlung darüber befinde, ob die Aufnahme mit seiner

rechtsgenügenden Zustimmung zustande gekommen sei (O1S 17 6, act. B 3/77). Der Einzelrichter lehnte mit Verfügung vom 12. Januar 2017 den Antrag ab und erklärte, das Gericht werde erst im Rahmen des Endentscheids über diese Frage entscheiden (act. B 3/77A). Der Einzelrichter vereinigte am 9. Februar 2017 (act. B 3/79) die Verfahren SE3 16 4 (A___) und SE3 16 5 (C___). Die Hauptverhandlungen in den Verfahren SE3 16 4 (O1S 17 6, act. B 3/84) und SE3 16 5 (O1S 17 6, act. B 3/87) fanden am 27. Februar 2017 statt. Das Urteil im Verfahren gegen C___ (SE3 16 5) wurde der Beschuldigten im Anschluss an die Hauptverhandlung mündlich eröffnet und kurz begründet (O1S 17 6, act. B 3/84). Das Dispositiv wurde am 2. März 2017 versandt (act. B 3/81) und dem Verteidiger der Beschuldigten am 3. März 2017 (O1S 17 6, act. B 3/93) und dem Rechtsvertreter des Privatklägers gleichentags (O1S 17 6, act. B 3/92) zugestellt. Am 13. März 2017 meldete RA AA___ rechtzeitig die Berufung an (O1S 17 6, act. B 3/96A).

C. Erstinstanzliches Urteil

Mit Urteil des Einzelrichters des Kantonsgerichts vom 27. Februar 2017 (SE3 16 5) wurde C___ vom Vorwurf des unbefugten Aufnehmens von Gesprächen im Sinne von Art. 179^{ter} StGB freigesprochen. Zudem wurde Vormerk davon genommen, dass der Privatkläger auf die Geltendmachung seiner Zivilforderung verzichtet. Die Verfahrenskosten von total CHF 1'330.00 wurden dem Privatkläger auferlegt und dieser verpflichtet, der Beschuldigten eine Parteientschädigung von CHF 6'888.25 zu bezahlen.

Auf eine Wiedergabe der Urteilsbegründung in den angefochtenen Punkten wird verzichtet und auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen.

D. Schriftenwechsel

- a) Gegen das Urteil vom 27. Februar 2017, dessen Zustellung an RA AA___ in begründeter Ausfertigung am 10. April 2017 erfolgt war (O1S 17 6, act. B 3/103), erklärte dieser mit Eingabe vom 1. Mai 2017 fristgemäss die Berufung beim Obergericht (act. B 1).
- b) Mit Schreiben vom 5. Mai 2017 teilte der im vorinstanzlichen Verfahren zuständige Gerichtsschreiber den Verfahrensparteien mit, dass das Verhandlungsprotokoll bezüglich des Verhandlungsbeginns berichtigt wird (act. B 5/1-4).

- c) Mit Verfügung der Verfahrensleitung vom 15. Mai 2017 (act. B 7) wurde den Berufungsbeklagten Gelegenheit gegeben, einen schriftlichen und begründeten Nichteintretensantrag und/oder eine schriftliche Anschlussberufung einzureichen, wovon diese keinen Gebrauch machten.
- d) Die Parteien wurden am 27. Oktober 2017 zur mündlichen Hauptverhandlung vom 3. April 2018 vorgeladen (act. B 10).
- e) Mit Eingabe vom 6. November 2017 (act. B 12) stellte RA CC___ den Antrag, dass die CD mit der von der Privatklägerin erstellten Tonaufnahme zu den Akten und vom Gericht vorgängig zur Hauptverhandlung zur Kenntnis genommen, eventualiter anlässlich der Hauptverhandlung selber abgespielt werde. Zudem warf er die Frage auf, ob das Verfahren O1S 17 8 nicht vor dem Verfahren O1S 17 6 durchgeführt werden sollte, da die Frage des unbefugten bzw. befugten Aufnehmens von Gesprächen für das Verfahren O1S 17 6 von erheblicher Bedeutung sei und daher vorgängig geklärt sein sollte.
- f) Mit Schreiben der Verfahrensleitung vom 21. Dezember 2017 (act. B 15) an RA CC___ wurde bestätigt, dass sich die CD mit der Tonaufnahme von C___ bei den Akten befinde. Den Antrag, dass die CD vom Gericht vorgängig zur Hauptverhandlung zur Kenntnis zu nehmen sei, werde abgewiesen, da anlässlich der Hauptverhandlung vorfrageweise über die Frage der Verwertbarkeit dieser CD zu entscheiden sei. Das Eventualbegehren, dass die CD anlässlich der Hauptverhandlung abgespielt werde, hänge davon ab, wie das Gericht diese Frage entscheide. Auch der Antrag, zunächst die Verhandlung im Verfahren O1S 17 8 durchzuführen, werde abgewiesen, da im Verfahren O1S 17 6 die Frage der Verwertbarkeit der Tonaufnahme als Vorfrage behandelt, beraten und der Entscheid des Gerichts unverzüglich bekannt gegeben werde.
- g) Mit Beschluss vom 6. Februar 2018 (O2S 17 11) trat das Obergericht auf eine Beschwerde von A___ gegen die Verfügung des Einzelrichters des Kantonsgerichts vom 12. Januar 2017 (SE3 16 4) nicht ein (act. B 18).
- h) Mit Beschluss vom 3. April 2018 wurde die Verhandlung auf einen späteren Zeitpunkt verschoben (act. B 19).
- i) Die mündliche Hauptverhandlung fand am 8. Januar 2019, im Anschluss an die Hauptverhandlung im Verfahren O1S 17 6, statt (act. B 26, 20).

Auf die entsprechenden Ausführungen und Angaben in den in lit. a - i vorstehend angeführten Schriftstücken wird, soweit für die Beurteilung erforderlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen einzugehen sein.

Erwägungen des Gerichts

1. Formelles

1.1 Örtliche und sachliche Zuständigkeit

Auf die zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen 1.1 zur örtlichen und sachlichen Zuständigkeit kann verwiesen werden.

Bezüglich der sachlichen und funktionellen Zuständigkeit des Obergerichts ist auf die Art. 26 und 27 Justizgesetz (JG, bGS 145.31) hinzuweisen. Nach Art. 26 JG ist das Obergericht Berufungs- und Beschwerdeinstanz in der allgemeinen Strafrechtspflege, unter Vorbehalt der Befugnisse des Einzelrichters (letztere beschränken sich laut Art. 27 JG auf den Bereich des Zwangsmassnahmenrechts).

1.2 Strafantrag

Wie die Vorinstanz in deren Erwägung 1.2 zutreffend festgehalten hat, ist das unbefugte Aufnehmen von Gesprächen im Sinne von Art. 179^{ter} StGB nur auf Antrag strafbar. Ein rechtzeitig gestellter Strafantrag von A___ liegt vor (O1S 17 6, act. B 3/3).

1.3 Legitimation des Privatklägers und Berufungsklägers

Die Legitimation des durch den vorinstanzlichen Freispruch beschwerten Privatklägers A___ zur Erhebung der Berufung ergibt sich ohne weiteres aus Art. 382 Abs. 1 und 2 StPO i.V. Art. 104 Abs. 1 lit. b StPO.

1.4 Verzicht des Privatklägers auf Zivilforderung

Der Privatkläger hat vor erster Instanz den Antrag gestellt, es sei davon Vormerk zu nehmen, dass er auf die Geltendmachung einer Zivilforderung verzichte. Dieser Vormerk ist auch in das zweitinstanzliche Urteilsdispositiv aufzunehmen, da der Berufungskläger das gesamte vorinstanzliche Urteil angefochten hat, sich jedoch im Berufungsverfahren nicht mehr zum Verzicht auf die Zivilforderung geäußert hat.

1.5 Noven

Vorliegend sind neue Tatsachenbehauptungen und Beweise zulässig. Dies ergibt sich e contrario aus Art. 398 Abs. 4 StPO, da es sich beim unbefugten Aufnehmen von Gesprächen im Sinne von Art. 179^{ter} StGB gestützt auf Art. 10 Abs. 3 StGB um ein Vergehen handelt

2. Materielles: Unbefugtes Aufnehmen von Gesprächen (Art. 179^{ter} StGB)

2.1 Parteivorbringen

Der **Berufungskläger** lässt vorbringen, sein Stall sei sehr abgeschieden gelegen. Im Weiler D___ würden etwa 40 Einwohner wohnen, wovon die grosse Mehrheit noch arbeiten gehe. 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 Degersheim bzw. Flawil 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 zugegeben 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. Spaziergänger seien dort keine Seltenheit. 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.

2.2 Nichtöffentlichkeit des Gesprächs

Zu klären ist, ob sich die Berufungsbeklagte 2 am 10. September 2014 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.

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 (O1S 17 6, act. B 18, S. 6; B 19). Zu diesem Thema führte das Obergericht am 26. Juni 2018 vor Ort im Parallelverfahren O1S 17 6 einen Augenschein durch (O1S 17 6, act. B 21+22/1-4; B 29). Die Vorinstanz gelangte in Erwägung 2.6 ihres Urteils 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 vorbekommen 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: Donatsch [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, 20. Aufl. 2018, N. 1 zu Art. 179^{ter} StGB). Nichtöffentlich sei das Gespräch, wenn es nicht an die Allgemeinheit gerichtet ist und nur in einem in personeller Beziehung abgegrenzten Kreis gehört werden könne (ANDREAS DONATSCH, 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 (Jositsch [Hrsg.], 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 einer 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 einer 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 (O1S 17 6, Standort 2; act. B 29, S. 5 Bild Nr. 5), während dem sich die Berufungsbeklagte 2 auf dem öffentlichen Wanderweg befand, der südlich am Gebäude Assekuranz Nr. 0001 vorbeiführt (O1S 17 6, Standort 3; act. B 29, S. 7 Bild Nr. 8; S. 6 Bild Nr. 6; S. 9 Bild Nr. 10). Die Messung zwischen den Standorten 2 und 3 ergab eine Entfernung von 29 Metern (O1S 17 6, act. B 29, S. 7 ff.). Die Entfernung zwischen dem Standort 2 und dem Schnittpunkt der Flucht der südlichen Stallfassade mit dem Wanderweg östlich des Gebäudes beträgt 34 Meter (O1S 17 6, Standort 4; act. B 29, S. 10 Bild Nr. 11). Der sichttote Bereich ist in Beilage 2 zum Protokoll des Augenscheins mittels Schraffierung gekennzeichnet (O1S 17 6, act. B 22/2). 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 (O1S 17 6, act. B 29, S. 12). 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 seien. Auch dies wurde von den anwesenden Parteien akzeptiert (O1S 17 6, act. B 29, S. 13). Im Übrigen findet sich eine Übersicht über die Standorte 1 bis 4 in O1S 17 6, act. B 22/1 sowie ein Ortho-Foto des Gebäudes Assekuranz Nr. 0001 mit Umgebung in O1S 17 6, act. B 22/3).

Die beiden am Augenschein erstellten Sprachaufnahmen befinden sich in O1S 17 6 als act. B 22/4 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 (O1S 17 6, act. B 29, Bild Nr. 3 „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“ (O1S 17 6, act. B 29, Bild Nr. 4; O1S 17 8, B 23/2). Auf demselben Wegweiser findet sich auch ein Hinweis auf eine „Schweizerfamilie-Feuerstelle“, welche ebenfalls über diesen Wanderweg erreichbar ist (act. B 23/1). Zweifellos hätten deshalb von Osten und von Westen her jederzeit beliebige Dritte - Wanderer oder Velofahrer - vorbeikommen können (O1S 17 6, act. B 29, Bilder Nr. 1-4). 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“ beeinander. 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.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die Berufungsbeklagte 2 nicht des unbefugten Aufnehmens von Gesprächen im Sinne von Art. 179^{ter} StGB schuldig gemacht hat. Demzufolge ist die Berufung abzuweisen und C___ freizusprechen.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1 Parteivorbringen

Der **Berufungskläger** lässt ausführen, die Vorinstanz habe dem Privatk Kläger sämtliche Verfahrenskosten und eine an die Beschuldigte zu bezahlende Parteientschädigung auferlegt. Sie stütze sich dabei auf Art. 427 Abs. 1 und Art. 432 Abs. 2 StPO. Die Regelungen der beiden Artikel, welche inhaltlich miteinander korrespondieren würden, seien dispositiver Natur. Die Verfahrenskosten oder die Parteientschädigung seien damit bei Freispruch oder Einstellung des Verfahrens nicht zwingend von der Privatk Klägerschaft zu tragen (BGE 138 IV 248 E. 4.2.4). Selbst bei einem Freispruch der Beschuldigten sei die Überwälzung sämtlicher Kosten auf den Privatk Kläger nicht gerechtfertigt und unverhältnismässig. Einzig die Beschuldigte habe gegen den Strafbefehl vom 16. Juni 2015 Einsprache erhoben. Es könne deshalb nicht angehen, wenn die Beschuldigte von der Staatsanwaltschaft verurteilt werde, diesen Strafbefehl weiterziehe und im Falle eines Freispruchs der Privatk Kläger für sämtliche Kosten aufkommen müsse. Der Staat, welcher die Beschuldigte mittels Strafbefehl verurteilt habe, trage für den Ausgang des Verfahrens die Hauptschuld, weshalb er für die Verfahrenskosten sowie die Parteientschädigung der beschuldigten Person aufzukommen habe.

Die **Berufungsbeklagte 2** lässt entgegnen, bezüglich des Einwands des Berufungsklägers, der Staat sei schuld, sei darauf hinzuweisen, dass die Einsprache gegen einen Strafbefehl kein Rechtsmittel sei. Die Kosten könnten deshalb nicht nach Obsiegen oder Unterliegen verlegt werden. Im Falle eines Freispruchs würden gestützt auf Art. 427 Abs. 1 und Art. 432 Abs. 2 StPO die Kosten und auch die Parteientschädigung zu Lasten des Staates oder des Privatk Klägers gehen.

3.2 Erst und zweitinstanzliche Verfahrenskosten

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Fällt die Rechtsmittelinstanz selber eine neue Entscheidung, so befindet sie darin auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung (Art. 428 Abs. 3 StPO). Da die Berufung abgewiesen wurde und der Berufungskläger somit vollumfänglich unterlegen ist, sind ihm die zweitinstanzlichen Verfahrenskosten, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von CHF 2'000.00 (Art. 29 lit. b Gebührenordnung, bGS 233.3), aufzuerlegen. Bezüglich der erstinstanzlichen Verfahrenskosten ist vorliegend Art. 427 Abs. 2 StPO anwendbar, wonach bei Antragsdelikten die Verfahrenskosten der Privatklägerschaft auferlegt werden können: lit. a wenn die beschuldigte Person freigesprochen wird; und lit. b soweit die beschuldigte Person nicht nach Art. 426 Abs. 2 StPO kostenpflichtig ist. Vorliegend entfällt ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten der Beschuldigten im Sinne von Art. 426 Abs. 2 StPO, so dass eine Kostenauflage an den Privatkläger grundsätzlich möglich ist. Der Berufungskläger stützt sich zur Begründung seines Vorbringens, dass die Verfahrenskosten und die Parteientschädigung bei einem Freispruch nicht zwingend auf den Privatkläger zu überwälzen sind, auf BGE 138 IV 248 E. 4.2.4. Aus diesem Entscheid kann der Privatkläger jedoch nichts zu seinen Gunsten ableiten. Im genannten Bundesgerichtsurteil hatte sich der dortige Beschwerdeführer – abgesehen von der Erhebung der Strafklage – an dem gegen den Beschwerdegegner geführten Strafverfahren nicht aktiv beteiligt. Insofern hatte er laut Bundesgericht keine Kosten verursacht und es könnten ihm daher grundsätzlich keine Kosten auferlegt werden (BGE 138 IV 248 E. 4.4.1; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar Schweizerische Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2018, N. 7 zu Art. 427 StPO). Vorliegend ist es dagegen so, dass sich der Privatkläger durch beide Instanzen hindurch aktiv am Strafverfahren beteiligte, am Augenschein teilnahm und die Bestrafung der Beschuldigten beantragte. Damit bleibt kein Raum für ein Absehen von einer Kostenauflage an den Privatkläger und demzufolge sind ihm ebenfalls die erstinstanzlichen Verfahrenskosten aufzuerlegen. Die vom Berufungskläger geleistete Sicherheit im Umfang von CHF 700.00 wird dabei angerechnet. Dies ist im Urteilsdispositiv versehentlich nicht berücksichtigt worden, was hiermit berichtet wird.

3.3 Erst- und zweitinstanzliche Entschädigung

Ansprüche auf Entschädigung und Genugtuung im Rechtsmittelverfahren richten sich nach den Artikeln 429-434 StPO (Art. 436 Abs. 1 StPO). Der Berufungskläger hat gestützt auf Art. 436 Abs. 1 i.V.m. Art. 433 Abs. 1 StPO weder im erst- noch im zweitinstanzlichen Verfahren Anspruch auf eine Entschädigung. Hingegen hat die Berufungsbeklagte 2 gegenüber dem Privatkläger Anspruch auf eine Entschädigung in beiden Verfahren (Art. 436 Abs. 1 i.V.m. Art. 432 Abs. 2 StPO; BGE 138 IV 148 E. 5.3)

Sowohl die von RA CC___ vor erster Instanz eingereichte Kostennote in der Höhe von CHF 6'888.25 (OIS 17 6, act. B 3/86/1) als auch diejenige vor zweiter Instanz von CHF 3'231.00 (act. B 24) erweisen sich als tarifkonform. Somit hat der Berufungskläger die Berufungsbeklagte 2 für die Kosten ihrer Vertretung im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren mit CHF 10'119.25 (inkl. Barauslagen und MWSt) zu entschädigen.

In Abweisung der Berufung erkennt das Obergericht:

1. Die Beschuldigte C___ wird von der Anklage des unbefugten Aufnehmens von Gesprächen im Sinne von Art. 179^{ter} StGB freigesprochen.
2. Es ist davon Vormerk zu nehmen, dass der Privatkläger auf die Geltendmachung seiner Zivilforderung verzichtet.
3. Die Verfahrenskosten, bestehend aus

CHF 880.00	Kosten der Voruntersuchung
CHF 450.00	erstinstanzliche Gerichtsgebühr
<u>CHF 2'000.00</u>	zweitinstanzliche Gerichtsgebühr
CHF 3'330.00	insgesamt,

werden dem Berufungskläger A___ auferlegt, unter Anrechnung der von ihm geleisteten Sicherheit im Umfang von CHF 700.00.

4. Der Berufungskläger A___ wird verpflichtet C___ für die Kosten ihrer Verteidigung im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren eine Entschädigung von CHF 10'119.25 (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.
5. A___ wird für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren keine Entschädigung zugesprochen.

6. **Rechtsmittel:**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit der Zustellung Beschwerde in Strafsachen erhoben werden. Die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde richtet sich nach Art. 78 ff. Bundesgerichtsgesetz (BGG, SR 173.110). Die Beschwerde ist beim Schweizerischen Bundesgericht, Avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, schriftlich einzureichen. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind - soweit vorhanden - beizulegen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG).

7. Zustellung am 16. Mai 2019 an:
 - den Berufungskläger über seinen Rechtsvertreter
 - die Beschuldigte über ihren Verteidiger
 - die Staatsanwaltschaft (U 15 165)
 - die Vorinstanz (SE3 16 5)
 - Verfahrensakten O2S 17 6

Der Obergerichtsvizepräsident:

Die Obergerichtsschreiberin:

lic. iur. W. Kobler

B. Widmer, Fürsprecherin