Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6P.79/2006
6S.162/2006 /rom

Urteil vom 6. Oktober 2006
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Kolly, Karlen,
Gerichtsschreiber Borner.

Parteien
B._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Fürsprecher Andreas Imobersteg,

gegen

R.H.S._____,
M.S.H._____,
Beschwerdegegner,
beide vertreten durch Fürsprecher Mark Ineichen.

Gegenstand
Abhören und Aufnehmen fremder Gespräche (Art. 179bis Abs. 1 StGB), Notstand (Art. 34 Abs. 1 StGB),

Staatsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern, 2. Strafkammer, vom 17. Februar 2006.

Sachverhalt:
A.
B._____ bewohnte zusammen mit seiner Ehefrau bis im Juni 2004 eine Liegenschaft, die an jene des Ehepaars S.-H._____ grenzte. Zwischen den Nachbarn war es wegen des Rückschnitts von Bäumen zu einem Rechtsstreit gekommen. Am 10. August und 4. Oktober 2003 nahm B._____ mit seinem Diktiergerät Äusserungen auf, die R.H.S._____ in ihrem Garten tätigte. Er überspielte sie anschliessend auf eine CD und liess sie seinem Anwalt zukommen.
B.
Das Obergericht des Kantons Bern verurteilte B._____ am 17. Februar 2006 im Appellationsverfahren wegen mehrfachen Abhörens und Aufnehmens fremder Gespräche zu einer Busse von 500 Franken.
C.
B._____ führt staatsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben.

Das Obergericht hat auf Gegenbemerkungen zu den Beschwerden verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Mit staatsrechtlicher Beschwerde rügt der Beschwerdeführer zunächst eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV). So sei nicht verständlich, wie aus dem Umstand, dass die aufgenommenen Äusserungen der Beschwerdegegnerin nicht an ihn gerichtet waren, auf die Fremdheit des Gesprächs geschlos-

sen werden könne.

Ob das fragliche Gespräch als fremd zu bezeichnen ist, betrifft eine Frage der Anwendung von Art. 179bis StGB, die nachstehend im Rahmen der Nichtigkeitsbeschwerde zu prüfen ist (vgl. E. 4). Im Übrigen ist die Begründung des Obergerichts in diesem Punkt durchaus ausreichend, wie auch die dagegen erhobenen Einwendungen des Beschwerdeführers belegen. Die Rüge entbehrt daher der Grundlage.
2.
Das Obergericht hält fest, die Beschwerdegegnerin habe nicht so laut gesprochen, dass beliebige, auf der Strasse vorbeigehende Dritte das vom Beschwerdeführer aufgenommene Gespräch hätten mithören können. Diese Feststellung rügt der Beschwerdeführer als willkürlich und Verstoss gegen die Unschuldsvermutung.

Das Obergericht geht gestützt auf den Grundbuchauszug und die aktenkundigen Fotos davon aus, dass der Grill, in dessen Nähe die aufgenommenen Äusserungen erfolgten, unmittelbar an der Grenze zum Grundstück des Beschwerdeführers stand. Deshalb sei es naheliegend, dass dieser die Äusserungen habe hören können. Hingegen seien die westlich und südlich vorbeiführenden Quartierstrassen rund 30 bzw. 23 Meter entfernt. Für sich dort zufällig aufhaltende Drittpersonen seien die Äusserungen der Beschwerdegegnerin und ihres Ehemanns nicht mehr verständlich gewesen. Der Beschwerdeführer stellt diese Feststellung unter Hinweis auf eine eigene Rekonstruktion der Standorte der Beteiligten in Frage. Dabei übergeht er, dass der Standort des Beschwerdegegners nicht ermittelt wurde. Er trifft in seiner Rekonstruktion dafür eine Annahme, die nicht erwiesen ist. Seine Einwände sind damit nicht stichhaltig. Jedenfalls lassen sie die fragliche Feststellung im angefochtenen Entscheid nicht als willkürlich erscheinen.

Da sich somit auch diese Rüge als unbegründet erweist, ist die staatsrechtliche Beschwerde abzuweisen.
3.
Mit Nichtigkeitsbeschwerde beanstandet der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe den Tatbestand des Abhörens und Aufnehmens fremder Gespräche gemäss Art. 179bis StGB falsch ausgelegt und angewandt. Zunächst hält er es für fragwürdig, die Äusserungen der Beschwerdegegnerin als Gespräch im Sinne der genannten Strafnorm zu qualifizieren.

Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz enthalten die inkriminierten Aufnahmen Äusserungen, welche die Beschwerdegegnerin an ihren Ehemann, den Beschwerdegegner, richtete. Am 10. August 2003 forderte sie diesen mehrfach auf, den T̈eutonen-Grufti¨ gemeint war damit der Beschwerdeführer - ansehen zu kommen. Der Ehemann ging darauf zwar nicht ein, blieb aber - wie der Beschwerdeführer selber dartut - nicht stumm, sondern antwortete unter anderem, er wolle nicht gestört werden. Die vorinstanzliche Feststellung, der Ehemann der Beschwerdegegnerin habe auf ihre Zurufe nicht reagiert, ist offensichtlich unrichtig und gemäss Art. 277bis Abs. 1 BStP von Amtes wegen im genannten Sinn zu präzisieren. Bei dieser Sachlage kommt den Äusserungen der Beschwerdegegnerin - entgegen der Behauptung in der Beschwerdeschrift - kein bloss einseitiger Charakter zu. Der Beschwerdeführer nahm denn auch nicht nur die Zurufe der Beschwerdegegnerin, sondern auch die Antworten des Ehemanns auf, auch wenn diese akustisch zum Teil kaum verständlich sind. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz die aufgenommenen Äusserungen als Gespräch im Sinne von Art. 179bis StGB qualifiziert.
4.
Der Beschwerdeführer bestreitet, dass die aufgenommenen Gespräche fremd seien, wie dies der Tatbestand von Art. 179bis StGB voraussetzt.

Wie die Vorinstanz darlegt, gilt nach der Doktrin ein Gespräch für denjenigen als fremd, der an ihm nicht aktiv teilnimmt resp. jedes Gespräch, an welchem der Täter nicht zumindest von den aktiv Beteiligten als Zuhörer geduldet wird. Vom Gespräch ausgeschlossen bleibt somit, wer lediglich beiläufig mithört, ohne dass sich die Äusserungen der Beteiligten an ihn richten und er deshalb nicht als Gesprächspartner erscheint. Dem entspricht der französischsprachige Gesetzestext, der voraussetzt, dass es sich um eine c̈onversation entre d'autres personnesḧandelt (vgl. auch Bernard Corboz, Les infractions en droit suisse, Band I, Bern 2002, Art. 179bis N. 7).

Nach den verbindlichen Feststellungen im angefochtenen Entscheid fand das fragliche Gespräch zwischen der

Beschwerdegegnerin und ihrem Ehemann statt. Der Beschwerdeführer wurde nicht in das Gespräch einbezogen, auch wenn er dieses mithören konnte. Mit dem Einwand, die Beschwerdegegnerin habe nur vordergründig zu ihrem Ehemann gesprochen, tatsächlich aber Beleidigungen an seine Adresse richten wollen, weicht der Beschwerdeführer vom festgestellten Sachverhalt ab, was im Rahmen der Nichtigkeitsbeschwerde unzulässig ist (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP). Im Übrigen verkennt er, dass er noch nicht allein deshalb zum geduldeten Zuhörer wurde, weil die Beschwerdegegnerin sein Mithören in Kauf nahm oder es sogar wollte. Sie wandte sich nicht an ihn, und es ist auch nicht festgestellt, dass der Gesprächspartner der Beschwerdegegnerin - ihr Ehemann - mit dem Einbezug des Beschwerdeführers in ihre Unterhaltung einverstanden gewesen wäre. Schliesslich besteht kein Anlass, das Kriterium der Fremdheit des Gesprächs enger als im oben erwähnten Sinn zu fassen. Nach Art. 179ter StGB ist nämlich die Aufnahme eines nichtfremden Gesprächs ebenfalls strafbar. Der Strafrahmen reicht zwar bei der zuletzt erwähnten Norm weniger weit als bei Art. 179bis
StGB, doch besteht bei der Minimalstrafe kein Unterschied. Es kann deshalb einem geringen Verschulden mit Blick auf die Fremdheit des Gesprächs auch bei Anwendung von Art. 179bis StGB angemessen Rechnung getragen werden.
5.
Strafbar ist nur die Aufnahme von Gesprächen, die nicht öffentlich sind. Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz vor, diese Anforderung zu Unrecht zu bejahen.

Der Begriff der Öffentlichkeit wird im Strafgesetzbuch in verschiedenen Zusammenhängen verwendet und ist nicht bei allen Straftatbeständen gleich auszulegen. Was als öffentlich bzw. nicht öffentlich anzusehen ist, hängt von dem durch die fragliche Strafnorm geschützten Rechtsgut sowie davon ab, warum darin die Öffentlichkeit als strafbegründendes oder strafausschliessendes Merkmal vorausgesetzt wird (vgl. BGE 130 IV 111 E. 4.2 und 4.3 S. 117). Der Beschwerdeführer bemerkt daher zu Recht, dass der bei der Rassendiskriminierung (Art. 261bis StGB) verwendete Öffentlichkeitsbegriff nicht ohne weiteres auch bei der Auslegung von Art. 179bis StGB wegleitend ist.

Art. 179bis StGB zählt zu den Strafbestimmungen, die den Privat- und Geheimbereich schützen wollen. Der Einzelne soll sich in einem durch persönliche Beziehungen abgegrenzten Personenkreis mündlich frei äussern können, ohne Gefahr zu laufen, dass das von ihm geführte Gespräch ohne seinen Willen von einem anderen auf einem Tonträger festgehalten und damit die Unbefangenheit der nicht öffentlichen Äusserung durch die Perpetuierung des flüchtig gesprochenen Worts beeinträchtigt wird (BGE 111 IV 63 E. 2 S. 66). Im Blick auf diese Zielsetzung ist der Begriff der Öffentlichkeit nicht allzu eng zu fassen. Wie beim Tatbestand der Rassendiskriminierung gelten Äusserungen als nicht öffentlich, die im privaten Rahmen, im Familien- oder Freundeskreis oder sonst in einem durch persönliche Beziehungen oder besonderes Vertrauen geprägten Umfeld erfolgen (BGE 130 IV 111 E. 5.2.2 S. 119). Bei der Würdigung der Umstände ist indessen dem Anliegen des wirksamen Schutzes der Privat- und Geheimsphäre Rechnung zu tragen. Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Ansicht spricht diese Erwägung dafür, namentlich auch den Ort, wo das Gespräch stattfindet, zu berücksichtigen (ebenso Peter von Ins/Peter-René Wyder, Basler Kommentar, Band II, Art. 179bis N.
10). Die Vorinstanz weist daher zu Recht darauf hin, dass der öffentliche oder nichtöffentliche Charakter eines Gesprächs auch massgeblich davon abhänge, ob es in einem privaten oder allgemein zugänglichen Umfeld stattfinde.
6.
Die aufgenommenen Gespräche fanden im Garten der Beschwerdegegner statt und konnten wohl vom Beschwerdeführer, aber nicht von beliebigen Drittpersonen auf den in der Nähe vorbeiführenden Quartierstrassen mitgehört werden. Soweit in der Beschwerdeschrift von diesen tatsächlichen Feststellungen abgewichen wird (vgl. auch E. 2), ist darauf nicht einzutreten (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP).

Wie die Vorinstanz zu Recht hervorhebt, erfolgten die umstrittenen Gespräche in einem privaten Umfeld. Der Umstand, dass ein Unbeteiligter eine solche Unterhaltung mithören kann, ändert nichts an ihrem nicht öffentlichen Charakter (vgl. Martin Schubarth, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, 3. Band, Art. 179bis N. 24). Es ist deshalb nicht erheblich, dass der Beschwerdeführer, der sich auf seinem Grundstück in der Nähe der Beschwerdegegnerin aufhielt, die Gespräche mitverfolgen konnte. Aus den erwähnten vorinstanzlichen Feststellungen ergibt sich weder, dass auch beliebige Drittpersonen die Gespräche hätten hören können, noch dass

sich die Beschwerdegegner an beliebig viele Hörer hätten wenden wollen. Auch wenn die Beschwerdegegnerin beabsichtigt haben sollte, dass der Beschwerdeführer die Äusserungen an ihren Ehemann hören konnte, verändert dies deren privaten Charakter nicht.
7.
Das Gespräch vom 10. August 2003 wurde vom Beschwerdeführer zunächst unbemerkt mit dem Diktiergerät aufgenommen. Später überspielte er diese Aufnahme auf eine CD und stellte sie seinem Anwalt zu. Er macht geltend, Art. 179bis Abs. 1 StGB stelle nur Primär-, nicht aber Sekundäraufnahmen unter Strafe. Die Vorinstanz gehe daher zu Unrecht davon aus, dass das Überspielen eines zufällig aufgenommenen Gesprächs als Aufnehmen auf einen Tonträger im Sinne der zitierten Strafnorm gelten könne.

In der Lehre ist umstritten, ob sog. Sekundäraufnahmen (erneute Aufnahme eines bereits aufgenommenen Gesprächs) von Art. 179bis Abs. 1 StGB erfasst werden (vgl. von Ins/Wyder, a.a.O., Art. 179bis N. 13). Die ablehnenden Stellungnahmen beziehen sich indessen nur auf den Fall, dass die Primär- und die Sekundäraufnahme nicht von der gleichen Person erstellt werden. Ob die unbefugte nachträgliche Kopie einer rechtmässig erstellten Aufnahme strafbar ist, kann hier offen bleiben. Soweit jedoch eine Person ein von ihr zuerst zufällig aufgenommenes Gespräch anschliessend auf einen neuen Tonträger kopiert, ist der Tatbestand von Art. 179bis Abs. 1 StGB erfüllt. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers dringt ein solches Verhalten durchaus in die Privatsphäre der Gesprächspartner ein, da die Primäraufnahme in einem solchen Fall - im Unterschied zu dem von der Lehre anvisierten Fall - nicht mit dem Einverständnis der Sprechenden, sondern bloss zufällig erfolgt.
8.
Der Beschwerdeführer macht für sein Handeln schliesslich einen Beweisnotstand geltend. Ohne die inkriminierten Aufnahmen habe er keine Möglichkeit, eine Verurteilung der Beschwerdegegnerin wegen der ihm gegenüber begangenen Ehrverletzungen zu erreichen.

Wie die kantonalen Vorinstanzen zutreffend darlegen, kann von einem Beweisnotstand nicht die Rede sein, da - abgesehen von den Aussagen der Beteiligten - der Beschwerdeführer die angebliche Serie von Vorfällen auch mittels seiner akribisch geführten Aufzeichnungen und mit Zeugenaussagen aus dem Freundes- und Bekanntenkreis hätte belegen können.

Die Nichtigkeitsbeschwerde erweist sich damit in allen Punkten als unbegründet. Sie ist in dem Umfang, in dem auf sie einzutreten ist, abzuweisen.
9.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die bundesgerichtlichen Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 OG; Art. 278 Abs. 1 BStP). Den Beschwerdegegnern ist mangels Umtrieben keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen.
2.
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 4'000.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Bern, 2. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 6. Oktober 2006
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: