



Fall-Nr.:	ST.2018.133
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Strafkammer und Anklagekammer
Publikationsdatum:	14.03.2020
Entscheiddatum:	10.01.2020

Entscheid Kantonsgericht, 10.01.2020

Art. 30 Abs. 3 StGB, Art. 179ter StGB (SR 311.0). Bei einem Vorwurf eines strafbaren Verhaltens zum Nachteil des Kindes an einen Elternteil, ist der andere Elternteil nur berechtigt, einen Strafantrag zu stellen, wenn bei diesem Elternteil keine eigenen Interessen an einer Strafverfolgung ersichtlich sind. Andernfalls ist der Strafantrag von der Behörde oder einem Beistand zu stellen (E. III.2). Auch aus öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen geführte Gespräche dürfen nicht ohne Einwilligung aufgezeichnet und verwendet werden (E. III.6 bis 9) (Kantonsgericht, Strafkammer, 10. Januar 2020, ST.2018.133).

Aus den Erwägungen:

I.

1. Die Staatsanwaltschaft wirft A. zusammengefasst vor, mehrere Gespräche mit verschiedenen Personen ohne deren Wissen und Einwilligung aufgenommen und teilweise auf einer sozialen Plattform veröffentlicht zu haben (Strafbefehl S. 1, ausführlich hinten Erw. III.1).

2. Mit Entscheid vom 10. August 2018 sprach das Kreisgericht Rorschach A. von der Anklage des mehrfachen unbefugten Aufnehmens von Gesprächen frei (Ziff. 1 des Dispositivs). Die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 2'150.00 wurden dem Staat



St.Galler Gerichte

aufgelegt (Ziff. 2). Abschliessend hielt das Gericht fest, dass weder eine Parteientschädigung noch eine Genugtuung zugesprochen werde (Ziff. 3).

3. Gegen diesen Entscheid meldete die Staatsanwaltschaft am 22. August 2018 rechtzeitig Berufung an. Nach Zustellung des begründeten Entscheids erklärte sie mit Eingabe vom 23. November 2018 innert Frist Berufung. [...]

[...]

II.

[...]

III.

1. Gemäss Strafbefehl vom 12. Dezember 2017 soll der Beschuldigte sowohl am 7. September 2016 als auch zwischen dem 2. November und dem 11. November 2016 je ein Telefongespräch mit Kreisrichter A. vom Kreisgericht Rheintal ohne dessen Wissen und Einwilligung auf einen Tonträger aufgenommen haben ("Sachverhalt 1"). Weiter soll der Beschuldigte im Juni 2016 ein Gespräch mit seinem (zu jenem Zeitpunkt 6-jährigen) Sohn B. auf einen Tonträger aufgenommen und die Aufnahmen am 6. Juli 2017 auf seinem für sämtliche Nutzer zugänglichen Facebook-Account veröffentlicht haben ("Sachverhalt 2"). Dies sei ohne Wissen und Einwilligung von X., der Mutter des gemeinsamen Sohnes und damaligen Inhaberin des alleinigen Sorgerechts, erfolgt.



Schliesslich wird dem Beschuldigten vorgeworfen, am 4. März 2015 heimlich ein Telefongespräch zwischen ihm und C. (damalige Kindergärtnerin seines Sohnes) ohne deren Wissen und Einwilligung aufgenommen und am 6. Juli 2017 auf Facebook veröffentlicht zu haben ("Sachverhalt 3"; zum Ganzen Strafbefehl S. 1).

2. a) Beim unbefugten Aufnehmen von Gesprächen nach Art. 179^{ter} StGB handelt es sich um ein Antragsdelikt, bei welchem die Bestrafung des Täters innert der Frist von drei Monaten zu beantragen ist (vgl. Art. 30 und Art. 31 StGB).

b) Aufgrund der fristgerecht eingereichten Strafanträge des Kreisrichters A. ("Sachverhalt 1") und der Kindergärtnerin C. ("Sachverhalt 3"), welche beide eine Verletzung der eigenen Rechte geltend machen, ist dem Erfordernis Genüge getan.

c) Anders verhält es sich beim Sohn des Beschuldigten ("Sachverhalt 2").

aa) Im Fall der Minderjährigkeit der verletzten Person sind die durch die Straftat verletzte minderjährige (urteilsfähige) Person, der gesetzliche Vertreter wie gegebenenfalls auch die Kindsschutzbehörde je selbständig antragsberechtigt (vgl. Art. 30 Abs. 3 StGB). Probleme können sich aber ergeben, wenn ein Elternteil ein Delikt zum Nachteil der minderjährigen Person begangen haben soll. Bei entgegenstehenden Interessen entfällt die Vertretungsbefugnis des anderen Elternteils. In solchen Fällen stellt die Kindesschutzbehörde selber einen Strafantrag oder ernennt hierfür einen Beistand. Davon kann lediglich abgesehen werden, wenn der andere (sorgeberechtigte) Elternteil selber keine Interessen hat, welche denjenigen des Kindes entgegenstehen (vgl. Art. 306 Abs. 2 und 3 ZGB und BSK StGB-Riedo, Art. 30 N 34 m.w.H.).



bb) Vorliegend besteht zunächst keine Klarheit, ob im Tatzeitpunkt nur die Kindsmutter, X., über ein alleiniges Sorgerecht verfügte (so gemäss Anzeige) oder ob damals ein gemeinsames Sorgerecht bestanden hat (so der Beschuldigte). Sodann ist eine Konstellation gegeben, bei welcher einem Elternteil die Delinquenz zum Nachteil des Kindes vorgeworfen wird. Aus den Akten und den Aussagen des Beschuldigten geht ausserdem hervor, dass zwischen den seit Dezember 2014 getrenntlebenden Elternteilen kein Einvernehmen und keine Verständigung zur Kontaktpflege mit dem Kind und Ausübung eines gemeinsamen Sorgerechts zustande gekommen ist. Gemäss dem Beschuldigten wird ihm mit Verweis auf die "finanziellen Spannungen" jeglicher Kontakt zu seinem Sohn verweigert, dies seit dem 8. Januar 2017. Auch führte der Beschuldigte aus, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde müsste eigentlich die Mutter anweisen, den Kontakt zum Kind zuzulassen. Es liegt bei der beschriebenen Ausgangslage auf der Hand, dass die Kindsmutter ein eigenes Interesse an einer Strafverfolgung des Beschuldigten hat. Eine Verurteilung des Kindsvaters zum Nachteil des gemeinsamen Kindes leistet der Kontaktverweigerung entsprechenden Vorschub, was aber dem Interesse des Kindes an einer Beziehung zu seinem Vater grundsätzlich entgegensteht. Zum Zeitpunkt der Anzeige befanden sich die Eltern auch noch im Sorgerechtsstreit. Insgesamt erscheinen die Interessen der Kindsmutter und des Kindes nicht zwingend gleichgerichtet.

B. verfügt sodann über einen Beistand. Nachdem der Strafantrag von der Kindsmutter und nicht vom Beistand oder der Behörde gestellt wurde, ist das Vorliegen eines rechtsgültigen Strafantrags zu verneinen. Es fehlt damit an einer Prozessvoraussetzung, weshalb das Verfahren diesbezüglich einzustellen ist (Art. 319 Abs. 1 lit. d StPO; BSK StGB-Riedo, Art. 30 N 108 f. m.w.H.).

[...]



6. Wer als Gesprächsteilnehmer ein nichtöffentliches Gespräch, ohne die Einwilligung der andern daran Beteiligten, auf einen Tonträger aufnimmt, macht sich des unbefugten Aufnehmens von Gesprächen strafbar (vgl. Art. 179^{ter} StGB). Damit wird der Schutz des spontan gesprochenen Worts bezweckt. Als Täter kommt nur in Betracht, wer Teilnehmer eines nicht öffentlichen Gesprächs ist, d.h. eines mündlichen Gedanken- und Informationsaustauschs; sei es direkt oder telefonisch. Die Tathandlung besteht im Aufnehmen des Gesprächs auf einen Tonträger (vgl. BSK StGB II-Von Ins/Wyder, Art. 179^{ter} N 2 ff.).

7. a) Der Beschuldigte führt in rechtlicher Hinsicht an, das Aufnehmen von amtlichen Gesprächen werde nicht vom Tatbestand von Art. 179^{ter} StGB erfasst. Die Vorinstanz teilte im Ergebnis diese Auffassung, indem sie ausführte, im Lichte der Rechtsprechung (dazu vgl. hinten Erw. III. 9.a) sei davon auszugehen, dass aus öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen geführte Gespräche nicht in den Schutzbereich fallen. Allein das Vorhandensein eines erwiesenen Schutzbedürfnisses vermöge keine Strafbarkeit zu begründen. Die Staatsanwaltschaft hält dagegen, dass auch das gesprochene Wort von Personen mit einer amtlichen Stellung strafrechtlichen Schutz geniessen muss. Bei dieser Ausgangslage ist in erster Linie zu entscheiden, ob das Tatbestandselement "nichtöffentliches Gespräch" auch bei aus öffentlich-rechtlicher Verpflichtung geführten Unterhaltungen gegeben sein kann. Die übrigen objektiven Tatbestandselemente – die Gesprächsteilnahme, die Gesprächsaufnahme und die Nichteinwilligung des Gesprächspartners in die Aufnahme – erweisen sich nämlich ohne weiteres als erfüllt.

b) Ein Gespräch gilt zunächst als "nichtöffentlich", wenn es nicht an die Allgemeinheit gerichtet ist und nur von einem in personeller Hinsicht abgegrenzten Kreis gehört werden kann (vgl. BSK StGB II-Von Ins/Wyder, Art. 179^{ter} N 2 ff.; Youssef, in: Jositsch/Schwarzenegger/Wohlers [Hrsg.], Festschrift für Andreas Donatsch, Materielles Strafrecht / Die Nichtöffentlichkeit des Gesprächs i.S.v. Art. 179^{ter} Abs. 1 StGB bei polizeilichen Einvernahmen des Beschuldigten, Zürich 2017, S. 1 ff., S. 6). Bei einem Telefongespräch ist klar, dass dies nur von einem bestimmten Kreis, grundsätzlich



St.Galler Gerichte

bestehend aus der anrufenden und der angerufenen Person, geführt wird (vgl. übereinstimmend BGer 6B_925/2018 E. 1.4; siehe auch PK StGB-Trechsel/Lieber 2018, Art. 179^{ter} N 1). Dies gibt jedoch keinen Aufschluss darüber, ob ein solches Gespräch zwischen einem Privaten und einer Amtsperson auch von Art. 179^{ter} StGB erfasst sein soll.

8. In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob die vorliegend zu beurteilenden Gespräche überhaupt von Amtspersonen aus öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen geführt wurden.

a) Vorliegend handelte es sich um zwei heimlich aufgenommene Telefongespräche mit einem Richter. Wie etwa ein Polizist oder ein sonstiger Beamter (zum strafrechtlichen Beamtenbegriff vgl. etwa BGE 141 IV 329 Regeste und E. 1.3 m.w.H.) nimmt ein Richter offensichtlich eine öffentliche Aufgabe, die dem Gemeinwesen dient, wahr. Entsprechend sind die mit der Funktion zusammenhängenden Handlungen grundsätzlich als amtlich zu qualifizieren. Der Richter und der Beschuldigte hatten auch nicht privat miteinander zu tun. Vielmehr kam es zu Gesprächen, weil der Beschuldigte Partei in einem zivilrechtlichen Verfahren (Vereinfachtes Verfahren) war. Die Gespräche – initiiert durch einen Anruf des Richters bezüglich des Abschlusses eines Vergleichs sowie durch einen Anruf des Beschuldigten betreffend die Einreichung von Unterlagen – gingen mit der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung des Richters einher, ein gerichtliches Zivilverfahren zu führen. Solche Telefongespräche sind dabei wie die Übermittlung von Schreiben zwar als Verfahrenshandlungen zu qualifizieren. Im Gegensatz zur schriftlichen Korrespondenz ist es aber bei einem (Telefon-)Gespräch nicht möglich, sich Zeit zu lassen und jede Formulierung zu überdenken und gegebenenfalls anzupassen.



b) Sodann handelt es sich bei einer Kindergärtnerin um eine Person, die im Rahmen der Kinderbetreuung und auch in Zusammenhang mit Fragen der Eltern einen öffentlichen Auftrag wahrnimmt. Die Kindergärtnerin erteilte vorliegend dem Beschuldigten auf seinen Wunsch hin eine Auskunft; namentlich wollte der Beschuldigte von ihr wissen, ob und was sie gegenüber der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zu Protokoll gegeben hatte. Die Erteilung solcher Auskünfte gehört zu der dem Gemeinwesen dienenden Funktion. Entsprechend dokumentierte C. im Unterrichtsheft, dass das Gespräch und dessen Zeitpunkt. Das Gespräch stand daher in einem Zusammenhang mit der Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung.

c) Weder das Telefongespräch mit dem Richter noch dasjenige mit der Kindergärtnerin ist dem privaten Bereich zuzuordnen. Vielmehr führte der Beschuldigte die Gespräche mit Amtspersonen, welche in Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung handelten (so auch zutreffend die Verteidigung).

9. a/aa) Zunächst ist zur Beantwortung der Frage, ob ein Gespräch zwischen einem Privaten und einer Amtsperson auch als nichtöffentliches Gespräch anzusehen ist, der am 2. November 1982 gefällte Leitentscheid BGE 108 IV 161 heranzuziehen. Diesem lag die Aufnahme eines Gesprächs zwischen Polizeibeamten und einer Privatperson zugrunde. Dazu führte das Bundesgericht aus, die Privatperson sei im Rahmen eines polizeilichen Ermittlungsverfahrens zu vorgeworfenen SVG-Delikten befragt worden. Das Tatbestandsmerkmal des zum privaten Bereich gehörenden Gesprächs sei damit nicht gegeben (vgl. BGE 108 IV 161 E. 2c, vgl. auch Regeste). Zwar hat das Bundesgericht nicht gesagt, das Gespräch sei als "öffentlich" bzw. nicht "nichtöffentlich" zu qualifizieren, vielmehr statuierte es damit das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal "des zum privaten Bereich gehörenden Gesprächs" (so ähnlich auch Youssef, a.a.O., S. 12).



bb) Rund 25 Jahre nach Fällung des erwähnten Leitentscheids äusserte sich das Bundesgericht erneut. In seiner unveröffentlichten Entscheidung vom 7. Oktober 2008 führt es aus, dass das entscheidgegenständliche Gespräch zwischen zwei Privatpersonen (eine davon war eine Undercover-Journalistin) über Versicherungsfragen nicht den Geheim- oder Privatbereich betroffen habe, sei unerheblich. Wohl sei Art. 179^{ter} StGB im Dritten Titel des Strafgesetzbuches betreffend "Strafbare Handlungen gegen die Ehre und den Geheim- oder Privatbereich" eingereicht. Daraus folge aber nicht, dass ein Gespräch nur unter den Schutzbereich falle, wenn es den Geheim- oder Privatbereich desjenigen Gesprächsteilnehmers betreffe, ohne dessen Einwilligung es auf einen Tonträger aufgenommen worden sei. Ein nichtöffentliches Gespräch sei auch dann geschützt, wenn der Geheim- oder Privatbereich *nicht* (eigene Hervorhebung) berührt sei (BGer 6B_225/2008 E. 2.3).

cc) In dem von der Vorinstanz herangezogenen Urteil des Obergerichts Zürich aus dem Jahr 2014 ging es um die heimliche Aufnahme einer polizeilichen Einvernahme. Das Gericht hielt u.a. fest, dass zwar auch eine Polizeieinvernahme in ihrem Inhalt höchst private Dinge betreffen könne, aber nicht solche des befragenden Polizeibeamten, sondern des Befragten. Ein Schutzbedürfnis für den die Befragung durchführenden Polizeibeamten sei daher nicht ersichtlich. Dazu komme, dass eine solche Einvernahme der (teilweise wörtlichen) Protokollierungspflicht (Art. 78 StPO) unterliege (vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. August 2014, SB130424, E. 2.5).

dd) Das Bundesgericht befasste sich sodann in der jüngeren Vergangenheit, soweit ersichtlich letztmals am 7. März 2019, unter anderem mit der Tatbestandsmässigkeit von Art. 179^{ter} StGB in Zusammenhang mit der Aufnahme eines mit einer RAV-Mitarbeiterin geführten Gesprächs (vgl. BGer 6B_925/2018 E. 1.4). Es erwog, in der Literatur werde vor dem Hintergrund von BGE 108 IV 161 E. 2c festgehalten, dass nur "Äusserungen im privaten Bereich" geschützt sein sollen, nicht aber dienstliche Gespräche unter Beamten oder mit einer Privatperson. Die Literatur sei dabei



durchgehend der Auffassung, BGE 108 IV 161 sei zu restriktiv. Bisher habe das Bundesgericht aber keine Stellung dazu genommen und auch in der vorliegenden Sache müsse diese Rechtsfrage nicht entschieden werden (vgl. BGer 6B_925/2018 E. 1.4.). In Abweichung zu den (entgegengesetzten) Vorbringen der Parteien zur Deutung dieser Erwägung lassen sich keine Schlussfolgerungen dazu ableiten, ob die mit BGE 108 IV 161 eingeführte Praxis weiterhin Bestand haben soll oder ob diese zu überdenken ist. Entsprechend ist nachfolgend zu prüfen, ob der bundesgerichtliche Leitentscheid auch weiterhin Bestand hat oder allenfalls die Norm heute anders ausgelegt werden muss.

b) Das Gesetz ist in erster Linie aus sich selbst heraus auszulegen, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Bei der Auslegung neuerer Bestimmungen kommt den Materialien eine besondere Stellung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahelegen (etwa BGE 142 IV 1 E. 2.4.1 m.w.H. oder BGer 6B_91/2018 E. 1.4.2 m.w.H.). Mit anderen Worten wird bei eher jüngeren Normen einer historischen Auslegung unter Rückgriff auf die Gesetzesentstehungsmaterialien grösseres Gewicht zugemessen als bei älteren Bestimmungen (vgl. Achermann, Strafbarkeit von Versuch und Teilnahme bei Vorbereitungsdelikten, Zürich 2018, S. 78 m.w.H.).



aa) Der Wortlaut von Art. 179^{ter} StGB gibt klar wieder, dass alle Gespräche, die unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfinden, nichtöffentliche Gespräche darstellen. Die grammatikalische Auslegung spricht für die Strafbarkeit der Aufnahme eines personell abgegrenzten (Telefon)Gesprächs zwischen einem Privaten und einer Amtsperson, welche in Ausübung ihrer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung handelt (so auch Youssef, a.a.O., S. 8).

bb) Für die historische Auslegung ist in erster Linie die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes des persönlichen Geheimbereichs vom 21. Februar 1968 heranzuziehen (vgl. BBl 1968 I 585, nachfolgend jeweils "Botschaft"). In der Botschaft wird ausgeführt, dass das Tatbestandsmerkmal des nichtöffentlichen Gesprächs lediglich mündliche Äusserungen ausschliessen sollte, die für einen grösseren, nicht durch persönliche Beziehungen abgegrenzten Personenkreis wahrnehmbar sind; solche Äusserungen würden ausserhalb des persönlichen Geheimbereichs liegen (vgl. Botschaft S. 593). Betreffend die Ausgestaltung als Antragsdelikt wurde darüber hinaus erwähnt, verletzt sei jeder Teilnehmer am abgehörten Gespräch (Botschaft S. 593). Eine Ausföhrung, wonach Amtspersonen nicht als verletzte Personen gelten und daher keinen Antrag stellen können, ist nicht zu finden. Ausserdem stand zu keinem Zeitpunkt in den Eidgenössischen Räten zur Diskussion, dass eine Zuordnung des Gesprächs zum privaten Bereich eine Voraussetzung für die Strafbarkeit bilden soll oder sich nur Private auf diese Bestimmung berufen können (vgl. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung S. 335 bis 346). Auch die historische Auslegung föhrt daher zu einer Strafbarkeit der unbefugten Aufnahme von Gesprächen mit Amtspersonen (so auch Youssef, a.a.O., S. 9).

cc) Bei der systematischen Auslegung ist zunächst von Bedeutung, dass im Dritten Titel des Besonderen Teils die "Strafbare(n) Handlungen gegen die Ehre und den Geheim- und Privatbereich" aufgeföhrt sind. Beim Untertitel bzw. der Überschrift des



zweiten Abschnitts (Art. 179–179^{novies} StGB) sind die "Strafbare Handlungen gegen den Geheim- oder Privatbereich" zu finden. Durch die mehrfache Nennung des "Geheim- und Privatbereich(s)" in den Überschriften ist zunächst klar, dass es um den Schutz der Freiheit des Individuums geht. Dabei wird aber keine Differenzierung zwischen dem privaten Einzelnen und dem in Staatsdiensten tätigen Einzelnen gemacht. Eine solche Differenzierung besteht einzig auf der Ebene des Täters, nämlich in Art. 179^{octies} StGB, wo die Strafflosigkeit der verantwortlichen Person im Rahmen einer amtlichen Überwachung statuiert wird.

Im bundesgerichtlichen Leitentscheid wird bezüglich der Auslegung des Tatbestandsmerkmals der "Nichtöffentlichkeit" aus dem zweiten Untertitel des Dritten Titels ("Strafbare Handlungen gegen den Geheim- oder Privatbereich") abgeleitet, dass nur Äusserungen im privaten Bereich geschützt sind (vgl. BGE 108 IV 163 E. 2b und c). Der (Unter-)Titel bzw. eine Überschrift vermag den Anwendungsbereich einer Bestimmung aber nicht einzuschränken (BGE 89 IV 14 E. 2.d m.w.H.; so auch Youssef, a.a.O., S. 9 f.). Gesetzesbestimmungen sind nämlich nicht aus Überschriften oder Titeln, sondern in erster Linie aus ihrem Wortlaut selbst auszulegen, obschon auch die Titel und Marginalien zum Gesetzestext gehören. Sie sind aber meistens unvollständig oder ungenau und vermögen daher am Sinn, der sich aus dem Wortlaut der einzelnen Bestimmung ergibt, nichts zu ändern (BGE 94 IV 85 E. 1; auf diese Rechtsprechung wird auch im Leitentscheid Bezug genommen und ausgeführt, das Bundesgericht lehne es lediglich ab, den sich aus dem Wortlaut ergebenden Sinn einer Vorschrift aufgrund der Titel und Marginalien umzudeuten [vgl. BGE 108 IV 161 E. 2.a]). Wird nun aus den Überschriften abgeleitet, ein nichtöffentliches Gespräch genieße nur strafrechtlichen Schutz, wenn es sich um Äusserungen im privaten Bereich handelt, wird damit der klare Wortlaut von Art. 179^{ter} StGB nicht unwesentlich um ein weiteres Element erweitert. Daher können alleine die Überschrift des Dritten Titels ("Strafbare Handlungen gegen die Ehre und den Geheim- oder Privatbereich") und der Untertitel ("Strafbare Handlungen gegen den Geheim- oder Privatbereich") nicht dazu führen, dass Aufnahmen von anderen Gesprächen nicht tatbestandsmässig sind. Selbst wenn die Überschriften den Wortlaut von Art. 179^{ter} StGB derart einzuschränken vermöchten, sei im Übrigen bereits an dieser Stelle erwähnt, dass durch eine (heimliche) Aufnahme



in der Regel auch der Privatbereich einer Amtsperson betroffen ist (vgl. dazu sogleich Erw. III. 9.b/dd).

Nicht nur der Tatbestand von Art. 179^{ter} StGB (Unbefugtes Aufnehmen von Gesprächen), sondern auch derjenige von Art. 179^{bis} StGB (Abhören und Aufnehmen fremder Gespräche) verwendet den Begriff "nichtöffentliches Gespräch". Dies im Gegensatz zu Art. 179^{quater} StGB ("Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte"), wo nicht der Ausdruck "nichtöffentliches Gespräch", sondern der Begriff "Geheim- und Privatbereich" verwendet wird. Da die Begriffe des Geheim- und Privatbereichs weder im Tatbestand noch in der Marginalie von Art. 179^{ter} StGB Niederschlag gefunden haben, ist zu folgern, dass nicht relevant ist, ob ein nichtöffentliches Gespräch dem Geheim- oder Privatbereich zuzuordnen ist (so im Ergebnis auch Youssef, a.a.O., S. 9 f.).

dd) Für die teleologische Auslegung ist das durch die Norm geschützte Rechtsgut zentral. Durch Art. 179^{ter} StGB soll der Gesprächsteilnehmer davor geschützt werden, dass sein situationsbezogenes, kurzlebiges Wort aufgezeichnet wird und nach Belieben wiedergegeben werden kann. Es erscheint dabei klar, dass dienstliche Gespräche nicht per se nur persönliche Inhalte der privaten Person beinhalten können. Auch ein formelles oder informelles Gespräch kann durchaus persönliche Inhalte aus der Sphäre der Amtsperson enthalten, was sich insbesondere je nach Verlauf des Gesprächs ergeben kann. Der Umstand, dass die Amtsperson im Rahmen einer aus öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen geführten Konversation *grundsätzlich* keine Äusserungen geheimen oder privaten Charakters von sich gibt, ändert sodann am Willen der von der Aufnahme betroffenen Amtsperson, dass ihre Äusserungen nicht von einem beliebigen Personenkreis wahrgenommen werden soll, nichts. Dieser Wille würde missachtet, wenn die (heimliche) Aufnahme des Gesprächs nicht als Einschränkung der persönlichen Freiheit interpretiert würde. Auch die Amtsperson wird daher vom Schutzbereich erfasst, weil auch sie durch eine Aufnahme – vergleichbar mit einer Privatperson – in ihrer persönlichen Freiheit betroffen ist. Müsste die Amtsperson



jederzeit davon ausgehen, dass ihre Äusserungen auf einem Tonträger festgehalten und allenfalls auch weitergegeben werden, wären freie und unbefangene Konversationen unter Amtspersonen oder zwischen Amtspersonen und Privaten kaum mehr möglich (so auch zutreffend die Staatsanwaltschaft an Schranken).

Auch zu bedenken ist die technische Entwicklung, insbesondere seit dem Leitentscheid von 1982. Wohl war es auch damals möglich, Unterhaltungen mit einem kleinen Analoggerät (Kassettenrecorder, Diktiergerät etc.) aufzunehmen. Bereits rund 15 Jahre zuvor waren solche Geräte erhältlich. Die Gesetzesbestimmungen zum Schutz des Geheim- und Privatbereichs waren denn auch eine Antwort auf die Verbreitung von Tonaufnahme- und Kleinabhörgeräten (Botschaft S. 586) und die Vorlage wurde sogar als "Minispion-Novelle" bezeichnet (Amtliches Bulletin der Bundesversammlung S. 340; vgl. auch Rehberg, Unzureichende Strafbestimmungen gegen das Abhören fremder Gespräche, SJZ 67, S. 106). Im Gegensatz zu damals hat aber heute beinahe jede Person ein Mobiltelefon auf sich, was ohne Aufwand und Kosten jederzeit eine digitale Aufnahme von Gesprächen ermöglicht. Hinzu kommt, dass die Verbreitung bzw. Verwertung solcher Aufnahmen mittels sozialer Medien sehr einfach und effizient zu bewerkstelligen ist (vgl. dazu ergänzend die zutreffenden Ausführungen der Staatsanwaltschaft).

Im Übrigen hätte die Verneinung der Nichtöffentlichkeit zur Folge, dass die Amtsperson Gespräche ohne Einwilligung und Wissen des Privaten straffrei aufzeichnen dürfte, unabhängig davon, ob die Aufnahme im Rahmen einer amtlichen Überwachung (vgl. Art. 179^{octies} StGB) erfolgt und ob dafür eine gesetzliche Grundlage besteht. Schliesslich könnte auch ein Dritter das aus öffentlich-rechtlicher Verpflichtung geführte Gespräch straflos abhören bzw. aufnehmen (vgl. Schubarth, Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 3, Bern 1984, Art. 179^{ter} N 4b). Gleiches müsste dann konsequenterweise auch für die Verwertung solcher Aufnahmen im Sinne von Art. 179^{ter} Abs. 2 StGB gelten.



c) Sowohl die grammatikalische, historische, systematische als auch die teleologische Auslegung der Bestimmung sprechen dafür, dass sich eine Person, die ein aus öffentlich-rechtlicher Verpflichtung geführtes nichtöffentliches Gespräch auf einen Tonträger – heimlich oder ohne die Einwilligung des Gesprächspartners – aufnimmt, nach Art. 179^{ter} StGB strafbar macht, sofern sie sich nicht etwa auf eine Rechtfertigung hierfür (vgl. etwa Art. 179^{octies} StGB) berufen kann. Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass nach dem Entscheidzeitpunkt vom 10. Januar 2020 ein Bundesgerichtsurteil ergangen ist, welches sich unter anderem mit dem Tatbestand des nichtöffentlichen Gesprächs befasst (Entscheid des Bundesgerichts vom 7. Februar 2020; BGer 6B_943/2019, zur Publikation vorgesehen).

d) Da der Beschuldigte die nichtöffentlichen Gespräche mit dem Richter und der Kindergärtnerin auf einen Tonträger aufnahm, erfüllte er mehrfach den objektiven Tatbestand von Art. 179^{ter} Abs. 1 StGB. Bei der Kindergärtnerin ist auch von Bedeutung, dass mehr als zwei Jahre später die Veröffentlichung des Gesprächs auf Facebook erfolgte. Diese Veröffentlichung ist als "Auswerten" im Sinne von Art. 179^{ter} Abs. 2 StGB zu qualifizieren, erhoffte sich doch der Beschuldigte einen Vorteil im Sorgerechtsstreit mit der Kindsmutter. Auch wurden damit die Aufnahmen Dritten zugänglich gemacht, was ebenfalls eine verpönte Verwertungshandlung im Sinne von Art. 179^{ter} Abs. 2 StGB darstellt.

10. [...]

11. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der vorinstanzliche Freispruch aufzuheben ist. Das Verfahren wird bezüglich der Aufnahme des Sohnes vom Juni 2016 eingestellt, da nicht materiell darüber befunden werden kann. Hingegen hat sich der Beschuldigte bezüglich der Aufnahmen der Gespräche mit Kreisrichter A. vom 7. September 2016 als auch von anfangs November 2016 (zwischen dem 2. November und dem 11. November 2016) und bezüglich der Aufnahme der Konversation mit der



Kindergärtnerin C. vom 4. März 2015 mehrfach gemäss Art. 179^{ter} Abs. 1 StGB schuldig gemacht. Bei C. erfüllte er zudem den Tatbestand von Art. 179^{ter} Abs. 2 StGB, weil er das aufgezeichnete Gespräch am 6. Juli 2017 auf Facebook veröffentlichte (echte Konkurrenz/Realkonkurrenz, vgl. BSK StGB-Ramel/Vogelsang, Art. 179^{ter} N 17 i.V.m. Art. 179^{bis} N 43 m.w.H.).