

GUT ZU WISSEN!

aarejura Rechtsanwälte
News aus www.aarejura.ch

AUFZEICHNUNG VON GESPRÄCHEN

Wann ist eine Aufnahme von Gesprächen strafbar und welche Konsequenzen drohen bei einer rechtswidrigen Aufnahme?

Ist das Aufzeichnen von Gesprächen strafbar?

Grundsätzlich ja. So wird auf Antrag bestraft, wer ein fremdes nichtöffentliches Gespräch, ohne die Einwilligung aller daran Beteiligten, aufnimmt (vgl. Art. 179^{bis} Abs. 1 und Art. 179^{ter} Abs. 1 StGB). Für die Strafhöhe ist entscheidend, ob die abhörende Person selber Gesprächsteilnehmer ist oder nicht. Ist sie Gesprächsteilnehmer, so drohen ihr eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe. Ist sie kein Gesprächsteilnehmer (sie befindet sich bspw. nicht im Raum), drohen ihr bis zu drei Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe. Bei letzterem handelt es sich aufgrund der Strafhöhe um ein Vergehen, weshalb bereits der Versuch strafbar ist (Art. 10 Abs. 3 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB). In beiden Fällen kann der Richter die Löschung und u.U. auch die Einziehung des Aufnahmegegeräts anordnen (vgl. Art. 69 StGB).

Straflos ist die Aufnahme von **Telefongesprächen** mit **Hilfs-, Rettungs- und Sicherheitsdiensten** (Art. 179^{quinquies} Abs. 1 lit. a StGB) sowie Telefongespräche **im Geschäftsverkehr**, welche als Inhalt **Bestellungen, Aufträge, Reservationen und ähnliche Geschäftsvorfälle** haben (sog. Massengeschäfte, Art. 179^{quinquies} Abs. 1 lit. b). Aus den Materialien ist ersichtlich, dass der Verzicht auf Strafverfolgung damit begründet wurde, dass es in bestimmten Fällen schnell gehen muss und dass es zu aufwändig wäre, evtl. in mehreren Sprachen auf die Aufnahme hinzuweisen (z.B. in der Tourismusbranche; vgl. Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Aufzeichnung von Telefongesprächen, www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/telekommunikation/telefonie/aufzeichnung-von-telefongespraechen.html, Stand:11.05.2022; BBl 2001 2632 und 5816).

Was ist mit Notwehr oder Notstand?

Ein Rechtfertigungsgrund schliesst eine Bestrafung aus, ein Entschuldigungsgrund kann eine mildere Strafe oder gar einen Schuldausschluss zur Folge haben (vgl. Art. 17 und Art. 18 StGB). Notwehr kann in Betracht kommen, wenn die Aufnahme zur Abwehr eines gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriffs dient. Beispielsweise, wenn zwecks Täteridentifikation ein erpresserischer Anruf abgehört wird. Notstand wird häufig zur Beweissicherung angerufen. Zu berücksichtigen ist dabei insb. der Grad der Vertraulichkeit der Gespräche oder das Gewicht des Beweisinteressens usw. (vgl. BSK StGB-INS/WYDER, Art. 179^{bis} N 24 f.). Doch trotz Bejahung eines Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrundes bleibt die Aufnahme als solche illegal und die Verwertung ist gesondert zu prüfen.

4900 Langenthal Eisenbahnstrasse 9 Postfach 1175	4601 Olten Baslerstrasse 44 Postfach 111	4502 Solothurn Bielstrasse 9 Postfach 130	2540 Grenchen Centralstrasse 8 Postfach 440	3360 Herzogenbuchsee Fabrikstrasse 6
Tel. 062 205 44 04 Fax 062 205 44 01	Tel. 062 205 44 00 Fax 062 205 44 01	Tel. 032 623 26 36 Fax 032 623 26 35	Tel. 032 500 20 00 Fax 032 500 20 01	Tel. 062 956 60 85 Fax 062 205 44 01

Wann ist eine Aufzeichnung legal?

Handelt es sich nicht um einen Ausnahmefall gemäss Art. 179^{quinquies} Abs. 1 StGB, muss der Gesprächspartner vor der Aufzeichnung **ausdrücklich einwilligen**. Ein Schweigen genügt nicht für eine wirksame Einwilligung. Auch genügt der blosser Hinweis, dass das Gespräch aufgezeichnet wird, nicht (bspw. durch das Zeigen des Smartphones). Der Gesetzgeber hat ausdrücklich auf das Wort «heimlich» bzgl. Aufnahme verzichtet. Geschützt werden soll die spontane, vielleicht auch etwas unbedachte Äusserung im nicht öffentlichen Bereich (vgl. BSK StGB-INS/WYDER, Art. 179^{bis} N 24 f.).

Kann eine legale Aufzeichnung als Beweis verwertet werden?

Bezieht sich die Einwilligung auf die Beweissicherung, so kann die Aufnahme später zwecks Beweis des Geschäfts verwendet werden. Nicht aber, wenn die Einwilligung nur den Schulungszweck umfasst. Wird die Aufnahme nicht nach dem ursprünglich angegebenen Zweck verwendet, wird dadurch die Persönlichkeit der aufgenommenen Person in widerrechtlicher Weise verletzt, weshalb eine Strafbarkeit gemäss Art. 12 des Datenschutzgesetzes möglich ist. Die aufgenommene Person kann nach Art. 15 DSGVO Klage zum Schutz der Persönlichkeit nach Art. 28, 28a sowie 28l ZGB beim Gericht erheben und verlangen, dass die Aufnahme vernichtet wird.

Auch für Aufnahmen nach Art. 179^{quinquies} Abs. 1 StGB gilt eine strikte Zweckbindung. Sie dürfen ausschliesslich zur Überprüfung der Herkunft der Anrufe, Identifikation der Person in Gefahr oder Verhinderung von anonymen Anrufen und bei Massengeschäften (lit. b) nur zur Beweissicherung verwendet werden (d.h. zum Beweis des Geschäfts). Eine Auswertung für Marketing-/ Ausbildungszwecke (wie Kontrolle des Verkaufsverhaltens der/des Verkäuferin/Verkäufer) ist ohne vorgehende Aufklärung unzulässig und strafbar (vgl. Art. 179^{quinquies} Abs. 1 StGB).

Kann eine rechtswidrige Aufnahme als Beweis verwertet werden?

Im **Zivilprozess** sind illegale Aufnahmen als Beweismittel grundsätzlich unzulässig. Die Gegenseite kann jedoch in die Verwendung einwilligen. Andernfalls ist gemäss Art. 152 Abs. 2 ZPO im Einzelfall eine Güter- und Interessensabwägung vorzunehmen, die dazu führen kann, dass die illegale Aufnahme als Beweis zugelassen wird (vgl. BGE 131 I 272 E. 4.3). Aber Achtung, auch die Auswertung oder Zugänglichmachung einer durch illegale Aufnahme zur Kenntnis gelangten Tatsache an einen Dritten ist unter Strafe gestellt (vgl. Art. 179^{bis} und 179^{ter} StGB).

Im **Strafverfahren** ist die Verwertbarkeit nicht per se ausgeschlossen. Ein explizites Verwertungsverbot als Rechtsfolge einer Straftat kennt das materielle Strafrecht nicht (vgl. BGE 131 I 272 E. 4, Urteil 1P.508/2005 vom 14.11.2005 E.5.4). Folglich ist aus der strafrechtswidrigen Erlangung von Beweisen durch Privatpersonen nicht zwangsläufig ein strafprozessuales Verwertungsverbot ableitbar (vgl. Art. 141 StPO). Trotzdem sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung von Privaten rechtswidrig erlangte Beweismittel nur verwertbar, wenn sie von den Strafverfolgungsbehörden hätten erlangt werden können und kumulativ dazu eine Interessenabwägung für die Verwertung spricht, d.h. zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich ist (vgl. BGE 131 I 272 E. 4.1.2, BGE 109 Ia 244 ff.; Urteil 1B_22/2012 vom 11.05.2012 E. 2.4.4, Urteil 6B_1188/2018 vom 26.09.2019).

Besprechen Sie das Einbringen von Gesprächsaufnahmen als Beweismittel vor Gericht mit Ihrem Anwalt. Gerne sind wir für Sie da.