

# Persönlichkeitsrechtliche Aspekte des Erstellens audiovisueller Aufnahmen von Polizeieinsätzen durch Privatpersonen im öffentlichen Raum

Die audiovisuelle Aufzeichnung von Polizeieinsätzen durch Privatpersonen – etwa mittels Smartphones – wirft zahlreiche rechtliche Fragen auf. Der vorliegende Beitrag diskutiert die Zulässigkeit des Erstellens solcher Aufnahmen im öffentlichen Raum unter persönlichkeitsrechtlichen Gesichtspunkten und thematisiert dazu die Interessen der aufnahmeerstellenden Person, der Polizist:innen und allfällig involvierter Drittpersonen unter grundrechtlichen, zivilrechtlichen und strafrechtlichen Blickwinkeln.

|  |    |
|--|----|
| <b>I. Einleitung</b>   | 84 |
| <b>II. Grundrechtliches</b>  | 84 |
| <b>III. Zivilrechtliches</b>   | 85 |
| 1. Persönlichkeitsverletzung   | 86 |
| 2. Rechtfertigung  | 87 |
| <b>IV. Strafrechtliches</b>  | 88 |
| 1. Tatbestände der strafrechtlich relevanten Aufnahme von Gesprächen | 88 |
| 2. Rechtfertigungsgründe   | 89 |
| a) Notwehr   | 89 |
| b) Notstand  | 90 |
| <b>V. Fazit</b>  | 92 |

## Zitiervorschlag:

BENJAMIN STÜCKELBERGER, Persönlichkeitsrechtliche Aspekte des Erstellens audiovisueller Aufnahmen von Polizeieinsätzen durch Privatpersonen im öffentlichen Raum, *sui generis* 2022, S. 83

Benjamin Stückelberger, MLaw, Postgraduate an der Universität Oxford (beni.stueckelberger@gmx.ch). Dieser Aufsatz stellt eine überarbeitete und gekürzte Fassung der vom Autor an der Universität Bern eingereichten Masterarbeit dar. Grossen Dank soll insbesondere an Prof. Dr. Ineke Pruin und Selma Kuratle, MLaw, für ihre Unterstützung ausgesprochen werden.

URL: [sui-generis.ch/208](https://sui-generis.ch/208)

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.208>

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

## I. Einleitung

- 1 Durch die grosse Verbreitung von Smartphones ist die Erstellung audiovisueller Aufnahmen von Polizeieinsätzen durch Privatpersonen ein gern diskutiertes Thema in den Publikumsmedien.<sup>1</sup> In der kriminologischen Literatur haben diese Praktiken ebenfalls Beachtung gefunden. Dabei wurde unter anderem erkannt, dass sie vor allem eingesetzt werden, um rechtmässiges Handeln der Polizei sicherzustellen, mediale Aufmerksamkeit zu generieren sowie Beweismittel für allfällige (Straf-)Verfahren zu sammeln.<sup>2</sup>
- 2 Zur rechtlichen Zulässigkeit solcher Aufnahmenerstellungen existieren in der Schweiz bis anhin jedoch nur wenige Auseinandersetzungen.<sup>3</sup> Mit diesem Aufsatz soll daher die Frage beantwortet werden, in welcher Weise es persönlichkeitsrechtlich zulässig ist, als Privatperson audiovisuelle Aufnahmen von Polizeieinsätzen im öffentlichen Raum zu erstellen.<sup>4</sup> Dies soll grund-, zivil- sowie strafrechtlich beleuchtet werden. In sämtlichen Rechtsbereichen sollen dabei sowohl die Persönlichkeitsrechte der Polizist:innen, als auch allfällig involvierter Drittpersonen thematisiert werden. Dazu wird sich einer dogmatischen Herangehensweise bedient, in welcher die relevanten Normen rechtspositivistisch durch Zuhilfenahme von Judikatur und Lehrmeinungen ausgelegt werden. Zur Ergänzung der Schweizer Rechtsprechung und Doktrin wird dabei auch ein Blick nach Deutschland geworfen. Nach Bedarf werden zudem empirische Erkenntnisse beigezogen.

1 Der Bund vom 11. Februar 2021, S. 17 (Straftat oder Zivilcourage?); 20 Minuten Bern vom 10. Oktober 2017, S. 4 (Darf Kapo das Löschen von Handy-Videos erzwingen?). Der Transparenz halber sei anzumerken, dass sich letzterer Medienartikel auf einen vom Autor durchlebten Sachverhalt bezieht.

2 DEAN WILSON / TANYA SERISIER, Video Activism and the Ambiguities of Counter-Surveillance, *Surveillance & Society* 2010, S. 168 ff.; PETER ULLRICH / PHILIPP KNOPP, Protesters' Reactions to Video Surveillance of Demonstrations, *Surveillance & Society* 2018, S. 190 f.; AJAY SANDHU, Camera-friendly Policing, *Surveillance & Society* 2016, S. 78 ff.

3 Vgl. jedoch die Beiträge der kürzlich erfolgten 6. Fachtagung zum Polizeirecht; FRANZ RIKLIN, Unzulässige Bildaufnahmen von Polizeiangehörigen, *Medialex* 2003; REGULA BÄHLER, Fotografen und Videojournalisten als Störer, *Medialex* 2015; Urteil des Bundesgerichts 1B\_534/2012 vom 7. Juni 2013 E. 2; sowie zur vertieften Erörterung verwandter Thematiken LUCIEN MÜLLER, Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen – insbesondere zur Verhütung und Ahndung von Straftaten, Zürich 2011; DAVID HENSELER, Datenschutz bei drohnengestützter Datenbearbeitung durch Private, Zürich 2020.

4 Wobei die Tätigkeit professioneller Medienschaffender explizit nicht thematisiert wird.

## II. Grundrechtliches

Aus grundrechtlicher Sicht könnte sich aus der *Informationsfreiheit* nach Art. 16 Abs. 3 BV<sup>5</sup> (ebenso Art. 10 EMRK<sup>6</sup> sowie Art. 19 Abs. 2 UNO-Pakt II<sup>7</sup>) ein Anspruch auf Erstellung von Aufnahmen von Polizeieinsätzen in der Öffentlichkeit ergeben. Dieses Grundrecht schützt die Beschaffung von Informationen aus allgemein zugänglichen Quellen, wobei es erstmals nicht von Belang ist, ob diese Informationen privat gehalten werden möchten und ob ein Einverständnis der aufgezeichneten Person vorliegt.<sup>8</sup> Dabei ist unbestritten, dass Geschehnisse an öffentlichen Veranstaltungen eine solche allgemein zugängliche Quelle darstellen,<sup>9</sup> was einen Schutz solcher Aufnahmen indizieren könnte.

MÜLLER argumentierte jedoch, dass «die Informationsfreiheit einen Teilgehalt der Meinungsfreiheit darstellt», weswegen sie lediglich die Beschaffung von Informationen schütze, welche die Bildung einer Meinung beeinflussen sollen.<sup>10</sup> Er verneinte deswegen, dass Videoüberwachungen, welche lediglich zur Abschreckung oder zu Beweis Zwecken eingesetzt werden (vgl. Rz. 1) vom sachlichen Schutzbereich erfasst sind, da diese keinen meinungsbildenden Zweck verfolgten.<sup>11</sup> Hier ist m.E. MÜLLER zu widersprechen. Denn einerseits lautet die Marginalie von Art. 16 BV nicht lediglich «Meinungsfreiheit», sondern «Meinungs- und Informationsfreiheit», welche deshalb als unterschiedliche Grundrechte angesehen werden sollten.<sup>12</sup> Andererseits wäre eine Beweissicherung m.E. ohnedies als meinungsbildend zu qualifizieren, da die Bewertung eines Sachverhalts differenzierter vollzogen werden kann, wenn dies auf der Grundlage einer audiovisuellen Aufnahme erfolgt.<sup>13</sup> Des Weiteren

5 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

6 Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101).

7 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt II; SR 0.103.2).

8 BGE 137 I 8 E. 2.3.1; MÜLLER (Fn. 3), S. 181 f.; ANDREAS KLEY / ESTHER TOPHINKE, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), *St. Galler Kommentar, Bundesverfassung*, 3. Aufl., Zürich 2014, Art. 16 N 36 (zit. SGK BV-BEARBEITER:IN); MAYA HERTIG, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesverfassung*, Basel 2015, Art. 16 N 24 (zit. BSK BV-BEARBEITER:IN).

9 BGE 130 I 369 E. 2; MÜLLER (Fn. 3), Fn. 1148 m.w.H.

10 MÜLLER (Fn. 3), S. 182.

11 MÜLLER (Fn. 3), S. 182.

12 Vgl. SGK BV-KLEY/TOPHINKE, Art. 16 N 33; BSK BV-HERTIG, Art. 16 N 1 f. Auch aus dem Umstand, dass die Meinungsfreiheit als Auffanggrundrecht gilt (SGK BV-KLEY/TOPHINKE, Art. 16 N 3) kann m.E. nicht geschlossen werden, dass dessen sachlicher Schutzbereich diejenigen aller anderen Kommunikationsgrundrechte umfassen muss.

13 Vgl. KATHERINE BIBER, *Law, evidence and representation*, in: Brown/Carrabine (Hrsg.), *Routledge International Handbook of Visual Criminology*, London 2017, S. 14 ff.

ist für die hier zu behandelnde Frage auch zu beachten, dass einer audiovisuellen Aufnahme eines Polizeieinsatzes ein stärker meinungsbildender und demokratiepolitisch relevanter Charakter zuzusprechen ist als anderen Videoüberwachungen, etwa solchen eines Kaufhausdiebstahls.<sup>14</sup> Dies ist der Fall, da deren Zweck nicht lediglich in der Verhinderung oder Aufklärung einer gewöhnlichen Straftat liegt, sondern es darum geht, die Ausübung des staatlichen Gewaltmonopols überprüfen zu können.<sup>15</sup> Da der EGMR solche Aufnahmenerstellungen zudem stets unter Art. 10 EMRK subsumierte<sup>16</sup> und das Landesrecht konventionskonform auszulegen ist,<sup>17</sup> ist m.E. davon auszugehen, dass Aufnahmen von Polizeieinsätzen von Art. 16 Abs. 3 BV erfasst werden.

- 5 Das Recht auf Erstellung solcher Aufnahmen kann jedoch nach Art. 36 Abs. 2 BV eingeschränkt werden, wenn Grundrechte Dritter durch deren Ausübung berührt werden.<sup>18</sup> Dabei ist vor allem der *Schutz der Privatsphäre* nach Art. 13 BV<sup>19</sup> – insb. in seiner Ausprägung nach Abs. 2, welcher die informationelle Selbstbestimmung statuiert – relevant. Dieses Grundrecht vermittelt sowohl Drittpersonen als auch Polizist:innen ein Recht darauf, selbst zu entscheiden, welche Informationen über sie bearbeitet werden, was das Recht umfasst, nicht audiovisuell aufgezeichnet zu werden.<sup>20</sup> Dieser Schutz besteht gleichermaßen fort, wenn jemand in der Öffentlichkeit agiert.<sup>21</sup> Jedoch sind Privatpersonen, welche Aufnahmen von Polizeieinsätzen erstellen, nicht selbst grundrechtsverpflichtet, da sie keine staatlichen Akteure darstellen und auch keine Staatsaufgaben übertragen bekommen haben, weswegen eine direkte grundrechtliche Wirkung ausscheidet.<sup>22</sup> Nichtsdestotrotz verpflichtet die indirekte Drittwirkung der informationellen Selbstbestimmung den Gesetzgeber dazu, gesetzliche Regelungen zu schaffen, welche Individuen auch vor der Bearbeitung ihrer Daten durch Private schützen.<sup>23</sup> Dies hat der Staat in Form des Privat- sowie des Strafrechts getan.<sup>24</sup> In deren Auslegung sind sodann sämtliche relevanten Grundrechte

14 Vgl. BÄHLER (Fn. 3), S. 28 f., des Weiteren zur demokratiepolitischen Relevanz: SGK BV-KLEY/TOPHINKE, Art. 16 N 2.

15 Vgl. WILSON/SERISIER (Fn. 2), S. 166 ff.

16 Urteil des EGMR 11882/10 vom 20. Oktober 2015 (Pentikäinen gegen Finnland), Ziff. 83; Urteil des EGMR 5865/07 vom 13. Februar 2018 (Butkevich gegen Russland), Ziff. 123.

17 BGE 117 Ia 472 E. 3.b; SGK BV-KLEY/TOPHINKE, Art. 16 N 4.

18 BSK BV-EPINEY Art. 36 N 23. Wobei u.U. auch denkbar ist, dass ein öffentliches Interesse daran, ein bestimmtes taktisches Vorgehen der Polizei nicht sichtbar werden zu lassen, dagegen sprechen kann.

19 Ebenso Art. 8 EMRK.

20 BGE 140 I 2 E. 9.1; HENSELER (Fn. 3), S. 63 ff.; MÜLLER (Fn. 3), S. 122 f.; BSK BV-DIGGELMANN, Art. 13 N 33.

21 BGE 136 I 87 E. 8.1; MÜLLER (Fn. 3), S. 125.

22 MÜLLER (Fn. 3), S. 307 ff.; BSK BV-WALDMANN, Art. 35 N 28.

23 HENSELER (Fn. 3), S. 69 ff.; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 13 N 84.

24 MÜLLER (Fn. 3), S. 313; HENSELER (Fn. 3), S. 71.

zu berücksichtigen und in praktische Konkordanz zu bringen.<sup>25</sup> Diesen Rechtsgebieten wendet sich dieser Aufsatz nun zu.

### III. Zivilrechtliches

Zivilrechtlich sind Aufnahmenerstellungen mehrheitlich durch das Persönlichkeitsrecht nach Art. 28 ZGB<sup>26</sup> geregelt, welches durch das DSG<sup>27</sup> ergänzt wird, insb. durch Art. 12 f.<sup>28</sup> Die Aufzeichnung eines Polizeieinsatzes kann dabei verschiedene Bereiche der Persönlichkeit betreffen, so etwa das Recht am eigenen Bild oder am eigenen Wort.<sup>29</sup> Ebenfalls ist eine Verletzung der Privat- und Geheimsphäre oder des im DSG normierten Rechts auf informationelle Selbstbestimmung möglich.<sup>30</sup> Nicht jede Verletzung eines Persönlichkeitsrechts ist jedoch verpönt: Zur Prüfung der Widerrechtlichkeit haben Lehre und Rechtsprechung eine zweistufige Vorgehensweise entwickelt, wobei in einem ersten Schritt festgestellt wird, ob eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt, was die Unzulässigkeit indiziert; in einem zweiten Schritt wird sodann die Frage beantwortet, ob diese Verletzung durch das Vorliegen gewisser Gründe gerechtfertigt werden kann.<sup>31</sup>

25 BSK BV-WALDMANN, Art. 35 N 67; MÜLLER (Fn. 3), S. 308. Da stets eine *Abwägung* nötig ist, ist m.E. ein generelles Verbot der Aufzeichnung, wie es etwa Art. 236 ZV (Zollverordnung vom 1. November 2006 [ZV; SR 631.01]) für andere polizeiliche Aufgabenerfüllende statuiert, unzulässig.

26 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210).

27 Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG; SR 235.1).

28 Statt vieler: MÜLLER (Fn. 3), S. 324. Unter ZGB und DSG zu problematisierenden Fälle werden vom Bundesgericht regelmässig lediglich unter einem der Artikel geprüft; ebenso gilt: «Für die Interessensabwägung ergeben sich aus dem DSG (...) keine neuen Erkenntnisse» (REGINA E. AEBI-MÜLLER, *Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes*, Bern 2005, Rz. 559 ff.), weswegen die Normen hier gemeinsam behandelt werden.

29 ANDREAS MEILI, in: Geiser/Fountoulakis (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I*, 6. Aufl., Basel 2018, Art. 28 ZGB N 19 (zit. BSK ZGBI-BEARBEITER:IN); CHRISTIAN BRÜCKNER, *Das Personenrecht des ZGB*, Zürich 2000, Rz. 627 ff.; REGINA E. AEBI-MÜLLER, in: Breitschmid/Jungo (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz*, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 28 ZGB N 25 (zit. HK ZGB-BEARBEITER:IN); statt vieler: BGE 136 III 401 E. 5.2.1; a.A. MARC BÄCHLI, *Das Recht am eigenen Bild*, Basel 2002, S. 78 ff.

30 BSK ZGBI-MEILI, Art. 28 N 17 und 19 ff.; HEINZ HAUSHEER / REGINA E. AEBI-MÜLLER, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 5. Aufl., Bern 2020, Rz. 581, 667 ff.; BRÜCKNER (Fn. 29), Rz. 398, 627 ff.

31 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 30), Rz. 553 ff.; BSK ZGBI-MEILI, Art. 28 N 45 f.; BÄCHLI (Fn. 29), S. 48; statt vieler: BGE 127 III 481 E. 2.c; zum DSG: HENSELER (Fn. 3), S. 108; CORRADO RAMPINI, in: Maurer-Lambrou/Blechta (Hrsg.), *Basler Kommentar, Datenschutzgesetz / Öffentlichkeitsgesetz*, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 12 N 3 und 9b (zit. BSK DSG-BEARBEITER:IN); eine Rechtfertigung ist entgegen dem Wortlaut auch bei Verletzung der Datenbearbeitungsgrundsätze möglich, statt vieler: BGE 136 II 508 E. 5.

## 1. Persönlichkeitsverletzung

- 7 Um als Verletzung zu gelten, hat eine Beeinträchtigung eine gewisse Intensität zu erreichen<sup>32</sup> oder eine gesetzliche Fiktion durch Missachtung der Datenbearbeitungsgrundsätze des *DSG* zu bestehen.<sup>33</sup> Die relevanten Konstellationen sollen hier getrennt nach den erwähnten Persönlichkeitsgütern erläutert werden.
- 8 Um das *Recht am eigenen Bild* zu verletzen, muss eine aufgezeichnete Person aufgrund einer Bildaufnahme individualisierbar sein. Gefordert wird eine Erkennbarkeit sowohl für sich selbst als auch für Drittpersonen.<sup>34</sup> Ist eine Person jedoch lediglich Teil eines grösseren Ereignisses, liegt keine Verletzung vor.<sup>35</sup> Nach neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss eine Person gar um ihrer selbst Willen abgebildet und nicht nur als «Mitfang» mitaufgezeichnet werden.<sup>36</sup>
- 9 Bezüglich des *Rechts am eigenen Wort* ist die Dogmatik schwächer ausgebaut; insb. wird darauf eingegangen, dass berechtigte Erwartungen der sprechenden Person bezüglich der Zugänglichkeit des Wortes geschützt werden sollen und daher die Heimlichkeit einer Aufnahme die Persönlichkeit verletzt.<sup>37</sup>
- 10 Aufgrund des Rechts auf *Schutz der Privat- und Geheimsphäre* stellen schliesslich Wahrnehmung und Aufzeichnung von Handlungen in diesen Sphären Persönlichkeitsverletzungen dar.<sup>38</sup> Unter dem Geheimbereich werden «Tatsachen (...), die man dem Einblick anderer legitimerweise zu entziehen pflegt, wie innerfamiliäre Konflikte, sexuelle Verhaltensweisen, aber etwa auch körperliche Leiden» verstanden.<sup>39</sup> Der Privatbereich umfasst Lebensäusserungen, die eine Person «mit nahe verbundenen Personen, aber nur mit diesen, teilen will».<sup>40</sup> Bezogen auf Bildaufnahmen von Polizist:innen während eines Einsatzes in der Öffentlichkeit sind m.E. keine Konstellationen denkbar, in welchen der Geheimbereich verletzt wird. Ebenso sind m.E. kaum Verletzungen des Privatbereichs denkbar, zeichnen sich Polizeieinsätze doch

32 BSK ZGBI-MEILI, Art. 28 N 38; HK ZGB-AEBI-MÜLLER, Art. 28 N 3.

33 MÜLLER (Fn. 3), S. 324; AEBI-MÜLLER (Fn. 28), Rz. 562; BSK DSG-RAMPINI, Art. 12 N 6.

34 BGE 136 III 410 E. 2.2.2; BSK ZGBI-MEILI, Art. 28 N 39; ähnlich HK ZGB-AEBI-MÜLLER, Art. 28 N 25.

35 BRÜCKNER (Fn. 29), Rz. 629; BSK ZGBI-MEILI, Art. 28 N 20; auf Rechtfertigungsebene bejahend: BÄCHLI (Fn. 29), S. 106 ff.

36 BGE 136 III 410 E. 2.2.2 und 5.2; REGULA BÄHLER, Ungefragte Momentaufnahmen, *Medialex* 2012, S. 59 f.

37 MICHAEL SCHWEIZER, *Recht am Wort*, Bern 2012, S. 119 f. und 140; AEBI-MÜLLER (Fn. 28), Rz. 830 f.; BSK ZGBI-MEILI, Art. 28 N 22.

38 HK ZGB-AEBI-MÜLLER, Art. 28 N 22 ff.; BRÜCKNER (Fn. 29), Rz. 486 ff.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 30), Rz. 664 ff.

39 BGE 118 IV 41 E. 4.a; BSK ZGBI-MEILI, Art. 28 N 24.

40 PETER JÄGGI, *Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit*, ZSR 1960, S. 227a; BSK ZGBI-MEILI, Art. 28 N 26.

gerade dadurch aus, dass das Handeln der Polizist:innen auch nicht nahe verbundenen Personen, namentlich den polizeilichen Gegenübern, gezeigt wird.<sup>41</sup> Ausnahmen sind natürlich möglich, so etwa, wenn ein Gespräch unter Kolleg:innen aufgezeichnet würde. Die Aufzeichnung von Drittpersonen wird m.E. zumeist auch nicht den erwähnten Sphären zuzurechnen sein. Für den Fall, dass jedoch bspw. innerfamiliäre Konflikte, physische Beschwerden oder Befragungen zu intimen Details aufgenommen würden, kann dennoch eine Persönlichkeitsverletzung vorliegen.

Das *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* schliesslich wird verletzt, wenn jemandem eindeutig zuordenbare Informationen – was audiovisuelle Aufnahmen zweifelsohne sind – unter Nichteinhaltung der datenschutzrechtlichen Bearbeitungsgrundsätze oder entgegen dem eindeutigen Widerspruch der betroffenen Person u.a. beschafft werden.<sup>42</sup> Diese Grundsätze sollen hier nicht vertieft werden; sie können jedoch insb. verletzt werden, falls audiovisuelle Aufnahmen eines Polizeieinsatzes gegen andere Rechtsnormen verstossen, heimlich erfolgen oder unverhältnismässig sind.<sup>43</sup> Jedoch ist zu berücksichtigen, dass nach Art. 12 Abs. 3 *DSG* eine Missachtung der Datenbearbeitungsgrundsätze keine Persönlichkeitsverletzung darstellt, wenn jemand seine Daten öffentlich zugänglich gemacht hat. Dies kann zwar nicht bei jedem Agieren in der Öffentlichkeit angenommen werden,<sup>44</sup> jedoch schon bei aufgenommenen Drittpersonen, welche an Kundgebungen oder anderen öffentlichen Veranstaltungen teilnehmen.<sup>45</sup>

Das Aufzeichnen von Polizeieinsätzen in einer identifizierenden Weise stellt somit i.d.R. eine Persönlichkeitsverletzung dar, jedoch gibt es Ausnahmen: Dies, sofern Aufnahmen grössere Ereignisse zeigen, nicht heimlich durchgeführt werden und kein eindeutiger Widerspruch der Betroffenen vorliegt. Insb. bei Kundgebungen «dürfen Mitlaufende wie auch Polizisten (...) durchaus erkennbar abgebildet werden, solange sie optisch nicht besonders hervorgehoben, sondern Teil der Menschenmenge sind».<sup>46</sup> Weiter wird ausserhalb von Veranstaltungen wohl regelmässig das Aufzeichnen der Polizist:innen im Mittelpunkt stehen; insb. kontrollierte Personen oder Drittpersonen dürften in diesen Fällen den sogenannten «Mitfang» darstellen und nicht per se in ihrer Persönlich-

41 Vgl. dazu auch HANS VEST, *Entscheidbesprechung Bundesgericht*, Urteil 6B\_1468/2019 vom 1. September 2020, *AJP* 2021, S. 547.

42 AEBI-MÜLLER (Fn. 28), Rz. 548, 562, 570 und 592; HENSELER (Fn. 3), S. 75 und 106; MÜLLER (Fn. 3), S. 43 und 60 ff.; BSK DSG-RAMPINI, Art. 12 N 5 und 8 ff.

43 HENSELER (Fn. 3), S. 81 ff.; MÜLLER (Fn. 3), S. 60 ff.

44 MÜLLER (Fn. 3), S. 325 f.

45 BSK DSG-RAMPINI, Art. 12 N 16; DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, *Handkommentar zum Datenschutzgesetz*, Zürich 2009, Art. 12 N 54 f.

46 BÄHLER (Fn. 36), S. 60.

keit verletzt sein, solange nicht Details ihres Privatbereichs aufgezeichnet werden.

## 2. Rechtfertigung

- 13 Wie erwähnt, kann eine Persönlichkeitsverletzung durch Rechtfertigungsgründe gedeckt sein. Neben einer möglichen Einwilligung<sup>47</sup> ist dabei insb. die Wahrung höherer Interessen relevant.<sup>48</sup> Dabei werden öffentliche und private Interessen gegenüber den Interessen der in ihrer Persönlichkeit verletzten Person abgewogen,<sup>49</sup> wobei eine Verletzung umso schwerer wiegt, desto mehr Persönlichkeitsgüter betroffen sind und desto gewichtigere Verletzungen vorliegen.<sup>50</sup> Wie unter Rz. 3 ff. erläutert, hat diese Abwägung unter Berücksichtigung aller betroffenen Grundrechte zu erfolgen.<sup>51</sup>
- 14 Die Interessen der *in der Persönlichkeit verletzten Person* wiegen schwerer, je länger eine Aufnahme dauert und je sensibler oder geheimhaltungswürdiger die aufgenommenen Verhaltensweisen sind.<sup>52</sup> Dies bedeutet, dass eine Persönlichkeitsverletzung eher widerrechtlich ist, je weniger ein Öffentlichkeitsbezug gegeben ist. Umgekehrt ist sie eher verpönt, je stärker die Geheim- oder Privatsphäre betroffen sind, resp. je mehr die Aufnahmen die höchstpersönliche Lebensgestaltung erkennen lassen.<sup>53</sup>
- 15 *Dem gegenüber* können verschiedene Interessen stehen – so etwa dasjenige der Information der Öffentlichkeit, was besonders schwer wiegt, wenn die «Kontrolle der staatlichen Macht»<sup>54</sup> auf dem Spiel steht. Weiter kann die Abschreckung der Begehung von Straftaten,<sup>55</sup> das Erlangen von Beweismitteln für einen späteren Zivil- oder Strafprozess<sup>56</sup> oder der Schutz eigener Rechtsgüter ein überwiegendes Interesse begründen.<sup>57</sup>
- 16 Bei Aufnahmen von Polizist:innen dürften die Persönlichkeitsverletzungen i.d.R. eher gering sein, da einzelne Personen oftmals nur für einen kurzen Zeitraum aufge-

47 Statt vieler: AEBI-MÜLLER (Fn. 28), Rz. 760 ff.

48 BSK ZGBI-MEILI, Art. 28 N 49; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 30), Rz. 566.

49 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 30), Rz. 567; BSK ZGBI-MEILI, Art. 28 N 49; RIKLIN (Fn. 3), S. 76; BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 20.

50 AEBI-MÜLLER (Fn. 28), Rz. 780; vgl. auch BGE 130 II 425 E. 6.2.

51 Siehe Rz. 3 ff., insb. Fn. 25, sowie AEBI-MÜLLER (Fn. 28), Rz. 257.

52 LUCIEN MÜLLER, Private Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen – Datenschutzrechtliche Aspekte, Sicherheit & Recht 2012, S. 71; BÄCHLI (Fn. 29), S. 97.

53 AEBI-MÜLLER (Fn. 28), Rz. 781; MÜLLER (Fn. 52), S. 71.

54 RIKLIN (Fn. 3), S. 76; AEBI-MÜLLER (Fn. 28), Rz. 789 und 791; BÄCHLI (Fn. 29), S. 94; BGE 37 I 381 E. 2.

55 Urteil des Bundesgerichts 6B\_536/2009 vom 12. November 2009 E. 3.7; MÜLLER (Fn. 52), S. 74; BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 22.

56 MÜLLER (Fn. 52), S. 74; BÄCHLI (Fn. 29), S. 116 ff.; ähnlich auch BGE 136 III 410 E. 4.

57 MÜLLER (Fn. 3), S. 341.

nommen werden<sup>58</sup> und Polizist:innen während Polizeieinsätzen grds. in der Öffentlichkeit agieren, resp. nicht ihre höchstpersönliche Lebensgestaltung betroffen ist. Die Interessen der aufnehmenden Person wiegen hingegen regelmässig eher hoch. So kann sie sich etwa auf ihr Grundrecht der Informationsfreiheit berufen.<sup>59</sup> Ebenso begründen sämtliche der einleitend diskutierten Gründe für eine Aufnahmenerstellung ein erhöhtes Interesse an der Dokumentation der Einsätze. Da die Kontrolle staatlicher Macht bei Polizeieinsätzen durchgehend relevant ist, ist m.E. eine Aufnahme der *Gesamtsituation* eines Polizeieinsatzes in der Öffentlichkeit durchgehend als gerechtfertigt anzusehen, auch wenn dieser sich ausserhalb eines öffentlichen Ereignisses, wie etwa einer Demonstration, abspielt.<sup>60</sup>

Unter Umständen können jedoch auch einzelne Polizist:innen durch die Aufnahme spezifisch fokussiert werden, was stärker in deren Persönlichkeitsrechte eingreift. Besteht dafür eine Notwendigkeit – etwa die erforderliche Kenntnis über deren Handeln für die Beweissicherung oder eine nur so mögliche Kontrolle deren Handelns (siehe Rz. 26 ff.) – sollte dies m.E. ebenfalls gerechtfertigt sein.<sup>61</sup> Selbstverständlich können Persönlichkeitsrechte von Polizist:innen gleichwohl auch überwiegen, so etwa, wenn deren Privatsphäre (siehe Rz. 10) tangiert wird und keine Notwendigkeit der Aufnahme zur Kontrolle staatlichen Handelns besteht.

Bezüglich der Aufzeichnung von Drittpersonen besteht oftmals ein geringeres Interesse an der Aufzeichnung ihres Verhaltens, ohne deren Mitaufzeichnung ist jedoch i.d.R. keine Aufnahme des Verhaltens der Polizist:innen möglich. Soweit sie nicht ohnehin als «Mitfang» zu gelten haben, ist deren Mitaufzeichnung aufgrund der oben erwähnten Interessen daher m.E. ebenfalls gerechtfertigt, sofern nicht ihre Privat- oder Geheimsphäre berührt ist. In solchen Fällen kann eine Rechtfertigung über höherwertige Interessen nur in Ausnahmefällen gelingen. Daher sollte in diesen Fällen eine Einwilligung vorliegen. Diese kann jedoch auch mutmasslich sein kann, wenn die Aufnahme in deren Interesse erfolgt (siehe ausführlicher Rz. 36).<sup>62</sup>

58 Vgl. WILSON/SERISIER (Fn. 2), S. 169 ff.

59 Siehe Rz. 3 ff.

60 Was auch von zahlreichen Polizeiorganisationen so eingeschätzt wird, vgl. Kantonspolizei Basel-Stadt, Dienstvorschrift 3.1.031, Umgang mit den Medien vom 17. Dezember 2013, S. 1; Police Neuchâtelois, Circulaire numéro 1.217, Prises de vue de policiers en service sur le domaine public vom 5. November 2015, S. 1, Stadtpolizei Zürich, Merkblatt Bild- und Tonaufnahmen von Polizeiangehörigen und -einsätzen sowie Sicherstellung von Bild- und Ton-Datenträgern vom 21. November 2018, S. 1.

61 Vgl. BÄHLER (Fn. 36), S. 60 f., RIKLIN (Fn. 3), S. 76.

62 RAPHAËL HAAS, Die Einwilligung in die Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, Luzern 2007, S. 312 ff.

- 19 I.d.R. sollten diese Aufnahmen zudem transparent erfolgen, da eine heimliche Aufnahme die Persönlichkeitsverletzung verstärkt und es oftmals keine Notwendigkeit dafür gibt. In empirischen Studien zur Erstellung der audiovisuellen Aufnahmen wurde jedoch festgestellt, dass Polizist:innen teilweise versuchen, die Aufzeichnungen ohne Rechtsgrundlage zu unterbinden.<sup>63</sup> Falls es Anzeichen für ein Bestehen solchen Handelns gibt, sollte es m.E. zudem zulässig sein, die Aufnahme heimlich durchzuführen.<sup>64</sup>

## IV. Strafrechtliches

- 20 Strafrechtlich kann die Erstellung audiovisueller Aufnahmen von Polizeieinsätzen insb. nach Art. 179<sup>bis</sup>, 179<sup>ter</sup> sowie 179<sup>quater</sup> StGB<sup>65</sup> unzulässig sein. Während die ersten beiden Tatbestände die Tonaufnahme gewisser Gespräche verbieten,<sup>66</sup> kriminalisiert Letzterer die visuelle Aufzeichnung sämtlicher Geschehnisse in der Geheimsphäre sowie nicht jedermann ohne weiteres zugängliche Tatsachen aus dem Privatbereich.<sup>67</sup> Wie Müller ausführte, können aufgrund der Formulierung Geschehnisse in der Öffentlichkeit bezüglich der Variante des Privatbereichs nicht vom Tatbestand erfasst sein, Lebenssachverhalte aus der Geheimsphäre jedoch schon.<sup>68</sup> Da sich die Definitionen der Sphären im Straf- und Zivilrecht nicht unterscheiden<sup>69</sup> und diese bereits unter Rz. 7 ff. behandelt wurde, wonach etwa die Aufzeichnung innerfamiliärer Konflikte oder physischer Beschwerden von Drittpersonen in die Geheimsphäre fallen können, wird darauf verwiesen und der Tatbestand nicht ausgiebiger behandelt. Hingegen soll im Folgenden die Anwendbarkeit der anderen zwei Artikel vertieft werden, welche das «Abhören und Aufnehmen fremder Gespräche»<sup>70</sup> resp. ein «Unbefugtes Aufnehmen von Gesprächen»<sup>71</sup> verbieten.

63 Vgl. dazu KNOPP/ULLRICH (Fn. 2), S. 530; SANDHU (Fn. 2), S. 80; WILSON/SERISIER (Fn. 2), S. 169 ff.

64 Vgl. MÜLLER (Fn. 3), S. 343.

65 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0).

66 Statt vieler: RAFFAEL RAMEL / ANDRÉ VOGELSANG, in: Niggli/Wiprächter (Hrsg.) Basel Kommentar, Strafrecht, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 179<sup>bis</sup> StGB N 7, Art. 179<sup>ter</sup> N 2 (zit. BSK StGB-BEARBEITER:IN).

67 BGE 118 IV 41 E. 4.a.; STEFAN TRECHSEL / MARIANNE JOHANNA LEHMKUHL, in: Trechsel/Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich 2021, Art. 179<sup>quater</sup> StGB N 1 ff. (zit. PK StGB-BEARBEITER:IN).

68 MÜLLER (Fn. 3), S. 62 ff.

69 BSK StGB-RAMEL/VOGELSANG, Art. 179<sup>quater</sup> N 8; BGE 118 IV 41 E. 4.a.

70 Art. 179<sup>bis</sup> StGB.

71 Art. 179<sup>ter</sup> StGB.

### 1. Tatbestände der strafrechtlich relevanten Aufnahme von Gesprächen

Die zwei Tatbestände von Art. 179<sup>bis</sup> und 179<sup>ter</sup> StGB schützen als *Rechtsgut* die «persönliche Geheimsphäre als ein dem Individuum zur Entwicklung seiner Persönlichkeit gewährleisteteter freier Raum». <sup>72</sup> Damit soll gewährleistet werden, dass «die Unbefangenheit der nichtöffentlichen Äusserung» nicht beeinträchtigt wird. <sup>73</sup> Zu bemerken ist, dass sich diese Artikel lediglich bzgl. des Merkmals der «Fremdheit» unterscheiden, welches davon abhängt, ob man selbst am Gespräch teilnimmt oder nicht, <sup>74</sup> was je nach Konstellation erfüllt sein kann, oder nicht. Da dies jedoch keinen Einfluss auf die Strafbarkeit per se hat, wird es nicht vertieft.

Das *Tatobjekt* ist ein nichtöffentliches Gespräch. <sup>75</sup> Als Gespräch wird dabei ein mündlicher Gedanken- und Informationsaustausch mit Sinnzusammenhang verstanden, was «reflexartige Gefühlslaute» ausschliesst, so dass die Äusserung zumindest artikulierte Worte zu beinhalten hat. <sup>76</sup> Dabei ist umstritten, ob der Austausch wechselseitig sein muss und somit etwa einseitige Erklärungen ausscheiden. <sup>77</sup> Nach neuester Rechtsprechung sind auch Gespräche, welche aus öffentlich-rechtlicher Verpflichtung geführt werden, vom Tatbestand erfasst. <sup>78</sup> Die Nichtöffentlichkeit schliesslich hängt nicht per se vom Ort des Gesprächs ab, da dieser lediglich als Indiz dienen kann. <sup>79</sup> Entscheidend ist vielmehr, «inwieweit das Gespräch von Drittpersonen gehört werden konnte und sollte». <sup>80</sup> Dies ist nicht der Fall, wenn dies nur mittels technischer Mittel oder durch Beseitigung von Hindernissen möglich ist; <sup>81</sup> ist es jedoch lediglich einer Drittperson ohne diese

72 BGE 111 IV 63 E. 2; BSK StGB-RAMEL/VOGELSANG, Art. 179<sup>bis</sup> StGB N 3; PK StGB-TRECHSEL/LEHMKUHL, Art. 179<sup>bis</sup> StGB N 1; OMAR ABO YOUSSEF, in: Graf (Hrsg.), Annotierter Kommentar, StGB, Bern 2020, Art. 179<sup>bis</sup> StGB N 1 (zit. AK StGB-BEARBEITER:IN).

73 BGE 111 IV 63 E. 2; AK StGB-ABO YOUSSEF, Art. 179<sup>bis</sup> N 1; LORENZ ERNI, Die Verletzung der «Vertraulichkeit des Wortes» als Straftat im deutschen und schweizerischen Strafrecht, Diessenhofen 1981, S. 54.

74 HUBERT METZGER, Der strafrechtliche Schutz des persönlichen Geheimbereichs gegen Verletzungen durch Ton- und Bildaufnahmesowie Abhörgeräte, Winterthur 1972, S. 54 f.

75 Statt vieler: AK StGB-ABO YOUSSEF, Art. 179<sup>bis</sup> N 3 ff.

76 METZGER (Fn. 74), S. 52 ff.; PK StGB-TRECHSEL/LEHMKUHL, Art. 179<sup>bis</sup> N 2; BSK StGB-RAMEL/VOGELSANG, Art. 179<sup>bis</sup> N 10; a.A. ERNI (Fn. 73), S. 107 ff.

77 Befürwortend: GÜNTER STRATENWERTH / GUIDO JENNY / FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Aufl., Bern 2010, § 12 N 23; AK StGB-ABO YOUSSEF, Art. 179<sup>bis</sup> N 3; ablehnend BSK StGB-RAMEL/VOGELSANG, Art. 179<sup>bis</sup> N 10; METZGER (Fn. 74), S. 52; ERNI (Fn. 73), S. 106 f.

78 BGE 146 IV 126 E. 3.5 f.; siehe auch AK StGB-ABO YOUSSEF, Art. 179<sup>bis</sup> N 4.

79 STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (Fn. 77), § 12 N 24; METZGER (Fn. 74), S. 57.

80 AK StGB-ABO YOUSSEF, Art. 179<sup>bis</sup> N 4; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (Fn. 77), § 12 N 24; BGE 146 IV 126 E. 3.5.

81 BSK StGB-RAMEL/VOGELSANG, Art. 179<sup>bis</sup> N 12; METZGER (Fn. 74), S. 58.

Vorkehrungen möglich, das Gespräch mitzuhören, entfällt die Nichtöffentlichkeit.<sup>82</sup> Zudem ist bei den vorliegenden Straftatbeständen die Einwilligung in die Gesprächsaufnahme bereits tatbestandsausschliessend.<sup>83</sup>

- 23 Nicht bei allen Polizeieinsätzen werden jedoch mündliche Äusserungen mit Sinnzusammenhang vorliegen, so etwa bei polizeilichen Zugriffen. Für die Behandlung anderer Arten von Einsätzen, wie etwa Ansprachen oder Polizeikontrollen, lohnt sich ein Blick nach Deutschland. Dort gehen die Lehre sowie der überwiegende Teil der Rechtsprechung davon aus, dass diese grds. unter den sachlichen Schutzbereich der entsprechenden Norm subsumiert werden können, jedoch regelmässig keine Nichtöffentlichkeit vorliegen wird.<sup>84</sup> Begründet wird dies vor allem damit, dass in diesen Situationen meist eine faktische Mithörmöglichkeit Dritter bestehe, insb. bei Demonstrationen, aber auch generell im öffentlichen Raum.<sup>85</sup>
- 24 M.E. sind diese Schlussfolgerungen auch für die Rechtslage in der Schweiz zutreffend, weswegen bei Polizeieinsätzen im öffentlichen Raum in der Regel von fehlender Nichtöffentlichkeit ausgegangen werden kann. Eine Ausnahme davon ist dann anzunehmen, wenn die Distanz zu anderen, nicht am Gespräch beteiligten Personen so gross ist, dass diese ohne den Einsatz technischer Hilfsmittel das Gespräch nicht mithören könnten. Diese Distanzregel zu Drittpersonen hat m.E. auch in Fällen der Aufnahme durch Gesprächsbeteiligte nach Art. 179<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB Anwendung zu finden.<sup>86</sup>

## 2. Rechtfertigungsgründe

- 25 Für diejenigen Situationen, in welchen dennoch Tatbestandsmässigkeit vorliegt, ist nun zu ergründen, ob eine Aufnahmeerstellung allfällig durch Notwehr oder Notstand gerechtfertigt werden kann.

82 METZGER (Fn. 74), S. 57; OMAR ABO YOUSSEF, Die Nichtöffentlichkeit des Gesprächs i.S.v. Art. 179<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB bei polizeilichen Einvernahmen des Beschuldigten, in: Jositsch/Schwarzenegger/Wohlers (Hrsg.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zürich 2017, S. 6.

83 Statt vieler: BSK StGB-RAMEL/VOGELANG, Art. 179<sup>bis</sup> N 20.

84 DAVID ULLENBOOM, Das Filmen von Polizeieinsätzen als Verletzung der Vertraulichkeit des Worts?, Neue Juristische Wochenschrift 2019, S. 3109 ff.; MARTIN WIACEK, Bild- und Tonaufnahmen von Polizeieinsätzen, Heidelberg 2018, S. 84; Beschluss des Landgerichts Kassel 2 QS 111/19 vom 23. September 2019 § 12 ff.; das unter den Schutzbereich Fallen generell verneinend, jedoch sich dabei auf in der Schweiz differenziert geregelte Normen stützend: FREDRIK ROGGAN, Zur Strafbarkeit des Filmens von Polizeieinsätzen, Strafverteidiger 2020, S. 330 ff.; eine grds. Nichtöffentlichkeit bei abseits stehenden Polizeikontrollen, nicht aber bei Ansprachen bei Demonstrationen annehmend: Urteil des Landgerichts München I 25 Ns 116 Js 165870/17 vom 11. Februar 2019 § 13 und 20.

85 ULLENBOOM (Fn. 84), S. 3110; WIACEK (Fn. 84), S. 84; Beschluss des Landgerichts Kassel 2 QS 111/19 vom 23. September 2019 § 13.

86 Vgl. BSK StGB-RAMEL/VOGELANG, Art. 179<sup>ter</sup> N 4 i.V.m. Art. 179<sup>bis</sup> N 12.

### a) Notwehr

Die Notwehr nach Art. 15 StGB rechtfertigt tatbestandsmässiges Verhalten, dass auf die Beendigung eines «gegenwärtigen oder unmittelbar drohenden rechtswidrigen menschlichen Angriff[s]» zielt.<sup>87</sup> Soll mit der Aufnahmeerstellung die Verhinderung rechtswidrigen Handelns bezweckt werden, könnte daher eine tatbestandsmässige Aufnahmehandlung u.U. gerechtfertigt sein.

Ein *menschlicher Angriff* kann sich gegen sämtliche Individualrechtsgüter richten.<sup>88</sup> Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass Handlungen von Polizist:innen in vielen Fällen durch Art. 14 StGB i.V.m. den kantonalen Polizeigesetzen gerechtfertigt sind.<sup>89</sup> Daher ist Notwehr gegen polizeiliches Handeln nur dann zulässig, wenn die Handlungen nicht als Amtshandlungen zu qualifizieren sind, da sie entweder nichtig sind oder keinerlei Bezug zur Tätigkeit als Polizist:in aufweisen.<sup>90</sup> Ersteres ist der Fall, wenn die Handlung offensichtlich rechtswidrig ist, da etwa Amtsmissbrauch oder klare Unverhältnismässigkeit vorliegt, oder jegliche gesetzliche Grundlage fehlt.<sup>91</sup> Letzteres kann bspw. dann angenommen werden, wenn unsachliche, persönliche Bemerkungen, wie etwa Beleidigungen, geäussert werden.<sup>92</sup> Wenn solch eine Situation vorliegt oder unmittelbar droht, kann eine Notwehrsituation vorliegen.<sup>93</sup>

Jedoch ist nicht jede Handlung in einer solchen Situation zulässig, denn es muss stets die *Subsidiarität* gewahrt werden, d.h. das zur Abwehr benutzte Mittel muss das leichteste zur Verfügung stehende sein, welches effektiv ist.<sup>94</sup> Eine Aufnahmehandlung wird dabei i.d.R. das mildest mögliche Mittel darstellen, da sie deutlich weniger eingriffsintensiv ist als etwa der Versuch, genannte Situationen mittels Einsatzes physischer Kraft zu beenden. Jedoch ist fraglich, ob die erforderliche Effektivität vorliegt:

87 GÜNTHER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011, § 10 N 69 ff.; AK StGB-MAUSBACH/STRAUB, Art. 15 N 1 ff. Dabei kann auch bei Angriffen gegen andere Personen durch Notwehrhilfe verteidigt werden, dies jedoch nicht gegen deren ausdrücklichen Willen (statt vieler BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, Art. 15 N 26).

88 Statt vieler: BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, Art. 15 N 10.

89 STRATENWERTH (Fn. 87), § 10 N 72; BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, Art. 14 N 15.

90 BSK StGB-HEIMGARTNER, Vor Art. 285 N 9 m.w.H.

91 BGE 142 IV 129 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 6B\_206/2010 vom 2. September 2010 E. 4.2; AK StGB-MIGNOLI, Art. 285 N 6 f.; BSK StGB-HEIMGARTNER, Vor Art. 285 N 19 ff.; a.A. bzgl. Amtsmissbrauch PK StGB-TRECHSEL/VEST, Vor Art. 285 N 23a.

92 BSK StGB-HEIMGARTNER, Vor Art. 285 N 9; BGE 110 IV 91 E. 2.

93 STRATENWERTH (Fn. 87), § 10 N 71; BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, Art. 15 N 18; BGE 93 IV 81, S. 83.

94 STRATENWERTH (Fn. 87), § 10 N 74 ff.; AK StGB-MAUSBACH/STRAUB, Art. 15 N 9; die zusätzlich erforderliche Proportionalität wird wohl immer erfüllt sein.

Denn wie verschiedene empirische Studien gezeigt haben, ist unklar, ob Aufnahmenerstellungen eine Verhaltensänderung von Polizist:innen herbeiführen können.<sup>95</sup> Wie jedoch GETH schreibt, ist die Notstandshandlung nur dann die Effektivität abzusprechen, wenn sie «bereits anfänglich völlig nutzlos erscheint».<sup>96</sup> Eine völlige Aussichtslosigkeit der Abwehr rechtswidriger Handlungen kann der Aufnahmenerstellung nicht attestiert werden, weswegen m.E. die Notwehr offensteht, wenn die audiovisuelle Aufnahme mit dem Zweck der Verhinderung eines Angriffs auf ein Individualrechtsgut eingesetzt wird, welcher keine Amtshandlung darstellt.<sup>97</sup>

## b) Notstand

- 29 Wird das Aufnahmegerät zur Beweissicherung eingesetzt, kann hingegen der rechtfertigende Notstand einschlägig sein. Der in Art. 17 StGB geregelte Rechtfertigungsgrund erlaubt den Eingriff in fremde Rechtsgüter, um eigene oder fremde<sup>98</sup> Individualrechtsgüter einer Person aus einer gegenwärtigen Gefahr zu retten, sofern eine Interessenabwägung für die zu rettenden Güter spricht und die Gefahr nicht anders abwendbar ist.<sup>99</sup> Interessen der Allgemeinheit, wie das «Interesse der Öffentlichkeit, über gesetzwidrige Praktiken der Polizei informiert zu werden», können jedoch keinen Notstand begründen.<sup>100</sup> Allerdings könnte die Figur des Beweisnotstands einschlägig sein, welche die Gefahr in der Unmöglichkeit der Beweisbarkeit eines rechtlich geschützten Interesses in einem Verfahren sieht<sup>101</sup> und somit das Interesse einer individuellen Person schützt.
- 30 Der Beweisnotstand findet wiederholt in *Lehre und Rechtsprechung* Erwähnung, oftmals aber ohne vertiefte Beschäftigung. Das Bundesgericht hält dazu lediglich fest, dass eine Aussage-gegen-Aussage-Konstellation in einem nachfolgenden Prozess nicht genügen würde, um sich darauf zu berufen,<sup>102</sup> ebenso sei kein Beweisnotstand anzunehmen, wenn andere Beweise – wie etwa akribisch geführte Aufzeichnungen und Zeugenaussagen – vor-

lägen.<sup>103</sup> Positive Voraussetzungen werden hingegen nicht formuliert. Anders hingegen das Obergericht des Kantons Zürich, welches einen Beweisnotstand annahm, als ernsthaft zu befürchten war, dass die eigene Darstellung auf keine andere Weise gestützt werden konnte.<sup>104</sup>

In der Lehre gehen SCHMID/JOSITSCH sowie RIKLIN ohne weitere Ausführungen davon aus, dass die tatbestandsmässige Aufnahme bedrohender, nötiger oder erpresserischer Äusserungen von einem Rechtfertigungsgrund gedeckt ist.<sup>105</sup> Differenzierter äussern sich ERNI und METZGER, welche dann eine Beweisnotstandslage annehmen, wenn Güter einer Person angegriffen werden und angenommen werden muss, dass die Handlungen der verursachenden Person von dieser bestritten werden würden; insgesamt dürfe keine andere Möglichkeit des Beweises offenstehen.<sup>106</sup> BÉNÉDICT nimmt die Zulässigkeit eines Beweisnotstandes lediglich dann an, wenn Dringlichkeit, Verhältnismässigkeit sowie Subsidiarität gewahrt werden – das tatbestandsmässige Verhalten also dazu führen muss, dass Beweise nicht verschwinden, die Rechte der Betroffenen weniger stark gefährdet werden als diejenige der aufnehmenden Person sowie das Verhalten die einzige Möglichkeit zur späteren Beweisführung über den Sachverhalt darstellt.<sup>107</sup> RAMEL/VOGEL-SANG erarbeiteten ebenfalls einen Kriterienkatalog, welche den Grad der Vertraulichkeit der Gespräche, das Gewicht des Beweisinteresses sowie die Betroffenheit Dritter durch die Aufnahme berücksichtigt.<sup>108</sup>

Da der Beweisnotstand eine Ausprägung des Notstandes darstellt, ist es m.E. sinnvoll, denselben *Kriterienkatalog* wie bei diesem beizuziehen – also vorauszusetzen, dass erstens eine Situation vorliegt, welche in einem Prozess strittig sein könnte, zweitens die Gefahr der Beweisbarkeit nicht anders als durch die Aufnahme gebannt werden kann und drittens eine Interessenabwägung für die zu schützenden Güter spricht.<sup>109</sup>

95 Vgl. ULLRICH/KNOPP (Fn. 2), S. 190; WILSON/SERISIER (Fn. 2), S. 169; SANDHU (Fn. 2), S. 87.

96 CHRISTOPHER GETH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Aufl., Basel 2021, Rz. 166; vgl. auch WOLFGANG WOHLERS, in: Wohlers/Gothenzi/Schlegel (Hrsg.), *Schweizerisches Strafbuch, Handkommentar*, 4. Aufl., Bern 2020, Art. 15 StGB N 8 f.

97 Jedoch nicht gegen den erklärten Willen einer Person, zugunsten der Notstandshilfe geleistet wird (BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, Art. 15 N 26).

98 Je nachdem liegt Notstand oder Notstandshilfe vor (BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, Art. 17 N 9).

99 BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, Art. 17 N 1 ff.; STRATENWERTH (Fn. 87), § 10 N 36 ff.

100 STRATENWERTH (Fn. 87), § 10 N 41; siehe auch PK StGB-TRECHSEL/GETH, Art. 17 N 4.

101 Siehe insb. ERNI (Fn. 73), S. 172 f.

102 Urteil des Bundesgerichts 6B\_225/2008 vom 7. Oktober 2008 E. 3.7.5 f.

103 Urteil des Bundesgerichts 6P.79/2006, 6S.162/2006 vom 6. Oktober 2006 E. 8; wie die Auslegung des Begriffs der unmittelbaren Gefahr in Urteil des Bundesgerichts 6B\_1295/2020 vom 26. Mai 2021 E. 2.3 f. den Beweisnotstand beeinflusst muss jedoch offenbleiben.

104 Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich SB120440 vom 28. Mai 2013 S. 31 f.

105 NIKLAUS SCHMID / DANIEL JOSITSCH, *Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar*, 3. Aufl., Zürich et al. 2018, Art. 141 StPO N 3; FRANZ RIKLIN, *StPO Kommentar*, 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 141 StPO N 4.

106 ERNI (Fn. 73), S. 172 f.; METZGER (Fn. 74), S. 108.

107 JÉRÔME BÉNÉDICT, in: Jeanneret/Kuhn/Perrier Depeursinge (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse*, 2. Aufl., Basel 2019, Intro Art. 139-141 StPO N 12 (zit. CR CPP-BEARBEITER:IN).

108 BSK StGB-RAMEL/VOGEL-SANG, Art. 179<sup>bis</sup> N 25.

109 Solange die Existenz eines Beweisnotstandes an sich angenommen wird, spielt es in der vorliegenden Situation kaum eine Rolle, auf welchen Kriterienkatalog abgestellt wird. Weitergehende Kataloge werden soweit ersichtlich lediglich von CR CPP-BÉNÉDICT,

33 In Verfahren bzgl. Polizeieinsätzen besteht oftmals eine aussergewöhnliche Beweissituation. Wie *empirische Studien* gezeigt haben,<sup>110</sup> werden Verfahren gegen Polizist:innen oftmals eingestellt,<sup>111</sup> Anzeigen gegen beteiligte Privatpersonen hingegen überdurchschnittlich oft weiterverfolgt.<sup>112</sup> Gründe dafür werden im Näheverhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft gesehen.<sup>113</sup> Bei Strafverfahren gegen Polizist:innen finden sich zudem nur wenige Polizist:innen, welche gegeneinander aussagen; die Ermittlungen werden weiter durch mangelnde Identifizierungsmöglichkeiten mutmasslich strafbarer Polizist:innen – insb. bei Demonstrationen und Grossveranstaltungen – erschwert.<sup>114</sup> Bei Verfahren gegen Privatpersonen reichen die Aussagen der Angehörigen der Polizei meist für eine Verurteilung aus und es wird angesichts des Wunsches nach effizienter Erledigung von Verfahren oftmals auf die Erhebung weiterer Beweismittel verzichtet.<sup>115</sup>

34 Äusserungen der Angehörigen der Polizei werden in solchen Verfahren grds. als besonders glaubhaft betrachtet;<sup>116</sup> dass polizeiliche Zeug:innen regelmässig auch Eigeninteressen haben können, wird hingegen oftmals vernachlässigt.<sup>117</sup> An der polizeilichen Sicht widersprechende Beweismittel werden daher oftmals sehr hohe Anforderungen gestellt, um überhaupt eine Anklage zu

Intro Art. 139-141 N 12 mit der hier nicht einschlägigen Dringlichkeit sowie von BSK StGB-RAMEL/VOGELSANG, Art. 179<sup>bis</sup> N 25 vorgeschlagen. Die von ihnen erwähnte Vertraulichkeit des Gesprächs sowie das Gewicht des Beweisinteresses sprechen jedoch regelmässig auch für eine Rechtfertigung, lediglich die Betroffenheit Dritter ist situationsabhängig.

110 Mit Ausnahme einer Studie (PATRIK MANZONI, Gewalt zwischen Polizei und Bevölkerung, Zürich 2003) beziehen sich diese Forschungsergebnisse auf die Situation in Deutschland. Aufgrund des vergleichbaren Aufbaus von Strafprozessen und Polizeikorps können m.E. auch grenzübergreifend gewisse Schlüsse gezogen werden, auch wenn natürlich eine bessere empirische Erforschung der schweizerischen Situation wünschenswert wäre.

111 LAILA ABDUL-RAHMAN / HANNAH ESPÍN GRAU / TOBIAS SINGELNSTEIN, Polizeiliche Gewaltanwendungen aus Sicht der Betroffenen, 2. Aufl., Bochum 2020, S. 75 f.; TOBIAS SINGELNSTEIN, Körperverletzung im Amt durch Polizisten und die Erledigungspraxis der Staatsanwaltschaften, Neue Kriminalpolitik 2013, S. 18 ff.; MANZONI (Fn. 110), S. 66.

112 ANDREAS EHRESMANN, Straftaten gegen Polizeibeamte, Hamburg 2015, S. 236 f.; JENS PUSCHKE, Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte gem. § 113 StGB, in: Müller/Sander/Válková (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, München 2009, S. 165 f.

113 TOBIAS SINGELNSTEIN, Polizisten vor Gericht, CILIP 1/2010, S. 58 f.; PUSCHKE (Fn. 112), S. 165 f.; EHRESMANN (Fn. 112), S. 239 f.

114 ABDUL-RAHMAN / ESPÍN GRAU / SINGELNSTEIN (Fn. 111), S. 73; MANZONI (Fn. 110), S. 68; SINGELNSTEIN, Polizisten vor Gericht (Fn. 113), S. 57.

115 PUSCHKE (Fn. 112), S. 165.

116 LUKAS THEUNE, Polizeibeamte als Berufszeugen im Strafverfahren, Baden-Baden 2020, S. 169 ff.; SINGELNSTEIN, Körperverletzung (Fn. 111), S. 21; SINGELNSTEIN, Polizisten vor Gericht (Fn. 113), S. 59; MANZONI (Fn. 110), S. 68.

117 SINGELNSTEIN, Körperverletzung (Fn. 111), S. 21; LAILA ABDUL-RAHMAN / HANNAH ESPÍN GRAU / TOBIAS SINGELNSTEIN, Strafverfahren gegen Polizeibeamt:innen wegen Körperverletzung im Amt in der Praxis der Justiz, Betrifft JUSTIZ 2020, S. 223; vgl. auch THEUNE (Fn. 116), S. 86 und 141 f.

ermöglichen,<sup>118</sup> was zu einer «De-facto-Straflosigkeit» führen kann.<sup>119</sup> Visuelle Aufnahmen können diese Problematik jedoch mildern, da ihnen von Gerichten ein besonders hoher Beweiswert zugesprochen wird.<sup>120</sup> Deswegen ist anzunehmen, dass Aufzeichnungen zu einer objektiveren Sicht in diesen Verfahren beitragen können, was durch empirische Erkenntnisse auch indiziert wird.<sup>121</sup>

Ohne das Vorliegen audiovisueller Aufnahmen besteht 35 somit die gegenwärtige Gefahr, dass geschützte Interessen in Verfahren – wie etwa eine Anklage gegen involvierte Polizist:innen, Staatshaftungsansprüche oder eine wirksame Verteidigung – nicht durchgesetzt werden können. Diese Gefahr ist aufgrund der besonderen Beweissituation oftmals auch nicht anders abwendbar als durch die Aufnahmenerstellung.<sup>122</sup>

Die *Interessenabwägung* spricht zudem häufig für die 36 Rechtfertigung: Die Interessen an einer effektiven Kontrolle der Polizei, resp. einem möglichst objektiven Verfahren wiegen schwer; der Schutz der Äusserungen von Polizist:innen während der Dienstzeit hingegen eher leicht, da dabei höchstens die berufliche Privatsphäre und nicht etwa die Geheimsphäre betroffen wird und erstellte Tonaufnahmen oftmals eher als Beiwerk der Bildaufnahme erscheinen.<sup>123</sup> Freilich kann die Abwägung auch anders ausfallen, wenn die Privat- oder Geheimsphäre der aufgenommenen Drittpersonen tangiert werden.<sup>124</sup> Willigen diese ein, kann eine Rechtfertigung aber dennoch erfolgen. Dabei ist zu beachten, dass solche Aufzeichnungen i.d.R. zur Unterstützung der Drittperson erstellt werden. Deshalb werden aufnehmende Personen oftmals davon ausgehen, dass eine solche Einwilligung vorliegt. Da die Aufnahmen zudem zur Tatbestandsmässigkeit ausserhalb der natürlichen Hörweite erfolgen müssen,<sup>125</sup> wird die aufgezeichnete Person ihren Willen bzgl. der Aufzeichnung zudem regelmässig nicht kundtun können. Deswegen kann m.E. oftmals eine mutmassliche oder eine Putativeinwilligung angenommen werden.<sup>126</sup> Anders verhält es sich selbstverständlich, wenn ein erklärter Widerspruch vorliegt.<sup>127</sup>

118 MANZONI (Fn. 110), S. 68; SINGELNSTEIN, Körperverletzung (Fn. 111), S. 21 f.

119 PETER ALBRECHT, Untersuchung polizeilicher Gewalt durch Strafbehörden, Sicherheit & Recht 2008, S. 130; zur Kritik an der Analyse der Mängel des Beweisverfahrens: siehe SKMR, Rechtsschutz gegen polizeiliche Übergriffe, Bern 2014, S. 53.

120 BIBER (Fn. 13), S. 13 ff.

121 ABDUL-RAHMAN / ESPÍN GRAU / SINGELNSTEIN (Fn. 117), S. 223.

122 ULLENBOOM (Fn. 84), S. 311 f.

123 Zum Ganzen: ULLENBOOM (Fn. 84), S. 312; zur Abgrenzung dieser Sphären siehe Rz. 10.

124 Vgl. Rz. 13 ff.

125 Siehe Rz. 21 ff.

126 BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, Vor Art. 14 N 59 ff.

127 BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, Art. 15 N 26, Art. 17 N 9.

37 Fraglich ist jedoch, wann eine gegenwärtige Gefahr vorliegt. Sicherlich muss dies der Fall sein, wenn rechtswidrige Handlungen begangen wurden oder konkrete Anzeichen dafür bestehen, dass diese unmittelbar bevorstehen.<sup>128</sup> Da die Schwelle von rechtmässigem zu rechtswidrigem Handeln von Polizist:innen jedoch fließend und für Lai:innen kaum erkennbar ist, sollte dies zudem auch der Fall sein, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass das polizeiliche Handeln durch in Polizeigesetzen normierte Befugnisse gerechtfertigt war<sup>129</sup> – zur Klärung dessen wird ja oftmals der anschliessende Prozess angestrebt. M.E. kann zudem gar argumentiert werden, dass polizeiliche Einsätze aufgrund der Befugnisse zur Zwangsanwendung stets die Gefahr zu (rechtswidrigen) Gewaltanwendungen bergen.<sup>130</sup> Damit die Entwicklung der Situation und der Kontext erfasst werden kann, sollte daher ein Beweisnotstand stets angenommen werden, wenn eine Aufzeichnung von Polizeieinsätzen zur Beweissicherung erfolgt.

## V. Fazit

- 38 Kommen wir abschliessend zurück zur Beantwortung der Forschungsfrage: In welcher Weise ist es unter persönlichkeitsrechtlichen Gesichtspunkten zulässig, als Privatperson audiovisuelle Aufnahmen von Polizeieinsätzen im öffentlichen Raum zu erstellen?
- 39 Grundsätzlich kann gesagt werden, dass dies bei nicht heimlich durchgeführter Aufzeichnung der Gesamtsituation eines Einsatzes, bei welcher keine Elemente des Privatbereichs tangiert werden, zulässig ist. Dies bedarf aber gewissen Konkretisierungen und muss für gewisse Konstellationen relativiert werden. Dazu wurde unter Rz. 3 ff. argumentiert, dass grundrechtlich die Informationsfreiheit sowie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung relevant sind und in den konkreten Situationen gegeneinander abgewogen werden müssen, was durch das einfache Gesetzesrecht und dessen grundrechtskonforme Auslegung erfolgt.
- 40 Wie unter Rz. 6 ff. aufgezeigt wurde, erlaubt das Zivilrecht eine Aufzeichnung der Gesamtsituation einer Polizei-

kontrolle, zudem auch die Fokussierung auf bestimmte Polizist:innen, wenn dies für den Zweck der Aufnahme notwendig ist. Ausnahmen bestehen in geringem Masse bei Eindringen in die Privatsphäre von Polizist:innen – etwa durch Aufzeichnung privater Gespräche – sowie in ausgebaunterem Masse bei Berührung der Privat- oder Geheimsphäre von Drittpersonen durch die Aufnahme. Die Aufzeichnung sollte i.d.R. transparent erfolgen, bei Anzeichen auf eine widerrechtliche Verhinderung darf sie jedoch auch heimlich durchgeführt werden.

Unter Rz. 20 ff. wurde erörtert, dass eine audiovisuelle Aufnahme zudem strafrechtlich verboten sein kann, wenn die Geheimsphäre einer Drittperson visuell tangiert ist. Des Weiteren wurde gezeigt, dass eine Strafbarkeit vorliegen kann, wenn Gespräche aufgenommen werden, welche in grossem Abstand zu anderen Personen geführt werden. Erfolgt die Aufnahme durch eine am Gespräch beteiligte Person (Art. 179<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB), ist dies jedoch erlaubt, falls die Aufnahme dazu benötigt wird, Polizist:innen von Angriffen abzuhalten, welche keine Amtshandlung darstellen, oder wenn sie dazu dient, Beweismittel zu sammeln. Bei Aufnahmen durch eine Drittperson (Art. 179<sup>bis</sup> Abs. 1 StGB) ist dies jedoch nicht gegen den erklärten Willen der am Gespräch beteiligten Privatperson zulässig.

Dieser Aufsatz hat sich zudem mit den *persönlichkeitsrechtlichen* Aspekten der audiovisuellen Aufnahmenerstellung von Polizeieinsätzen befasst. Ausblickend ist jedoch festzuhalten, dass dies lediglich ein Teilgebiet der Thematik darstellt. Dabei wäre es einerseits wünschenswert, dieses Gebiet empirisch besser zu erschliessen. Andererseits besteht aus dogmatischen Gesichtspunkten Forschungsbedarf bezüglich deren Taxierung als Hinderung polizeilicher Amtshandlungen,<sup>131</sup> dem allfälligen Schutz von Privatpersonen durch die Medienfreiheit<sup>132</sup> sowie der Veröffentlichung, der Verwertbarkeit in gerichtlichen Verfahren und den polizeilichen Befugnissen bzgl. dieser Aufnahmen.

<sup>128</sup> Vgl. dazu die dargestellten Situationen bei METZGER (Fn. 74), S. 108.

<sup>129</sup> ULLENBOOM (Fn. 84), S. 3112.

<sup>130</sup> Vgl. SINGELNSTEIN, Körperverletzung (Fn. 111), S. 15f.

<sup>131</sup> Vgl. Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 19157 vom 3. Juli 2019 E. 10.

<sup>132</sup> Vgl. FRANÇOIS CLÉMENT / BERTIL COTTIER / GILLES MONNIER, *Journalisme citoyen et protection des sources*, Medialex 2010; DENISE SCHMOHL, *Der Schutz des Redaktionsgeheimnisses in der Schweiz*, Zürich 2013, S. 42 ff.

## **Résumé**

---

*L'enregistrement audiovisuel d'interventions policières par des particuliers – par exemple au moyen de smartphones – soulève de nombreuses questions juridiques. Le présent article discute de l'admissibilité de tels enregistrements dans l'espace public du point de vue du droit de la personnalité. Pour ce faire, les intérêts de la personne qui enregistre, des agent-e-s de police et des tiers éventuellement impliqués sont examinés sous l'angle des droits fondamentaux, du droit civil et du droit pénal.*