



Markus H. F. Mohler\*

## Zur Frage der Gerichtsverwertbarkeit von Dashcam-Aufnahmen im Strassenverkehr

### Besprechung der Urteile des Obergerichts des Kantons Zürich vom 9. Oktober 2018 und des Kantonsgerichts Schwyz vom 20. Juni 2017

Die beiden hier besprochenen Urteile gehen von praktisch identischen Sachverhalten aus: Rechtsüberholen auf der Autobahn mit anschliessendem Wiedereinschwenken auf die Überholspur, was von den jeweils überholten Automobilisten mit einer Dashcam aufgezeichnet worden ist. Die Urteile kommen in Bezug auf die Verwertbarkeit der Aufnahmen mit unterschiedlichen Erwägungen zu entgegengesetzten Erkenntnissen: Verwertbarkeit mit Schuldspruch der für den Überholvorgang verantwortlichen Person bzw. Nichtverwertbarkeit mit Freispruch.

Les deux arrêts commentés ici se basent sur des états de fait quasiment identiques: un dépassement par la droite sur l'autoroute, avec le véhicule qui se rabat ensuite sur la voie de dépassement, le tout étant enregistré par la dashcam de l'automobiliste ayant été dépassé. Les arrêts parviennent à des résultats opposés en ce qui concerne l'exploitation des enregistrements, avec des considérations différentes: d'un côté, admission du moyen de preuve et condamnation de la personne responsable du dépassement; de l'autre refus d'exploiter le moyen de preuve et acquittement.

#### Inhalt

- I. Das Urteil des Zürcher Obergerichts vom 9. Oktober 2018
  1. Der Sachverhalt
  2. Das erstinstanzliche Urteil (Dispositiv)
  3. Die Berufungsanträge der Verteidigung
  4. Die Begründung der Verwertbarkeit der Dashcam-Aufnahme durch das Obergericht
    - 4.1 Datenrechtliche Argumentation
    - 4.2 Strafprozessuale Argumentation
- II. Das Urteil des Kantonsgerichts Schwyz vom 20. Juni 2017
  1. Der Sachverhalt
  2. Urteil des Kantonsgerichts Schwyz im Ergebnis
  3. Die Begründung
- III. Der Rechtsrahmen
  1. Grundrechtsschutz im öffentlichen Raum
    - 1.1 Im öffentlichen Raum generell
    - 1.2 Auf den für den Fahrverkehr geöffneten Strassen
    - 1.3 In Bezug auf Motorfahrzeuge und ihre Lenker und Halter
  2. Die verschiedenen Gesetzesgrundlagen
    - 2.1 Datenschutzrecht
    - 2.2 Strafprozessrecht
    - 2.3 Strassenverkehrsrecht und Polizeirecht
- IV. Die Gerichtsverwertbarkeit von privaten Videoaufnahmen in der Praxis des Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)
  1. Die Praxis des Bundesgerichts
    - 1.1 Kein staatliches Monopol betreffend Beweiserhebungen
    - 1.2 Regelung betreffend die Verwertbarkeit privat erhobener Beweise
  2. Die Praxis des EGMR

- V. Anmerkungen zu den Urteilen
  1. Zum Urteil des Obergerichts Zürich
  2. Zum Urteil des Kantonsgerichts Schwyz
- VI. Abschliessende Bemerkungen
  1. Kriterien für die Beweiserhebung durch Private
  2. Staatliches Strafmonopol und Beweiserhebungsrecht
  3. Qualität der Aufnahme als Verwertbarkeitskriterium
  4. Höchstrichterliche Klärung überfällig

## I. Das Urteil des Zürcher Obergerichts vom 9. Oktober 2018

### 1. Der Sachverhalt

Aus dem erwähnten Urteil<sup>1</sup> geht Folgendes hervor: Ein Automobilist (Zeuge) fuhr auf der zweisepurigen Autobahn A51 mit der zulässigen Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h in der linken Spur, versetzt zwischen einem anderen Personenwagen hinten und einem Lastwagen vorne, die beide die rechte Spur benutzten. Von hinten nahte ein Personenwagen Jeep. Dessen Fahrerin folgte dem Zeugen über eine Strecke von mindestens 600 Metern in einem Abstand von unter 15 Metern, anschliessend hielt sie über mindestens 200 Meter noch höchstens vier Meter Abstand. Darauf überholte die Lenkerin des Jeeps das Auto des Zeugen unvermittelt

\* Dr. iur., ehem. Lehrbeauftragter für öffentliches, speziell Sicherheits- und Polizeirecht an den Universitäten von Basel und St. Gallen.

<sup>1</sup> Urteil des Zürcher Obergerichts, II. Strafkammer, SB180251 vom 9. Oktober 2018 betreffend grobe Verletzung der Verkehrsregeln etc., vgl. [www.gerichte-zh.ch/entscheide/entscheide-suchen.html](http://www.gerichte-zh.ch/entscheide/entscheide-suchen.html) (besucht im Februar 2019).

und unter knappen Platzverhältnissen (Baustelle mit provisorischer Spurführung) rechts. Der Zeuge musste nach dem kurz vor seinem Wagen erfolgten Wiedereinschwenken des Jeeps auf die linke Spur vom Gas gehen oder leicht abbremsen. Dieses Überholmanöver zeichnete er mit der in seinem Fahrzeug montierten nach vorne gerichteten und permanent eingeschalteten Dashcam auf.

Der Zeuge übergab die Aufzeichnungen sogleich nach dem Vorfall der Polizei, da er dieses Manöver für eine Gefährdung hielt. Es handelte sich um qualitativ hochwertige Videoaufnahmen, die von der Polizei weder technisch bearbeitet noch vergrössert werden mussten. Die später beschuldigte Lenkerin des Jeeps ist selber nicht erkennbar, hingegen das Kontrollschild. Der Zeuge hatte die Kontrollschildnummer erst durch die Aufnahme erfasst.

Halterin des Jeeps war eine Aktiengesellschaft, deren alleinige Inhaberin und einziges Organ die später Beschuldigte war. Die Polizei schloss daher auf sie als von der Aufzeichnung «betroffene Person» und verantwortliche Lenkerin.

## 2. Das erstinstanzliche Urteil (Dispositiv)

Die erste Instanz sprach die Beschuldigte schuldig der

- vorsätzlichen einfachen Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Abs. 1 Strassenverkehrsgesetz (SVG)<sup>2</sup> (ungenügender Abstand),
- mehrfach begangenen vorsätzlichen groben Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Abs. 2 SVG (ungenügender Abstand, Rechtsüberholen).

## 3. Die Berufungsanträge der Verteidigung

Die Verteidigung beantragte mit Berufung u.a.,

- die Beschuldigte sei von Schuld und Strafe freizusprechen,
- die fragliche Dashcam-Aufnahme sei im Strafverfahren gegen die Beschuldigte mangels Verwertbarkeit als Beweismittel aus den Akten zu entfernen.

## 4. Die Begründung der Verwertbarkeit der Dashcam-Aufnahme durch das Obergericht

Das Zürcher Obergericht (OGer) gliedert seine Begründung in einen daten- und einen strafprozessrechtlichen Teil.

### 4.1 Datenrechtliche Argumentation

Zunächst hält das OGer fest, dass das «Filmen des Autokennzeichens eine Bearbeitung von Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. a des Datenschutzgesetzes» (DSG)<sup>3</sup> darstelle, da es sich «um Angaben handelt, die sich auf eine (natürliche oder juristische) Person beziehen» (Ziff. II, 1.1, S. 6). Der Geheim- oder Privatbereich sei indessen nicht betroffen, sodass «die Strafbestimmung Art. 179<sup>quater</sup> StGB<sup>4</sup> nicht zur Anwendung» gelange (Ziff. II, 1, S. 6). Nach Art. 13 Abs. 1 DSG sei eine Verletzung der Persönlichkeit widerrechtlich, «wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist» (Ziff. II, 1.1, S. 7 f.). Auf einer öffentlichen Strasse zu fahren, bedeute noch kein Einverständnis, gefilmt zu werden. Hingegen bestehe die gesetzliche Pflicht zum Anbringen eines Kontrollschildes mit dem Zweck, Verkehrsteilnehmer gerade bei Regelverstößen identifizieren zu können (Ziff. II, 1.1, S. 8). Demnach sei die Persönlichkeitsverletzung als geringfügig einzuschätzen (a.a.O.). Umgekehrt bestehe ein «bedeutendes gesellschaftliches Interesse daran, auch in der Öffentlichkeit nicht (beliebig oder ständig) überwacht zu werden» (Ziff. II, 1.1., S. 9). Im vorliegenden Fall seien die Aufnahmen weder durch Gesetz noch durch Einwilligung gerechtfertigt. Da die Aufnahmen ohne Erkennbarkeit durch die betroffene Person und auch ohne deren Einverständnis, in diesem Sinn also «geheim», erfolgten, seien sie gemäss Art. 12 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a DSG (aus diesen beiden Aspekten) als widerrechtlich zu beurteilen (Ziff. II, 1.1, S. 9). Demnach stelle sich die Frage nach der Verhältnismässigkeit, insbesondere sofern eine Dashcam, sobald das Fahrzeug in Betrieb gesetzt wird, permanent das Verkehrsgeschehen filme. Aus rechtsstaatlicher Sicht sei ein öffentliches Interesse (des Filmenden), zur allgemeinen Sicherheit im Strassenverkehr beizutragen, «problematisch, denn es ist Aufgabe der Behörden (nicht von Privatpersonen), die Sicherheit auf den Strassen zu fördern» (a.a.O.). Demgegenüber sei das persönliche Interesse, beispielsweise einen Unfallhergang zu dokumentieren, als schützenswert zu erachten (a.a.O.). Jedoch seien im Rahmen des Datenschutzes die persönlichen Interessen des Zeugen nicht als diejenigen des potenziell Gefährdeten zu beachten (a.a.O.). Die Vorinstanz sei deshalb zutreffend zum Schluss gekommen, dass das vom Zeugen geltend gemachte öffentliche Interesse am Einsatz der Dashcam die Persönlichkeitsverletzung der später Beschuldigten nicht zu rechtfertigen vermöge (a.a.O.).

### 4.2 Strafprozessuale Argumentation

Das OGer fragt zuerst danach, «ob die Strafverfolgungsbehörden selbst rechtmässig eine Aufzeichnung

<sup>2</sup> Strassenverkehrsgesetz (SVG) vom 19. Dezember 1958, SR 741.01.

<sup>3</sup> Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 19. Juni 1992, SR 235.1.

<sup>4</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB) vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

der fraglichen Fahrt hätten erstellen können»:<sup>5</sup> dies sei zu bejahen (Ziff. II, 1.2, S. 9). Es seien daher einerseits das «Interesse des Staates an der Abklärung eines Verdachts und andererseits die persönlichen Rechte der Beschuldigten für oder gegen die Verwertbarkeit der privaten Dashcam-Aufnahme im Strafverfahren» abzuwägen. Im zu beurteilenden Fall richte sich der Verdacht zwar nicht auf ein Verbrechen, jedoch auf ein Vergehen nach Art. 10 Abs. 3 StGB. Zudem sei von einer konkreten Gefährdung der Insassen des überholten Personenwagens auszugehen, weshalb «ein nachvollziehbares Interesse daran, den Vorfall anhand der Aufnahme anzuzeigen», bestanden habe (Ziff. II, 1.2, S. 10). Es liege auch kein Bagatellfall i.S.v. Art. 132 Abs. 3 Strafprozessordnung (StPO)<sup>6</sup> vor, sondern es handle sich um eine grobe Verletzung von Verkehrsregeln.<sup>7</sup> Schliesslich sei der «besonderen Beweisnot, die im Strassenverkehr wegen der Schnelligkeit und Unvorhersehbarkeit der Ereignisse» herrsche, Rechnung zu tragen. Jedoch solle «bei leichten Fällen kein falscher Anreiz geschaffen werden, dass Privatpersonen beliebig Beweismittel sammeln und nach eigenem Gutdünken den Strafverfolgungsbehörden weiterleiten». Es bestehe auch ein «bedeutendes Missbrauchsrisiko», was im vorliegenden Fall jedoch nicht gegeben sei (Ziff. II, 1.2, S. 11). Zusammenfassend sei festzuhalten, dass die Aufnahme auf öffentlicher Strasse erfolgte, die Persönlichkeitsverletzung der Betroffenen leicht wiege, der Verdacht sich auf eine grobe Verkehrsregelverletzung erheblichen Ausmasses beziehe, die qualitativ guten Aufnahmen zuverlässigen Abschluss gäben, ohne diese Aufzeichnungen das Strafverfahren nicht hätte durchgeführt werden können, der Filmer als Lenker direkt betroffen gewesen sei, das «Interesse des Staates, den Verdacht gegen die Beschuldigte zu klären», überwogen habe und somit die Aufnahmen verwertbar und als Beweismittel zuzulassen seien (Ziff. II, 1.3, S. 11).

## II. Das Urteil des Kantonsgerichts Schwyz vom 20. Juni 2017

### 1. Der Sachverhalt

Ein Autofahrer fuhr in Goldau, Autobahn A4, Fahrtrichtung Küsnacht, bei einer gesetzlich zulässigen Geschwindigkeit von 120 km/h mit einer Geschwindigkeit von ca. 140 km/h. Kurz vor der Autobahnausfahrt Goldau überholte er auf der Normalspur zwei auf der Überholspur fahrende Personenwagen. Dann fuhr er nah an einen vor ihm fahrenden Personenwagen heran

und wechselte unmittelbar vor dem soeben überholten Personenwagen auf die Überholspur (Ziff. 1, S. 2). Der so knapp rechts überholte Lenker hat dies mit seiner (beim Fahren permanent eingeschalteten) Dashcam aufgenommen und die Aufnahmen «zur gutdünkenden Weiterverwendung» der Polizei übergeben, da er die Fahrweise für gefährlich hielt (Ziff. 1, S. 3).

### 2. Urteil des Kantonsgerichts Schwyz im Ergebnis

Das vom Bezirksgericht Schwyz auf Einsprache gegen den Strafbefehl in dessen Bestätigung gefällte Urteil<sup>8</sup> hob das Kantonsgericht<sup>9</sup> auf, sprach den Automobilisten frei, unter Übernahme der Verfahrenskosten durch den Kanton und Zusprechen einer Parteientschädigung.

### 3. Die Begründung

Zunächst geht das Kantonsgericht auf die strafprozessuale Verwertbarkeit der Dashcam-Aufnahmen, die der Polizei zur Verfügung gestellt worden sind, ein.<sup>10</sup> Das Bundesgericht halte es für «überzeugend, von Privaten rechtswidrig erlangte Beweismittel nur dann als verwertbar zu betrachten, wenn sie von den Strafverfolgungsbehörden hätten erlangt werden können und kumulativ dazu eine Interessenabwägung für die Verwertung» spreche (mit Verweisen) (Ziff. 3, S. 4 f.). Das Bundesgericht verweise auf die «Doktrin, welche für die private Beweissammlung die für Strafverfolgungsbehörden aufgestellten Beweiserhebungsregeln zwar nicht vollumfänglich, aber die allgemeinen Rechtsregeln dermassen gelten lassen will, dass kein Anreiz zu Selbstjustiz» bestehe (Ziff. 3, S. 5). «Die hypothetische Voraussetzung, dass die Strafverfolgungsbehörden das Beweismittel hätten auf rechtmässigem Weg erlangen können müssen» (mit Verweisen), werde in der Lehre jedoch auch kritisiert, weil sie in Bezug auf das staatliche Strafmonopol falsche Anreize zur detektivischen Eigeninitiative setze. Das Bundesgericht verneine zwar ein staatliches Beweiserhebungsmonopol, wende «aber weiterhin sein Prüfungsprogramm nicht nur auf strafrechtswidrige bzw. deliktische, sondern ebenfalls auf allgemein rechtswidrig von Privaten erlangte, also etwa auch auf Persönlichkeitsrechte verletzende Beweise an» (a.a.O.). Die zur Verfügung gestellten Aufnahmen seien

<sup>5</sup> Vgl. nachstehend Ziff. III/2.2., 2.3 und IV/1.2/b.

<sup>6</sup> Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung) vom 5. Oktober 2007, SR 312.0.

<sup>7</sup> Urteil OGer ZH (FN 1), Ziff. II/1.2, S. 10; es folgen Ausführungen über die Strafzumessung (Tagessätze und Verbindungsbusse) durch die erste Instanz (die zu tief ausgefallen sei) als Begründung, dass es sich nicht um einen Bagatellfall handle.

<sup>8</sup> Im vorinstanzlichen Entscheid vom 20. Oktober 2016 erfolgte ein Schuldspruch i.S.v. Art. 90 Abs. 2 SVG, Verurteilung zu einer unbedingten Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu CHF 120.–. Urteil KGer SZ (FN 9), Ziff. 1, S. 2.

<sup>9</sup> Urteil des Kantonsgerichts Schwyz STK 2017 1 vom 20. Juni 2017 = EGV-SZ 2017, A 5.1 = CAN 1-18 Nr. 17 mit Bemerkungen, vgl. auch AJP 2/2018, 155 ff.

<sup>10</sup> Urteil KGer SZ (FN 9), Ziff. 2 f., S. 3 ff.; vgl. dazu die ausführliche Auseinandersetzung mit der Urteilsbegründung durch STEPHAN MAEDER, Verwertbarkeit privater Dashcam-Aufzeichnungen im Strafprozess, in: Aktuelle juristische Praxis 2018, 155 ff., sowie eine kürzere Fassung von URSULA UTTINGER, Nutzung von Dashcam als Beweismittel, in: Jusletter vom 12. Februar 2018. Auf beide Beiträge wird nachfolgend zurückzukommen sein.

jedoch nicht deliktisch i.S.v. Art. 179<sup>quater</sup> StGB (Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte) (Ziff. 3a, S. 5 f.).

«Dashcam-Aufzeichnungen von Daten (wie z.B. das Autokennzeichen), anhand derer Personen bestimmbar sind, betreffen Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. a DSGVO und fallen daher in den auch durch private Datenbearbeiter einzuhaltenden Schutzbereich von Art. 13 Abs. 2 BV» (mit Verweisen, Ziff. 3b, S. 6).

Der betroffene identifizierte Lenker müsse es nicht hinnehmen, «in der Öffentlichkeit in Wort, Bild oder Ton aufgezeichnet zu werden» (mit Verweisen). Da weder eine Einwilligung noch eine gesetzliche Grundlage für die Aufnahme bestanden habe, sei zu prüfen, ob sie durch ein privates oder öffentliches Interesse gerechtfertigt sei (Ziff. 3b, S. 7).

Die erste Instanz sei davon ausgegangen, «dass die Polizei vorliegend berechtigt gewesen wäre, das Verhalten der Verkehrsteilnehmer zu kontrollieren und aufzuzeichnen, ohne dass sie hierfür einen konkreten Tatverdacht benötigt hätte». Der Einsatz von technischen Hilfsmitteln sei «der Polizei in ihrer nicht einfach rund um die Uhr flächendeckend zulässigen Kontrolltätigkeit (vgl. entsprechend Art. 5 und 9 Abs. 1 Strassenverkehrskontrollverordnung, SKV<sup>11</sup>) indes konkret nur beschränkt möglich». «Die verkehrspolizeilichen Kontrollen sind schwerpunktmässig nach sicherheitsrelevantem Fehlverhalten und Gefahrenstellen auszurichten (Art. 5 Abs. 1 SKV)» (Ziff. 3b/aa, S. 7). Nach § 9a des Polizeigesetzes des Kantons (PolG SZ) könne die Polizei bei den örtlich und zeitlich begrenzten Beobachtungen Überwachungsgeräte auch nur einsetzen, «wenn konkrete Anzeichen bestehen, dass es zu strafbaren Handlungen kommen könnte». Präventiv-polizeiliche Kontrollmöglichkeiten im Bereich der Verkehrssicherheit dürften nicht zur Umgehung strafprozessualer Schranken der Beweissammlung führen (mit Verweis); strafprozessual stelle es eine unzulässige «fishing-expedition» und einen Verstoss gegen den Grundsatz transparenter Personendatenbeschaffung dar, sollten Polizeipatrouillen unterwegs verdeckt ohne konkreten Verdacht das Verkehrsgeschehen flächendeckend und anlasslos ständig filmen. Daran ändere nichts, dass allgemein bekannt sei, dass auf Strassen gegen die Verkehrsregeln verstossen werde (Ziff. 3b/aa, S. 8).

Die Polizei habe den Beschuldigten nur eruiieren können, weil der Fahrlehrer den Verkehr anlasslos bzw. ohne konkreten, ihn betreffenden Anlass privat mit einer ständig eingeschalteten Dashcam aufgezeichnet habe. «Zum Zeitpunkt der Erstellung dieser Aufnahmen war die Polizei mangels Präsenz vor Ort nicht in der Lage, das verdächtige Fahrverhalten des Beschuldigten selber festzustellen.» Es könne also nicht davon ausgegangen werden, dass die Beweise durch die zu-

ständigen Strafverfolgungsbehörden hätten erlangt werden können.<sup>12</sup>

Für das Interesse des Beschuldigten an der Nichtverwertung der Aufzeichnungen sei an sich nicht sein Bedürfnis, der Strafe zu entgehen, sondern sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung respektive auf Datenschutz massgeblich. Zwar habe er durch seine Fahrweise wohl billigend in Kauf genommen, andere Verkehrsteilnehmer auf sich aufmerksam zu machen. Trotzdem verliere er nicht den Schutz vor verdeckter Datenbeschaffung und -bearbeitung, da er nicht damit rechnen müsse, durch anlasslose, permanente private Aufzeichnungen identifizierbar erfasst zu werden (Ziff. 3b/bb, S. 9).

Die Persönlichkeitsverletzung sei zwar nicht schwerwiegend, dennoch aufgrund ihrer Intransparenz nur mit grosser Zurückhaltung zu rechtfertigen gewesen. Andererseits seien die Aufzeichnungen für den durch das Verhalten des aufgenommenen Fahrers weder geschädigten noch beeinträchtigten Aufnehmenden zwecklos und somit unverhältnismässig i.S.v. Art. 4 DSGVO, weil keine privaten Interessen für die Aufzeichnungen ersichtlich seien. Aufgrund der dem Überholenden vorgeworfenen Verkehrsregelverletzungen hätten ihm weder eine Gefahrenlage noch irgendwelche straf- oder zivilrechtlichen Vorwürfe zu entstehen gedroht, welche der Aufzeichnung respektive deren nachträglichen Bearbeitung in Bezug auf seine Person hätten einen nachvollziehbaren Zweck verleihen können (Ziff. 3b/bb, S. 9 f.).

Da der aufnehmende Autolenker zur Datenbeschaffung keine privaten Interessen gehabt und die «mutmasslich grobe» Verkehrsregelverletzung keine schwerwiegende Straftat darstelle, sei die Verwertung «der für die Polizei nicht erhältlichen Aufzeichnungen nicht gerechtfertigt». Ansonsten würde in Kauf genommen, dass Private den verfassungsmässigen Schutz vor Datenmissbrauch aushebelten (Art. 13 Abs. 2 und Art. 35 Abs. 3 BV) (Ziff. 3b/cc, S. 10).

Zudem würden im Vorfeld des staatlichen Strafmonopols für Personen falsche Anreize zur privaten Beweiserhebung geschaffen, ohne dass sie in einem entsprechenden Verfahren an diesen Beweisen je selber ein Interesse haben könnten. Die rechtsstaatlichen Anforderungen an eine justizförmige Strafverfolgung und die Interessen des in seiner Privatheit bzw. Freiheit rechtlich geschützten Beschuldigten an einem fairen Verfahren überwiegen bei nicht schweren Straftaten diejenigen der Strafverfolgung an der Wahrheitsfindung und der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs (a.a.O.).

«Die nicht durch die zuständigen Strafverfolgungsbehörden ausgewählten Sequenzen aus privaten Dashcam-Aufzeichnungen dürfen daher hier im Strafverfahren nicht verwendet werden. [...] Was vor verhältnis-

<sup>11</sup> Verordnung über die Kontrolle des Strassenverkehrs (Strassenverkehrskontrollverordnung, SKV) vom 28. März 2007, SR 741.013.

<sup>12</sup> Urteil KGer SZ (FN 9), Ziff. 3a/aa, S. 8. Beim dortigen Zitat «BGer 1B\_22/2015» handelt es sich um BGer Urteil vom 8. Februar 2016, 6B\_786/2015 (E-Mail-Antwort des Gerichtes vom 10. Dezember 2018).

mässig kurzer Zeit allgemein noch verpönt, ja gar strafbar war, ist heute «en vogue»; was vorliegend als unkorrekt betrachtet wird (Rechtsüberholen an sich), ist andernorts erlaubt» (Ziff. 3b/cc, S. 10 f.).

Die polizeiliche Auswertung habe damit zum Schutz des Beschuldigten erlassene Gültigkeitsvorschriften verletzt. Die nachträgliche Ersetzung des ursprünglich unverhältnismässigen Aufnahmewecks durch Zwecke der Strafverfolgung sei unzulässig (Ziff. 4, S. 11).

Die mithin gegen beliebige Personen gerichtete Bearbeitung der Aufzeichnungen des aufnehmenden Automobilisten durch die Polizei könne nicht hinterher durch die Identifizierung einer möglichen Täterschaft, die aufgrund der Aussagen des Automobilisten allein nicht möglich gewesen sei, durch den Abgleich des vergrösserten Kennzeichens mit dem Halterregister gerechtfertigt werden (Ziff. 4a/bb, S. 13).

Der rechtlich unzulässig erlangte Beweis könnte mithin nur verwertet werden, wenn er zur Aufklärung einer schweren Straftat unerlässlich wäre (Art. 141 Abs. 2 StPO), was hier nicht der Fall sei. Die verfolgten groben Verkehrsregelverletzungen seien nicht in den Katalogen von Art. 269 Abs. 2 StPO und Art. 286 Abs. 2 StPO aufgeführt, und dafür sei weder ausschliesslich eine Freiheitsstrafe angedroht noch eine solche beantragt (Ziff. 4b, S. 13 f.).

Zusammenfassend seien die Dashcam-Aufzeichnungen nicht verwertbar und ohne sie wären die Aussagen des Beschuldigten nicht erhältlich gewesen. Auch diese seien deshalb unverwertbar. Aufgrund der Aussagen des Fahrlehrers könne der Beschuldigte nicht überführt werden, weshalb er freizusprechen sei (Ziff. 5, S. 14).

### III. Der Rechtsrahmen

#### 1. Grundrechtsschutz im öffentlichen Raum

##### 1.1 Im öffentlichen Raum generell

Zunächst ist daran zu erinnern, dass sich die grundrechtlichen Ansprüche des Einzelnen primär gegen den Staat richten (Abwehrfunktion).<sup>13</sup> Auch im öffentlichen Raum besteht ein grundrechtlicher Anspruch auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 Bundesverfassung, BV)<sup>14</sup> bzw. Privatsphäre (Art. 13 BV)<sup>15</sup>, wenn auch nicht im gleichen Mass wie in privaten oder jedenfalls nicht öffentlich zugänglichen Räumen. Nicht in den Schutzbereich der Privatsphäre fallen Verhaltensweisen im öffentlichen Raum, wenn sie erkenn- oder einsehbar sind und kein legitimes Interesse an ihrer Vertraulichkeit

oder gar Geheimhaltung besteht.<sup>16</sup> Eine grenzenlose Überwachung des öffentlichen Raumes ist umgekehrt nicht erlaubt.<sup>17</sup> Nach Art. 35 Abs. 1 BV müssen die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen. Abs. 3 von Art. 35 BV verpflichtet den Staat, den Schutz der Grundrechte auch unter Privaten zu verwirklichen, soweit sie sich dazu eignen. Dies entspricht der grundrechtlichen Schutzfunktion.<sup>18</sup> Der Staat nimmt diese Aufgabe durch die Gesetzgebung wahr.<sup>19</sup> Dieser Verpflichtung ist er bisher hinsichtlich des Schutzes der Privatsphäre teilweise durch Art. 179<sup>quater</sup> StGB und durch Art. 28 Zivilgesetzbuch (ZGB)<sup>19a</sup> sowie mit dem Erlass des Datenschutzgesetzes des Bundes nachgekommen. Es handelt sich um die indirekte Horizontalwirkung der Grundrechte.<sup>20</sup> Eine direkte Horizontalwirkung für die Verhältnisse der Privaten untereinander punkto Privatsphäre wird in der Lehre abgelehnt,<sup>21</sup> und weitere generelle gesetzliche Bestimmungen in Bezug auf den Schutz der Privatsphäre unter Privaten im öffentlichen Raum bestehen nicht.

#### 1.2 Auf den für den Fahrverkehr geöffneten Strassen

Eingeschränkt sind diese grundrechtlichen Ansprüche im vorliegenden Kontext qua strassenverkehrsrechtliche Bestimmungen (SVG und dazugehörige Verordnungen<sup>22</sup>) gestützt auf Art. 36 BV; der Strassenverkehr kann und muss sowohl durch stationäre oder mobile technische Aufzeichnungsgeräte wie auch durch Polizeiangehörige kontrolliert werden.<sup>23</sup> Derartige Verkehrskontrollen können zur Identifikation von motorisierten oder nicht motorisierten<sup>24</sup> Verkehrsteilnehmern führen, die sich regelwidrig verhalten haben.

<sup>13</sup> SCHWEIZER, St. Galler Kommentar (im Folgenden: SGK), Vorbem. zu Art. 7–36 BV, Rz. 9.

<sup>14</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999, SR 101.

<sup>15</sup> Vgl. dazu BGE 138 I 331, E. 5.1.

<sup>16</sup> BREITENMOSER, SGK zu Art. 13 BV, Rz. 13; LUCIEN MÜLLER, Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen – insbesondere zur Verhütung und Ahndung von Straftaten, Diss. St. Gallen 2011, 107 f.; MARKUS H. F. MOHLER, Körperkameras bei der Polizei – Anforderungen an die Rechtsgrundlagen, in: Sicherheit & Recht 2/2018, 95 ff., 101. Vgl. dazu nachfolgend 1.3.

<sup>17</sup> BGE 136 I 87, E. 8.3.

<sup>18</sup> BREITENMOSER, SGK zu Art. 13 BV, Rz. 6; BSK BV-DIGGELMANN, Art. 13, N 9; JACQUES DUBÉY, Droits fondamentaux, 2018, Rz. 1776; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN/JUDITH WYTTENBACH, Grundrechte, § 14, N 10.

<sup>19</sup> SCHWEIZER, SGK zu Art. 35 BV, Rz. 52.

<sup>19a</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB), SR 210.

<sup>20</sup> SCHWEIZER, SGK zu Art. 35 BV, Rz. 55.

<sup>21</sup> DUBÉY (FN 18), Rz. 1776; SCHWEIZER, SGK zu Art. 35 BV, Rz. 58.

<sup>22</sup> GIOVANNI BIAGGINI, Die Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl. 2017, Art. 49, Rz. 9.

<sup>23</sup> Art. 5 Abs. 2 SKV; BGer Urteile vom 7. Dezember 2018, 6B\_372/2018, E. 3.4.2. und vom 6. Juni 2016, 6B\_1143/2015, E. 1.3.2.f.

<sup>24</sup> Zum Beispiel Velofahrer, sofern sie eine Ordnungsbuss nicht direkt bezahlen (Anhang 1, Ordnungsbussenliste, Ziff. 600 ff., zur Ordnungsbussenverordnung [OBV] vom 4. März 1996, SR 741.031.)

### 1.3 In Bezug auf Motorfahrzeuge und ihre Lenker und Halter

Motorfahrzeughalter und ihre Lenker haben sich der Strassenverkehrsgesetzgebung zu unterziehen.<sup>25</sup> Als Teilnehmer am Strassenverkehr sind ihre persönliche Freiheit in Bezug auf ihre Verhaltensweisen wie auch ihre Privatsphäre eingeschränkt, soweit es um ihr Verhalten im Strassenverkehr geht. Der Anspruch auf Schutz der Privatsphäre erstreckt sich nicht auf das Auto.<sup>26</sup> Öffentliche Sicherheitsinteressen sowohl in Bezug auf den Strassenverkehr selber als auch auf die Kriminalitätsbekämpfung sind die Legitimation «für eine weitergehende staatliche Kontrollbefugnis auf der Strasse».<sup>27</sup> Die verfassungskonforme gesetzliche Pflicht zum Anbringen von Kontrollschildern bezweckt u.a., Verkehrsteilnehmer bei Verstössen gegen Strassenverkehrsvorschriften identifizieren und ins Recht fassen zu können.<sup>28</sup>

Demnach fällt die Identifizierbarkeit von Motorfahrzeuglenkern im Strassenverkehr durch die Erfassung des Kontrollschildes nicht unter den Schutz der Privatsphäre, mindestens sofern dies durch die Polizei geschieht. Rechtskonform durchgeführte polizeiliche Verkehrskontrollen stellen keine Grundrechtsverletzung dar.<sup>29</sup>

Es besteht auch keine gesetzliche Regelung, die Privaten die Erfassung von personenbezogenen Daten unter Umständen, in denen die Privatsphäre durch andere gesetzliche Bestimmungen gerade nicht umfassend geschützt ist, wie das u.a. für Halter und Lenker von Motorfahrzeugen auf öffentlichen Strassen zutrifft, verbietet (vgl. dazu nachfolgend 2.1).<sup>30</sup>

## 2. Die verschiedenen Gesetzesgrundlagen

Zu beachten sind die verschiedenen in diesen Fällen massgebenden Rechtsquellen. Dem Verfassungsrecht nachgeordnet und darauf gestützt sind Art. 28 ZGB, das Datenschutz-, das Strassenverkehrs-, das Polizei- und das Straf- und Strafprozessrecht auseinanderzuhalten.

### 2.1 Datenschutzrecht

Das Datenschutzrecht ist bundesstaatlich konzipiert.<sup>31</sup> Das Bundesgesetz über den Datenschutz gilt zunächst gemäss Art. 2 Abs. 1 für private Personen und Bundesorgane. Für kantonale und Gemeindebehörden ist das entsprechende kantonale Datenschutzgesetz massgebend.<sup>32</sup> Das gilt auch, wenn kantonale Behörden Bundesgesetze vollziehen.<sup>33</sup>

Der Geltungsbereich des DSG ist zudem gemäss Abs. 2 von Art. 2 eingeschränkt: Es ist nicht anwendbar auf Personendaten, «die eine natürliche Person ausschliesslich zum persönlichen Gebrauch bearbeitet und nicht an Aussenstehende bekannt gibt» (Bst. a). Gestützt auf diese Ausnahme werden die persönliche Agenda oder auch der Fotoapparat bzw. Notizfunktionen im Handy vom Geltungsbereich des DSG nicht erfasst, sofern von vorneherein keine Absicht besteht, dass die so erfasste Information nicht an irgendwelche Dritte herausgegeben oder zugänglich gemacht wird.<sup>34</sup> Besteht schon bei der Notiz oder Aufnahme die Absicht der Weitergabe, handelt es sich hingegen um eine Bearbeitung von Personendaten.<sup>35</sup> Diese Differenzierungen sind für die Frage der Rechtswidrigkeit einer individualisierbaren Informationsaufzeichnung durch Private, ob konventionell oder digital, wesentlich.<sup>36</sup>

<sup>25</sup> Art. 1 Abs. 2 und Art. 10 f. SVG. Vgl. dazu nachfolgend Ziff. IV/2.

<sup>26</sup> BIAGGINI (FN 22), N 4 zu Art. 13; BREITENMOSER, SGK zu Art. 13, Rz. 61 (soweit es sich nicht um eine vorübergehende Unterkunft handle); MARKUS H. F. MOHLER, Grundzüge des Polizeirechtes in der Schweiz 2012, Rz. 439; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. 2008, 191 f.

<sup>27</sup> MÜLLER/SCHEFER (FN 26), a.a.O.

<sup>28</sup> So auch Urteil OGer ZH (FN 1), Ziff. 1.1, S. 8. Vgl. auch nachfolgend Ziff. IV/2.

<sup>29</sup> BGer Urteil 6B\_372/2018 (FN 23), E. 3.4.3. A.A. UTTINGER (FN 10), Rz. 7, die sich ausschliesslich auf das DSG bezieht und die Position vertritt, das Befahren einer öffentlichen Strasse bedeute nicht, «dass der Beschuldigte seine Daten für eine Aufzeichnung zugänglich machte». Er mache die Daten, *in concreto* das Kontrollschild, nicht öffentlich, wiewohl er davon ausgehen müsse, dass er in der Öffentlichkeit in Wort, Bild oder Ton aufgezeichnet werden könne. Das Kontrollschild ist jedoch von jedermann einsehbar und also öffentlich; zumindest mit Bezug auf die polizeiliche Kontrollaufgabe und -pflicht ist Utingers Argument widersprüchlich.

<sup>30</sup> Es ist darauf hinzuweisen, dass der Schutz der Privatsphäre i.S.v. Art. 13 BV zwischen Privaten im öffentlichen Raum, selbst wenn es entsprechende Normen gäbe, de facto nicht durchgesetzt werden könnte: Wir werden als Passanten von andern Leuten, beispielsweise auch Touristen – ohne jede Absicht einer Persönlichkeitsverletzung – als solche, die zufällig im Bild sind, fotografiert oder gefilmt. Damit sind wir identifizierbar. Mit der heutigen Technologie können solche Bilder über Social Media ins Netz gestellt werden. Die aufgenommenen Gesichter werden von den Betreibern dieser Plattformen gescannt und nach ihren eigenen Kriterien ausgewertet.

<sup>31</sup> RAINER J. SCHWEIZER, Geschichte und Zukunft des Datenschutzrechts, in: Nicolas Passadelis/David Rosenthal/Hanspeter Thür (Hrsg.), Datenschutzrecht, 2015 (im Folgenden: Datenschutzrecht), Rz. 1.13 f. Es ist auch darauf hinzuweisen, dass das DSG von 1992 vor der Digitalisierung und der inzwischen omnipräsenten Videotechnik erlassen worden ist.

<sup>32</sup> BEAT RUDIN, Art. 2 DSG, N 5, in: Bruno Baeriswyl/Kurt Pärli (Hrsg.), Datenschutzgesetz (Stämpfli Handkommentar SHK), 2015.

<sup>33</sup> RUDIN, SHK (FN 32), Art. 2 DSG, N 18.

<sup>34</sup> A.A. SOPHIE HAAG, Die private Verwendung von Dashcams und der Persönlichkeitsschutz, in: René Schaffhauser (Hrsg.), Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2016, 171 ff., 180 f. (Art. 2 Abs. 2 Bst. a DSG findet jedoch keine Erwähnung).

<sup>35</sup> RUDIN, SHK (FN 32), Art. 2 DSG, N 20 ff. Das bedeutet (als Ergänzung zur FN 30), dass nicht angekündigte Aufnahmen, auf denen auch (fremde) Personen erkennbar sind, die dazu nicht eingewilligt haben, und die von der aufnehmenden Person von Anfang an dafür bestimmt sind, auf ihre Social-Media-Plattform hochgeladen zu werden, eine Widerhandlung gegen Art. 12 i.V.m. Art. 4 und 6 DSG darstellen. Dessen ist sich kaum jemand bewusst.

<sup>36</sup> A.A. MAEDER (FN 10), 163, der die Frage der Rechtswidrigkeit der Aufnahme prüft, ohne zuvor die Vorfragen (Reichweite des Schutzbereichs der Privatsphäre und Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes) zu prüfen.

Gemäss Bst. c von Art. 2 Abs. 2 ist das DSG ferner – im hier interessierenden Kontext – u.a. auf hängige Strafverfahren nicht anwendbar.<sup>37</sup>

## 2.2 Strafprozessrecht

### a) Geltungsbereich der Strafprozessordnung

Die Strafprozessordnung (StPO) gilt gemäss Art. 1 Abs. 1 für «die Verfolgung und Beurteilung der Straftaten nach Bundesrecht durch die Strafbehörden des Bundes und der Kantone», also im Gegensatz zum DSG des Bundes auch für die kantonalen und die Gemeindebehörden. Ihr Geltungsbereich beginnt mit polizeilichen Ermittlungen zur Sachverhaltsfeststellung auf der Grundlage von Anzeigen oder polizeieigenen Feststellungen (oder durch die Eröffnung einer Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft). Von diesen ersten Ermittlungstätigkeiten an ist ein Verfahren «hängig».<sup>38</sup>

### b) Abgrenzung von der polizeilichen Kontrolltätigkeit im Strassenverkehr

Solche Ermittlungen gestützt auf einen hinreichenden Anfangsverdacht sind von der Kontrolltätigkeit im Strassenverkehr abzugrenzen (dazu nachstehend 2.3).<sup>39</sup> Bei dieser Kontrolltätigkeit werden selbstredend auch Beweise erhoben, die für eine spätere Sanktionierung Voraussetzung sein können (Art. 32 Abs. 1 und 2 BV, Art. 10 Abs. 2 StPO).

### c) Kein staatliches Beweiserhebungsmonopol

Der Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 6 Abs. 1 StPO begründet kein staatliches Monopol für Beweiserhebungen im Strafverfahren.<sup>40</sup> Die Officialmaxime schliesst auch die private Erhebung eines Beweismittels und dessen Übergabe an die Strafverfolgungsbehörden nicht aus.<sup>41</sup>

### d) Die StPO regelt die staatliche Beweiserhebung

Art. 140 f. StPO zu den Grundsätzen der Beweiserhebung und verbotenen Beweiserhebungsmethoden regeln nur die Beweiserhebung durch Strafbehörden.<sup>42</sup> Wie weit Beweisverwertungsverbote auch für privat erhobene Beweise greifen, regelt die StPO nicht.<sup>43</sup> Es besteht auch kein prinzipielles Verwertungsverbot für

rechtswidrig oder gar strafbar privat erhobene Beweise.<sup>44</sup>

### e) Zur Frage der Verwertbarkeit durch Private rechtswidrig erlangter Beweise

Zunächst stellt sich die Frage der strafprozessualen Verwertbarkeit von *rechtmässig*, also *nicht rechtswidrig* erhobenen Beweisen nicht. Unterschieden wird sodann zwischen zivilrechtlich *rechtswidrig* und durch *strafbare Verhaltensweisen* (z.B. Art. 179<sup>quater</sup> StGB) erhobenen Beweismitteln. Die Rechtmässigkeit leitet sich davon ab, ob der Beweismittelbeschaffung keine massgebenden Normen entgegenstehen oder ein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Eine Rechtfertigung kann sich durch Einwilligung, Notwehr, Notwehrhilfe oder Notstand<sup>45</sup> sowie durch private oder öffentliche Interessen ergeben.

Die Frage der strafprozessualen Verwertbarkeit eines Beweismittels stellt sich auch nicht, sofern es sich um eine rein zivilrechtliche Rechtswidrigkeit der Beschaffung durch Private handelt<sup>46</sup> oder eben ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.<sup>47</sup> Das Kriterium, dass die Behörde den Beweis von sich aus auf rechtmässige Weise hätte beschaffen können, ist irrelevant, sofern sich der Private durch seine Beweiserhebung nicht strafbar gemacht hat.<sup>48</sup>

### f) Zur Frage der Rechtmässigkeit der hypothetischen polizeilichen Beweiserhebung

Die Rechtmässigkeit einer Beweiserhebung durch die Strafverfolgungsbehörden hängt nicht davon ab, ob zum Beispiel die Polizei im kritischen Moment tatsächlich an Ort gewesen ist, sondern davon, ob den Behörden der Tatverdacht im Moment der (privaten) Erhebung – beispielsweise durch eine früher erfolgte Anzeige eines Deliktes, dessen Begehung schon begonnen hatte – bereits hätte bekannt gewesen sein können.<sup>49</sup>

## 2.3 Strassenverkehrsrecht und Polizeirecht

### a) Zweck der Strassenverkehrsgesetzgebung

Dem Bund kommt gestützt auf Art. 82 Abs. 1 BV die umfassende Rechtsetzungskompetenz im Bereich des Strassenverkehrs zu.<sup>50</sup> Das Strassenverkehrsgesetz (SVG) mit seinen Verordnungen bezweckt vornehmlich die Sicherheit im Strassenverkehr auch in generalpräventiver Hinsicht.<sup>51</sup> Namentlich die motorisierten Verkehrsteilnehmer, sowohl Halter wie Fahrzeugführer,

<sup>37</sup> RUDIN, SHK (FN 32), Art. 2 DSG, N 26; BSK DSG-RUDIN/HUSI, Art. 37, N 2 ff.

<sup>38</sup> BSK StPO-RIEDO Art. 300, N 15. MARKUS H. F. MOHLER, Kurzgutachten z.H. des Regierungsrates des Kantons Bern, 2018 ([www.fr.be.ch/rr/de/index/rronline/rronline/suche\\_rrb/beschluesse-de/tailseite.gid-205704bcb48c4a63a0f3849c122e64a3.html](http://www.fr.be.ch/rr/de/index/rronline/rronline/suche_rrb/beschluesse-de/tailseite.gid-205704bcb48c4a63a0f3849c122e64a3.html), besucht im Februar 2019), Rz. 14 ff.

<sup>39</sup> BGer Urteil 6B\_372/2018 (FN 23), E. 2.3.1.

<sup>40</sup> Vgl. nachstehend Ziff. IV/1.1. CAROLINE GUHL, Trotz rechtswidrig beschaffter Beweise zu einem gerechten Straf- oder Zivilurteil, Diss. St. Gallen 2017, 2018, Rz. 63.

<sup>41</sup> GUNHILD GODENZI, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, Diss. Zürich 2008, 79. Vgl. nachstehend Ziff. IV/1.1.

<sup>42</sup> BGer Urteil 6B\_786/2015 (FN 12), E. 1.2.

<sup>43</sup> BGer Urteil vom 30. März 2016, 1B\_76/2016, E. 2.2.

<sup>44</sup> BSK StPO-GLESS, Art. 141, N 40c. Vgl. nachstehend Ziff. IV/1.2/a.

<sup>45</sup> Art. 15 und 17 StGB.

<sup>46</sup> CHRISTOF RIEDO/GERHARD FIOJKA/MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, 2011, Rz. 1078.

<sup>47</sup> RIEDO et al. (FN 38), Rz. 1076.

<sup>48</sup> RIEDO et al. (FN 38), Rz. 1080.

<sup>49</sup> BGer Urteile vom 24. Februar 2014, 6B\_983/2013, E. 3.3.1; 6B\_786/2015 (FN 12), E. 1.3.1., und vom 17. Juli 2017, 6B\_1241/2016; E. 1.2.2. GODENZI (FN 41), 314 ff.

<sup>50</sup> BGer Urteil 6B\_372/2018 (FN 23), E. 2.3.2, zuvor BGE 127 I 60, E. 4b. BSK BV-KERN, Art. 82, N 6.

<sup>51</sup> BGer Urteil vom 7. November 2018, 6B\_598/2018 (zur Publ. vorgelesen), E. 3.5.

sind an Bedingungen und Auflagen gebunden, u.a. dass Motorfahrzeuge mit Kontrollschildern ausgerüstet sein müssen, damit die verantwortlichen Lenker insbesondere bei Verkehrsregelverletzungen identifiziert werden können.<sup>52</sup> Demnach erstreckt sich der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 13 BV nicht auf Motorfahrzeuglenker und -halter, soweit es um die blosser Identifizierung als Verkehrsteilnehmer für ihr verkehrsrechtliches Verhalten geht.

Art. 106 Abs. 1 und 2 SVG verpflichtet die zuständigen Behörden zum Vollzug des Gesetzes, mithin auch der Kontrollen im Strassenverkehr. Art. 5 Abs. 1 und 2 SKV legen fest, dass die Kontrollen neben Stichproben auch systematisch und mit Grosskontrollen durchzuführen seien.<sup>53</sup> Keine Bestimmung verlangt einen Anfangs- oder gar hinreichenden Tatverdacht für die Durchführung polizeilicher Strassenverkehrskontrollen.<sup>54</sup> Es geht bei dieser Kontrolltätigkeit um eine sicherheits- und verkehrspolizeiliche Aufgabenerfüllung gestützt auf diese Rechtsgrundlagen und nicht um strafprozessual geregelte Ermittlungen.<sup>55</sup>

Der Umstand, dass die Polizei mit der Feststellung verkehrswidriger Verhaltensweisen durch Sicherstellung von Beweisen die verantwortlichen Lenker nicht nach Strafprozessrecht «ermittelt», ändert nichts an der strassenverkehrsrechtlichen und verfassungskonformen Grundlage für diese Kontrolltätigkeit und der anschliessenden Verwertbarkeit der so erhobenen Beweise.<sup>56</sup>

#### b) Unterschiedliche Rechtsgrundlagen bei der polizeilichen Bearbeitung von Daten im Strassenverkehr

Insbesondere im Strassenverkehr stützt sich die polizeiliche Aufgabenerfüllung auf unterschiedliche Rechtsgrundlagen. Die Polizei hat als Behörde eine zweifache Aufgabe und daher rechtlich einen doppelten Charakter: Sie ist Verwaltungs- und Strafverfolgungsbehörde zugleich.<sup>57</sup> Als Verwaltungsbehörde dient sie der Gefahrenabwehr sowie der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, als Strafbehörde der Strafverfolgung. Beide rechtlich unterschiedlichen Tätigkeiten können sich im gleichen Fall nahtlos folgen oder überlagern.<sup>58</sup> Die polizeilichen Realakte haben sich auf das massgebende Recht abzustützen.

Das jeweils anwendbare kantonale Polizeigesetz kann hinsichtlich der Durchführung von Strassenverkehrs-

kontrollen die einschlägigen Bestimmungen des massgebenden Bundesrechts, hier des SVG mit seinen Verordnungen, nicht derogieren. Den Kantonen bleibt für den Erlass ergänzender Vorschriften über den Strassenverkehr für Motorfahrzeuge und Fahrräder keine Befugnis.<sup>59</sup> Kantonale polizeigesetzliche Normen in Bezug auf Vor-Ermittlungen sind für die Durchführung von Strassenverkehrskontrollen nicht anwendbar (Vorrang des Bundesrechts<sup>60</sup>).

Die Polizei wäre demnach in beiden Fällen zur Aufnahme des verkehrswidrigen Fahrens der aufgenommenen Personen befugt gewesen.<sup>61</sup>

## IV. Die Gerichtsverwertbarkeit von privaten Videoaufnahmen in der Praxis des Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)

### 1. Die Praxis des Bundesgerichts

#### 1.1 Kein staatliches Monopol betreffend Beweiserhebungen

Das Bundesgericht hat mehrfach festgehalten, dass Art. 6 Abs. 1 StPO (Untersuchungsgrundsatz) kein staatliches Monopol für Beweiserhebungen begründe.<sup>62</sup> Demzufolge sind privat festgestellte und den Behörden vermittelte Sachverhalte als Beweismittel grundsätzlich zulässig, sofern nicht andere Gründe als deren private Erhebung gegen deren Verwertbarkeit sprechen.

#### 1.2 Regelung betreffend die Verwertbarkeit privat erhobener Beweise

##### a) Keine explizite gesetzliche Regelung hinsichtlich der Verwertung privat erhobener Beweise

Die Art. 140 f. StPO (verbotene Beweiserhebungsmethoden, Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise) richten sich an und beziehen sich ausschliesslich auf Strafbehörden. Eine Regelung für von Privaten erhobene Beweise umfassen diese Bestimmungen nicht. Sie regeln demzufolge keine Verbote der Verwertung privat erhobener Beweise; es gibt kein prinzipielles Verwertungsverbot für von Privaten selbst rechtswidrig erlangten Beweisen.<sup>63</sup>

<sup>52</sup> Vgl. vorstehend Ziff. III/1.3 und nachstehend IV/2.

<sup>53</sup> A.A. UTTINGER (FN 10), Rz. 8 (Art. 5 Abs. 2 SKV wird nicht erwähnt).

<sup>54</sup> BGer Urteil 6B\_1143/2015 (FN 23), E. 1.3.3. A.A. MAEDER (FN 10), 166.

<sup>55</sup> BGer Urteil 6B\_372/2018 (FN 23), E. 2.3.1.

<sup>56</sup> BGer Urteil 6B\_1143/2015 (FN 23), E. 1.3.1. Vgl. vorstehend Ziff. III/2.2/b.

<sup>57</sup> BGE 136 I 87, E. 3.4.; BGer Urteil 6B\_598/2018 (FN 51), E. 3.4.; 6B\_372/2018 (FN 23), E. 2.3.1.; MOHLER, Grundzüge (FN 26), Rz. 141 f.

<sup>58</sup> BGE 136 I 87, E. 4.1.; BGer Urteil 6B\_372/2018 (FN 23), E. 2.3.1.; 6B\_598/2018 (FN 51), E. 3.4.; MOHLER, Grundzüge (FN 26), Rz. 141.

<sup>59</sup> Art. 106 Abs. 3 SVG.

<sup>60</sup> Art. 49 Abs. 1 BV, sofern dem Bund die verfassungsmässige Kompetenz zukommt, was in Bezug auf das Strassenverkehrsrecht zutrifft. BIAGGINI (FN 22), Art. 49, Rz. 8 ff.; RUCH, SGK zu Art. 49, Rz. 5.

<sup>61</sup> Gl.A. MAEDER (FN 10), 166; a.A. UTTINGER (FN 10), Rz. 9.

<sup>62</sup> BGer Urteile 6B\_786/2015 (FN 12), E. 1.2. und vom 3. Juni 2013, 6B\_323/2013, E. 3.3. Vgl. vorstehend Ziff. III/2.2/c.

<sup>63</sup> BGer Urteil 1B\_76/2016 (FN 43), E. 2.2. Vgl. vorstehend Ziff. III/2.2/d.

## b) Die Regelung der Rechtsanwendung in der Praxis

In Anlehnung an Art. 141 Abs. 2 und 3 StPO hat das Bundesgericht für die Verwertbarkeit privat erhobener Beweise zwei Kriterien aufgestellt, die kumulativ erfüllt sein müssen:

- die gleichen Beweise hätten von den Strafverfolgungsbehörden rechtmässig erhoben werden können und
- eine Interessenabwägung spreche für die Verwertbarkeit.<sup>64</sup>

Diese Regel bezieht sich nur auf Fälle, in denen die StPO von Anfang an massgebend ist, nicht aber auf die ersten Feststellungen anlässlich von Kontrollen im Strassenverkehr.<sup>65</sup> Für das erste Kriterium ist grundsätzlich wesentlich, ob die Strafverfolgungsbehörden einen hinreichenden Anfangsverdacht in Bezug auf die konkret zur Diskussion stehende Straftat hätten haben können, welcher ihnen Ermittlungen erlaubt hätte.<sup>66</sup> Dieses Kriterium ist für Kontrollen im Strassenverkehr irrelevant.

Das zweite Kriterium bezieht sich auf die Frage des Verhältnisses zwischen den (privaten) Interessen auf informationelle Selbstbestimmung der aufgenommenen Person und den privaten oder öffentlichen Interessen der aufnehmenden Person. Dieses Kriterium ist bei bloss zivilrechtlich rechtswidrig erhobenen Beweisen irrelevant.<sup>67</sup>

## 2. Die Praxis des EGMR

Der EGMR hat bis anhin, soweit ersichtlich, noch kein Urteil zur Gerichtsverwertbarkeit von Dashcam-Aufnahmen publiziert, jedoch zu weiteren Rechtsfragen, die in diesem Zusammenhang immer wieder auftauchen, Stellung genommen:

So fallen auch leichte Verkehrsverletzungen («minor traffic offences») in die Kategorie des kriminellen Delikts («criminal offence») i.S.v. Art. 6 EMRK, also auch Bussen für entsprechende Übertretungen in den Geltungsbereich von Art. 6 Abs. 2 EMRK.<sup>68</sup>

Das Recht auf ein faires Verfahren ist selber nicht «qualifiziert», d.h. nicht durch exakte Kriterien umschrieben. Dieses Recht könne daher nicht von einer unabänderlichen Regel, sondern müsse von den Umständen im einzelnen Fall abhängen. Das betrifft im Strassenverkehr selbst die Unschuldsvermutung und das Recht zu schweigen bzw. sich nicht selber belasten zu müssen.

So hält der EGMR im Urteil *O'Halloran and Francis/The United Kingdom*<sup>69</sup> fest, die Beweisregeln zur wirkungs-

vollen Gewährleistung der Sicherheit im Strassenverkehr verletzen das Prinzip der Unschuldsvermutung und der Bewahrung der Verteidigungsrechte innerhalb vernünftiger Grenzen nicht, wenn durch diese angestrebt wird, mit technischen oder andern Mitteln Verkehrsregelverletzungen durch einen nicht unmittelbar identifizierten Verkehrsteilnehmer festzustellen und nicht sanktionslos bleiben zu lassen. Der Behörde könne unter Beachtung der Wichtigkeit dessen, was auf dem Spiel steht, nicht eine inakzeptable Beweislast aufgebürdet werden. Voraussetzung dafür sei, dass die betroffene Person die Strafverfügung nach Art. 8 EMRK vor einem Gericht anfechten könne. Demzufolge sei durch die Bestrafung des Fahrzeughalters für die Nichtbekanntgabe der Identität des verantwortlichen Lenkers das Recht zu schweigen gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK auch nicht verletzt worden. Die Weigerung der Bekanntgabe selber sei das strafbare Delikt.

Schliesslich hätten sich Halter und Führer von Motorfahrzeugen auch entsprechenden Regelungen unterworfen, so der EGMR, bei denen sie behaftet werden. Dazu gehöre nach dem einzelstaatlichen Recht auch die Pflicht, im Falle eines Verdachts einer Regelverletzung den Behörden die Identität der verantwortlichen Person bekannt zu geben.<sup>70</sup>

## V. Anmerkungen zu den Urteilen

### 1. Zum Urteil des Obergerichts Zürich

- a. Das Urteil verweist zunächst unter dem Titel der Frage der Verwertbarkeit der Videoaufzeichnung auf die strafprozessualen Kriterien des Bundesgerichts<sup>71</sup> und stellt mit der Vorinstanz fest, dass die Aufzeichnung weder den Geheim- noch den Privatbereich der aufgenommenen Person (Beschuldigte) betreffe und Art. 179<sup>quater</sup> StGB nicht zur Anwendung gelange. Das trifft zwar zu, doch wird die Frage, ob die Privatsphäre in der konkreten Situation (Identifizierung der Motorfahrzeuglenkerin im Strassenverkehr) überhaupt geschützt sei,<sup>72</sup> nicht vertieft geprüft. Dies ist nach der hier vertretenen Ansicht jedoch nicht der Fall.
- b. Bei der anschliessenden datenschutzrechtlichen Prüfung (Ziff. 1.1) stimmt das OGer der Vorinstanz zu, das Filmen des Autokennzeichens stelle eine Bearbeitung von Personendaten i.S.v. Art. 3 lit. a DSGVO dar, da sich die Angaben auf eine (natürliche oder juristische) Person bezögen. Das trifft zunächst zu. Gleichzeitig wird die von der Staatsanwaltschaft vertretene Ansicht, es handle sich nicht um Personendaten, da das Kontrollschild auf die der beschul-

<sup>64</sup> BGer Urteil 6B\_983/2013 (FN 49), E. 3.2.

<sup>65</sup> Vgl. vorstehend Ziff. III./2.2/b.

<sup>66</sup> Vgl. vorstehend Ziff. III./2.2/f.

<sup>67</sup> Vgl. vorstehend Ziff. III./2.2/e.

<sup>68</sup> EGMR *Falk/The Netherlands* (66272/01, Entscheid, vom 19. Oktober 2004, wiedergegeben in Case Reports XI, 2004, 319 ff.), 328.

<sup>69</sup> EGMR *O'Halloran and Francis/The United Kingdom* (15809/02 and 25624/02), vom 29. Juni 2007, §§ 53, 56 ff.

<sup>70</sup> EGMR *Falk/The Netherlands* (FN 68), 328 f.; *O'Halloran and Francis/The United Kingdom*, § 57.

<sup>71</sup> Vorstehend Ziff. IV/1.2/b.

<sup>72</sup> Vgl. vorstehend Ziff. III/1.3.

digten Person gehörende Firma eingetragen sei, abgelehnt. Indessen könnte dem gefolgt werden, wenn es sich um eine grosse Aktiengesellschaft mit vielen Mitarbeitern handelte. Mit dieser Argumentation wird allerdings übersehen, dass es sich dabei nicht bloss um eine Frage des Daten-, sondern auch des Strassenverkehrsrechts handelt.<sup>73</sup>

- c. Dass die Aufnahmen durch die Polizei für deren Auswertbarkeit technisch nicht bearbeitet werden mussten<sup>74</sup>, spielt keine Rolle. Nach Art. 139 Abs. 1 StPO setzen die Behörden zur Wahrheitsfindung alle nach dem Stand von Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Beweismittel ein. Dies betrifft auch die (z.B. kriminaltechnischen) Methoden.
- d. Sodann verweist das Urteil zutreffend darauf, dass es kein staatliches Beweismonopol gebe.<sup>75</sup>
- e. Es wird festgehalten, dass für die Aufnahme weder eine gesetzliche Grundlage noch eine Einwilligung vorgelegen habe und diese auch nicht erkennbar gewesen sei. Zwar sei ein persönliches Interesse des Aufnehmenden, «einen Unfallhergang dokumentieren zu können», als schützenswert zu erachten, doch sei ein öffentliches Interesse problematisch, denn es sei Aufgabe der Behörden, die Sicherheit auf der Strasse zu fördern. Es bestehe eine gesetzliche Pflicht zum Anbringen eines Kontrollschildes. Die Persönlichkeitsverletzung sei in dieser Hinsicht als geringfügig einzuschätzen, jedoch insgesamt widerrechtlich.<sup>76</sup>
- Unter Hinweis auf die vorstehenden Ausführungen<sup>77</sup> stellte die Aufnahme keine Verletzung der Privatsphäre dar. Die Möglichkeit der Identifizierung eines Motorfahrzeuglenkers, der sich verkehrswidrig verhält, ist gerade der Zweck der Kontrollschildpflicht. Dementsprechend war nach der hier vertretenen Ansicht die Aufnahme nicht widerrechtlich.
- f. Bei der Frage nach der strafprozessualen Verwertbarkeit wird im Urteil einleitend und zutreffend<sup>78</sup>

festgestellt, dass die Strafverfolgungsbehörden selber eine rechtmässige Aufzeichnung der fraglichen Fahrt hätten erstellen können.<sup>79</sup>

- g. Dass der Aufnehmende ein Berufsschauffeur war, kann jedoch nicht ausschlaggebend sein. Auch andere Motorfahrzeuglenkerinnen und -lenker können über eine sehr grosse Erfahrung, entsprechenden Verkehrssinn und sachgerechtes Urteilsvermögen verfügen, sodass eine diesbezügliche Unterscheidung zu einer rechtsungleichen Behandlung führen könnte (Art. 8 Abs. 1 BV).
- h. Es folgt eine Interessenabwägung<sup>80</sup> i.S. der bundesgerichtlichen Kriterien,<sup>81</sup> es handle sich nicht um eine schwerwiegende Straftat, aber um eine grobe Verletzung von Verkehrsregeln; es sei von einer konkreten Gefährdung der Insassen des Fahrzeuges mit der aufnehmenden Dashcam auszugehen,<sup>82</sup> der Aufnehmende habe ein «nachvollziehbares Interesse» gehabt, den Vorfall anzuzeigen; es liege kein Bagatellfall i.S.v. Art. 132 Abs. 3 StGB vor,<sup>83</sup> sondern ein Vorfall von einer gewissen Schwere. Bei der Strafzumessung<sup>84</sup> wird von einem «erheblichen Gefahrenpotential» ausgegangen. Bereits zuvor<sup>85</sup> sei festgehalten worden, dass das Interesse des Staates, den Verdacht einer groben Verletzung von Verkehrsregeln zu klären, (das Interesse am Schutz der Privatsphäre) überwiege, weshalb die Aufnahme verwertbar sei.
- i. Abgesehen davon, dass, wie erwähnt, die Privatsphäre unter den zur Diskussion stehenden Umständen nicht geschützt ist, erscheinen die Kriterien in dieser Interessenabwägung etwas weltfremd: Ob ein legitimes Interesse des Aufnehmenden an der Aufnahme eines Vorfalles besteht, kann nicht von einer – offensichtlich auch umstrittenen – potenziellen Strafzumessung, die ja der Aufnehmende *ex ante* in Unkenntnis der relevanten Massstäbe vorzunehmen hätte, abhängen. Umgekehrt liegt die Begründung für die Rechtmässigkeit qua Interessenabwägung m.E. zu Recht in der objektiv konkreten Gefährdung des Aufnehmenden.<sup>86</sup> Ob jemand ein legitimes Interesse an einer Aufnahme hat, sollte sich an für Laien verständlichen Kriterien wie beispielsweise

<sup>73</sup> Vgl. BGer Urteil vom 20. Juni 2018, 6B\_252/2017, E. 2. Dennoch überrascht dieses Urteil im Ergebnis, da als Begründung angeführt wird, in Art. 6 des Ordnungsbussengesetzes (OBG) vom 24. Juni 1970, SR 741.03, seien als Halter nicht ausdrücklich auch juristische Personen explizit aufgeführt, obwohl die Materialien dies deutlich vorsahen (E. 3.1.2.). Dabei geht es nicht um die Verletzung des Grundsatzes «nulla poena», da das strafbare Verhalten zweifelsfrei umschrieben ist, sondern ausschliesslich darum, dass juristische Personen als Halter im Gesetzestext selber nicht ausdrücklich erwähnt sind. Angesichts der Rechtstatsache, dass unzählige juristische Personen Halter von Motorfahrzeugen sind, deren Verantwortliche den andern gesetzlichen Auflagen (z.B. Abgaben [Steuern, Parkkarten, Sonderbewilligungen], Erhalt der Fahrtüchtigkeit des Fahrzeuges, Registrierung) anstandslos nachkommen, stellt sich die Frage, ob diese Interpretation des Legalitätsprinzips der Mehrheit der uneinigen Kammer nicht überspitzt formalistisch ist und den Grundsatz von Art. 2 Abs. 2 ZGB («Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz.»), dem verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt, übersehen haben mag.

<sup>74</sup> Urteil OGer ZH (FN 1), Ziff. 1.1., S. 5.

<sup>75</sup> Vgl. vorstehend Ziff. III/2.2/c und IV/1.1.

<sup>76</sup> Urteil OGer ZH (FN 1), Ziff. 1.1, S. 8.

<sup>77</sup> Vorstehend Ziff. III/1.3, III/2.2/e, III/2.3/a.

<sup>78</sup> Vgl. vorstehend Ziff. III/2.3/a.

<sup>79</sup> Gl.A. MAEDER (FN 10), 166.

<sup>80</sup> Urteil OGer ZH (FN 1), Ziff. 1.2, S. 10 f.

<sup>81</sup> Vgl. vorstehend Ziff. IV/1.2/b.

<sup>82</sup> Dabei wird irrtümlich im Quervergleich zum Schwyzer Urteil ausgeführt, dass bei diesem Urteil keine Gefahr für den Filmenden bestanden habe. Im Urteil des KGer Schwyz (S. 4) wird angeführt, der Filmende habe die Verkehrssituation als besonders gefährlich eingeschätzt, was in der abschliessenden Beurteilung (Ziff. 4, S. 11 ff.) übergangen worden ist.

<sup>83</sup> Mit Kritik am erstinstanzlichen Urteil, dass die Strafe zu mild ausgefallen sei (S. 11.)

<sup>84</sup> Urteil OGer ZH (FN 1), Ziff. IV, S. 16.

<sup>85</sup> Urteil OGer ZH (FN 1), Ziff. 1.3, S. 11 f.

<sup>86</sup> Entscheidend ist die durch die Fahrweise des Rechtsüberholens und knappen Wiedereinschwenkens geschaffene erhöhte Gefahr: BGer Urteil vom 26. September 2017, 6B\_758/2017, E. 1.4.3.

se einer konkreten Gefahr (für sich oder Dritte) bemessen.<sup>87</sup>

- j. Das Obergericht des Kantons Zürich sprach die aufgenommene Person aufgrund der als verwertbar bezeichneten Dashcam-Aufnahmen verschiedener Strassenverkehrsdelikte, nach der hier vertretenen Auffassung im Ergebnis zu Recht, schuldig.<sup>88</sup>

## 2. Zum Urteil des Kantonsgerichts Schwyz

- a. Das Urteil befasst sich direkt mit der Verwertbarkeit von Dashcam-Aufnahmen, qualifiziert sie als Bearbeitung von Personendaten i.S. des DSGVO und als Beeinträchtigung der Privatsphäre i.S.v. Art. 13 BV, ohne dabei die besondere Rechtslage des motorisierten Strassenverkehrs<sup>89</sup> zu prüfen. Es geht damit von vorneherein von einer Verletzung der Privatsphäre aus, was nach der hier vertretenen Auffassung gerade nicht zutrifft. Die Grenzen des verfassungsrechtlichen Schutzbereichs wurden nicht in Betracht gezogen.
- b. Der Lenker eines Motorfahrzeuges müsse es nicht hinnehmen, in der Öffentlichkeit in Wort, Bild oder Ton aufgezeichnet zu werden. Dies widerspricht der konkreten Rechtslage<sup>90</sup> und der vom EGMR in Bezug auf den motorisierten Strassenverkehr vorgenommenen Abgrenzung des Grundrechtsschutzes.<sup>91</sup>
- c. Es folgen Ausführungen, wonach der Polizei – auch im Strassenverkehr – eine rund um die Uhr flächendeckende Kontrolltätigkeit nicht erlaubt sei. Dies sei, unter Verweis auf Art. 5 Abs. 1 SVK, nur schwerpunktmässig erlaubt. Das Gleiche gehe aus Art. 9a PolG SZ hervor.
- Diese Argumentation geht fehl. Sie unterlässt die Abgrenzung zwischen Strassenverkehrs-, Polizei- und Strafprozessrecht<sup>92</sup>, verkennt den Zweck des Strassenverkehrsrechts und erwähnt die strassenverkehrsrechtlichen Grundlagen unvollständig. Art. 5 Abs. 2 SKV gebietet systematische Verkehrskontrollen.<sup>93</sup> Art. 9a PolG SZ betrifft die Observation als Vorermittlung und ist hier nicht anwendbar. Im Übrigen wird aus den Formulierungen im Urteil, Ziff. 3b, nicht klar, ob das Datenschutzgesetz des Bundes auch für die Kantonspolizei als massgebend erachtet wird. Dem wäre nicht so.<sup>94</sup>

- d. Nachfolgend wird argumentiert, die Polizei habe den Automobilisten nur aufgrund der Dashcam-Aufzeichnung eruieren können. Zum Zeitpunkt der Aufnahme sei die Polizei mangels Präsenz vor Ort nicht in der Lage gewesen, das verdächtige Fahrverhalten des Beschuldigten selber festzustellen. Daher könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Beweise durch die zuständigen Strafverfolgungsbehörden hätten erlangt werden können.<sup>95</sup> Auch dies trifft nicht zu.<sup>96</sup> Die im Urteil dazu angeführten Bundesgerichtsurteile beziehen sich durchwegs auf Fälle, in denen die Strafprozessordnung von Anfang an (und nicht das Strassenverkehrsrecht) massgebend war und die sich zudem alle in privaten Räumen abspielten.

- e. Das Interesse der aufgenommenen Person sei nicht jenes, der Strafverfolgung zu entgehen, sondern jenes der informationellen Selbstbestimmung. Zwar habe sie in Kauf genommen, durch diese Fahrweise aufzufallen, doch verliere sie deswegen nicht den Schutz vor verdeckter Datenbeschaffung und -bearbeitung, da sie nicht damit rechnen müsse, durch anlasslose, permanente private Aufzeichnungen identifizierbar erfasst zu werden. Konsequentergedacht, hiesse dies, dass selbst eine Fahrerflucht nach einem Unfall ohne Folgen bliebe, wenn ein Zeuge das Kennzeichen nicht aufnehmen und der Polizei übergeben dürfte.

Die beiden Interessen, einerseits am Schutz der Privatsphäre und andererseits daran, nicht bestraft zu werden, überlagern sich in diesen Fällen. So argumentiert MAEDER treffend: «Gleichermassen ist das private Interesse der beschuldigten Person nicht statisch: Es dürfte bei zunehmender drohender Strafe ebenfalls zunehmen.»<sup>97</sup> Ein rechtlicher Schutz vor der Identifizierung im motorisierten Strassenverkehr besteht nicht.<sup>98</sup>

- f. Die Persönlichkeitsverletzungen seien zwar nicht schwerwiegend, dennoch aber nicht zu rechtfertigen. Andererseits seien die Aufzeichnungen für den durch das Verhalten des aufgenommenen Fahrers weder geschädigten noch beeinträchtigten Aufnehmenden zwecklos und somit unverhältnismässig i.S.v. Art. 4 DSGVO, weil keine privaten Interessen für die Aufzeichnungen ersichtlich seien.<sup>99</sup>

Auf die nicht gegebene Rechtswidrigkeit der Aufnahme wurde hingewiesen. Mit der Begründung, es seien keine privaten Interessen ersichtlich und der Aufnehmende sei durch die Fahrweise des Aufgenommenen weder geschädigt noch beeinträchtigt worden, übergeht das Gericht die eigene Feststellung, wonach der Aufnehmende die Verkehrssituation als besonders gefährlich eingeschätzt habe.<sup>100</sup> Damit

<sup>87</sup> Vgl. dazu nachfolgend Ziff. VI/1.

<sup>88</sup> Urteil OGer ZH (FN 1), Ziff. 2.2., S. 14 f.

<sup>89</sup> Vgl. vorstehend Ziff. III/1.3.

<sup>90</sup> Wie FN 79.

<sup>91</sup> Vgl. vorstehend Ziff. IV/2. MAEDER (FN 10), 166, vertritt die Meinung, die kantonsgerichtliche Auffassung, wonach eine sozusagen abstrakt sicherheitspolizeilich motivierte, aber ansonsten anlasslose, flächendeckende und ständige Aufzeichnung des Strassenverkehrs durch die Polizei unzulässig sei, überzeuge.

<sup>92</sup> Vgl. vorstehend Ziff. III/2.3.

<sup>93</sup> BGE 141 IV 417, E. 2.3 (Nachfahrkontrollen); BGer Urteil 6B\_372/2018 (FN 23), E. 2.3.1. Die Beurteilung der ersten Instanz traf zu. So jedoch auch MAEDER (FN 10), 166.

<sup>94</sup> Vgl. vorstehend Ziff. III/2.1.

<sup>95</sup> Urteil KGer SZ (FN 9), S. 8.

<sup>96</sup> Vgl. vorstehend Ziff. III/2.2/f. (FN 10), 161.

<sup>97</sup> Vgl. vorstehend Ziff. III/2.3.

<sup>98</sup> Urteil KGer SZ (FN 9), S. 10.

<sup>100</sup> Urteil KGer SZ (FN 9), S. 4.

- ignoriert das Gericht in Bezug auf die objektive Gefährlichkeit der Fahrweisen wie *in casu* die Praxis des Bundesgerichts.<sup>101</sup> Just die Gefährlichkeit einer Situation begründet ein privates und zugleich öffentliches Interesse am Festhalten eines solchen Geschehensablaufes. Eine erhöhte abstrakte Gefährdung kann gerade bei den auf Autobahnen gefahrenen Geschwindigkeiten unvermittelt in eine konkrete Gefahr umschlagen. Das ist notorisch namentlich bei zu knappem Abstand<sup>102</sup> vor dem überholten Fahrzeug nach dem Wiedereinschwenken auf die Überholspur.
- g. Es trifft ferner nicht zu, dass die Verwertung «der für die Polizei nicht erhältlichen Aufzeichnungen nicht gerechtfertigt» sei, da der aufnehmende Autolenker zur Datenbeschaffung keine privaten Interessen gehabt und die «mutmasslich grobe» Verkehrsregelverletzung keine schwerwiegende Straftat dargestellt habe.<sup>103</sup> Es wurde dargetan, dass die Polizei die Fahrweise der aufgenommenen Person hätte dokumentieren können.<sup>104</sup> Die Voraussetzung einer schwerwiegenden Straftat für die Verwertbarkeit gilt nur, falls die Strafverfolgungsbehörde selber Beweise in strafbarer Weise erhoben haben sollte. Der Hinweis auf Art. 35 Abs. 3 BV verweist auf eine Horizontalwirkung von Art. 13 BV unter Privaten. Diese besteht wie dargelegt nicht direkt.<sup>105</sup>
- h. Die Ausführungen, wonach durch die Zulässigkeit von Beweiserhebungen Privater im Vorfeld des staatlichen Strafmonopols für Personen falsche Anreize zur privaten Beweiserhebung geschaffen würden, ohne dass diese in einem entsprechenden Verfahren an den Beweisen selber je ein Interesse haben könnten, treffen ebenso nicht zu. Nach Art. 106 Abs. 1 StPO beginnt die Polizei ihre Ermittlungen u.a. auf der Grundlage von Anzeigen. Die Argumentation des Gerichts bedeutete beispielsweise, dass eine Privatperson, die zufällig beobachtet, wie jemand den öffentlichen Verkehr, den Eisenbahnverkehr oder einen Betrieb, welcher der Allgemeinheit dient, stört (Art. 237–239 StGB) und dies fotografiert, zu einer Anzeige und Übergabe der Fotos an die Polizei nicht berechtigt wäre bzw. die Zeugenvorbringen nicht verwertbar wären. Auch dürfte jemand, der beobachtet und fotografiert oder filmt, wie eine Person eine andere verprügelt und verletzt (Art. 123 StGB, einfache Körperverletzung) gegenüber den Strafbehörden nicht als Zeuge aussagen. Dies kann nicht sein, nur schon weil Art. 123, 237–239 StGB (Grundtatbestände) und Art. 90 Abs. 2 SVG die gleiche Strafdrohung aufweisen. Zudem steht dies im Widerspruch zu eigenen anderen Ausführungen des Gerichts.<sup>106</sup>
- i. Die «nicht durch die zuständigen Strafverfolgungsbehörden ausgewählten Sequenzen aus privaten Dashcam-Aufzeichnungen» seien nicht verwertbar,<sup>107</sup> trifft insofern schon nicht zu, als es gerade Aufgabe der Strafbehörden ist, verwertbare von nicht verwertbaren Beweisen zu trennen.<sup>108</sup>
- j. Gänzlich unverständlich ist die Bemerkung «Was vor verhältnismässig kurzer Zeit allgemein noch verpönt, ja gar strafbar war, ist heute «en vogue»; was vorliegend als unkorrekt» (sic!) «betrachtet wird (Rechtsüberholen an sich), ist andernorts erlaubt.»<sup>109</sup> Diese Betrachtungsweise ist unhaltbar. Sachverhalte sind *de lege lata* zu beurteilen. Rechtsüberholen auf der Autobahn gilt nach wie vor als grobe Verletzung von Verkehrsregeln mit erhöhter abstrakter Gefährdung.<sup>110</sup>
- k. Mit der Feststellung, die «nachträgliche Ersetzung des ursprünglich unverhältnismässigen Aufnahmezwecks durch Zwecke der Strafverfolgung sei unzulässig»,<sup>111</sup> wird die Frage nach der Verhältnismässigkeit der Verwertbarkeit mit derjenigen der «Umwidmung» des datenrechtlich relevanten Zwecks der Aufzeichnung verwechselt.
- l. Im Folgenden führt das Gericht aus, die unzulässig erhobenen Beweise seien nicht verwertbar, da «die verfolgten groben Verkehrsregelverletzungen [...] nicht in den Katalogen von Art. 269 Abs. 2 StPO und Art. 286 Abs. 2 StPO aufgeführt» seien.<sup>112</sup> Indessen haben Art. 269 Abs. 2 und 286 Abs. 2 StPO keine Bewandnis mit dem vorliegenden Fall, handelt es sich doch bei Art. 269 StPO um die Delikte, bei denen in hängigen Strafverfahren eine Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, bei Art. 286 StPO um jene, bei denen eine verdeckte Ermittlung, je aufgrund einer Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht, angeordnet werden darf.
- m. Das Gericht sprach den Automobilisten nach der hier vertretenen Auffassung zu Unrecht in Verletzung von Bundesrecht<sup>113</sup> und mit einer Fehlinterpretation einer Bestimmung des (kantonalen) Polizeigesetzes frei, da es die eingereichten Dashcam-Aufnahmen wegen einer angeblichen Verletzung der Privatsphäre für unverwertbar hielt.

## VI. Abschliessende Bemerkungen

### 1. Kriterien für die Beweiserhebung durch Private

Die beiden Urteile zeigen, dass für die Beurteilung, ob im Strassenverkehr privat erhobene Dashcam-Aufnah-

<sup>101</sup> BGer Urteil vom 24. Mai 2016, 6B\_263/2016, E. 1.3 f.

<sup>102</sup> Vgl. BGer Urteil 6B\_758/2017 (FN 86), E. 1.4.3.

<sup>103</sup> Vgl. dazu gleich nachfolgend Bst. h.

<sup>104</sup> Vorstehend Ziff. III/2.3 und V/2/c.

<sup>105</sup> Vorstehend Ziff. III/2.1.

<sup>106</sup> Urteil KGer SZ (FN 9), Ziff. 4a, S. 11 f.

<sup>107</sup> Urteil KGer SZ (FN 9), Ziff. 3b/cc, S. 10.

<sup>108</sup> BGer Urteil 6B\_758/2017 (FN 86), E. 1.4.3.

<sup>109</sup> Urteil KGer SZ (FN 9), Ziff. 3 b/cc, S. 11.

<sup>110</sup> BGer Urteil 6B\_263/2016 (FN 101), E. 1.3 f.

<sup>111</sup> Urteil KGer SZ (FN 9), Ziff. 4 a/aa, S. 12.

<sup>112</sup> Urteil KGer SZ (FN 9), Ziff. 4 a/bb, S. 14.

<sup>113</sup> A.A. MAEDER (FN 10), 166 f.; UTTINGER (FN 10), Rz. 13.

men verwertbar seien, nicht nur unterschiedliche und teilweise unzutreffende gesetzliche Grundlagen angenommen, sondern auch unterschiedliche Massstäbe angelegt werden. Zu den verschiedenen Gesetzesgrundlagen sei hier auf die Ausführungen unter Ziff. III und IV verwiesen. Unterstrichen sei nochmals, dass ein Verstoß gegen Grundsätze des Datenschutzes nur vorliegen kann, sofern der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre nach Art. 13 BV nicht durch auf Art. 36 BV gestützte Erlasse eingeschränkt worden ist.

Die in den Urteilen angeführten Massstäbe für die Beurteilung der (Un-)Rechtmässigkeit privater Dashcam-Aufnahmen von verkehrswidrigem Verhalten schwanken von «kein Bagatelldelikt» i.S.v. Art. 132 Abs. 2 StPO bis «schwerwiegend» i.S.v. Art. 269 Abs. 2 und 286 Abs. 2 StPO. Beide «Grenzwerte» taugen für diese Beurteilung nicht. Geht es um die Rechtmässigkeit einer privaten Aufnahme, muss das Kriterium aus Laiensicht verständlich und plausibel sein.<sup>114</sup> Insofern liefert Art. 218 Abs. 1 Bst. a StPO, vorläufige Festnahme durch Privatpersonen, für einen weit schwerer wiegenden Grundrechtseingriff als eine Videoaufnahme eine klare Grenze: Die vorläufige Festnahme durch Private ist zulässig bei Verbrechen und Vergehen, nicht aber bei Übertretungen.<sup>115</sup> Ob in der Laiensphäre allerdings immer klar ist, ob ein Delikt ein Vergehen oder bloss eine Übertretung sei, bleibe hier dahingestellt.

## 2. Staatliches Strafmonopol und Beweiserhebungsrecht

Das aus dem Untersuchungsgrundsatz abgeleitete staatliche Strafmonopol begründet kein staatliches Beweiserhebungsmonopol.<sup>116</sup> Ein Eigeninteresse an einer Aufnahme kann für deren Rechtmässigkeit auch nicht massgebend sein,<sup>117</sup> da sonst materiellrechtlich das öffentliche Interesse wie auch prozessual die Erhebung von Zeugenbeweisen ausgeschlossen würden. Es fällt auf, dass im Zusammenhang mit Dashcams Kriterien für die Zulässigkeit von Aufnahmen eingebracht werden, die bisher im Strafprozessrecht prinzipiell weder für Anzeigen einschliesslich eingereichter Beweismittel (z.B. Urkunden) noch Zeugenaussagen zur Diskussion standen.

## 3. Qualität der Aufnahme als Verwertbarkeitskriterium

Nicht relevant sein kann, ob die Aufnahme durch die Strafverfolgungsbehörden mit technischen Mittel entzifferbar gemacht werden kann. Art. 139 Abs. 1 StPO

gebietet, dass für die Wahrheitsfindung alle geeigneten und rechtlich zulässigen Beweismittel eingesetzt werden. Das gilt auch für kriminaltechnische Mittel. Es ist nicht einzusehen, weshalb für privat beigebrachte Beweise etwas anderes gelten soll als für solche, die von Behörden erhoben worden sind. Wesentlich ist jedoch, dass mit Sicherheit festgestellt werden kann, dass die Aufnahmen nicht manipuliert worden sind.

## 4. Höchststrichterliche Klärung überfällig

Die gegensätzlichen Beurteilungen zweier nahezu identischer Sachverhalte im Strassenverkehr, die überdies nach ständiger Praxis des Bundesgerichts als erhebliche Gefährdung der Verkehrssicherheit mit beträchtlicher Unfallgefahr gelten,<sup>118</sup> werden wegen des Weiterzuges des Zürcher Obergerichtsurteils durch das Bundesgericht direkt bzw. indirekt einem höchstrichterlichen Entscheid zugeführt. Dies ist angesichts der Verbreitung von Dashcams überaus wünschenswert.

<sup>114</sup> Vgl. betreffend Art. 218 StPO: ANDREAS DONATSCH/THOMAS HANS-JAKOB/VIKTOR LIEBER, Kommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, Art. 218 N 9.

<sup>115</sup> NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER, BSK-StPO (FN 38), N 1 und 4 zu Art. 218; NIKLAUS SCHMID/DANIEL JOSITSCH, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2017, Rz. 1011.

<sup>116</sup> BGer Urteil 6B\_786/2015 (FN 12), E. 1.2.

<sup>117</sup> So jedoch UTINGER (FN 10), Rz. 11.

<sup>118</sup> BGer Urteil 6B\_263/2016 (FN 101), E. 1.3.