

Zürich, 21. April 2008/ms

Einschreiben

Schweizerisches Bundesgericht
Mon Repos

1000 Lausanne 14

Sehr geehrter Herr Präsident
Sehr geehrte Damen und Herren

In Sachen

1. **Demokratische Juristinnen und Juristen Zürich (DJZ),**
Postfach, 8026 Zürich,

vertreten durch Rechtsanwältin Antigone Schobinger,
Gartenhofstrasse 15, Postfach 9819, 8036 Zürich;

2. **JUSO Kanton Zürich,**
Postfach 3015, 8021 Zürich,

vertreten durch Mattea Meyer,
Oberseenerstrasse 174, 8405 Winterthur;

3. **Junge Grüne Kanton Zürich,**
Ackerstrasse 44, 8005 Zürich,

vertreten durch Matthias Probst,
Motorenstrasse 21, 8005 Zürich;

4. **Grüne Kanton Zürich,**
Ackerstrasse 44, 8005 Zürich,

vertreten durch Marlies Bänziger,
Blumenaustrasse 5, 8400 Winterthur;

5. **Alternative Liste Zürich,**

Postfach 1005, 8026 Zürich;

vertreten durch Walter Angst,
Stauffacherstrasse 145, 8004 Zürich;

6. **Matthias Probst,**
Motorenstrasse 21, 8005 Zürich;
7. **Rebekka Wyler,**
Steinstrasse 30, 8003 Zürich;
8. **Anja Recher;**
Josefstrasse 15, 8005 Zürich;
9. **Patrick Angele;**
Stettbachstrasse 44, 8600 Dübendorf;
10. **Susanne Rihs-Lanz,**
Wölflihalde 3, 8192 Glattfelden;
11. **Walter Angst,**
Stauffacherstrasse 145, 8004 Zürich;
12. **Silvana Naef;**

Beschwerdeführer

alle vertreten durch den unterzeichnenden Rechtsanwalt

gegen

Regierungsrat des Kantons Zürich,
Neumühlequai 10, Postfach, 8090 Zürich

Beschwerdegegner

betreffend **Polizeigesetz (PolG) vom 23. April 2007**

beziehe ich mich auf den Beschluss des Regierungsrates über die Ergebnisse der kantonalen Volksabstimmung vom 24. Februar 2008 über das Polizeigesetz vom 23. April 2007 und erhebe dagegen namens und im Auftrag der Beschwerdeführer

Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

mit folgenden

Anträgen:

1. § 17, § 21, § 22, § 25, § 26, § 27, § 28, § 32, § 35, § 36, § 37, § 38, § 39, § 40 und § 53 Abs. 2 des Polizeigesetzes (PolG) vom 23. April 2007 seien aufzuheben.
2. Es sei festzustellen, dass die in Ziffer 1 genannten Bestimmungen im Sinne der nachstehenden Begründung gegen die Bundesverfassung (BV), die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und den UNO-Pakt II verstossen.
3. Es sei festzustellen, dass die in Ziffer 1 genannten Bestimmungen nicht anwendbar sind.
4. Als vorsorgliche Massnahme sei anzuordnen, dass die angefochtenen Bestimmungen während der Dauer des bundesgerichtlichen Verfahrens nicht in Kraft zu setzen seien;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners.

I. Formelles

1. Der unterzeichnende Rechtsanwalt ist zur Vertretung der Beschwerdeführer gehörig bevollmächtigt. Kopien der entsprechenden Vollmachten liegen der Beschwerde bei (s. **Beilagen 1 - 12**).
2. Der Beschluss des Regierungsrates über die Ergebnisse der kantonalen Volksabstimmung vom 24. Februar 2008 (vom 5. März 2008) über das Polizeigesetz (PolG) vom 23. April 2007 sowie die dazugehörigen Ergebnisse der kantonalen Volksabstimmung vom 24. Februar 2008 wurden im Textteil des Amtsblatts vom 7. März 2008 publiziert. Im Ergebnis wurde dabei festgehalten, dass die Vorlage angenommen worden sei (s. **Beilagen 13. bis 16.**). Die vorliegende Beschwerde erfolgt somit – unter Berücksichtigung der Gerichtsferien – innert Frist.
3. Die Beschwerdeführer 6. bis 12. sind im Kanton Zürich wohnhaft. Sie sind potenziell von den angefochtenen Regelungen des PolG betroffen, da diese möglicherweise einmal auf sie angewendet werden könnten.
4. Die Beschwerdeführer 1. bis 5. sind politisch tätige Vereine; die Beschwerdeführer 2. bis 5. politische Parteien. Sie erheben die Beschwerde im Interesse ihrer Mitglieder, die wie die Beschwerdeführer 6. bis 13. potenziell von den angefochtenen Regelungen des PolG betroffen sind.

5. Mit der vorliegenden Beschwerde werden generell-abstrakte Regelungen angefochten, wobei im Rahmen der erhobenen Rügen nach Möglichkeit dargelegt wird, wie die angefochtenen Bestimmungen nach Auffassung der Beschwerdeführer voraussichtlich angewendet werden sollen. Sollten der Beschwerdegegner oder allfällige andere Behörden, die gegebenenfalls zur vorliegenden Beschwerde Stellung nehmen werden, die angefochtenen Regelungen anders anwenden wollen, als dies die Beschwerdeführer annehmen, so erschiene es als gerechtfertigt, diese Stellungnahmen den Beschwerdeführern zu unterbreiten und ihnen Gelegenheit zu geben, dazu ihrerseits Stellung zu nehmen und dabei nötigenfalls weitere Rügen vorzubringen, so weit sich aus den Stellungnahmen des Beschwerdegegners oder weiterer Behörden dazu Anlass ergibt. Im Übrigen wird generell darum ersucht, den Beschwerdeführern Gelegenheit zu geben, zu allfälligen behördlichen Stellungnahmen ihrerseits Stellung nehmen zu können.
6. Die vorsorglichen Massnahmen werden beantragt, um sicherzustellen, dass durch die Inkraftsetzung des Polizeigesetzes für die Betroffenen –insbesondere für die Beschwerdeführer resp. deren Mitglieder – keine Nachteile durch unrechtmässiges Handeln der Polizei entstehen. Mit unrechtmässigem Handeln der Polizei ist insoweit zu rechnen, als die angefochtenen Bestimmungen ihrem Wortlaut nach den Polizeien im Kanton Zürich Grundrechtseingriffe erlauben würden, die sich nicht an den von Verfassung und EMRK vorgegebenen Rahmen halten.

II. Begründung

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist bei der Prüfung der Verfassungsmässigkeit eines Erlasses im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle massgebend, ob der betreffenden Norm nach anerkannten Auslegungsregeln ein Sinn zugemessen werden kann, der sich mit den angerufenen Verfassungs- oder EMRK-Garantien vereinbaren lässt. Das Bundesgericht hebt demnach eine kantonale Norm nur auf, sofern sie sich jeglicher verfassungs- und konventionskonformen Auslegung entzieht, nicht jedoch, wenn sie einer solchen in vertretbarer Weise zugänglich bleibt. Dabei wird auf die Tragweite des Grundrechtseingriffs, die Möglichkeit, bei einer späteren Normkontrolle einen hinreichenden verfassungsrechtlichen Schutz zu erhalten, die konkreten Umstände, unter denen die Norm zur Anwendung kommt, sowie die Möglichkeit einer Korrektur und die Auswirkungen auf die Rechtssicherheit abgestellt. Der blosse Umstand, dass die angefochtene Norm in einzelnen Fällen auf eine verfassungswidrige Weise angewendet werden könnte, führt für sich allein noch nicht zu deren Aufhebung (BGE 130 I 26 E. 2.1 S. 31, BGE 128 I 327 E. 3.1 S. 334).
2. Soweit die Polizeitätigkeit in Grundrechte eingreift, zeichnet sie sich regelmässig dadurch aus, dass der Eingriff in die Grundrechte unmittelbar erfolgt, das heisst im Rahmen eines Realaktes bzw. im Bereich des verfü-

gungsfreien Handelns. Im grundrechtssensiblen Teil des polizeilichen Handelns werden üblicherweise keine Verfügungen erlassen, woran sich gegebenenfalls ein Rechtsmittelverfahren mit aufschiebender Wirkung anschliesst, im Rahmen dessen über die Rechtmässigkeit des Grundrechtseingriffs entschieden werden könnte, bevor dieser effektiv eintritt. Als Realakt bzw. als verfügungsfreies Handeln wirkt das polizeiliche Handeln vielmehr unmittelbar und löst einen allfälligen Grundrechtseingriff für die beteiligte Person in der Regel sofort und unabwendbar aus.

3. Der Polizei obliegt im Rechtsstaat die Umsetzung des Gewaltmonopols des Staates in wesentlichen Bereichen. Die Polizei wird deshalb notwendigerweise mit vielfältigen Kompetenzen ausgestattet, mit denen mitunter weitreichende Möglichkeiten verbunden sind, in die Grundrechte der vom polizeilichen Handeln betroffenen Personen einzugreifen. Die Eingriffskompetenzen reichen – wie sich auch aus den nachstehenden Darlegungen zu einzelnen Regelungen des angefochtenen Erlasses ergibt – von Eingriffen in Grundrechte wie namentlich die persönliche Freiheit und die Wirtschaftsfreiheit bis hin zur Kompetenz, die betroffene Person im Rahmen des Schusswaffengebrauchs zu töten.
4. Im Rahmen des Polizeirechts sind verschiedenste Konstellationen zu regeln, wobei sich vieles nur in einem relativ hohen Abstraktionsgrad regeln lässt, insbesondere deshalb, weil die Polizei allgemein die Funktion hat, die öffentliche Ordnung und Sicherheit durch die Abwehr von Störungen und Gefährdungen zu schützen, und sich dabei nicht jeder denkbare Anwendungsfall im Einzelnen regeln lässt. Dies zeigt sich unter anderem daran, dass der Polizeigeneralklausel in der polizeilichen Tätigkeit regelmässig ein hoher Stellenwert zukommt.
5. Die vorstehend genannten Umstände (Ziffer 2 - 5) sprechen dagegen, den angefochtenen Bestimmungen des Polizeigesetzes über den Wortlaut (grammatikalische Auslegung) hinaus in verfassungs- und konventionskonformer Auslegung einen Sinn beizumessen, der sich nicht mit hinreichender Klarheit aus dem Wortlaut selbst ergibt. Die angefochtenen Bestimmungen sind in diesem Sinne einer verfassungs- und konventionskonformen Auslegung kaum in vertretbarer Weise zugänglich. Die Grundrechtseingriffe, die mit den angefochtenen Bestimmungen verbunden sein können, sind – wie sich aus den nachstehenden Ausführungen zu den einzelnen Bestimmungen ergibt – mitunter von grosser Tragweite. Gegen eine verfassungs- und konventionskonforme Auslegung im vorstehend beschriebenen Sinne sprechen sodann die konkreten Umstände, unter denen die Norm zur Anwendung kommt. Dabei ist von Bedeutung, dass sich die Polizeitätigkeit in den grundrechtssensiblen Bereichen regelmässig im Bereich von Realakten bzw. im Bereich des verfügungsfreien Handelns bewegt. Hinzu kommt, dass die Polizei regelmässig rasch und spontan auf eine von ihr angetroffene Situation reagiert, wenn sie handelt und dabei in Grundrechte eingreift. Ganz anders als etwa beim Erlass einer Verfügung bleibt dabei kein Raum für lange Überlegungen.

6. Dies gebietet es, an den Wortlaut eines Polizeigesetzes hohe Anforderungen zu stellen. Der Wortlaut der einzelnen Bestimmungen des Polizeigesetzes muss die mögliche und notwendige Klarheit aufweisen; diese müssen soweit als möglich aus sich selbst heraus verständlich sein. Nur so können die Bestimmungen ihren Zweck, dem handelnden Polizeibeamten ausreichend klare Leitlinien für sein Handeln vorzugeben, erfüllen, und nur so bieten die Bestimmungen hinreichend Gewähr dafür, dass die betroffenen Personen Klarheit über ihre Rechte und Pflichten gewinnen können. Wenn der Wortlaut einer Bestimmung des Polizeigesetzes nicht die notwendige und mögliche Klarheit und Präzision aufweist, so ist dies mit dem Gebot der Rechtsklarheit und der Rechtssicherheit (insbesondere Voraussehbarkeit), das u.a. in Art. 36 Abs. 1 BV verankert ist, nicht zu vereinbaren. Dieser Mangel wird durch die Möglichkeit, eine Bestimmung über den Wortlaut hinaus bzw. am Wortlaut vorbei verfassungs- und konventionskonform auszulegen, nicht behoben.
7. Dies umso mehr, als die Natur des polizeilichen Handelns – sofortiger Zugriff, der sich insoweit sofort auf die Grundrechte auswirkt – der Möglichkeit, bei einer späteren Normkontrolle einen hinreichenden verfassungsrechtlichen Schutz zu erhalten, entgegensteht. Ziel eines Polizeigesetzes muss es sein, dass dessen Wortlaut, soweit dies möglich ist, aus sich selbst heraus genügend klar ist. Grundrechtsverletzungen sollten bei der Anwendung des Polizeigesetzes möglichst gar nicht auftreten, und der Wortlaut des Gesetzes ist hieran zu messen. Der betroffenen Person demgegenüber nur die Möglichkeit zu belassen, einen Grundrechtseingriff, der sich aus dem faktischen Polizeihandeln ergibt, zunächst hinzunehmen und daran anschliessend zu versuchen, mittels eines Rechtsmittels oder eines Rechtsbehelfs Remedur zu schaffen, ist demgegenüber ein Minus. M. a. W. selbst wenn es eine Möglichkeit gibt, im Anschluss an polizeiliches Handeln, das in Grundrechte eingegriffen hat, ein Rechtsmittel oder einen Rechtsbehelf zu ergreifen, ändert dies dennoch nichts an der Tatsache, dass die betroffene Person den Grundrechtseingriff zunächst einmal erleiden muss. Sofern dieser Grundrechtseingriff nicht gerechtfertigt ist, hat die betroffene Person grundsätzlich Anspruch darauf, diesen auch nicht zu erleiden. Insoweit beinhaltet die Möglichkeit, im Anschluss an polizeiliches Handeln, das in Grundrechte eingreift, Rechtsbehelfe oder Rechtsmittel zu ergreifen, keinen hinreichenden verfassungsrechtlichen Schutz.
8. Hinzu kommt der Umstand, dass es erfahrungsgemäss selbst da, wo ein Rechtsbehelf oder ein Rechtsmittel gegen polizeiliches Handeln an sich zur Verfügung steht, in der Realität für die betroffenen Personen sehr oft schwierig oder gar unmöglich ist, wirksame rechtliche Abhilfe gegen einen allfälligen ungerechtfertigten Grundrechtseingriff zu erhalten. Faktisch ändern daran auch Garantien, die sich aus der Bundesverfassung und aus der EMRK ergeben, wenig. Insbesondere der in Art. 13 EMRK vorgegebene Rechtsschutz ist sehr oft schwierig bis unmöglich zu realisieren. In der Praxis ist festzustellen, dass rechtswidriges Handeln der Polizei für die Polizei

sehr häufig ohne rechtliche Konsequenzen bleibt. Diese Defizite sind u. a. in einem Bericht von Amnesty International festgestellt worden; Amnesty International, aber auch internationale Vertragsorgane wie der Uno-Menschenrechtsausschuss, der Uno-Ausschuss zur Beseitigung der Rassendiskriminierung und das Uno-Komitee gegen Folter (CAT) sahen sich veranlasst, diesbezüglich gegenüber der Schweiz Empfehlungen abzugeben (es sei dazu verwiesen auf Amnesty International, Polizei, Justiz und Menschenrechte, Bern 2007). Die unterstreicht eindrücklich, wie wichtig es ist, dass der Wortlaut eines Polizeigesetzes möglichst klar und unmissverständlich formuliert ist.

9. Zu § 17 PolG (Schusswaffengebrauch)

- 9.1 Der Schusswaffengebrauch zielt auf das Recht auf Leben (Art. 10 Abs. 1 BV, Art. 2 EMRK) und damit auf ein elementares Grundrecht. Mit Schusswaffen sind Handfeuerwaffen mit (im Extremfall) tödlicher Wirkung gemeint (ANDREAS BAUMANN, Aargauisches Polizeigesetz, Praxiskommentar, Zürich 2006, Rz. 551). Auch wenn der Schusswaffengebrauch im konkreten Fall nicht den Tod eines Menschen zum primären Ziel hat (bzw. dies grundsätzlich auch nicht zum primären Ziel haben darf), ist beim Schusswaffengebrauch doch regelmässig mit dem Tod der betroffenen Person zu rechnen (JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 13 ff.).
- 9.2 Gemäss Art. 10 Abs. 1 BV hat jeder Mensch das Recht auf Leben. Gemäss Art. 2 EMRK wird das Recht jedes Menschen auf Leben gesetzlich geschützt. Niemand darf absichtlich getötet werden. Eine Tötung wird nicht als Verletzung dieses Artikels betrachtet, wenn sie durch eine Gewaltanwendung verursacht wird, die unbedingt erforderlich ist, um jemanden gegen rechtswidrige Gewalt zu verteidigen, jemanden rechtmässig festzunehmen oder jemanden, dem die Freiheit rechtmässig entzogen ist, an der Flucht zu hindern sowie um einen Aufruhr oder Aufstand rechtmässig niederzuschlagen. Darüber hinaus wird das Recht auf Leben in Art. 6 UNO-Pakt II geschützt. Diese Bestimmung garantiert jedem Menschen als fundamentalstes aller Menschenrechte ein angeborenes Recht auf Leben. Dieses Recht ist gesetzlich zu schützen. Niemand darf willkürlich seines Lebens beraubt werden (vgl. WALTER KÄLIN/GIORGIO MALINVERNI/MANFRED NOVAK, Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel 1997, S. 161).
- 9.3 § 17 Abs. 1 PolG gibt einleitend sinngemäss den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wieder, der im Zusammenhang mit dem Schusswaffengebrauch – selbstverständlich – zu beachten ist. Ungeachtet dieser einleitenden Bestimmung halten die in § 17 Abs. 2 PolG genannten Konstellationen, in denen der Gebrauch der Schusswaffe insbesondere gerechtfertigt sein kann, nur dann vor Art. 10 Abs. 1 BV, Art. 2 EMRK und Art. 6 UNO-Pakt II stand, wenn und so weit sich aus den genannten Anwendungsfällen (§ 17 Abs. 2 lit. a. bis e. PolG) ein zulässiger Schusswaffengebrauch ergeben

kann. So weit dies nicht der Fall ist, verstösst die Bestimmung, die einen Anwendungsfall vorsieht, gegen die soeben genannten Grundrechte. Es ist Sinn und Zweck der im Gesetz aufgeführten Anwendungsfälle, den handelnden Polizeibeamten vorzugeben, unter welchen Voraussetzungen der Schusswaffengebrauch zulässig sein kann. Insoweit sollen die Einzelbestimmungen von § 17 Abs. 2 lit. a. bis e. PolG das Ergebnis der Verhältnismässigkeitsprüfung vorgeben, indem sie öffentliche Interessen nennen, die den Gebrauch der Schusswaffe – und damit letztlich den Tod eines Menschen – rechtfertigen können, also davon ausgehen, die Durchsetzung dieser öffentlichen Interessen könne schwerer wiegen als das Leben eines Menschen. Bei all dem ist im Übrigen zu berücksichtigen, dass bei der Regelung des Schusswaffengebrauchs auch der Möglichkeit Rechnung zu tragen ist, dass völlig Unbeteiligte davon betroffen sind.

- 9.4 Gemäss § 17 Abs. 2 lit. b. PolG kann der Gebrauch der Schusswaffe insbesondere gerechtfertigt sein, wenn eine Person ein schweres Verbrechen oder ein schweres Vergehen begangen hat oder eines solchen dringend verdächtigt wird und sie fliehen will. Diese Bestimmung weckt in zweierlei Hinsicht grundrechtliche Bedenken:
- 9.5 Zum Einen, indem sie den Begriff «schweres Vergehen» verwendet, einen Begriff, dessen Inhalt sich nicht mit genügender Klarheit bestimmen lässt. Das StGB, auf das sich das PolG hier bezieht, definiert den Begriff des Vergehens (Art. 9 Abs. 2 StGB). Was ein «schweres Vergehen» ist, ist demgegenüber nicht gesetzlich definiert. Es ist auch nicht ohne Weiteres klar bzw. mit hinreichender Klarheit zu bestimmen, was darunter zu verstehen ist. Dadurch fehlt es der angefochtenen Norm an der hinreichenden Bestimmtheit. Das PolG verletzt in diesem Punkt das in Art. 36 Abs. 1 BV verankerte Gebot, dass ein Rechtssatz genügend bestimmt sein muss, d. h. so präzise formuliert, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann. Durch dieses Erfordernis sollen Rechtssicherheit (insbesondere Voraussehbarkeit) und Rechtsgleichheit gewährleistet werden (vgl. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Auflage, Zürich 2005, Rz. 308 f.). Indem § 17 Abs. 2 lit. b. PolG den Schusswaffengebrauch in Bezug auf ein «schweres Vergehen» grundsätzlich für zulässig erachtet, dieser Begriff aber mit Blick auf das soeben genannte Gebot nicht hinreichend präzise ist, verletzt das PolG Art. 36 Abs. 1 BV und – da beim Schusswaffengebrauch wie dargelegt mit dem Tod der betroffenen Person zu rechnen ist – damit das Recht auf Leben gemäss Art. 10 BV.
- 9.6 Zum Anderen, indem postuliert wird, der Gebrauch der Schusswaffe könne auch dann gerechtfertigt sein, wenn eine Person eine Straftat im genannten Sinne begangen hat oder der Begehung einer solchen Straftat verdächtigt wird und fliehen will. Dies, weil nicht einschränkend vorausgesetzt wird, dass von dieser Person eine Gefahr ausgeht bzw. die Umstände darauf schliessen lassen, dass von dieser eine Gefahr ausgeht. Der Gebrauch

der Schusswaffe kann nur gerechtfertigt sein, wenn er verhältnismässig ist, d.h. er wenn er zur Erreichung des damit verfolgten polizeilichen Zwecks erforderlich ist, keine weniger weit gehenden Mittel zur Erreichung des Zwecks zur Verfügung stehen und das damit verfolgte öffentliche Interesse das Interesse der vom Schusswaffengebrauch betroffenen Person überwiegt. Der zuletzt genannten Voraussetzung kommt angesichts des Umstands, dass beim Schusswaffengebrauch mit dem Tod der betroffenen Person zu rechnen ist (dazu vorstehend, insb. Ziff. 9.1), überragende Bedeutung zu. Da das Interesse der betroffenen Person hier in ihrem Recht auf Leben besteht, muss das vom Staat verfolgte Interesse, das dem gegenüber gestellt wird, ausserordentlich schwer wiegen, wenn es den Schusswaffengebrauch rechtfertigen soll. Das Interesse des Staates, jemanden, der eine Straftat begangen hat oder der Begehung einer solchen verdächtigt wird, der Strafverfolgung bzw. dem Strafvollzug zuzuführen, wiegt für sich allein nicht derart schwer, dass es das Recht der betroffenen Person an ihrem Leben überwiegt, und zwar auch dann nicht, wenn die betroffene Person versucht, zu fliehen. Der Schusswaffengebrauch kann hier vielmehr nur dann gerechtfertigt sein, wenn die Polizei Grund zur Annahme hat, von der Person gehe eine erhebliche Gefahr für andere aus. Diese Annahme darf nicht leichthin getroffen werden und muss sich aus den konkreten Umständen ergeben.

- 9.7 Es ist möglich, dass sich Hinweise für eine solche Gefahr aus der begangenen bzw. mutmasslich begangenen Straftat ergeben. Allein der Umstand, dass jemand (mutmasslich) eine Straftat begangen hat, ist jedoch nicht zureichend, um auf die Gefährlichkeit der Person zu schliessen, und zwar sowohl, wenn es um ein «schweres Vergehen» als auch wenn es um ein Verbrechen geht. So begründet beispielsweise der Umstand, dass jemand (mutmasslich) ein Vermögensdelikt, etwa in Form einer Veruntreuung (Art. 138 StGB) oder eines Betrugs (Art. 146 StGB) begangen hat, für sich allein keineswegs die Gefährlichkeit der betreffenden Person. Selbst bei Delikten gegen Leib und Leben oder gegen die sexuelle Integrität ist ein direkter Schluss von einem bestimmten Delikt auf die Gefährlichkeit nicht angängig, und zwar auch nicht bei solchen, die als Verbrechen ausgestaltet sind. Auch hier kommt es auf die konkrete Tat an.
- 9.8 Denkbar ist im Übrigen selbstverständlich, dass sich die Gefahr spezifisch aus der versuchten Festnahme ergeben kann, wenn die Polizei beispielsweise damit rechnen muss, dass der Flüchtende seinerseits eine Schusswaffe einsetzen wird. Auch hierbei muss es sich allerdings um eine erhebliche Gefahr handeln, auf deren Vorliegen aus den konkreten Umständen geschlossen werden kann. Dass die festzunehmende Person möglicherweise handgreiflich wird, wenn die Polizei ihrer handhaft werden will, genügt nicht.
- 9.9 Aus den vorstehenden Darlegungen ergibt sich, dass der Einsatz der Schusswaffe gegen eine Person, die ein «schweres Vergehen» oder ein Verbrechen begangen hat oder der Begehung einer solchen Straftat ver-

dächtigt wird und fliehen will, nicht gerechtfertigt ist, wenn von dieser Person nicht eine erhebliche Gefahr ausgeht. Indem § 17 Abs. 2 lit. b. PolG vorsieht, dass der Einsatz der Schusswaffe gegen eine Person, die ein «schweres Vergehen» oder ein Verbrechen begangen hat oder der Begehung einer solchen Straftat verdächtigt wird und fliehen will, auch dann gerechtfertigt sein kann, wenn von der betroffenen Person keine erhebliche Gefahr ausgeht, ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt, denn in einer solchen Situation verfügt der Staat über kein öffentliches Interesse, das gegenüber dem Interesse der betroffenen Person, die damit rechnen muss, durch den Schusswaffengebrauch ihr Leben zu verlieren, überwiegt. § 17 Abs. 2 lit. b. PolG verletzt insoweit das in Art. 10 Abs. 1 BV garantierte Recht auf Leben. Gleichzeitig ist damit Art. 2 EMRK verletzt, da § 27 Abs. 2 lit. b. PolG den Schusswaffengebrauch auch in Fällen zulässt, in denen keine unbedingte Erforderlichkeit i.S. von Art. 2 EMRK vorliegt. Auch mit Art. 6 UNO-Pakt II ist die Bestimmung damit nicht zu vereinbaren, da sie den Schusswaffengebrauch exzessiv zulässt.

10. *Zu § 21 PolG (Personenkontrolle und Identitätsfeststellung) und § 22 (Erkennungsdienstliche Massnahmen)*

- 10.1 Die Vornahme von Personenkontrollen und Identitätsfeststellungen stellen einen Eingriff in die persönliche Freiheit und in die Privatsphäre dar (Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 5 EMRK, Art. 8 EMRK) dar. Gemäss Praxis des Bundesgerichts stellt die Verpflichtung, sich gegenüber einem Polizeibeamten ausweisen und ihm gegebenenfalls ein die Identität bezeugendes Dokument vorweisen zu müssen, für sich allein betrachtet nicht eine sehr empfindliche Verletzung der persönlichen Freiheit dar. Sie ist dennoch ein direkter Eingriff in die Intimsphäre des Individuums. Im Entscheid BGE 109 Ia 146 hat das Bundesgericht festgehalten, dass es nicht zulässig ist, eine allgemeine Ausweistragpflicht einzuführen und hat den Zusammenhang zwischen der Kompetenz der Polizei, Personenkontrollen und Identitätsfeststellungen durchführen zu dürfen, und dem Entscheid der Bürger, einen Ausweis mit sich zu tragen oder nicht, einlässlich dargelegt. Das Bundesgericht führte in diesem Zusammenhang aus, die Freiheit der Bürger, sich nach Belieben, ohne vorgängige Bewilligung und ohne Einschränkungen, soweit diese nicht für die öffentliche Ordnung und allgemeine Sicherheit unabdingbar unbedingt notwendig sind, im Land frei bewegen zu können, sei ohne Zweifel das Element, das am besten den Rechtsstaat im Unterschied zum Polizeistaat charakterisiere. Weiter hält das Bundesgericht fest: Die Notwendigkeit, Delikte zu ahnden und ihnen zuvorzukommen, rechtfertigt offenbar, dass die Polizeiorgane Identitätskontrollen vornehmen können, ohne dabei durch extrem formalistische Vorschriften gehemmt zu sein. Von einem anderen Blickpunkt aus betrachtet darf aus dieser Kontrollbefugnis nicht eine mit Sanktionen versehene Verpflichtung für jedermann erwachsen, immer einen Identitätsausweis auf sich tragen zu müssen. Dies käme einem allgemeinen Verbot gleich, sich ausserhalb seiner Wohnung ohne Visum zu bewegen. Natürlich bleiben besondere Situationen vorbehalten, wie namentlich der Gebrauch von risikobehafteten Fort-

bewegungsmitteln, die vom Benutzer gewisse Fähigkeiten verlangen. Ebenso wenig sind die Polizeiorgane befugt, ohne jeglichen Grund und unter irgendwelchen Umständen irgendeinen die öffentlichen Strassen benützenden Spaziergänger oder sich in einem öffentlichen Gebäude befindlichen Bürger anzuhalten. Eine mündliche Befragung – Auskünfte über die eigene Person oder Vorweisung von Ausweispapieren – darf weder einen schikanösen Charakter haben, noch der Befriedigung reiner Neugier dienen. So wäre es beispielsweise unzulässig, dass sich korrekt verhaltende Bürger unter nichtigen oder rein subjektiven Vorwänden systematisch und regelmässig polizeilich kontrolliert würden. Die polizeiliche Festnahme muss auf gewissen minimalen objektiven Gründen beruhen, wie dem Vorliegen einer verworrenen Situation, der Anwesenheit des Betroffenen in der Umgebung eines Orts, wo sich soeben eine Straftat zugetragen hat, seiner Ähnlichkeit mit einer gesuchten Person, seiner Zugehörigkeit zu einer Gruppe von Leuten, von denen man aufgrund von Indizien, mögen diese auch noch so schwach sein, annehmen kann, dass sich der eine oder andere in einer ungesetzlichen Situation befindet, die ein polizeiliches Eingreifen nahe legt. Im Rahmen des ihm hier zukommenden abstrakten Normenkontrollverfahrens hat das Bundesgericht nicht allen in Frage kommenden konkreten Einzelfällen Rechnung zu tragen; es genügt ihm festzuhalten, dass wenn der Bürger auch einer einfachen polizeilichen Festnahme, deren Gründe er nicht sofort durchschaut, Folge leisten muss, er dennoch diesbezüglich nicht Willkür und freier Machtvollkommenheit der Polizei ausgeliefert ist. Was das Verhältnismässigkeitsprinzip anbetrifft, so verlangt dieses von den Polizeibeamten Rücksicht und Höflichkeit gegenüber den angehaltenen Personen, so dass sich diese vor ihrer Umgebung möglichst wenig zu schämen brauchen; es verlangt im weiteren, dass die Polizei keine überflüssigen indiskreten Fragen stellt und die Befragten keinen Schikanen aussetzt. Die Kontrollmassnahmen dürfen auf keinen Fall über das zur Überprüfung der Identität unbedingt Notwendige hinausgehen; mündliche Angaben, deren Richtigkeit mit Leichtigkeit an Ort bestätigt werden kann, genügen, wenn man es unterlassen hat, sich mit einem Identitätsausweis auszurüsten (BGE 109 Ia 146 [Pra 72 (1983) Nr. 281, S. 753]).

- 10.2 Diese differenzierten Voraussetzungen, wie sie vom Bundesgericht aufgestellt worden sind, finden im PolG keinerlei Niederschlag. § 21 Abs. 1 PolG sieht vor, wenn es zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendig sei, dürfe die Polizei eine Person anhalten, deren Identität feststellen und abklären, ob nach ihr oder nach Fahrzeugen, anderen Gegenständen oder Tieren, die sie bei sich hat, gefahndet wird. Einzige Voraussetzung für die Anhaltung einer Person mit anschliessender Identitätskontrolle und allfälliger weiterer in § 21 PolG genannter Massnahmen soll also sein, dass dies für die Erfüllung der Aufgaben der Polizei notwendig ist. Die vorgesehenen Möglichkeiten, unter denen Personenkontrollen und Identitätsfeststellungen zulässig sein sollen, sind damit zu weit und zu ungenau und entsprechen nicht den Anforderungen, die das Bundesgericht im vorstehend zitierten Entscheid diesbezüglich gesetzt hat.

- 10.3 Zu weit und zu ungenau ist die in § 21 Abs. 1 PolG genannte Voraussetzung insofern, als jede polizeiliche Aufgabe als Rechtfertigung für Personenkontrollen und Identitätsfeststellungen dienen können soll. Ungenau ist die Voraussetzung zudem, weil es schwer fällt, Klarheit darüber zu gewinnen, was konkret mit der Formulierung «wenn es zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendig ist» gemeint sein könnte. Vor allen Dingen aber kommen die Anforderungen, die das Bundesgericht in Bezug auf Personenkontrollen und Identitätsfeststellungen aufgestellt hat, in der genannten Bestimmung überhaupt nicht zum Ausdruck. Die zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung streicht heraus, dass eine Person nur kontrolliert werden darf, wenn sie einen objektivbaren Anlass dazu bietet. Die notwendigen Eingriffsvoraussetzungen können also richtigerweise nicht allein aus einer (wie auch immer gearteten) polizeilichen Aufgabe heraus definiert werden, sondern müssen einen genügenden Anknüpfungspunkt in der zu kontrollierenden Person bzw. in einem Anlass für eine Kontrolle, den diese Person bietet, finden. Dieses an der zu kontrollierenden Person anknüpfende Eingriffskriterium, das für eine Personenkontrolle und Identitätsfeststellung notwendig ist, fehlt in der angefochtenen Bestimmung vollständig.
- 10.4 Gemäss der angefochtenen Bestimmung sollen Personenkontrollen und Identitätsfeststellungen zur Wahrnehmung irgendwelcher, nicht näher bestimmter polizeilicher Aufgaben zulässig sein, ohne dass vorausgesetzt wird, dass die Kontrolle auf minimalen objektiven Gründen beruhen muss, wie dem Vorliegen einer verworrenen Situation, der Anwesenheit des Betroffenen in der Umgebung eines Orts, wo sich soeben eine Straftat zugegetragen hat, seiner Ähnlichkeit mit einer gesuchten Person, seiner Zugehörigkeit zu einer Gruppe von Leuten, von denen man aufgrund von genügenden Indizien annehmen kann, dass sich der eine oder andere in einer ungesetzlichen Situation befindet, die ein polizeiliches Eingreifen nahe legt. Diesen minimalen objektiven Gründen, die vorliegen müssen, ist letztlich gemeinsam, dass es einen genügenden Anlass für die Kontrolle braucht, den die betroffene Person bietet, und sei dies nur aufgrund gewisser Annahmen, die die Polizei aufgrund zureichender objektiver Gründe aus der angetroffenen Situation treffen kann. Indem § 21 PolG keine derartige, die diesbezüglichen Befugnisse der Polizei einschränkende Bestimmung enthält und somit vorsieht, polizeiliche Personenkontrollen und Identitätsfeststellungen könnten zulässig sein, ohne dass dafür minimale objektive Gründe der genannten Art gegeben sind, werden der Polizei Befugnisse eingeräumt, die zu einem nicht gerechtfertigten Eingriff in die persönliche Freiheit führen können. Insoweit hält § 21 PolG nicht vor Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 5 EMRK und Art. 8 EMRK stand.
- 10.5 Zu berücksichtigen ist in Bezug auf Personenkontrollen und Identitätsfeststellungen zudem, dass die angehaltene Person gemäss § 21 Abs. 2 PolG verpflichtet ist, Angaben zur Person zu machen, mitgeführte Ausweis- und Bewilligungspapiere vorzuzeigen und zu diesem Zweck Behältnisse und Fahrzeuge zu öffnen. Weiter darf die Polizei die Person gemäss § 21 Abs.

3 PolG zu einer Dienststelle bringen, wenn die Abklärungen gemäss Abs. 1 vor Ort nicht eindeutig oder nur mit erheblichen Schwierigkeiten vorgenommen werden können oder wenn zweifelhaft ist, ob die Angaben richtig oder die Ausweis- und Bewilligungspapiere echt sind. Die Befugnis der Polizei zu Personenkontrollen und Identitätsfeststellungen führt also zur Pflicht der betroffenen Person, ihre Papiere zu zeigen und hierfür Behältnisse und Fahrzeuge zu öffnen. Unter den genannten Voraussetzungen kann es sogar dazu kommen, dass die betroffene Person schliesslich zu einer Dienststelle verbracht wird, sich die betroffene Person also zu einer Dienststelle transportieren lassen muss – u.U. gefesselt (vgl. § 16 Abs. 2 PolG) – und dort so lange zubringen muss, bis ihre Identität geklärt ist. Dies stellt einen Freiheitsentzug dar (dazu im Detail nachstehend Ziff. 11.).

10.6 Indem § 21 PolG Personenkontrollen und Identitätsfeststellungen auch ohne zureichenden Grund zulässt und damit die Pflicht der betroffenen Person verknüpft, mitgeführte Ausweis- und Bewilligungspapiere vorzulegen und überdies vorsieht, dass die Person zu einer Dienststelle verbracht werden kann, wenn die Identitätsfeststellung vor Ort auf Schwierigkeiten stösst, kommt jede potenziell betroffene Person unter Druck, Ausweis-papiere mit sich zu führen oder aber zu gewärtigen, dass sie im Rahmen einer solchen Kontrolle einen Freiheitsentzug erleidet. Dies stellt nach der zitierten Praxis des Bundesgerichts einen unzulässigen bzw. unverhältnismässigen Eingriff in die persönliche Freiheit dar. Indirekt führt § 21 PolG zu einer Ausweistragpflicht resp. unterwirft Personen, die keinen Ausweis tragen, Nachteilen, da diese gewärtigen müssen, im Rahmen einer Personenkontrolle nach § 21 PolG in eine Dienststelle verbracht zu werden, mithin einen Freiheitsentzug zu erleiden. Dies ist mit dem nach dem zitierten Bundesgericht mit der bestehenden Freiheit der Bürger, sich nach Belieben, ohne vorgängige Bewilligung und ohne Einschränkungen, soweit diese nicht für die öffentliche Ordnung und allgemeine Sicherheit unabdingbar unbedingt notwendig sind, im Land frei bewegen zu können, nicht vereinbar. § 21 PolG verletzt somit das Recht auf persönliche Freiheit. Indem der Umstand, dass jemand keinen Ausweis auf sich trägt, zu einem Freiheitsentzug führen kann, verletzt § 21 PolG Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 5 EMRK und Art. 8 EMRK. Art. 5 EMRK ist insoweit verletzt, als § 21 PolG zu einem Freiheitsentzug führen kann, ohne dass einer der in Art. 5 lit a) bis f) EMRK aufgezählten Gründe (dazu nachstehend Ziff. 11.) vorliegt.

10.7 § 22 PolG sieht die Vornahme von erkennungsdienstlichen Massnahmen vor, wenn die Feststellung der Identität einer Person zur Erfüllung polizeilicher Aufgaben notwendig ist und mit anderen auf Polizeidienststellen vorhandenen Mitteln nicht oder nur mit erheblichen Schwierigkeiten erfolgen kann. Abgesehen von der Subsidiarität gegenüber anderen Möglichkeiten der Identitätsfeststellung sind die Voraussetzungen gemäss § 22 PolG gleich wie gemäss § 21 PolG, indem nur vorausgesetzt ist, die Massnahme sei zur Erfüllung polizeilicher Aufgaben notwendig. § 22 PolG ist insoweit genau mit derselben grundrechtlichen Problematik behaftet wie § 21 PolG.

10.8 Die Erhebung erkennungsdienstlicher Daten wie auch deren Aufbewahrung und Bearbeitung stellen einen Eingriff persönliche Freiheit, die Privatsphäre und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar, welche Rechte in 10 Abs. 2 bzw. Art. 13 Abs. 2 BV sowie Art. 8 EMRK garantiert sind (vgl. BGE 133 I 77 [1P.358/2006] E. 3.2). Der hier zur Diskussion stehende Eingriff wiegt schwerer als eine reine Personen- und Identitätskontrolle, wie sie im Rahmen von § 21 PolG vorgesehen ist. Damit können erkennungsdienstliche Massnahmen nach § 22 PolG nicht verfassungs- und EMRK-konform sein, so weit die Voraussetzungen für eine Personenkontrolle und Identitätsfeststellung nicht erfüllt sind. Es sei zu den diesbezüglichen Schranken und Voraussetzungen auf die vorstehenden Darlegungen zu § 21 PolG verwiesen. Da § 22 PolG somit erkennungsdienstliche Massnahmen zur Identitätsfeststellung in Konstellationen ermöglichen will, in denen kein genügender, der zu überprüfenden Person zuzuordnender, objektivierbarer Anlass besteht (entsprechend der zitierten Praxis des Bundesgerichts zur Identitätsfeststellung), verstösst diese Bestimmung gegen 10 Abs. 2 bzw. Art. 13 Abs. 2 BV sowie Art. 8 EMRK.

11. *Zu § 25 PolG (Voraussetzungen des polizeilichen Gewahrsams)*

11.1 § 25 PolG sieht verschiedene Gründe vor, die polizeilichen Gewahrsam begründen können. Zwei dieser Gründe wecken grundsätzliche Bedenken.

11.2 Der polizeiliche Gewahrsam stellt in der Regel einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit bzw. in die Bewegungsfreiheit dar (Art. 10 Abs. 2 BV), ausser wenn er nur ganz kurze Zeit dauert (z. B. 1 - 2 Stunden) und die Umstände der Verhaftung die verhaftete Person nicht besonders intensiv treffen (vgl. MÜLLER, a.a.O., S. 37; HANS VEST, St. Galler Kommentar zu Art. 31 BV, N 5 f.). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang überdies Art. 5 EMRK. Ob ein Freiheitsentzug i. S. dieser Bestimmung vorliegt, ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen, wobei auch ein kurzfristiger Freiheitsentzug unter Art. 5 EMRK fällt (vgl. MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], 2. Aufl., Zürich 1999, Rz. 316 ff.; JENS MEYER-LADEWIG, Handkommentar EMRK, Baden-Baden 2003, Art. 5 N 2 f.). Damit beinhaltet der polizeiliche Gewahrsam in der Regel einen Freiheitsentzug i. S. v. Art. 5 EMRK. Art. 5 EMRK lässt einen Freiheitsentzug nur aus den Gründen zu, die in dieser Bestimmung genannt werden. Die vorgesehenen Gewahrsamsgründe müssen von den in Art. 5 EMRK vorgesehenen Gründen gedeckt sein, andernfalls sind sie EMRK-widrig. Die Liste der genannten Haftgründe ist abschliessend, und sie sind im Sinne eines weitgehenden Schutzes des Freiheitsrechts eng auszulegen (JOCHEN ABR. FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl 1996, Art. 5 Rz. 47). Im Einzelnen bestimmt Art. 5 EMRK, die Freiheit dürfe nur in den folgenden Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden:

a) rechtmässiger Freiheitsentzug nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht;

- b) rechtmässige Festnahme oder rechtmässiger Freiheitsentzug wegen Nichtbefolgung einer rechtmässigen gerichtlichen Anordnung oder zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung;
- c) rechtmässige Festnahme oder rechtmässiger Freiheitsentzug zur Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde, wenn hinreichender Verdacht besteht, dass die betreffende Person eine Straftat begangen hat, oder wenn begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, sie an der Begehung einer Straftat oder an der Flucht nach Begehung einer solchen zu hindern;
- d) rechtmässiger Freiheitsentzug bei Minderjährigen zum Zweck überwachter Erziehung oder zur Vorführung vor die zuständige Behörde;
- e) rechtmässiger Freiheitsentzug mit dem Ziel, eine Verbreitung ansteckender Krankheiten zu verhindern, sowie bei psychisch Kranken, Alkohol- oder Rauschgiftsüchtigen und Landstreichern;
- f) rechtmässige Festnahme oder rechtmässiger Freiheitsentzug zur Verhinderung der unerlaubten Einreise sowie bei Personen, gegen die ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren im Gange ist.

11.3 § 25 lit. b. PolG sieht vor, dass die Polizei eine Person in Gewahrsam nehmen darf, wenn sie *voraussichtlich der fürsorgerischen Hilfe bedarf*. Daneben sieht § 25 lit. a. PolG als Gewahrsamsgrund die ernsthafte Selbst- oder Fremdgefährdung vor. Insoweit ergibt sich bei der Auslegung der vorliegenden Bestimmungen, dass es bei § 25 lit. b. PolG nicht um Fälle von fürsorgerischem Freiheitsentzug gehen kann, da dies von § 25 lit. a. PolG abgedeckt wird. Dasselbe gilt für andere Fälle von Selbst- oder Fremdgefährdung (bzw. für den Schutz von Leib und Leben), die allenfalls einen kurzfristigen Freiheitsentzug rechtfertigen können, etwa wenn eine Person derart stark unter Einfluss von Alkohol oder Drogen steht, dass eine Gefährdungssituation vorliegt. § 25 lit. b. muss sich somit auf eine andere Konstellation beziehen. Ebenso wenig kann sich § 25 lit. b. PolG auf unmündige oder entmündigte Person beziehen, der Inhaberin oder dem Inhaber der elterlichen Sorge oder Obhut oder der Vormundschaftsbehörde zugeführt werden sollen, denn für diesen Fall wurde in § 29 PolG eine gesetzliche Grundlage geschaffen, die u. a. beinhaltet, dass die Polizei die betroffene Person hierfür in ihre Obhut nehmen darf. Zudem kann in solchen Fällen allenfalls der Gewahrsamsgrund von § 25 lit. d. PolG angerufen werden (*«wenn dies zur Sicherstellung einer Vor-, Zu- oder Rückführung notwendig ist»*), soweit dies als verfassungs- und EMRK-konform erscheint; allerdings dürfte § 29 PolG für die in diesem Zusammenhang notwendigen polizeilichen Massnahmen bereits eine genügende gesetzliche Grundlage darstellen, so dass § 25 lit. d. PolG wohl nicht bemüht werden muss. Im Übrigen ist § 25 lit. b. PolG schon vom Wortlaut her nicht auf die Schutzbedürftige unmündige oder entmündigte Personen anwendbar, vielmehr bezieht sich die Bestimmung auf fürsorgerische Hilfe, also auf Sozialhilfe:

11.4 Für welche Fälle § 25 lit. b. konkret gedacht ist, wann m. a. W. anzunehmen ist, jemand bedürfe voraussichtlich der fürsorgerischen Hilfe, ist erör-

terungsbedürftig. Aus den Materialien ergeben sich dazu gewisse Hinweise. In der Weisung gemäss Antrag des Regierungsrats vom 5. Juli 2006 (s. **Beilage 16**) wird ausgeführt (S. 42 f.):

«Der polizeiliche Gewahrsam stellt einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit der betroffenen Person dar. Die Anwendungsfälle sind deshalb abschliessend im Gesetz aufzuzählen, wobei wiederum nur die Fälle ausserhalb der Strafverfolgung – wenn kein Verdacht auf das Vorliegen einer strafbaren Handlung vorliegt – im Polizeigesetz zu regeln sind. Die Bestimmung ist im Vernehmlassungsverfahren erheblich kritisiert worden, insbesondere wurde die Vereinbarkeit gewisser Anwendungsfälle mit der EMRK in Frage gestellt. [...] Beibehalten wurden [...] die Fälle von Buchstaben b bis e des Vernehmlassungsentwurfs, die abgesehen von redaktionellen Änderungen den Buchstaben a bis d des vorliegenden Entwurfs entsprechen. Dabei liegen die Fälle von Buchstaben a und b grundsätzlich im überwiegenden Interesse der betroffenen Person, da ihr Zweck hauptsächlich der Selbstschutz bzw. die fürsorgliche Hilfe ist. Auch wenn die Vereinbarkeit dieser Anwendungsfälle mit der EMRK durch die Rechtsprechung nicht abschliessend geklärt ist, erscheint es vertretbar, an ihnen festzuhalten und den Gewahrsam in diesem Zusammenhang nicht in erster Linie als Freiheitsentzug zu beurteilen, sondern als Massnahme zum Schutz von Leib und Leben. Typischerweise geht es um von der Polizei zu treffende Sofortmassnahmen, bis fachliche Hilfe verfügbar ist.»

Im Weiteren finden sich im Zusammenhang mit der Gewahrsamsdauer folgende Darlegungen (S. 44 der Weisung):

«Die Zuführung von Personen, die beispielsweise der fürsorglichen Hilfe bedürfen, an eine andere, für weitere Massnahmen zuständige Stelle kann nicht immer innert 24 Stunden erfolgen, weil solche Stellen unter anderem nicht dauernd erreichbar sind.»

- 11.5 Dazu ist zunächst zu bemerken, dass das Argument, der Gewahrsam im Zusammenhang mit § 25 lit. b. PolG sei als Massnahme zum Schutz von Leib und Leben zu beurteilen, nichts daran ändert, dass die Anordnung dieser Massnahme einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit bzw. in die Bewegungsfreiheit und einen Freiheitsentzug i.S.v. Art. 5 EMRK darstellt. Im Licht des Rechts auf persönliche Freiheit und Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) stellt sich damit die Frage, ob dieses Grundrecht einge-

schränkt werden darf, weil eine Person voraussichtlich der fürsorgerischen Hilfe bedarf. Unter dem Blickwinkel von Art. 5 EMRK ist ein polizeilicher Gewahrsam nur zulässig, wenn der Umstand, dass eine Person voraussichtlich der fürsorgerischen Hilfe bedarf, von einem in Art. 5 EMRK vorgesehenen Grund für einen Freiheitsentzug gedeckt ist. Wie zu zeigen sein wird, hält der in § 25 lit. b. vorgesehene Gewahrsamsgrund vor dem Recht auf persönliche Freiheit und Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) bzw. vor Art. 5 EMRK nicht stand.

- 11.6 In Bezug auf das Recht auf persönliche Freiheit und Bewegungsfreiheit müssen die Voraussetzungen von Art. 36 BV erfüllt sein. Namentlich müsste der vorgesehene Gewahrsam durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt und überdies verhältnismässig sein. (Staatliche) Fürsorge ist der überkommene Begriff für die Pflicht der Kantone und Gemeinden, ihren Einwohnerinnen und Einwohnern bei finanzieller Notlage zu helfen (vgl. MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, St. Galler Kommentar zu Art. 41 BV, N 34). Heute wird dafür i. d. R. der Begriff Sozialhilfe verwendet, der sich gemäss den Richtlinien für die Ausgestaltung der Sozialhilfe der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe wie folgt definiert: «*Sozialhilfe sichert die Existenz bedürftiger Personen, fördert ihre wirtschaftliche und persönliche Selbständigkeit und gewährleistet die soziale und berufliche Integration*» (SKOS-Richtlinien 04/05, A.1-1). Der Kanton Zürich verwendet in der Kantonsverfassung (Art. 111) und im Sozialhilfegesetz primär den Begriff Sozialhilfe, wobei sich der Inhalt des Begriffes im Wesentlichen mit der Definition der SKOS-Richtlinien deckt (vgl. § 11 ff. des Sozialhilfegesetzes), stellenweise aber auch den Begriff der Fürsorge (so ist in § 6 ff. des Sozialhilfegesetzes von der Fürsorgebehörde die Rede). Die Sozialhilfe ist im Übrigen keine polizeiliche Aufgabe bzw. gehört nicht zu den polizeilichen Schutzgütern (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich, 5. Aufl. 2006, Rz. 2433 ff.) und ist somit nicht geeignet, polizeiliche Zwangsmassnahmen zu rechtfertigen.
- 11.7 Entsprechend dem Inhalt des Begriffs der Fürsorge – und nachdem Fälle von Schutz vor Selbst- und Fremdgefährdung, wie vorstehend dargelegt (Ziff. 11.3), durch andere Bestimmungen des PolG abgedeckt sind – postuliert das PolG also, es könne ein zulässiger Gewahrsamsgrund sein, wenn jemand voraussichtlich Sozialhilfeleistungen benötigt. Ziel des Gewahrsamsgrundes von § 25 lit. b. PolG wäre es somit, dafür zu sorgen, dass der betroffenen Person die Sozialhilfeleistungen, die sie voraussichtlich benötigt, zukommen. Der polizeiliche Gewahrsam stellt in der Regel einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit bzw. in die Bewegungsfreiheit dar. Soll das Ziel des Gewahrsams in dieser Konstellation erfüllt werden, so wird der Gewahrsam regelmässig einige Zeit dauern, wird sich doch die benötigte Sozialhilfe nicht von der Polizei selbst realisieren lassen. Vielmehr wird eine Art Zuführung an die zuständige Sozialhilfebehörde notwendig sein (bzw. umgekehrt formuliert: ist eine solche Zuführung an die zuständige Sozialhilfebehörde nicht notwendig, so wird der polizeiliche Gewahr-

sam kein geeignetes Mittel zur Erreichung des genannten Ziels sein). Dies braucht jedoch Zeit, u. U. – wovon der Regierungsrat in der vorstehend zitierten Stelle der Weisung selbst ausgeht (vgl. vorstehend Ziff. 11.4) – sogar mehr als 24 Stunden. Die Anwendung von § 25 lit. b. PolG hätte also regelmässig einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit bzw. Bewegungsfreiheit zur Folge.

- 11.8 Unter diesen Umständen kann nicht davon ausgegangen werden, der polizeiliche Gewahrsam für eine Person, die voraussichtlich der fürsorgerischen Hilfe bedarf, sei durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt. Auch erscheint ein solcher Gewahrsam nicht als verhältnismässig. Die Erforderlichkeit und Geeignetheit ist nicht ersichtlich, denn eine Person, die voraussichtlich Sozialhilfe bedarf, kann sich selbst bei der Sozialhilfebehörde für die entsprechenden Leistungen anmelden. Unterlässt sie eine solche Anmeldung bzw. arbeitet die betroffene Person nicht einvernehmlich mit der Sozialhilfebehörde zusammen, so wird sie keine Sozialhilfeleistungen erhalten, selbst wenn man sie der Sozialhilfebehörde ins Büro stellen würde (vgl. § 3 des Sozialhilfegesetzes, wonach die Durchführung der Hilfe in Zusammenarbeit mit dem Hilfesuchenden erfolgen soll und die Selbsthilfe zu fördern ist; weiter den unter dem Ingress «*Berechtigung*» stehende § 11 des Sozialhilfegesetzes, der bestimmt, wer in einer persönlichen Notlage der Hilfe bedarf, kann bei einer der in § 13 genannten Stellen um Beratung und Betreuung nachsuchen; weiter § 12 des Sozialhilfegesetzes, wonach die persönliche Hilfe wird im Einvernehmen mit dem Hilfesuchenden gewährt wird). Schliesslich ergibt eine Abwägung zwischen Eingriffszweck und der Eingriffswirkung, dass kein gegenüber der persönlichen Freiheit bzw. Bewegungsfreiheit überwiegendes Interesse besteht an der Anordnung des polizeilichen Gewahrsam im Falle einer Person, die voraussichtlich der fürsorgerischen Hilfe bedarf. Die betroffene Person sieht sich durch den Gewahrsam ihrer persönlichen Freiheit und ihrer Bewegungsfreiheit beraubt, was wie dargelegt einen schweren Eingriff darstellt. § 25 lit. b. PolG vermag damit keinen Eingriff in Art. 10 Abs. 2 BV zu rechtfertigen und verstösst somit gegen das Recht auf persönliche Freiheit und Bewegungsfreiheit.
- 11.9 Dies hat im Übrigen unabhängig davon zu gelten, welche Sozialhilfebehörde konkret für die Unterstützung einer Person zuständig ist und ob die betreffende Person in der Gemeinde, in der sie sich gerade befindet, Wohnsitz hat oder nicht. Zum Einen haben der Wohnsitz und der Aufenthaltsort der Person keinen wesentlichen Einfluss auf die dargelegte Interessenabwägung, d. h. es besteht auch insoweit kein überwiegendes Interesse daran, die betroffene Person in Gewahrsam zu nehmen. Zum Anderen hat die betroffene Person gestützt auf die persönliche Freiheit und Bewegungsfreiheit und die Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) das Recht, sich frei zu bewegen – selbstverständlich auch ausserhalb ihrer Wohngemeinde. Dieses Recht würde sie selbstverständlich nicht verlieren, wenn die Polizei zur Auffassung gelangt, dass sie voraussichtlich der fürsorgerischen Hilfe bedarf. Die Polizei könnte dem Interesse der Person, sich frei zu be-

wegen und ihren Aufenthaltsort frei zu wählen, kein überwiegendes Interesse entgegenzusetzen, das es ihr erlauben würde, die Person vom Ort, an dem sie sie antrifft, zu entfernen und sie dafür in Gewahrsam zu nehmen. Es ist auch in dieser Konstellation nicht ersichtlich, in wie weit sich aus dem Umstand, dass eine Person voraussichtlich der fürsorgerischen Hilfe bedarf, die Notwendigkeit, Geeignetheit und Verhältnismässigkeit im engeren Sinne (überwiegendes Interesse) dafür ergeben könnte, die Person in Gewahrsam zu nehmen und sie so ihrer persönlichen Freiheit, ihrer Bewegungsfreiheit und ihres damit verbundenen Rechts, ihren Aufenthaltsort frei wählen zu können, zu berauben. Sofern die betroffene Person einen anderen Grund für polizeiliche Zwangsmassnahmen setzt, so können diese zur Anwendung gebracht werden. Dabei muss es aber sein Bewenden haben, zumal die Person letztlich – wie vorstehend dargelegt – ohnehin nicht dazu gezwungen werden kann, Sozialhilfe in Anspruch zu nehmen, ungeachtet der Frage, ob sie solcher bedarf oder nicht. Es kann im Übrigen durchaus sein, dass eine Person, die voraussichtlich der fürsorgerischen Hilfe bedarf, einen anderen Gewahrsamsgrund erfüllt. Dann muss aber dieser spezifische Gewahrsamsgrund angerufen werden, und die Polizei kann sich nicht stattdessen auf den Gewahrsamsgrund von § 25 lit. b stützen, der ein untaugliches Kriterium für den Gewahrsam vorsieht und jedenfalls viel zu weit gefasst ist (in dem Sinne, wie dies nachstehend in Ziff. 10.11 dargelegt wird). Schliesslich ist auch in diesem Zusammenhang zu beachten, dass die Sozialhilfe keine polizeiliche Aufgabe ist bzw. nicht zu den polizeilichen Schutzgütern gehört und somit nicht geeignet ist, polizeiliche Zwangsmassnahmen zu rechtfertigen.

11.10 Darüber hinaus ist der Gewahrsamsgrund von § 25 lit. b. PolG von keinem der in Art. 5 EMRK vorgesehenen Haftgründe gedeckt. In Bezug auf Art. 5 lit. a), c) und f) EMRK bedarf dies keiner weiteren Erläuterungen, in Bezug auf lit. b) erscheint es ebenfalls als klar, da hier keine gesetzliche Verpflichtung zur Disposition steht, die durch den Gewahrsam erzwungen werden könnte. Sodann kann sich dieser Gewahrsamsgrund nicht auf lit. d) stützen, da sich aus dem Wortlaut und der systematischen Einordnung von § 25 lit. b. PolG – wie dargelegt (vorstehend Ziff. 11.3) – ergibt, dass es hier um Fälle geht, die voraussichtlich Leistungen der Sozialhilfe benötigen, nicht aber darum, Schutzbedürfnisse Minderjähriger abzudecken bzw. darum, diese dem Inhaber der elterlichen Sorge oder Obhut oder der Vormundschaftsbehörde zuzuführen. Für die Bedürfnisse im Zusammenhang mit Minderjährigen ist in § 29 PolG eine spezielle Norm geschaffen worden; so weit sich dies als verfassungs- und EMRK-konform erweist, kann sich die Polizei hier zudem auf den Gewahrsamsgrund von § 25 lit. d. PolG stützen.

11.11 Auf den Haftgrund von Art. 5 lit. e) EMRK kann sich die Bestimmung von § 25 lit. b. PolG ebenfalls nicht stützen. Dazu ist sie viel zu weit gefasst. Wie vorstehend dargelegt (Ziff. 11.4 ff., insb. Ziff. 11.6) ist unter fürsorgerischer Hilfe Sozialhilfe zu verstehen, wie sie namentlich in den SKOS-Richtlinien und im Sozialhilfegesetz des Kantons definiert ist. Personen, die

voraussichtlich Anspruch auf Sozialhilfeleistungen beanspruchen können, sind nun aber grundsätzlich weder psychisch krank, noch alkohol- oder rauschgiftsüchtig noch Landstreicher. Soweit eine Person im Einzelfall die eine oder andere dieser Eigenschaften erfüllt und daraus eine Rechtfertigung abgeleitet werden soll, eine Person in Gewahrsam zu nehmen, so ist dafür ein spezifischer Gewahrsamsgrund anzurufen (und nötigenfalls im Gesetz zu schaffen), der klar von Art. 5 EMRK gedeckt ist. Dies ist im PolG insoweit geschehen, als beispielsweise der Gewahrsamsgrund der ernsthaften Selbst- oder Fremdgefährdung geschaffen worden ist. Das Kriterium, jemand bedürfe voraussichtlich der fürsorgerischen Hilfe, ist demgegenüber aber viel zu weit gefasst und letztlich untauglich. Die meisten Personen, die dieses Kriterium erfüllen, sind psychisch gesund, nicht alkohol- und rauschgiftsüchtig und keine Landstreicher. Sofern es um Menschen geht, die Probleme haben oder sich in einer Lebenssituation befinden, die einen Freiheitsentzug zu begründen vermögen, kann dies im PolG spezifisch umschrieben werden; der Bedarf nach Sozialhilfe an sich wird demgegenüber nie der eigentliche Grund sein, weswegen ein Freiheitsentzug angeordnet wird, sondern höchstens ein Umstand, der in einigen wenigen Fällen gleichzeitig mit dem eigentlichen Anlass für den Gewahrsam vorliegen mag. Insofern erscheint das Kriterium der Fürsorgebedürftigkeit nicht als geeignet, als gesetzliche Grundlage für einen Freiheitsentzug zu dienen, der sich auf Art. 5 lit. e) EMRK zu stützen vermöchte.

11.12 In Bezug auf Art. 5 EMRK ist im Übrigen noch auf das Erfordernis hinzuweisen, dass die Freiheit nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden darf, was nach der Praxis der Strassburger Organe beinhaltet, dass die vom Staat angerufene Norm genügend bestimmt ist; das Recht muss dem Einzelnen erkennbar und verständlich sein, so dass er sein Verhalten danach einrichten kann (FROWEIN/PEUKERT, a.a.O., Art. 5 Rz. 26 und Rz. 29 ff.). Dieses Erfordernis schliesst die Möglichkeit aus, § 25 lit. b. PolG irgend eine Bedeutung zuzumessen, die sich nicht aus den verwendeten Begriffen ergibt, also unter fürsorgerischer Hilfe irgend etwas anderes zu verstehen als Sozialhilfe (zum Inhalt dieser Begriffe sei auf Ziff. 11.4 ff., insb. Ziff. 11.6, verwiesen). Dies schliesst ferner die Möglichkeit aus, die EMRK-konformität mit der Überlegung retten zu wollen, die eine oder andere Person, die voraussichtlich der fürsorgerischen Hilfe bedarf, werde wohl schon einen der in Art. 5 EMRK vorgesehenen Gründe für einen Freiheitsentzug erfüllen, womit die entsprechende Bestimmung in reduziertem Umfang angewendet werden könne. Wie dargelegt (vorstehend Ziff. 11.11) ist das in § 25 lit. b. PolG vorgesehene Kriterium letztlich ungeeignet, um Fälle zu bestimmen, in denen die Anordnung von polizeilichem Gewahrsam gerechtfertigt ist; es wäre ohne Weiteres möglich, tauglichere und klarere Kriterien zu finden. Aufgrund des Erfordernisses, dass die angerufene Norm genügend bestimmt und das Recht dem Einzelnen erkennbar und verständlich sein muss, lässt sich die angefochtene Bestimmung vor der EMRK nicht retten. Eine Bestimmung, die vor diesem Erfordernis standhalten soll, muss deutlich präziser gefasst sein als § 25 lit. b. PolG.

11.13 Gemäss § 25 lit. d. PolG darf eine Person in Gewahrsam genommen werden, wenn dies zur *Sicherstellung einer Vor-, Zu- oder Rückführung notwendig* ist. Dieser Gewahrsamsgrund nimmt Bezug auf die Bestimmungen zur Vor-, Zu- und Rückführung gemäss §§ 28 bis 31 PolG. Er ist in zweierlei Hinsicht mit Mängeln behaftet: Zum Einen wird – mit Ausnahme der Fälle der Zuführung von Unmündigen bzw. Entmündigten (§ 29 PolG) und der Rückführung von ausreisepflichtigen ausländischen Personen (§ 31 PolG) – weder aus § 25 lit. d. noch aus §§ 28 bis 31 PolG hinreichend deutlich, in welchen Fällen bzw. unter welchen Voraussetzungen eine Vor-, Zu- oder Rückführung insgesamt möglich sein soll. Die gesetzliche Regelung erlaubt stattdessen eine ausufernde Anwendung der Kompetenz, Vor-, Zu- oder Rückführung durchzuführen und die betroffene Person zu diesem Zweck in Gewahrsam zu nehmen. Zum Anderen kommt in den genannten Bestimmungen nicht zum Ausdruck, dass eine Vor-, Zu- und Rückführung letztlich nur dann zulässig sein können, wenn der Zweck, für den diese durchgeführt werden soll, seinerseits einen Freiheitsentzug zu begründen vermag.

11.14 Von den soeben genannten Fällen gemäss §§ 29 und 31 PolG abgesehen besteht in Bezug auf die Kompetenz, Vor-, Zu- und Rückführungen durchführen zu können, § 28 PolG, gemäss dem die Polizei auf Ersuchen der zuständigen Stelle eine Person dieser Stelle vor- oder einer anderen Stelle zuführt. Es ist im PolG weder festgehalten, welche Stellen ein solches Ersuchen stellen können, noch, unter welchen Voraussetzungen dies zulässig sein soll. Dies erschliesst sich einem auch bei näherer Betrachtung nicht in genügendem Masse; die Grenzen der diesbezüglichen Kompetenzen bleiben im Dunkeln. Aus den Materialien ergeben sich nur spärliche Hinweise, die zudem nicht geeignet sind, die vom Wortlaut der Bestimmung geweckten Bedenken zu zerstreuen: Wie vorstehend dargelegt, hält der Regierungsrat gemäss Weisung vom 5. Juli 2006 die Zuführung von Personen, die der fürsorglichen Hilfe bedürfen, für zulässig, und dies u. U. sogar über 24 Stunden hinaus (vgl. vorstehend Ziff. 11.4). Zur Vor- und Zuführung finden sich zudem in der Weisung (s. **Beilage 16**) folgende Ausführungen des Regierungsrats (S. 44):

«Vor- und Zuführungen sind Aufgaben der Polizei im Sinne von §6, d. h., dass die Polizei den Justiz- und Verwaltungsbehörden Amts- und Vollzugshilfe leistet, indem sie die Vor- und Zuführbefehle dieser Behörden vollzieht. Vor- und Zuführungen erfolgen nur gegenüber zuständigen Stellen, also Stellen, deren Zuständigkeit durch eine gesetzliche Grundlage oder eine andere Ermächtigung ausgewiesen ist.»

Zusammengefasst lassen die Ausführungen des Regierungsrats darauf schliessen, dass es hier um Amts- und Vollzugshilfe geht, wobei diese an im Prinzip gegenüber jeder Behörde geleistet werden kann. Eingeschränkt

wird die Kompetenz der Polizei nur insoweit, als die Vor- oder Zuführung für eine im genannten Sinne *zuständige* Stelle durchgeführt werden muss. Damit kann, wie sich insbesondere aus dem vom Regierungsrat genannten Beispiel der Fürsorgebehörde ergibt, auch eine Behörde gemeint sein, die ihrerseits keinerlei Befugnisse hat, Zwangsmassnahmen anzuordnen, die mit dem polizeilichen Gewahrsam vergleichbar sind. In Analogie zum Beispiel der Fürsorgebehörde fiele damit etwa eine zwangsweise Zuführung an die Steuerbehörde in Betracht, so weit es um die Steuerpflicht der betroffenen Person geht. Abgesehen vom Erfordernis, dass die Vor- oder Zuführung an eine zuständige Stelle erfolgen muss, lässt sich der entsprechenden Regelung keine Einschränkung entnehmen.

11.15 Da die Vor-, Zu- und Rückführung mit polizeilichem Gewahrsam verbunden ist, mithin also mit einem Freiheitsentzug, ist die diesbezügliche Kompetenz der Polizei auf jene Fälle zu begrenzen, in denen der zuständigen Stelle ihrerseits die Kompetenz zukommt, einen Freiheitsentzug anzuordnen. Nur so kann diese Kompetenz hinreichend eingegrenzt werden. Im Übrigen ergibt sich diese Einschränkung bereits aus dem Charakter der Amts- und Vollzugshilfe. Es ist unter dem Gesichtswinkel der Verfassung und der EMRK abwegig, anzunehmen, Vor-, Zu- und Rückführungen könnten auch für Behörden geleistet werden, die ihrerseits über keine Befugnisse für einen Freiheitsentzug verfügen. Der Regierungsrat ist allerdings – wie vorstehend dargelegt – der gegenteiligen Auffassung, und dies entspricht auch dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen, denen sich nicht der geringste Hinweis auf eine solche Einschränkung entnehmen lässt. Vor der BV hält die Auffassung des Regierungsrats nicht stand. Da es um Amts- und Vollzugshilfe geht, die Polizei mithin für eine andere Behörde tätig ist, fehlt es an der erforderlichen (klaren) gesetzlichen Grundlage für eine Vor-, Zu- und Rückführung an eine Behörde, die ihrerseits keine gesetzliche Kompetenz für einen Freiheitsentzug hat. Auch wird es in solchen Fällen regelmässig an der Geeignetheit und der Erforderlichkeit fehlen. Mit Sicherheit fehlt es an der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne, d.h. das Interesse an der Amts- und Vollzugshilfe mittels Gewahrsam, verbunden mit Vor-, Zu- und Rückführung, bildet kein gegenüber der persönlichen Freiheit und Bewegungsfreiheit überwiegendes Interesse.

11.16 Im Wesentlichen aus denselben Gründen ergibt sich die Unvereinbarkeit des Gewahrsamsgrunds von § 25 lit. d. PolG mit Art. 5 EMRK. Wie vorstehend dargelegt (Ziff. 11.12) beinhaltet Art. 5 EMRK das Erfordernis, dass die Freiheit nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden darf, was nach der Praxis der Strassburger Organe beinhaltet, dass die vom Staat angerufene Norm genügend bestimmt ist; das Recht muss dem Einzelnen erkennbar und verständlich sein, so dass er sein Verhalten danach einrichten kann. Da weder aus § 25 lit. d noch aus §§ 28 bis 31 PolG hinreichend deutlich wird, in welchen Fällen und gegenüber welchen Behörden eine Vor-, Zu- oder Rückführung mitsamt dem damit verbundenen Freiheitsentzug insgesamt zulässig sein soll, erfüllen die entsprechenden Bestimmungen diese Voraussetzung gemäss Art. 5 EMRK nicht. Es ist dem

Einzelnen nicht erkennbar und verständlich, was die Voraussetzungen für den Gewahrsam zwecks eine Vor-, Zu- oder Rückführung sind bzw. wann er damit rechnen muss, von diesem Gewahrsamsgrund betroffen zu sein. § 29 lit. d. PolG ist insoweit nicht mit Art. 5 EMRK zu vereinbaren.

11.17 Darüber hinaus erscheint § 29 lit. d. PolG in seiner allgemein gehaltenen Formulierung von den in Art. 5 EMRK vorgesehenen Gründen für einen Freiheitsentzug nicht gedeckt. Dieser Gewahrsamsgrund soll Vor-, Zu- oder Rückführungen als Amts- und Vollzugshilfe gegenüber den zuständigen Stelle ermöglichen. Dies bedeutet aber, dass polizeilicher Gewahrsam in diesem Zusammenhang von vornherein nur in Fällen zulässig sein kann, in denen der zuständigen Behörde, gegenüber der Amts- und Vollzugshilfe geleistet werden soll, ihrerseits die Kompetenz zukommt, einen – mit Art. 5 EMRK konformen – Freiheitsentzug anzuordnen, denn Amts- und Vollzugshilfe für eine andere Behörde leistet die Polizei nicht aus einem polizeilichen Zweck im eigentlichen Sinne heraus, sondern zu dem Zweck, den die andere Behörde verfolgt, die Amts- bzw. Vollzugshilfe in Anspruch nimmt. Somit muss dieser von der anderen Behörde verfolgte Zweck durch einen in Art. 5 EMRK genannten Grund für einen Freiheitsentzug gedeckt sein. Das Erfordernis von Art. 5 EMRK, dass der Freiheitsentzug auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden muss, wiederum kann nur erfüllt sein, wenn sich die Behörde, die die Amts- bzw. Vollzugshilfe in Anspruch nimmt, ihrerseits über eine gesetzliche für die Anordnung eines Freiheitsentzugs verfügt. Etwas anderes zuzulassen hiesse, einer Behörde, der keine gesetzliche Kompetenz für einen Freiheitsentzug zukommt, einen Freiheitsentzug über einen Umweg zu ermöglichen, indem sie den Freiheitsentzug im Rahmen einer Vor-, Zu- oder Rückführung an die Polizei delegiert, die sich dabei auf die generalklauselartig formulierte Bestimmung von § 29 lit. d. PolG stützen würde. Damit würden die Grenzen des polizeilichen Gewahrsams in Bezug auf dessen Zweck sowie in Bezug auf ihre (eigentliche) gesetzliche Grundlage jede Kontur verlieren, was weder mit Art. 5 EMRK noch mit Art. 10 Abs. 2 BV zu vereinbaren ist. Damit ist § 29 lit. d. PolG verfassungs- und EMRK-widrig, wobei noch einmal darauf hinzuweisen ist, dass diese Bestimmung – wie sich aus den Materialien ergibt – vom Gesetzgeber so gedacht ist, dass polizeilicher Gewahrsam als Mittel der Amts- und Vollzugshilfe für verschiedenste Behörden dienen können soll, auch für solche, denen ihrerseits keine Kompetenz für einen Freiheitsentzug zukommt.

11.18 Generell ist die Bestimmung von § 25 PolG insoweit mangelhaft, als darin nicht ansatzweise zum Ausdruck kommt, dass für die Anordnung von polizeilichem Gewahrsam die Voraussetzungen von Art. 36 BV erfüllt sein müssen. Nicht immer dann, wenn eine in § 25 PolG vorgesehene Situation vorliegt, kann polizeilicher Gewahrsam angeordnet werden – auch wenn die Formulierung von § 25 PolG dies suggeriert. Vielmehr muss die Anordnung im Einzelfall notwendig und geeignet sein und das damit verfolgte Interesse muss schwerer wiegen als der Eingriff in das Recht auf persönliche Freiheit und Bewegungsfreiheit, das die betroffene Person durch den

Gewahrsam erleidet. Indem § 25 PolG diese Einschränkung nicht enthält und insoweit die Anwendung in den in § 25 PolG genannten Konstellation dem Wortlaut nach auch dann zulässt, wenn die Voraussetzungen von Art. 36 BV nicht gegeben sind, namentlich, weil dies im Einzelfall nicht verhältnismässig wäre, verstösst die Bestimmung gegen das Recht auf persönliche Freiheit und Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 i. V. m. Art. 36 BV).

12. Zu § 26 PolG (*Durchführung des polizeilichen Gewahrsams*)

12.1 In § 26 PolG ist keine generelle Möglichkeit vorgesehen, eine richterliche Überprüfung der Anordnung des polizeilichen Gewahrsams zu verlangen. Das PolG sieht eine solche Möglichkeit nur im Rahmen des über 24 Stunden hinaus verlängerten polizeilichen Gewahrsams vor (§ 27 PolG). Nachdem – abgesehen von der Konstellation von § 27 PolG – kein besonderes Instanzenzug geschaffen worden ist, kommt das Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG) zum Zug, da der polizeiliche Gewahrsam eine verwaltungsrechtliche Anordnung darstellt. Somit ist der Rekurs an die Sicherheitsdirektion gegeben, so weit der polizeiliche Gewahrsam von der Kantonspolizei angeordnet worden ist (vgl. § 19 Abs. 1 und § 19b Abs. 1 VRG sowie § 57 der Verordnung über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung mit Anhang 2 [VOG-RR]). Bei Anordnungen durch die Stadtpolizeien ist der Bezirksrat Rekursinstanz (vgl. § 19c Abs. 2 VRG, § 10 des Gesetzes über die Bezirksverwaltung). Gegen den Entscheid der Sicherheitsdirektion bzw. des Bezirksamts ist die Beschwerde ans Verwaltungsgericht zulässig (vgl. § 43 VRG; vgl. zum ganzen Instanzenzug im Übrigen Urteil des Bundesgerichts vom 31. März 2008 [1C_158/2007] m.w.H.). Damit ist nach der gesetzlichen Ordnung die Polizei für die Anordnung des Gewahrsams zuständig (§ 25 PolG). Dieser Entscheid kann an eine Rekursinstanz weitergezogen werden, jedoch nicht direkt an ein Gericht. Erst gegen den Entscheid der Rekursinstanz ist die Beschwerde an ein Gericht, nämlich das Verwaltungsgericht, gegeben.

12.2 Gemäss Art. 5 Abs. 4 EMRK hat jede Person, die festgenommen oder der die Freiheit entzogen ist, das Recht zu beantragen, dass ein Gericht innerhalb kurzer Frist über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs entscheidet und ihre Entlassung anordnet, wenn der Freiheitsentzug nicht rechtmässig ist. Diese Bestimmung schliesst es im Grundsatz nicht aus, dass vor der Beurteilung durch ein Gericht zusätzlich eine Administrativbehörde die Freiheitsentziehung prüft, soweit gesamthaft dem Erfordernis der kurzen Frist zur Anrufung eines Gerichts im Sinne von Art. 5 Ziff. 4 EMRK Rechnung getragen wird. Der Anspruch auf einen Entscheid innerhalb kurzer Frist wird nach Ansicht des Bundesgerichts dann nicht verletzt, wenn der Behörde aufgrund der Umstände des Falles ein früherer Entscheid vernünftigerweise nicht möglich war. Allerdings ist es Aufgabe des Kantons, die Justiz so zu organisieren, dass die Verfahren mit der verfassungsrechtlich gebotenen Beförderung durchgeführt werden. Es ist ein rascher Zugang zum Gericht zu ermöglichen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 31. März

2008 [1C_158/2007]; Urteil des Bundesgerichts vom 12. Juli 2007 [1B_115/2007], E. 2 m.w.H.; TOMAS POLEDNA, Praxis zur Europäischen Menschenrechtskonvention aus Schweizerischer Sicht, Zürich 1993, Rz. 169).

- 12.3 Konkret ergäbe sich aus der vorgesehenen gesetzlichen Ordnung, dass bei der Anordnung von Gewahrsam drei kantonale Instanzen bzw. Behörden mit dem Fall befasst wären: Die Polizei würde den Gewahrsam anordnen, eine verwaltungsinterne Rekursinstanz würde diesen überprüfen und gegen diesen Entscheid würde schliesslich die Möglichkeit der richterlichen Überprüfung offen stehen. Dieses Vorgehen ist mit Art. 5 Ziff. 4 EMRK, wonach Anspruch auf eine richterliche Überprüfung innert kurzer Frist besteht, nicht vereinbar. Es würde so zu viel Zeit vergehen, bis ein richterlicher Entscheid vorliegt. Im Übrigen wäre es ohne Weiteres möglich, vorzusehen, dass für die Überprüfung der Anordnung des Gewahrsams durch die Polizei unmittelbar ein Gericht angerufen werden kann. Dies ist etwa im Rahmen von § 27 Abs. 2 PolG vorgesehen und war beispielsweise auch bei der gerichtlichen Überprüfung des Gewahrsams nach Art. 24e Abs. 5 BWIS vorgesehen, wobei die dabei vorgesehene Regelung (Einführungsverordnung zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit [Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen] [Einführungsverordnung, EV-BWIS/ZH]) sich insofern als nicht rechtskonform erwies, als die sachliche Zuständigkeit und den Rechtsmittelweg gemäss Art. 38 Abs. 2 KV in die Form des formellen Gesetzes zu kleiden sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 31. März 2008 [1C_158/2007]). Jedenfalls zeigen diese Beispiele, dass es im Rahmen des Erlasses des Polizeigesetzes ohne Weiteres möglich gewesen wäre, die direkte Anrufung eines Gerichts gegen die Anordnung des polizeilichen Gewahrsams vorzusehen. Wenn nun stattdessen noch eine administrative Instanz dazwischen geschaltet ist, weil versäumt wurde, die direkte Anrufung eines Gerichts vorzusehen, so fehlt es an der gebotenen Beförderung, um einen gerichtlichen Entscheid innerhalb kurzer Frist zu gewährleisten, zumal es keiner Hinsicht etwas relevantes bringt und nur zu einer zeitlichen Verzögerung der richterlichen Überprüfung führt, zwischen die anordnende Behörde und das Gericht noch als dritte Behörde eine administrative Zwischeninstanz einzuschalten. Somit verstösst das PolG gegen Art. 5 Abs. 4 EMRK, indem nicht vorgesehen ist, dass gegen die Anordnung des polizeilichen Gewahrsams direkt ein Gericht angerufen werden kann.
- 12.4 Um EMRK-konform zu sein, hätte das PolG eine Möglichkeit schaffen müssen, gegen die Anordnung von polizeilichem Gewahrsam direkt ein Gericht anzurufen, das innert kurzer Frist über die Rechtmässigkeit des Gewahrsams entscheidet. Damit der in diesem Zusammenhang gebotene Grundrechtsschutz wirksam ist, muss zudem sichergestellt sein, dass die betroffenen Personen über ihr Recht, zur Überprüfung des polizeilichen Gewahrsams ein Gericht anzurufen, orientiert werden. Dies ist nur dann sichergestellt, wenn im PolG eine entsprechende Belehrung durch die Polizei vorgesehen ist. Eine solche Belehrung ist ebenfalls nicht vorgesehen, wo-

mit das Recht, einen Richter anzurufen, für die durchschnittliche betroffene Person nicht wirksam ist. Das PolG verstösst auch insoweit gegen Art. 5 Abs. 4 EMRK.

13. *Zu § 27 PolG (Dauer des polizeilichen Gewahrsams)*

- 13.1 Gemäss § 27 PolG dauert der polizeiliche Gewahrsam bis zum Wegfall seines Grundes, längstens jedoch 24 Stunden. Eine Beendigung des Gewahrsams in der Konstellation, dass zwar der Grund für die Anordnung des Gewahrsams noch besteht, dessen Fortführung aber unverhältnismässig ist, ist nicht vorgesehen. Es steht nicht, dass der Gewahrsam nur so lange dauern darf, als ein Interesse an dessen Fortführung besteht, das gegenüber dem Recht auf persönliche Freiheit und Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) überwiegt. Insoweit ist diese Bestimmung mit dem Recht auf persönliche Freiheit und auf Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 5 EMRK) nicht zu vereinbaren bzw. verletzt die Grundsätze für die Einschränkungen von Grundrechten (Art. 36 BV), wonach Einschränkungen von Grundrechten verhältnismässig sein müssen.
- 13.2 § 27 Abs. 2 PolG sieht die Verlängerung des polizeilichen Gewahrsams über 24 Stunden hinaus vor, sofern dies im Hinblick auf die Zuführung an eine für weitere Massnahmen zuständige Stelle notwendig ist. In diesem Fall stellt die Polizei innert 24 Stunden ab Beginn des Gewahrsams der Haftrichterin oder dem Haftrichter einen begründeten Antrag auf Verlängerung. Für das Verfahren sind die Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozessordnung über die Haftanordnung sinngemäss anwendbar. Als Anwendungsbeispiel führt die Weisung wie erwähnt (vorstehend Ziff. 11.4) die Zuführung von Person an, die der fürsorgerischen Hilfe bedürfen, an eine andere, für weitere Massnahmen zuständige Stelle. Eine solche Zuführung könne nicht immer innert 24 Stunden erfolgen, weil solche Stellen unter anderem nicht dauernd erreichbar seien.
- 13.3 Mit dieser Argumentation lässt sich nun aber keine Verlängerung des polizeilichen Gewahrsams über 24 Stunden hinaus begründen, und auch sonst sind keine Konstellationen denkbar, die eine Zulässigkeit dieses verlängerten Gewahrsams begründen könnten.
- 13.4 § 27 Abs. 2 PolG nimmt auf den Gewahrsamsgrund der Vor-, Zu- und Rückführung gemäss § 25 lit. d. PolG Bezug. Abgesehen von der Problematik, dass dieser Gewahrsamsgrund in dieser allgemeinen, in seiner Tragweite nicht zureichend eingrenzbaaren Formulierung keine genügende gesetzliche Grundlage für einen Freiheitsentzug darstellt (dazu vorstehend Ziff. 11.13 ff.), gibt es selbst in Fällen, in denen eine Zuführung an eine für weitere Massnahmen zuständige Stelle bei vorliegen einer genügenden gesetzlichen Grundlage in Betracht fällt, keinen Grund, der die Notwendigkeit zu begründen vermöchte, den polizeilichen Gewahrsam über 24 Stunden hinaus zu verlängern. In Betracht fällt ohnehin nur eine Zuführung an

eine Behörde, die ihrerseits über die Kompetenz verfügt, einen Freiheitsentzug anzuordnen (dazu vorstehend Ziff. 11.15 ff.). Solche Behörden sind nun aber regelmässig so organisiert, dass sie innert 24 Stunden erreichbar sind und dass eine Zuführung an diese Behörde für weitere Massnahmen rasch möglich ist. Im Übrigen können und sollen sowohl die Polizei als auch die betroffene Behörde so vorgehen bzw. sich so organisieren, dass eine Zuführung an die betreffende Behörde innert 24 Stunden möglich ist. Die hierfür notwendigen Abklärungen hat die Polizei sofort an die Hand zu nehmen.

- 13.5 Betrachtet man sich die Behörden, denen die Polizei eine in Gewahrsam genommene Person übergeben könnte, so zeigt sich, dass hier effektiv vorn Vornherein keine Notwendigkeit für einen Gewahrsam über 24 Stunden hinaus notwendig erscheint: Denkbar ist, dass eine Person in ausländerrechtliche Administrativhaft (Art. 75 ff. AuG), in fürsorgerische Freiheitsentziehung (Art. 397a ff. ZGB) oder in Untersuchungshaft gemäss StPO genommen wird. In all diesen Fällen kann – und muss – die Übergabe innert 24 Stunden erfolgen. Die entsprechenden Behörden sind so organisiert, dass sie gut erreichbar sind und die in Gewahrsam genommene Person rasch übernehmen können. Zudem nimmt die Polizei in einem solchen Fall die betreffende Person ja im Rahmen von Amts- oder Vollzugshilfe fest und ist somit verpflichtet, diese Amts- oder Vollzugshilfe umgehend zu leisten und den polizeilichen Gewahrsam möglichst kurz zu halten.
- 13.6 Zu beachten ist in Bezug auf das zeitliche Element der Amts- und Vollzugshilfe schliesslich der Umstand, dass die Behörde, der die betroffene Person übergeben wird, ihrerseits zuerst im vorgesehenen Verfahren überprüfen muss, ob weitere weitere freiheitsentziehende Massnahmen in Betracht fallen, diese dann anordnet und gegebenenfalls für die rechtzeitige Überprüfung durch den zuständigen Richter besorgt ist (welche zumindest auf Ersuchen der betroffenen Person zwingend vorzunehmen ist, Art. 5 Abs. 4 EMRK, dazu nachstehend Ziff. 13.10). So bedingt die fürsorgerische Freiheitsentziehung eine Anordnung durch die zuständige vormundschaftliche Behörde (Art. 397b ZGB), was entsprechender Abklärungen bedarf. Anschliessend ist das Recht auf richterliche Überprüfung zu gewährleisten (Art. 397d ZGB). Ohne Beizug eines Arztes oder eines medizinischen Experten ist die Überprüfung der fürsorgerische Freiheitsentziehung nicht möglich. Im Fall einer ausländerrechtlichen Administrativhaft sind die spezifischen Voraussetzungen von Art. 75 ff. AuG zu prüfen, gegebenenfalls ist die Haft durch die zuständige Behörde (Migrationsamt) anzuordnen und die fristgemässe richterliche Überprüfung zu veranlassen (Art. 80 AuG). Sofern es um einen Freiheitsentzug im Rahmen der Strafverfolgung geht, ist das Wesentliche ohnehin in der Strafprozessordnung (StPO) geregelt, und zwar nicht nur in Bezug auf die Anordnung der Untersuchungshaft (§ 58 ff. StPO, sondern auch in Bezug auf die polizeiliche Vorführung (§ 49 ff. StPO) und die vorläufige Festnahme (§ 54 StPO). Ein über 24 Stunden hinaus verlängerter Gewahrsam nach PolG (so weit § 27 Abs. 2 PolG hierfür gedacht sein sollte) erscheint damit im Zusammenhang mit

der Strafverfolgung von vornherein nicht als notwendig, da die notwendigen Massnahmen hier – einschliesslich der polizeilichen Mithilfe – ihre Regelung in der StPO gefunden haben.

- 13.7 Diese zeitliche Problematik kann durch die vorgesehene richterliche Überprüfung gemäss § 27 Abs. 2 PolG nicht gelöst werden. Im Gegenteil würde sich die Problematik durch die richterliche Überprüfung des verlängerten polizeilichen Gewahrsams noch verschärfen, denn diese würde ihrerseits das ganze Prozedere verkomplizieren und zusätzlich Zeit kosten. Umgekehrt vermag die im PolG vorgesehene richterliche Überprüfung die richterliche Überprüfung der allenfalls in Betracht kommenden weiteren freiheitsentziehenden Massnahmen nicht zu ersetzen, denn der im PolG vorgesehene Richter ist hierfür nicht zuständig. Zudem krankt die vorgesehene richterliche Überprüfung des über 24 Stunden hinaus verlängerten Gewahrsams daran, dass das Gesetz dem Richter keinen Prüfungskatalog vorgibt, d.h. nicht hinreichend konkret darlegt, unter welchen Voraussetzungen denn ein solcher Gewahrsam zulässig sein könnte und wann er nicht zulässig ist.
- 13.8 All dies zeigt, dass es für einen über 24 Stunden hinaus verlängerten polizeilichen Gewahrsam keine Notwendigkeit gibt und ein solcher weder mit dem Recht auf persönliche Freiheit und Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) noch mit Art. 5 EMRK vereinbar wäre.
- 13.9 In Bezug auf Art. 10 Abs. 2 BV erfordert es der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 36 BV), dass der polizeiliche Gewahrsam und eine allenfalls daran anschliessende weitere freiheitsentziehende Massnahme möglichst kurz dauern und dass möglichst rasch geklärt wird, ob solche weiteren Massnahmen in Betracht kommen oder nicht. Nur dadurch ist sichergestellt, dass der Freiheitsentzug insgesamt nicht länger dauert als notwendig und angemessen, mithin der Eingriff in Art. 10 Abs. 2 BV nicht übermässig schwer ist. Dabei ist immer auch der Fall in Betracht zu ziehen, dass die zuständige Behörde weitere freiheitsentziehende Massnahmen prüft, dabei aber feststellt, dass die Voraussetzungen hierfür nicht gegeben sind bzw. dass dies in der anschliessenden richterlichen Überprüfung festgestellt wird. Dies lässt es umso mehr also erforderlich erscheinen, den polizeilichen Gewahrsam möglichst kurz zu halten. In den Fällen der Zuführung an eine andere Behörde, die eine weitere freiheitsentziehende Massnahme anordnet, ist eine richterliche Überprüfung von Gesetzes wegen oder auf Antrag der betroffenen Person vorzunehmen. Auch diese hat aus den genannten Gründen so rasch als möglich zu erfolgen. Damit ist der polizeiliche Gewahrsam bis zur Zuführung immer möglichst kurz zu halten, um die Dauer des gesamten Freiheitsentzugs – der u.U. dadurch beendet wird, dass die zuständige Behörde oder der Richter die Voraussetzungen für eine an den Gewahrsam anschliessende freiheitsentziehende Massnahme verneinen – möglichst kurz zu halten.

13.10 Zu beachten ist schliesslich Art. 5 Abs. 4 EMRK, gemäss dem jede Person, die festgenommen oder der die Freiheit entzogen ist, das Recht hat, zu beantragen, dass ein Gericht innerhalb kurzer Frist über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs entscheidet und ihre Entlassung anordnet, wenn der Freiheitsentzug nicht rechtmässig ist. Das Konstrukt des über 24 Stunden hinaus verlängerten polizeilichen Gewahrsams zwecks Zuführung an die für weitere Massnahmen zuständige Behörde ist mit Art. 5 Abs. 4 EMRK a priori nicht vereinbar. Wenn die Polizei jemanden über 24 Stunden in Gewahrsam halten will, und hierfür dem Haftrichter Antrag stellt, der dann über die Zulässigkeit des verlängerten polizeilichen Gewahrsams entscheidet, all dies, um die betroffene Person sodann im Rahmen von Amts- oder Vollzugshilfe einer anderen Behörde zuzuführen, die dann ihrerseits anschliessend die freiheitsentziehenden Massnahmen, für die sie zuständig ist, prüft und gegebenenfalls anordnet, und danach wiederum gegebenenfalls ein Richter über die Rechtmässigkeit dieser freiheitsentziehenden Massnahme befindet, dann ist die richterliche Überprüfung dieser freiheitsentziehenden Massnahme innert der erforderlichen kurzen Frist nicht mehr gewährleistet. Die richterliche Überprüfung i.S.v. Art. 5 Abs. 4 EMRK ist vielmehr nur dann rechtzeitig, wenn die Zuführung innert 24 Stunden erfolgt und im unmittelbaren Anschluss daran die Zulässigkeit der freiheitsentziehenden Massnahme durch die anordnende Behörde und gegebenenfalls durch den Richter überprüft wird.

14. *Zu § 28 PolG (Vor- und Zuführung)*

Eine Vor- und Zuführung gemäss § 28 PolG wird regelmässig gegen den Willen der betroffenen Person erfolgen, somit also mit einem Freiheitsentzug verbunden sein. Insoweit ist § 28 PolG aus denselben Gründen, wie sie im Zusammenhang mit § 25 lit. d PolG genannt worden sind, nicht verfassungs- und EMRK-konform. Es sei dazu auf die Ausführungen zu § 25 lit. d PolG verwiesen (vorstehend Ziff. 11.13 ff.).

15. *Zu § 32 PolG (Überwachung) und § 53 Abs. 2 PolG (Löschung von Aufzeichnungen gemäss § 32 PolG)*

15.1 § 32 PolG sieht vor, dass die Polizei zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben allgemein zugängliche Orte mit technischen Geräten offen oder verdeckt überwachen und soweit notwendig Bild- und Tonaufnahmen machen darf. Welches die gesetzlichen Aufgaben sind, die eine solche Überwachung und Aufzeichnung ermöglichen sollen, legt das PolG nicht näher fest. Ebenso wenig definiert das PolG, welche technischen Geräte dabei eingesetzt werden können sollen. Nachdem von Bild- und Tonaufnahmen die Rede ist, erscheint immerhin klar, dass Videokameras und Mikrophone zum Einsatz kommen können. Eine Begrenzung auf bestimmte Mittel der Überwachung und Aufzeichnung findet sich im Gesetz aber nicht.

15.2 Damit umfasst § 32 PolG ein sehr weites Spektrum an Einsatzmöglichkeiten mit unterschiedlichem Potenzial, Grundrechte zu tangieren. Von Ver-

kehrsüberwachungskameras, die im Wesentlichen nur die Verkehrsdichte und den Verkehrsfluss erkennen lassen, aber keine weiteren persönlichkeitsrelevanten Details, über solche, die die Identifizierung einzelner Fahrzeuge zulassen oder in denen einzelne Personen derart sichtbar sind, dass sie erkennbar werden, bis zu hoch auflösenden Teleobjektiven und Richtmikrofonen und der Beobachtung durch unbemannte Flugobjekte umfasst die angefochtene Norm zahlreiche Varianten. Von Bedeutung ist zudem die Möglichkeit, die Überwachungsgeräte mit weiteren technischen Geräten zu verknüpfen, sei es, um Aufnahmen zu erstellen, sei es, um die Daten verstärkt auswerten zu können, beispielsweise mit einer computer-gestützten, automatisierten Erkennung von Nummernschildern oder von Gesichtern und anderen persönlichen Merkmalen (Biometrie) (dazu im Einzelnen nachstehend Ziff. 15.9). Durch den spektakulären technischen Fortschritt dehnen sich die Überwachungsmöglichkeiten tendenziell immer mehr aus, was die damit verbundenen Risiken für den Rechtsstaat und die Grundrechte dem entsprechend erhöht (vgl. ALEXANDRE FLÜCKIGER/ANDREAS AUER, *La vidéosurveillance dans l'oeil de la constitution*, AJP/PJA 8/2006, S. 924 ff.), dies auch bei einer gleich bleibenden gesetzlichen Grundlage, und zwar umso mehr, je unklarer und offener die Norm gefasst ist

- 15.3 Die Überwachung soll an allgemein zugänglichen Orten zulässig sein. Dazu ist zu bemerken, dass nicht von öffentlichem Grund die Rede ist, und dass auch Privatgrund ohne Weiteres öffentlich zugänglich sein kann. In-soweit würde § 32 PolG eine Grundlage auch für eine polizeiliche Überwachung auf Privatgrund schaffen, so weit dieser allgemein zugänglich ist. § 53 Abs. 2 PolG bestimmt, dass Aufzeichnungen gemäss § 32 werden gelöscht werden, wenn feststeht, dass sie nicht mehr benötigt werden (lit. a.) bzw. spätestens nach einem Jahr, soweit sie nicht weiterhin für ein Straf-, Zivil- oder Verwaltungsverfahren benötigt werden (lit. b.).
- 15.4 Die in Art. 32 PolG vorgesehene Überwachung tangiert die persönliche Freiheit, die Privatsphäre und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, welche Rechte in 10 Abs. 2 bzw. Art. 13 Abs. 2 BV sowie Art. 8 EMRK garantiert sind. Art. 13 Abs. 2 BV gewährt Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten. Dieser Bestimmung kommt – parallel zu Art. 10 Abs. 2 – eine auf einen speziellen Schutz ausgerichtete Bedeutung zu. Es gehört zum Schutzbereich des Privatleben, sich unbeobachtet von Staatsorganen in der Öffentlichkeit, z.B. an öffentlich zugänglichen oder einsehbaren Orten, bewegen zu können. Äusserungen und Handlungen gegenüber Dritten fallen in diesem Zusammenhang jedenfalls dann unter den Schutzbereich der Privatsphäre, wenn sie der Pflege persönlicher Kontakte dienen und damit Bestandteil einer wesentlichen Ausdrucksmöglichkeit der menschlichen Persönlichkeit sind. All dies gilt sowohl für die Überwachung an sich als auch für die Aufbewahrung entsprechender Aufzeichnungen. Die vorgesehene Überwachung muss damit den Anforderungen von Art. 36 BV genügen und muss nach Art. 8 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt sein (vgl. MARKUS SCHEFER, *Grundrechte in der Schweiz*, Bern 2005, S. 32 ff.

sowie in Bezug auf die Aufbewahrung BGE 133 I 77 E. 3.2, je m.w.H.; zum Ganzen weiter FLÜCKIGER/AUER, a.a.O., S. 933 f.; JEAN RUEGG/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VALÉRIE NOVEMBER/FRANCISCO KLAUSER, Vidéosurveillance et risques dans l'espace à usage public, Genève 2006, S. 51 f.; FROWEIN/PEUKERT, a.a.O., Art. 8 Rz. 6; STEPHAN BREITENMOSE, St. Galler Kommentar zu Art. 13 BV, N 13 f. m.W.H.).

15.5 In Entscheid BGE 133 I 77 hat sich das Bundesgericht einlässlich damit auseinandergesetzt, unter welchen Voraussetzungen Videoüberwachung, verbunden mit einer Aufzeichnung und Aufbewahrung der Bilder, zulässig ist. Zu beurteilen war die Regelung gemäss Art. 3 des (vom Stadtparlament erlassenen und später in einer Volksabstimmung angenommenen) Polizeireglements der Stadt St. Gallen. Diese lautet wie folgt:

1 Öffentliche Plätze und Strassen können mit Videokameras überwacht werden, welche eine Personenidentifikation nicht zulassen.

2 Der Stadtrat kann die örtlich begrenzte Überwachung mit Videokameras bewilligen, welche die Personenidentifikation zulassen, wenn der Einsatz solcher Videokameras zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung geeignet und erforderlich ist und wenn die Öffentlichkeit mit Hinweistafeln auf diesen Einsatz aufmerksam gemacht wird.

3 Aufzeichnungsmaterial von Überwachungseinrichtungen wird nach 100 Tagen vernichtet. Vorbehalten bleibt die Weiterverwendung in einem Strafverfahren.

4 Eine missbräuchliche Verwendung des Bildmaterials ist durch geeignete technische und organisatorische Massnahmen auszuschliessen.

Im Rahmen des vorangehenden kantonalen Verfahrens hatte das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen dazu festgehalten, der Stadtrat müsse die Standorte der Überwachungskameras in einer Verwaltungsverordnung bzw. Dienstanweisung festlegen und diese könnten einer verfassungsmässigen Überprüfung unterzogen werden. Das Bundesgericht hielt fest, darauf seien die kantonalen und städtischen Behörden ausdrücklich zu behaften (E 4.2). In Bezug auf Art. 3 Abs. 4 des Polizeireglements hatte das Verwaltungsgericht festgehalten, es könne davon ausgegangen werden, dass der Stadtrat bei der Umsetzung des in Art. 3 Abs. 4 des Polizeireglements enthaltenen Auftrages hinreichend wirksame Massnahmen treffen werde. Dem fügte die Stadt St. Gallen an, dass die Zugriffsberechtigung zu regeln und die Daten vor unbefugter Kenntnisnahme, Bearbeitung und Entwendung zu sichern seien und dass darüber das städtische Datenschutzorgan zu wachen habe. Dazu führte das Bundesgericht aus, diese Ausführungen des Verwaltungsgerichts und der Stadt St. Gallen verblieben weitgehend im Vagen. Es gehe daraus nicht hervor, welche Massnahmen bereits getroffen worden seien oder angeordnet werden sollen, wie die Datensicherung sichergestellt werde und mit welcher Unabhängigkeit und mit welchen Kompetenzen das städtische Datenschutzorgan den Schutz

der Aufzeichnungen vor unsachgemässer Verwendung tatsächlich wahrnehmen könne. Im Interesse von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit wäre eine Regelung im Polizeireglement angezeigt gewesen. Es sei indes davon auszugehen, dass die Stadt St. Gallen die kantonalen und auch für Gemeinden geltenden Vorschriften über den Datenschutz beachte. Entsprechende Garantien seien insbesondere im Staatsverwaltungsgesetz und in der Datenschutzverordnung enthalten (E 5.4). Aufgrund der bestehenden gesetzlichen Grundlage und unter Beachtung der Schranken, die sich aus dem Gesetz, aus dem kantonalen Verfahren und aus den Zusicherungen der Stadt St. Gallen ergeben, hat das Bundesgericht entschieden, es könne eine verfassungs- und EMRK-konforme Anwendung der vorgesehenen Aufbewahrungsdauer von 100 Tagen angenommen werden (E 5.5).

- 15.6 In grundsätzlicher Hinsicht ergeben sich aus Literatur und Rechtsprechung im Zusammenhang mit Überwachungsmaßnahmen, wie sie in § 32 vorgesehen sind, im Wesentlichen folgende Schranken:
- 15.7 Die vorgesehenen Massnahmen haben den Voraussetzungen von Art. 36 BV zunächst insoweit zu genügen, als sie über eine hinreichende gesetzliche Grundlage verfügen müssen. Vage, nur cursorisch konkretisierte Bestimmungen genügen diesen Erfordernis nicht (SCHEFER, a.a.O., S. 34 m.w.H.). Zudem muss zur Wahrung der tangierten Grundrechte – namentlich Art. 13 BV, welche Bestimmung in besonderer Weise die verschiedenste Aspekte umfassende Privatsphäre mit ihren spezifischen Bedrohungsformen schützt, sowie Art. 8 Abs. 2 EMRK – genügende Sicherheit gegen Missbrauch vorhanden sein (FROWEIN/PEUKERT, a.a.O., Art. 8 Rz. 13, BGE 133 I 77 E. 3.2). Damit muss die gesetzliche Grundlage für Überwachungsmaßnahmen hinreichend konkret sein, dass deren Voraussetzungen und Grenzen klar bestimmt sind. Diesem Gebot genügen § 32 und § 53 Abs. 2 PolG nicht ansatzweise:
- 15.8 Als einzige Voraussetzung für die vorgesehenen Überwachungsmaßnahmen nennt § 32 PolG "*zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben*". Somit kann jede der Polizei durch Gesetz zugewiesene Aufgabe als Anlass für technische Überwachungen in irgend einer Form dienen, einschliesslich einer Aufzeichnung, die gegebenenfalls ein Jahr oder länger verfügbar ist, und einschliesslich der Möglichkeiten der computergestützten Verarbeitung der angefallenen Daten. § 32 PolG ist insofern eine Blankettnorm, die der Polizei voraussetzungslos innerhalb ihres gesamten Tätigkeitsbereichs den Einsatz von Überwachungsmaßnahmen erlauben will. Effektive Einschränkungen, etwa auf bestimmte Zwecke und Mittel, enthält die Bestimmung nicht. Sie ist diesbezüglich vielmehr vollkommen konturlos. Damit stellt § 32 PolG eine ungenügende gesetzliche Grundlage dar, die weder die Anforderungen von Art. 36 BV noch jene von Art. 8 Abs. 2 EMRK erfüllt, denn die Voraussetzungen und Grenzen von Überwachungsmaßnahmen werden überhaupt nicht bestimmt (abgesehen von der Selbstverständlichkeit, dass eine Überwachung durch die Polizei, die nicht polizeilichen Aufgaben dient, nicht gedeckt ist). Zudem ist bei einer derart vagen

Bestimmung, die nur das Erfordernis der Erfüllung polizeilicher Aufgaben nennt, auch nicht oder zumindest nicht ohne Weiteres davon auszugehen, dass Überwachungsmaßnahmen durch ein hinreichendes öffentliches Interesse gedeckt sind, zumal Überwachungsmaßnahmen offenkundig nicht für jede polizeiliche Aufgabe zweckdienlich sind. Die angefochtene Bestimmung erweist sich somit bereits insofern als nicht als verfassungs- und EMRK-konform, als sie keine zureichende gesetzliche Grundlage für die vorgesehenen Überwachungsmaßnahmen zu bilden vermag. Dadurch, dass sie keine Voraussetzungen für die Überwachung nennt, die eine effektive Schwelle bilden würden, bietet sie den grundrechtlich gebotenen Schutz vor Missbräuchen nicht. Sie verletzt insoweit die persönliche Freiheit, die Privatsphäre und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (10 Abs. 2 bzw. Art. 13 Abs. 2 BV sowie Art. 8 EMRK).

- 15.9 Von essenzieller Bedeutung ist sodann die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit. Dabei wäre nach der Art der Überwachung zu differenzieren. Bei der Videoüberwachung kann zwischen verschiedenen Typen unterschieden werden: Bei der simplen Videoüberwachung ist die Kamera mit einem oder mehreren Kontrollmonitoren verbunden, die weder Bild noch Ton aufzeichnen, sondern lediglich ermöglichen, Personen, die sich am überwachten Ort befinden, zu beobachten und zu identifizieren. Die computerisierte Videoüberwachung eröffnet andere Perspektiven. Vom Moment an, wo Bild und gegebenenfalls Ton aufgezeichnet und allenfalls mit allen technisch Möglichkeiten, die die moderne Informationstechnologie bietet, bearbeitet werden, sind die überwachten Personen deutlich stärker tangiert. Dies resultiert einerseits aus dem zeitlichen Element: So lange die Aufzeichnungen vorhanden sind, können sie betrachtet und analysiert werden. Weiter kommt ein personelles Element hinzu: Die Aufnahmen können im Verlauf der Zeit von verschiedenen Personen betrachtet und auf einfache Weise anderen Instanzen oder sogar der Öffentlichkeit (insbesondere im Internet) zugänglich gemacht werden. Schliesslich gibt es ein räumliches Element: Vernetzte Videoüberwachung erlaubt es, den von einer Person zurückgelegten Weg zu verfolgen und ein persönliches Bewegungsprofil von ihr zu erstellen. Ein verstärkter Eingriff in die Grundrechte resultiert schliesslich nicht zuletzt aus einem technologischen Element: Die grossen Fortschritte der digitalen Bildverarbeitung ändern die Ausgangslage grundlegend und verstärken insofern die Folgen der Videoüberwachung. Hochauflösende Kameras ermöglichen die Erkennung einzelner Gesichter in einer Menschenmenge. Die technischen Entwicklungen bezüglich Bildauflösung, Zoom, Ton, Miniaturisierung, Nachtsicht, Objektverfolgung ermöglichen eine Überwachung aus Distanz, Erkennung von Details aus einer Panoramasicht, Abhören von Gesprächen sowie Stimmerkennung, und das alles in Echtzeit. Dies kann etwa dafür benutzt werden, ungewöhnlich erscheinende Bewegungen automatisch zu erkennen, für Gesichtserkennung (Biometrie), für Wärmebilder, die eine perfekte Nachtsicht oder sogar den Blick hinter Mauern erlauben oder für Überwachungen aus grosser Höhe (Drohnen und andere unbemannte Flugobjekte, wobei hier mittlerweile hoch auflösende Bilder möglich sind, die die Per-

sonenidentifizierung erlauben). Die technische Entwicklung wird sich hier beständig fortsetzen und damit die Eingriffsintensität durch Überwachung erhöhen (vgl. FLÜCKIGER/AUER, a.a.O., S 924 f.). Das Gebot der Verhältnismässigkeit verlangt, dass eine behördliche Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Zieles geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung zumutbar und verhältnismässig erweist. Erforderlich ist eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation. Eine Massnahme ist unverhältnismässig, wenn das Ziel mit einem weniger schweren Grundrechtseingriff erreicht werden kann (BGE 133 I 77 E. 4.1). In Bezug auf die Palette der verschiedenen Überwachungsmassnahmen bedeutet dies: Je stärker der Eingriff ist, der mit einer konkret in Frage stehenden Massnahme verbunden ist, desto höhere Anforderungen sind an die Verhältnismässigkeit zu stellen, also an die Geeignetheit und die Erforderlichkeit der Massnahme sowie an das Gewicht des damit verfolgten öffentlichen Interesses. Zu betonen ist im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse an polizeilichen Überwachungsmassnahmen, dass die Effizienz solcher Massnahmen als fraglich erscheint. Diesen Schluss legen jedenfalls Studien, die die Effizienz von Videoüberwachung und Aufzeichnung von Videoüberwachung hätten belegen sollen, nahe, da insgesamt kaum signifikante Wirkungen auszumachen waren. Die Wirksamkeit von Überwachungsmassnahmen wird im Allgemeinen stark überschätzt bzw. man geht von einer Wirksamkeit aus, die sich bei näherer Betrachtung nicht erhärten lässt (vgl. dazu RUEGG/ FLÜCKIGER/NOVEMBER/KLAUSER, a.a.O.; FRANCISCO KLAUSER: Die Videoüberwachung öffentlicher Räume, Zur Ambivalenz eines Instruments sozialer Kontrolle, Frankfurt 2006; BRANDON C. WELSH/DAVID P. FARRINGTON, Home Office Research Study 252, Crime prevention effects of closed circuit television: a systematic review [<http://www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs2/hors252.pdf>]; MARTIN GILL/ANGELA SPRIGGS, Home Office Research Study 292, Assessing the impact of CCTV [<http://www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs05/hors292.pdf>]; FRANCISCO KLAUSER: Wachstumsmarkt «Videoüberwachung», Videokameras sind kein Wundermittel gegen Kriminalität, in: NZZ vom 9. Februar 2005; FRANCISCO KLAUSER: Urban Renaissance, Difficulties in revitalizing Public Space by CCTV, Street Prostitution Surveillance in the Swiss City of Olten, Los Angeles 2007, [European Urban and Regionals Studies, <http://eur.sagepub.com/>]).

- 15.10 Eine genügend gesetzliche Grundlage muss je nach dem konkret mit einer Überwachung verfolgten Zweck einerseits und der hierfür vorgesehenen Art der Überwachung andererseits differenziert ausgestaltet sein. Notwendig ist dies jedenfalls dann, wenn beabsichtigt ist, verschiedene Typen von Überwachung zu erlauben, mithin auch solche, die über die simple Videoüberwachung hinausgehen, also namentlich die Aufzeichnung von Bild und Ton mit den damit verbundenen weiteren Möglichkeiten beinhalten. Zur Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit, aber auch mit Blick darauf, dass die gesetzliche Grundlage hinreichend konkret sein und genügenden Schutz vor Missbrauch gewähren muss, sind die Überwa-

chungsvarianten, die erlaubt sein sollen, konkret zu nennen und es sind die Voraussetzungen, unter denen diese erlaubt sind, bzw. der damit verfolgte Zweck, für jede einzelne Variante aufzuführen. Nur so kann die Anwendung einer konkreten Überwachungsmaßnahme mit Blick auf den damit verbundenen Grundrechtsseingriff genügend begrenzt werden. Eine gesetzliche Grundlage, die diese differenzierte Begrenzung nicht vorsieht, bietet keine Begrenzung auf nach Verfassung und EMRK zulässige Mass der Überwachung. Eine solch differenzierte Begrenzung fehlt im angefochtenen Erlass vollkommen. Stattdessen will das PolG die Überwachung samt Bild- und Tonaufnahmen im Rahmen der polizeilichen Aufgaben undifferenziert und ohne konkrete Schranken zulassen. Der angefochtene Erlass beachtet damit den Grundsatz von Art. 36 BV nicht genügend und stellt keine genügende gesetzliche Grundlage für die mit Überwachungsmaßnahmen verbundenen Grundrechtseingriffe dar. Er enthält keinen gebührenden Schutz vor einem Missbrauch möglicher Überwachungsmaßnahmen. Die vorgesehene Regelung der Überwachung verstösst insoweit gegen die persönliche Freiheit, die Privatsphäre und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (10 Abs. 2 bzw. Art. 13 Abs. 2 BV sowie Art. 8 EMRK).

- 15.11 Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebietet sodann, dass die Öffentlichkeit mit Hinweistafeln auf die Videoüberwachung aufmerksam gemacht wird (BGE 133 I 77 E. 4.2, m. H. auf Verena Bartsch, Rechtsvergleichende Betrachtung präventiv-polizeilicher Videoüberwachungen öffentlich zugänglicher Orte in Deutschland und in den USA, Berlin 2004, S. 190 ff.). Der Eingriff in die genannten Grundrechte durch eine Überwachung wiegt weniger schwer, wenn er für die Betroffenen erkennbar ist. Eine heimliche Überwachung durch die Polizei erscheint im Übrigen auch nicht als notwendig, können doch die damit verfolgten Zwecke auch bzw. regelmässig sogar besser mit einer offen deklarierten Überwachung wahrgenommen werden. Die vorgesehene Regelung der Überwachung verstösst also auch insoweit gegen die persönliche Freiheit, die Privatsphäre und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (10 Abs. 2 bzw. Art. 13 Abs. 2 BV sowie Art. 8 EMRK), als sie nicht nur die offene, sondern auch die verdeckte Überwachung vorsieht.
- 15.12 Der aufgrund Art. 13 BV und Art. 8 Abs. 2 EMRK notwendige Schutz vor Missbrauch von Überwachungsmaßnahmen bedingt sodann eine griffige Regelung des Zugriffs auf gespeicherte Bild- und Tonaufzeichnungen, die den Erfordernissen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit entspricht. Die Zugriffsberechtigung ist klar zu regeln und die Daten sind mittels einer zureichenden Detailregelung effektiv vor unbefugter Kenntnisnahme, Bearbeitung und Entwendung zu sichern (BGE 133 I 77 E. 5.5). Eine solche Regelung fehlt vollständig, womit diese nicht mit Art. 13 BV und Art. 8 Abs. 2 EMRK vereinbar ist.
- 15.13 Soweit Aufzeichnungen von Überwachungen aufbewahrt werden, muss die Aufbewahrungsdauer verhältnismässig sein. Die Aufzeichnungen und

deren Aufbewahrung stellen eine präventive Massnahme dar. Es sollen damit Beweise mit Blick auf allfällige Verfahren, insbesondere Strafverfahren, aber auch Zivil- und Verwaltungsverfahren (vgl. den Wortlaut von § 53 Abs. 2 lit. b. PolG) sichergestellt werden. Mit dem damit verbundenen Abschreckungseffekt soll im Dienste der Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und der Gewährleistung der Sicherheit von Benützern öffentlicher Strassen und Plätze Straftaten begegnet werden (BGE 133 I 77 E. 4.3 ff. m. H.). Das Bundesgericht hat in Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen – das Privatleben einerseits und das Interesse des Staates, zur Verfolgung von Straftaten in einem von Kameras überwachten Bereich Aufzeichnung zur Verfügung zu haben – entschieden, dass eine Aufbewahrungsdauer von 100 Tagen zulässig ist, sofern dies insgesamt in eine genügend griffige Regelung eingebettet ist. Als notwendig erscheint zur Wahrung der Verhältnismässigkeit insbesondere das Anbringen von Hinweistafeln an den Überwachungsstandorten und eine griffige Regelung des Zugriffs auf gespeicherte Bild- und Tonaufzeichnungen. Insgesamt muss der Schutz vor missbräuchlicher Verwendung der Aufnahmen durch eine klare Regelung gewährleistet sein (BGE 133 I 77 E. 5.3 ff.).

15.14 § 53 Abs. 2 PolG sieht vor, dass Aufzeichnungen gelöscht werden, wenn feststeht, dass sie nicht mehr benötigt werden bzw. spätestens nach einem Jahr, soweit sie nicht weiterhin für ein Straf-, Zivil- oder Verwaltungsverfahren benötigt werden. Diese Regelung genügt den soeben dargelegten Anforderungen, wie sie sich aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergeben, nicht ansatzweise. § 53 Abs. 2 lit. a. PolG, wonach Aufzeichnungen gelöscht werden, wenn feststeht, dass sie nicht mehr benötigt werden, bildet keine effektive Begrenzung der Aufbewahrungsdauer. Wenn die Polizei zu irgend einem Zeitpunkt in Bezug auf die von ihr gespeicherten Aufnahmen argumentieren würde, es stehe noch nicht fest, dass diese nicht mehr benötigt werden, so wird es in aller Regel nicht möglich sein, sie zu widerlegen. Auch nach verhältnismässig langer Zeit können der Polizei noch Umstände bekannt werden, die Anlass geben, Aufzeichnungen heranzuziehen, insbesondere kann sich dies aus einer Strafanzeige ergeben oder aus Erkenntnissen, die in einem Strafverfahren gewonnen wurden. Auf diese Weise können etwa Aufzeichnungen Bedeutung erlangen, die zeigen könnten, ob sich eine bestimmte Person zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem mit Videokameras überwachten Platz befunden hat. Im Grunde genommen steht nie fest, ob Aufzeichnungen in einem solchen Zusammenhang dereinst einmal benötigt werden oder nicht. § 53 Abs. 2 lit. a. PolG begrenzt die Aufbewahrungsdauer damit nicht mit der notwendigen Effektivität. Im Übrigen stellt sich die Frage, wer feststellen soll, dass bestimmte Aufnahmen nicht mehr benötigt werden und gelöscht werden. Dazu schweigt sich das PolG aus. § 53 Abs. 2 lit. a. PolG ist im Ansatz völlig falsch. Er wird postuliert, Aufnahmen würden dann gelöscht, wenn feststeht, dass sie nicht mehr benötigt werden. Mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist dies nicht zu vereinbaren. Von den in diesem Zusammenhang vorgegebenen Kriterien nennt die Bestimmung nur eine, nämlich die Notwendigkeit, und nicht einmal das genügend, da darin nicht etwa

verlangt wird, die Aufbewahrung müsse als notwendig erscheinen, sondern umgekehrt, es müsse die fehlende Notwendigkeit feststehen. Die weiteren Kriterien der Geeignetheit und der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne (vernünftige Zweck-Mittel-Relation bzw. überwiegendes öffentliches Interesse) fehlen vollkommen. Insoweit ist die Bestimmung darauf angelegt, dass Aufnahmen unverhältnismässig lange aufbewahrt werden können. Wie dargelegt hat das Bundesgericht eine Aufbewahrungsdauer von 100 Tagen unter gewissen Voraussetzungen für zulässig erachtet. Dagegen möchte der angefochtene Erlass eine Aufbewahrungsdauer von einem Jahr zulassen und enthält dabei keine genügende Beschränkungen, die dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung tragen würden. Eine wirksame Begrenzung der Aufbewahrungsdauer, die dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 36 BV) entspricht, fehlt somit. Die vorgesehene Regelung der Überwachung verstösst auch in diesem Punkt gegen die persönliche Freiheit, die Privatsphäre und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (10 Abs. 2 bzw. Art. 13 Abs. 2 BV sowie Art. 8 EMRK).

15.16 Hinzu kommt, dass – wie dargelegt – auch die vom Bundesgericht geforderte gesamthafte Einbettung der Regelung der Aufbewahrungsdauer in eine genügend griffige Regelung (insb. bezüglich der Kennzeichnung der Überwachungsstandorte mit Hinweistafeln und des Schutzes vor missbräuchlicher Verwendung der Aufnahmen) fehlt. Eine Kennzeichnung der Überwachungsstandorte mit Hinweistafeln ist nicht vorgesehen, sondern es soll im Gegenteil auch die verdeckte Überwachung zulässig sein, und eine konkrete Regelung, die vor missbräuchlicher Verwendung der Aufnahmen schützt, besteht nicht. Die angefochtene Regelung der Aufbewahrungsdauer verstösst auch insoweit gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und damit gegen die persönliche Freiheit, die Privatsphäre und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (10 Abs. 2 bzw. Art. 13 Abs. 2 BV sowie Art. 8 EMRK).

16. *Zu § 35 PolG (Durchsuchung von Personen) und § 36 (Durchsuchung von Gegenständen)*

16.1 §§ 35 und 36 PolG stellen einen Eingriff in die persönliche Freiheit und in die Privatsphäre dar (Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 EMRK), da die von der Untersuchung betroffene Person die Gegenstände und Dokumente, die sie auf sich trägt oder die sich im durchsuchten Gegenstand befinden (beispielsweise in einem Fahrzeug), im Rahmen der Durchsuchung der Polizei offen legen muss. Eine solche Durchsuchung durch die Polizei erscheint nur als zulässig, wenn – wie dies in Bezug auf die Durchsuchung von Räumen in § 37 PolG vorgesehen ist – die Umstände ein sofortiges Handeln nötig machen. Andernfalls ist die Durchsuchung durch die Polizei nicht notwendig und damit nicht verhältnismässig. Da diese Einschränkung in §§ 35 und 36 PolG fehlt, gehen diese Bestimmungen über den Rahmen des Notwendigen und Verhältnismässigen hin-

aus und verstossen insoweit gegen Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 EMRK.

- 16.2 §§ 35 und 36 PolG lassen eine Durchsuchung u.a. im Zusammenhang mit polizeilichem Gewahrsam (§ 35 Abs. 1 lit. b. und § 36 lit. c. PolG) und mit der Identitätsfeststellung (§ 35 Abs. 1 lit. d. und § 36 lit. a. i.V.m. § 35 Abs. 1 lit. d. PolG) zu.
- 16.3 Soweit die im Gesetz angeführten Gewahrsamsgründe nicht verfassungs- und EMRK-konform sind, §§ 35 und 36 PolG aber darauf Bezug nehmen, sind §§ 35 und 36 PolG ihrerseits in gleicher Weise nicht verfassungs- und EMRK-konform. Es sei dazu auf die Darlegungen zu § 25 PolG verwiesen (vorstehend Ziff. 11.). Darüber hinaus ist von Bedeutung, dass die Durchsuchung von Personen und Gegenständen ein Eingriff in die persönliche Freiheit und in die Privatsphäre ist (Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 EMRK). Die Durchsuchung muss sich mit Blick auf diese Grundrechte als verhältnismässig erweisen und muss aus einem der in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten Gründe notwendig sein. Soweit die in § 25 PolG genannten Gewahrsamsgründe – wie vorstehend dargelegt – für sich betrachtet nicht vor der Verfassung und der EMRK standhalten, erweisen sie sich auch als Grundlage für eine Durchsuchung nach §§ 35 und 36 PolG nicht als verhältnismässig i.S.v. Art 36 BV und auch nicht als notwendig i.S.v. Art. 8 Abs. 2 EMRK. Insoweit ist der Wortlaut von § 35 Abs. 1 lit. b. und § 36 lit. c. PolG nicht durch Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 EMRK gedeckt.
- 16.4 Soweit die gesetzliche Regelung der Identitätskontrolle nicht verfassungs- und EMRK-konform sind, §§ 35 und 36 PolG aber darauf Bezug nehmen, sind §§ 35 und 36 PolG ihrerseits in gleicher Weise nicht verfassungs- und EMRK-konform. Es sei dazu auf die Darlegungen zu § 21 PolG verwiesen (vorstehend Ziff. 10.). Darüber hinaus ist von Bedeutung, dass die Durchsuchung von Personen und Gegenständen ein Eingriff in die persönliche Freiheit und in die Privatsphäre ist (Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 EMRK). Die Durchsuchung muss sich mit Blick auf diese Grundrechte als verhältnismässig erweisen und muss aus einem der in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten Gründe notwendig sein. Da die in § 21 PolG enthaltene Regelung der Identitätskontrolle – wie vorstehend dargelegt – für sich betrachtet nicht vor der Verfassung und der EMRK standhält, erweisen sie sich auch als Grundlage für eine Durchsuchung nach §§ 35 und 36 PolG nicht als verhältnismässig i.S.v. Art 36 BV und als notwendig i.S.v. Art. 8 Abs. 2 EMRK. Insoweit ist der Wortlaut von § 35 Abs. 1 lit. d. und § 36 lit. a. i.V.m. § 35 Abs. 1 lit. d. PolG nicht durch Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 EMRK gedeckt.

17. *Zu § 37 PolG (Durchsuchung von Räumen)*

§ 37 Abs. 1 lit. c PolG sieht die Möglichkeit vor, Räume zu durchsuchen, wenn die Umstände ein sofortiges Handeln nötig machen, um eine Person

in Gewahrsam zu nehmen, wenn der Verdacht besteht, dass sie sich in den zu durchsuchenden Räumen befindet. Diese Bestimmung nimmt auf die Gewahrsamsgründe gemäss § 25 PolG Bezug. Soweit diese Gewahrsamsgründe nicht verfassungs- und EMRK-konform sind, § 37 PolG aber darauf Bezug nimmt, ist § 37 PolG seinerseits in gleicher Weise nicht verfassungs- und EMRK-konform. Es sei dazu auf die Darlegungen zu § 25 PolG verwiesen (vorstehend Ziff. 11.). Ergänzend ist festzuhalten, dass die Durchsuchung von Räumen ein Eingriff in die persönliche Freiheit, in die Privatsphäre und in die Wohnung ist (Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 EMRK). Die Durchsuchung muss sich mit Blick auf diese Grundrechte als verhältnismässig erweisen und muss aus einem der in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten Gründe notwendig sein. Soweit die in § 25 PolG genannten Gewahrsamsgründe – wie vorstehend dargelegt – für sich betrachtet nicht vor der Verfassung und der EMRK standhalten, erweisen sie sich auch als Grundlage für eine Hausdurchsuchung nicht als verhältnismässig i.S.v. Art 36 BV und als notwendig i.S.v. Art. 8 Abs. 2 EMRK. Insofern ist der Wortlaut von § 27 Abs. 1 lit. c PolG nicht durch Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 EMRK gedeckt.

18. *Zu §§ 38, 39 und 40 PolG (Sicherstellung, Rückgabe, Verwertung und Vernichtung sichergestellter Tiere und Gegenstände)*

- 18.1 Die Sicherstellung von Gegenständen und Tieren gemäss § 38 PolG greift in die Eigentumsгарantie (Art. 26 BV) der daran berechtigten Person ein und, so weit ein Gegenstand oder Tier einem wirtschaftlichen Zweck dient, in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV). Der Eingriff liegt darin, dass sichergestellter Gegenstand bzw. das sichergestellte Tier der daran berechtigten Person zumindest vorübergehend entzogen wird und die Person insoweit von der Nutzung und Verfügung am sichergestellten Gut ausschliesst. Die Sicherstellung stellt ferner einen Eingriff in civil rights i.S.v. Art. 6 EMRK dar. Wird der sichergestellte Gegenstand bzw. das sichergestellte Tier, wie in § 40 PolG vorgesehen, verwertet oder vernichtet, verstärkt sich dieser Eingriff noch, indem er die Rechte der betroffenen Person definitiv und irreversibel bricht. Die Wirkung der Sicherstellung ist insofern mit jener einer strafprozessualen Beschlagnahme vergleichbar. Bei der Anordnung der Sicherstellung, bei deren Dauer und bei einer allfälligen Vernichtung oder Verwertung ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Zudem sind mit Blick auf die betroffenen civil rights die Rechte nach Art. 6 EMRK zu beachten. Dies beinhaltet insbesondere, dass jede Person ein Recht darauf hat, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Dieser Rechtsschutz muss ein effektiver sein, was unter anderem bedeutet, dass die vorgesehene gerichtliche Überprüfung zu einem Zeitpunkt möglich ist, in dem das sichergestellte Gut noch unversehrt vorhanden ist. Der Rechtsschutz muss also zumindest vor einer allfälligen Vernichtung oder Verwertung greifen, aber

auch, bevor das sichergestellte Gut allenfalls als Folge der Sicherstellung kaputt gegangen oder sonst wie unbrauchbar geworden ist, denn das sichergestellte Gut ist allenfalls rasch verderblich oder ist aus einem anderen Grund im Verlauf der Sicherstellung für die berechnigte Person nicht mehr zu gebrauchen (so etwa bei Pflanzenstecklingen). Der Rechtsschutz muss überdies sicherstellen, dass der Ausschluss von der Nutzung eines Gegenstands sonst keine übermässigen Folgen, beispielsweise in wirtschaftlicher Hinsicht, hat (vgl. BGE 129 I 103; Urteil 1P.775/2000 vom 10. April 2002; Urteil 1P.679/2000 vom 5. Februar 2001).

18.2 Als Gründe für eine Sicherstellung sieht das PolG in § 38 vor:

- a. um eine erhebliche Gefahr abzuwehren,
- b. zum Schutz privater Rechte gemäss §7,
- c. um zu verhindern, dass eine in Gewahrsam genommene Person sie missbräuchlich verwendet.

Gemäss § 39 PolG wird das sichergestellte Gut dann zurückgegeben, wenn der Grund für die Sicherstellung dahingefallen ist. Die Formulierungen von §§ 38 und 39 PolG übergehen damit den Umstand, dass eine Sicherstellung bzw. die Fortführung der Sicherstellung auch dann unverhältnismässig sein kann, wenn einer der genannten Gründe (immer noch) gegeben ist. Je länger die Sicherstellung dauert, desto schwerer muss das Interesse daran gegenüber den betroffenen Rechten der betroffenen Person wiegen. Da diese Einschränkung im angefochtenen Erlass fehlt, verstösst dieser gegen Art. 36 BV und damit gegen die Eigentumsgarantie und – da diese in vielen Fällen ebenfalls tangiert sein wird – die Wirtschaftsfreiheit.

18.3 Das PolG sieht keine Bestimmung vor, die den Rechtsschutz gewährleistet, wie er gemäss Art. 6 EMRK erforderlich wäre. Um diesen Rechtsschutz zu gewährleisten, müsste gesetzlich vorgesehen sein, dass eine Sicherstellung zumindest dann, wenn sie in Art. 6 EMRK eingreift, einer Verfügung bedarf (die, wenn Gefahr im Verzug ist, der eigentlichen Sicherstellung zeitlich auch nachgehen kann), die mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen ist. Sodann ist durch entsprechende Bestimmungen sicherzustellen, dass ein Gericht angerufen werden kann, das rechtzeitig über die Sicherstellung und eine allfällige Vernichtung oder Verwertung entscheidet, also zumindest bevor ein irreversibler Schaden eingetreten ist. Zu betonen ist, dass eine allfälliges nachträgliches Rechtsmittelverfahren, das erst Platz greift, wenn der Eingriff in Art. 6 EMRK schon stattgefunden hat und gegebenenfalls irreversible Folgen gezeitigt hat, den Anforderungen von Art. 6 EMRK nicht genügt. Mehr als die Möglichkeit, allenfalls ein nachträgliches Rechtsmittelverfahren einzuleiten (was wohl auch hier, wie beim polizeilichen Gewahrsam [vgl. vorstehend Ziff. 12.1 ff.], nach den Bestimmungen des VRG denkbar ist), besteht jedenfalls nicht. Dies erscheint deshalb als klar, weil keine explizite gesetzliche Regelung besteht, die genügenden Rechtsschutz bietet, und gleichzeitig die Sicherstellung, Verwertung und Vernichtung als Realakt bzw. verfügbares Handeln ausgestaltet ist (zu

dieser Problematik vorstehend Ziff. 2.), und nicht etwa vorgesehen ist, dass die Polizei diesbezüglich zunächst verfügt und sodann gegen die Verfügung ein Rechtsmittel mit aufschiebender Wirkung gegeben ist. Dies führt dazu, dass der mit der Sicherstellung, Verwertung oder Vernichtung verbundene Grundrechtseingriff vor einem allfälligen Rechtsmittelverfahren eintritt und das Rechtsmittelverfahren diesen Grundrechtseingriff nicht mehr ungeschehen machen kann. Besonders gravierend ist dies dann, wenn der Grundrechtseingriff irreversible Folgen zeitigt. Somit vermöchte die Regelung bezüglich Sicherstellung, Verwertung und Vernichtung nur dann Art. 6 EMRK zu genügen, wenn der Rechtsschutz in diesem Bereich so ausgestaltet wäre, wie dies vorstehend dargelegt worden ist und dadurch rechtzeitig greift. Dies ist aber nach dem Gesagten nicht der Fall, womit §§ 38, 39 und 40 PolG nicht mit Art. 6 EMRK vereinbar sind. Dasselbe ergibt sich im Übrigen in Bezug auf Art. 26 und Art. 27 BV aus der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV), die auch nicht als gewährleistet gelten kann, wenn kein effektiver – also die Folgen des Eingriffs allenfalls abwendender – Rechtsschutz besteht.

19. Zu § 106d StPO (Bild- und Tonaufnahmen)

- 19.1 Gemäss den Schluss- und Übergangsbestimmungen soll der Polizei in § 106d StPO die Kompetenz erteilt werden, im Rahmen der Strafverfolgung an allgemein zugänglichen Orten Bild- und Tonaufnahmen machen, wenn
- a. ernsthafte Gründe zur Annahme bestehen, dass Verbrechen oder Vergehen begangen worden sind oder vor der Ausführung stehen und
 - b. die Abklärungen auf andere Weise weniger Erfolg versprechen oder erschwert wären.
- 19.2 Hier finde sich zwar wiederum ein allgemein gehaltener Zweck, dem die Aufnahmen dienen müssen, (im Rahmen der Strafverfolgung), und es werden gewisse Voraussetzungen aufgestellt, die erfüllt sein müssen, um Aufnahmen machen zu können. Wesentliche Mängel, die bezüglich § 33 PolG aufgezeigt worden sind, sind jedoch auch in der vorgesehenen Regelung von § 106d StPO enthalten. § 106d StPO hält in folgenden Punkten nicht vor der Verfassung und der EMRK stand:
- 19.3 § 106d StPO bildet keine hinreichend konkrete gesetzliche Grundlage, die vor Art. 36 BV und Art. 8 Abs. EMRK standhalten würde (vgl. zu den diesbezüglichen Anforderungen die vorstehenden Ausführungen, insb. Ziff. 15.7). Zum Einen ist der Zweck nicht hinreichend klar gefasst. Unklarheit schafft insbesondere der Umstand, dass zwar einerseits auf die Strafverfolgung Bezug genommen wird, andererseits aber eine Überwachung im Rahmen dieser Bestimmung auch präventiv möglich sein soll, wenn noch gar keine Straftat begangen worden ist, sondern nur angenommen wird, eine solche stehe vor der Ausführung. Die vorgesehene Regelung sprengt insoweit den Rahmen strafprozessualer Massnahmen. Vergleichend sei etwa auf die Regelung gemäss Art. 3 BÜPF hingewiesen, gemäss der

Überwachungsmassnahmen im Rahmen des BÜPF an den Verdacht anknüpft, es sei eine der in Art. 3 BÜPF genannten Delikte begangen worden, und im Weiteren auf die analog gestaltete Regelung der verdeckten Ermittlung im BVE (Art. 4 BVE). Worin der genaue Zweck der Überwachung nach § 106d StPO liegt, ist angesichts dieses Widerspruchs (gemäss Zweckbestimmung Überwachung im Rahmen der Strafverfolgung, gemäss Voraussetzungen jedoch auch ausserhalb der Strafverfolgung) nicht hinreichend klar. Die angefochtene Bestimmung verletzt insoweit die persönliche Freiheit, die Privatsphäre und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (10 Abs. 2 bzw. Art. 13 Abs. 2 BV sowie Art. 8 EMRK).

- 19.4 Ferner ist Art. 36 BV, aber auch Art. 8 Abs. 2 EMRK, dadurch verletzt, dass in Bezug auf die Zulässigkeit von Überwachungsmassnahmen nicht je nach dem verfolgten Zweck einerseits und der hierfür vorgesehenen Art der Überwachung andererseits differenziert wird. Dies wäre aber genauso wie bei der polizeilichen Überwachung notwendig (es sei dazu auf Ziff. 15. verwiesen).
- 19.5 Die vorgesehene Möglichkeit, im Rahmen der StPO präventive überwachen zu können, wenn ernsthafte Gründe zur Annahme bestehen, dass Verbrechen oder Vergehen vor der Ausführung stehen, weckt auch insoweit Bedenken, als sich die Geeignetheit und die Erforderlichkeit einer Überwachung in dieser Konstellation nicht begründen lässt: Strafprozessual betrachtet ist festzustellen, dass noch gar keine Straftat verübt worden ist und somit kein Anlass für eine Strafverfolgung besteht. Gesamthaft betrachtet ist von Bedeutung, dass eine Überwachung kaum geeignet ist, die Straftat zu verhindern, jedenfalls aber die Möglichkeit besteht, dass die Polizei in einem solchen Fall konkret handelt und die Straftat zu verhindern versucht, anstatt Überwachungsmassnahmen laufen zu lassen, und dass dies das geeignetste Vorgehen ist, um die Straftat zu verhindern. Konkret handeln kann die Polizei insoweit, als sie gegen die Personen vorgeht, von denen die mutmassliche Gefahr der Begehung einer Straftat ausgeht, oder sich an die Örtlichkeit begibt, an der sich die mutmasslich bevorstehende Straftat verwirklichen könnte, und dort zum Eingreifen bereits steht. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint eine Überwachung hier nicht als geeignet und notwendig und damit nicht als verhältnismässig. Die Überwachungsmassnahme mag zwar dereinst der Aufklärung einer (noch nicht begangenen) Straftat zu dienen. Die Pflicht des Staates, die Straftat zu verhindern und damit das Bedürfnis nach deren Aufklärung gar nicht aufkommen zu lassen, geht dem aber vor und vermag damit eine «präventive Überwachung mit Blick auf die nachmalige Strafverfolgung einer noch nicht begangenen Tat» nicht zu rechtfertigen. Auch insoweit mangelt es der Überwachungsmassnahme an der Erforderlichkeit und damit an der Verhältnismässigkeit. Schliesslich ist zu bemerken, dass es hier um einen – letztlich strafprozessual begründeten – Eingriff in die Grundrecht einer Person geht, die (noch) nicht einmal den Verdacht auf sich gezogen hat, eine Straftat begangen zu haben (im Gegensatz etwa zu den im BÜPF und im BVE vorgesehenen Massnahmen, die an einen Verdacht auf Begehung ei-

nes Katalogdelikts anknüpfen). Zwar wird als konkrete Voraussetzung die Annahme genannt, ein Verbrechen oder Vergehen stehe kurz vor der Ausführung. Dies stellt aber doch einen geringeren Anlass dar als das Bestehen eines Tatverdachts.

- 19.6 Nachdem die Überwachung § 106d StPO daran anknüpft, Verbrechen oder Vergehen seien begangen worden oder stünden vor der Ausführung, würde sie in konkreten Anwendung oft gezielt gegen bestimmte Personen eingesetzt, die den Anlass für die entsprechende Annahme bieten. Insofern ist die Wirkung ähnlich wie im Anwendungsbereich des BÜPF und des BVE. Ein Unterschied zu den Massnahmen, die in den genannten Bundesgesetzen vorgesehen sind, besteht zwar insoweit, als sich die Überwachung nach § 106d StPO auf allgemein zugängliche Orte beschränkt. Eine Überwachung nach § 106d StPO beinhaltet aber doch einen Eingriff von einiger Schwere, zumal dann, wenn Bild- und/oder Tonaufnahmen gemacht werden und die Überwachung gezielt gegen bestimmte Personen zum Einsatz kommen und überdies verdeckt erfolgen wird (eine für die Betroffenen offensichtliche Überwachung erschiene wohl weder als geeignet noch als erforderlich, könnte doch die Polizei diese statt dessen einfach persönlich angehen). Insofern wiegt der hier zur Diskussion stehende Eingriff schwerer als beispielsweise erkennungsdienstliche Massnahmen, da letztere nicht ohne das Wissen der betroffenen Person vorgenommen werden. Zudem geht § 106d StPO insofern weiter als das BÜPF und das BVE, als § 106d StPO auch die präventive Überwachung erlaubt.
- 19.7 Unter diesen Umständen hätte die gesetzliche Regelung danach zu differenzieren, welchem Zweck die Überwachung konkret dient. Es kann (1.) um die Aufklärung einer begangenen Straftat gehen, (2.) um die Verhinderung einer allenfalls unmittelbar bevorstehenden Straftat oder (3.) um die Aufklärung einer allenfalls unmittelbar bevorstehenden Straftat. Bei der 1. Konstellation liegt der Verdacht auf einen bereits begangenen Rechtsbruch vor, womit tendenziell weiter gehende Eingriffe gerechtfertigt als bei der 2. und 3. Konstellation. Die 2. Konstellation gehört gar nicht in den Bereich der Strafverfolgung, sondern erfolgt rein präventiv. Die 3. Konstellation dient zwar letztlich der Strafverfolgung, setzt aber ein, ohne dass ein Rechtsbruch vorliegt. Für alle drei Konstellationen gilt in Bezug auf die erforderliche Differenzierung je nach Eingriffszweck und Art der Überwachung im Wesentlichen dasselbe, was in diesem Zusammenhang bereits zur Regelung gemäss §§ 32 53 Abs. 2 PolG ausgeführt worden ist (vgl. vorstehend Ziff. 15.10). So weit der Zweck der Überwachung effektiv in der Strafverfolgung angesiedelt ist, müsste überdies die Zulässigkeit der Überwachung mittels eines abschliessenden Deliktkatalogs enger begrenzt werden, als dies in § 106d StPO vorgesehen ist. Dies insbesondere deshalb, weil sich die entsprechenden Überwachungsmassnahmen – wie vorstehend dargelegt – oft gezielt gegen bestimmte Personen richten und regelmässig verdeckt erfolgen werden (wobei die verdeckte Überwachung ohnehin nicht zulässig ist, dazu sogleich).

19.8 Die Aufzeichnung von Überwachungen muss in Bezug auf die Dauer verhältnismässig sein. Das Bundesgericht hat – wie dargelegt (Ziff. 15.13) – eine Aufbewahrungsdauer von 100 Tagen als zulässig erachtet, sofern dies insgesamt in eine genügend griffige Regelung eingebettet ist. Als notwendig erscheint zur Wahrung der Verhältnismässigkeit insbesondere das Anbringen von Hinweistafeln an den Überwachungsstandorten und eine Regelung des Zugriffs sowie eine Gewährleistung der Datensicherheit. Insgesamt muss der Schutz vor missbräuchlicher Verwendung der Aufnahmen durch eine klare Regelung gewährleistet sein. Diese Anforderungen erfüllt die Regelung gemäss § 106d StPO nicht. Es ist im Rahmen dieser Regelung weder eine maximale Aufbewahrungsdauer vorgesehen (die nur dann nicht zum Zuge kommen würde, wenn vorhandene Aufnahmen vor Ablauf der Aufbewahrungsdauer im Rahmen eines laufenden Strafverfahrens als Beweismittel zu den Akten genommen werden), noch ist das Erfordernis, Hinweistafeln anzubringen, vorgesehen. Genügende Bestimmungen zum Schutz vor Missbrauch, insbesondere in Bezug auf die Frage, wer Zugriff auf vorhandene Aufnahmen hat und wie die Daten vor Missbrauch geschützt werden, fehlen. Eine wirksame Begrenzung der Aufbewahrungsdauer, die in eine griffige Regelung der weiteren sich stellenden Fragen eingebettet ist und die insgesamt die dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 36 BV) entspricht, ist somit nicht vorhanden. § 106d StPO verstösst somit – ebenso wie die Regelung von § 32 und 53 Abs. 2 PolG (dazu vorstehend Ziff. 15.) – gegen die persönliche Freiheit, die Privatsphäre und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (10 Abs. 2 bzw. Art. 13 Abs. 2 BV sowie Art. 8 EMRK).

20. So weit die angefochtenen Bestimmungen nicht vor der Verfassung bzw. der EMRK standhalten, sind sie aufzuheben. Die bestehende Verfassungs- und EMRK-widrigkeit ist festzustellen und es ist sicherzustellen, dass die betreffenden Bestimmungen nicht zur Anwendung gelangen.

Abschliessend ersuche ich Sie um Gutheissung der eingangs gestellten Anträge.

Mit freundlichen Grüssen

Viktor Györfy

3-fach

Beilagen:

1. Vollmacht der Demokratische Juristinnen und Juristen Zürich (DJZ) in Kopie
2. Vollmacht der JUSO Kanton Zürich in Kopie
3. Vollmacht der Jungen Grünen Kanton Zürich in Kopie
4. Vollmacht der Grünen Kanton Zürich in Kopie
5. Vollmacht der Alternativen Liste Zürich in Kopie
6. Vollmacht von Matthias Probst in Kopie
7. Vollmacht von Rebekka Wyler in Kopie
8. Vollmacht von Anja Recher in Kopie
9. Vollmacht von Patrick Angele in Kopie
10. Vollmacht von Susanne Rihs-Lanz in Kopie
11. Vollmacht von Walter Angst in Kopie
12. Vollmacht von Silvana Naef in Kopie
13. Auszug aus dem Amtsblatt des Kantons Zürich vom 7. März 2008 (Beschluss des Regierungsrates über die Ergebnisse der kantonalen Volksabstimmung vom 24. Februar 2008 [vom 5. März 2008])
14. Abstimmungszeitung des Kantons Zürich vom 24. Februar 2008
15. Auszug aus dem Amtsblatt des Kantons Zürich vom 27. April 2007 (Polizeigesetz vom 23. April 2007)
16. Antrag und Weisung des Regierungsrates vom 5. Juli 2006 zum Polizeigesetz