

**Basler Studien  
zur Rechtswissenschaft**

**Reihe C Strafrecht**

**Band 33**

**Patrick von Hahn**  
**Ermittlungen ohne Verdacht**

**Rechtliche Grundlagen und Grenzen  
polizeilicher Vorermittlungen in der Schweiz**

**Helbing Lichtenhahn Verlag**



Basler Studien  
zur Rechtswissenschaft

Patrick von Hahn  
Ermittlungen ohne Verdacht

# Basler Studien zur Rechtswissenschaft

Herausgegeben von

Urs Behnisch, Stephan Breitenmoser, Roland Fankhauser,  
Bijan Fateh-Moghadam, Sabine Gless, Felix Hafner,  
Lukas Handschin, Peter Jung, Kurt Pärli, Mark Pieth,  
Markus Schefer, Ulrich G. Schroeter, Thomas Sutter-Somm,  
Daniela Thurnherr, Christa Tobler, Corinne Widmer Lüchinger,  
Wolfgang Wohlers, Herbert Zech

Reihe C: Strafrecht

Band 33

Patrick von Hahn

## Ermittlungen ohne Verdacht

Rechtliche Grundlagen und Grenzen  
polizeilicher Vorermittlungen in der Schweiz

Helbing Lichtenhahn Verlag

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

ISBN 978-3-7190-4235-6

© 2019 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel  
[www.helbing.ch](http://www.helbing.ch)

*Die Balance zwischen Freiheit und Sicherheit darf vom Gesetzgeber neu justiert, die Gewichte dürfen jedoch von ihm nicht grundlegend verschoben werden.*

*Deutsches Bundesverfassungsgericht,  
Urteil 1 BvR 518/02 vom 4. April 2006, N 135*





## Vorwort

Die vorliegende Untersuchung entstand in den Jahren 2014 bis 2018 während meiner Zeit als Assistent am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Sabine Gless und während meiner anschliessenden Tätigkeit beim Präsidialdepartement des Kantons Basel-Stadt sowie als Richter am Strafgericht Basel-Stadt. Sie wurde von der Juristischen Fakultät der Universität Basel im Herbstsemester 2018 als Dissertation angenommen.

Sabine Gless hat mir als Erstbetreuerin viel Freiraum bei der Realisierung dieser Dissertation gegeben, ihre Entstehung aber zugleich mit grossem Interesse und Engagement begleitet. Ich danke ihr für die vielen wichtigen Anregungen und die fördernde, unterstützende und kritische Betreuung. Ebenso danke ich Prof. Dr. Daniela Thurnherr Keller für die Übernahme des Korreferats sowie ihre hilfreichen Hinweise und ihre Unterstützung. Prof. Dr. Frank Meyer danke ich für die Übernahme der externen Begutachtung der Arbeit. Allen dreien möchte ich für das anregende Doktoratskolloquium danken.

Mehrere Personen haben mich bei der dieser Studie zugrundeliegenden Forschungsarbeit unterstützt: Urs Wicki, Leiter der Sicherheitspolizei und ehemaliger Leiter des Fahndungsdienstes der Kantonspolizei Basel-Stadt, sowie die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Fahndungsdienstes haben mir spannende und lehrreiche Einblicke in die Praxis der verdeckten Fahndung ermöglicht und in einer angeregten Diskussion meinen Blick für verschiedene Fragestellungen geschärft. Lic. iur. Anne Dusseiller Pavei, Advokatin, Dienstleiterin Stv. Recht der Kantonspolizei Basel-Stadt, hat mir wertvolle Hinweise auf die polizeiliche Praxis gegeben und im Gespräch diverse Fragestellungen kenntnisreich erörtert. Lic. iur. Beat Loosli, Oberleutnant, Leiter Einsatzzug der Kantonspolizei Basel-Stadt, hat mich auf einen beispielhaften Fall aus der Praxis hingewiesen und mir in kontroversen, aber stets freundschaftlichen Diskussionen Paroli geboten. Dr. iur. Nadine Zurkinden, Oberassistentin an der Juristischen Fakultät der Universität Zürich und juristische Adjunktin bei der Kantonspolizei Basel-Stadt, hat mir bei zahlreichen gemeinsamen Mittagessen geduldig zugehört und viele gute Ratschläge gegeben. Meine Vorgesetzten beim Präsidialdepartement Basel-Stadt, lic. iur. Barbara Schüpbach-Guggenbühl, Staatsschreiberin, und lic. iur. Yvonne Schaffner, Advokatin, Leiterin Bereich Recht und Volksrechte, haben mich in meinem Dissertationsprojekt wohlwollend unterstützt und mir durch die Gewährung eines unbezahlten Urlaubs dessen zügigen Abschluss ermöglicht. Meine Schwester, lic. phil. Dominique von Hahn, hat das Manuskript

rasch und sorgfältig Korrektur gelesen. Ihnen allen gebührt mein aufrichtiger Dank. Ganz besonders danke ich meiner Frau, Dr. iur. Brigitte Bieler, Advokatin, die persönlich und fachlich stets an meiner Seite stand und mich immer unterstützt und bestärkt hat.

Die Drucklegung erfolgt mit freundlicher Unterstützung der Basler Studienstiftung.

Literatur und Rechtsprechung wurden berücksichtigt bis Mai 2018.

# Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	VII
Inhaltsverzeichnis . . . . .	XI
<b>I. Einleitung . . . . .</b>	<b>1</b>
1. Einführung, Fragestellung und Eingrenzung des Themas . . . . .	1
2. Gliederung . . . . .	5
3. Aktualität der Fragestellung und Stand der Forschung . . . . .	8
<b>II. Terminologie und polizeiliche Aufgaben . . . . .</b>	<b>9</b>
1. Polizeibegriff . . . . .	10
2. Begriff und Praxis der Vorermittlung . . . . .	12
3. Funktionen polizeilichen Handelns . . . . .	19
4. Fazit: Begriff und Funktion von Vorermittlungen . . . . .	70
<b>III. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Vorermittlungen . . . . .</b>	<b>73</b>
1. Einführung und Methodik . . . . .	74
2. Vorliegen von Grundrechtseingriffen durch die untersuchten Vorermittlungsmassnahmen . . . . .	100
3. Rechtfertigung von Vorermittlungsmassnahmen . . . . .	109
<b>IV. Schluss . . . . .</b>	<b>193</b>
1. Zusammenfassung und Ergebnisse . . . . .	193
2. Bewertung und Ausblick . . . . .	200
Literaturverzeichnis . . . . .	205
Materialienverzeichnis . . . . .	221
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	223



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	VII
Inhaltsübersicht . . . . .	IX
<b>I. Einleitung</b> . . . . .	1
1. Einführung, Fragestellung und Eingrenzung des Themas . . . . .	1
2. Gliederung . . . . .	5
3. Aktualität der Fragestellung und Stand der Forschung . . . . .	8
<b>II. Terminologie und polizeiliche Aufgaben</b> . . . . .	9
1. Polizeibegriff . . . . .	10
1.1. Materieller Polizeibegriff . . . . .	10
1.2. Institutioneller Polizeibegriff . . . . .	10
2. Begriff und Praxis der Vorermittlung . . . . .	12
2.1. Begriff der Vorermittlung . . . . .	12
2.1.1. Legaldefinition im Zürcher Polizeigesetz . . . . .	13
2.1.2. Bundesgericht . . . . .	14
2.1.3. Schweizerische Lehre . . . . .	15
2.1.4. Deutsche Lehre . . . . .	16
2.1.5. Ergebnis . . . . .	17
2.2. Beispiele verdachtsunabhängiger polizeilicher Ermittlungen . . . . .	18
3. Funktionen polizeilichen Handelns . . . . .	19
3.1. Ermittlung von Straftaten im Rahmen eines Strafverfahrens . . . . .	21
3.1.1. Terminologie und Kompetenzordnung . . . . .	22
3.1.2. Zweck der Ermittlung . . . . .	23
3.1.3. Einordnung der Ermittlung im Strafverfahren . . . . .	23
3.1.4. Eröffnung und Abschluss der Ermittlung . . . . .	25
3.1.4.1. Strafanzeigen . . . . .	25
3.1.4.2. Anweisungen der Staatsanwaltschaft . . . . .	25
3.1.4.3. Eigene Feststellungen der Polizei . . . . .	26
3.1.4.4. Abschluss der Ermittlungen . . . . .	26
3.1.5. Zwangsmassnahmen im Ermittlungsverfahren . . . . .	27
3.1.6. Die Schwelle zum Ermittlungsverfahren: der Anfangsverdacht . . . . .	28
3.1.6.1. Definitionen des Tatverdachts . . . . .	29
3.1.6.2. Merkmale des Tatverdachts gemäss herrschender Lehre . . . . .	30
3.1.6.3. Intensität des Anfangsverdachts . . . . .	33
3.1.6.4. Bedeutung und Funktion des Anfangsverdachts . . . . .	35

3.1.6.4.1.	Tatverdacht als Auslöser der staatlichen Strafverfolgungspflicht . . . . .	36
3.1.6.4.2.	Tatverdacht als rechtsstaatliche Schranke der Strafverfolgung . . . . .	36
3.1.6.5.	Verbot der Beweisausforschung . . . . .	38
3.1.6.5.1.	Problematische Aufgabenzuweisung im Zürcher Polizeigesetz . . . . .	40
3.1.6.5.2.	Problematische Erwägung des Bundesgerichts . . . . .	42
3.1.6.6.	Zufallsfunde . . . . .	43
3.1.7.	Verdachtslose Ermittlungen als Massnahmen der Strafverfolgung? . . . . .	45
3.2.	Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung . . . .	45
3.2.1.	Kompetenzen im Bereich des Polizeiwesens . . . . .	46
3.2.1.1.	Polizeihoheit der Kantone . . . . .	46
3.2.1.2.	Bundeskompetenzen im Bereich des Polizeiwesens . . .	46
3.2.2.	Zweck: Gefahrenabwehr . . . . .	47
3.2.3.	Eingriffshandeln im Bereich der Gefahrenabwehr . . . . .	48
3.2.3.1.	Allgemeines und Terminologie . . . . .	48
3.2.3.2.	Das Legalitätsprinzip im Bereich des Polizeirechts . . . .	48
3.2.3.3.	Eingriffshandeln gemäss Polizeirecht der Kantone . . . .	51
3.2.4.	Voraussetzung sicherheitspolizeilichen Handelns: die Gefahr . . .	52
3.2.4.1.	Begriff der Gefahr . . . . .	52
3.2.4.2.	Konkrete und abstrakte Gefahr . . . . .	53
3.2.4.3.	Funktion und Bedeutung des Gefahrenerfordernisses . .	54
3.2.5.	Verdachtslose Ermittlungen als Massnahmen der Gefahrenabwehr? . . . . .	55
3.3.	Gefahrenvorsorge . . . . .	56
3.3.1.	Grundsatz der Gefahrenvorsorge im Polizeirecht i.w.S. . . . .	56
3.3.2.	Gefahrenvorsorge im Bereich der Polizei i.e.S. . . . .	57
3.3.3.	Straftatenvorsorge als polizeiliche Aufgabe . . . . .	59
3.3.4.	Zweck der Straftatenvorsorge . . . . .	61
3.3.5.	Verdachtslose Ermittlungen als Massnahmen der Straftatenvorsorge . . . . .	63
3.4.	Funktionale Abgrenzung von präventiven und repressiven Massnahmen der Ermittlungen . . . . .	65
3.4.1.	Notwendigkeit der Abgrenzung . . . . .	65
3.4.2.	Methoden der Abgrenzung . . . . .	67
3.4.3.	Ergebnis . . . . .	69
4.	Fazit: Begriff und Funktion von Vorermittlungen . . . . .	70

<b>III. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Vorermittlungen</b> . . . . .	73
1. Einführung und Methodik . . . . .	74
1.1. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns in der BV . . . . .	74
1.2. Internationale Menschenrechtsgarantien . . . . .	75
1.3. Vorgehen bei der Analyse . . . . .	76
1.4. Die untersuchten Vorermittlungsmassnahmen . . . . .	78
1.4.1. Verdeckte Polizeieinsätze im Allgemeinen . . . . .	78
1.4.2. Geheime polizeiliche Massnahmen im Internet . . . . .	81
1.4.3. Observation . . . . .	83
1.4.4. Verdeckte Fahndung . . . . .	84
1.4.5. Abgrenzung von Observation und verdeckter Fahndung . . . . .	85
1.4.6. Verdeckte Ermittlung . . . . .	86
1.5. Sachliche Schutzbereiche der tangierten Grundrechte . . . . .	88
1.5.1. Menschenwürde (Art. 7 BV) . . . . .	89
1.5.2. Persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) . . . . .	89
1.5.3. Schutz der Privatsphäre (Art. 8 Abs. 1 EMRK, Art. 13 Abs. 1 BV) . . . . .	90
1.5.4. Informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) . . . . .	92
1.5.5. Exkurs: Garantien beschuldigter Personen im Strafverfahren (Art. 6 f. EMRK; Art. 32 BV) . . . . .	93
1.6. Eingriffe in Grundrechte . . . . .	94
1.7. Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen nach Art. 36 BV . . . . .	97
1.8. Rechtfertigung eines Eingriffs in Garantien der EMRK . . . . .	98
2. Vorliegen von Grundrechtseingriffen durch die untersuchten Vorermittlungsmassnahmen . . . . .	100
2.1. Verdeckte Ermittlung . . . . .	100
2.2. Verdeckte Fahndung . . . . .	102
2.3. Observation . . . . .	105
3. Rechtfertigung von Vorermittlungsmassnahmen . . . . .	109
3.1. Gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV) . . . . .	109
3.1.1. Hinreichende Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage . . . . .	111
3.1.1.1. Bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Bestimmtheitsgebot im Polizeirecht . . . . .	111
3.1.1.2. Konsequenzen der Lehre aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung . . . . .	113
3.1.1.2.1. Geltung ohne Einschränkung . . . . .	113
3.1.1.2.2. Vorhersehbarkeit der polizeilichen Handlungsmittel . . . . .	115
3.1.1.2.3. Möglichkeit der Eingrenzung des Tatbestands . . . . .	115
3.1.1.2.4. Bestimmtheitssurrogate . . . . .	117
3.1.1.2.5. Besondere Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips im Polizeirecht . . . . .	118

3.1.1.3. Bundesgerichtliche Anforderungen an die Normbestimmtheit bei Vorermittlungsmassnahmen . . . . .	118
3.1.1.4. Ergebnis: Anforderungen an die Bestimmtheit gesetzlicher Grundlagen von Vorermittlungen . . . . .	122
3.1.2. Anforderungen an die Normstufe . . . . .	123
3.1.3. Vorermittlungen ohne gesetzliche Grundlage? Zur polizeilichen Generalklausel . . . . .	125
3.1.3.1. Ausnahmebestimmung für Notfälle . . . . .	125
3.1.3.2. Anwendungsvoraussetzungen der polizeilichen Generalklausel . . . . .	127
3.1.3.3. Anwendbarkeit der polizeilichen Generalklausel im Falle von Vorermittlungen? . . . . .	128
3.1.4. Exkurs: Grenzen von Vorermittlungen aufgrund des materiellen Strafrechts . . . . .	129
3.1.5. Bestimmung gesetzlicher Grundlagen von Vorermittlungen . . . . .	132
3.1.5.1. Bundesrechtliche Grundlagen . . . . .	132
3.1.5.1.1. Gesetzliche Grundlagen von Vorermittlungen in der StPO? . . . . .	132
3.1.5.1.1.1. Verdachtslose Observationen gestützt auf Art. 282 StPO? . . . . .	134
3.1.5.1.1.2. Verdachtslose verdeckte Ermittlungen gestützt auf Art. 285a ff. StPO? . . . . .	136
3.1.5.1.1.3. Verdachtslose verdeckte Fahndungen gestützt auf Art. 298a ff. StPO? . . . . .	138
3.1.5.1.1.4. Ergebnis: Keine gesetzlichen Grundlagen von Vorermittlungen in der StPO . . . . .	140
3.1.5.1.2. Übriges Bundesrecht . . . . .	141
3.1.5.1.2.1. Art. 23 Abs. 2 BetmG . . . . .	141
3.1.5.1.2.2. Hinweis: Art. 14 Abs. 2 Bst. f BWIS . . . . .	142
3.1.5.1.3. Ergebnis . . . . .	142
3.1.5.2. Gesetzliche Grundlagen von Vorermittlungen im interkantonalen Staatsvertragsrecht . . . . .	143
3.1.5.3. Gesetzliche Grundlagen von Vorermittlungen im kantonalen Polizeirecht . . . . .	144
3.1.5.3.1. Entstehungsgeschichte . . . . .	144
3.1.5.3.2. Gesetzliche Grundlagen von Vorermittlungen im kantonalen Polizeirecht . . . . .	147
3.1.6. Gesetzmässigkeit der kantonalen Ermächtigungsnormen . . . . .	149





3.3.2.3.2.4. Regelungen anderer Kantone zu nachträglicher Information und Rechtsschutz . . . . .	184
3.3.2.3.3. Zumutbarkeitserfordernis der besonderen Gefahrenlage bzw. des Kriminalitätsschwerpunkts . . . . .	184
3.3.2.3.3.1. Grad der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts . . . . .	186
3.3.2.3.3.2. Notwendige Schwere der befürchteten Straftat . . . . .	188
3.3.2.3.4. Zumutbare Eingriffsintensität . . . . .	188
3.3.2.3.4.1. Verdeckte Ermittlung . . . . .	189
3.3.2.3.4.2. Verdeckte Fahndung . . . . .	190
3.3.3. Verhältnismässigkeit: Ergebnisse . . . . .	190
<b>IV. Schluss . . . . .</b>	<b>193</b>
1. Zusammenfassung und Ergebnisse . . . . .	193
1.1. Divergierende Funktionszuweisungen . . . . .	193
1.2. Unzulässigkeit von Ermittlungen zur Verdachtsbegründung . . . . .	194
1.3. Verdachtslose Ermittlungen als Teil eines erweiterten polizeilichen Präventionskonzepts . . . . .	195
1.4. Vorermittlungen schränken die Grundrechte Betroffener ein . . . . .	196
1.5. Bestehen eines öffentlichen Interesses . . . . .	196
1.6. Hohe Anforderungen an gesetzliche Grundlage und Verhältnismässigkeit . . . . .	196
1.7. Gesetzliche Grundlagen von präventiven Ermittlungen ausschliesslich im kantonalen Recht . . . . .	198
1.8. Nur teilweise genügende gesetzliche Grundlagen . . . . .	199
2. Bewertung und Ausblick . . . . .	200
2.1. Vorermittlungen als Ausdruck des «Präventionsstaats»? . . . . .	200
2.2. Prozess der Verrechtlichung polizeilichen Handelns . . . . .	201
2.3. Legalitäts- und Verhältnismässigkeitsprinzip . . . . .	202
2.4. Ausblick . . . . .	203
Literaturverzeichnis . . . . .	205
Materialienverzeichnis . . . . .	221
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	223

# I. Einleitung

## 1. Einführung, Fragestellung und Eingrenzung des Themas

Gemäss Art. 299 ff. StPO beginnt ein Strafverfahren mit dem Vorverfahren und dieses wiederum – in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle – mit Ermittlungen der Polizei.<sup>1</sup> Die Polizei kann Ermittlungen «aus eigenem Antrieb»<sup>2</sup> aufnehmen, sie ist nicht an eine Anordnung der Staatsanwaltschaft gebunden.<sup>3</sup> Die polizeiliche Ermittlung und mit ihr das Strafverfahren insgesamt setzen formlos ein, mit der Aufnahme von Ermittlungshandlungen.<sup>4</sup> Die polizeilichen Ermittlungen dienen der ersten Erhebung und Sicherung von Beweisen.<sup>5</sup>

Ausgangspunkt und zentrale Voraussetzung der Eröffnung jedes Strafverfahrens ist ein Tatverdacht, wie Art. 299 Abs. 2 StPO festhält. Die Funktion des Verdachtserfordernisses besteht u.a. im Schutz Betroffener vor anlasslosen oder unverhältnismässigen Ermittlungen.<sup>6</sup> Verdachtsunabhängige Ermittlungen zum Zweck der Verdachtsbegründung, auch *fishing expeditions* genannt, gelten als verboten, da sie ohne hinreichenden Anlass in die Freiheiten der betroffenen Personen eingreifen und den Grundsatz der Unschuldsvermutung verletzen.<sup>7</sup>

Dennoch ist es üblich, dass die Polizei auch ohne Vorliegen eines Tatverdachts Ermittlungshandlungen vornimmt. Sie tut dies, indem sie beispielsweise unter Verwendung von Pseudonymen an Internetchats teilnimmt, Milieulokale observiert oder sich auf der Strasse Betäubungsmittel anbieten lässt. Die Polizei bedient sich im Wesentlichen dreier verdeckter Massnahmen, wenn sie ohne Tatverdacht ermittelt: Sie observiert und führt verdeckte Fahndungen sowie verdeckte Ermittlungen durch.<sup>8</sup>

---

<sup>1</sup> Art. 299 Abs. 1; Art. 300 Abs. 1 Bst. a StPO.

<sup>2</sup> Art. 15 Abs. 2 StPO.

<sup>3</sup> Vgl. ZK StPO-KELLER, Art. 15 N 15.

<sup>4</sup> Nicht verlangt ist insbesondere eine Eröffnungsverfügung wie im Falle der Eröffnung der Strafuntersuchung (Art. 309 Abs. 3 StPO), vgl. ZK StPO-LANDSHUT/BOSSHARD, Art. 306 N 4. Da die Kompetenz der Polizei zur selbständigen, d.h. unabhängig von einem Auftrag der Staatsanwaltschaft geführten Ermittlung nach heutiger Rechtslage deutlich über einen «ersten Zugriff» hinausgeht, wurde im Vorfeld der Inkraftsetzung der Schweizerischen Strafprozessordnung verschiedentlich vor einer «Verpolizeilichung des Vorverfahrens» gewarnt, vgl. etwa BRUN, recht 2014; PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht, 68.

<sup>5</sup> Art. 306 Abs. 2 StPO; vgl. anstelle vieler SCHMID/JOSITSCH, N 1216.

<sup>6</sup> Vgl. unten II.3.1.6.

<sup>7</sup> Vgl. unten II.3.1.6.5.

<sup>8</sup> Vgl. HANSJAKOB, forumponale 2015, 33 ff.; KÜHNE, recht 2016, 112 ff.

Die Praxis bezeichnet dieses polizeiliche Handeln oftmals als «Vorermittlungen».<sup>9</sup> Der Begriff der Vorermittlung(en)<sup>10</sup> hat in den letzten Jahren auch Eingang in die Gesetzgebung<sup>11</sup> sowie in die Rechtsprechung<sup>12</sup> gefunden.

Die strafrechtliche Lehre kritisiert polizeiliche Vorermittlungen teilweise als «Wildwuchs»<sup>13</sup> in einem «rechtlichen Graubereich»<sup>14</sup>. Es gelte, Betroffene vor staatlicher Ermittlungswillkür zu schützen.<sup>15</sup> Dem halten andere Autoren<sup>16</sup> entgegen, dass die Polizei «Dienerin zweier Herren»<sup>17</sup> sei: Neben ihren Aufgaben im Dienste der Strafverfolgung ist sie in erster Linie im Auftrag der öffentlichen Verwaltung für die Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung zuständig.<sup>18</sup> Auch zur Erfüllung ihrer sicherheitspolizeilichen Funktion hat die Polizei unter Umständen ein Interesse daran, Menschen zu kontrollieren und zu überwachen. Einfache Streifenfahrten oder die Kontrollen des Strassenverkehrs seien bekannte Beispiele hierfür. Sicherheitspolizeiliches Handeln setze gerade keinen Tatverdacht voraus, sondern das Bestehen einer Gefahr, denn es bezwecke die Gefahrenabwehr, z.B. die Verhinderung von Straftaten. Auch seien gewisse Formen der Kriminalität, in welchen es praktisch nie zu Strafanzeigen komme, nur mittels Vornahme von Vorermittlungen zu bekämpfen.<sup>19</sup>

---

<sup>9</sup> Vgl. BSK StPO-RHYNER, Art. 306 N 8; ALBERTINI, in: Polizeiliche Ermittlung, 543 f.; OBERHOLZER, 480; FORKERT-HOSSER, 119 ff.; JAAG/ZIMMERLIN, in: Festschrift für Andreas Donatsch, 407.

<sup>10</sup> In der schweizerischen Literatur findet sich mehrheitlich der Singular «Vorermittlung». In der deutschen Literatur ist hingegen der Plural gebräuchlich. In der vorliegenden Untersuchung wird der Plural verwendet, wenn von verdachtsunabhängiger Observation, verdeckter Fahndung und verdeckter Ermittlung gleichermaßen die Rede ist.

<sup>11</sup> § 4 PolG ZH; § 15<sup>ter</sup> PolG LU.

<sup>12</sup> BGE 140 I 353, E. 5.5; 143 IV 27, E. 2.5.

<sup>13</sup> PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht, 221.

<sup>14</sup> OBERHOLZER, 480.

<sup>15</sup> ALBRECHT, *sui generis* 2018, 64.

<sup>16</sup> Aus Gründen der einfacheren Lesbarkeit wird in dieser Arbeit das generische Maskulinum verwendet. Damit ist stets die weibliche und die männliche Form gemeint.

<sup>17</sup> BERGER, *forum* 2016, 344.

<sup>18</sup> Notabene kennen weder die StPO noch die kantonalen Bestimmungen über die Organisation der Polizeiorgane eine scharfe Trennung von Sicherheits- und Kriminalpolizei. Die Kriminalpolizei bildet in der Regel einen Teil des kantonalen Polizeikorps; die Sicherheitspolizei nimmt oftmals situativ auch kriminalpolizeiliche Aufgaben wahr. Einzige Ausnahme bildet die Polizeiorganisation des Kantons Basel-Stadt, wo die Kriminalpolizei in die Staatsanwaltschaft integriert ist; vgl. § 9 EG StPO BS sowie FABBRI, BJM 2013, 173 f. Dennoch nehmen auch in Basel-Stadt Kräfte der Sicherheitspolizei kriminalpolizeiliche Aufgaben wahr, beispielsweise wenn, wie in der Verfügung (Rektifikat) des StrG BS vom 12. Februar 2015, ES.2014.653, E. 2.2.1, Angehörige des Fahndungsdiensts bei einem präventiv motivierten Einsatz eine mögliche Straftat beobachten und anschliessend erste Beweise sichern; vgl. § 6 Abs. 1 EG StPO BS.

<sup>19</sup> DEL GIUDICE, ZStrR 2010, 121; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 893.

Daher nehmen nicht nur Vertreter der Strafverfolgungsbehörden,<sup>20</sup> sondern auch das BGE<sup>21</sup> sowie verschiedene Stimmen in der Literatur<sup>22</sup> an, dass ein öffentliches Interesse an polizeilichen Vorermittlungen bestehe. Selbst Kritiker solcher Massnahmen bestreiten das Bestehen eines öffentlichen Interesses an verdachtslosen Ermittlungen nicht.<sup>23</sup>

Allein das Bestehen eines öffentlichen Interesses an verdachtslosen Ermittlungen darf aber nicht zu der Annahme verleiten, polizeiliche Vorermittlungen seien ohne nähere Betrachtung durch den allgemeinen Sicherheitsauftrag der Polizei<sup>24</sup> legitimiert. Vielmehr müssen Vorermittlungen – wie jegliches Handeln des Gemeinwesens – den Anforderungen der Rechtsstaatlichkeit zweifelsfrei genügen. Ein ganz besonderes Augenmerk ist dabei auf staatliche Massnahmen zu werfen, die die Freiheit des Einzelnen beschneiden.<sup>25</sup>

Diese Studie widmet sich der Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit von verdachtsunabhängigen Ermittlungen durch die Polizei. Dazu wird untersucht, ob die drei wichtigsten Massnahmen der polizeilichen Vorermittlung, nämlich Observation, verdeckte Fahndung und verdeckte Ermittlung, mit den verfassungsrechtlichen Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns zu vereinen sind oder nicht.

Vorermittlungen greifen regelmässig in die Freiheitsrechte betroffener Personen ein. Art. 36 BV gestattet Eingriffe in Grundrechte aber nur unter engen Voraussetzungen, nämlich dem Bestehen eines öffentlichen Interesses und einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage. Einschränkungen der Grundrechte müssen zudem verhältnismässig sein und dürfen die grundrechtlichen Kerngehalte nicht tangieren. Die Forschungsfrage dieser Untersuchung ist daher folgende: Sind verdachtsunabhängige polizeiliche Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen mit den Anforderungen an Einschränkungen der Grundrechte gemäss Art. 36 BV zu vereinbaren?

---

<sup>20</sup> LENTJES MEILI, in: *Liber Amicorum für Andreas Donatsch*, 439; ALBERTINI, in: *Polizeiliche Ermittlung*, 544.

<sup>21</sup> BGE 140 I 353, E. 8.6; 140 I 381, E. 4.5.

<sup>22</sup> RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 893; BSK StPO-RHYNER, Art. 306 N 9; MUGGLI, 321 ff.

<sup>23</sup> BGE 140 I 381, E. 4.3, hält ausdrücklich fest, dass die Beschwerdeführer (u.a. der Parti socialiste Genevois sowie Les Verts genevois), die die Einführung von Vorermittlungsmassnahmen im LPol GE anfochten, das Bestehen eines öffentlichen Interesses an präventiven verdeckten Ermittlungen der Polizei nicht bestritten.

<sup>24</sup> Vgl. MAGNIN, 101.

<sup>25</sup> Vgl. etwa CONINX/MONA, ZStrR 2017, 16; ALBRECHT, ZStrR 2013, 392; zum Antagonismus von Freiheit und Sicherheit aus juristischer Perspektive i.A. vgl. DIGGELMANN, ZSR 2005, 329 ff.; DENNINGER 2012, 222 ff.

Die Fragestellung dieser Arbeit betrifft die verfassungsrechtliche Zulässigkeit verdachtsunabhängiger polizeilicher Ermittlungen. Erhebt die Staatsanwaltschaft später gestützt auf die Ergebnisse von Vorermittlungen Anklage, so stellt sich für das Gericht die Frage nach der Verwertbarkeit der entsprechenden Beweise. Die Frage der Beweisverwertbarkeit ist aber von derjenigen nach der Zulässigkeit der Ermittlungsmassnahmen selbst, die hier untersucht wird, zu trennen.

Gegenstand dieser Arbeit sind Massnahmen der Organe der Polizei, genauer der Polizeieinheiten der Kantone, die die Aufgaben des Schutzes der Polizeigüter und der Strafverfolgung erfüllen.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Nicht untersucht werden Massnahmen von Sicherheitsorganen im Bereich des Staatsschutzes. Zur Abgrenzung des Staatsschutzes von den Aufgaben der Sicherheits- und Kriminalpolizei vgl. Bericht Malama, 4499. Ebenso nicht behandelt werden Massnahmen des Polizeigüterschutzes, die nicht von den Organen der Polizei im institutionellen Sinn, sondern von anderen Behörden durchgeführt werden. Hierzu zählen bspw. verdeckte Alkoholtstkäufe durch Jugendliche, soweit sie durch die kantonalen Gesundheits-, Steuer- oder Gastgewerbebehörden durchgeführt werden. Im Kanton Solothurn werden Alkoholtstkäufe aber im Auftrag der Kantonspolizei vorgenommen und stellen daher polizeiliche Ermittlungsmassnahmen dar; vgl. zur Qualifikation von Alkoholtstkäufen das Urteil des BGer 6B\_334/2011 vom 10. Januar 2012, E.4.4.1; ff.; vgl. zudem MURER MIKOLÁSEK, in: Der Schutz polizeilicher Güter, 155 ff.

## 2. Gliederung

Die Untersuchung ist in vier Kapitel gegliedert, wobei Kapitel III den Schwerpunkt der Arbeit bildet.

Kapitel I dient der Einführung in die Fragestellung sowie einer kurzen Darstellung des Stands der Forschung.

Kapitel II liefert zum einen die zur Beantwortung der Fragestellung nötige Terminologie. Zum anderen werden die gesetzlich vorgesehenen Funktionen polizeilichen Handelns dargestellt und es wird untersucht, ob verdachtslose Ermittlungen einer Aufgabe der Polizei entsprechen.

Nach einer kurzen Darstellung der Facetten des Polizeibegriffs (II.1) folgt eine Bestimmung des Begriffs der Vorermittlungen (II.2.1). Ein Überblick über die wichtigsten Definitionen aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Forschung zeigt auf, dass sich im Wesentlichen zwei Verständnisse des Begriffs gegenüberstehen, die Vorermittlungen unterschiedliche Funktionen zuordnen. Zudem werden Definitionen von Vor(feld)ermittlungen der deutschen Lehre ergänzend berücksichtigt, da polizeiliche Vorermittlungen in Deutschland anders als in der Schweiz schon seit Jahrzehnten einen Gegenstand der Forschung darstellen. In Abschnitt II.2.2 werden die Definitionen von Vorermittlungen durch einige illustrierende Beispiele aus der Rechtsprechung ergänzt.

Die Terminologie bildet die Grundlage für die anschliessende Auseinandersetzung mit den wesentlichen Funktionen polizeilichen Handelns (II.3). Die vertiefte Auseinandersetzung mit den Aufgaben der Polizei ist essentiell für die Beantwortung der Forschungsfrage, denn Vorermittlungen können nur dann rechtmässig sein, wenn sie einer gesetzlich vorgesehenen Aufgabe der Polizei entsprechen. Andernfalls wäre kein öffentliches Interesse an diesen gegeben und deren Verhältnismässigkeit könnte nicht beurteilt werden. Wenn Vorermittlungen keiner polizeilichen Aufgabe entsprächen, so wären sie von vornherein als widerrechtlich zu beurteilen.

In den Ausführungen zur Aufgabe der Ermittlung von Straftaten (II.3.1) steht der Begriff und die Bedeutung des Tatverdachts im Zentrum. Es wird untersucht, was dessen Funktion als rechtlicher «Schutzwall» gegen unzulässige Ermittlungsmassnahmen für die polizeiliche Praxis bedeutet. Ebenso zu diskutieren sind die Wesensmerkmale des Tatverdachts sowie seine notwendige Intensität zu Beginn eines Strafverfahrens.<sup>27</sup> Ergebnis dieses Abschnitts ist, dass aufgrund des Verbots der Verdachtsausforschung, das aus dem Erfordernis des Tatverdachts hergeleitet wird, verdachtsunabhängige Ermittlungen zum Zweck der Suche nach einem Tatverdacht ausgeschlossen sind.

<sup>27</sup> Ob sich für Vorermittlungen trotz Fehlens eines Tatverdachts eine gesetzliche Grundlage in der StPO findet, wird später in Kapitel III erörtert.

Die zweite Hauptaufgabe der Polizei besteht in der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung (II.3.2). Im Zentrum des Interesses steht hier der Begriff der Gefahr. Aufgezeigt wird insbesondere die Bedeutung der Abgrenzung von konkreter und abstrakter Gefahr, dürfen doch die klassischen Massnahmen der Gefahrenabwehr nur bei Vorliegen einer Gefahr im Einzelfall vorgenommen werden. Verdachtslose Ermittlungen werden aber regelmässig ohne Bestehen einer konkreten Gefahr durchgeführt, weshalb Vorermittlungen nur in Ausnahmefällen als Mittel der Gefahrenabwehr betrachtet werden können.

Neben diesen beiden klassischen Aufgabenbereichen der Polizei ist in den letzten Jahrzehnten die Bedeutung der Gefahren- bzw. Straftatenvorsorge markant gewachsen (II.3.3). Dabei wird meist aufgrund allgemeiner polizeilicher Erkenntnisse über Kriminalitätsrisiken versucht, Gefahren zu erkennen und diesen entgegenzuwirken. Die Polizei geht dabei regelmässig ohne Bestehen eines Tatverdachts oder einer konkreten Gefahr vor, was Bedenken aus rechtsstaatlicher Perspektive auslöst. Dennoch ist die Straftatenvorsorge heute vielerorts als Aufgabe der Polizei gesetzlich vorgesehen. Der Abschnitt zeigt auf, dass polizeiliche Vorermittlungen i.d.R. dem Bereich der Straftatenvorsorge zuzurechnen sind.

Für die Beurteilung der Zulässigkeit von polizeilichen Ermittlungsmassnahmen ist es unerlässlich, diese einer gesetzlich vorgesehenen polizeilichen Aufgabe zuzuordnen. Diese Zuordnung bereitet im Falle von verdachtslosen Observationen, verdeckten Fahndungen und verdeckten Ermittlungen Schwierigkeiten. Daher befasst sich der folgende Abschnitt (II.3.4.) mit der Frage, wie die Abgrenzung von präventiven und repressiven polizeilichen Ermittlungsmassnahmen vorzunehmen ist und welche Konsequenzen sich daraus ergeben.

Das Hauptkapitel (III.) widmet sich der Untersuchung der rechtlichen Zulässigkeit der drei ausgewählten Vorermittlungsmassnahmen. Die Analyse orientiert sich am Prüfprogramm, das Art. 36 BV hinsichtlich von Einschränkungen der Grundrechte vorgibt. Der erste Abschnitt (III.1) erläutert das methodische Vorgehen, umschreibt die ausgewählten Vorermittlungsmassnahmen, spricht die durch diese tangierten Grundrechte an und erläutert den Begriff des Grundrechtseingriffs. Anschliessend wird untersucht, ob und in welcher Weise die genannten Massnahmen die Grundrechte Betroffener verkürzen (III.2).

Abschnitt III.3 stellt den Kern der vorliegenden Untersuchung dar. Er widmet sich der Prüfung, ob verdachtsunabhängige Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen den Anforderungen an Eingriffe in die Grundrechte gemäss Art. 36 BV genügen. Das Hauptgewicht liegt dabei auf folgenden zwei Fragen: Erstens: liegen hinreichende gesetzliche Grundlagen für Vorermittlungen vor, welche den Anforderungen des Legalitätsprinzips, ins-



besondere des Bestimmtheitsgebots, genügen (III.3.1)? Zweitens: werden die Erfordernisse der Verhältnismässigkeit, insbesondere der Zumutbarkeit der Massnahme, erfüllt (III.3.3)? Dabei ist zu beachten, dass die Erfordernisse des Gesetzmässigkeitsgrundsatzes in abstrakter Weise bestimmt und an den bestehenden gesetzlichen Grundlagen überprüft werden können. Die Verhältnismässigkeit einer Vorermittlungsmassnahme ist gegeben, wenn zum einen die gesetzliche Grundlage, zum anderen aber auch die konkrete Durchführung der Massnahme die entsprechenden Anforderungen erfüllt.

Im abschliessenden Kapitel (IV.) werden die Ergebnisse der Arbeit zusammengefasst dargestellt. Zudem sollen die Erkenntnisse vor dem Hintergrund der rechtspolitischen Diskussion über die Gewichtung von Sicherheit und Freiheit bewertet werden.

### 3. Aktualität der Fragestellung und Stand der Forschung

Das BGer hat sich im Jahre 2008 in einem vielbeachteten<sup>28</sup> Entscheid<sup>29</sup> erstmals zur Frage der Rechtmässigkeit einer (verdeckten) Ermittlungsmassnahme im Vorfeld eines Strafverfahrens geäussert. Zu dieser Zeit galt noch das BVE, welches 2011 mit der Einführung der StPO aufgehoben wurde. Im Zuge dieses legislativen Meilensteins ist auf Ebene des Bundes und der Kantone das Bewusstsein für die Problematik von verdachtsunabhängigen Ermittlungen gewachsen. Sowohl die Bundesversammlung<sup>30</sup> als auch die meisten kantonalen Gesetzgeber<sup>31</sup> haben sich in den letzten Jahren mit Vorermittlungen befasst. Zugleich ist das Thema auch vereinzelt Gegenstand der Rechtsprechung geworden.<sup>32</sup>

Die Aktualität der Fragestellung hat sich indessen in der wissenschaftlichen Forschung in der Schweiz noch relativ wenig niedergeschlagen.<sup>33</sup> Einige Beiträge haben in jüngerer Zeit Teilaspekte behandelt.<sup>34</sup> Kommentierungen und Grundlagenliteratur erwähnen die Problematik polizeilicher Vorermittlungen meist am Rande.<sup>35</sup>

Rechtsprechung und Literatur wurden bis 31. Mai 2018 berücksichtigt.

---

<sup>28</sup> Den Entscheid kommentiert haben u.a. HANSJAKOB, *forumpoenale* 2008b, 361 ff.; JO-SITSCH/MURER MIKOLÁSEK, *AJP* 2011, 181 ff.; VETTERLI, *forumpoenale* 2008, 367 ff.; BISCHOFF/LANTER, *jusletter* 2008, N 1 ff.

<sup>29</sup> BGE 134 IV 266.

<sup>30</sup> Vgl. unten III.3.1.5.1.1.

<sup>31</sup> Vgl. unten III.3.1.5.3.

<sup>32</sup> Vgl. etwa BGE 136 I 87; 140 I 353, 140 I 381; 143 IV 27 sowie das Urteil des OG ZH, SB 160065, vom 17. Juni 2016.

<sup>33</sup> Vgl. JAAG/ZIMMERLIN, in: *Festschrift für Andreas Donatsch*, 414.

<sup>34</sup> ALBRECHT, *sui generis* 2018, 64, 72; HANSJAKOB, *forumpoenale* 2015, 33 ff.; KETTIGER, *jusletter* 2012; ACKERMANN/VOGLER, in: *Top Secret*, 161 ff.; GFELLER/BIGLER, *forumpoenale* 2014, 105 ff.; RONC/VAN DER STROOM/MEYER, *forumpoenale* 2016, 302 ff.; MUGGLI, 321 ff.

<sup>35</sup> ZK StPO-HANSJAKOB, Art. 298a N 11; BSK StPO-RHYNER, Art. 306 N 8 ff.; ALBERTINI, in: *Polizeiliche Ermittlung*, 543 ff.; PIETH, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 220 f. Dieses Bild steht im Kontrast zur Forschungslage in Deutschland. Hier wurde die Problematik von «Vorfeldermittlungen» bereits in den 1980er Jahren erkannt; vgl. WESSLAU, 1 ff. Die fortschreitende gesetzgeberische Tätigkeit hat Niederschlag in zahlreichen Untersuchungen gefunden, die sich dem Thema von Vorermittlungen widmen; vgl. neben Weiteren die vollständig dem Thema gewidmeten Monografien von ARTZT; FORKERT-HOSSER; HAAS; JAHNES; OTTOW, sowie den Sammelband von WOLTER/SCHENKE/RIESS/ZÖLLER.

## II. Terminologie und polizeiliche Aufgaben

Um die Frage der Zulässigkeit der drei genannten Vorermittlungsmassnahmen nach Art. 36 BV zu klären, müssen die Begriffe «Polizei» und «Vorermittlung(en)» näher bestimmt werden. Zur Veranschaulichung des Untersuchungsgegenstands werden anschliessend einige Beispiele polizeilicher Vorermittlungen aus der Rechtsprechung wiedergegeben.

Ebenso ist es notwendig, sich einen Überblick über die Aufgaben zu verschaffen, die das Recht des Bundes und der Kantone der Polizei zuweisen. Polizeiliches Handeln muss, besonders, wenn dabei in die Grundrechte eingegriffen wird, einer gesetzlich geregelten Aufgabe entsprechen. Polizeiliche Handlungen ausserhalb des Bereichs der polizeilichen Aufgaben sind nicht nur widerrechtlich, sie können von der Rechtsordnung weder vorgesehen noch geduldet werden.<sup>36</sup> Es liegt kein öffentliches Interesse vor.

Die in Literatur und Rechtsprechung genannten Ziele von Vorermittlungen werden daher im Abschnitt über die Aufgaben der Polizei darauf überprüft, ob sie dem Rahmen der vom Gesetzgeber vorgesehenen polizeilichen Funktionen entsprechen oder nicht. Ergebnis dieses Kapitels bildet eine funktionale Eingrenzung von Vorermittlungen auf die Straftatenvorsorge, da der Zweck der Verdachtssuche oder -begründung nicht mit dem Verbot der Verdachtsausforschung zu vereinbaren ist.

---

<sup>36</sup> Dazu i.A. REINHARD, 51 ff.; LOBSIGER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, 169 ff.; ZALUNARDO-WALSER, 9 ff.; DENNINGER, in: Lisken/Denninger – Handbuch des Polizeirechts, N D1 ff.

## 1. Polizeibegriff

Wenn in einem rechtlichen Zusammenhang von «der Polizei» und «polizeilich» die Rede ist, stehen sich zwei ganz unterschiedliche Begriffsverständnisse gegenüber. Zur Klärung des Untersuchungsgegenstands der polizeilichen Ermittlungen ist es daher notwendig, kurz die beiden grundlegenden Polizeibegriffe voneinander abzugrenzen und darzulegen, welcher in dieser Arbeit Anwendung findet.

### 1.1. Materieller Polizeibegriff

Polizei im materiellen oder funktionellen Sinn umfasst nach modernem Verständnis<sup>37</sup> alle Tätigkeiten staatlicher Institutionen, welche die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie die Störungsbeseitigung bezwecken.<sup>38</sup> Die Lehre spricht gelegentlich auch von der Polizei i.w.S.<sup>39</sup>

Polizeigüterschutz stellt gleichsam eine verwaltungsrechtliche Querschnittsdisziplin dar, die durch eine Vielzahl von Behörden ausgeübt wird. Der materielle Polizeibegriff verliert durch die Offenheit der Begriffe von öffentlicher Sicherheit und Ordnung sowie die fortlaufende Ausweitung spezialpolizeilicher Aufgaben stetig an Konturen und wird teilweise als hinfällig bezeichnet.<sup>40</sup>

### 1.2. Institutioneller Polizeibegriff

Der institutionelle oder organisatorische Polizeibegriff bezeichnet die Verwaltungseinheiten, welche organisationsrechtlich als Polizeibehörden ausgeschieden und hauptsächlich mit Aufgaben der Gefahrenabwehr, aber auch mit weiteren Aufgaben wie etwa der Verfolgung von Straftaten beauftragt sind.<sup>41</sup> Dazu gehören in erster Linie die Polizeikorps, die die Lehre teilweise auch als Polizei i.e.S. bezeichnet.<sup>42</sup>

Gewisse Stimmen in der Lehre subsumieren auch weitere Verwaltungseinheiten, die besondere Aufgaben der Gefahrenabwehr erfüllen, wie die Baupolizei.

---

<sup>37</sup> Zur Geschichte des Polizeibegriffs SCHINDLER, Sicherheit & Recht 2017, 63 ff.; SCHÄRMELI, in: Der Schutz polizeilicher Güter, 9 ff.

<sup>38</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 53 N 3; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 37. Ausführlich zur Aufgabe der Gefahrenabwehr vgl. unten II.3.2.2.

<sup>39</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 54 N 22.

<sup>40</sup> Eingehend MOHLER, N 83 ff.; REINHARD, 8 ff.

<sup>41</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 53 N 8 ff.; REINHARD, 26; SCHÄRMELI, in: Der Schutz polizeilicher Güter, 48.

<sup>42</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 54 N 21.

zei, die Feuerpolizei oder die Gesundheitspolizei unter den institutionellen Polizeibegriff.<sup>43</sup> Ein so weites Begriffsverständnis ist aber abzulehnen; dies zum einen, da sich diese Behörden eben nicht hauptsächlich, sondern nur unter anderem mit dem Polizeigüterschutz befassen, zum anderen, weil andernfalls der institutionelle Polizeibegriff auf dem materiellen aufbauen und dessen Schwächen übernehmen würde.<sup>44</sup>

Vorliegend wird, wo von Polizei oder polizeilich die Rede ist, stets von einem eng verstandenen institutionellen Polizeibegriff ausgegangen.

---

<sup>43</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 53 N 8 f.

<sup>44</sup> Ebenso SCHÄRMELI, in: Der Schutz polizeilicher Güter, 43; SCHINDLER, Sicherheit & Recht 2017, 66.

## 2. Begriff und Praxis der Vorermittlung

Um die Zulässigkeit der drei wesentlichsten Massnahmen verdachtsloser polizeilicher Ermittlungen zu prüfen, muss der in diesem Zusammenhang häufig anzutreffende Begriff der Vorermittlung definiert werden. Dies benötigt einigen Raum, denn es bestehen mehrere, voneinander abweichende Verständnisse des Begriffs. Deshalb werden anschliessend in einer Zusammenschau der aktuellen Gesetzgebung, Rechtsprechung sowie der schweizerischen und deutschen Lehre die unterschiedlichen Deutungen des Begriffs der Vorermittlung dargestellt.

Ziel der vorgenommenen terminologischen Auseinandersetzung ist es, den Untersuchungsgegenstand einzugrenzen. Dabei wird der Fokus auf die Funktion gelegt, die die Begriffsbestimmungen der Vorermittlung zumessen, denn verdachtslose Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen müssen der Erfüllung einer polizeilichen Aufgabe dienen, um zulässig zu sein. Die Legitimation polizeilichen Handelns erfolgt, namentlich dann, wenn sie mit dem Eingriff in Grundrechte verbunden ist, nicht aus irgendwelchen Theorien oder allein aus dem staatlichen Gewaltmonopol, sondern aus dem geltenden Recht.<sup>45</sup> Handelt die Polizei nicht im Rahmen ihrer gesetzlich vorgesehenen Aufgaben, liegt keine Ausübung einer amtlichen Funktion vor.<sup>46</sup> Ein polizeiliches Handeln ausserhalb des Bereichs der polizeilichen Aufgaben ist widerrechtlich und kann von der Rechtsordnung weder vorgesehen noch geduldet werden.<sup>47</sup>

Daher widmet sich der folgende Abschnitt der Frage, welche Funktionen verdachtslosen Ermittlungen der Polizei in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur zugeordnet werden. Zur besseren Anschaulichkeit folgen einige Beispielen von polizeilichen Vorermittlungsmassnahmen aus der schweizerischen Rechtsprechung.

### 2.1. Begriff der Vorermittlung

Der Begriff der «Vorermittlung(en)», mit dem häufig der Gegenstand dieser Untersuchung bezeichnet wird, ist nicht leicht zu fassen. Dies liegt erstens an der terminologischen Vielfalt besonders in Praxis und Forschung, wo sich nebeneinander die Begriffe der Vorermittlung, Vorerhebung, Vorabklärung, Initiativermittlung, Vorfeldermittlung, Vorfeldabklärung, Sondierung, operative Verbrechensbekämpfung und diverse weitere finden, welche teilweise synonym verstanden, teilweise aber auch zur Bezeichnung unterschiedlicher Arten poli-

---

<sup>45</sup> GUSY, Polizei- und Ordnungsrecht, N 71.

<sup>46</sup> MAGNIN, 34.

<sup>47</sup> Vgl. MAGNIN, 34 f.

zeilicher Massnahmen verwendet werden. Zweitens fand sich der Begriff der Vorermittlung bis vor kurzem in keinem schweizerischen Erlass und wurde auch von der Rechtsprechung kaum beachtet; benutzt haben ihn in erster Linie die polizeilichen Praktiker.<sup>48</sup> Drittens besteht in der Literatur keine Einigkeit in einer zentralen Frage, nämlich welchem Zweck Vorermittlungen dienen und in- folgedessen welchem Rechtsgebiet sie zuzuordnen sind.

Der Begriff der Vorermittlungen wird in der Literatur zu Recht kritisiert.<sup>49</sup> Fragwürdig ist insbesondere die terminologische Nähe zum Begriff der Ermittlung und damit zum Strafprozessrecht. Hier wird er dennoch synonym für «verdachtslose» oder «verdachtsunabhängige Ermittlungen» verwendet; dies in erster Linie, da der Begriff in der schweizerischen Literatur für das hier zu untersuchende polizeiliche Vorgehen häufig verwendet wird und in jüngster Zeit auch Eingang in die Rechtsprechung<sup>50</sup> und die kantonale Gesetzgebung gefunden hat.<sup>51</sup>

Unumstritten ist, dass es sich bei Vorermittlungen um polizeiliche Massnahmen zur Informationsbeschaffung über mögliche Straftaten im Grenz- oder Übergangsbereich zwischen Polizei- und Strafprozessrecht handelt.<sup>52</sup>

Die im Folgenden dargestellten Definitionen lassen sich in drei Gruppen einteilen: Eine erste Gruppe nimmt an, Vorermittlungen seien Massnahmen der Straftatenprävention. Sie dienen der Informationsbeschaffung bezüglich zukünftiger, geplanter Straftaten, welche die Polizei gestützt auf die erlangten Informationen erkennen könne. Eine zweite Gruppe bezeichnet Vorermittlungen als Massnahmen zur Verdachtsbegründung oder -abklärung. Vorermittlungen bezwecken demnach, vergangene, noch unbekannte Straftaten aufzudecken oder bloss vage Vermutungen, die noch keinen Verdacht begründen, näher abzuklären. Eine dritte Gruppe hält beide genannten Funktionen verdachtsloser Ermittlungen für möglich oder geht ausdrücklich von einer doppelten Funktion aus.

### **2.1.1. Legaldefinition im Zürcher Polizeigesetz**

Das Polizeigesetz des Kantons Zürich nennt den Begriff der Vorermittlung in § 4 PolG ZH. Dieser trägt den Titel «Vorermittlung und Vorverfahren» und trat am 1. März 2013 im Rahmen einer grösseren Gesetzesnovelle in Kraft, die insbesondere eine detaillierte Regelung diverser geheimer Überwachungsmassnah-

---

<sup>48</sup> ALBERTINI, in: *Polizeiliche Ermittlung*, 539; FABBRI, *BJM* 2013, 166.

<sup>49</sup> SK-StPO WOHLERS, § 163 N 3.

<sup>50</sup> Bspw. BGE 140 I 353, E. 5.5; 143 IV 27, E. 2.5.

<sup>51</sup> Vgl. § 4 PolG ZH; § 15<sup>ter</sup> PolG LU.

<sup>52</sup> BSK StPO-RHYNER, Art. 306 N 8; KETTIGER, *jusletter* 2012, N 4.

men brachte.<sup>53</sup> Er findet sich an prominenter Stelle im Abschnitt über die Aufgaben der Polizei.

Gemäss § 4 Abs. 1 PolG ZH handelt es sich bei Vorermittlungen um polizeiliche Massnahmen – ausgehend von Hinweisen oder eigenen Feststellungen – zur Feststellung, ob Straftaten zu verhindern oder aufzuklären seien. Laut § 4 Abs. 2 PolG ZH richtet sich die Tätigkeit der Polizei im Rahmen der polizeilichen Vorermittlung nach dem PolG ZH. Der Antrag des Zürcher Regierungsrats zu der Bestimmung erläutert, Vorermittlungen dienen der Erkennung, ob Straftaten überhaupt begangen worden sind oder begangen werden sollen.<sup>54</sup> Damit wird Vorermittlungen eine zweifache Funktion zugewiesen: Sie sollen einerseits der Straftatenerkennung dienen, d.h. der Abklärung, ob ein Tatverdacht bezüglich einer begangenen Straftat besteht oder nicht. Andererseits zielen Vorermittlungen demnach auf die Verhinderung noch nicht begangener Straftaten, die geplant sind und verhindert werden sollen.

### 2.1.2. Bundesgericht

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung vermittelt ein uneinheitliches Bild hinsichtlich der Beurteilung der Funktion von Vorermittlungen. In BGE 140 I 353 hielt das BGer fest, in gewissen Fällen seien im Interesse der Prävention gegen Straftaten verdachtsunabhängige Ermittlungen erforderlich.<sup>55</sup>

Im selben Entscheid erklärte das oberste Gericht aber auch, unter Vorermittlungen seien Abklärungen und Massnahmen der Polizei zu verstehen, die auf Verdachtsbegründung ausgerichtet seien oder die auf einem bloss vagen, noch unbestimmten Anfangsverdacht, kriminalistischen Erfahrungswerten oder auf einer blossen Vermutung oder Hypothese gründen, die ohne vorgängige Konkretisierung und Verdichtung (oder Entkräftung) für die Einleitung eines gerichtspolizeilichen Ermittlungsverfahrens gemäss Art. 306 StPO nicht genügen.<sup>56</sup> Das BGer geht damit in diesem Entscheid von einer doppelten Funktion von Vorermittlungen aus, die sowohl auf die Prävention zukünftiger Straftaten wie auch die Begründung eines Verdachts hinsichtlich schon begangener Delikte zielen könne.

In seiner weiteren Rechtsprechung weist das BGer verdachtslosen Observationen, verdeckten Fahndungen und verdeckten Ermittlungen aber ausschliess-

---

<sup>53</sup> § 32–32g PolG ZH, vgl. den Antrag des RR des Kantons ZH vom 28. März 2012, ABI ZH 2012, 655 ff. § 32f PolG ZH wurde durch BGE 140 I 353 wieder aufgehoben.

<sup>54</sup> Antrag RR PolG ZH, 669 f.

<sup>55</sup> BGE 140 I 353, E. 5.5.

<sup>56</sup> BGE 140 I 353, E. 6.1.



lich den Zweck der Straftatenprävention<sup>57</sup> bzw. der Erkennung oder Verhinderung zukünftiger möglicher Delikte<sup>58</sup> zu.

### 2.1.3. Schweizerische Lehre

Die Definitionen von Vorermittlungen in der Lehre lassen sich in die genannten drei Gruppen einteilen: Es finden sich erstens Definitionen von Vorermittlung, die deren präventiven Charakter hervorheben, zweitens solche, die deren Zweck v.a. in der Verdachtsüberprüfung erkennen, drittens eine Gruppe, die Vorermittlungen beide genannten Funktionen zuordnet und davon ausgeht, dass solche Ermittlungen gerade der Klärung dienen sollen, ob eine Straftat schon begangen worden sei oder erst begangen werden soll. Zudem finden sich Autoren, die bezweifeln, dass Vorermittlungen überhaupt einer polizeilichen Funktion zugeordnet werden könnten.

SCHMID erläutert, Vorfeld- oder Vorermittlungen befassen sich «losgelöst von [einem] bereits konkrete[n] Deliktsverdacht primär präventionsorientiert mit Beobachtung eines möglicherweise deliktsträchtigen Umfelds». Sie seien vom Polizeirecht beherrscht.<sup>59</sup>

Für KELLER besteht Vorermittlung darin, «[in] kriminalitätsgeneigten Situationen bzw. Umgebungen (z.B. Menschenhandel- oder Drogenhändlermilieu, Terrorismus) [...] nicht erst die konkrete polizeiliche Gefahr oder das vollendete Delikt» abzuwarten, «sondern schon vor der Gefahr oder der Tat vorausgehend» zu agieren.<sup>60</sup> In Abgrenzung zur gerichtspolizeilichen Tätigkeit gehe es bei Vorermittlungen «um die (mindestens theoretisch) im Vorfeld strafbarer Handlungen getätigte kriminalpolizeiliche Ermittlungsarbeit»<sup>61</sup>.

Für ALBERTINI geht es bei der Vorermittlung «um gerichtspolizeiliche Vorfeldarbeit mit dem Ziel, Straftaten überhaupt erst zu erkennen, insbesondere durch das Zusammentragen und Auswerten von Informationen.»<sup>62</sup> Es werde damit die kriminalpolizeiliche Tätigkeit bezeichnet, welche im gerichtspolizeilichen Vorfeld erfolge und die in alleiniger polizeilicher Kompetenz liege.<sup>63</sup> Er unterscheidet zwei Formen der Vorermittlung: Erstens die Aufklärung oder Milieubeobachtung, welche dem Sammeln allgemeiner Informationen über bestimmte Milieus der Kriminalität diene, wie etwa Prostitution, Rockerszene

---

<sup>57</sup> BGE 140 I 381, E. 3.3.

<sup>58</sup> BGE 143 IV 27, E. 2.5.

<sup>59</sup> SCHMID, Art. 306 N 3.

<sup>60</sup> ZK StPO-KELLER, Art. 15 N 11.

<sup>61</sup> ZK StPO-KELLER, Art. 15 N 12.

<sup>62</sup> ALBERTINI, in: Polizeiliche Ermittlung, 544.

<sup>63</sup> ALBERTINI, in: Polizeiliche Ermittlung, 539.

oder Heroinhändler. Zweitens die Strukturermittlung, welche der Abklärung der Organisationsformen innerhalb solcher Milieus diene.<sup>64</sup>

HANSJAKOB kommt zum Schluss, es gehe bei Vorermittlungen «einerseits um die Unterscheidung von Verdachtslagen in Bezug auf schon begangene und auf zu vermutende künftige Straftaten[,] andererseits um noch unbekannte, bereits individualisierte und bereits identifizierte Verdächtige.»<sup>65</sup>

RHYNER versteht unter Vorermittlungen polizeiliche Massnahmen, «welche auf Verdachtsbegründung gerichtet sind oder auf bloss vagen, noch ungesicherten Anhaltspunkten, kriminalistischen Erfahrungswerten oder auf blossen Vermutungen oder Hypothesen gründen und für die Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens gem. Art. 306 f. [StPO] (noch) nicht genügen.»<sup>66</sup> Vorermittlungen fänden ausserhalb des Strafverfahrens statt, i.d.R. im Vorfeld von strafprozessualen Ermittlungen, und fielen unter das Polizeirecht. Sie gingen aber i.d.R. über eine reine Gefahrenabwehr hinaus. Ergebe sich aus den Vorermittlungen ein strafprozessualer Deliktsverdacht oder würden im Rahmen von Vorermittlungen strafprozessuale Zwangsmassnahmen oder andere formalisierte Ermittlungshandlungen vorgenommen werden, so beginne das Ermittlungsverfahren.<sup>67</sup>

PIETH geht auf kritische Distanz und spricht von einem «sogenannte[n] Vorermittlungsverfahren»<sup>68</sup>. Es handle sich um eine Aktivität der Kriminalpolizei, die aber weder konkret gefahrorientiert noch konkret verdachtsorientiert sei. Er spricht von «Wildwuchs zwischen den staatlichen Hauptfunktionen (der Prävention, der Repression und allenfalls des exekutiven Staatsschutzes)», der nicht einerseits der Kriminalitätsbekämpfung zugeschlagen und andererseits der staatsanwaltlichen Kontrolle vollkommen entzogen sein könne.<sup>69</sup>

### 2.1.4. Deutsche Lehre

In der deutschen Lehre finden sich ähnliche Funktionszuweisungen wie in der Schweiz. In terminologischer Hinsicht wird die der Verdachtsbegründung und -abklärung dienende Vorermittlung oftmals unterschieden von der Vorfeldermittlung, deren Funktion in der Straftatenvorbeugung liege.

Bei Vorfeld- oder Initiativermittlungen handle es sich demnach um «vorbeugende Bekämpfung» von Straftaten mit dem Ziel, Kriminalität operativ aufzu-

---

<sup>64</sup> ALBERTINI, in: Polizeiliche Ermittlung, 544; HANSJAKOB, ZStrR 2004, 104.

<sup>65</sup> HANSJAKOB, forumpoenale 2015, 34.

<sup>66</sup> BSK StPO-RHYNER, Art. 306 N 8.

<sup>67</sup> BSK StPO-RHYNER, Art. 306 N 8.

<sup>68</sup> PIETH, 220.

<sup>69</sup> PIETH, 221.

spüren.<sup>70</sup> Diese setzten an, wenn weder eine konkrete Straftat noch eine konkrete Gefahr gegeben seien, wenn jedoch aufgrund allgemeiner kriminologischer Erkenntnisse und Erfahrungen damit zu rechnen sei, dass in einem bestimmten sozialen Kontext Straftaten begangen würden. Vorfeldermittlung unterfalle unstrittig (noch) nicht der StPO-D.<sup>71</sup> Vorermittlungen dienten hingegen der Klärung, ob überhaupt ein Anlass bestehe, ein nach den Regeln der StPO-D geführtes Ermittlungsverfahren durchzuführen.<sup>72</sup> Eine solche Vorprüfung sei zur Selektion aller Informationen, die die Staatsanwaltschaft erreichten, «in der Sache zwingend erforderlich und unabweisbar». Eine gesetzliche Regelung des Vorermittlungsverfahrens gebe es nicht, es werde von der h.L. aber als zulässig angesehen.<sup>73</sup>

### 2.1.5. Ergebnis

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Lehre Vorermittlungen als polizeiliche Informationssammlung hinsichtlich möglicher Straftaten bezeichnet und diesem Vorgehen zwei mögliche Funktionen zuordnet: Einige Autoren weisen Vorermittlungen den Zweck der *Prävention von Straftaten* zu. Verdachtslose Ermittlungen sollen dem «proaktiven» Sammeln von Informationen über Straftaten dienen, deren Begehung zu erwarten sei. Die deutsche Lehre spricht dabei von Vorfeldermittlungen.

Andere Autoren gehen eher von der Funktion der *Verfolgung von (schon begangenen) Straftaten* aus und sprechen von Verdachtsbegründung, -gewinnung oder -abklärung. Solche polizeilichen Massnahmen werden in der deutschen Lehre wie in der Schweiz oftmals als Vorermittlungen bezeichnet.

Das Bundesgericht hat den Begriff der Vorermittlungen mehrheitlich für Massnahmen der Straftatenprävention verwendet; es spricht aber in einem Entscheid auch von der Funktion der Verdachtsbegründung. Die Legaldefinition des Zürcher Polizeigesetzes weist Vorermittlungen eine doppelte Funktion zu, sie sollen der Erkennung sowohl begangener wie auch zu verhindernder Straftaten dienen.

Gemeinsamer Nenner des Verständnisses von Vorermittlung bzw. Vorfeldermittlung ist ein polizeiliches Handeln zur Informationsbeschaffung im mög-

---

<sup>70</sup> KK-FISCHER, Einleitung N 172. Vgl. aber ARTZT, 11 ff., der den Begriff der Initiativermittlungen mit der Vorermittlung (und nicht der Vorfeldermittlung) gleichsetzt und hauptsächlich auf das Unterscheidungskriterium abstellt, ob es sich um lediglich interne Sondierungsmassnahmen (Vorermittlung) handle oder ob den Massnahmen eine gewisse Aussenwirkung zukomme.

<sup>71</sup> KK-FISCHER, Einleitung N 172.

<sup>72</sup> KK-FISCHER, Einleitung N 174.

<sup>73</sup> In ähnlicher Weise, aber skeptisch hinsichtlich der Zulässigkeit von Vorermittlungen zur Verdachtsklärung LR-ERB, vor § 158 N 10; HILGER, in: Datenübermittlungen und Vorermittlungen, 12; JAHNES, 7 ff.

licherweise kriminellem Vorfeld oder Milieu aufgrund von Anhaltspunkten oder kriminalistischen Erfahrungswerten, aber ohne Vorliegen eines Tatverdachts oder einer konkreten Gefahr.

### **2.2. Beispiele verdachtsunabhängiger polizeilicher Ermittlungen**

Um ein konkreteres Bild des Untersuchungsgegenstands zu erhalten, werden im Folgenden drei Beispiele verdachtsloser polizeilicher Ermittlungen aus der schweizerischen Rechtsprechung wiedergegeben.

Eine Verfügung des Strafgerichts Basel-Stadt<sup>74</sup> aus dem Jahr 2015 beschreibt einen beispielhaften Fall einer verdachtslosen verdeckten Fahndung. Ein zivil gekleideter Fahnder wurde nachts in einer Strasse eines für nächtlichen Strassenhandel mit Kokain bekannten Quartiers von Basel von einem Unbekannten angesprochen, nachdem jener zuerst mit Zischlauten den Polizisten auf sich aufmerksam gemacht hatte. Der Unbekannte fragte den Polizisten, den er nicht als solchen erkannte, ob er «etwas» brauche. Auf die Rückfrage des Polizisten, was er meine, erklärte der Unbekannte, er habe Drogen in Spitzenqualität. Er führte den Polizisten zu einem Haus, wo er ihm Kokain gegen Bezahlung von 100 Franken anbot. Der Polizist ging zum Schein auf das Angebot ein. Nachdem der Unbekannte ein Kokainkügelchen hervorgeholt hatte, erkannte er die Täuschung und versuchte zu fliehen. Der Polizist konnte den Mann festhalten und nahm ihn gemeinsam mit herbeigeeilten Kollegen fest.<sup>75</sup>

Zwei Entscheide des BGer befassen sich mit verdachtslosen verdeckten Ermittlungsmassnahmen in Online-Chats.<sup>76</sup> In beiden Fällen nahmen Polizisten unter Verwendung eines täuschenden Personenprofils an Chats im Internet teil, von denen bekannt war, dass pädophile Straftäter dort den Kontakt zu Kindern und Jugendlichen suchten. Die Polizisten gaben dabei an, 13- bzw. 14-jährige Mädchen zu sein. Beiden wurden von männlichen Chat-Teilnehmern schon bald nach der Kontaktaufnahme jeweils erst Fragen zur Sexualität gestellt, später versuchten die Männer, Treffen mit den vermeintlichen Mädchen zu vereinbaren, um mit ihnen sexuelle Handlungen vorzunehmen. In einem Fall wurde dabei während rund einer Stunde geschattet,<sup>77</sup> im anderen die Kommunikation per SMS während rund einer Woche mehrfach weiter geführt.<sup>78</sup> In beiden Fällen führte der Austausch zur Vereinbarung eines Treffpunkts, an welchen die beiden Männer jeweils festgenommen wurden.

---

<sup>74</sup> Verfügung (Rektifikat) des StrG BS vom 12. Februar 2015, ES.2014.653.

<sup>75</sup> Verfügung (Rektifikat) des StrG BS vom 12. Februar 2015, ES.2014.653, E. 2.2.1.

<sup>76</sup> BGE 134 IV 266; 143 IV 27.

<sup>77</sup> BGE 134 IV 266, Sachverhalt.

<sup>78</sup> BGE 143 IV 27, Sachverhalt.

### 3. Funktionen polizeilichen Handelns

Grundrechtseinschränkungen durch Vorermittlungen können nur dann verfassungsmässig sein, wenn dadurch eine polizeiliche Aufgabe erfüllt wird. Der Polizei werden von der Rechtsordnung verschiedene Aufgaben zugewiesen.<sup>79</sup> Polizeiliches Handeln ist nur dann rechtmässig, wenn es der Erfüllung einer der vom Gesetzgeber ihr zugeordneten Funktionen entspricht.<sup>80</sup> An einem Handeln ausserhalb der Aufgabenzuweisungen in Verfassung und Gesetz besteht kein öffentliches Interesse und ihre Verhältnismässigkeit ist nicht überprüfbar.<sup>81</sup> Im Rechtsstaat kann es keine inhärenten Aufgaben der Polizei geben.<sup>82</sup>

Die gesetzlichen Umschreibungen der polizeilichen Aufgaben bestimmen den «Raum», in welchem die Polizei tätig werden darf. Die Aufgabenzuweisung beschreibt somit den äussersten Kreis rechtlich zulässiger Polizeiarbeit. Sie hat damit zugleich eine begrenzende Funktion, besagt sie doch, dass die Polizei ausserhalb der zugewiesenen Gebiete nicht tätig werden darf.<sup>83</sup>

Aufgrund der zentralen Bedeutung der Frage, ob verdachtslose Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen unter eine Aufgabe der Polizei subsumiert werden können, wird diese Thematik in Kapitel II vor der Prüfung der Rechtmässigkeit allfälliger Grundrechtseingriffe (Kapitel III) behandelt. Entsprechen die hier untersuchten Vorermittlungen keiner Aufgabe der Polizei, so müssten verdachtslose Ermittlungen ohne weitere Überprüfung ihrer Vereinbarkeit mit den Grundrechten als unrechtmässig beurteilt werden. Umgekehrt kann anhand der Entscheidungen, in welchem funktionalen Kontext der Gesetzgeber allfällige Regelungen zur Vorermittlung erlassen hat, überhaupt erst bestimmt werden, was Vorermittlung ist bzw. sein soll.<sup>84</sup>

Weist die Rechtsordnung der Polizei eine Aufgabe zu, so steckt sie damit deren sachlichen Zuständigkeitsbereich ab. Entsprechende Aufgabenzuweisungsnormen eröffnen und begrenzen den behördlichen Handlungsspielraum.<sup>85</sup> Sie bestimmt damit aber nicht die Mittel, mit welchen diese Aufgaben zu erfüllen sind.<sup>86</sup> Diese sind

<sup>79</sup> Eine Übersicht über die polizeilichen Aufgaben am Bsp. des zürcherischen Polizeirechts findet sich bei JAAG/ZIMMERLIN, in: Festschrift für Andreas Donatsch, 400 ff.

<sup>80</sup> Dazu i.A. REINHARD, 51 ff.; LOBSIGER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes N 14 ff.; ZALUNARDO-WALSER, 9 ff.; DENNINGER, in: Litschen/Denninger – Handbuch des Polizeirechts, N D1 ff.

<sup>81</sup> Vgl. SCHEFER, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, N 86.

<sup>82</sup> LOBSIGER, «Verbrechensbekämpfung» durch den Bund?, 173.

<sup>83</sup> WESSLAU, 113; vgl. auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 56 N 2.

<sup>84</sup> Vgl. WESSLAU, 111.

<sup>85</sup> GUSY, Polizei- und Ordnungsrecht, N 12.

<sup>86</sup> TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 2 f.

vielmehr Gegenstand von Befugnis- oder Ermächtigungsnormen, die die zur Aufgabenerfüllung vorgesehenen Handlungsformen, insbesondere die zulässigen Zwangsmassnahmen, definieren.<sup>87</sup> Aufgabenzuweisungsnormen befassen sich mit dem «Was», Befugnisnormen mit dem «Wie» polizeilichen Handelns.<sup>88</sup> Die Frage, ob den Anforderungen von Art. 36 BV entsprechende Ermächtigungsnormen für die drei hier untersuchten polizeilichen Massnahmen bestehen, wird unten im Rahmen der Prüfung der Rechtmässigkeit der dadurch verursachten Grundrechtseingriffe untersucht.<sup>89</sup>

Von den gesetzlichen Aufgabenzuweisungen zu unterscheiden ist das Organisationsrecht der Polizei. Die Organisation der Polizei liegt aufgrund der Polizeihohheit der Kantone in deren Kompetenz.<sup>90</sup> Die Organisation der Polizeieinheiten braucht nicht den gesetzlichen Aufgabenzuweisungen zu folgen. So weist etwa das zürcherische Polizeiorganisationsgesetz der Kriminalpolizei präventive wie auch repressive Aufgaben zu.<sup>91</sup> In Basel-Stadt ist die Kriminalpolizei gar organisatorisch der Staatsanwaltschaft zugeordnet.<sup>92</sup> Umgekehrt können aber aus dem Organisationsrecht keine Aufgaben der Polizei hergeleitet werden.<sup>93</sup>

Den Kern der polizeilichen Aufgaben bildet der Polizeigüterschutz, d.h. die Abwehr von Gefahren für Sicherheit und Ordnung bzw. die Beseitigung von Störungen.<sup>94</sup> Die in der Literatur oftmals gesondert genannten Aufgaben der Verkehrspolizei und der Verwaltungspolizei stellen organisationsrechtlich abgetrennte Bereiche dar, sind aber funktional der Gefahrenabwehr zuzurechnen.<sup>95</sup>

Daneben steht die Funktion der Gerichts- oder Kriminalpolizei im Rahmen des Vorverfahrens des Strafprozesses.<sup>96</sup> Sie ist die wesentlichste Aufgabe der Polizei, die keine polizeiliche im materiellen Sinne ist, denn sie dient nicht der Gefahrenabwehr bzw. der Störungsbeseitigung.<sup>97</sup>

---

<sup>87</sup> REINHARD, 206 ff.; MOHLER, N 782 ff.

<sup>88</sup> GUSY, Polizei- und Ordnungsrecht, N 12. Im Einzelnen zur Unterscheidung von Aufgabenzuweisungsnormen einerseits und Befugnis- oder Ermächtigungsnormen andererseits vgl. unten II.3.2.3.2.

<sup>89</sup> Vgl. unten III.3.1.

<sup>90</sup> Vgl. Bericht Malama, 4479 ff.; REINHARD, 40; MOHLER, N 194 ff.

<sup>91</sup> § 8 POG ZH, vgl. JAAG/ZIMMERLIN, in: Festschrift für Andreas Donatsch, 403.

<sup>92</sup> Vgl. § 9 EG StPO BS sowie FABBRI, BJM 2013, 173 f.

<sup>93</sup> Vgl. SCHWEIZER, Sicherheit & Recht 2012, 105.

<sup>94</sup> Eingehend MOHLER, N 88 ff.; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, 73 ff.

<sup>95</sup> Vgl. Bericht Malama, 4502 ff.; BAUMANN, § 3 N 75 ff. Neben diesen Kernfunktionen polizeilichen Handelns ist die Amts- und Vollzugshilfe als polizeiliche Nebenfunktionen zu nennen; RÉMY, 10 f.; REINHARD, 132 ff.

<sup>96</sup> Bericht Malama, 4532 ff.

<sup>97</sup> RÉMY, 10; BLÄTTLER, ZStr 2007, 3; eine Gegenüberstellung der beiden polizeilichen Hauptaufgaben bei ZALUNARDO-WALSER, 9 ff.

Die Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung einerseits und die Strafverfolgung andererseits gelten als die klassischen Aufgaben der Polizei im freiheitlichen Rechtsstaat.<sup>98</sup> Die Lehre bezeichnet die sicherheitspolizeiliche Aufgabe oftmals als Prävention, die gerichtspolizeiliche als Repression.<sup>99</sup> Dieser Terminologie wird auch hier gefolgt. Besondere Aufmerksamkeit gilt im Folgenden den beiden zentralen Voraussetzungen polizeilichen Handelns bei der Erfüllung dieser Aufgaben, der Gefahr bzw. dem Tatverdacht.

In der jüngeren Forschung wird demgegenüber vermehrt auf das Ent- bzw. Bestehen einer dritten polizeilichen (Haupt-)Funktion hingewiesen, der Straftatenvorsorge (auch bezeichnet als Kriminalprävention oder operative Polizeiarbeit).<sup>100</sup> Andere Stimmen gehen eher von einer Ausweitung der Aufgabe der Prävention über den Bereich der Gefahrenabwehr hin zu einer weiter gefassten Gefahrenvorsorge aus.<sup>101</sup>

In den letzten Jahren haben die kantonalen Gesetzgeber mehrheitlich Bestimmungen geschaffen, die die Straftatenvorsorge ausdrücklich als polizeiliche Aufgabe vorsehen.<sup>102</sup> Im Folgenden wird daher zu untersuchen sein, ob polizeiliche Vorermittlungen in funktionaler Hinsicht als Teil der Strafverfolgung oder der Gefahrenabwehr zu betrachten sind, oder ob sie unter die Straftatenvorsorge subsumiert werden können.

### 3.1. Ermittlung von Straftaten im Rahmen eines Strafverfahrens

Der Überblick über die Definitionen von Vorermittlungen hat gezeigt, dass deren Zweck von mehreren Autoren in der Verdachtssuche bzw. -abklärung gesehen und damit von einer strafprozessrechtlichen Funktion ähnlich dem polizeilichen Ermittlungsverfahren ausgegangen wird. Ziel der folgenden Ausführungen ist es daher, Charakter und Eingrenzung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens im Hinblick auf die Beantwortung der Frage darzustellen, ob

---

<sup>98</sup> DENNINGER, in: Lisken/Denninger – Handbuch des Polizeirechts, N D1.

<sup>99</sup> Vgl. anstelle vieler REINHARD, Ein anderer Teil der (verwaltungsrechtlichen) Lehre bezeichnet demgegenüber gelegentlich den Bereich der Gefahrenabwehr als Prävention, die Störungsbeseitigung hingegen als Repression; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2592 ff.; teilweise aber nennt sie aber sogar beide Bereiche repressiv und spricht nur im Falle von Massnahmen im Vorfeld einer Gefahr von Prävention; vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER; § 54 N 38; sowie unten II.3.2.4.3.

<sup>100</sup> Für die deutsche Lehre WESSLAU, 158 ff.; DENNINGER, in: Lisken/Denninger – Handbuch des Polizeirechts, N D192 ff.; WOHLERS, Goldammer's Archiv für Strafrecht 2014, 680; für die schweizerische Literatur REINHARD, 116 ff.; MAGNIN, 75 ff.; TIEFENTHAL, Art. 2 N 5 ff.

<sup>101</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 54 N 38 f.; MUGGLI, 160.

<sup>102</sup> Vgl. unten II.3.3.3.

verdachtslose Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen der Polizei der Erfüllung der Aufgabe der Verfolgung von Straftaten dienen. Der Schwerpunkt dieses Abschnitts liegt bei den Ausführungen zum Tatverdacht,<sup>103</sup> welcher die Eintrittsschwelle in das Ermittlungsverfahren darstellt.

### 3.1.1. Terminologie und Kompetenzordnung

Art. 15 Abs. 2 StPO weist der Polizei die Aufgabe der Ermittlung von Straftaten zu. Diese Tätigkeit wird in Praxis und Lehre oftmals kriminalpolizeilich genannt. Zutreffender ist jedoch der Begriff der Gerichtspolizei, da «Kriminalpolizei» regelmässig die organisatorischen Einheiten der Polizeikorps bezeichnet, die zur Ermittlung von Straftaten gebildet werden.<sup>104</sup> Neben diesen kommt aber auch anderen polizeilichen Einheiten, namentlich der Sicherheits- und der Verkehrspolizei, vielfach die Aufgabe zu, Straftaten zu ermitteln.<sup>105</sup> Im Folgenden wird daher, soweit in funktionalem Sinne von polizeilichen Ermittlungen die Rede sein wird, der Begriff der Gerichtspolizei verwendet; wo zur Ermittlung besonders gebildete Einheiten der Polizei gemeint sind, wird von Kriminalpolizei gesprochen.<sup>106</sup>

Art. 123 Abs. 1 BV weist dem Bund die Gesetzgebungskompetenz für den Bereich des Strafprozessrechts zu. Die Tätigkeit der Polizei im Rahmen der Strafverfolgung, d.h. im Wesentlichen die Ermittlungstätigkeit, richtet sich gemäss Art. 15 Abs. 1 StPO (einzig) nach der StPO. Mit deren Inkrafttreten 2011 wurden nicht nur die kantonalen Strafprozessordnungen aufgehoben; die kantonalen Gesetzgeber haben generell keine Kompetenz zur Regelung polizeilicher Ermittlung von Straftaten, etwa im Rahmen des Polizeirechts.<sup>107</sup> Kantonale gesetzliche Regelungen verdachtsloser Ermittlungen im Hinblick auf ein Strafverfahren wären daher kompetenzrechtlich äusserst problematisch.<sup>108</sup> Die Bundeskompetenz für den Bereich des Strafprozessrechts berührt aber die Gesetzgebungskompetenz bezüglich der übrigen polizeilichen Aktivitäten nicht.<sup>109</sup>

---

<sup>103</sup> Vgl. unten II.3.1.6.

<sup>104</sup> Vgl. FABBRI, BJM 2013, 173.

<sup>105</sup> BSK StPO-USTER, Art. 15 N 4.

<sup>106</sup> Im Bericht Malama, 4505, wird die Tätigkeit der Polizei im Bereich von Erkennung, Bekämpfung und Verfolgung begangener Straftaten, solange sie sich «im Bereich der Vorermittlung bewegt», als kriminalpolizeilich bezeichnet. Sobald ein hinreichender Tatverdacht bestehe, der die Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens erlaube, erwüchsen der Polizei gerichtspolizeiliche Funktionen.

<sup>107</sup> Botschaft StPO, 1136; BSK BV-GÖKSU, Art. 123 N 9 f. Den Kantonen verbleibt einzig eine Kompetenz zur Regelung des Verfahrens bei der Verfolgung von Straftaten nach dem materiellen Strafrecht der Kantone.

<sup>108</sup> Vgl. GFELLER/BIGLER, forumpoenale 2014, 105 f.

<sup>109</sup> USTER, in: Kommentierte Textausgabe zur schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) vom 5. Oktober 2007, 15.



Art. 22 StPO weist die grundsätzliche Zuständigkeit für den Vollzug des Strafprozessrechts den kantonalen Strafverfolgungsbehörden und Gerichten zu. Der Bund verfolgt mit den Organen des fedpol nur diejenigen Delikte, die Art. 23 f. StPO der Bundesgerichtsbarkeit unterstellen.<sup>110</sup>

### 3.1.2. Zweck der Ermittlung

Den Zweck des Vorverfahrens, zu dem das Ermittlungsverfahren zählt, bestimmt Art. 299 Abs. 2 StPO: Es geht um die Überprüfung eines Tatverdachts, um festzustellen, ob ein Strafbefehl erlassen, Anklage erhoben oder die Verfahrenseinstellung zu verfügen ist. Gleichsam «Motor» des Vorverfahrens ist der Verfolgungszwang von Art. 7 Abs. 1 StPO.<sup>111</sup>

Ziel des Ermittlungsverfahrens ist gemäss Art. 306 Abs. 1 StPO, den für eine Straftat relevanten Sachverhalt festzustellen. Die Formulierung von Art. 306 Abs. 1 StPO ist eher unglücklich gewählt, scheint sie doch in einem Spannungsverhältnis zum strafprozessualen Untersuchungsgrundsatz (Art. 6 Abs. 2 StPO) sowie zur Unschuldsvermutung (Art. 10 Abs. 1 StPO) zu stehen.<sup>112</sup> Ersterer verlangt von sämtlichen Strafbehörden, belastende und entlastende Umstände gleichermaßen zu untersuchen.

Die Aufgabe der Polizei im Ermittlungsverfahren ist nach der Lehre darin zu erblicken, Spuren und Beweismittel zu sammeln bzw. zu sichern, um den Tatverdacht zuzuspitzen oder zu entkräften, nach Tatverdächtigen, Beteiligten und Zeugen zu fahnden sowie die gesammelten Informationen soweit aufzubereiten, dass die Staatsanwaltschaft über die Eröffnung einer Untersuchung entscheiden bzw. das Vorverfahren abschliessen kann.<sup>113</sup>

### 3.1.3. Einordnung der Ermittlung im Strafverfahren

Art. 299 Abs. 1 StPO bestimmt, dass das Vorverfahren aus dem Ermittlungsverfahren der Polizei und der Untersuchung der Staatsanwaltschaft besteht. Auch diese Formulierung ist wenig geglückt,<sup>114</sup> denn das Vorverfahren ist nicht generell zweigeteilt.<sup>115</sup> Die Verfahrensstadien des Ermittlungsverfahrens und des Un-

<sup>110</sup> Eingehend LOBSIGER, «Verbrechensbekämpfung» durch den Bund?, 190 ff.; LIENHARD/HÄSLER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 12.

<sup>111</sup> SCHMID/JOSITSCH, N 1205.

<sup>112</sup> Vgl. OBERHOLZER, N 1345.

<sup>113</sup> Vgl. ZK-LANDSHUT/BOSSHARD, Art. 299 N 10 f.; SCHMID/JOSITSCH, N 1216; OBERHOLZER, N 1345.

<sup>114</sup> In diesem Sinne auch BSK-StPO-RIEDO/BONER, Art. 299 N 6.

<sup>115</sup> Anstelle vieler DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 271; PIETH, 221 f.; a.A. RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 916.

tersuchungsverfahrens müssen nicht zwingend aufeinander folgen.<sup>116</sup> Einerseits kann die Staatsanwaltschaft auch ohne vorheriges Ermittlungsverfahren direkt eine Untersuchung eröffnen (Art. 300 Abs. 1 Bst. b StPO).<sup>117</sup> Andererseits braucht sich an eine polizeiliche Ermittlung nicht zwingend ein Untersuchungsverfahren anzuschliessen, wenn die Polizei die Ermittlungen eigenständig und ohne Rapportierung zuhanden der Staatsanwaltschaft beendet (Art. 307 Abs. 4 StPO) oder wenn die Staatsanwaltschaft nach Überweisung durch die Polizei die Nichtanhandnahme verfügt (Art. 310 Abs. 1 StPO).<sup>118</sup> Ermittlung und Untersuchung charakterisieren vielmehr die Aufgabenteilung zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft innerhalb des Vorverfahrens.<sup>119</sup>

Die Lehre unterscheidet zwischen selbständigem (Art. 306 f. StPO) und unselbständigem Ermittlungsverfahren (Art. 312 Abs. 1 und 2 StPO).<sup>120</sup> Selbständige Ermittlung liegt demnach vor, wenn die Polizei in eigener Kompetenz über die einzelnen Verfahrenshandlungen entscheide und weitgehend die faktische Verfahrensherrschaft innehat. Im unselbständigen Ermittlungsverfahren erteilt die Staatsanwaltschaft der Polizei nach Eröffnung der Untersuchung konkrete Ermittlungsaufträge.<sup>121</sup> Diese Terminologie ist eher verwirrend, da sich Art. 312 StPO auf Aufträge der Staatsanwaltschaft an die Polizei zur Vornahme von Ermittlungshandlungen bezieht, nachdem das Untersuchungsverfahren formell eröffnet wurde. Solche delegierten Ermittlungshandlungen sind daher ausnahmslos Bestandteil des Untersuchungsverfahrens.<sup>122</sup> Dies ist von Bedeutung in Bezug auf die Rechtsstellung der Beteiligten, allen voran der beschuldigten Person.<sup>123</sup> Soweit im Folgenden von polizeilichem Ermittlungsverfahren die Rede ist, ist ausschliesslich ein Vorgehen nach Art. 306 f. StPO gemeint.

Die Verfahrensleitung über das gesamte Vorverfahren obliegt im Übrigen stets der Staatsanwaltschaft (Art. 61 Bst. a StPO) – dies selbst dann, wenn diese von dem von der Polizei selbständig geführten Verfahren noch nicht einmal Kenntnis hat.<sup>124</sup>

---

<sup>116</sup> WIESER, *forum* 2014, 1.

<sup>117</sup> SCHMID/JOSITSCH, N 1205.

<sup>118</sup> ZK StPO-LANDSHUT/BOSSHARD, Art. 299 N 7.

<sup>119</sup> BRUN, *recht* 2014, 5.

<sup>120</sup> BSK StPO-RHYNER, Art. 306 N 11 ff.; ZK StPO-LANDSHUT/BOSSHARD, Art. 306 N 6, SCHMID, Art. 306 N 1; *Aus* 29 *mach* 1, 122 ff.

<sup>121</sup> DAPHINOFF, 163 ff.

<sup>122</sup> So schon unmissverständlich die Botschaft StPO, 1265 f., weiter anstelle vieler DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 274; RICKLIN, Art. 312 N 2.

<sup>123</sup> RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 928, 937; OBERHOLZER, N 1383.

<sup>124</sup> Vgl. BRUN, *recht* 2014, 95.

### 3.1.4. Eröffnung und Abschluss der Ermittlung

Das Ermittlungsverfahren beginnt formlos durch die tatsächliche Aufnahme von polizeilichen Ermittlungsmassnahmen (vgl. Art. 300 Abs. 1 Bst. a StPO).<sup>125</sup> Es gilt ein materieller Eröffnungsbegriff.<sup>126</sup>

Wesentlichste Voraussetzung zur Aufnahme von strafprozessualen Ermittlungen ist das Vorliegen eines Tatverdachts,<sup>127</sup> denn das Vorverfahren erfolgt «ausgehend vom Verdacht» (Art. 299 Abs. 2 StPO).

Anlass zur Aufnahme von Ermittlungen sollen gemäss Art. 306 Abs. 1 StPO Strafanzeigen, Anweisungen der Staatsanwaltschaft oder eigene Feststellungen der Polizei sein (ebenso sinngemäss Art. 15 Abs. 2 StPO).

#### 3.1.4.1. Strafanzeigen

Anzeigen sind mündliche oder schriftliche Mitteilungen einer Person oder Behörde, dass eine strafbare Handlung begangen worden sei (vgl. Art. 301 Abs. 2 StPO).<sup>128</sup> Sie stellen den häufigsten Anlass für die Aufnahme von Ermittlungen dar.<sup>129</sup>

#### 3.1.4.2. Anweisungen der Staatsanwaltschaft

Unter der Formulierung «Anweisungen der Staatsanwaltschaft» in Art. 306 Abs. 1 StPO sind nicht die delegierten Ermittlungshandlungen gemäss Art. 312 Abs. 1 und 2 StPO zu subsumieren, da in jenen Fällen, wie oben<sup>130</sup> dargestellt, bereits eine formelle Eröffnung der Untersuchung erfolgt und ein «Zurück-ins-Ermittlungsverfahren» nicht mehr möglich ist.<sup>131</sup> Es geht folglich um Situationen, in denen entweder ein polizeiliches Ermittlungsverfahren noch nicht begonnen hat und der Anstoss zu dessen Durchführung von der Staatsanwaltschaft (und nicht von der Polizei selbst oder von Dritten mittels Anzeige) ausgeht, oder um Fälle, in welchen die Staatsanwaltschaft ohne Eröffnung einer Untersuchung die Ermittlungsakten zur Durchführung ergänzender Ermittlungen der Polizei zurückweist. Ersteres ist v.a. dann der Fall, wenn eine Strafanzeige bei der Staatsanwaltschaft und nicht bei der Polizei eingereicht wird (vgl. Art. 309

<sup>125</sup> So schon die BOTSCHAFT StPO, 1258; im Weiteren anstelle vieler BSK StPO-RHYNER, Art. 306 N 22. Anders bei der Untersuchung: diese muss die Staatsanwaltschaft mittels (nicht anfechtbarer) Verfügung eröffnen (Art. 309 Abs. 3 StPO).

<sup>126</sup> RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 921.

<sup>127</sup> Ausführlich dazu sogleich unten II.3.1.6.

<sup>128</sup> BSK StPO-RHYNER, Art. 306 N 24.

<sup>129</sup> BSK StPO-RHYNER, Art. 306 N 24. Gemäss DEL GIUDICE, ZStrR 2010, 21, beginnen 75 % der Ermittlungsverfahren aufgrund von Strafanzeigen.

<sup>130</sup> Vgl. oben II.3.1.3

<sup>131</sup> Vgl. anstelle vieler RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 928.

Abs. 2 StPO).<sup>132</sup> Letzteres soll gemäss der Lehre nur ausnahmsweise geschehen, zumal nach der Eröffnung der Untersuchung noch die Möglichkeit der ergänzenden Ermittlungen nach Art. 312 Abs. 1 StPO besteht.<sup>133</sup>

### 3.1.4.3. Eigene Feststellungen der Polizei

Eigene polizeiliche Feststellungen, die einen Tatverdacht begründen, können auf unterschiedliche Weise zustande kommen: Zum ersten in Form von Erkenntnissen aus anderen Strafverfahren, insbesondere in Form von Zufallsfunden; zum zweiten aufgrund polizeilichen Handelns, das nicht einem strafprozessualen Zweck dient, d.h. in erster Linie bei Einsätzen der Sicherheits- und der Verkehrspolizei.<sup>134</sup> In der Praxis gehen sicherheitspolizeiliche Einsätze oft fliessend in eine gerichtspolizeiliche Ermittlung über, wenn im Verlaufe eines Einsatzes, etwa einer Streifenfahrt oder einer Verkehrskontrolle, ein Tatverdacht entsteht.<sup>135</sup> Möglich ist zum dritten, dass die Polizei von Dritten von einer möglichen Straftat erfährt, ohne dass eine Anzeige erfolgt (z.B. durch Medienberichte).

### 3.1.4.4. Abschluss der Ermittlungen

Schon vor Inkrafttreten der StPO hat unter dem Stichwort einer «Verpolizeilichung des Vorverfahrens» eine bis heute fortgeführte Diskussion eingesetzt. Es geht dabei um die Frage, wann die ermittelnde Polizei die Staatsanwaltschaft informieren muss und wann das Ermittlungsverfahren spätestens abzuschliessen ist.<sup>136</sup>

Unbestritten ist, dass die StPO der Polizei eine Ermittlungskompetenz einräumt, die weit über den sog. «ersten Zugriff» hinausgeht.<sup>137</sup> Vergleichsweise klar ist die gesetzliche Regelung im Bereich schwerer Kriminalität und anderer schwerwiegender Ereignisse<sup>138</sup>: Hier muss die Polizei «unverzüglich» die

---

<sup>132</sup> RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 928.

<sup>133</sup> SCHMID/JOSITSCH, N 1229.

<sup>134</sup> Vgl. bspw. das Urteil des BGer 6B\_1143/2015 vom 6. Juni 2016, E. 1.3.1.

<sup>135</sup> Aus 29 mach 1, 123; ALBERTINI, in: Polizeiliche Ermittlung, 544.

<sup>136</sup> Vgl. BRUN, recht 2014, 92 ff.; FABBRI, BJM 2013 ff.; PIETH, ZStrR 2010, 161 ff.

<sup>137</sup> Gebräuchlich ist auch der Begriff des «ersten Angriffs»; worunter Massnahmen zu verstehen sind, die nicht ohne Gefahr verschoben werden können, wie erste Erhebungen, Feststellung und Sicherung von Beweisen, Tatverdächtigen und Zeugen; SCHMID/JOSITSCH, N 1218; vgl. auch DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 273.

<sup>138</sup> Praktiker sprechen aufgrund der entsprechend benannten Piktettdienste der Staatsanwaltschaften von «Brandtourfällen». Gemeint sind schwere Unfälle, Brände, aussergewöhnliche Todesfälle und dergleichen, bei denen ein Zusammenhang mit einer Straftat regelmässig nicht ausgeschlossen werden kann; vgl. BSK StPO-RÜEGGER, Art. 307 N 3.

Staatsanwaltschaft informieren (Art. 307 Abs. 1 StPO), die Staatsanwaltschaft kann das Verfahren sofort an sich ziehen (Art. 307 Abs. 2 StPO) und eine Untersuchung eröffnen.<sup>139</sup> Für alle anderen Fälle gilt grundsätzlich, dass die Untersuchung zu eröffnen ist, wenn sich ein hinreichender Tatverdacht ergibt oder wenn die Staatsanwaltschaft Zwangsmassnahmen anordnet – was sie aber nur kann, wenn sie von den polizeilichen Ermittlungen überhaupt erfährt. Ein zeitlicher Rahmen, innert dem die Polizei die Staatsanwaltschaft über Ermittlungen informieren muss, besteht nicht, was rechtsstaatlich bedenklich ist, da die Verfahrensrechte der Betroffenen im Ermittlungsverfahren gegenüber dem Untersuchungsverfahren eingeschränkt sind. Einem übermässigen Aussern des Ermittlungsverfahrens schiebt in erster Linie das Beweisrecht einen Riegel; sind doch Beweise, die ohne Eröffnung einer Untersuchung trotz hinreichendem Tatverdacht von der Polizei erhoben wurden, wegen Verletzung der Parteirechte unverwertbar.<sup>140</sup>

### 3.1.5. Zwangsmassnahmen im Ermittlungsverfahren

Gemäss Stimmen der Lehre sind die Mittel der Polizei zur Ermittlung von Straftaten grundsätzlich nicht begrenzt, es bestehe daher kein strenger Numerus clausus der Ermittlungsformen.<sup>141</sup> Bei den meisten Ermittlungsmassnahmen handelt es sich allerdings um Zwangsmassnahmen, d.h. Eingriffe in die Grundrechte von natürlichen oder juristischen Personen.<sup>142</sup> Diese bedürfen nach der allgemeinen Regel des Art. 36 Abs. 1 BV und gemäss Art. 197 Abs. 1 Bst. a StPO einer gesetzlichen Grundlage,<sup>143</sup> weshalb bezüglich der polizeilichen Eingriffshandlungen im Strafverfahren ein abschliessender Katalog der zulässigen Ermittlungsmassnahmen vorliegt.<sup>144</sup>

Art. 197 Abs. 1 StPO nennt die spezifischen Voraussetzungen von Zwangsmassnahmen im Strafverfahren: Diese müssen gesetzlich vorgesehen, subsidiär und verhältnismässig sein. Verlangt ist zudem ein hinreichender Tatverdacht.<sup>145</sup> Hinzu treten, je nach Art der Massnahme, besondere im Gesetz vorgesehene Voraussetzungen.<sup>146</sup>

<sup>139</sup> SCHMID, Art. 307 N 1.

<sup>140</sup> FABBRI, BJM 2013, 178 ff.

<sup>141</sup> SCHMID, Art. 306 N 4; DEL GIUDICE, ZStrR 2010, 120.

<sup>142</sup> Vgl. die Legaldefinition in Art. 196 StPO.

<sup>143</sup> Botschaft StPO, 1216.

<sup>144</sup> Bericht Malama, 4479; ZK StPO-HUG/SCHNEIDER, Art. 197 N 4; HANSJAKOB, ZStrR 2008, 91.

<sup>145</sup> Zu den allgemeinen Voraussetzungen von Zwangsmassnahmen, insbesondere dem Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts, vgl. BGE 141 IV 87, E. 1.3/1.4.

<sup>146</sup> So verlangt Art. 255 Abs. 1 StPO beispielsweise, dass bei Vornahme einer DNA-Analyse ein Verdacht bezüglich eines Verbrechens oder Vergehens (und nicht bloss einer Übertretung) besteht; verschiedene geheime Überwachungsmassnahmen sind nur bei Verdacht

Die Polizei kann im Ermittlungsverfahren bei Vorliegen der entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen Zwangsmassnahmen gemäss der StPO eigenständig und ohne Information der Staatsanwaltschaft anordnen und vornehmen, soweit ihr das Gesetz ausdrücklich eine Kompetenz dazu einräumt (Art. 198 Abs. 1 Bst. c StPO).<sup>147</sup> Zu diesen Ermittlungsmassnahmen, die die Polizei im Strafverfahren selbständig ergreifen kann zählen auch Observationen von maximal einem Monat Dauer (Art. 282 Abs. 1 und 2 StPO)<sup>148</sup> sowie verdeckte Fahndungen, ebenfalls bis zu einer Dauer von höchstens einem Monat (Art. 298b Abs. 1 und 2 StPO).<sup>149</sup>

Nicht selbständig anordnen und vornehmen kann die Polizei insbesondere sämtliche Zwangsmassnahmen, die einer Anordnung des Zwangsmassnahmengerichts bedürfen.<sup>150</sup> Dies sind neben der Untersuchungs- und Sicherheitshaft auch alle in der StPO vorgesehenen geheimen Überwachungsmassnahmen (Art. 269 ff. StPO) mit Ausnahme von Observation und verdeckter Fahndung, insbesondere die verdeckte Ermittlung (Art. 285a StPO) sowie die in der StPO nicht vorgesehene, vom BGer aber als zulässig erachtete Erhebung von Verbindungs-Randdaten per sog. Antennensuchlauf im Rahmen einer Rasterfahndung gegen Unbekannt.<sup>151</sup>

### 3.1.6. Die Schwelle zum Ermittlungsverfahren: der Anfangsverdacht

Strafrechtliche Schuld wird vermittelt über ein Strafverfahren (re-)konstruiert, an dessen Beginn nicht die begangene Tat im materiell-rechtlichen Sinne, sondern der Verdacht, also die blossе Möglichkeit der Tatbegehung, steht.<sup>152</sup> Das gesamte Strafverfahren, von den ersten polizeilichen Ermittlungen am Tatort bis zum rechtskräftigen Abschluss durch Urteil oder Verfügung, dient der Überprüfung eines Tatverdachts.

---

auf bestimmte Straftaten zulässig (Art. 269 Abs. 2 StPO für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, Art. 286 Abs. 2 StPO für die verdeckte Ermittlung); vgl. SCHMID, Art. 196 N 2.

<sup>147</sup> BSK StPO-WEBER, Art. 198 N 9.

<sup>148</sup> Inklusivе Ton- und Bildaufzeichnungen.

<sup>149</sup> Vgl. BSK StPO-WEBER, Art. 198 N 9; HANSJAKOB, ZStrR 2008, 92.

<sup>150</sup> Vgl. ZUBER, Allgemeine Bestimmungen, 302.

<sup>151</sup> BGE 137 IV 340, E. 6.1; vgl. GLESS/GETH, in: FS Killias, 1033 ff.

<sup>152</sup> GODENZI, 530; vgl. KARNUSIAN, forumpoenale 2016, 350.

### 3.1.6.1. Definitionen des Tatverdachts

In der StPO findet sich keine Legaldefinition<sup>153</sup> des Tatverdachts im Allgemeinen oder seiner verschiedenen Intensitätsstufen. Auch das BGer hat den Begriff in seiner Rechtsprechung bislang nicht in allgemeiner Weise bestimmt.<sup>154</sup> Dieser Befund kontrastiert mit der Bedeutung des Tatverdachts, welcher «ein, wenn nicht der Zentralbegriff des Strafverfahrens»<sup>155</sup> ist: Gemäss Art. 299 Abs. 2 StPO ist das Strafverfahren «ausgehend vom Verdacht» zu führen. Ein hinreichender Tatverdacht bildet die wesentlichste Voraussetzung sämtlicher prozessualen Zwangsmassnahmen (Art. 197 Abs. 1 Bst. b StPO).<sup>156</sup>

In der Lehre wird angeführt, eine Definition des Tatverdachts bereite erhebliche Schwierigkeiten<sup>157</sup> und der Verdachtsbegriff bedürfe immer noch der näheren Klärung.<sup>158</sup> Der Terminus wird als unbestimmter Rechtsbegriff bezeichnet.<sup>159</sup>

Aus dieser terminologischen Unschärfe des Tatverdachts dürfen aber keine falschen Schlüsse gezogen werden. Es ist daraus weder herzuleiten, dass sich der Begriff einer näheren Bestimmung entziehe, noch, dass der rechtsanwendenden Behörde ein Ermessen zukomme, wann ein Tatverdacht vorliegt. Ebenso kann daraus nicht geschlossen werden, der Anfangsverdacht setze gelegentlich fließend ein bzw. es bestehe ein Grenz- oder Übergangsbereich am Beginn der strafprozessualen Ermittlungen.<sup>160</sup> Das BGer hält fest, dass in der Praxis zwar polizeiliche Einsätze, die sich auf das Polizeirecht stützten, fließend in strafprozessrechtliche Ermittlungen übergangen; das entscheidende Abgrenzungskriterium für die Anwendbarkeit der StPO sei aber der strafprozessuale Anfangsverdacht.<sup>161</sup>

<sup>153</sup> Im deutschen Recht hält § 152 Abs. 2 StPO-D fest, das Strafverfahren beginne, wenn «zureichende tatsächliche Anhaltspunkte» für die Begehung einer Straftat vorlägen, was in der Lehre als Definition des Anfangsverdachts betrachtet wird; vgl. SATZGER, in: FS Beulke, 1011.

<sup>154</sup> In Haftfällen spricht das BGer bezüglich des dort verlangten dringenden Tatverdachts von «genügend konkreten Anhaltspunkte[n] für eine Straftat», z.B. BGE 116 Ia 143, E. 3c; vgl. RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 655.

<sup>155</sup> ZABEL, ZIS 2014, 340.

<sup>156</sup> Vgl. das Urteil des BGer 6B\_1143/2015, E. 1.3.1. Art. 194 Abs. 1 Bst. b E-StPO hatte noch ausdrücklich festgehalten, dass jede Zwangsmassnahme das Vorliegen eines Tatverdachts verlange und sich der nötige Verdachtsgrad nach der Schwere des Grundrechtseingriffs zu bemessen habe; vgl. Botschaft StPO, 1216.

<sup>157</sup> PIETH, 133; ZABEL, 340 ff.; KARNUSIAN, 351.

<sup>158</sup> SATZGER, in: FS Beulke, 1013; STUCKENBERG, in: Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat, 494.

<sup>159</sup> HÜRLIMANN, 148, 95. Vgl. im Einzelnen zum unbestimmten Rechtsbegriff HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 413 ff.

<sup>160</sup> BSK StPO-RHYNER, Art. 306 N 8.

<sup>161</sup> BGE 143 IV 27, E. 2.5; Urteil des BGer 6B\_1143/2015 vom 6. Juni 2016, E. 1.3.1.

### 3.1.6.2. Merkmale des Tatverdachts gemäss herrschender Lehre

Gemäss der in der Schweiz und in Deutschland herrschenden Lehre liegt ein Tatverdacht vor, wenn (1.) Tatsachen bzw. konkrete Anhaltspunkte aufgrund (2.) besonderer Kenntnisse und Erfahrungen<sup>162</sup> zum (3.) Schluss führen, es sei mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit eine verfolgbare strafbare Handlung oder Unterlassung begangen worden.<sup>163</sup> Auch der EGMR hat in diesem Sinne festgehalten:

«[...] for there to be reasonable suspicion there must be facts or information which would satisfy an objective observer that the person concerned may have committed an offence.»<sup>164</sup>

Wesentlich ist, dass objektive Gegebenheiten vorliegen müssen, welche im Rahmen einer subjektiven Beurteilung zum Ergebnis führen, dass in der Vergangenheit möglicherweise eine strafbare Handlung begangen worden sei.<sup>165</sup> Unter Tatsachen versteht die h.L. konkrete Vorgänge oder Zustände in Vergangenheit oder Gegenwart, die sinnlich wahrnehmbar und dem Beweis zugänglich sind.<sup>166</sup> Blosser Vermutungen, es sei eine Straftat begangen worden, vermögen keinen Tatverdacht zu begründen.<sup>167</sup> Fraglos kann es sich bei den verdachtsauslösenden Tatsachen aber um völlig legale Verhaltensweisen oder Zustände handeln.<sup>168</sup>

Beispiele für verdachtsauslösende Tatsachen sind etwa das Fehlen eines wertvollen Schmuckstücks oder das Angebot eines Geldanlagemodells mit ungewöhnlich hohen Gewinnen.<sup>169</sup> Auch die Mitteilung einer Handynummer mit dem Hinweis, dass über diese Nummer Kokain bestellt werden könne, begründet einen, wenn auch vagen, Tatverdacht.<sup>170</sup> Zur Begründung eines Anfangsverdachts muss auch eine Strafanzeige, die von einer glaubhaften Schilderung von Deliktsmerkmalen begleitet ist, genügen.<sup>171</sup> In der Literatur wird vertreten, dass

---

<sup>162</sup> KÜHNE, Strafprozessrecht, N 335, verlangt die Anwendung von Erfahrungsgrundsätzen, die gerichtlich überprüfbar sein müssen.

<sup>163</sup> Vgl. ACKERMANN, in: FS Riklin, 325; ähnlich HÜRLIMANN, 148; HANSJAKOB, forum-poenale 2015, 34; WALDER, recht 1990, 3; zur deutschen Lehre vgl. KÜHNE, Strafprozessrecht, N 335 ff.; WESSLAU, 35 ff.; BEULKE, N 311.

<sup>164</sup> EGMR, Labitia gegen Italien, Nr. 26772/95, 6. April 2000, § 155.

<sup>165</sup> WALDER, recht 1990, 3; MUGGLI, 176 f.; HÜRLIMANN, 94.

<sup>166</sup> HAAS, 13, m.w.H.; SATZGER, in: FS Beulke, 1013.

<sup>167</sup> BSK StPO-RIEDO/BONER, Art. 300 N 6; WALDER, recht 1990, 3.

<sup>168</sup> SATZGER, in: FS Beulke, 1017.

<sup>169</sup> WALDER/HANSJAKOB, 101.

<sup>170</sup> Urteil des OG ZH Nr. SB 160065 vom 17. Juni 2016, E. 3.4.5.10.

<sup>171</sup> RHYNER/STÜSSI, in: Polizeiliche Ermittlung, 475, führen das Bsp. eines glaubwürdigen Informanten an, der eine Person des Drogenhandels bezichtigt.



allein ein rasches, zielgerichtetes und routiniertes Vorgehen einer Zielperson in einer deliktstypischen Situation bei einer verdeckten Massnahme einen Anfangsverdacht begründen könne.<sup>172</sup>

Keine genügende Tatsachenbasis zur Begründung eines Tatverdachts liegt hingegen vor, wenn eine Person mit einer Speichelentnahme nicht einverstanden ist oder bei «Nervosität» im Zusammenhang mit der nächtlichen Aufforderung von Polizeibeamten, zur Vernehmung auf die Polizeidienststelle mitzukommen.<sup>173</sup>

Der Anfangsverdacht muss sich auf eine Straftat, nicht aber auf eine bestimmte Person als möglichen Täter beziehen; in der Praxis richtet sich der erste Tatverdacht häufig gegen unbekannte Täterschaft.<sup>174</sup> Der Gesetzgeber verlangt indessen einen besonders schonungsvollen Umgang mit nicht verdächtigen Personen, die zum Objekt von strafprozessualen Zwangsmassnahmen werden.<sup>175</sup> Mehr als fraglich ist hingegen, ob ein Anfangsverdacht vorliegen kann allein aufgrund von Tatsachen, die bestimmte Personen als verdächtig erscheinen lassen, ohne dass eine konkrete Straftat bekannt wäre, die sie begangen haben könnten.<sup>176</sup> Diese Konstellation kann höchstens ausnahmsweise einen Tatverdacht begründen, wenn die bekannten Tatsachen praktisch keine andere Deutung zulassen als die, es sei eine Straftat begangen worden. Vor allem darf allein aufgrund früheren strafbaren Verhaltens nicht auf die Deliktsgeneigtheit einer Person geschlossen werden.<sup>177</sup>

Ein Tatverdacht entsteht nicht allein aufgrund objektiver Begebenheiten. Verlangt sind zudem kriminalistische, kriminologische, naturwissenschaftliche und andere Erkenntnisse, die erst eine Einordnung und Bewertung der Tatsachen erst ermöglichen.<sup>178</sup> So sind etwa die Erkenntnisse der Rechtsmedizin notwendig, um beurteilen zu können, ob eine Kopfverletzung durch einen Faustschlag oder durch einen Sturz verursacht worden ist.

<sup>172</sup> RONC/VAN DER STROOM/MEYER, *forumpoenale* 2016, 305. In der Regel besteht in solchen Fällen aber vor Erreichen des Versuchsstadiums kein Anfangsverdacht.

<sup>173</sup> BURHOFF, N 346, unter Verweis auf die deutsche Rechtsprechung.

<sup>174</sup> Botschaft StPO, 1258; WALDER, *recht* 1990, 3; GODENZI, 531.

<sup>175</sup> Vgl. Art. 197 Abs. 2 StPO. Eine Reihe von neueren Zwangsmassnahmen der Polizei erscheinen angesichts dieser Bestimmung als problematisch, da sie praktisch wahllos eine Vielzahl unbeteiligter Personen einbeziehen. Zwar handelt es sich bei Antennensuchläufen, Rasterfahndung oder DNA-Massenuntersuchungen nicht um gänzlich verdachtsfreie Ermittlungsmassnahmen, doch ist die Verhältnismässigkeit derartiger Massenüberwachungen sehr kritisch zu beurteilen. Vgl. BGE 137 IV 340; GLESS/GETH, in: FS Killias, 1033 ff., m.w.H.; a.A. KARNUSIAN, *forumpoenale* 2016, 353.

<sup>176</sup> WALDER/HANSJAKOB, 103.

<sup>177</sup> SATZGER, in: FS Beulke, 1018 f.

<sup>178</sup> KARNUSIAN, *forumpoenale* 2016, 351.

Die Tatsachen müssen ausserdem in Verbindung mit derartigen Erkenntnissen den Wahrscheinlichkeitsschluss erlauben, dass eine Straftat begangen wurde.<sup>179</sup> Was eine Straftat ist, bestimmt sich nach dem materiellen Strafrecht. Der Verdacht muss sich auf eine Tat beziehen, die das Programm eines strafrechtlichen Tatbestands erfüllt. Ein moralisch noch so verwerflich erscheinendes Verhalten vermag keinen Tatverdacht zu begründen, soweit es nicht strafrechtlich verpönt ist.<sup>180</sup> Gerade im Frühstadium eines Strafverfahrens, in welchem oft noch viele Fragen zum Sachverhalt ungeklärt sind, ist diese Feststellung keineswegs banal.

Der Verdacht muss sich auf eine Straftat beziehen, die begangen worden ist. Das bedeutet, dass die Begehung in der Vergangenheit liegt oder andauert. Begangen ist eine Tat frühestens dann, wenn die Tatausführung das Versuchsstadium erreicht hat.<sup>181</sup> Ausnahme bilden Taten, bei denen aufgrund von Art. 260<sup>bis</sup> StGB bereits Vorbereitungshandlungen strafbar sind.<sup>182</sup> Sinnwidrig ist hingegen die Annahme eines Tatverdachts bezüglich einer zukünftigen Straftat.<sup>183</sup>

Der genannte Wahrscheinlichkeitsschluss wird als «subjektives Element» des Tatverdachts bezeichnet.<sup>184</sup> Dies bedeutet allerdings nicht, dass der Strafverfolgung ein Ermessen in der Frage zukomme, ob ein Tatverdacht vorliegt oder nicht. Die Zuerkennung eines solchen Ermessens stünde im Widerspruch zum strafprozessualen Verfolgungszwang und liefe auf eine generelle Anerkennung des Opportunitätsprinzips<sup>185</sup> heraus, das im Strafverfahren – anders als im Polizeirecht – gerade eine Ausnahme darstellt.<sup>186</sup> Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe wie dem des Tatverdachts ist nicht mit dem Einräumen eines Ermessens zu verwechseln und ist anders als dieses grundsätzlich voll justizierbar.<sup>187</sup>

---

<sup>179</sup> WALDER, recht 1990, 3.

<sup>180</sup> KARNUSIAN, forumpoenale 2016, 351.

<sup>181</sup> BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, vor Art. 22 N 8.

<sup>182</sup> BSK StGB II-ENGLER, Art. 260<sup>bis</sup> N 4 ff.; STRATENWERTH/BOMMER, § 40 N 1 ff.

<sup>183</sup> Dennoch sah Art. 4 Abs. 1 Bst. a BVE das Institut eines Verdachts bezüglich Straftaten vor, die voraussichtlich begangen werden sollen. Mit der Aufhebung des BVE und der Schaffung der StPO korrigierte das Parlament diesen Mangel; vgl. unten III.3.1.5.1.1.3. In der Literatur findet sich nach wie vor die Figur eines «Verdachts auf künftige Straftaten», etwa bei HANSJAKOB, forumpoenale 2015, 34. Gemeint ist damit aber kein Tatverdacht, sondern die Gefahr der Begehung einer Straftat.

<sup>184</sup> SATZGER, in: FS Beulke, 1015.

<sup>185</sup> Art. 8 StPO; vgl. BSK StPO-FIOLKA/RIEDO, Art. 8 N 3.

<sup>186</sup> SATZGER, in: FS Beulke, 1015.

<sup>187</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 26 N 29. In der deutschen Rechtsprechung und Lehre wird allerdings von einem gewissen Beurteilungsspielraum der strafverfolgenden Behörden ausgegangen, vgl. SATZGER, in: FS Beulke, 1015 f.

Der Tatverdacht ist mithin eine auf Tatsachen gestützte vorläufige Hypothese der Schuld.<sup>188</sup>

### 3.1.6.3. Intensität des Anfangsverdachts

Der in Art. 299 Abs. 2 StPO erwähnte, zur Einleitung eines Strafverfahrens notwendige Verdacht ist bei Vorliegen eines sog. Anfangsverdachts gegeben.<sup>189</sup> Der Anfangsverdacht bildet die Grenze zwischen der polizeilichen Ermittlung gemäss Art. 306 StPO und polizeilichem Handeln ausserhalb eines Strafverfahrens.<sup>190</sup> Allein aufgrund der Verdachtsmerkmale<sup>191</sup> kann aber nicht entschieden werden, ob ein zur Vornahme von Ermittlungshandlungen nach der StPO hinreichender Tatverdacht vorliegt oder ob noch von verdachtslosen Ermittlungen gesprochen werden muss. Daher ist neben dem Vorliegen der Verdachtsmerkmale von wesentlicher Bedeutung, welche Intensität der Tatverdacht erreichen muss, damit vom Vorliegen eines Anfangsverdachts gesprochen werden kann.

Die StPO erwähnt verschiedene Intensitätsstufen des Verdachts, insbesondere im Bereich des Zwangsmassnahmenrechts, in dem für sämtliche Massnahmen ein «hinreichender Tatverdacht» (Art. 197 Abs. 1 Bst. b StPO), zur Vornahme gewisser, besonders gravierender Eingriffe in Freiheitsrechte aber ein «dringender Tatverdacht» (Art. 221 Abs. 1, Art. 269 Abs. 1 Bst. a, Art. 273 Abs. 1 StPO) verlangt ist.<sup>192</sup> Die gesetzliche Abstufung der Verdachtsgrade stellt eine typisierte Umsetzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes dar. Daraus ergibt sich die Reziprozität von Eingriffsschwere und Verdachtsintensität.<sup>193</sup> Bei den Vorschriften zur Einleitung des Vorverfahrens ist hingegen nur in allgemeiner Weise vom «Verdacht» die Rede (Art. 299 Abs. 2 StPO).<sup>194</sup>

In der Lehre hat sich eine Dogmatik der Verdachtsgrade entwickelt, welche nach der Wahrscheinlichkeit einer späteren Verurteilung aufsteigend den einfachen oder Anfangsverdacht, den hinreichenden sowie den dringenden Tatver-

<sup>188</sup> PIETH, 133.

<sup>189</sup> ZK StPO-LANDSHUT/BOSSHARD, Art. 299 N 26; BSK StPO-RIEDO/BONER, Art. 299 N 15.

<sup>190</sup> Vgl. anstelle vieler JAAG/ZIMMERLIN, in: FS Donatsch, 407.

<sup>191</sup> Vgl. oben II.3.1.6.2.

<sup>192</sup> Vgl. anstelle vieler OBERHOLZER, N 848. Die Botschaft StPO, 1216, hält betreffend die Grundsätze des Zwangsmassnahmenrechts in genereller Weise fest, der notwendige Verdachtsgrad bemesse sich nach der Eingriffsschwere der jeweiligen Massnahme.

<sup>193</sup> ZABEL, ZIS 2014, 341 f.

<sup>194</sup> § 152 Abs. 2 StPO-D verlangt hingegen den zur Erhebung der öffentlichen Klage notwendigen Anfangsverdacht als Vorliegen «zureichende[r] tatsächliche[r] Anhaltspunkte»; vgl. SK-StPO WESSLAU/DEITERS, § 152 N 12 ff., LR-BEULKE, § 152 N 21 ff.

dacht unterscheidet.<sup>195</sup> Teilweise wird versucht, die nötige Verdachtsintensität arithmetisch auf einer Skala von 0.01 (sehr geringe Wahrscheinlichkeit der Verurteilung) bis 0.99 (an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit) darzustellen.<sup>196</sup> Beim Anfangsverdacht genüge die Intensität eines einfachen Verdachts, der die Untergrenze der blossen Zufälligkeit überschreiten (d.h. grösser als 0 sein) muss, wobei eine Verurteilungswahrscheinlichkeit kleiner als 0.5 genüge.<sup>197</sup> Diese Umschreibungen können eine gewisse Vorstellung von den jeweils erforderlichen Verdachtsmomenten vermitteln, aber nichts daran ändern, dass die Aussagekraft abstrakter Definitionen der Stufen der Verdachtsintensität aufgrund der zahlreichen in Betracht zu ziehenden tatsächlichen und rechtlichen Elemente sehr beschränkt ist.<sup>198</sup>

WALDER/HANSJAKOB merken zudem kritisch an, dass es gerade zu Beginn eines Verfahrens nicht auf die Wahrscheinlichkeit der *Verurteilung* des möglichen Täters ankommen kann, sondern allein auf diejenige der *Begehung* einer strafbaren Handlung.<sup>199</sup> Es kann nicht Sache der (den Tatverdacht in erster Linie beurteilenden) Polizei sein, gleichsam eine Verurteilungsprognose zu stellen. Sie kann und muss sich auf die äusseren Umstände, d.h. im Wesentlichen auf eine erste Beurteilung, ob die verdächtigen Feststellungen möglicherweise den objektiven Tatbestand einer Straftat erfüllen, beschränken.<sup>200</sup>

Für das Vorliegen eines Anfangsverdachts ist nach der h.L. erforderlich, dass genügende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, dass eine Straftat begangen wurde.<sup>201</sup> Ein Anfangsverdacht ist bereits gegeben, wenn Anzeichen auf eine strafbare Handlung hindeuten, also eine gewisse Wahrscheinlichkeit strafbaren Verhaltens besteht.<sup>202</sup>

Das BGer hat sich nie in abstrakter Weise, sondern bloss kasuistisch zur «Höhe der Hürde» des Anfangsverdachts geäussert und dabei eher tiefe Anforderungen gestellt. Es erachtete etwa einen Anfangsverdacht bez. eines Tötungsdelikts durch einen Arzt allein aufgrund zweier spekulativer Medienberichte als gegeben.<sup>203</sup> Ebenso erkannte es auf Vorliegen eines Anfangsverdachts aufgrund

---

<sup>195</sup> Vgl. für die schweizerische Lehre ZK StPO-LANDSHUT/BOSSHARD, Art. 299 N 26; JAAG/ZIMMERLIN, in: FS Donatsch, 407 f.; für Deutschland KÜHNE, Strafprozessrecht, N 328 ff.

<sup>196</sup> HÜRLIMANN, 148, 101 ff.

<sup>197</sup> Vgl. KÜHNE, Strafprozessrecht, N 337.

<sup>198</sup> GODENZI, 532.

<sup>199</sup> WALDER/HANSJAKOB, 106.

<sup>200</sup> Vgl. oben II.3.1.2 sowie DAPHINOFF, 161 f.

<sup>201</sup> ZK StPO-WOHLERS, Art. 7 N 5; BSK StPO-RIEDO/BONER, Art. 300 N 5; ZK StPO-LANDSHUT/BOSSHARD, Art. 299 N 26.

<sup>202</sup> BSK StPO-RIEDO/BONER, Art. 300 N 5, RICKLIN, Art. 299 N 3.

<sup>203</sup> BGE 132 I 181; E. 4.5.

einer als glaubhaft beurteilten Strafanzeige.<sup>204</sup> Es hat betont, dass ein bloss vager Verdacht ausreichend sei.<sup>205</sup> Diese Ansicht wird auch in der Lehre geteilt.<sup>206</sup>

In der Lehre werden die tiefen Anforderungen an den Anfangsverdacht verschiedentlich hervorgehoben. Die Schwelle für die Annahme eines Anfangsverdachts sei niedrig anzusetzen.<sup>207</sup> Es genüge eine gewisse, wenn auch noch geringe Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung, bei der der Zweifel an der Richtigkeit des Verdachts noch überwiegen dürfe.<sup>208</sup> Da das Ermittlungsverfahren gerade der Aufklärung eines noch nicht bekannten Sachverhalts diene, müsse auch ein geringes Mass an tatsächlichen Anhaltspunkten ausreichen.<sup>209</sup>

Eine tiefe Schwelle des Anfangsverdachts liegt nicht zuletzt im Interesse des Schutzes der Grundrechte, da das Strafprozessrecht den von polizeilichen Massnahmen Betroffenen, insbesondere beschuldigten Personen, ein im Vergleich zum Polizeirecht eher höheres Niveau an verfahrensrechtlichem Schutz bietet.<sup>210</sup>

#### 3.1.6.4. *Bedeutung und Funktion des Anfangsverdachts*

Der (Anfangs-)verdacht hat eine mehrfache Bedeutung für das Strafverfahren, er bildet gewissermassen zugleich seinen Auslöser und Motor wie auch seine Begrenzung und Einschränkung.<sup>211</sup> In den Worten von Winfried Hassemer: «[Der Tatverdacht] soll ausschliessen, dass Unbeteiligte zum Gegenstand der Wahrheitssuche werden, und er soll sicherstellen, dass Beteiligte, im Mass und in der Art ihres Beteiligtseins, in die Wahrheitssuche einbezogen werden dürfen.»<sup>212</sup>

<sup>204</sup> BGE 106 IV 413, E. 4; dies notabene, obwohl sich die Anzeige eines Verwaltungsratspräsidenten eines Unternehmens auf mutmassliche Steuerdelikte mehrerer direkter Wettbewerbskonkurrenten bezog und folglich ein mögliches wirtschaftliches Interesse des Anzeigestellers nicht von der Hand zu weisen war. Weitere Hinweise zur Rechtsprechung bei KARNUSIAN, *forum*poenale 2016, 351.

<sup>205</sup> BGE 140 I 353, E. 5.4; ebenso und mit eingehender Begründung das Urteil des OG ZH Nr. SB 160065 vom 17. Juni 2016, E. 3.4.5.7 ff.

<sup>206</sup> Vgl. etwa RONC/VAN DER STROOM/MEYER, *forum*poenale 2016, 306 f.

<sup>207</sup> SATZGER, in: FS Beulke, 1014.

<sup>208</sup> LR-BEULKE, § 152 N 23; kritisch OTTOW, 21 ff.

<sup>209</sup> HAAS, 14, m.w.H.; für ein möglichst frühes Annehmen des Anfangsverdachts auch MUGGLI, 182.

<sup>210</sup> KETTIGER, *jus*letter 2012, N 8; vgl. auch TIEFENTHAL, Art. 24f N 20.

<sup>211</sup> Vgl. ZABEL, ZIS 2014, 341; OTTOW, 19.

<sup>212</sup> HASSEMER, in: *Prozessuales Denken als Innovationsanreiz für das materielle Strafrecht*, 20.

#### 3.1.6.4.1. *Tatverdacht als Auslöser der staatlichen Strafverfolgungspflicht*

Dem Staat kommt, als Kehrseite des Justizmonopols, eine Justizgewährleistungspflicht zu.<sup>213</sup> Eng damit verbunden ist der Strafverfolgungszwang:<sup>214</sup> Gelangt die Strafjustiz in Kenntnis einer möglicherweise begangenen Straftat, so muss sie diese grundsätzlich<sup>215</sup> verfolgen (Art. 7 Abs. 1 StPO).<sup>216</sup> Im Rahmen dieses sog. strafprozessualen Legalitätsprinzips bildet der Anfangsverdacht den Auslöser der staatlichen Strafverfolgungspflicht.<sup>217</sup>

Doch nicht nur die Eröffnung des Strafverfahrens, sondern auch sein gesamter weiterer Fortgang basiert auf dem Tatverdacht:<sup>218</sup> Wird der zunächst vorhandene Verdacht im Verlaufe des Verfahrens eindeutig widerlegt, so ist das Verfahren einzustellen<sup>219</sup> bzw. die Nichtanhandnahme zu verfügen.<sup>220</sup> Bleibt hingegen ein hinreichender Verdacht bestehen und liegt kein sonstiger Einstellungsgrund vor, so ist das Verfahren fortzuführen und Anklage zu erheben (Art. 324 Abs. 1 StPO).<sup>221</sup> Der ganze weitere Verlauf des Strafverfahrens dient also dem Zweck, den Tatverdacht zu erhärten oder zu entkräften.<sup>222</sup>

#### 3.1.6.4.2. *Tatverdacht als rechtsstaatliche Schranke der Strafverfolgung*

Dem Erfordernis des Anfangsverdachts kommt eine bedeutende individual-schützende Funktion zu:<sup>223</sup> Grundsätzlich soll niemand fürchten müssen, dass ohne Anlass eine Strafverfolgung gegen ihn eröffnet wird.<sup>224</sup> Die Einleitung eines Strafverfahrens setzt das Vorliegen eines Tatverdachts hinsichtlich einer vollendeten oder versuchten Straftat voraus.<sup>225</sup> Ohne Vorliegen zumindest eines vagen Anfangsverdachts ist strafprozessuales Handeln, sei es die Aufnahme polizeilicher Ermittlungen oder einer staatsanwaltlichen Untersuchung, unzulässig.

---

<sup>213</sup> SCHMID/JOSITSCH, N 180; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 120.

<sup>214</sup> BSK StPO-RIEDO/FIOLKA, Art. 7 N 4 ff.

<sup>215</sup> Ausnahmsweise darf gestützt auf den Opportunitätsgrundsatz auf eine Strafverfolgung verzichtet werden (Art. 8 StPO); vgl. BSK StPO-RIEDO/FIOLKA, Art. 8 N 1 ff.

<sup>216</sup> BGE 114 IV 79, E. 1b; Aus 29 mach 1, 45.

<sup>217</sup> Vgl. BOTSCHAFT StPO, 1130; PITTELOUD, N 726, HENSLER, *forumpenale* 2013, 46; für die deutsche Lehre KÜHNE, *Strafprozessrecht*, N 314; SATZGER, in: FS Beulke, 1011; ZABEL, ZIS 2014, 341.

<sup>218</sup> VETTERLI, ZStrR 2012, 453 f.

<sup>219</sup> ZK StPO-WOHLERS, Art. 7 N 6.

<sup>220</sup> BSK StPO-RIEDO/FIOLKA, Art. 7 N 23.

<sup>221</sup> SCHMID, Art. 324 N 1.

<sup>222</sup> ACKERMANN/VOGLER, in: *Top Secret*, 164.

<sup>223</sup> SATZGER, in: FS Beulke, 1011 f.

<sup>224</sup> Vgl. SK-StPO WESSLAU, § 152 N 12 ff.; FORKERT-HOSSER, 53 f.; OTTOW, 19 f.

<sup>225</sup> ZK StPO-HUG/SCHNEIDEGGER, Art. 197 N 5; BSK StPO-RIEDO/BONER, Art. 299 N 15 ff.; WALDER, *recht* 1990; 1 ff.; im Besonderen bez. heimlichen Ermittlungsmassnahmen GLESS, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2012, 448.

Umgekehrt haben polizeiliche Ermittlungen und insbesondere Zwangsmassnahmen nicht der Begründung eines Tatverdachts zu dienen. Vielmehr haben sie den Zweck, einen vorbestehenden Tatverdacht zu erhärten, diesen zu verdichten.<sup>226</sup>

Der Voraussetzung des Tatverdachts kommt eine absolute Sperrwirkung zu.<sup>227</sup> Zwar darf die Polizei – zum Zwecke der Gefahrenabwehr<sup>228</sup> und der Verhinderung von Straftaten<sup>229</sup> – auch ohne Vorliegen eines Tatverdachts in die Freiheitsrechte eingreifen. Der Tatverdacht bildet in diesen Fällen die Grenze zwischen den auf Polizeirecht zu stützenden Massnahmen der Prävention und den Zwangsmitteln im polizeilichen Ermittlungsverfahren nach der StPO.<sup>230</sup> Die oftmals besonders einschneidenden Massnahmen des Strafprozessrechts sind jedoch nur bei Vorliegen eines Tatverdachts zulässig, der damit gleichsam einen «Schutzwall zwischen Prävention und Strafverfolgung»<sup>231</sup> darstellt.

Von grosser praktischer Bedeutung ist der Tatverdacht als zwingendes rechtsstaatliches Erfordernis bei Eingriffen in Freiheitsrechte im Rahmen der Strafverfolgung (Art. 197 Abs. 1. Bst. b StPO).<sup>232</sup> Aufgrund der Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK; Art. 32 Abs. 1 BV; Art. 10 Abs. 1 StPO) sind strafprozessuale Zwangsmittel nicht leicht zu rechtfertigen.<sup>233</sup> Ein Teil der Lehre nimmt ein Spannungsverhältnis zwischen Unschuldsvermutung und Tatverdacht an, ein anderer geht von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis aus.<sup>234</sup> Der Tatverdacht zieht dabei die feine Trennlinie zwischen dem «gänzlich Unbeteiligtsein» und der «beteiligten Unschuld» und markiert damit den engen Bereich, in welchem Grundrechtseingriffe der Strafverfolgungsbehörden zulässig und geboten sind.<sup>235</sup> Die Kehrseite des Tatverdachts, die Justizpflicht des Bürgers, trifft dabei gleichermassen die beschuldigte Person wie den unverdächtigen Zeu-

<sup>226</sup> KARNUSIAN, *forum* 2016, 351.

<sup>227</sup> HÜRLIMANN, 107.

<sup>228</sup> Vgl. unten II.3.2.

<sup>229</sup> Vgl. unten II.3.3.

<sup>230</sup> Urteil des BGER 6B\_1143/2015, E. 1.3.1.

<sup>231</sup> GLESS, in: *Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte*, 173.

<sup>232</sup> Zu den Anforderungen an Einschränkungen der Grundrechte i.A. vgl. KIENER/KÄLIN, 88 ff.; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 1 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 302 ff.; TSCHANNEN, § 7 N 84 ff.

<sup>233</sup> Vgl. anstelle vieler BSK StPO-WEBER, Art. 197 N 2 ff.

<sup>234</sup> Eingehend zu den verschiedenen Standpunkten der Lehre zum Verhältnis von Tatverdacht und Unschuldsvermutung ACKERMANN, in: FS Riklin, 322 f., mit zahlreichen Hinweisen.

<sup>235</sup> HASSEMER, in: *Prozessuales Denken als Innovationsanreiz für das materielle Strafrecht*, 20; ACKERMANN, in: FS Riklin, 323 f.; vgl. ZK StPO-WOHLERS, Art. 10 N 16.

gen:<sup>236</sup> Zwangsmassnahmen können nicht nur Verdächtige, sondern auch Unverdächtige betreffen, beispielsweise Angehörige, die mit der verdächtigen Person Kontakt haben, aber auch Arbeitgeber, Geschäftspartner etc.

Das Bestehen eines Tatverdachts ist zur Vornahme von Zwangsmassnahmen im Strafverfahren unabdinglich, denn dieser beschlägt gleich zwei Voraussetzungen eines Grundrechtseingriffs: Erstens begründet er ein Verfolgungs- bzw. Aufklärungsinteresse und damit ein öffentliches Interesse am Grundrechtseingriff, welches gegenüber dem individuellen Interesse der betroffenen Person am Schutz seiner Freiheitsrechte überwiegen kann (Art. 36 Abs. 2 BV). Zweitens sind die Verdachtsgrade des Zwangsmassnahmenrechts Ausdruck des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV).<sup>237</sup>

### 3.1.6.5. *Verbot der Beweisausforschung*

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung<sup>238</sup> und h.L.<sup>239</sup> unzulässig ist ein verdachtsloses Eingriffshandeln der Behörden zum Zweck der Verdachtsgewinnung oder Beweisausforschung. Dabei wird nicht ein bestehender Tatverdacht überprüft, sondern ein zuvor nicht bestehender Tatverdacht mittels einer strafprozessualen Zwangsmassnahme erst begründet.<sup>240</sup> Der verbotene Zweck von Beweisausforschungen liegt mithin darin, einen bis dahin nicht vorhandenen Tatverdacht mittels Zwangsmittel Einsatzes zu kreieren.<sup>241</sup>

Solche Verdachtsausforschungen sind mit der Unschuldsvermutung nicht zu vereinen und verletzen Art. 6 Abs. 2 EMRK.<sup>242</sup> Sie widersprechen zudem dem Verhältnismässigkeitsprinzip.<sup>243</sup>

---

<sup>236</sup> Vgl. STUCKENBERG, in: Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat, 499 ff., der herleitet, dass die häufige Annahme einer weitergehenden Justizpflicht des Beschuldigten im Widerspruch zur Unschuldsvermutung steht.

<sup>237</sup> VETTERLI, ZStrR 2012, 453 f.; ACKERMANN, in: FS Riklin, 322 f.

<sup>238</sup> BGE 137 I 218, E. 2.3.2; 139 IV 128, E. 2.1; Urteil des BGer 6B\_628/2013 vom 26. Juni 2014, E. 1.4.1.

<sup>239</sup> BSK StPO-GFELLER, vor Art. 241–254 N 43 ff; SCHMID, Art. 197 N 5; GFELLER/BIGLER, *forum poenale* 2014, 105 ff. ACKERMANN, FS Riklin, 324; KARNUSIAN, *forum poenale* 2016; 352. Die deutsche Rechtsprechung und die h.L. kennen hingegen kein ausdrückliches Verbot der Beweisausforschung. Einzelne Stimmen nehmen aber ein solches Verbot mit Berufung auf die Unschuldsvermutung an, vgl. SATZGER, in: FS Beulke, 1012; WESSLAU, 339.

<sup>240</sup> Botschaft StPO, 1237; ebenso beispielsweise BSK StPO-WEBER, Art. 197 N 6; PIETH, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 133; PITTELOUD, N 442; BSK StPO-GFELLER/THORMANN, Art. 243 N 16.

<sup>241</sup> NATTERER, 19.

<sup>242</sup> BSK StPO-GFELLER, vor Art. 241–254 N 46.

<sup>243</sup> BVGer, Urteil vom 13. März 2013, A-6011/2012, E. 7.4.



Das BGer spricht von einer unzulässigen Beweisausforschung (sog. *fishing expedition*), wenn der Zwangsmassnahme kein genügender Tatverdacht zugrunde liegt, sondern planlos Beweisaufnahmen getätigt werden, beispielsweise wenn Daten «aufs Geratewohl durchsucht werden.»<sup>244</sup> Unzulässige Beweisausforschungen stellte es beispielsweise fest bei einer polizeilichen Kontrolle der Aufnahmen auf einer Fotokamera, die zufällig bei einem Volksfest gefunden wurde,<sup>245</sup> oder bei der Vornahme erkennungsdienstlicher Massnahmen sowie der Entnahme von DNA-Proben ohne hinreichenden Tatverdacht.<sup>246</sup>

Unzulässig ist nicht allein die Vornahme von Zwangsmassnahmen zum Zweck der Verdachtserkennung. Ebenso unrechtmässig ist es, anlässlich zulässiger Zwangsmittel nach weiteren Straftaten zu suchen, bezüglich derer kein Tatverdacht besteht.<sup>247</sup>

Das Verbot von *fishing expeditions* ist von besonderer praktischer Bedeutung im Bereich der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen sowie im Steuerstrafrecht. Auch im Bereich der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen versteht das BGer unter *fishing expedition* eine verpönte Beweisausforschung, die zur Auffindung von Belastungsmaterial zwecks Begründung eines Verdachts dient, ohne dass zuvor bereits konkrete Anhaltspunkte hierfür nach Gegenstand und Person bestanden hätten.<sup>248</sup>

Beweisrechtlich werden Ergebnisse einer Beweisausforschung mit einem absoluten Beweisverwertungsverbot sanktioniert.<sup>249</sup>

Auf die polizeilichen Vorermittlungen angewandt ergibt sich aus dem Verbot der Beweisausforschung, dass verdachtsunabhängige Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen nicht zum Zweck der Verdachtsfindung oder der Aufklärung begangener Straftaten angewandt werden dürfen.<sup>250</sup> Verdachtslose Ermittlungen zum Zweck der Informationsbeschaffung über begangene Delikte stellen unzulässige *fishing expeditions* dar. Die Auffas-

<sup>244</sup> So z.B. jüngst in den Urteilen des BGer 6B\_1160/2014 vom 19. August 2015, E. 2.3, sowie 6B\_1161/2014 vom 19. August 2015, E. 3.3; mit Verweis auf den Leitentscheid BGE 137 I 218, E. 2.3.2; vgl. auch BGE 141 IV 87, E. 1.4.1 ff., und die entsprechenden Kommentierungen bei MAEDER, AJP 2015, 530 ff.; sowie MULLIS, forumpoenale 2015, 308 ff.; weiter BGE 128 I 407, E. 5.2.1. Vgl. auch OG BE, Urteil BK 11 9 vom 22.03.2011, wiedergegeben in sic! 2011, 658 ff.

<sup>245</sup> BGE 137 I 218, E. 1.

<sup>246</sup> BGE 141 IV 87, Sachverhalt Abschnitt A, vgl. EGLI, Sicherheit und Recht 2015, 69.

<sup>247</sup> BSK StPO-GFELLER/THORMANN, Art. 243 N 17.

<sup>248</sup> BGE 125 II 65, E. 6b.aa.

<sup>249</sup> BGE 137 I 218, E. 2.3.2; 139 IV 128, E. 2.1; BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 81, mit Verweis auf VETTERLI, ZStrR 2012, 454.

<sup>250</sup> So bereits die Botschaft StPO, 1255; ebenso ACKERMANN/VOGLER, in: Top Secret, 167 f.

sung, es sei «anerkannt, dass verdeckte Fahndungen oder Ermittlungen gestützt auf Polizeirecht auch bei – vermutungsweise – bereits begangenen Straftaten»<sup>251</sup> eingesetzt werden könnten, wenn der Tatverdacht noch nicht genügend ausgeprägt sei, um den Anforderungen der StPO zu entsprechen, widerspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>252</sup> und der Lehre<sup>253</sup>. Eine Überprüfung von Vermutungen und Hypothesen, die unterhalb der Intensitätsschwelle des Anfangsverdachts liegen, darf allenfalls durch Abklärungen geschehen, welche die Grundrechte der Betroffenen nicht berühren.

### 3.1.6.5.1. *Problematische Aufgabenzuweisung im Zürcher Polizeigesetz*

In einem Spannungsverhältnis zum Verbot der Beweisausforschung steht die Legaldefinition von Vorermittlungen in § 4 Abs. 1 PolG ZH.<sup>254</sup> Diese nennt die Feststellung, ob strafbare Handlungen zu verhindern oder *aufzuklären* sind, als Funktion von Vorermittlungen. § 4 Abs. 2 PolG ZH erklärt, die Vorermittlungstätigkeit der Polizei richte sich nach dem PolG ZH. Dem Antrag des Zürcher RR zur Novelle von § 4 PolG ZH ist zu entnehmen, dass Vorermittlungen gemäss dieser Bestimmung u.a. zur Verdachtsbegründung dienen sollen.<sup>255</sup>

§ 4 Abs. 1 PolG ZH erweist sich in mehrfacher Hinsicht als fragwürdig: Erstens zielen verdeckte polizeiliche Massnahmen zum Zweck der Verdachtsbegründung darauf, einen zuvor nicht vorhandenen Tatverdacht zu kreieren. Sie stellen damit, wie hier soeben dargelegt, verbotene Verdachtsausforschungen dar.<sup>256</sup>

Zweitens ist es mehr als zweifelhaft, ob ein kantonaler Gesetzgeber überhaupt kompetent ist, ein dem Tatverdacht vorgelagertes Vorgehen der Polizei zur Begründung eines Tatverdachts hinsichtlich begangener Straftaten zu regulieren.<sup>257</sup> Die Kompetenzordnung der Bundesverfassung kann vom kantonalen Gesetzgeber nicht umgangen werden, indem er Massnahmen zum gleichen Zweck wie in der StPO, aber unter Verzicht auf die wesentlichste Voraussetzung dieser Massnahmen regelt. Gemäss Art. 123 Abs. 1 BV liegt die Kompetenz zur Regelung des Strafprozessrechts beim Bund. Art. 1 Abs. 1 StPO bestimmt den Regelungsgegenstand der StPO als «die Verfolgung und Beurteilung der Straf-

---

<sup>251</sup> KÜHNE, recht 2016, 112.

<sup>252</sup> Deutlich BGE 140 I 381, E. 3.3; vgl. auch BGE 143 IV 27, E. 2.5.

<sup>253</sup> RONC/VAN DER STROOM/MEYER, *forumpoenale* 2016, 305 ff.; KARNUSIAN, *forumpoenale* 2016, 353; ACKERMANN/VOGLER, in: *Top Secret*, 166 ff.; GFELLER/BIGLER, *forumpoenale* 2014, 106.

<sup>254</sup> Vgl. oben II.2.1.1.

<sup>255</sup> Antrag RR PolG ZH, 669 f.

<sup>256</sup> Vgl. GFELLER/BIGLER, *forumpoenale* 2014, 105.

<sup>257</sup> Ebenso GFELLER/BIGLER, *forumpoenale* 2014, 105 f.

taten nach Bundesrecht durch die Strafbehörden». Der Bundesgesetzgeber hat mit Erlass der StPO diesen Bereich erschöpfend geregelt, womit den Kantonen in diesem Gebiet keine Gesetzgebungszuständigkeit mehr zukommt.<sup>258</sup> Es besteht daher keine Gesetzgebungskompetenz der Kantone für ein dem Strafverfahren vorgelagertes Verfahren, das ebenfalls auf die Verfolgung von Straftaten zielt.<sup>259</sup>

Drittens ist festzuhalten, dass § 4 PolG ZH eine gesetzliche Aufgabenzuweisungsnorm und keine Ermächtigungsbestimmung i.S.v. Art. 36 Abs. 1 BV darstellt. Sie kann nicht als gesetzliche Grundlage zur Rechtfertigung von Einschränkungen der Grundrechte herangezogen werden.<sup>260</sup>

In seinen Erläuterungen zu der Bestimmung von § 4 PolG ZH führt der Zürcher Regierungsrat aus, Vorermittlungen seien Massnahmen der Polizei, die auf Verdachtsbegründung ausgerichtet seien oder die auf einem bloss vagen, noch unbestimmten Anfangsverdacht, kriminalistischen Erfahrungswerten oder auf einer blossen Vermutung oder Hypothese gründeten, die ohne vorgängige Konkretisierung und Verdichtung (oder Entkräftung) für die Einleitung eines gerichtspolizeilichen Ermittlungsverfahrens gemäss Art. 306 StPO nicht genügten. Typisch sei solches Handeln, wenn die Polizei Meldungen aus der Bevölkerung über verdächtige Wahrnehmungen nachgehe.<sup>261</sup> Von Seiten der Strafverfolgungsbehörden wird in diesem Zusammenhang argumentiert, Vorermittlungen zur Verdachtsbegründung seien nötig in Bereichen der Kriminalität, in welchen es kaum Strafanzeigen gebe.<sup>262</sup>

<sup>258</sup> BSK BV-GÖKSU, Art. 123 N 9. Theoretisch möglich ist einzig Regelung des Strafverfahrens im Bereich des materiellen Strafrechts der Kantone.

<sup>259</sup> GFELLER/BIGLER, *forum* 2014, 106. Das BGer hat bezüglich der Ermächtigungsbestimmungen zu Vorermittlungen in § 32 ff. PolG ZH festgestellt, die Kompetenzordnung der Bundesverfassung belasse den Kantonen Raum zur Regelung von *präventiven* verdeckten Ermittlungen. Soweit zu regeln sei, mit welchen Mitteln Straftaten *verhindert* werden können oder ihre *erst mögliche Begehung festgestellt* werden könne, beschlage dies das Polizeirecht, zu dessen Erlass grundsätzlich die Kantone zuständig seien, vgl. BGE 140 I 353, E. 5.5.1 f.; ebenso OG ZH Nr. SB 160065 vom 17. Juni 2016, E 3.4.5.6. Die Regelung der Verfolgung von begangenen Straftaten obliegt dagegen abschliessend dem Bund. Verdeckte polizeiliche Massnahmen sind vom Bundesrecht nur soweit nicht erfasst, als diese präventiven Zwecken dienen; OG ZH Nr. SB 160065 vom 17. Juni 2016, E 3.4.5.7, ZK StPO-HANSJAKOB, Art. 298a N 11.

<sup>260</sup> GFELLER/BIGLER, *forum* 2014, 106; zur Abgrenzung von Aufgabenzuweisungsbestimmungen und Ermächtigungsbestimmungen vgl. oben II.3.

<sup>261</sup> Antrag RR PolG ZH, 669 f.

<sup>262</sup> DEL GIUDICE, ZStrR 2010, 121; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 893, sprechen vom Bereich der Holkriminalität; vgl. auch LENTJES MEILI, in: *Liber Amicorum* für Andreas Donatsch, 437 ff.

Dazu ist festzustellen, dass der Anfangsverdacht i.S.v. Art. 299 Abs. 2 StPO regelmässig ein sehr vager, unbestimmter Verdacht ist, zu dessen Überprüfung gerade das strafprozessuale Ermittlungsverfahren dient.<sup>263</sup> So können Meldungen aus der Bevölkerung ohne weiteres einen Tatverdacht begründen. Wird die Schwelle des Anfangsverdachts, wie von Rechtsprechung<sup>264</sup> und Lehre<sup>265</sup> verlangt, tief angesetzt, so ist ein Interesse der Polizei an Massnahmen der Verdachtsbegründung kaum zu begründen.<sup>266</sup> Die bloss polizeiliche Informationsbeschaffung, die weder der Klärung eines Anfangsverdachts noch der Abwendung von Gefahren dient, stellt hingegen weder eine polizeiliche Aufgabe dar, noch liegt sie im öffentlichen Interesse.<sup>267</sup>

### 3.1.6.5.2. *Problematische Erwägung des Bundesgerichts*

Als ebenso kritikwürdig erweisen sich die folgenden Ausführungen des BGer in seinem Entscheid zum Zürcher Polizeigesetz:

«Unter Vorermittlungen sind Abklärungen und Massnahmen der Polizei zu verstehen, die auf Verdachtsbegründung ausgerichtet sind oder die auf einem bloss vagen, noch unbestimmten Anfangsverdacht, kriminalistischen Erfahrungswerten oder auf einer blossen Vermutung oder Hypothese gründen, die ohne vorgängige Konkretisierung und Verdichtung (oder Entkräftung) für die Einleitung eines gerichtspolizeilichen Ermittlungsverfahrens gemäss Art. 306 StPO nicht genügen. [...] Vorermittlungen ermöglichen der Polizei das Erkennen, dass bestimmte Straftaten begangen worden sind oder gestützt auf einen bereits gefassten Tatentschluss kurz vor der Ausführung stehen könnten. Vorermittlungen bezwecken die Feststellung, ob überhaupt strafprozessual abzuklärende Sachverhalte vorliegen oder nicht, und im bejahenden Fall eine möglichst gute Ausgangslage für das nachfolgende Vorverfahren gemäss StPO zu schaffen oder auch (weitere) Straftaten zu verhindern.»<sup>268</sup>

Ohne erkennbaren Grund weicht das BGer hier vom im gleichen Entscheid zuvor noch verlangten Erfordernis der Verhinderung zukünftiger Straftaten ab und redet einer Legalisierung der Verdachtsausforschung das Wort. Es fordert

---

<sup>263</sup> Zur Intensität des Anfangsverdachts ausführlich oben II.3.1.6.3.

<sup>264</sup> Urteil des OG ZH Nr. SB 160065 vom 17. Juni 2016, E. 3.4.5.8.

<sup>265</sup> HANSJAKOB, *forum* 2015, 34 f.

<sup>266</sup> Andererseits können Informationen hinsichtlich begangener Straftaten ein Indiz dafür sein, dass in einem gewissen persönlichen und räumlichen Umfeld zukünftig ebenfalls mit Straftaten zu rechnen ist, was eine abstrakte Gefahr hinsichtlich zukünftiger Delikte begründen und damit präventive Ermittlungen als notwendig erscheinen lassen kann. Vgl. zur Voraussetzung hinreichender Anzeichen für zukünftige Straftaten zur Vornahme präventiver Ermittlungsmassnahmen unten III.3.3.2.3.3.

<sup>267</sup> A.A. offenbar BSK StPO-RHYNER, Art. 306 N 9.

<sup>268</sup> BGE 140 I 353, E. 6.1.

gleichsam zur Umgehung des Strafprozessrechts auf. Würde diesen Aussagen gefolgt, so wäre es zulässig, im Polizeirecht Ermittlungsmassnahmen zu einem im Strafprozessrecht verpönten Zweck zu regeln. Dies steht im Widerspruch nicht nur zu den übrigen Ausführungen desselben Entscheids, sondern auch zur bisherigen Rechtsprechung zum Verbot der *fishing expeditions*. Das BGer hat diese Ausführungen, die sich notabene wörtlich schon im verunglückten Antrag des Zürcher Regierungsrats zur Revision des Polizeigesetzes<sup>269</sup> finden, in seiner späteren Rechtsprechung zur Vorermittlungen nicht mehr wiederholt.<sup>270</sup> Sie sind abzulehnen.

### 3.1.6.6. Zufallsfunde

Verschiedene Rechtsinstitute der StPO schwächen die Schutzwirkung des Tatverdachts.<sup>271</sup> Im Zusammenhang mit der Fragestellung dieser Arbeit sind die Bestimmungen über die Verwertbarkeit von Zufallsfunden von Interesse:<sup>272</sup> Fraglich ist, ob diese Bestimmungen die Vornahme von verdachtslosen Ermittlungen zum Zweck der Strafverfolgung trotz des Verbots von *fishing expeditions* unter Umständen erlauben.

Zufallsfunde nennt die StPO die Entdeckung von Beweisen im Strafverfahren, nach denen nicht gesucht wurde.<sup>273</sup> Im Unterschied zur Beweisausforschung geht dabei die Strafjustiz erstens bei der Beweiserhebung rechtmässig vor:<sup>274</sup> Die Zwangsmassnahme muss korrekt angeordnet worden sein, sich auf einen hinreichenden Tatverdacht stützen und *lege artis* durchgeführt werden.<sup>275</sup> Bei der Vornahme werden allerdings Spuren oder Gegenstände gefunden, die

<sup>269</sup> Antrag RR PolG ZH, 669, vgl. oben II.3.1.6.5. Der RR ZH hat diese Passage seinerseits vermutlich bei BSK StPO-RHYNER, Art. 306 N 8, übernommen, der mit diesen Ausführungen entgegen der ganz h.L. Stellung bezieht; vgl. oben II.2.1.3.

<sup>270</sup> Vgl. BGE 143 IV 27, E. 2.5.

<sup>271</sup> Neben den Zufallsfunden ist beispielsweise die Anordnung von DNA-Proben bei verurteilten Personen (Art. 257 StPO) zu nennen, eine Zwangsmassnahme die nicht dazu geeignet ist, bereits begangene Straftaten aufzuklären, sondern einzig auf die Verhinderung möglicher zukünftiger Delikte orientiert ist; vgl. BSK StPO-FRICKER/MAEDER, Art. 257 N 2a. Auch gewisse Entwicklungen des materiellen Strafrechts können als Phänomene der Erosion des Tatverdachts verstanden werden, etwa die Vorverlagerung der Strafbarkeit durch die Schaffung abstrakter Gefährdungstatbestände (vgl. etwa den «Rasertatbestand» in Art. 90 Abs. 3 SVG) sowie die Schaffung von Tatbeständen, die die blossе Tatvorbereitung sanktionieren (Art. 260<sup>bis</sup> ff. StGB). Vgl. zur Gefährdung der Bedeutung des Tatverdachts i.A. ACKERMANN, in: FS Riklin, 323 ff.

<sup>272</sup> Art. 243, 278, 296 StPO.

<sup>273</sup> Art. 243 Abs. 1; Art. 278 Abs. 1; Art. 296 Abs. 1 StPO; vgl. NATTERER, 14.

<sup>274</sup> Daher können im Rahmen von Beweisausforschungen auch keine Zufallsfunde entstehen; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 748.

<sup>275</sup> BSK StPO-GFELLER/THORMANN, Art. 243 N 13.

mit einem anderen Delikt zusammenhängen als demjenigen, das die Grundlage der Zwangsmassnahme bildete.<sup>276</sup> Dabei kann es sich um ein anderes Delikt desselben Beschuldigten handeln, wegen dem die Zwangsmassnahme verfügt wurde, oder um die Tat eines Dritten, gegen den bislang gar kein Tatverdacht bestand.<sup>277</sup>

Zweitens müssen die erlangten Spuren oder Beweise zufällig entdeckt werden. Dies bedeutet, dass deren Entdeckung nicht intendiert war. Die Abgrenzung erfolgt mithin auf der subjektiven Ebene: Während beim Zufallsfund die Entdeckung des Beweismittels nicht beabsichtigt war, bezweckt die Beweisausforschung diese gerade.<sup>278</sup>

Die StPO erlaubt die Verwertung von Zufallsfunden im Strafverfahren unter gewissen Umständen.<sup>279</sup> Dies bedeutet, dass in diesen Fällen Zwangsmassnahmen von der Polizei vorgenommen werden dürfen, ohne dass bei deren Anordnung ein Tatverdacht bezüglich des entsprechenden Delikts bestand.<sup>280</sup> Damit wird die Schutzfunktion des Tatverdachts zugunsten des Ziels Wahrheitsfindung aufgeweicht.<sup>281</sup>

Dennoch lassen die gesetzlichen Regelungen betreffend Zufallsfunde keine verdachtslosen Ermittlungen der Polizei zum Zweck der Strafverfolgung zu.<sup>282</sup> Zwar hat der Zufallsfund mit der Verdachtsausforschung gemein, dass zu Beginn der Massnahme kein Tatverdacht bezüglich des letztlich entdeckten Delikts vorliegt und es mithin an der wesentlichsten Voraussetzung von strafprozessuellem Eingriffshandeln fehlt.<sup>283</sup> Hier wie dort liegt ein Versagen der Verdachtssteuerung vor, die die Beweissammlung der Strafjustiz eigentlich lenken sollte.<sup>284</sup> Doch die polizeiliche Massnahme zielt nicht, anders als die verbotene Beweisausforschung, auf eine Verdachtsschöpfung. Beim Zufallsfund ist die Entstehung eines Verdachts nicht Zweck der Massnahme, sondern deren unbeabsichtigte Folge.

---

<sup>276</sup> BSK StPO-GFELLER/THORMANN, Art. 243 N 10 ff.

<sup>277</sup> ZK StPO-KELLER, Art. 243 N 2.

<sup>278</sup> BSK StPO-GFELLER/THORMANN, Art. 243 N 15.

<sup>279</sup> Art. 278 Abs. 1; Art. 296 Abs. 1 StPO; vgl. NATTERER, 58 ff.

<sup>280</sup> ACKERMANN, in: FS Riklin, 324.

<sup>281</sup> NATTERER, 179 f.

<sup>282</sup> Fraglos besteht die Möglichkeit, dass die Polizei Ermittlungsmassnahmen durchführt und dabei die Massnahmenanordnung missbräuchlich so anlegt, dass Zufallsfunde provoziert werden. Ein solches Vorgehen wäre aber nicht durch die Bestimmungen der StPO über Zufallsfunde geschützt und würde die Verfahrensrechte der betroffenen Personen verletzen.

<sup>283</sup> RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 747.

<sup>284</sup> NATTERER, 3 f.

Die Bestimmungen zur Verwertbarkeit von Zufallsfunden weisen mithin der Polizei nicht die Aufgabe zu, Zufallsfunde zu erzielen, sondern regeln die Rechtsfolgen für den Fall, dass es zu Zufallsfunden kommt. Es kann festgehalten werden, dass die Bestimmungen über Zufallsfunde der Polizei nicht die Aufgabe der Vornahme von verdachtslosen Ermittlungen zur Verfolgung von Straftaten zuweisen.

### **3.1.7. Verdachtslose Ermittlungen als Massnahmen der Strafverfolgung?**

Aufgrund des Ausgeführten ist festzuhalten, dass polizeiliche Vorermittlungen keine Massnahmen der Strafverfolgung darstellen und insbesondere nicht als Mittel zur Begründung eines Tatverdachts eingesetzt werden dürfen. Gerichtspolizeiliche Ermittlung dient der Überprüfung eines vorbestehenden Verdachts. Der Tatverdacht stellt eine grundsätzlich undurchlässige Grenze zwischen gerichtspolizeilichem und sicherheitspolizeilichem Handeln dar.<sup>285</sup> Er ist ein wesentliches Element des Schutzes vor unverhältnismässigen Strafermittlungen.

Das Strafprozessrecht darf nicht durch polizeiliche Operationen im Vorfeld eines Tatverdachts umgangen werden, welche der Informationsgewinnung über schon begangene Straftaten dienen.<sup>286</sup> Verdachtslose polizeiliche Ermittlungen zum Zweck der Verfolgung begangener Straftaten sind unzulässig. Die in der Lehre vertretene Auffassung, Vorermittlungen könnten (auch) Zwecken der Strafverfolgung dienen,<sup>287</sup> ist daher abzulehnen. Ebenso kritisch zu betrachten sind die Aufgabenzuweisungsbestimmung von § 4 Abs. 1 PolG ZH sowie die Ausführungen des BGer, Vorermittlungen könnten zum Zweck der Verdachtsbegründung vorgenommen werden.<sup>288</sup>

## **3.2. Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung**

Die Gefahrenabwehr bildet neben der Strafverfolgung die zweite Hauptaufgabe der Polizei. Auch diese stellt einen möglichen funktionalen Rahmen von Vorermittlungen dar und wird in der Literatur vereinzelt auch als solcher genannt.<sup>289</sup> Dieser Abschnitt gilt daher der Darstellung des rechtlichen Rahmens der Gefahrenabwehr, wobei der Fokus auf die Frage gelegt wird, ob verdachtslose Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen der Aufrechterhal-

---

<sup>285</sup> Urteil des BGer 6B\_1143/2015, E. 1.3.1.

<sup>286</sup> HÜRLIMANN, 110; ebenso GFELLER/BIGLER, *forum* 2014, 105; vgl. auch KETTIGER, *jusletter* 2012, N 11.

<sup>287</sup> Vgl. oben II.2.1.3.

<sup>288</sup> BGE 140 I 353, E. 6.1; vgl. oben II.2.1.2.

<sup>289</sup> ACKERMANN/VOGLER, in: *Top Secret*, 166.

tung von Sicherheit und Ordnung dienen können. Dabei ist der Begriff der Gefahr von ähnlicher Bedeutung wie der Verdachtsbegriff in den Ausführungen zur Strafverfolgung, stellt doch das Bestehen einer Gefahr eine wesentliche Voraussetzung sicherheitspolizeilichen Handelns dar.

### 3.2.1. Kompetenzen im Bereich des Polizeiwesens

#### 3.2.1.1. *Polizeihoheit der Kantone*

Die Kompetenzordnung der Bundesverfassung (Art. 54 ff. BV) behandelt die gesetzgeberische Zuständigkeit für den Bereich der Polizei nicht ausdrücklich. Sie verweist in Art. 57 Abs. 1 BV für das Gebiet der inneren Sicherheit lediglich auf die anderweitig begründeten Zuständigkeiten von Bund und Kantonen.<sup>290</sup> Art. 57 Abs. 2 BV fordert beide Verbandsstufen zur Koordination ihrer Anstrengungen auf. Damit wird nach einhelliger Meinung der Lehre keine Bundeskompetenz geschaffen.<sup>291</sup> Aufgrund des Verfassungsvorbehalts zu Lasten des Bundes (Art. 3 BV) sowie dem Prinzip der Einzelermächtigung des Bundes (Art. 42 BV)<sup>292</sup> kommt die Polizeihoheit, d.h. die Gesetzgebungs- und die Vollzugskompetenz, daher im Grundsatz den Kantonen zu.<sup>293</sup> Die Zuständigkeit, für die Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung zu sorgen, gilt als originäre Kompetenz der Kantone.<sup>294</sup>

#### 3.2.1.2. *Bundeskompetenzen im Bereich des Polizeiwesens*

Gemäss h.L. bestehen keine ausdrücklichen verfassungsmässigen Bundeskompetenzen im Bereich des Polizeiwesens, soweit nicht die Zuständigkeit für den Bereich der Strafverfolgung hierzu gezählt wird.<sup>295</sup> Dennoch befasst sich auch der Bund in zunehmendem Masse mit innerer Sicherheit.<sup>296</sup> Mangels einer expliziten verfassungsmässigen Kompetenz im Polizeiwesen beruft er sich dabei

---

<sup>290</sup> SGK BV-SCHWEIZER/MOHLER, Art. 57 N 3 ff.

<sup>291</sup> Vgl. BSK BV-DIGGELMANN/ALTWICKER, Art. 57 N 23; SGK BV-SCHWEIZER/MOHLER, Art. 57 N 3 ff.; MOHLER, N 202; HENSLER, Sicherheit & Recht 2011, 76 ff.

<sup>292</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR; N 1052 ff.; für den Bereich des Polizeirechts im Besonderen FISCHER/TIEFENTHAL, jusletter 2014, N 4.

<sup>293</sup> Vgl. Bericht Malama, 4479 ff.; REINHARD, 40; MOHLER, N 194 ff. Ein Überblick über die gesamte Kompetenzordnung im Sicherheitsbereich findet sich bei SCHWEIZER, Sicherheit & Recht 2012, 186 ff. Notabene haben viele Kantone bis in die 1990er Jahre von ihrer Gesetzgebungskompetenz im Gebiet der Polizei keinen Gebrauch gemacht und keine oder nur äusserst rudimentäre Polizeigesetze erlassen, was eine eklatante Verletzung des Legalitätsgrundsatzes darstellte, vgl. SCHWEIZER, AJP 1997, 379 ff.

<sup>294</sup> BGE 140 I 153, E. 5.1; vgl. BOTSCHAFT BV, 236 f.

<sup>295</sup> Vgl. oben II.3.1.1 sowie II.3.2.1.1.

<sup>296</sup> Vgl. RAUBER, 26 ff.,



in erster Linie auf eine kraft des föderativen Staatsaufbaus bestehende inhärente Kompetenz.<sup>297</sup>

Bestand und Umfang dieser Kompetenzen sind umstritten.<sup>298</sup> Das Ausmass, in welchem der Bund sich darauf beruft, stösst verbreitet auf Kritik.<sup>299</sup> Formelle Hauptursache für die Störung der Kompetenzordnung ist, dass der Bundesgesetzgeber aufgrund des Anwendungsgebots von Art. 190 BV sanktionslos gegen die verfassungsmässige Ordnung verstossen kann.<sup>300</sup>

### 3.2.2. Zweck: Gefahrenabwehr

Zweck sicherheitspolizeilichen Handelns ist die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die als Oberbegriffe für die polizeilichen Schutzgüter betrachtet werden.<sup>301</sup> Als weitere polizeiliche Schutzgüter gelten öffentliche Gesundheit, öffentliche Sittlichkeit sowie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr.<sup>302</sup>

Die Bestimmung des konkreten Gehalts der polizeilichen Schutzgüter, allen voran derjenige der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, bereitet Schwierigkeiten.<sup>303</sup> Unbestrittene Elemente der öffentlichen Sicherheit sind die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung, der Rechtsgüter des Einzelnen sowie der Institutionen des Staates.<sup>304</sup>

<sup>297</sup> Bericht Malama, 4487 ff., 4550 ff., 4567 f.; JAAG, in: Staatsrecht, N 14a; TSCHANNEN, § 20 N 12 ff. Daneben wird angeführt, aus gewissen Bundeskompetenzen, namentlich in den Bereichen des Zollrechts sowie des Strassen-, Eisenbahn- und Luftverkehrs ergäben sich implizite Bundeskompetenzen im Bereich der inneren Sicherheit, vgl. Bericht Malama, 4487; zum Ganzen auch BUSER, N 151 f.

<sup>298</sup> Bericht Malama, 4550 ff., m.w.H.; LIENHARD/HÄSLER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 15 ff.

<sup>299</sup> Vgl. SGK BV-SCHWEIZER/MOHLER, Art. 57 N 17 ff.; BUSER, N 151; MOHLER, N 207 ff.

<sup>300</sup> SCHWEIZER, Sicherheit & Recht 2012, 186 ff.; Bericht Malama, 4597. Nach zutreffender Auffassung beschränken sich die impliziten Kompetenzen des Bundes auf den Schutz seiner eigenen Behörden, d.h. des Personals und der Gebäude, auf die völkerrechtlichen Schutzverpflichtungen, namentlich den Botschaftsschutz, die Sicherheitsgewährleistung im öffentlichen Verkehr sowie die sicherheitspolizeilichen Aufgaben der Zollverwaltung, vgl. auch TIEFENTHAL, 35 ff.

<sup>301</sup> SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 12, m.w.H.; REINHARD, 59 ff.

<sup>302</sup> TÖNDURY/ABO YOUSSEF, in: Der Schutz polizeilicher Güter, 22 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2549 ff.

<sup>303</sup> SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 13 ff.; TÖNDURY/ABO YOUSSEF, in: Der Schutz polizeilicher Güter, 24 ff.; MOHLER, N 32 ff.

<sup>304</sup> LIENHARD, recht 2002, 125.

(Drohende) Verstösse gegen Normen des öffentlichen Rechts (zu dem auch das Strafrecht zu zählen ist), die ein bestimmtes Verhalten vorschreiben, bedeuten grundsätzlich eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit.<sup>305</sup> Bei Tatbeständen des Straf- oder Ordnungswidrigkeitenrechts ist massgebend, ob eine objektive Gefährdung oder Verletzung des geschützten Rechtsguts vorliegt. Unwesentlich ist hingegen die Verwirklichung des subjektiven Tatbestands.<sup>306</sup> Die Verhinderung von Straftaten stellt einen zentralen Aspekt des allgemeinen polizeilichen Sicherheitsauftrags dar.<sup>307</sup> Somit deckt sich der Zweck der Gefahrenabwehr mit einer möglichen Funktion polizeilicher Vorermittlungen.<sup>308</sup>

### 3.2.3. Eingriffshandeln im Bereich der Gefahrenabwehr

Verdachtslose Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen können nur der Gefahrenabwehr zugerechnet werden, soweit in diesem Bereich entsprechende Einschränkungen der Grundrechte zulässig sind.

#### 3.2.3.1. Allgemeines und Terminologie

Ähnlich wie im Ermittlungsverfahren gelten die Beachtung der Grundrechte und des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes als wesentlichste generelle Beschränkungen des sicherheitspolizeilichen Handelns.<sup>309</sup> Soweit sicherheitspolizeiliches Handeln grundrechtsrelevant ist, ergibt sich daraus ein impliziter Numerus clausus der polizeilichen Handlungsformen, da Eingriffshandeln einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Während im Bereich der Polizei i.w.S. als Handlungsformen Verhaltensvorschriften, Bewilligungserfordernisse, polizeiliche Verbote und polizeilich motivierte Monopolisierungen im Mittelpunkt stehen, wird das Handeln der Polizei i.e.S. stärker durch Realakte geprägt.<sup>310</sup>

#### 3.2.3.2. Das Legalitätsprinzip im Bereich des Polizeirechts

Der Legalitätsgrundsatz gilt auch im Polizeirecht.<sup>311</sup> Massnahmen der Polizei, die in Grundrechte der betroffenen Personen eingreifen, bedürfen einer besonde-

---

<sup>305</sup> Der Schutz privater Rechte obliegt der Polizei hingegen nur ausnahmsweise; vgl. exemplarisch § 2 Abs. 2 PolG BS.

<sup>306</sup> SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 13.

<sup>307</sup> Vgl. MAGNIN, 101.

<sup>308</sup> Vgl. oben II.2.1.

<sup>309</sup> MAGNIN, 232.

<sup>310</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 55 N 1 ff.

<sup>311</sup> MOHLER, N 123; REINHARD, 146 ff.; MAGNIN, 187 ff.; HENSLER, *forumpoenale* 2013, 45.

ren, hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage.<sup>312</sup> Das scheinbar selbstverständliche Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für polizeiliches Eingriffshandeln hat sich in der Schweiz erst in den letzten Jahrzehnten etabliert.<sup>313</sup> Noch zu Beginn der 1980er Jahre kam eine Studie zu den polizeilichen Zwangsmassnahmen zum Schluss, dass diese sich in kaum einem Kanton auf eine dem Legalitätsgrundsatz genügende gesetzliche Grundlage stützen konnten.<sup>314</sup> Viele Kantone hatten zu dieser Zeit noch kein materielles Polizeigesetz erlassen und begnügten sich mit blossen Organisationsgesetzen und vereinzelt Regelungen in den kantonalen Strafprozessordnungen.<sup>315</sup> Selbst der polizeiliche Gewahrsam war damals nicht in allen Kantonen in einer Weise geregelt, die den Anforderungen des BGer an die gesetzliche Grundlage von Grundrechtseingriffen entsprach.<sup>316</sup> Weit in die Freiheitsrechte eingreifende Massnahmen ohne Dringlichkeit wurden zu dieser Zeit mangels entsprechender Ermächtigungsnormen allein auf die als Ausnahmeregel konzipierte polizeiliche Generalklausel gestützt,<sup>317</sup> was das BGer mit seiner damaligen grosszügigen Praxis förderte.<sup>318</sup> Das Polizeirecht erschien als blinder Fleck des schweizerischen Rechtsstaates.<sup>319</sup>

Danach setzte, unter dem Druck der Rechtsprechung der Strassburger Organe,<sup>320</sup> einer restriktiveren Praxis des BGer<sup>321</sup> sowie einer hoheitlichem Han-

<sup>312</sup> BGE 128 I 327, E. 4.2; LIENHARD/HÄSLER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 45 ff.; MOHLER, N 639 ff. Zu den Anforderungen an die gesetzliche Grundlage von Grundrechtseingriffen i.A. vgl. KIENER/KÄLIN, 99 ff.

<sup>313</sup> Vgl. MAGNIN, 189.

<sup>314</sup> STRASSER, 36 ff.; vgl. auch SCHWEIZER, AJP 1997, 379.

<sup>315</sup> MOHLER, N 1.

<sup>316</sup> STRASSER, 104.

<sup>317</sup> Vgl. etwa BGE 103 Ia 310, E. 3b ff. Der Entscheid behandelt eine Beschwerde gegen einen Erlass der bernischen Regierung, in welchem diese jegliche politischen Versammlungen in der jurassischen Gemeinde Moutier gestützt auf die polizeiliche Generalklausel verbot. Ausführlich zur polizeilichen Generalklausel unten III.3.1.3.

<sup>318</sup> Die Eingrenzung des Anwendungsbereichs der Generalklausel auf unvorhersehbare Notfälle nahm das BGer erst in BGE 121 I 22, E. 4b, vor; vgl. KAUFMANN/WALTI, in: Der Schutz polizeilicher Güter, 63 ff.; MOHLER, N 2. Zu beachten ist allerdings, dass generelle Anforderungen an Einschränkungen der Grundrechte erst mit Erlass von Art. 36 BV im Jahre 1999 kodifiziert wurden, vgl. SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 1.

<sup>319</sup> SCHWEIZER, AJP 1997, 379.

<sup>320</sup> Vgl. etwa EGMR, Klass u.a. gegen Deutschland, Urteil Nr. 5029/71 vom 6. September 1978; EGMR, Lüdi gegen die Schweiz, Urteil Nr. 12433/86 vom 15. Juni 1992; EGMR, Kruslin gegen Frankreich, Urteil Nr. 11801/85 vom 24. April 1990; EGMR, Huvig gegen Frankreich, Urteil Nr. 11105/84 vom 24. April 1990.

<sup>321</sup> MOHLER, N 1; MOHLER, AJP 1997, 395. Wesentliche Entwicklungsschritte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Legalitätsgrundsatz im Polizeirecht stellen BGE 121 I 22; 128 I 327; 136 I 87 sowie die beiden Grundsatzentscheide zu den verdeckten Vorermittlungsmassnahmen, BGE 140 I 353 und 140 I 381, dar.

deln gegenüber kritischer eingestellten Gesellschaft<sup>322</sup> ein rascher Wandel ein. Zwischen 1980<sup>323</sup> und der zweiten Hälfte der 1990er Jahre<sup>324</sup> erliessen die meisten deutschsprachigen Kantone materielle Polizeigesetze.<sup>325</sup> In der Romandie genügen hingegen noch heute mehrere Polizeigesetze den Anforderungen des BGer nicht.<sup>326</sup>

Kantonale Bestimmungen zur polizeilichen Generalklausel sind nach wie vor üblich;<sup>327</sup> sie haben angesichts der Verankerung in der Bundesverfassung<sup>328</sup> nur deklaratorische Bedeutung.<sup>329</sup>

Das Gesetzmässigkeitsprinzip ist im Polizeirecht von besonderer Bedeutung, da Polizeibehörden regelmässig in grundrechtlich sensiblen Bereichen tätig werden und besonders intensive Zwangsmittel einsetzen.<sup>330</sup> Geht es um die Rechtfertigung von Eingriffen in Freiheitsrechte, ist die Unterscheidung von Aufgabenzuweisungsnormen einerseits und Ermächtigungs- bzw. Befugnisnormen andererseits von grosser Bedeutung. Erstere stellen Aufträge des Gesetzgebers dar und umreissen den Bereich, in welchem die Polizei tätig werden soll und darf. Die gesetzlichen Aufgabenzuweisungen genügen aber keinesfalls als gesetzliche Grundlage von polizeilichen Grundrechtseingriffen.<sup>331</sup> Zur Vornahme von Grundrechtseingriffen bedarf es hingegen einer hinreichend konkreten Befugnisnorm, die die Polizei zur Vornahme der zur Aufgabenerfüllung notwendigen Handlungen ermächtigt.<sup>332</sup>

BGer<sup>333</sup> und h.L.<sup>334</sup> gehen aber davon aus, dass das Bestimmtheitserfordernis im Gebiet polizeilichen Handelns wegen der «Besonderheit des Regelungsbereichs» auf Schwierigkeiten stosse. Die Aufgabe der Polizei könne nicht abschliessend beschrieben werden, da die abzuwehrenden Gefahren zu vielfältig und unvorhersehbar seien. Daher seien offene Normen, unbestimmte Rechts-

---

<sup>322</sup> MOHLER, AJP 1997, 394 ff.

<sup>323</sup> Vgl. PolG SG vom 10. April 1980.

<sup>324</sup> Vgl. etwa das PolG BS vom 13. November 1996 sowie das PolG BL vom 28. November 1996.

<sup>325</sup> SCHWEIZER, AJP 1997, 379 f.; MOHLER, AJP 1997, 395 ff.

<sup>326</sup> Vgl. RÉMY, 39 ff.

<sup>327</sup> Vgl. bspw. § 16 PolG BL; § 8 f. PolG BS; § 9 PolG ZH.

<sup>328</sup> Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV.

<sup>329</sup> KAUFMANN/WALTI, in: Der Schutz polizeilicher Güter, 67.

<sup>330</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 56 N 2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2576, REINHARD, 149, MAGNIN, 189.

<sup>331</sup> REINHARD, 207.

<sup>332</sup> TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 3.

<sup>333</sup> BGE 128 I 327, E. 4.2; 136 I 87, E. 3.1; 140 I 2, E. 10.3.

<sup>334</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2576, m.w.H. zur Rechtsprechung; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 56 N 3; vgl. MAGNIN, 187 ff.; REINHARD, 208.

begriffe und die Einräumung von Ermessen in diesem Bereich notwendig.<sup>335</sup> Diese Auffassung ist allerdings auf Kritik gestossen.<sup>336</sup>

### 3.2.3.3. *Eingriffshandeln gemäss Polizeirecht der Kantone*

Zur alltäglichen Bewältigung typischer polizeilicher Lagen hat sich ein Kanon von Handlungsformen herausgebildet, die als Standardmassnahmen bezeichnet werden.<sup>337</sup> Standardmassnahmen können, müssen aber nicht in die Grundrechte betroffener Personen eingreifen. Übliche, in den meisten Kantonen vorgesehene Standardmassnahmen sind Anhaltungen und Identitätskontrollen, erkennungsdienstliche Massnahmen, Befragungen, Vorladung und Vorführung, Durchsuchung von Sachen, insbesondere Wohnräumen, Sicherstellung von Sachen, Durchsuchung und Untersuchung von Personen, polizeilicher Gewahrsam und vorläufige Festnahme.<sup>338</sup>

Anders als im Strafprozessrecht bezeichnet die verwaltungsrechtliche Lehre grundrechtsrelevante Handlungsformen der Polizei nicht als Zwangsmassnahmen sondern als Eingriffshandeln o.ä.<sup>339</sup> Der Begriff des Zwangs bleibt im Polizeirecht der Bezeichnung des unmittelbaren physischen Zwangs zur Durchsetzung polizeilicher Massnahmen vorbehalten.<sup>340</sup>

Kennzeichnend für die Standardmassnahmen und den polizeilichen Zwang ist die Erkennbarkeit der Polizei nach aussen durch das Tragen der Uniform. Dagegen werden die sog. besonderen Formen der Informationserhebung heimlich durchgeführt.<sup>341</sup>

<sup>335</sup> SCHWEIZER/MÜLLER, LeGes 2008, 379; MAGNIN, 190; REINHARD, 151.

<sup>336</sup> EGLI, Sicherheit & Recht 2012, 192; SCHWEIZER/MÜLLER, LeGes 2008, 379 ff.; ausführlich hierzu unten III.3.1.1.

<sup>337</sup> TROCHSLER-HUGENBLOCH/LOBSIGER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 8 ff.; RÉMY, 39 ff.; REINHARD, 232 ff.; STRASSER, 36 ff.; RAUBER, 69 ff.; für die deutsche Lehre RACHOR, in: Litschke/Denninger – Handbuch des Polizeirechts, N E191 ff.

<sup>338</sup> REINHARD, 233 ff.; RÉMY, 39 ff.; TROCHSLER-HUGENBLOCH/LOBSIGER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 54 ff.

<sup>339</sup> REINHARD, 204 ff.; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2576.

<sup>340</sup> TROCHSLER-HUGENBLOCH/LOBSIGER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 12 f., 103 ff. Diese Terminologie dürfte nicht zuletzt auf den Umstand zurückzuführen sein, dass bis in die 1990er Jahre für die meisten Polizeigesetze der Schweiz ausser für die Anwendung körperlicher Gewalt und den Waffeneinsatz kaum Befugnissnormen für grundrechtsrelevantes Handeln vorsahen; vgl. REINHARD, 232; SCHWEIZER, AJP 1997, 379.

<sup>341</sup> TROCHSLER-HUGENBLOCH/LOBSIGER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 10.

### 3.2.4. Voraussetzung sicherheitspolizeilichen Handelns: die Gefahr

Zentrale Voraussetzung polizeilichen Eingriffshandelns zum Zweck des Schutzes von Sicherheit und Ordnung ist das Bestehen einer Gefahr, die es abzuwehren gilt. Vorermittlungen können daher nur dann als sicherheitspolizeiliches Handeln betrachtet werden, wenn sie der Abwehr konkreter Gefahren dienen.

#### 3.2.4.1. Begriff der Gefahr

Eine Gefahr ist nach der Lehre eine Sachlage, die tatsächlich oder aus der *ex-ante*-Sicht einer verständigen Person bei ungehindertem Ablauf des zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für die öffentliche Sicherheit und Ordnung führt.<sup>342</sup> Der Gefahrbegriff enthält eine Prognose über die Zukunft und ist daher begriffsnotwendig subjektiv, wird jedoch durch die Massfigur einer verständigen Lagebeurteilung objektiviert.<sup>343</sup>

Keine Bedeutung für die Beurteilung, ob eine Gefahr vorgelegen hat oder nicht, hat folglich die Frage, ob die entsprechende Lagebeurteilung der Polizei mit der Realität übereinstimmt oder ob sich die Gefahr später tatsächlich realisiert.<sup>344</sup>

Ähnlich wie im Falle des Tatverdachts kann der notwendige Grad der Wahrscheinlichkeit – dort der Tatbegehung, hier des späteren Schadenseintritts – nicht in allgemeingültiger Weise bestimmt werden. Die Lehre nimmt eine umgekehrt relative Abhängigkeit von der Qualität des gefährdeten Rechtsguts an: Demnach soll, je bedeutender und höherrangiger dieses ist, desto geringer die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts sein.<sup>345</sup>

Der Gefahrbegriff ist von demjenigen der Störung zu unterscheiden. Das sicherheitspolizeiliche Handeln richtet sich bei Vorliegen einer Gefahr auf die

---

<sup>342</sup> Vgl. SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 23; REINHARD, 105; ebenso für die deutsche Lehre WESSLAU, 28.

<sup>343</sup> DENNINGER, in: Lisken/Denninger – Handbuch des Polizeirechts, N D46; a.A. offenbar SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 25.

<sup>344</sup> Daher ist der in der polizeirechtlichen Literatur anzutreffende Begriff der «Anscheinsgefahr» für den Fall einer irrtümlichen Annahme einer Gefahr aufgrund einer pflichtgemäßen Lagebeurteilung redundant; vgl. DENNINGER, in: Lisken/Denninger – Handbuch des Polizeirechts, N D46 f.; REINHARD, 108 f. Ebenso unnötig ist der Begriff des «Gefahrenverdachts», der zudem die Terminologie der Voraussetzungen von sicherheits- und gerichtspolizeilichem Handeln vermischt; er bezeichnet nichts anderes als die Annahme einer Gefahr bei Vorliegen eines verminderten Grades an Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts; vgl. DENNINGER, in: Lisken/Denninger – Handbuch des Polizeirechts, N D48; REINHARD, 110.

<sup>345</sup> SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 25; REINHARD, skeptisch DENNINGER, in: Lisken/Denninger – Handbuch des Polizeirechts, N D52.

Vermeidung des Gefahrentritts. Eine Störung liegt hingegen vor, wenn ein Schaden für die öffentliche Sicherheit und Ordnung bereits eingetreten ist. Ziel des polizeilichen Handelns ist entsprechend die Unterbindung und Beseitigung der Störung.<sup>346</sup> Kein Schaden liegt nach der Lehre vor bei blossen Nachteilen, Belästigungen, und Unbequemlichkeiten. Die Abgrenzung zum Schaden habe nach den konkreten Umständen – insbesondere der Intensität der Störung – zu erfolgen.<sup>347</sup>

#### 3.2.4.2. *Konkrete und abstrakte Gefahr*

Als konkrete Gefahr bezeichnet man die im Einzelfall bestehende Gefahr.<sup>348</sup> Sie ist gegeben, wenn tatsächliche Begebenheiten vorliegen, die bei ungehindertem Ablauf mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu einem bestimmten Schaden führen würden.<sup>349</sup>

Demgegenüber bezeichnet der Begriff der abstrakten Gefahr die nur durch typischerweise gefährliche Sachverhaltsmerkmale bestimmte Schadenswahrscheinlichkeit.<sup>350</sup> Verlangt ist eine Sachlage, aus der nach allgemeiner Lebenserfahrung oder aufgrund von allgemeinen Erkenntnissen fachkundiger Stellen in einer Vielzahl der Fälle eine konkrete Gefahr entsteht.<sup>351</sup> Es müssen mithin nur, aber immerhin typischerweise gefährliche Sachverhaltsmerkmale vorliegen, die auf eine allgemeine, unabhängig vom Einzelfall bestehende Gefährlichkeit schliessen lassen.<sup>352</sup>

Konkrete und abstrakte Gefahr unterscheiden sich weder durch den Grad der Wahrscheinlichkeit, noch durch die zeitliche Nähe des erwarteten Schadenseintritts. In beiden Fällen bedarf es nach der h.L. einer hinreichenden Wahrschein-

<sup>346</sup> REINHARD, 105.

<sup>347</sup> SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 23.

<sup>348</sup> DENNINGER, in: Litsken/Denninger – Handbuch des Polizeirechts, N D42; WESSLAU, 28. Das verwaltungsrechtliche Verständnis der Begriffe der konkreten und abstrakten Gefahr unterscheidet sich wesentlich vom haftpflichtrechtlichen; vgl. dazu z.B. ANDEREGG, *Have*, 118.

<sup>349</sup> SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 26; REINHARD, 110 f.

<sup>350</sup> DENNINGER, in: Litsken/Denninger – Handbuch des Polizeirechts, N D42.

<sup>351</sup> Vgl. SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 27; REINHARD, 111; MOHLER, N 784; WESSLAU, 28.

<sup>352</sup> MÜLLER, 27 (Fn 156); RAUBER, 50. Nicht zu verwechseln mit der abstrakten Gefahr ist der in der jüngsten Zeit in der deutschen Gesetzgebung auftauchende Begriff der «drohenden Gefahr». Dieser v.a. im Zusammenhang mit dem umstrittenen Entwurf zu einem neuen bayrischen Polizeiaufgabengesetz diskutierte Begriff bezeichnet eine Sachlage, bei welcher bloss Anzeichen bestehen, dass eine Gefahr in der Zukunft entstehen könnte; vgl. KOHNEN, *BayRVR*, 13. März 2017; SERRAO, *NZZ* vom 12. Mai 2018.

lichkeit.<sup>353</sup> In der deutschen Lehre wird die Abgrenzung zunehmend kontrovers diskutiert, da der Begriff der konkreten Gefahr in erheblichen Mass unbestimmt sei.<sup>354</sup>

### 3.2.4.3. Funktion und Bedeutung des Gefahrenerfordernisses

Eine konkrete Gefahr ist gemäss der Aufgabenkataloge der Polizeigesetze vieler Kantone<sup>355</sup> und nach h.L.<sup>356</sup> Voraussetzung für die Vornahme von Massnahmen der Gefahrenabwehr, insbesondere also für die Vornahme polizeilicher Eingriffsmassnahmen. Gemeint sind Einzelmassnahmen aufgrund einer polizeirechtlichen Gesetzesvorschrift oder der polizeilichen Generalklausel.<sup>357</sup>

Polizeiliche Vorermittlungen sind demnach als Massnahmen im Bereich der Gefahrenabwehr zu behandeln, sofern sie die Abwehr konkreter Gefahren bezwecken.

Diverse kantonale Polizeigesetze verlangen gar das Vorliegen einer qualifizierten Form einer konkreten Gefahr: So erlauben die Polizeigesetze der Kantone Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Zürich Massnahmen der Gefahrenabwehr nur bei Vorliegen von unmittelbar drohenden Gefahren.<sup>358</sup> Damit wird eine konkrete Gefahr bezeichnet, bei der bei ungehindertem Verlauf ein Schaden mit grosser Wahrscheinlichkeit eintritt.<sup>359</sup>

In dogmatischer Hinsicht ist die Funktion der Voraussetzung der (konkreten) Gefahr im Polizeirecht vergleichbar mit derjenigen des Anfangsverdachts im Strafprozessrecht: Sie bildet eine Schwelle, die sowohl das öffentliche Interesse markiert wie auch in einem gewissem Masse die Verhältnismässigkeit polizei-

---

<sup>353</sup> RACHOR, in: Lisken/Denninger – Handbuch des Polizeirechts, N E97; WESSLAU, 28 f.; REINHARD, 111; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 27; a.M. MOHLER, 785, der annimmt, dass sich eine abstrakte Gefahr konkretisiere, wenn diese «durch einen Geschehensablauf oder eine grundsätzlich nahe Möglichkeit der (negativen) intendierten oder nicht intendierten Wirkung auf die Sachlage einen mindestens nicht vernachlässigbaren Wahrscheinlichkeitsgrad erreicht» habe. Dem kann schon aufgrund des Wortsinns nicht gefolgt werden.

<sup>354</sup> DENNINGER, in: Lisken/Denninger – Handbuch des Polizeirechts, N D52.

<sup>355</sup> Vgl. bspw. § 2 Abs. 1 Ziff. 1 PolG BS; § 3 Abs. 1 Bst. a PolG BL; § 3 Abs. 2 Bst. c PolG ZH; keine abstrakte Regelung der Voraussetzungen sicherheitspolizeilichen Handelns findet sich im PolG GE.

<sup>356</sup> DENNINGER, in: Lisken/Denninger – Handbuch des Polizeirechts, N D42; RAUBER, 69 f.; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 54 ff.

<sup>357</sup> SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 27; zur polizeilichen Generalklausel vgl. unten III.3.1.3.

<sup>358</sup> § 3 Abs. 1 Bst. a PolG BL; § 2 Abs. 2 Ziff. 2 PolG BS; § 3 Abs. 2 Bst. c PolG ZH.

<sup>359</sup> SIGRIST, 212.



lichen Handelns sichert und damit nicht zuletzt dem Schutz der von Eingriffshandlungen betroffenen Personen dient.<sup>360</sup>

Abstrakte Gefahren stellen keine genügende Voraussetzung zur Rechtfertigung von Massnahmen der klassischen Gefahrenabwehr, insbesondere der polizeilichen Standardmassnahmen, dar. Sie bilden aber die Legitimation der sog. «allgemeinen Gefahrenabwehr».<sup>361</sup> Diese erfolgt durch den Erlass generell-abstrakter Polizeierlasse. Diese sind v.a. im Bereich der Polizei i.w.S. von grosser Bedeutung.<sup>362</sup> Ebenso genügt zum Erlass einer polizeilichen Verfügung aufgrund einer Polizeiverordnung der Hinweis auf den Verstoss gegen ein zur Abwehr einer abstrakten Gefahr erlassenes Ge- oder Verbot. Eine konkrete Gefährdung durch den Störer ist nicht nötig.<sup>363</sup>

In jüngerer Zeit sind zudem in zahlreichen Kantonen gesetzliche Grundlagen zu Massnahmen der polizeilichen Gefahrenvorsorge geschaffen worden, die bei Vorliegen abstrakter Gefahren anzuwenden sind.<sup>364</sup>

### 3.2.5. Verdachtslose Ermittlungen als Massnahmen der Gefahrenabwehr?

In der Literatur werden Vorermittlungen meist dem Bereich des Polizeirechts zugerechnet.<sup>365</sup> In den letzten Jahren haben die Gesetzgeber der meisten Kantone im Polizeirecht Bestimmungen erlassen, die Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen vorsehen.<sup>366</sup> Fraglich ist aber, ob diese polizeilichen Mittel funktional der Gefahrenabwehr zuzurechnen sind.

Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen dienen der polizeilichen Informationsbeschaffung. Die verdeckte Sammlung von Informationen kann in gewissen Fällen der Abwehr von konkreten Gefahren dienen, etwa wenn der Polizei mitgeteilt wird, dass bestimmte Personen anlässlich einer Demonstration Gewalttaten planen, worauf die Polizei diese Personen observiert oder sich unter die Demonstranten mischt und die Zielpersonen anspricht, um Informationen über ihre Absichten zu gewinnen.<sup>367</sup> Diesfalls liegen bereits genügend Informationen vor, um von einer Gefahr im Einzelfall zu sprechen. In solchen, eher seltenen Fällen können verdachtslose Observationen, verdeckte Fahndungen oder verdeckte Ermittlungen der Organisation von Abwehrmassnahmen und damit der Gefahrenabwehr dienen.

<sup>360</sup> Vgl. WESSLAU, 35 ff.

<sup>361</sup> Vgl. MOHLER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 58 ff.

<sup>362</sup> SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 27.

<sup>363</sup> DENNINGER, in: Litsken/Denninger – Handbuch des Polizeirechts, N D43.

<sup>364</sup> Vgl. direkt anschliessend II.3.3.

<sup>365</sup> Vgl. oben II.2.1.3.

<sup>366</sup> Vgl. unten III.3.1.5.3.

<sup>367</sup> Bsp. aus Antrag RR PolG ZH, 674.

Häufiger besteht aber zumindest zu Beginn eines verdachtslosen verdeckten polizeilichen Einsatzes keine konkrete Gefahr, da mit der Massnahme nicht einer bestimmten, vermutungsweise vor der Ausführung stehenden Straftat begegnet wird. Bewegen sich beispielsweise Polizeibeamte in Zivil nachts in einem für den offenen Kokainhandel bekannten Quartier,<sup>368</sup> so zielt der Einsatz nicht auf die Abwehr einer Gefahr im Einzelfall, sondern stützt sich nur auf polizeiliche Erfahrungswerte, die für eine erhöhte Wahrscheinlichkeit der Begehung von Straftaten zu einer gewissen Zeit und an einem gewissen Ort sprechen.<sup>369</sup> Dies bedeutet, dass bloss eine abstrakte Gefahr vorliegt. Auch bspw. bei «virtuellen Streifengängen» in Internet-Chats<sup>370</sup> suchen Polizisten nicht nach bestimmten Personen und zielen nicht auf die Verhinderung bestimmter, im Einzelfall absehbarer Straftaten. Damit sind in derartigen Fällen die Voraussetzungen sicherheitspolizeilichen Handelns nicht erfüllt.

Im Ergebnis ist daher festzustellen, dass polizeiliche Vorermittlungen i.d.R. keine Massnahmen der Gefahrenabwehr darstellen. Ausnahmsweise sind sie als Mittel der Gefahrenabwehr zu betrachten, wenn sie der Informationsbeschaffung hinsichtlich Gefahren im Einzelfall dienen.

### 3.3. Gefahrenvorsorge

Unter dem Begriff der Gefahrenvorsorge wird die Vornahme von Massnahmen zur Verhinderung von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstanden.<sup>371</sup> Polizeiliches Handeln zum Zweck der Gefahrenvorsorge geschieht, noch bevor eine Gefahr sich konkretisiert hat.<sup>372</sup> Polizeiliche Massnahmen der Gefahrenvorsorge sind kein generell neues Phänomen; so sind etwa Streifengänge der Polizei hierzu zu rechnen.<sup>373</sup> Im folgenden Abschnitt wird dargestellt, dass die Gefahrenvorsorge bzw. die Straftatenvorsorge im Besonderen eine Aufgabe der Polizei darstellt und dass verdachtslose Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen i.d.R. funktional zur Gefahrenvorsorge zu rechnen sind.

#### 3.3.1. Grundsatz der Gefahrenvorsorge im Polizeirecht i.w.S.

Der Schutz von Polizeigütern stellt eine Aufgabe zahlreicher Bereiche der öffentlichen Verwaltung dar, keineswegs nur der institutionellen Polizei. Man

---

<sup>368</sup> Vgl. das entsprechende Bsp. oben, II.2.2.

<sup>369</sup> Vgl. MUGGLI, 161.

<sup>370</sup> Vgl. die Sachverhalte von BGE 134 IV 266 und BGE 143 IV 27.

<sup>371</sup> REINHARD, 117.

<sup>372</sup> Vgl. MAGNIN, 70.

<sup>373</sup> REINHARD, 118.

spricht daher auch von der Polizei i.w.S. Wichtige Beispiele sind etwa die Massnahmen der Baupolizei oder des Gesundheits- und Umweltschutzes. In diesen Bereichen ist die Abwehr konkreter Gefahren meist nicht zielführend: Um etwa die von einem Chemiewerk ausgehende Gefahr für die Umwelt und die Gesundheit der Bevölkerung abzuwenden, kann in der Regel nicht zugewartet werden, bis ein Störfall eintritt oder unmittelbar bevorsteht. Es gilt daher der Grundsatz der Gefahren- oder Risikovorwarnung,<sup>374</sup> der einen Angriff bereits im Vorfeld konkreter Gefahren gestattet bzw. hierzu verpflichtet.<sup>375</sup> Durch möglichst frühzeitiges Eingreifen durch gesetzgeberische Handlungen sowie durch Verfügungen und Realakte der Verwaltung soll das Gemeinwesen hier gerade noch nicht konkret bestehenden Gefahren vorbeugen, beispielweise beim Schutz eines Bannwaldes zur Vermeidung eines Lawinenunglücks.<sup>376</sup> Weitere Beispiele der Gefahrenvorsorge durch den Erlass von Polizeirecht i.w.S. sind etwa die Tabakpräventionsbemühungen des Bundes<sup>377</sup> in TStG, LMG und Tabakverordnung oder die Regelungen des UWG zum Schutz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr.<sup>378</sup> Bei der Anwendung dieser Bestimmungen wird regelmässig in die Grundrechte betroffener Personen eingegriffen. Dennoch ist in diesen Rechtsbereichen der Grundsatz der Gefahrenvorsorge unbestritten.

### 3.3.2. Gefahrenvorsorge im Bereich der Polizei i.e.S.

Auch die Polizei im institutionellen Sinne trifft seit jeher Massnahmen der Gefahrenvorsorge, besonders der Staftatenvorsorge: Sie informiert über mögliche Gefahren,<sup>379</sup> überwacht auf Streifenfahren Strassen und Plätze und zeigt dabei Präsenz, die mögliche Straftäter abschrecken soll. Derartige Massnahmen begegnen abstrakten und nicht konkreten Gefahren. Sie haben i.d.R. aber keinen Eingriffscharakter und sind daher, ausser durch den polizeilichen Grundauftrag, gesetzlich kaum geregelt.<sup>380</sup>

In den vergangenen Jahrzehnten hat die verbreitete Wahrnehmung neuer Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit aber zu einer Ausweitung des polizeilichen Handlungs- und Beobachtungsraums geführt. In Deutschland stellten v.a. die ausbleibenden Fahndungserfolge bei der Verfolgung der Verbrechen der

<sup>374</sup> DENNINGER, in: Lisken/Denninger – Handbuch des Polizeirechts, N D13.

<sup>375</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 54 N 39; REINHARD, 116 ff.; DENNINGER, in: Lisken/Denninger – Handbuch des Polizeirechts, N D41.

<sup>376</sup> SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 27.

<sup>377</sup> Vgl. BURCH, in: Der Schutz polizeilicher Güter, 221 ff.

<sup>378</sup> Vgl. BACHMANN, in: Der Schutz polizeilicher Güter, 301 ff.

<sup>379</sup> Zu denken ist an Informationskampagnen der Polizei z.B. über Trickbetrüger oder die Sicherung von Liegenschaften gegen Einbruchdiebstähle.

<sup>380</sup> Vgl. REINHARD, 118.

RAF in den 1970er und 1980er Jahre die Grundlage der Schaffung neuer polizeilicher Kompetenzen unter dem Titel der «vorbeugenden Verbrechensbekämpfung» dar.<sup>381</sup> In der von Terrorismus weitgehend verschonten Schweiz war es das in den 1980er und 1990er Jahren im Zusammenhang mit der beschleunigten Verbreitung von illegalen Betäubungsmitteln entstehende Bedrohungsbild der organisierten Kriminalität, das den Ruf nach neuen Kompetenzen der Polizei weckte.<sup>382</sup> In diesem Bereich gilt vielen ein «proaktives» Vorgehen der Polizei zur Verbrechensbekämpfung als unumgänglich, sollen nicht nur die meist wenig einflussreichen Vorderleute ermittelt werden können.<sup>383</sup>

Seither wächst die Bedeutung der Gefahrenvorsorge in verschiedenen Bereichen polizeilichen Handelns. In der Lehre wird sie gelegentlich gar als ein kennzeichnendes Merkmal heutiger Gemeinwesen schlechthin bezeichnet, es ist die Rede vom «Präventionsstaat».<sup>384</sup> Bei der Straftatenvorsorge handelt es sich ausnahmslos um Massnahmen zur Beschaffung und Verwendung von Informationen.<sup>385</sup>

Soweit Massnahmen der Gefahrenvorsorge Grundrechte einschränken, wird diese Entwicklung oftmals kritisch betrachtet, da die Eingriffsschwelle bei der Gefahrenvorsorge verglichen mit der Gefahrenabwehr oder der Strafverfolgung hinsichtlich der Anforderungen an den Tatsachenbezug abgesenkt ist. Das Erfordernis eines Tatverdachts kommt nicht in Betracht, zielt die Gefahrenvorsorge doch wie die klassische Gefahrenabwehr auf die Verhinderung des Gefahreintritts und nicht auf die Verfolgung schon begangener Straftaten. Anders als bei der Gefahrenabwehr verzichtet der Gesetzgeber im Bereich der Gefahrenvorsorge auch auf das Erfordernis einer konkreten Gefahr. Vielmehr lassen die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen eine abstrakte Gefahrenlage als Voraussetzung zur Ergreifung der entsprechenden Eingriffsmassnahmen genügen.<sup>386</sup>

Neben der Herabsetzung der Eingriffsschwelle wird eine mit der Ausweitung der Gefahrenvorsorge verbundene Aufweichung der Grenze zwischen Prävention und Repression moniert.<sup>387</sup> Die Strafverfolgungsbehörden kümmern sich heute in weiten Bereichen eher um die Aufdeckung krimineller Strukturen

---

<sup>381</sup> GUSY, StV 1993, 269 ff; HOPPE, 120 ff.

<sup>382</sup> LOBSIGER, «Verbrechensbekämpfung» durch den Bund?, 129 ff.

<sup>383</sup> Vgl. HEINE, in: FS Trechsel, 248, in Bezug auf die Bekämpfung der organisierten Kriminalität durch Europol.

<sup>384</sup> Für die deutsche Lehre z.B. DENNINGER, KJ 1988, 1 ff.; für die Schweiz DIGGELMANN, ZSR 2005, 329 ff.

<sup>385</sup> HOPPE, 26 f.

<sup>386</sup> DENNINGER 2012, 223; vgl. SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 27; REINHARD, 117.

<sup>387</sup> HEINE, in: FS Trechsel, 248 f.

als um die Taten des einzelnen Verdächtigen. Das herkömmliche Konzept strafrechtlicher Prävention sei ohne klar sichtbare Konturen ausgedehnt worden auf allgemeine polizeiliche Bedürfnisse der Überwachung und Kontrolle von Risiken. Es liessen sich starke Anzeichen einer «präventiven Verseuchung» des Strafverfahrens beobachten.<sup>388</sup> Befürworter polizeilicher Massnahmen der Gefahrenvorsorge halten dem entgegen, Massnahmen der Straftatenprävention seien neben der Strafverfolgung zur Bekämpfung gewisser Formen von Straftaten notwendig.<sup>389</sup>

Der Erlass neuer Bestimmungen, die ein polizeiliches Eingreifen im «Vorfeld» von konkreter Gefahr bzw. Tatverdacht regelten, erfolgte in der Schweiz zunächst auf bundesrechtlicher Ebene. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang in erster Linie an den Erlass des mittlerweile wieder aufgehobenen BVE und des BÜPF im Jahre 2003, welche damals geheime Ermittlungsmassnahmen nicht nur als strafprozessuale Zwangsmittel, sondern auch als präventiv-polizeiliche Massnahmen vorsahen.<sup>390</sup> In der gemeinsamen Botschaft zu den beiden Gesetzen erläuterte der BR im Jahre 1998, die gestiegene Kriminalität, vor allem der organisierte Drogenhandel, mache entsprechende Massnahmen nötig.<sup>391</sup> Später folgte in zahlreichen Kantonen bspw. der Erlass von Bestimmungen über den Einsatz von Videoüberwachungssystemen an öffentlichen Orten,<sup>392</sup> die gemäss den gesetzlichen Grundlagen u.a. die «Verhinderung von Straftaten» an «Orten, an welchen mit Straftaten zu rechnen ist»<sup>393</sup>, bezwecken.

### 3.3.3. Straftatenvorsorge als polizeiliche Aufgabe

Wenn die Polizei ohne Vorliegen eines Tatverdachts oder einer konkreten Gefahr Eingriffsmassnahmen vornimmt, so sind diese nicht durch die herkömmlichen Aufträge des Gesetzgebers (Gefahrenabwehr, Strafverfolgung) legitimiert.<sup>394</sup> In Deutschland wird die sog. vorbeugende Bekämpfung von Straftaten daher seit den 1980er Jahren in zahlreichen Polizeigesetzen der Bundesländer als zusätzliche polizeiliche Aufgabe genannt.<sup>395</sup>

<sup>388</sup> ALBRECHT, ZStrR 2013, 391 f.; CONINX/MONA, ZStrR 2017, 1 f.

<sup>389</sup> Vgl. bspw. HANSJAKOB, forumpoenale 2015, 33 ff.; LENTJES MEILI, in: Liber Amicorum für Andreas Donatsch, 439; ALBERTINI, in: Polizeiliche Ermittlung, 544.

<sup>390</sup> Vgl. Art. 4 Abs. 1 Bst. a BVE; HANSJAKOB, ZStrR 2004, 100.

<sup>391</sup> Botschaft BVE, 4243 f.

<sup>392</sup> Vgl. FLÜCKIGER/AUER, AJP 2006; MÜLLER, in: Der Schutz polizeilicher Güter, 89 ff.

<sup>393</sup> Art. 51a PolG BE; ähnlich bspw. § 17 Abs. 1 IDG BS; §§ 32a ff. PolG ZH; vgl. BGE 136 I 87.

<sup>394</sup> GUSY, StV 1993, 270; LOBSIGER, «Verbrechensbekämpfung» durch den Bund?, 170.

<sup>395</sup> Vgl. bspw. § 1 Abs. 1 S. 2 PolG NRW, § 1 Abs. 3 ASOG Bln, § 1 Abs. 1 BbgPolG.

In jüngerer Zeit haben auch in der Schweiz die kantonalen Gesetzgeber Bestimmungen eingeführt, die die Straftatenvorsorge ausdrücklich als polizeiliche Aufgabe nennen. Die meisten kantonalen Polizeigesetze bezeichnen entweder in einem Aufgabenkatalog oder bei der Umschreibung des allgemeinen Polizeiauftrags die Straftatenvorsorge, -verhütung oder -verhinderung als Aufgabe der Polizei.<sup>396</sup> So nennt das Polizeigesetz des Kantons Basel-Stadt seit seiner Inkraftsetzung 1996 die Vornahme von «Massnahmen zur Verhütung und zur Verfolgung von Straftaten»<sup>397</sup> als Aufgaben der Kantonspolizei. Seit dem 1. März 2013 gehören «Massnahmen zur Verhinderung und Erkennung von Straftaten»<sup>398</sup> zu den gesetzlichen Aufgaben der Zürcher Polizei. Die basellandschaftliche Polizei muss «Vorkehrungen zur Verhinderung und Bekämpfung von Straftaten»<sup>399</sup> treffen, die Solothurner Polizei «Unfälle und Straftaten durch Information und andere geeignete Massnahmen»<sup>400</sup> verhüten, und das Waadtländer Polizeigesetz sieht vor, dass die Polizei die Straftatenvorsorge sicherstellt.<sup>401</sup> Das Polizeigesetz des Kantons Schaffhausen beauftragt die Polizei, bei der Verhütung von Straftaten mitzuwirken.<sup>402</sup> Die kantonalen Gesetzgeber haben damit die Straftatenvorsorge der Polizei als Aufgabe zugewiesen.

Angesichts dieser Entwicklung wird in der Lehre anstelle des klassischen Aufgabendualismus teilweise vom Bestehen einer Trias der polizeilichen Hauptaufgaben – Gefahrenvorsorge (Prävention), Gefahrenabwehr und Repression – ausgegangen.<sup>403</sup> Manche Autoren bezeichnen die Straftatenvorsorge auch als eine zweite Form der polizeilichen Prävention («Prävention II» zur Abgrenzung von der als «Prävention I» bezeichneten Gefahrenabwehr)<sup>404</sup> oder fassen sie als Teil einer erweiterten Gefahrenabwehr auf.<sup>405</sup> Andernorts wird gar eine noch feinere Unterteilung vorgenommen und von fünf Aufgaben gesprochen: Präservierung (bewahren), Prävention (Zuvorkommen), Präemption (unmittelbare Gefahrenabwehr) sowie verwaltungs- und strafrechtliche Repression.<sup>406</sup>

<sup>396</sup> Vgl. TIEFENTHAL, Art. 4 N 25 (Fn. 67).

<sup>397</sup> § 2 Abs. 1 Ziff. 4 PolG BS. Die Erwähnung der Verfolgung von Straftaten hat nur deklaratorischen Charakter, da die Regelung der Strafverfolgung Bundessache ist, vgl. Art. 123 Abs. 1 BV.

<sup>398</sup> § 3 Abs. 2 Bst. a PolG ZH.

<sup>399</sup> § 3 Abs. 1 Bst. b PolG BL.

<sup>400</sup> § 1 Abs. 2 PolG SO.

<sup>401</sup> Art. 1a LPol VD.

<sup>402</sup> § 4 PolG SH; vgl. TIEFENTHAL, Art. 4 N 25 ff.

<sup>403</sup> So z.B. REINHARD, 116 ff.; LOBSIGER, «Verbrechensbekämpfung» durch den Bund?, 170 ff.; vgl. auch MAGNIN, 75 f.

<sup>404</sup> DENNINGER, in: Lisken/Denninger – Handbuch des Polizeirechts, N D5.

<sup>405</sup> So etwa TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 54 N 38 f.; MUGGLI, 160.

<sup>406</sup> MOHLER, N 806; vgl. auch MOHLER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 58.

Das BGer zählt Massnahmen Straftatenverhütung zum Bereich der Prävention, ohne eine weitere funktionale Differenzierung vorzunehmen. Es geht damit von einer Zweiteilung der polizeilichen Aufgaben in Prävention und Repression und nicht von einer Dreiteilung (Straftatenvorbeugung – Abwehr von [konkreten] Gefahren – Strafverfolgung) aus. Im Folgenden wird, soweit von der Straftatenvorsorge die Rede ist, ebenfalls von Prävention gesprochen.

### 3.3.4. Zweck der Straftatenvorsorge

Ob die Gefahrenvorsorge als selbständige polizeiliche Aufgabe oder als Erweiterung der klassischen Präventionsaufgabe der Gefahrenabwehr aufgefasst wird, ist von untergeordneter Bedeutung. Es ist davon auszugehen, dass mit dem Aufkommen der Straftatenvorsorge im Bereich der Polizei i.e.S. im Vergleich zur Gefahrenabwehr eine Ausweitung polizeilicher Pflichten und entsprechender Handlungskompetenzen einhergeht.<sup>407</sup>

Wenig hilfreich ist es allerdings, wenn nur vage von einem «neuen Polizeirecht»<sup>408</sup> oder einer generellen Auflösung der Grenzen der klassischen polizeilichen Aufgabenfelder,<sup>409</sup> hin zu einem einheitlichen Recht der inneren Sicherheit, gesprochen wird.<sup>410</sup> Der Gesetzgeber muss hinreichend bestimmte Aufgabenzuweisungen und Ermächtigungen erlassen, will er der Polizei neue Kompetenzen zuweisen, die den Anforderungen der Rechtsstaatlichkeit, besonders Art. 36 BV, genügen.<sup>411</sup> Nur wenn der mit einer polizeilichen Massnahme verbundene Zweck ersichtlich ist, kann das Vorliegen eines öffentlichen Interesses und v.a. die Verhältnismässigkeit des Einsatzes entsprechender Mittel überprüft werden. Das BGer hat polizeirechtlichen Blankettnormen, die ohne erkennbare Zweckausrichtung neue Mittel der Überwachung installieren sollten, die Anerkennung verweigert.<sup>412</sup>

Gemäss den genannten Aufgabenzuweisungsnormen im kantonalen Polizeirecht bezweckt die Straftatenvorsorge, die Begehung von kriminellen Handlungen

<sup>407</sup> HEINE, in: FS Trechsel, 249 f. Dies ist in Deutschland aber nicht unumstritten. Während die «Erweiterungsthese» wie hier vertreten davon ausgeht, dass die neuen Aufgabenbestimmungen zumindest partiell über die Gefahrenabwehr hinausweisen, nehmen die Vertreter der Konkretisierungsthese an, die Gefahrenvorsorge stelle einen Teilbereich des traditionellen Sicherheitsauftrags der Polizei dar; vgl. GUSY, Polizei- und Ordnungsrecht, § 3 N 133.

<sup>408</sup> PITSCHAS, in: Kriminalprävention und «Neues Polizeirecht»: zum Strukturwandel des Verwaltungsrechts in der Risikogesellschaft, 13 ff.

<sup>409</sup> Vgl. JAAG/ZIMMERLIN, in: Festschrift für Andreas Donatsch, 410 ff.; LOBSIGER, «Verbrechensbekämpfung» durch den Bund?, 76 ff., 147 ff.

<sup>410</sup> OTTOW, 81 ff.

<sup>411</sup> Vgl. LOBSIGER, «Verbrechensbekämpfung» durch den Bund?, 173.

<sup>412</sup> BGE 136 I 87, E. 8.3 f.

gen zu erkennen, verhindern oder verhüten. Mit den Mitteln der Straftatenvorsorge sollen gewisse Kriminalitätsrisiken schon im Vorfeld der Entstehung einer konkreten Gefahr, aufgrund von objektiven Anzeichen und allgemeiner polizeilicher Erkenntnisse erkannt und verringert oder abgewandt werden.<sup>413</sup> Straftatenvorsorge soll in Bereichen zur Anwendung gelangen, in welchen allein mit Massnahmen der Gefahrenabwehr Kriminalitätsrisiken nicht hinreichend begegnet werden kann. Straftatenvorsorge ist mit anderen Worten Deliktvorbeugung aufgrund einer abstrakten Gefahr, dass Straftaten verübt werden könnten.<sup>414</sup>

Im deutschen Recht wird teilweise auch die sog. Vorsorge für die Verfolgung zukünftiger Straftaten zur Aufgabe Straftatenverhütung gerechnet.<sup>415</sup> Dabei sollen Informationen erhoben und gespeichert werden mit dem Ziel, die Durchführung später einzuleitender strafrechtlicher Ermittlungsverfahren zu erleichtern oder überhaupt zu ermöglichen. Die Informationen sollen erst dann verwendet werden dürfen, wenn der Verdacht einer Straftat entsteht und ein Strafverfahren eingeleitet werden soll. Anders als bei der Straftatenvorsorge wird nicht die Verhinderung künftiger Straftaten, sondern die Erleichterung der Verfolgung künftiger Straftaten bezweckt. Praktische Beispiele sind die Aufbewahrung erkennungsdienstlicher Unterlagen oder von DNA-Analysen von Personen, die als Störer in Erscheinung getreten sind.<sup>416</sup> In der Schweiz finden sich keine gesetzlichen Bestimmungen, die der Polizei die Aufgabe der Vorsorge für die Verfolgung zukünftiger Straftaten zuweisen.<sup>417</sup>

---

<sup>413</sup> Vgl. RACHOR, in: Litsken/Denninger – Handbuch des Polizeirechts, N E150 ff.; LOBSIGER, «Verbrechensbekämpfung» durch den Bund?, 167 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 54 N 38; REINHARD, 119; CAPUS, 258; DEL GIUDICE, ZStR 2010, 130; ALBERS, 123 ff.

<sup>414</sup> GUSY, Polizei- und Ordnungsrecht, § 3 N 132.

<sup>415</sup> RACHOR, in: Litsken/Denninger – Handbuch des Polizeirechts, N E151; FORKERT-HOSSER, 39 ff.; STUCKENBERG, in: Datenübermittlungen und Vorermittlungen, 28 ff.; GUSY, Polizei- und Ordnungsrecht, § 3 N 132 ff.

<sup>416</sup> GUSY, Polizei- und Ordnungsrecht, § 3 N 132.

<sup>417</sup> Allerdings sind Massnahmen der Vorsorge für die Verfolgung zukünftiger Straftaten auch im schweizerischen Strafprozessrecht vorgesehen: Gemäss Art. 261 Abs. 2 StPO dürfen die Ergebnisse erkennungsdienstlicher Massnahmen im Strafverfahren während maximal 10 Jahren aufbewahrt werden, wenn bestimmte Tatsachen darauf hinweisen, dass die Informationen zur Aufklärung nützlich sein könnten, vgl. Art. 261 Abs. 2 StPO sowie JAAG/ZIMMERLIN, in: FS Donatsch, 409; BSK StPO-WERLEN, Art. 261 N 3. Art. 257 StPO bestimmt, dass bei gewissen verurteilten Personen eine DNA-Probe entnommen und ein DNA-Profil erstellt werden kann. Aufgrund des DNA-Profil-Gesetzes können DNA-Profile zum Zweck einer effizienteren Strafverfolgung bis zu 30 Jahre lang gespeichert werden, vgl. Art. 259 StPO i.V.m. Art. 16 Abs. 3 DNA-PG. Die entsprechenden Regelungen sind zu Recht auf die Kritik der Lehre gestossen, da das Verbot der Beweisausforschung umgangen werde, vgl. etwa RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, 248 ff. Es handelt sich dabei aber nicht um Aufgaben der Polizei und daher nicht um einen Gegenstand dieser



### 3.3.5. Verdachtslose Ermittlungen als Massnahmen der Straftatenvorsorge

Die hier untersuchten polizeilichen Massnahmen der verdachtslosen Observation, verdeckten Fahndung und verdeckten Ermittlung können funktional dem Bereich der Straftatenvorsorge zugeordnet werden.

Die Zuordnung ergibt sich aus den gesetzlichen Bestimmungen, die die Polizei zur Vornahme von Vorermittlungen ermächtigen. Die bestehenden gesetzlichen Grundlagen von verdachtslosen Observationen, verdeckten Fahndungen und verdeckten Ermittlungen im Polizeirecht ermächtigen die Polizei, mittels dieser Massnahmen geplante, künftige Straftaten zu erkennen und ihre Verhinderung zu ermöglichen.<sup>418</sup> Vorermittlungen bezwecken demnach, Informationen zu erlangen, um Anzeichen für Straftaten im Vorfeld ihrer Begehung nachzugehen und geplante Straftaten zu erkennen und zu verhindern.<sup>419</sup> Die Bestimmungen nennen keine anderen Funktionen von Vorermittlungen als die Straftatenvorsorge und vereinzelt die Gefahrenabwehr.<sup>420</sup> Verdachtslose Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen können daher in den meisten Fällen der Straftatenvorsorge, ausnahmsweise der Gefahrenabwehr zugerechnet werden. Daher kann auch von präventiven polizeilichen Ermittlungen gesprochen werden.

Aufgrund des Verbots der Verdachtsausforschung nicht haltbar ist hingegen die Auffassung, gesetzliche Bestimmungen über verdachtslose Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen berechtigten über ihren Wortlaut hinaus die Polizei auch zu verdeckten Abklärungen hinsichtlich schon begangener Straftaten.<sup>421</sup>

---

Untersuchung: Zuständig ist die Verfahrensleitung (Art. 261 Abs. 2 StPO) bzw. das fedpol (Art. 259 StPO i.V.m. Art. 12 Abs. 1 DNA-PG und Art. 8 Abs. 1 DNA-PVO). – Auch § 2 Abs. 1 Ziff. 4 PolG BS, der in einer etwas missverständlichen Formulierung von «vorsorglichen Massnahmen für eine zweckmässige Strafverfolgung» spricht, weist notabene der Polizei nicht die Aufgabe der Vorsorge für die Verfolgung zukünftiger Straftaten zu. Die Bestimmung hat vielmehr einen organisationsrechtlichen Hintergrund: Da die Straftatenermittlung im Kanton BS organisatorisch allein der Staatsanwaltschaft angegliederten Kriminalpolizei obliegt, bestimmt diese Regelung den Rahmen, in welchem die Einheiten der Sicherheitspolizei befugt und verpflichtet sind, Massnahmen zur Unterstützung der Ermittlung von schon begangenen Straftaten zu treffen; vgl. Ratschlag RR PolG BS 1995, 19.

<sup>418</sup> Zu den Ermächtigungsgrundlagen von Vorermittlungen im Einzelnen vgl. TIEFENTHAL, Art. 24f N 10 ff.; Art. 24g N 34 ff. sowie unten III.3.1.5.

<sup>419</sup> RONC/VAN DER STROOM/MEYER, forumpoenale 2016, 305.

<sup>420</sup> Vgl. TIEFENTHAL, Art. 24f N 17; KÜHNE, recht 2016, 112. Art. 24f PolG SH nennt bspw. auch die Gefahrenabwehr als Ziel der präventiven Observation.

<sup>421</sup> So KÜHNE, recht 2016, 112 f.

Die Zuordnung ergibt sich auch durch die Abgrenzung von den Aufgaben der Straftatenermittlung und der Gefahrenabwehr. Die genannten Vorermittlungen werden ohne Bestehen eines Verdachts bezüglich einer begangenen Straftat ergriffen und stellen daher keine Ermittlungshandlungen gemäss der StPO dar. Zwar entsteht häufig im Verlaufe eines Vorermittlungseinsatzes ein Tatverdacht,<sup>422</sup> wenn etwa einem verdeckten Fahnder auf der Strasse ein Angebot zum Kauf von illegalen Betäubungsmitteln unterbreitet wird. Ab diesem Moment besteht ein Tatverdacht bezüglich eines (untauglichen Versuchs) zu einem Betäubungsmitteldelikt.<sup>423</sup> Bei Anordnung und zu Beginn des Einsatzes liegt hingegen kein Tatverdacht vor.<sup>424</sup>

Auch eine konkrete Gefahr besteht bei der Durchführung von Vorermittlungen zu Beginn der Massnahmen in den meisten Fällen nicht. Vielmehr zielen diese darauf, aufgrund einer abstrakten Gefahr (der erhöhten Wahrscheinlichkeit der Begehung von Straftaten) konkrete Gefahren (mögliche zukünftige Delikte) zu erkennen. Ein nächtlicher verdeckter Fahndungseinsatz in einem wegen Betäubungsmittelhandels bekannten Strassenzug begegnet beispielsweise nicht einer Gefahr im Einzelfall.<sup>425</sup> Der Einsatz basiert vielmehr auf allgemeinen polizeilichen Erfahrungen bezüglich Ort, Zeit und Begehungsweise von Betäubungsmittelgeschäften. Ähnlich präsentiert sich die Ausgangslage bei verdeckten Massnahmen in Internetchats:<sup>426</sup> Der polizeiliche Fahnder, der unter Verwendung eines Pseudonyms im Chat beobachtet und kommuniziert, versucht in der Regel nicht, eine bestimmte Straftat zu verhindern oder eine bestimmte Person von einem Delikt abzuhalten. Die Massnahme dient generell dem Aufspüren von Personen, die sich anschicken, Kinder und Jugendliche anzusprechen, um illegale sexuelle Handlungen mit ihnen zu vereinbaren oder ein pornografisches Delikt zu begehen.<sup>427</sup> Auch diese Massnahmen basieren auf einer allgemeinen polizeilichen Erkenntnis, nämlich dass pädophile Straftäter oftmals in solchen Chats strafbare Handlungen mit Kindern anbahnen.

---

<sup>422</sup> Vgl. RONC/VAN DER STROOM/MEYER, *forumpoenale* 2016, 305.

<sup>423</sup> Vgl. RONC/VAN DER STROOM/MEYER, *forumpoenale* 2016, 307.

<sup>424</sup> Zur Abgrenzung von präventiven und repressiven verdeckten Massnahmen vgl. unten II.3.4.

<sup>425</sup> Vgl. Verfügung (Rektifikat) des StrG BS vom 12. Februar 2015, ES.2014.653, E. 2.2.1.

<sup>426</sup> Vgl. BGE 134 IV 266; 143 IV 27 sowie RONC/VAN DER STROOM, *forumpoenale* 2017, 345 ff.

<sup>427</sup> Vgl. MUGGLI, 159 ff.; RONC/VAN DER STROOM, *forumpoenale* 2017, 345.

### 3.4. Funktionale Abgrenzung von präventiven und repressiven Massnahmen der Ermittlungen

Zur Untersuchung der Rechtmässigkeit von polizeilichen Vorermittlungen muss bestimmt werden, wann präventive Ermittlungen vorliegen und wann polizeiliches Handeln Ermittlungen zum Zweck der Strafverfolgung darstellt. Da bei der Beurteilung der Zulässigkeit polizeilicher Ermittlungen zum Zweck der Strafverfolgung die Bestimmungen der StPO, zur Prüfung der Rechtmässigkeit von präventiven Ermittlungen aber die Regeln des Polizeirechts heranzuziehen sind, kommt der Abgrenzung von präventiven und repressiven Ermittlungen bei der Beantwortung der Frage, ob verdachtslose Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen zulässig sind, grosse Bedeutung zu.<sup>428</sup>

#### 3.4.1. Notwendigkeit der Abgrenzung

Rechtsprechung<sup>429</sup> und Literatur<sup>430</sup> heben hervor, die Abgrenzung von sicherheits- und gerichtspolizeilichem Handeln falle im Einzelfall oft schwer; präventives und repressives polizeiliches Handeln könnten fliessend ineinander übergehen. Es wird von doppelfunktionalen Massnahmen gesprochen.<sup>431</sup> Ein

<sup>428</sup> Grundsätzliches zur Abgrenzung kriminal- und sicherheitspolizeilicher Aufgaben bei JAAG/ZIMMERLIN, in: FS Donatsch, 404 ff. Die Abgrenzung ist ebenso von Bedeutung hinsichtlich der Rechtsfolgen, die die Bestimmungen des Strafprozessrechts und des Polizeirechts anordnen. Unterschiedlich ist insbesondere die Rechtsstellung der von den polizeilichen Massnahmen betroffenen Personen. Dem Beschuldigten eines Strafverfahrens kommt ein qualifizierter Schutz vor übermässigen Eingriffen in seine rechtliche Position zu, die dem konventionsrechtlichen Grundsatz des *fair trial* (Art. 6 EMRK) entspringen. Auch den weiteren Verfahrensbeteiligten eines Strafverfahrens kommen besondere Rechte und Pflichten zu. Unterschiedlich ist schliesslich auch der Rechtsschutz der von polizeilichen Massnahmen betroffenen Personen; vgl. GFELLER/BIGLER, *forumpoenale* 2014, 105 ff.; KETTIGER, *jusletter* 2012, N 8 ff.; REINHARD, 132 ff. Nicht zu verwechseln ist die Frage nach der funktionalen Zuordnung mit derjenigen nach der Lösung von Zielkonflikten, wenn die Erfüllung der repressiven Aufgabe ein präventives Ziel gefährdet oder umgekehrt. Zur Lösung dieser Problematik wird zum einen ein genereller Vorrang der Prävention, soweit schwere Rechtsgutverletzungen abzuwehren seien, vertreten, so BSK StPO-RHYNER BEAT, Art. 306 N 6; zum anderen eine Abwägung anhand der gefährdeten Rechtsgüter, Verhältnismässigkeit und zeitlicher Dringlichkeit, so bei MOHLER, N 809 f.; ZALUNARDO-WALSER, 9 f.

<sup>429</sup> BGE 140 I 353, E. 5.2; 143 IV 27, E. 2.5.

<sup>430</sup> RONC/VAN DER STROOM/MEYER, *forumpoenale* 2016, 305; KÜHNE, *recht* 2016, 112; RONC/VAN DER STROOM, *forumpoenale* 2017, 345; HANSJAKOB, *forumpoenale* 2015, 33 f.; für die deutsche Lehre BÜLLESEFELD, 96.

<sup>431</sup> Zum Begriff der doppelfunktionalen Massnahme vgl. BGE 140 I 353, E. 5.2; 136 I 87, E. 4.3; DENNINGER, in: Liskan/Denninger – *Handbuch des Polizeirechts*, N D192 ff.; LOBSIGER, «Verbrechensbekämpfung» durch den Bund?, 121 f.; MOHLER, N 809; KARNUSIAN, *forumpoenale* 2016, 353 f. Ein Beispiel ausserhalb des Bereichs der Ermittlung

fließender Übergang soll insbesondere dann gegeben sein, wenn sich im Verlauf einer zu Beginn präventiv ausgerichteten Ermittlungsmassnahme ein Tatverdacht ergibt und die Fortsetzung der Massnahme der Strafverfolgung dient.<sup>432</sup>

Das BGER hat in einem neueren Entscheid erklärt, die Frage der Abgrenzung sicherheitspolizeilicher- und strafprozessrechtlicher Ermittlungsmassnahmen sei in derartigen Fällen nicht relevant, sofern eine entsprechende polizeirechtliche Grundlage bestehe und «für präventive und repressive Massnahmen in Bezug auf Anordnungsvoraussetzungen und Zuständigkeiten im Wesentlichen die gleichen Regeln gelten»<sup>433</sup>. Aufgrund der weitgehenden Parallelisierung der Rechtsnormen<sup>434</sup> geht das BGER von einer «multiplen Gestattungswirkung»<sup>435</sup> aus. Eine nähere Abgrenzung sei demnach nicht nötig.

Diese Ausführungen können nicht überzeugen. Entgegen der Ansicht des BGER führt auch eine weitgehende Annäherung der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen von präventiven und repressiven Ermittlungsmassnahmen nicht dazu, dass von einem rechtmässigen Vorgehen zum Zweck der Strafverfolgung gleichsam unbesehen auf die Zulässigkeit der vorangehenden Vorermittlungen geschlossen werden könnte oder umgekehrt von der Rechtmässigkeit präventiven Ermitteln auf die Zulässigkeit einer repressiven Massnahme. Die Voraussetzungen hinsichtlich Anordnung und Durchführung polizeirechtlicher und strafprozessualer Ermittlungsmassnahmen sind nicht identisch.<sup>436</sup> Auch wenn etwa die fraglichen gesetzlichen Grundlagen des Polizei- und des Strafprozessrechts beide nach einer Prüfung der Verhältnismässigkeit der Massnahmen ver-

---

ist die Beschlagnahme von Betäubungsmitteln, die zum einen in präventiver Hinsicht der weiteren Deliktsbegehung vorbeugen, zum anderen als Sachbeweis im Strafverfahren einem repressiven Zweck dienen soll. Stellen sich aufgrund eines Sachverhalts zugleich Aufgaben der Prävention und der Repression, nennt die Praxis dies eine Gemengelage; vgl. BERGER, *forum* 2016, 343 ff.

<sup>432</sup> Vgl. etwa BGE 143 IV 27, E. 3.1; Verfügung (Rektifikat) des StrGer BS vom 12. Februar 2015, ES.2014.653, E. 2.2. – Im Bereich der organisierten Kriminalität dienen präventiv-polizeiliche Massnahmen oft der Informationsbeschaffung über Organisationsstrukturen krimineller Personenverbände; Zur polizeilichen Praxis der Verfolgung der organisierten Kriminalität KINZIG, *bes.* 440 ff; JAHNES, 41 ff. In diesen Fällen ist die Abgrenzung von abstrakter und konkreter Gefahr schwierig; oft sind beispielsweise einzelne Mitglieder einer kriminellen Struktur und deren frühere Taten bekannt, doch die Annahme, es bestehe ein weiterreichender Verbund von Personen, die Straftaten planen, beruht weitgehend auf kriminalistischer Erfahrung und nicht auf konkreten Anhaltspunkten.

<sup>433</sup> BGE 143 IV 27, E. 3.2.

<sup>434</sup> In diesem Falle der Bestimmungen zur verdeckten Fahndung in Art. 298a ff. StPO bzw. zur Kontaktnahme in § 32d PolG ZH; BGE 143 IV 27, E. 3.2.

<sup>435</sup> RONC/VAN DER STROOM, *forum* 2017, 345.

<sup>436</sup> RONC/VAN DER STROOM, *forum* 2017, 345.

langen, sind doch die Prüfungsparameter hinsichtlich der Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit des Grundrechtseingriffs unterschiedlich, weil der Zweck von Vorermittlungen ein anderer ist als derjenige von Massnahmen der Strafverfolgung.<sup>437</sup> Im Übrigen zeigt die Analyse der gesetzlichen Grundlagen von verdachtslosen Observationen, verdeckten Fahndungen und verdeckten Ermittlungen, dass diese nur in relativ wenigen Fällen eng an die strafprozessrechtlichen Parallelbestimmungen angelehnt sind und vielen Fällen mehr oder weniger stark von jenen abweichen.<sup>438</sup> Die Annahme einer «multiplen Gestattungswirkung» bei Vorliegen von «analogen» gesetzlichen Grundlagen von präventiven und repressiven Observationen, verdeckten Fahndungen und verdeckten Ermittlungen ist daher abzulehnen.

### 3.4.2. Methoden der Abgrenzung

Eine trennscharfe Abgrenzung von präventivem und repressivem Handeln polizeilicher Fahnder und Ermittler ist mithin unumgänglich, soll die Zulässigkeit der entsprechenden Massnahmen beurteilt werden. Wesentlich ist dabei nicht, ob sicherheits- und gerichtspolizeiliches Handeln in der Einsatzsituation zu trennen sind, sondern die Frage, anhand welcher Kriterien bei doppeifunktionalem Polizeihandeln zu entscheiden ist, ob bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit der Massnahme die polizei- oder die strafprozessrechtlichen Regeln zur Anwendung gelangen.<sup>439</sup>

Fraglich ist, anhand welcher Kriterien die Abgrenzung präventiver und repressiver verdeckter Massnahmen vorzunehmen ist. Von einem Teil der Lehre wird ein Abstellen auf den funktionalen Schwerpunkt einer polizeilichen Massnahme vertreten. Zur Anwendung kommen soll diejenige Ermächtigungsbestimmung, die dem Zweck der Massnahme nach insgesamt im Vordergrund steht.<sup>440</sup> Im Ergebnis dieselbe Position vertreten die Stimmen, die von der Notwendigkeit einer Abwägung zwischen polizeilichen und strafprozessualen Interessen ausgehen.<sup>441</sup>

Diese Schwerpunkttheorie verkennt aber die Schlüsselfunktion des Tatverdachts. Diese besteht gerade darin, den Zeitpunkt des Beginns eines Strafverfahrens mit allen rechtlichen Konsequenzen wie der Strafverfolgungspflicht und dem Entstehen der Schutz- und Verteidigungsrechte des Beschuldigten an einen

<sup>437</sup> RONC/VAN DER STROOM/MEYER, *forum*poenale 2016, 306.

<sup>438</sup> Vgl. unten III.3.1.6.

<sup>439</sup> KARNUSIAN, *forum*poenale 2016, 354.

<sup>440</sup> ZK StPO-KELLER, Art. 15 N 4; BSK StPO-ALBERTINI/ARMBRUSTER, Art. 215 N 1; ZUBER, *Freiheitsentzug*, 331; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 919; VON ARX/FABBRI, *BJM* 2002, 4; in diesem Sinne wohl auch PITTELOU, Art. 15 N 36.

<sup>441</sup> BERGER, *forum*poenale 2016, 345 ff.

festen Zeitpunkt zu binden. Ein Abwägen der rechtlichen Qualifikation einer polizeilichen Massnahme nach dem Schwerpunkt ihres Zwecks ist daher ab Vorliegen eines Tatverdachts nicht mehr möglich.<sup>442</sup> Das BGer hat wiederholt festgehalten, das entscheidende Abgrenzungskriterium zwischen präventiven und repressiven Ermittlungsmassnahmen sei der strafprozessuale Anfangsverdacht.<sup>443</sup> Dies schliesst selbstverständlich nicht aus, dass die Polizei in einer bestimmten Lage auch nach Vorliegen eines Tatverdachts Massnahmen der Gefahrenabwehr trifft. Selbst wenn zu diesem Zeitpunkt noch gewichtige sicherheitspolizeiliche Aufgaben zu erfüllen sind, unterliegen Rechte und Pflichten der Polizei wie auch Betroffener dann aber der StPO.<sup>444</sup> Entsteht ein Tatverdacht im Verlaufe eines sicherheitspolizeilichen Einsatzes, so ist zu Beginn Polizeirecht, ab der Entstehung des Tatverdachts aber Strafprozessrecht anwendbar.<sup>445</sup>

Aufgrund der teilweise unterschiedlichen Eingriffsvoraussetzungen und Prüfungsparameter ist es möglich, dass ein polizeilicher Eingriff zum Zweck der Straftatenvorsorge zulässig ist, sich aber ab Auftreten eines Tatverdachts im Rahmen eines Strafverfahrens als rechtswidrig erweist.<sup>446</sup> Die Problematik der Zweckambivalenz polizeilicher Einsätze und die damit verbundenen Abgrenzungsprobleme können durch auf das Strafprozessrecht abgestimmte Regelungen von Observation, verdeckter Fahndung und verdeckter Ermittlung im Polizeirecht gemildert, aber nicht aufgehoben werden.<sup>447</sup>

Die tatverdachtslose Suche nach Tatgeneigten ist – bewusst provokativ – als eine Suche nach gefährlichen Personen bezeichnet worden, zu deren Aufspüren man einen Köder auswirft, um anschliessend, wenn die Zielperson zubeisst, ein Strafverfahren durchzuführen.<sup>448</sup> Aus der Tatsache, dass im Verlauf von Vorermittlungen häufig ein Tatverdacht entsteht, ein Ermittlungsverfahren beginnt und die Ergebnisse von Vorermittlungen in späteren Strafverfahren u.U. als Beweise herangezogen werden, ergibt sich aber keine andere Zweckorientierung der Vorermittlungsmassnahme. Tatsächlich münden Massnahmen der Vorermittlung oft in ein Strafverfahren. Doch wenn im Sinne des gesetzlichen Auftrags

---

<sup>442</sup> KETTIGER, jusletter 2012, N 10.

<sup>443</sup> Urteil des BGer 6B\_1143/2015, E. 1.3.1; BGE 143 IV 27, E. 2.5; in diesem Sinne auch BGE 140 I 381, E. 3.3.

<sup>444</sup> RONC/VAN DER STROOM/MEYER, forumpoenale 2016, 306; KETTIGER, jusletter 2012, N 10 f.; GFELLER/BIGLER, forumpoenale 2014, 106 ff.; OBERHOLZER, N 81; ZALUNARDO-WALSER, 9 f.; MUGGLI, 175 ff.

<sup>445</sup> RONC/VAN DER STROOM/MEYER, forumpoenale 2016, 305 ff.

<sup>446</sup> TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 19.

<sup>447</sup> TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 22.

<sup>448</sup> Vgl. MEYER, ZStrR 2016, 452 f.

zur Straftatenvorsorge geplante Delikte erkannt werden sollen, muss eine gewisse Konkretisierung der Taten abgewartet werden, was oftmals bedeutet, dass das Stadium des Versuchs erreicht wird. Dies gilt besonders für Massnahmen, in welchen verdeckte Fahnder oder verdeckte Ermittler über ihre Bereitschaft zum Abschluss von illegalen Geschäften täuschen. Bei anderen Formen von Vorermittlungen wie Strukturermittlungen und Milieubeobachtung<sup>449</sup> dürfte die Polizei seltener derart unmittelbar zu einem Tatverdacht gelangen. Präventives Handeln der Polizei zur Straftatenvorsorge findet notwendigerweise «in der Nähe» von strafbarem Verhalten statt. Auch bei Massnahmen der Gefahrenabwehr entsteht im Verlaufe eines polizeilichen Einsatzes regelmässig ein Verdacht hinsichtlich einer begangenen Straftat; dies ändert nichts an ihrem präventiven Charakter. Wesentlich für die rechtliche Beurteilung solcher Einsätze ist es, dass eine klare Abgrenzung von präventivem und repressivem Handeln anhand der Schwelle des Tatverdachts vorgenommen wird, damit im Einzelnen überprüft werden kann, ob die Massnahme die jeweiligen Anforderungen der anwendbaren Ermächtigungsgrundlage erfüllt und verhältnismässig ist.<sup>450</sup>

### 3.4.3. Ergebnis

Als Ergebnis kann Folgendes festgehalten werden: Bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit von Vorermittlungen muss eine funktionale Abgrenzung erfolgen. Auch bei sehr eng an die Bestimmungen der StPO angelehnten gesetzlichen Grundlagen von präventiven Observationen, verdeckten Fahndungen und verdeckten Ermittlungen kann nicht unbesehen des Zwecks der Massnahme von einer «multiplen Gestattungswirkung» ausgegangen werden. Bei der funktionalen Abgrenzung muss allein darauf abgestellt werden, ob ein Tatverdacht bezüglich einer zurückliegenden Tat oder eine Gefahr hinsichtlich eines künftigen Delikts besteht. Eine Abwägung i.S. der Schwerpunkttheorie findet nicht statt. Dient eine Massnahme anfangs der Verhinderung, später der Verfolgung von Straftaten, so sind zuerst die Bestimmungen des Polizeirechts, ab Bestehen eines Tatverdachts aber die Regelungen des Strafprozessrechts zur Beurteilung der Rechtmässigkeit der Massnahme heranzuziehen.

---

<sup>449</sup> Vgl. HANSJAKOB, ZStrR 2004, 104; ALBERTINI, in: Polizeiliche Ermittlung, 544.

<sup>450</sup> vgl. RONC/VAN DER STROOM/MEYER, forumpoenale 2016, 305 ff.; RONC/VAN DER STROOM, forumpoenale 2017, 345 ff.; GFELLER/BIGLER, forumpoenale 2014, 106 ff.

#### 4. Fazit: Begriff und Funktion von Vorermittlungen

Vorermittlungen sind polizeiliche Massnahmen zur Informationsbeschaffung, die im Zuge der Ausweitung der präventiven Aufgaben der Polizei in jüngerer Zeit aufgekommen und gesetzlich reguliert worden sind. Polizeiliche Vorermittlungen sind Ausdruck der wachsenden Anstrengungen, den die Polizeibehörden im Bereich der Kriminalprävention betreiben. Bei der sog. Straftatenvorsorge, zu welcher Vorermittlungen i.d.R. zu rechnen sind, werden polizeiliche Massnahmen ohne Vorliegen einer konkreten Gefahr ergriffen. Vorermittlungen sollen proaktiv abstrakten Gefährdungen durch Kriminalitätsphänomene begegnen.

Aus den gesetzlichen Grundlagen des Polizeirechts, der Rechtsprechung und der Lehre ergibt sich, dass verdachtslose Observations, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen polizeiliche Massnahmen mit Eingriffscharakter sind, welche der Informationsbeschaffung über mögliche zukünftige Straftaten dienen, die es zu verhindern gilt. Die Gefahr der Begehung entsprechender Straftaten muss aufgrund objektiver polizeilicher Erkenntnisse wahrscheinlich sein (abstrakte Gefahr). Vorermittlungsmassnahmen dienen der Beschaffung von Informationen über mögliche zukünftige Straftaten. Ziel von Vorermittlungen ist es, zu eruieren, ob Delikte zu verhindern sind.<sup>451</sup>

Es ist auch denkbar, dass Vorermittlungen zur näheren Abklärung einer schon bekannten Gefahr im Einzelfall dienen, etwa wenn die Polizei Hinweise erhält, dass es bei einer Grossveranstaltung zu strafbaren Handlungen durch bestimmte Personen kommen könnte, und sie anschliessend diese Personen observiert oder eine verdeckte Fahndung durchführt. In diesen Fällen sind verdachtslose Ermittlungen als Mittel der Gefahrenabwehr zu betrachten.

Gemäss der Lehre dienen Vorermittlungsmassnahmen entweder der Begründung oder Abklärung eines Verdachts bezüglich einer schon begangenen Straftat oder der Vorbeugung von künftigen Straftaten. Wie oben gezeigt wurde, ist der Zweck der Verdachtssuche oder -begründung mit dem vom BGE vertretenen Verbot der *fishing expedition* nicht vereinbar.<sup>452</sup> Es ist nicht Aufgabe der Polizei, einen nicht vorbestehenden Tatverdacht mittels Ermittlungsmassnahmen zu suchen oder zu gewinnen. An solchen Massnahmen der Verdachtsausforschung besteht kein öffentliches Interesse. Ebenso ist es nach der schweizerischen Rechtslage nicht Aufgabe der Polizei, mittels verdachtsloser Ermittlungsmassnahmen Informationen zu sammeln, welche in zukünftigen Strafverfahren als Beweise herangezogen werden können.

Vorermittlungen können nur zulässig sein, wenn sie der Abwendung einer abstrakten (oder konkreten) Gefahr dienen. An der Vornahme von Über-

---

<sup>451</sup> Vgl. RONC/VAN DER STROOM/MEYER, *forum* 2016, 305.

<sup>452</sup> BGE 137 I 218, E. 2.3.2; BGE 141 IV 87, E. 1.4.1 ff.; vgl. oben II.3.1.6.5.



wachungsmassnahmen ohne Bestehen einer besonderen Gefahrenlage besteht kein öffentliches Interesse. Die Beispiele von Vorermittlungen aus der Praxis zeigen, dass diese an realen oder virtuellen Orten stattfinden, wo gemäss polizeilichen Erfahrungen eine erhöhte Gefahr der Begehung bestimmter Straftaten besteht.<sup>453</sup> Ob das Interesse an solchen Massnahmen aber auch das Interesse der Betroffenen am Schutz ihrer Grundrechte überwiegt, ist im Rahmen der Prüfung der Verhältnismässigkeit zu untersuchen.<sup>454</sup>

Damit kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass verdachtslose Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen i.d.R. der Gefahrerkennung im Rahmen der Straftatenvorsorge und in seltenen Fällen der Informationsbeschaffung hinsichtlich der Gefahrenabwehr dienen.<sup>455</sup> Da die Straftatenvorsorge in zahlreichen Kantonen im Polizeirecht als polizeiliche Aufgaben vorgesehen ist, entsprechen Vorermittlungen in diesen Kantonen einer Funktion der Polizei.

---

<sup>453</sup> MUGGLI, 321 ff.; SCHÖN, 81 ff.

<sup>454</sup> Vgl. unten III.3.3.

<sup>455</sup> Ebenso RONC/VAN DER STROOM/MEYER, *forum* 2016, 303.



### **III. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Vorermittlungen**

Die Feststellung, dass verdachtslose Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen einer Aufgabe der Polizei entsprechen,<sup>456</sup> muss von der Frage unterschieden werden, ob und wenn ja unter welchen Umständen diese Massnahmen rechtmässiges polizeiliches Handeln darstellen. Das folgende Kapitel widmet sich der Untersuchung, ob verdachtslose Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen den Anforderungen von Art. 36 BV genügen.

---

<sup>456</sup> Vgl. oben II.3.

## 1. Einführung und Methodik

Der folgende Abschnitt widmet sich den rechtlichen Grundlagen sowie dem Programm zur Prüfung der Rechtmässigkeit von Einschränkungen der Grundrechte nach Art. 36 BV. Zudem werden die drei untersuchten Massnahmen der Vorermittlung näher beleuchtet und voneinander abgegrenzt. Weiter sind die Schutzbereiche der durch die genannten Vorermittlungen tangierten Grundrechte darzustellen. Darauf folgt eine kurze Einführung in die Dogmatik des Grundrechtseingriffs und in das Prüfprogramm der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen.

### 1.1. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns in der BV

Die Bundesverfassung regelt in zwei Bestimmungen die grundsätzlichen Anforderungen an die Zulässigkeit staatlichen Handelns: Art. 5 BV nennt als Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit<sup>457</sup> Gesetzmässigkeit (Abs. 1), öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit (Abs. 2), Handeln nach Treu und Glauben (Abs. 3) sowie die Achtung des Völkerrechts (Abs. 4).<sup>458</sup> Diese Elemente sind Voraussetzungen allen staatlichen Handelns.<sup>459</sup>

Art. 5 BV begründet aber keine verfassungsmässigen (Individual-)Rechte, was sich schon aus der systematischen Einordnung im 1. Titel ergibt.<sup>460</sup> Adressaten der Norm sind alle staatlichen Organe.<sup>461</sup>

Dagegen bestimmt Art. 36 BV als *lex specialis* zu Art. 5 BV<sup>462</sup> die Anforderungen an Handlungen des Gemeinwesens, welche in die Grundrechte Einzelner eingreifen.<sup>463</sup> Wie alle Handlungen des Gemeinwesens, seien es normative Akte oder faktisches Handeln, müssen auch verdachtslose Observationen, verdeckte Fahn-

---

<sup>457</sup> Die Bestimmung nennt nicht sämtliche Elemente der Rechtsstaatlichkeit; es fehlt insbesondere der Grundsatz der Gewaltentrennung, vgl. etwa TSCHANNEN, § 6 N 25 ff.

<sup>458</sup> Zur Bedeutung von Art. 5 BV im Polizeirecht MOHLER, N 627 ff.

<sup>459</sup> SCHWEIZER, in: *Mélanges Pierre Moor*, 517.

<sup>460</sup> SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 N 16; BIAGGINI, Art. 5 N 4. Im Rechtsmittelverfahren mit umfassender Kognition in Rechtsfragen (d.h. vor kantonalen Verwaltungsgerichten sowie vor Bundesverwaltungsgericht) können Verletzungen von Art. 5 BV wie jegliche Rechtsverletzung geltend gemacht werden. Das Bundesgericht prüft hingegen die Verletzung der Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit nur unter gewissen Voraussetzungen. Die Regelungen können lediglich im Zusammenhang mit einem spezifischen Grundrecht oder dem Grundsatz der Gewaltenteilung angerufen werden; vgl. BGE 130 I 388, E. 4; BGE 134 I 153, E. 4.2; 135 V 172, E. 7.3.2.

<sup>461</sup> SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 N 17.

<sup>462</sup> SCHEFER, in: *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, § 208 N 5; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 8.

<sup>463</sup> Vgl. MOHLER, N 286 ff.

dungen und verdeckte Ermittlungen an diesen Grundsätzen gemessen werden, wenn beurteilt werden soll, ob diese zulässig, d.h. verfassungsmässig sind.<sup>464</sup> Art. 35 Abs. 2 BV bestimmt, dass jede und jeder, der staatliche Aufgaben wahrnimmt, an die Grundrechte gebunden ist.<sup>465</sup> Auch jede Person, die polizeiliche Aufgaben wahrnimmt,<sup>466</sup> muss daher die Grundrechte einhalten und schützen.<sup>467</sup>

Bei den Grundrechten handelt es sich um verfassungsmässige Rechte des Individuums.<sup>468</sup> Trägerinnen und Träger der Grundrechte sind (einzelne) natürliche und juristische Personen. Diese können Verletzungen, d.h. Grundrechtsingriffe, die Art. 36 BV nicht genügen, vor sämtlichen Justizbehörden grundsätzlich uneingeschränkt geltend machen.<sup>469</sup>

Gegenstand dieser Untersuchung ist die Zulässigkeit von polizeilichem Handeln im Rahmen von Vorermittlungen, soweit dieses in die Grundrechte betroffener Personen eingreift, was – wie zu zeigen sein wird – regelmässig der Fall ist.<sup>470</sup> Entsprechend dient das in Art. 36 BV angelegte Prüfprogramm im Folgenden als Referenzsystem.

## 1.2. Internationale Menschenrechtsgarantien

Neben den verfassungsmässigen Grundrechten stellen verschiedene internationale Menschenrechtsgarantien, vorab die EMRK und der UNO-Pakt II, unmittelbar verbindliche Anweisungen für das Handeln der öffentlichen Organe, so auch der Polizei, dar.<sup>471</sup> EMRK und UNO-Pakt II sind für die Schweiz direkt anwendbar und vermitteln folglich die gleiche Schutzwirkung wie die Grundrechte der Bundesverfassung.<sup>472</sup>

<sup>464</sup> SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 2.

<sup>465</sup> Vgl. KIENER/KÄLIN, 45.

<sup>466</sup> Das sind in erster Linie die Polizeikorps der Kantone. Diese übertragen seit einiger Zeit gewisse polizeiliche Aufgaben an Private, die dann aber aufgrund von Art. 35 Abs. 2 BV wie das Gemeinwesen an die Grundrechte gebunden sind. Die Polizeigesetze schliessen aber die Übertragung hoheitlicher Befugnisse an Private aus, weshalb sie keinerlei Eingriffshandlungen vornehmen dürfen und mithin für die Vornahme von Vorermittlungen nicht in Frage kommen. Vgl. zur Wahrnehmung von Sicherheitspolizeilichen Aufgaben durch Private sowie zum Gewaltmonopol MOHLER, N 1282 ff.

<sup>467</sup> EGLI, Sicherheit & Recht 2012, 193 f.

<sup>468</sup> Anstelle vieler KIENER/KÄLIN, 26 f.

<sup>469</sup> KIENER/KÄLIN, 58 ff.

<sup>470</sup> Zur Bedeutung der Grundrechte im Polizeirecht i.A. MAGNIN, 232 ff.; MOHLER, N 274 ff.; zur Abgrenzung intervenierender und nicht intervenierender Realakte MOHLER, N 859 ff.

<sup>471</sup> THÜRER, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 203 N 37 ff.; MOHLER, N 282 f.

<sup>472</sup> KIENER/KÄLIN, 19.

Die internationalen Gewährleistungen stellen Minimalgarantien dar und können nicht beanspruchen, den entsprechenden Grundrechtsgehalt des nationalen Verfassungsrechts wiederzugeben.<sup>473</sup> Punktuell vermitteln einzelne Garantien des Staatsvertragsrechts zwar einen weiter gehenden Schutz als die entsprechenden Rechte der Bundesverfassung.<sup>474</sup> Hinsichtlich der Schutzbereiche der vorliegend tangierten Grundrechte ist dies aber nicht der Fall,<sup>475</sup> weshalb in dieser Untersuchung grundsätzlich auf den Grundrechtskatalog der BV Bezug genommen wird.

Von grösster Bedeutung für die Rechtsentwicklung im Bereich der Grundrechte ist die Rechtsprechung des EGMR, zu deren Umsetzung die Konventionsstaaten verpflichtet sind.<sup>476</sup> Das BGER berücksichtigt die Praxis der Strassburger Organe auch dort, wo die EMRK keinen weitergehenden Schutz als die BV gewährt.<sup>477</sup>

#### 1.3. Vorgehen bei der Analyse

Im folgenden Hauptteil der Untersuchung werden die drei in der Schweiz wesentlichsten Massnahmen der Vorermittlung auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundrechten Betroffener überprüft: Erstens die Observation, bei der im engeren Sinne heimlich, d.h. im Verborgenen, ermittelt wird; zweitens die verdeckte Fahndung, die als gesetzlich definierte Massnahme erst in den letzten Jahren aufgetaucht, in der Praxis aber schon seit längerem von grosser Bedeutung ist, drittens die verdeckte Ermittlung als eine verdeckte Ermittlungsmassnahme mit besonders hoher Eingriffsintensität.

Gegenstand der folgenden Analyse sind nicht einzelne, konkrete Eingriffsmassnahmen, sondern der abstrakte rechtliche Rahmen, innerhalb welchem die Vornahme der genannten polizeilichen Massnahmen grundsätzlich als zulässig zu erachten ist. Überprüft wird, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise die genannten polizeilichen Massnahmen ohne Vorliegen eines Tatverdachts durch die Polizei ergriffen werden dürfen.

Als Massstab hinsichtlich Inhalt und Umfang der Observation, der verdeckten Fahndung und der verdeckten Ermittlung werden die gesetzlichen Regelungen der analogen Massnahmen im Strafprozessrecht herangezogen (Art. 282 f.,

---

<sup>473</sup> THÜRER, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 203 N 45.

<sup>474</sup> KIENER/KÄLIN, 19 f.

<sup>475</sup> Vgl. unten III.1.5.

<sup>476</sup> KIENER/KÄLIN, 81; THÜRER, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 203 N 52.

<sup>477</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 241.

Art. 285a ff. bzw. Art. 298a ff. StPO).<sup>478</sup> Da diese Untersuchung Massnahmen der Vorermittlung gilt, wie sie oben<sup>479</sup> definiert wurden, wird hingegen bezüglich des Zwecks der Massnahme nicht auf die StPO abgestellt, sondern untersucht, ob die genannten Massnahmen zum Zweck der Straftatenvorsorge zulässig sind. Selbstredend wird zudem die Voraussetzung des Tatverdachts ausser Acht gelassen, ist das polizeiliche Handeln ohne Tatverdacht doch gerade Charakteristikum von Vorermittlungen.

Anschliessend an die überblicksartige Darstellung der Vorermittlungsmassnahmen folgen Übersichten über die sachlichen Schutzbereiche<sup>480</sup> der durch diese Massnahmen tangierten Grundrechte. Danach wird kurz geprüft, ob und in welcher Weise die genannten Vorermittlungsmassnahmen Eingriffe in diese Grundrechte darstellen.

Der Aufbau der Analyse der Verfassungskonformität der untersuchten Vorermittlungsmassnahmen folgt dem von der Lehre entwickelten Vorgehen der Prüfung der Rechtmässigkeit freiheitsbeschränkender Vorgänge:<sup>481</sup> In einem ersten Schritt wird untersucht, ob die jeweilige Vorermittlungsmassnahme in den von einem Grundrecht geschützten Bereich eingreift. Anschliessend wird analysiert, ob und wenn ja welche in Grundrechte eingreifende Vorermittlungsmassnahmen rechtmässig sein können.<sup>482</sup>

Bei der Prüfung der Zulässigkeit der genannten Vorermittlungsmassnahmen folgt die Untersuchung dem durch Art. 36 Abs. 1–3 BV vorgegebenen Programm der Rechtfertigung von Eingriffen in Grundrechte: Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage von hinreichender Normdichte und -stufe, Bestehen eines öffentlichen Interesses sowie Vorliegen der Verhältnismässigkeit der Massnahme. Mit der h.L. wird dabei auf die gesonderte Prüfung einer Verletzung des Kerngehalts eines Grundrechts verzichtet, da Kerngehaltsverletzungen in der Schweiz von äusserst geringer praktischer Relevanz sind.<sup>483</sup> Für die Prüfung des Vorliegens eines öffentlichen Interesses kann weitgehend auf die Einord-

<sup>478</sup> Die Anordnungsvoraussetzungen dieser Massnahmen decken sich allerdings in diversen Punkten nicht mit den entsprechenden Bestimmungen der StPO, worauf weiter unten (III.3.1.5.3.2) eingegangen wird; vgl. BGE 143 IV 27, E.3.2 sowie RONC/VAN DER STROOM, *forum*poenale 2017, 344 ff.; GFELLER/BIGLER, *forum*poenale 2014, 105 ff.

<sup>479</sup> Vgl. oben II.2.

<sup>480</sup> Da sich die zu behandelnden Massnahmen nur gegen natürliche Personen richten, die Träger sämtlicher Grundrechte sind, wird auf eine Diskussion der persönlichen Schutzbereiche verzichtet.

<sup>481</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 304 ff.; KIENER/KÄLIN, 88 ff.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 1182 ff.

<sup>482</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 304. Vgl. unten III.2.

<sup>483</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 306.

nung der Vorermittlung in die polizeilichen Aufgaben<sup>484</sup> verwiesen werden, da sich beide Fragestellungen weitgehend überschneiden.

Die Verfassungsmässigkeit der in Frage kommenden gesetzlichen Grundlagen von verdachtslosen Observationen, verdeckten Fahndungen und verdeckten Ermittlungen wird unabhängig von einem konkreten Anwendungsfall überprüft und gleicht daher einer abstrakten Normenkontrolle:<sup>485</sup> Die Analyse widmet sich in der Hauptsache der Frage, ob die bestehenden gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen für Vorermittlungen den Anforderungen des Legalitätsgrundsatzes und des Verhältnismässigkeitsprinzips genügen.

Zugleich sollen aber auch der Handlungsrahmen der Polizei bei Vorermittlungen im Einzelfall diskutiert werden. Dieser Rahmen bestimmt sich, soweit eine hinreichende gesetzliche Grundlage gegeben ist, im Wesentlichen aufgrund der Prüfung der Verhältnismässigkeit einer polizeilichen Massnahme. Daher werden im Abschnitt zur Verhältnismässigkeit von Vorermittlungen (III.3.3) zum einen die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage von Vorermittlungen, die sich aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit ergeben, behandelt. Zum anderen wird untersucht, anhand welcher Kriterien im Einzelfall die Verhältnismässigkeit von Vorermittlungsmassnahmen überprüft werden kann.

#### **1.4. Die untersuchten Vorermittlungsmassnahmen**

Vorermittlungen sind verdachtsunabhängige polizeiliche Massnahmen zur Informationsbeschaffung zum Zweck der Straftatenprävention.<sup>486</sup> In der Praxis sind vor allem Observation, verdeckte Fahndung und verdeckte Ermittlung bedeutende Mittel der Vorermittlung.<sup>487</sup> Der folgende Abschnitt umreisst Charakter und Abgrenzung dieser drei Massnahmen.

##### **1.4.1. Verdeckte Polizeieinsätze im Allgemeinen**

Grundsätzlich hat die Polizei ihre Aufgaben offen, d.h. in einer für den Bürger erkennbaren Weise, zu erfüllen. Staatliches Handeln muss durch Publizität vorausehbar und berechenbar gemacht werden. Nur so können die von staatlichen Massnahmen Betroffenen den ihnen vom Gesetz garantierten Rechtsschutz auch

---

<sup>484</sup> Vgl. oben II.3.

<sup>485</sup> RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 707; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1929b.

<sup>486</sup> Vgl. oben II.

<sup>487</sup> Vgl. HANSJAKOB, *forum* 2015, 34 ff. Daneben kann u.U. auch die polizeiliche Videoüberwachung zu den Vorermittlungsmassnahmen gezählt werden, soll diese doch – zumindest unter anderem – ebenfalls der Straftatenprävention dienen; vgl. MÜLLER, 233 ff.



tatsächlich ausüben.<sup>488</sup> Heimliche Aktivitäten des Staates zerstören das ihm entgegengebrachte Vertrauen.<sup>489</sup> Offensichtlichster Ausdruck dieses Publizitätsgrundsatzes im Polizeirecht ist die Uniformierung der Polizeibeamten. Der Grundsatz der Uniformierung ist in den meisten Kantonen ausdrücklich im Gesetz festgehalten.<sup>490</sup>

Dennoch gehören verdeckte polizeiliche Massnahmen heute zum polizeilichen Alltag.<sup>491</sup> Aufgrund des Grundsatzes der Öffentlichkeit des Staates bedürfen diese Ausnahmen aber einer besonderen Rechtfertigung.<sup>492</sup> Tragen Polizeibeamte bei Einsätzen im öffentlichen Raum keine Uniform, um nicht als Polizisten erkannt zu werden, wird oft von Einsätzen in Zivil gesprochen.<sup>493</sup> Polizisten agieren unerkannt als verdeckte Fahnder oder verdeckte Ermittler oder observieren einen Ort oder eine bestimmte Person.<sup>494</sup> Daneben werden in der Praxis auch Privatpersonen für heimliche Massnahmen der Polizei als sog. Informanten oder Vertrauenspersonen eingesetzt.<sup>495</sup>

<sup>488</sup> TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 123; WESSLAU, 205 ff.; für das schweizerische Strafverfahren GLESS, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2012, 441.

<sup>489</sup> LOBSIGER, «Verbrechensbekämpfung» durch den Bund?, 70; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 123 ff.

<sup>490</sup> Vgl. bspw. § 29 Abs. 1 und § 33 PolG BS; § 45 Abs. 1 PolG ZH; Art. 15 LPol GE.

<sup>491</sup> Vgl. HANSJAKOB, forumpoenale 2014, 244; RACHOR, in: Lissen/Denninger – Handbuch des Polizeirechts, N E241.

<sup>492</sup> TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 125.

<sup>493</sup> Vgl. bspw. Verfügung (Rektifikat) des StrGer BS vom 12. Februar 2015, ES.2014.653, E. 2.2.

<sup>494</sup> Zum Grundsatz der offenen Ermittlung GLESS, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2012, 441 ff.

<sup>495</sup> HANSJAKOB, forumpoenale 2008b, 461 f.; JOSITSCH/MURER MIKOLÁSEK, AJP 2011, 182; ZK StPO-HANSJAKOB, Art. 298a N 13 ff. Vgl. die entsprechende Interpellation von NR Daniel Vischer und die Antwort des BR, AB NR 2007, 589; die Entscheide des BStrG BB.2009/64 vom 17. November 2009, kommentiert in HANSJAKOB/RUCKSTUHL, forumpoenale 2010, 145 ff., sowie SK.2010.13 vom 21. April 2011, beide betreffend den Fall Ramos/Holenweger. Bei Informanten handelt es sich (nach schweizerischer Terminologie) um Personen, die aus eigenem Antrieb und ohne polizeilichen Auftrag der Polizei Informationen zukommen lassen. Daher liegt kein staatliches Eingriffshandeln vor. Eine gesetzliche Grundlage ist folglich nicht nötig; vgl. GOLDSCHMID/MAURER/SOLLBERGER, 277, BSK StPO-KNODEL, Art. 287 N 8. Vertrauenspersonen handeln hingegen im Auftrag des Staates und nehmen damit eine öffentliche Aufgabe wahr. Ihr Handeln ist, soweit es vom Auftrag gedeckt ist, der Polizei bzw. dem Staat zuzurechnen; vgl. MOHLER, N 1324 ff.; a.A. ZK StPO-HANSJAKOB, Art. 285a N 20, der aber dennoch eine Staatshaftung für Fehlverhalten der Vertrauensperson bei Handeln im Rahmen ihres Auftrags annimmt; zur Rechtsprechung des EGMR WARNKING, 223 ff. Handeln von Vertrauenspersonen soll gemäss der Lehre dennoch ohne gesetzliche Grundlage zulässig sein, so-

Zweck des verdeckten Vorgehens ist es, Dritte, sog. Zielpersonen, über die wahre Identität bzw. die Funktion der Beamten zu täuschen und dadurch Verhaltensweisen dieser Zielpersonen beobachten und erfassen zu können, die diese nicht zeigen würden, wenn sie wüssten, dass sie es mit Polizisten zu tun haben. Es lassen sich drei Formen von polizeilichen Massnahmen im öffentlichen Raum unterscheiden, in welchen die Beamten nicht uniformiert auftreten: Observation, verdeckte Fahndung und verdeckte Ermittlung. Diese drei polizeilichen Mittel sind als Zwangsmassnahmen zum Zweck der Strafverfolgung in der StPO geregelt, und zwar in Art. 282 f. StPO (Observation), Art. 285a ff. StPO (verdeckte Ermittlung) respektive Art. 298a ff. StPO (verdeckte Fahndung).<sup>496</sup> Alle drei Massnahmen sind auch im Polizeirecht zum Zweck der Straftatenprävention vorgesehen. Die entsprechenden Bestimmungen lehnen sich bezüglich der Umschreibung und Eingrenzung der Massnahmen meist eng an die Regelungen in der StPO an,<sup>497</sup> weshalb im Folgenden bei der generellen Darstellung der Massnahmen im Allgemeinen nicht zwischen repressiven und präventiven Observationen, verdeckten Fahndungen und verdeckten Ermittlungen unterschieden wird.

---

weit sich ihr Einsatz auf «passive Kontakte» beschränke; vgl. SCHMID/JOSITSCH, N 1204 f., ZK StPO-HANSJAKOB, Art. 285a N 20; RHYNER/STÜSSI, in: Polizeiliche Ermittlung, 505 ff. Vertrauenspersonen täuschen Zielpersonen zwar oftmals nicht über ihre Identität, aber über die Umstände bzw. ihre Funktion als vom Staat eingesetzte Ermittler. Auch gegenüber Vertrauenspersonen gibt die Zielperson unter Umständen Informationen bekannt, die sie ihr nicht mitgeteilt hätte, wenn sie um die wahren Umstände gewusst hätte. Andernfalls könnte der Staat die Bestimmungen der StPO umgehen, indem er verdeckte Ermittlungen statt durch Polizisten durch Private im Auftragsverhältnis ausführen lässt. Der EGMR differenziert folgerichtig nicht zwischen verdeckt ermittelnden Polizisten und Privatpersonen, sondern verlangt für das Handeln privater und polizeilicher verdeckte Ermittler eine gesetzliche Grundlage; vgl. etwa EGMR, Allan gegen Vereinigtes Königreich, Urteil Nr. 48539/99 vom 5. November 2002, § 49 ff., in welchem es um eine Privatperson geht, die von der Polizei mit einer verdeckten Ermittlung beauftragt wird; der EGMR bezeichnet sie als «informant», vgl. WARNKING, 223 ff.

<sup>496</sup> Dabei stellen die Observation und die verdeckte Fahndung eigentliche polizeiliche (Repressions-)Massnahmen dar, können sie doch – im Ermittlungsverfahren – von der Polizei selbständig und ohne Information der Staatsanwaltschaft angeordnet und vorgenommen werden. Erst nach einem Monat ist die Genehmigung der Staatsanwaltschaft zwingend verlangt, vgl. Art. 282 Abs. 2 resp. 298b Abs. 2 StPO; vgl. HANSJAKOB, *forum-poenale* 2011, 301.

<sup>497</sup> HANSJAKOB, *forum-poenale* 2015, 33 ff.; TIEFENTHAL, Art. 24f N 2 ff. und Art. 24g N 2 ff.

### 1.4.2. Geheime polizeiliche Massnahmen im Internet

Die gesetzlichen Grundlagen für Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen in der StPO und auch im Polizeirecht sind auf Ermittlungshandlungen in der «realen» Welt zugeschnitten. Mit der zunehmenden Bedeutung der digitalen Kommunikation und des Internets wächst aber das Interesse der Polizei und der Strafverfolgungsbehörden an verdeckten Massnahmen in «virtuellen Räumen».<sup>498</sup> Hier fragt sich, inwiefern «Beobachten», «Fahnden» oder «Ermitteln» im virtuellen Raum mit geheimem Vorgehen in der realen Welt vergleichbar ist und daraus folgend, ob die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen auf Massnahmen im Internet Anwendung finden können.<sup>499</sup> Die Möglichkeiten zur Täuschung im Internet sind ungleich grösser als in der realen Welt.<sup>500</sup>

Keine der Bestimmungen über verdeckte Massnahmen der StPO bezieht sich ausdrücklich auf ein Vorgehen im Internet.<sup>501</sup> Auch im Polizeirecht findet sich keine spezifische Regelung mehr, seit das BGer eine entsprechende Bestimmung des Zürcher Polizeigesetzes aufgehoben hat.<sup>502</sup> Das BGer hat aber Bestimmungen zur verdeckten Ermittlung und später zur verdeckten Fahndung auf Massnahmen im Internet angewandt.<sup>503</sup> Nach dieser Rechtsprechung sind verdeckte Massnahmen im Internet in analoger Weise zu entsprechendem Vorgehen in der «realen Welt» zu behandeln. Beurteilt wurde insbesondere das Vorgehen von Polizisten in sog. Chatforen, in welchen sie sich unter Vorgabe falscher Informationen zu ihrer Identität jeweils als weibliche Jugendliche ausgaben, um durch diese Täuschung mögliche Sexualstraftaten aufzuklären bzw. zu verhindern. Das BGer bewertete ein solches Vorgehen zur Zeit der Geltung des BVE als eine verdeckte Ermittlung, denn «jedes Anknüpfen von Kon-

<sup>498</sup> Vgl. GLESS, ZStrR 2012, 15 ff.; MUGGLI, 159 ff.

<sup>499</sup> Kritisch bez. der Anwendbarkeit des ehemaligen BVE auf verdeckte Fahndungen in online-Chatrooms BISCHOFF/LANTER, jusletter 2008, N 13 ff.

<sup>500</sup> RONC/VAN DER STROOM, forumpoenale 2017, 348.

<sup>501</sup> GLESS, ZStrR 2012, 6.

<sup>502</sup> Mit BGE 140 I 353 wurde der damalige § 32f PolG ZH, welcher die polizeiliche «Informationsbeschaffung im Internet» regelte, aufgehoben, vgl. unten III.3.1.5.3.

<sup>503</sup> Ob es hingegen eine Analogie zur «blossen Beobachtung» im Internet gibt, welche wie in der realen Welt ohne gesetzliche Grundlage zulässig sein soll (vgl. HANSJAKOB, forumpoenale 2014, 247), ist zu bezweifeln: Der Polizist auf Streife handelt gerade nicht verdeckt, sondern ist durch seine Uniform und gegebenenfalls durch sein Fahrzeug zweifelsfrei als Polizist erkennbar. Eine vergleichbare Umsetzung des polizeilichen Publizitätsgrundsatzes erscheint hingegen im Internet nicht vorstellbar: Es gibt keine digitale «Polizei-Identität». Polizeiliche Ermittlungen im Internet finden stets im Verborgenen statt. Nicht zu überzeugen vermag die Erklärung, im Internet seien ohnehin viele Profile gefälscht, weshalb eine Täuschung gleichsam erwartet werde oder gar nicht möglich sei; vgl. HANSJAKOB, forumpoenale 2014, 247; kritisch RONC/VAN DER STROOM, forumpoenale 2017, 348.

takten mit einer verdächtigen Person zu Ermittlungszwecken durch einen nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen [sei] ungeachtet des Täuschungsaufwandes und der Eingriffsintensität als verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE zu qualifizieren.»<sup>504</sup> In einem jüngeren Entscheid beurteilte es ein ähnliches Vorgehen als eine verdeckte Fahndung i.S. von Art. 298a ff. StPO.<sup>505</sup> Auch die Lehre geht mehrheitlich von der Übertragbarkeit der Bestimmungen der StPO zu Observation, verdeckter Fahndung und verdeckter Ermittlung auf Ermittlungsmassnahmen im Internet aus.<sup>506</sup>

Die Anwendung von Bestimmungen zu verdeckter Fahndung und verdeckter Ermittlung auf Massnahmen im Internet ist aber in der Literatur auf Kritik gestossen. Die massgeblichen Abgrenzungskriterien von verdeckter Fahndung und verdeckter Ermittlung, der Aufbau eines Vertrauensverhältnisses sowie die urkundenbasierte Legendierung, werfen bei der Anwendung auf Massnahmen im Internet ungeklärte Fragen auf.<sup>507</sup> Die Auffassung des BGer, eine Legende i.S.v. Art. 285a StPO liege nur bei materiellen Urkunden wie Ausweispapieren und dergleichen vor,<sup>508</sup> führt im Ergebnis dazu, dass die Bestimmungen zur verdeckten Ermittlung bei online-Massnahmen nicht zur Anwendung gelangen können.<sup>509</sup> Rechtliche Klarheit im Bereich des verdeckten Vorgehens der Polizei im Internet könnte die Schaffung entsprechender Spezialbestimmungen im Strafprozess- und im Polizeirecht bringen.<sup>510</sup> Angezeigt wäre zumindest eine Anpassung der Rechtsprechung: Als Legende im Sinne der Bestimmungen zur verdeckten Ermittlung sollte nicht auf den materiellen Urkundenbegriff abgestellt werden, sondern es sollte analog auch ein digitales Personenprofil von einer gewissen Dichte als Legende behandelt werden.<sup>511</sup> Ebenso sind, gerade angesichts des besonders hohen Täuschungspotentials im Internet, beim Merkmal des Vertrauensverhältnisses keine überhöhten Anforderungen zu stellen.<sup>512</sup>

Ein Abstützen von verdeckten Massnahmen im Internet auf die bestehenden Bestimmungen zu verdeckter Fahndung und verdeckter Ermittlung ist zudem nur soweit akzeptabel, als es um polizeiliches Handeln geht, das sich in «öffent-

---

<sup>504</sup> BGE 134 IV 266, E. 3.7.

<sup>505</sup> BGE 143 IV 27, E. 4.5.

<sup>506</sup> GLESS, ZStrR 2012, 15 ff.; HANSJAKOB, *forumpoenale* 2014, 247 ff.; MUGGLI, 230 ff.; für die deutsche Lehre SCHÖN, 81 ff.

<sup>507</sup> RONC/VAN DER STROOM/MEYER, *forumpoenale* 2016, 303 ff.

<sup>508</sup> BGE 143 IV 27, E. 4.1.2.

<sup>509</sup> RONC/VAN DER STROOM, *forumpoenale* 2017, 347 ff.

<sup>510</sup> Vgl. GLESS, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2012, 18 ff.; RONC/VAN DER STROOM, *forumpoenale* 2017, 349 f.

<sup>511</sup> RONC/VAN DER STROOM/MEYER, *forumpoenale* 2016, 304 f.; RONC/VAN DER STROOM, *forumpoenale* 2017, 347 f.

<sup>512</sup> RONC/VAN DER STROOM, *forumpoenale* 2017, 349.

lich zugänglichen» interaktiven Bereichen des Internets wie Foren, Chats und Social Media-Angeboten abspielt. Sobald hingegen technische Hürden überwunden werden oder besondere Software eingesetzt wird (Überwachung verschlüsselter Kommunikation im Internet, Verwendung von sog. GovWare etc.), sind besondere gesetzliche Grundlagen verlangt, wie sie im Bereich der Strafverfolgung nun das totalrevidierte BÜPF zur Verfügung stellt.<sup>513</sup> Auch Überwachungen in sog. *closed user groups* bedürfen einer speziellen gesetzlichen Grundlage.<sup>514</sup>

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geheime Überwachungsmassnahmen im Internet unter die strafprozessrechtlichen und polizeirechtlichen Bestimmungen über Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen subsumiert werden können. *De lege ferenda* ist aber ein Klärung der Rechtslage durch die Schaffung besonderer gesetzlicher Grundlagen für verdeckte Massnahmen im Internet zu fordern.

### 1.4.3. Observation

Beobachtet die Polizei unerkannt, gezielt und systematisch gewisse Vorgänge oder Zielpersonen an öffentlichen Orten, liegt eine Observation vor.<sup>515</sup> Diese stellt eine der wichtigsten polizeitaktischen Massnahmen dar. Vom blossen polizeilichen Beobachten unterscheidet sich die Observation zum einen durch das systematische Vorgehen, zum anderen dadurch, dass die Polizei entweder in Zivil auftritt oder im Verborgenen agiert.<sup>516</sup>

Anders als bei verdeckter Fahndung oder verdeckter Ermittlung kommt es bei der Observation grundsätzlich nicht zu einer Kontaktaufnahme zwischen Po-

<sup>513</sup> Botschaft BÜPF 2013, 2685 ff.

<sup>514</sup> Vgl. BGE 140 I 353, E. 8.4 ff. – Ungeklärt und noch kaum diskutiert ist weiter die Frage des räumlichen Anwendungsbereichs polizeirechtlicher Bestimmungen bei verdeckten Massnahmen im Internet. Grundsätzlich gilt im öffentlichen Recht wie auch im Strafrecht das Territorialitätsprinzip. Dieses stösst, angesichts der grundsätzlichen Internationalität des Internets, an seine Grenzen. Zur Problematik des Territorialitätsprinzips bei der strafrechtlichen Verfolgung von Cybercrime vgl. SCHWEINGRUBER, jusletter 2014. Kaum strittig ist, dass sich das kantonale Verwaltungsrecht nur an die Behörden des jeweiligen Kantons richtet und grundsätzlich nur in dessen Territorium gilt. Äusserst fragwürdig war daher, dass sich die KOBİK als Organ des Bundes nach der Aufhebung des BVE mittels einer Vereinbarung auf eine gesetzliche Grundlage zur präventiven verdeckten Ermittlung des Kantons Schwyz stützte (§ 9d PolG SZ), vgl. MUGGLI, 346 ff. sowie LVR 2012, 38.

<sup>515</sup> TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 128; vgl. BOTSCHAFT StPO, 1252; BSK StPO-EUGSTER/KATZENSTEIN, Art. 282 N 1; ZALUNARDO-WALSER, 40 ff.; HANSJAKOB, forumpoenale 2014, 246.

<sup>516</sup> ZALUNARDO-WALSER, 48 ff. Zur Abgrenzung zum blossen polizeilichen Beobachten vgl. unten III.2.3.

lizei und Zielperson. Die Observation erfolgt vielmehr auf räumliche Distanz.<sup>517</sup>

Die gesetzliche Regelung der strafprozessualen Observation in Art. 282 Abs. 1 StPO erfasst unter dem Begriff nicht nur das systematische Beobachten im öffentlichen Raum, sondern auch die Bild- oder Tonaufzeichnung des Beobachteten. Damit nähert diese Bestimmung die Observation der Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten (Art. 280 f. StPO) an,<sup>518</sup> mit dem Unterschied, dass die Observation nur im öffentlichen Raum und nicht im Bereich der Privat- und Geheimnissphäre stattfindet. Die Abgrenzung der öffentlichen zur Privatsphäre ist dabei gemäss der Rechtsprechung zu Art. 179<sup>quater</sup> StGB vorzunehmen. Privat ist damit jedenfalls der Bereich, in denen der Tatbestand des Hausfriedensbruch erfüllt werden kann; darüber hinaus aber gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch derjenige, zu dem eine «rechtlich-moralische» Schranke besteht, wie der Bereich unmittelbar vor der Haustüre eines Hauses, selbst wenn keine Umfriedung besteht.<sup>519</sup>

#### 1.4.4. Verdeckte Fahndung

Verdeckte Fahndung liegt vor, wenn sich Angehörige der Polizei im Rahmen kurzer Einsätze in Zivil in bestimmten Umgebungen bewegen, um zu beobachten und gegebenenfalls mit Zielpersonen in Kontakt zu treten und dabei insbesondere Scheingeschäfte abzuschliessen oder den Willen zum Abschluss vorzutäuschen.<sup>520</sup> Eine Observation wird zur verdeckten Fahndung, wenn ein direkter Kontakt mit der Zielperson hergestellt und mit ihr kommuniziert wird.<sup>521</sup> Verdeckte Fahnder geben sich etwa im Betäubungsmittelhandel als mögliche Kunden aus.<sup>522</sup> Der verdeckte Fahnder täuscht dabei die Zielperson zum einen über seine Identität, zum anderen über seine Absicht zum Geschäftsabschluss bzw. zur Kontaktaufnahme.<sup>523</sup> Im Gegensatz zur Observation und in Übereinstimmung mit der verdeckten Ermittlung interagiert der verdeckte Fahnder mit der Zielperson und wirkt auf deren Verhalten ein.<sup>524</sup> Verdeckte Fahndungen werden von der Polizei nicht nur im (realen) öffentlichen Raum und in Privaträumen, sondern oftmals auch in «virtuellen Räumen» im Internet durchgeführt.<sup>525</sup>

---

<sup>517</sup> ZK StPO-HANSJAKOB, Art. 282 N 7.

<sup>518</sup> BSK StPO-EUGSTER/KATZENSTEIN, Art. 282 N 7.

<sup>519</sup> BGE 118 IV 41, E. 4e; BSK StGB II-INS/WYDER, Art. 179<sup>quater</sup> N 11.

<sup>520</sup> Vgl. Ratschlag RR BS 2012, 5.

<sup>521</sup> HANSJAKOB, forumpoenale 2014, 246.

<sup>522</sup> Vgl. Ratschlag RR BS 2012, 5.

<sup>523</sup> HANSJAKOB, forumpoenale 2014, 245.

<sup>524</sup> MUGGLI, 230 f.

<sup>525</sup> Vgl. etwa BGE 134 IV 266 und BGE 143 IV 27; RONC/VAN DER STROOM/MEYER, forumpoenale 2016; MUGGLI, 159 ff.

Keine verdeckte Fahndung liegt hingegen vor, wenn Polizisten in Zivil patrouillieren, ohne die Absicht, mit gewissen Personen unter Täuschung über ihre wahre Identität und Funktion in Kontakt zu treten. Beispiele hierfür sind eine zivile Verkehrspatrouille, die Verletzungen der Verkehrsregeln verfolgt, oder eine zivile Strassenpatrouille, die in einer Fussgängerzone nach Taschendieben fahndet.<sup>526</sup>

#### 1.4.5. Abgrenzung von Observation und verdeckter Fahndung

In der Praxis schafft die Abgrenzung von Observation und verdeckter Fahndung Schwierigkeiten. Die strafprozessuale verdeckte Fahndung wurde erst nach Inkrafttreten der StPO auf den 1. Mai 2013<sup>527</sup> ins Gesetz aufgenommen.<sup>528</sup> Vor Inkrafttreten der StPO hatte das BGer noch unter dem BVE festgehalten, die Schwelle von der Observation zur verdeckten Ermittlung sei trotz Kontaktaufnahme nicht ohne Weiteres überschritten, wenn ein Polizist in Zivil im Rahmen einer Observation im Drogenhandelsmilieu von der Zielperson angesprochen werde, sich auf ein kurzes Gespräch einlasse und zu erkennen gebe, dass er an der angebotenen Leistung nicht interessiert sei. Eine verdeckte Ermittlung liege nur bei einem aktiven, zielgerichteten Verhalten vor.<sup>529</sup>

Die vom BGer beurteilten polizeilichen Massnahmen würden unter geltendem Recht nicht mehr als verdeckte Ermittlungen, sondern als verdeckte Fahndungen behandelt. Schon unter altem Recht verwendete das BGer allerdings die in der Praxis bereits vor ihrer gesetzlichen Verankerung übliche Bezeichnung «verdeckte Fahndung»<sup>530</sup>. Es ist davon auszugehen, dass die dargestellten Abgrenzungskriterien künftig auf die Abgrenzung von Observation und verdeckter Fahndung Anwendung finden werden.<sup>531</sup>

Observation und verdeckte Fahndung unterscheiden sich folglich im Wesentlichen dadurch, dass der verdeckte Fahnder die Kommunikation mit einer Zielperson sucht, während der Observant beobachtet und die direkte Begegnung vermeiden will. Kommt es dennoch aufgrund der Umstände zu einer Kommunikation, kann der Observant ein kurzes, alltägliches Gespräch führen, ohne als verdeckter Fahnder zu gelten. Wird ihm dabei ein illegales Angebot gemacht,

<sup>526</sup> ACKERMANN/VOGLER, in: Top Secret, 166 f.

<sup>527</sup> Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung und Fahndung vom 14.12.2012, AS 2013 1051 ff.

<sup>528</sup> BSK StPO-KNODEL, Art. 298a N 1.

<sup>529</sup> Urteile des BGer 6B\_837/2009 vom 8. März 2010, E. 3.4; 6B\_610/2013 vom 12. Dezember 2013, E. 3.5; 6B\_207/2010 vom 22. April 2010, E. 3.2; 6B\_1112/2013, E. 2.2.

<sup>530</sup> Urteil des BGer 6B\_527/2013 vom 25. März 2014, E. 1.4.

<sup>531</sup> Ebenso sinngemäss ZK StPO-HANSJAKOB, Art. 298a N 3.

darf er nicht darauf eingehen bzw. muss erkenntlich machen, dass er daran nicht interessiert ist.<sup>532</sup>

Bei Ermittlungen in einem Internet-Chat liegt dann eine verdeckte Fahndung vor, wenn durch die Polizei mit einer Zielperson ein direkter Kontakt aufgebaut und dabei die wahre Absicht verschleiert wird. Eine Observation und keine verdeckte Fahndung ist gegeben, wenn ein Polizist zu Ermittlungszwecken unter Verwendung einer täuschenden Identität die Vorgänge und Kommunikation im Chatroom beobachtet, ohne daran teilzunehmen. Auch kurze Antworten auf strafrechtlich belanglose Fragen (z.B. nach Hobbys etc.) machen ihn nicht zum verdeckten Fahnder. Wird aber auf sexuelle Avancen, strafrechtlich fragwürdige Angebote etc. reagiert, ist die Grenze zur verdeckten Fahndung überschritten.<sup>533</sup>

Zur Bestimmung, ob eine Observation oder eine verdeckte Fahndung vorliegt, kommt es hingegen nicht darauf an, ob die Kontaktaufnahme von der Polizei ausgeht oder ob umgekehrt zuerst die Zielperson den zivilen Fahnder anspricht, da dies in der Praxis oft vom Zufall abhängt.<sup>534</sup> Auch wenn der erste Kontakt von der Zielperson ausgeht, ist eine verdeckte Fahndung und nicht bloss eine Observation gegeben, wenn der Polizist anschliessend in aktiver und zielgerichteter Weise vorgeht und insbesondere auf ein illegales Angebot eingeht.

Es ist indessen nicht nötig, dass ein strafrechtlich relevantes Verhalten der Zielperson erfolgt, damit von einer verdeckten Fahndung auszugehen ist. Auch ein polizeiliches Vorgehen mit dem Ziel der blossen Identifikation der Zielperson muss als verdeckte Fahndung betrachtet werden.<sup>535</sup>

#### 1.4.6. Verdeckte Ermittlung

Bei verdeckten Vorermittlungen werden Angehörige der Polizei, die zur Täuschung mit einer Legende ausgestattet sind, für eine gewisse Dauer in ein kriminelles Umfeld eingeschleust, mit dem Ziel, Kontakte zu knüpfen, Vertrauensverhältnisse zu Zielpersonen aufzubauen und dabei Informationen zu sammeln.<sup>536</sup> Von einem kriminellen Umfeld kann ausgegangen werden, wenn Angehörige eines bestimmten oder bestimmbareren Personenkreises bereits in der Vergangen-

---

<sup>532</sup> ZK StPO-HANSJAKOB, Art. 298a N 3.

<sup>533</sup> ZK StPO-HANSJAKOB, Art. 298a N 4.

<sup>534</sup> ZK StPO-HANSJAKOB, Art. 285a N 10; vgl. Verfügung des StrG BS ES.2014.653 vom 12. Februar 2015, E. 2.2.1; a.A. RHYNER/STÜSSI, in: Polizeiliche Ermittlung, 500.

<sup>535</sup> VETTERLI, ius.focus 2014, 53; ZK StPO-HANSJAKOB, Art. 298a N 4; anders noch, aber vor Schaffung der Bestimmungen zur verdeckten Fahndung, Urteil des BGR 6B\_610/2013 vom 12. Dezember 2013, E. 3.5.

<sup>536</sup> Vgl. TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 130.



heit aufgrund zusammenhängender Delikte strafrechtlich verurteilt oder wenn eine Mehrzahl von in der Vergangenheit aufgedeckten und rechtskräftig abgeurteilten Straftaten regelmässig an bestimmten (realen oder virtuellen) Orten ausgeführt wurden.<sup>537</sup>

Von verdeckter Fahndung unterscheidet sich die verdeckte Ermittlung durch die Dauerhaftigkeit des Einsatzes sowie den Aufbau eines persönlichen Vertrauensverhältnisses mittels einer Legende.<sup>538</sup> Die Abgrenzung der verdeckten Ermittlung zur verdeckten Fahndung ist im Einzelnen umstritten, besonders bei geheimen Ermittlungen im Internet.<sup>539</sup>

Das BGER vertritt hinsichtlich des Kriteriums der urkundengestützten Legende die Auffassung, dass Art. 285a StPO grundsätzlich nur Urkunden erfasse, die analog eigentlicher Ausweisdokumente eine falsche Identität zu stützen vermögen.<sup>540</sup> Dieser Urkundenbegriff wird insbesondere hinsichtlich verdeckter Massnahmen im Internet als zu eng kritisiert. Massgeblich für die Abgrenzung muss die Intensität des Grundrechtseingriffs, d.h. hinsichtlich einer Legende deren Täuschungspotential sein.<sup>541</sup> In diesem Sinne stellen beispielsweise für den Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt auch fingierte Internetprofile oder fiktive Kreditkarten eine Legendierung im Zusammenhang mit einer verdeckten Vorermittlung dar.<sup>542</sup>

Auch hinsichtlich des Kriteriums des Vertrauensverhältnisses ist auf die Intensität des Eingriffs in die Grundrechte der betroffenen Personen abzustellen. Das BGER geht dabei von einer evolutiven Betrachtungsweise aus, was bedeutet, dass eine verdeckte Fahndung im Verlauf der Durchführung der Massnahme zu einer verdeckten Ermittlung wird, wenn die notwendige Intensitätsschwelle überschritten wird.<sup>543</sup> In der Lehre wird hingegen teilweise vertreten, die Beurteilung der Massnahme als verdeckte Fahndung oder verdeckte Ermittlung sei aufgrund ihres Ziel von Beginn an zu bestimmen.<sup>544</sup>

Bezüglich der Dauer als Kriterium der Abgrenzung der verdeckten Ermittlung von der verdeckten Fahndung wird in der Literatur als Faustregel vorgeschlagen, dass ein Geschäft, dass in ein bis drei kurzen Treffen abgewickelt

<sup>537</sup> ACKERMANN/VOGLER, in: Top Secret, 168.

<sup>538</sup> HANSJAKOB, forumpoenale 2014, 246; RONC/VAN DER STROOM/MEYER, forumpoenale 2016, 303 ff.; MUGGLI, 230 ff.

<sup>539</sup> RONC/VAN DER STROOM/MEYER, forumpoenale 2016, 303 ff.; MUGGLI, 208 ff.

<sup>540</sup> BGE 143 IV 27, E. 4.1.2.

<sup>541</sup> Eingehend RONC/VAN DER STROOM/MEYER, forumpoenale 2016, 303 ff., sowie RONC/VAN DER STROOM, forumpoenale 2017, 347 ff.

<sup>542</sup> Ratschlag RR BS 2012, 5.

<sup>543</sup> Vgl. etwa BGE 143 IV 27, E. 4.3.2.

<sup>544</sup> RONC/VAN DER STROOM/MEYER, forumpoenale 2016, 305; RONC/VAN DER STROOM, forumpoenale 2017, 349.

werde, noch als verdeckte Fahndung gelten könne, da in diesem Rahmen normalerweise kein Vertrauensverhältnis aufgebaut werde. Bei einem grösseren Verhandlungsaufwand sei auf die Bestimmungen zur verdeckten Ermittlung abzustellen.<sup>545</sup>

Hinsichtlich des zulässigen Masses der Einwirkung auf von verdeckten Ermittlungen betroffene Personen gibt im Bereich des Strafprozessrechts Art. 293 StPO nur grobe Grenzen vor. Anlass zu Diskussionen bildet besonders die Frage, ob und in welchem Umfang Ermittler an einer Straftat mitwirken bzw. diese sogar provozieren dürfen. Für repressive und präventive verdeckte Ermittlungen bedeutsam ist die Rechtsprechung des EGMR,<sup>546</sup> die eine gewisse Einwirkung durch den verdeckten Ermittler auf die Zielperson zulässt:<sup>547</sup> Verlangt werden eine hinreichend klare gesetzliche Grundlage für die Tatprovokation, effektive Vorkehrungen gegen Missbräuche sowie entweder ein Tatverdacht bezüglich einer begangenen oder eine Tatneigung bezüglich einer bestimmten zukünftigen Straftat, zu deren Ausführung erste Schritte unternommen worden sind.<sup>548</sup> Derartige Tatprovokationen sollen im präventiven und im repressiven Bereich polizeilichen Handelns zulässig sein. Die Grenze zur verbotenen Tatprovokation ist überschritten, wenn keine tatsächlichen Hinweise auf Tatverdacht bzw. Tatneigung vorlagen oder der Betroffene die Tat ohne die Einwirkung des verdeckten Ermittlers nicht ausgeführt hätte.<sup>549</sup>

#### 1.5. Sachliche Schutzbereiche der tangierten Grundrechte

Die hier behandelten Vorermittlungsmassnahmen berühren den Schutzbereich mehrerer Grundrechte. Diese Schutzbereiche werden im Folgenden kurz im Hinblick auf die anschliessende Untersuchung, ob Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen in Grundrechte eingreifen, dargestellt. Im Zentrum steht dabei das Recht auf Schutz der Privatsphäre.<sup>550</sup>

In dogmatischer Hinsicht handelt es sich bei diesen Grundrechten um Freiheitsrechte, d.h. Ansprüche des Einzelnen, ungestört beispielsweise gewisse

---

<sup>545</sup> ZK StPO-HANSJAKOB, Art. 298a N 9.

<sup>546</sup> Vgl. die Entscheide EGMR, Teixeira de Castro gegen Portugal, Urteil Nr. 25829/94 vom 9. Juni 1998; EGMR, Ramanauskas gegen Litauen, Urteil Nr. 74420/01 vom 5. Februar 2008; besprochen u.a. durch HANSJAKOB, forumpoenale 2008a, 262 ff.; EGMR, Furcht gegen Deutschland, Urteil Nr. 54648/09 vom 23. Oktober 2014.

<sup>547</sup> Zu den Standards des EGMR MEYER, ZStrR 2016, 447 ff.

<sup>548</sup> Vgl. EGMR, Ramanauskas gegen Litauen, Urteil Nr. 74420/01 vom 5. Februar 2008, § 135; EGMR, Lagutin gegen Russland, Urteil Nr. 6228/09 vom 24. April 2016, § 90 f.

<sup>549</sup> Eingehend MEYER, ZStrR 2016, 446 ff.; MEYER/WOHLERS, JZ 2015, 761 ff.; HANSJAKOB, forumpoenale 2008a, 262 ff.

<sup>550</sup> Art. 8 Abs. 1 EMRK, Art. 13 BV.

Handlungen vorzunehmen oder zu unterlassen oder rechtliche und soziale Institute zu pflegen.<sup>551</sup> Hinsichtlich ihrer Wirkungsrichtung stellen die Freiheitsrechte zum einen Abwehrrechte dar; sie können aber auch Schutzansprüche begründen.<sup>552</sup> Vorermittlungsmassnahmen stellen, wie polizeiliches Handeln im Allgemeinen, oftmals Eingriffe des Staates in die verfassungsmässigen Freiheiten dar,<sup>553</sup> weshalb in den folgenden Ausführungen vor allem die Abwehrfunktion der Grundrechte interessiert.

### 1.5.1. Menschenwürde (Art. 7 BV)

Die Menschenwürde schützt natürliche Personen in den als unaufgebbar erkannten Aspekten ihrer Existenz.<sup>554</sup> Sie bedeutet jenen normativen Kern, der jeder Person an Respekt und Schutz voraussetzungslos zusteht.<sup>555</sup> Die Menschenwürde entzieht sich in ihrer Offenheit einer abschliessenden positiven Festlegung. Ihr Gehalt erschliesst sich v.a. aus ihrer Negation, d.h. Akten ihrer Verletzung.<sup>556</sup>

Auch wenn die Menschenwürde ein selbständiges und justiziables Grundrecht darstellt, liegt ihre Bedeutung im Wesentlichen in ihrer Funktion als Leitsatz für jegliche Staatstätigkeit, als innerster Kern und zugleich Grundlage der Freiheitsrechte.<sup>557</sup> Sie stellt einen wesentlichen Ausgangspunkt und eine Leitlinie für die Konkretisierung der Schutzbereiche der übrigen Grundrechte, ihrer Kerngehalte sowie der Schwere von Grundrechtseingriffen dar.<sup>558</sup>

### 1.5.2. Persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV)

Das Grundrecht auf persönliche Freiheit schützt die elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung bzw. die grundlegenden Aspekte menschlicher Existenz.<sup>559</sup> Art. 10 Abs. 2 BV nennt als wesentliche Teilgehalte die Integrität

<sup>551</sup> Vgl. etwa TSCHANNEN, § 7 N 11.

<sup>552</sup> Die Frage der positiven Schutzpflichten des Staates wird im Zusammenhang mit der polizeilichen Generalklausel (vgl. unten III.3.1.3) angesprochen. – In seltenen Fällen können die Anforderungen, die die Grundrechte an die Behörden stellen, sich zu einem konkreten, unmittelbar aus der Verfassung hervorgehenden Leistungsanspruch verdichten. Zu Typologie und Wirkungsweise der Grundrechte i.A. vgl. bspw. KIENER/KÄLIN, 25 ff.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 951 ff.; TSCHANNEN, § 7 N 7 ff.; GÄCHTER, in: Staatsrecht, N 9 ff.

<sup>553</sup> Vgl. MAGNIN, 232 f.

<sup>554</sup> SCHEFER, Die Kerngehalte von Grundrechten, 16 f.

<sup>555</sup> MÜLLER/SCHEFER, 1.

<sup>556</sup> MÜLLER/SCHEFER, 5.

<sup>557</sup> BGE 132 I 49, E. 5.1; MAGNIN, 238.

<sup>558</sup> KIENER/KÄLIN, 129; MOHLER, N 331; MAGNIN, 239.

<sup>559</sup> Vgl. BGE 127 I 6, E. 5a; 128 II 259; E. 3.2; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 32.

von Körper und Geist sowie die Bewegungsfreiheit. Der Schutz der Persönlichkeit gilt als «Auffanggrundrecht»<sup>560</sup>. Ein solches ist der EMRK unbekannt; Teilaspekte der Persönlichkeit schützt aber Art. 5 EMRK (Bewegungsfreiheit). Anders als Art. 2 Abs. 1 GG kann Art. 10 Abs. 2 BV keine allgemeine Handlungsfreiheit begründen;<sup>561</sup> geschützt sind nur grundlegende Aspekte der Lebensgestaltung jenseits einer Bagatellschwelle.<sup>562</sup>

Im Zusammenhang mit heimlichen polizeilichen Massnahmen ist v.a. der Teilaspekt der geistigen Unversehrtheit relevant. Die geistige Unversehrtheit wird v.a. durch staatliche Massnahmen betroffen, welche die Willens- und Entscheidungsfreiheit des Menschen in einem für die Persönlichkeitsentfaltung wesentlichen Bereich einschränken.<sup>563</sup> Garantiert ist die Freiheit, eine bestimmte Situation nach eigener Einschätzung zu beurteilen und aufgrund dieser Einschätzung zu handeln. Dem Staat ist die Manipulation des Bewusstseins und der Willensbildung verboten.<sup>564</sup>

Wird die betroffene Person wie im Falle verdeckter Fahndung und verdeckter Ermittlung über die Identität ihres Gegenübers getäuscht, so wird ihre Wahrnehmungs- und Entscheidungsfreiheit eingeschränkt. Sie kann nicht mehr frei entscheiden, mit wem sie in Kontakt tritt. Aufgrund ihres Irrtums kommuniziert sie unter Umständen mit der Polizei und gibt Dinge bekannt, die sie nicht preisgeben würde, wenn sie um die wahre Identität ihres Gegenübers wüsste, und von denen bei reiner Beobachtung nicht Kenntnis genommen werden könnte.<sup>565</sup>

#### **1.5.3. Schutz der Privatsphäre (Art. 8 Abs. 1 EMRK, Art. 13 Abs. 1 BV)**

Art. 8 Abs. 1 EMRK schützt das Privat- und Familienleben, die Wohnung sowie den Brief-, Post und Fernmeldeverkehr.<sup>566</sup> Eine weitgehend identische Garantie enthält Art. 13 Abs. 1 BV.<sup>567</sup> Zweck der Garantie ist es, dem Menschen als autonomem Subjekt und als Mitglied der Gemeinschaft einen gewissen Freiraum vor staatlicher Einmischung zu gewährleisten.<sup>568</sup> Sie verpflichtet die Behörden, die persönliche Sphäre zu respektieren und den Einzelnen nicht an der individuellen Gestaltung seines Lebens oder in seinem Verkehr mit anderen Personen zu

---

<sup>560</sup> BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 32.

<sup>561</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 356; MÜLLER/SCHEFER, 141.

<sup>562</sup> BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 33.

<sup>563</sup> HALLER, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, N 36; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 356; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 33.

<sup>564</sup> KIENER/KÄLIN, 151.

<sup>565</sup> VETTERLI, forumpoenale 2008, 367.

<sup>566</sup> Vgl. etwa GRABENWARTER/PABEL, § 22 N 1; PETERS/ALTWICKER, § 25 N 1.

<sup>567</sup> KIENER/KÄLIN, 165.

<sup>568</sup> KÄLIN/KÜNZLI, N 1121; GRABENWARTER/PABEL, § 22 N 1.

hindern, die Privatsphäre nicht aktiv auszuforschen und private Informationen nicht an die Öffentlichkeit zu bringen.<sup>569</sup>

Im Zusammenhang mit verdachtslosen Observationen, verdeckten Fahndungen und verdeckten Ermittlungen sind der Anspruch auf ein ungestörtes Privatleben sowie die Unverletzlichkeit der Wohnung von besonderer Bedeutung.<sup>570</sup> Ein wesentlicher Aspekt des Rechts auf Privatleben ist der Schutz vor staatlicher Überwachung.<sup>571</sup> Es stellt primär ein Abwehrrecht gegen staatliche Ausforschung der Privatsphäre dar. Der Schutz von Art. 8 EMRK endet aber nicht, wenn der Betroffene den räumlichen Bereich der eigenen vier Wände verlässt und sich in den öffentlichen Raum begibt. Zum Schutzzumfang gehört auch, dass sich der Einzelne grundsätzlich von staatlichen Organen unbeobachtet in der Öffentlichkeit bewegen kann.<sup>572</sup> Auch die Botschaft zur BV hielt fest, wer in die Öffentlichkeit trete, gebe sich zwar Auge und Ohr anderer Personen preis, erteile damit aber kein Einverständnis, dass sein Verhalten oder seine Äusserungen in Schrift, Bild oder Ton festgehalten würden.<sup>573</sup> Allerdings fallen Äusserungen und Handlungen nicht in den Schutzbereich der Bestimmung, wenn sie öffentlich erkenn- und einsehbar sind und kein Interesse an ihrer Geheimhaltung besteht.<sup>574</sup> Äusserungen und Handlungen im öffentlichen Raum sind zwar vor Aufzeichnung, nicht aber vor Kenntnisnahme durch das Gemeinwesen geschützt.<sup>575</sup> Die Privatsphäre unterteilt sich mithin in zwei Schutzniveaus, je nachdem, ob sich eine Handlung in der Öffentlichkeit oder im privaten Bereich abspielt.<sup>576</sup>

Der besondere Schutzbereich der Wohnung umfasst eigentliche Wohnräume sowie «wohnungsnah» Gebäudeteile wie Balkone, Gärten, Garagen etc. sowie Hotelzimmer.<sup>577</sup>

Der Schutz der Privatsphäre besteht auch in der «virtuellen Welt» des Internets.<sup>578</sup> Dieses bietet heute zahlreiche Möglichkeiten der Kommunikation wie Social Media, Onlinetelefonie und Chatrooms. Dabei soll gemäss Stimmen in der Literatur wie in der realen Welt zwischen einem öffentlichen und einem Privatbereich unterschieden werden. Entsprechend seien die analogen Schutz-

<sup>569</sup> KIENER/KÄLIN, 166.

<sup>570</sup> EGLI, Sicherheit & Recht 2012, 207.

<sup>571</sup> KÄLIN/KÜNZLI, N 1123.

<sup>572</sup> Vgl. EGMR, Peck gegen Vereinigtes Königreich, 28.1.2003, 44647/98, § 59 ff.; GRABENWARTER/PABEL, § 22 N 9.

<sup>573</sup> Botschaft BV, 152; vgl. LIENHARD, recht 2002, 129.

<sup>574</sup> BISCHOFF/LANTER, jusletter 2008, N 40.

<sup>575</sup> BISCHOFF/LANTER, jusletter 2008, N 40.

<sup>576</sup> MUGGLI, 233.

<sup>577</sup> GRABENWARTER/PABEL, § 22 N 22; EGLI, Sicherheit & Recht 2012, 207 f.

<sup>578</sup> BSK BV-DIGGELMANN, Art. 13 N 31; SK-StPO MEYER, Art. 8 N 218.

regeln zu diesen Bereichen heranzuziehen. Ein «öffentlicher Chat» im Internet, an dem sich grundsätzlich jeder User beteiligen kann, soll also wie ein Gespräch in einem Restaurant, der Austausch in einem geschlossenen Chat wie ein Gespräch in der eigenen Wohnung behandelt werden.<sup>579</sup>

#### 1.5.4. Informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV)

Der verfassungsrechtliche Anspruch auf Datenschutz ist als Unterfall des Rechts auf Privatsphäre konzipiert.<sup>580</sup> Das BGer<sup>581</sup> anerkannte schon unter der Bundesverfassung von 1874 in Anlehnung an die Rechtsprechung des EGMR<sup>582</sup> und des deutschen BVerfGer<sup>583</sup> einen ungeschriebenen grundrechtlichen Anspruch auf informationelle Selbstbestimmung.<sup>584</sup> Art. 13 Abs. 2 BV nennt den Datenschutz nun ausdrücklich als Freiheitsrecht. Er erfasst den Schutz persönlicher Angaben insoweit, als dieser nicht schon aufgrund des Fernmeldegeheimnisses (Art. 13 Abs. 1 BV) besteht.<sup>585</sup>

Konkretisiert wird diese Verfassungsbestimmung zum einen durch das DSG, welches Datenbearbeitungen durch Bundesorgane und Private reguliert, zum anderen durch die Datenschutzgesetze der Kantone, die die Datenbearbeitung durch die jeweiligen kantonalen öffentlichen Organe erfassen. Der grundrechtliche Anspruch auf Datenschutz erfasst jeden Umgang – Erheben, Sammeln, Verarbeiten, Aufbewahren oder Weitergeben – mit personenbezogenen Daten,<sup>586</sup> weshalb die Formulierung des Verfassungstexts, der nur vom «Schutz vor Missbrauch» spricht, als missglückt gilt.<sup>587</sup> Unter Personendaten sind alle Angaben zu verstehen, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen.<sup>588</sup>

Auch Fotografien<sup>589</sup> oder Videoaufzeichnungen stellen Personendaten dar, sofern darauf bestimmte oder bestimmbare Personen erkennbar sind.<sup>590</sup> Der

---

<sup>579</sup> MUGGLI, 233 f.

<sup>580</sup> BSK BV-DIGGELMANN, Art. 13 N 32.

<sup>581</sup> BGE 113 Ia 1, E. 4a.

<sup>582</sup> Z.B. EGMR, Klass u.a. gegen Deutschland, Nr. 5029/71, 6. September 1978; EGMR, Malone gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 8691/79, 2. August 1984; EGMR, Leander gegen Schweden, Nr. 9248/81, 11. Juli 1985.

<sup>583</sup> Grundlegend das Volkszählungsurteil BVerfG 1 BVR 209/83, 1 BVR 269/83, 1 BVR 362/83, 1 BVR 420/83, 1 BVR 440/83, 1 BVR 484/83, 1 ff.

<sup>584</sup> SGK BV-SCHWEIZER, Art. 13 N 72, mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung; MÜLLER/SCHEFER, 164 f.

<sup>585</sup> MÜLLER/SCHEFER, 165.

<sup>586</sup> Vgl. auch Art. 3 Bst. a DSG.

<sup>587</sup> SGK BV-SCHWEIZER, Art. 13 N 72; KIENER/KÄLIN, 178.

<sup>588</sup> SGK BV-SCHWEIZER, Art. 13 N 74 f; MÜLLER/SCHEFER, 167 f.

<sup>589</sup> BGE 127 III 481, E. 3a/bb.

<sup>590</sup> MÜLLER, 43.

Anspruch auf informationelle Selbstbestimmung schützt das sog. Recht am eigenen Bild, d.h. den Anspruch des Einzelnen, über Anfertigung und Verwendung von Fotografien oder Videoaufzeichnungen der eigenen Person zu bestimmen.<sup>591</sup> Vom Schutzbereich von Art. 13 Abs. 2 BV erfasst ist nicht nur die Aufzeichnung, sondern auch das schlichte Beobachten mittels Videosystemen.<sup>592</sup>

Verdachtslose Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen tangieren das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung jedenfalls dann, wenn dabei technische Ton- oder Bildaufzeichnungen gemacht werden, in welchen Personen erkennbar sind.<sup>593</sup> Ob auch verdeckte Massnahmen ohne technische Aufzeichnungsgeräte das Recht auf informationelle Selbstbestimmung berühren, ist umstritten. Die Frage ist aber von geringer praktischer Bedeutung, da die Garantie der Privatsphäre unstrittig durch verdeckte polizeiliche Massnahmen tangiert wird.<sup>594</sup>

### 1.5.5. Exkurs: Garantien beschuldigter Personen im Strafverfahren (Art. 6 f. EMRK; Art. 32 BV)

Im Zusammenhang mit strafrechtlichen verdeckten Ermittlungen sind die Rechte beschuldigter Personen in Strafverfahren gemäss Art. 6 f. EMRK bzw. Art. 32 BV von besonderem Interesse, namentlich die Garantie, sich nicht selbst belasten zu müssen (*nemo-tenetur-Prinzip*).<sup>595</sup> Diese wird in Art. 113 Abs. 1 StPO konkretisiert. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darf eine in einem Strafverfahren beschuldigte Person die Aussage und Mitwirkung im Prozess verweigern, muss sich aber im Übrigen den gesetzlich vorgesehenen Zwangsmassnahmen unterziehen. Hierzu zähle auch die verdeckte Ermittlung. Diese dürfe allerdings nicht dazu missbraucht werden, einem Beschuldigten in vernehmungsmässiger Weise Fragen zu unterbreiten.<sup>596</sup> Das BGer orientiert sich

<sup>591</sup> MÜLLER, 122 f., mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung.

<sup>592</sup> BGE 136 I 87, E. 8.1; vgl. MÜLLER, 43 f.; ROGGAN, Videoüberwachung, 211. Nach schweizerischer Lehre und Rechtsprechung nicht erfasst ist hingegen der blosser Anpassungs- oder Überwachungsdruck aufgrund von Kamera-Attrappen oder Hinweisschildern auf nicht vorhandene Videoüberwachungsgeräte; vgl. MÜLLER, 126 ff., m.w.H. auf Rechtsprechung und Lehre; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 13 N 76. Im Urteil des BGer 1C\_315/2009, E. 2.2, wird aber zumindest erwogen, ob nicht auch die blosser Präsenz von Überwachungskameras, seien sie eingeschaltet oder nicht, betroffene Personen tangieren würde: «En outre, la simple présence de caméras peut être vécue comme intrusive par les individus concernés, qui ne savent pas si les caméras sont actives et si quelqu'un les observe effectivement.»

<sup>593</sup> Vgl. Botschaft PolG GR, 64.

<sup>594</sup> Vgl. MALEK/WOHLERS, 13, 185; vgl. im Einzelnen unten III.2.

<sup>595</sup> BGE 130 I 126, E. 2.1.

<sup>596</sup> Urteil des BGer 1B\_114/2016; E. 2.3.

dabei an der Rechtsprechung des EGMR.<sup>597</sup> Im Einzelnen sind verschiedene Fragen nicht geklärt.<sup>598</sup>

Die Garantien im Strafverfahren müssen nach hier vertretener Auffassung auch im Falle eines Strafverfahrens gelten, bei welchem die Ergebnisse präventiver verdeckter Ermittlungen als Beweise herangezogen werden sollen, auch wenn zur Tatzeit kein Tatverdacht bestand und die betroffene Person folglich nicht beschuldigt war. Andernfalls könnten die Beschuldigtenrechte durch präventive Ermittlungsmassnahmen umgangen werden. Vor einem allfälligen Strafverfahren, d.h. vor Bestehen eines Tatverdachts, kommen einer von einer präventiven verdeckten Massnahme betroffenen Person aber keine Beschuldigtenrechte zu.<sup>599</sup>

## 1.6. Eingriffe in Grundrechte

Um die Grundrechtskonformität von verdachtslosen Observationen, verdeckten Fahndungen und verdeckten Ermittlungen beurteilen zu können, muss vorab dargestellt werden, was Grundrechtseingriffe<sup>600</sup> sind und wie sie gerechtfertigt werden können.<sup>601</sup>

Sollen die Grundrechte ihre Funktion als elementarste Schutzrechte des Einzelnen erfüllen, müssen sie *grundsätzlich* eingriffsresistent sein.<sup>602</sup> Dies gilt auch und gerade im Polizeirecht, in dessen Rahmen der Staat häufig den Schutzbereich von Grundrechten berührt. Doch der Gemeinwohlaufrag des Staates kann unter Umständen nur erfüllt werden, wenn dabei die Grundrechte Einzelner beschränkt werden.<sup>603</sup> Zudem können grundrechtliche Ansprüche verschiedener Individuen miteinander kollidieren, etwa wenn die Polizei vor die Entscheidung gestellt ist, eine Demonstration zu bewilligen, um der Meinungsäusserungsfreiheit der Demonstrierenden Nachhalt zu verschaffen, oder diese zu untersagen, da aufgrund einer Risikobeurteilung mit einer Gefahr für die physische Integrität der Passanten zu rechnen ist.<sup>604</sup> In diesen beiden Fällen muss

---

<sup>597</sup> Leitentscheid zu dieser Frage ist EGMR, Allan gegen das Vereinigte Königreich, Urteil Nr. 48539/99 vom 5. November 2002, § 50 ff.

<sup>598</sup> Eingehend dazu MEYER, ZStrR 2016, 453 ff., m.w.H. auf Lehre und Rechtsprechung.

<sup>599</sup> Vgl. HÄNNI, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, N4; KIENER/KÄLIN, 550.

<sup>600</sup> Der Begriff des Grundrechtseingriffs wird in Lehre und Rechtsprechung regelmässig synonym verwendet zu den Begriffen der Einschränkung (so auch in Art. 36 BV) und der Beeinträchtigung von Grundrechten; vgl. SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 2; GLASS, 128.

<sup>601</sup> Unten, III.1.7.

<sup>602</sup> KIENER/KÄLIN, 88.

<sup>603</sup> EGLI, Sicherheit & Recht 2012, 196 f.; MAHON, 52 f.

<sup>604</sup> Zu den Begriffen der Grundrechtskonkurrenz und der Grundrechtskollision vgl. BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 22 f.



ein Eingriff des Staates in die Grundrechte grundsätzlich gerechtfertigt werden können.<sup>605</sup>

Ein Berührtsein des sachlichen Schutzbereichs bedeutet allein noch nicht, dass die entsprechende staatliche Massnahme auch einen Eingriff in ein bestimmtes Grundrecht darstellt.<sup>606</sup> Dies ist vielmehr im Einzelfall zu prüfen. Ein Eingriff in oder – in der Terminologie der Verfassung – eine «Einschränkung» von Grundrechten liegt gemäss der Lehre vor, wenn eine dem Staat zuzurechnende Massnahme, die im Schutzbereich eines Grundrechts liegt, zu einer «Verkürzung» des eingeräumten Rechts führt.<sup>607</sup>

Nach der h.L. in der Schweiz wird zwischen direkten und indirekten Grundrechtseingriffen unterschieden.<sup>608</sup> Eine direkte Einwirkung liegt immer dann vor, wenn eine staatliche Handlung als solche «zwangsläufig» den grundrechtlich geschützten Anspruch des Einzelnen verkürzt.<sup>609</sup> Von einem indirekten Eingriff oder Eingriff mit Reflexwirkungen<sup>610</sup> ist die Rede, wenn die Verkürzung des grundrechtlich geschützten Anspruchs nicht direkt durch das staatliche Handeln (oder Unterlassen), sondern aufgrund des Verhaltens weiterer Personen oder des Auftretens weiterer Umstände eintritt.<sup>611</sup> Beispiele indirekter Grundrechtseingriffe sind staatliche Warnungen vor einer Sekte, die in die Glaubensfreiheit eingreifen,<sup>612</sup> oder ein Filmvorführungsverbot, das in die Informationsfreiheit der potenziellen Kinobesucher eingreift.<sup>613</sup> Zu den indirekten Eingriffen werden auch Fälle des sog. *chilling effects* gerechnet: Dabei werden Grundrechtsträger durch staatlich verantwortete Massnahmen von der Ausübung ihrer Grundrechte abgehalten.<sup>614</sup>

<sup>605</sup> Vgl. Art. 36 Abs. 2 BV; zu Grundrechtskollisionen i.A. BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 23. Dies gilt zumindest für die Mehrzahl der Grundrechte, vgl. MAHON, 52 f. Zumindest die Menschenwürde (Art. 7 BV), das Verbot von Folter und unmenschlicher Behandlung (Art. 10 Abs. 3 BV) sowie das *non-refoulement*-Gebot (Art. 25 Abs. 3 BV) sind aber absolut eingriffsresistent; ebenso, aufgrund von Art. 36 Abs. 4 BV, die Kerngehalte sämtlicher Grundrechte; vgl. MOHLER, N 294 f.

<sup>606</sup> Vgl. KIENER/KÄLIN, 94.

<sup>607</sup> Vgl. BETHGE/WEBER-DÜRLER, 10 ff.; TSCHANNEN, § 7 N 84 ff.; BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 16.

<sup>608</sup> SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 2; BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 17 ff.; SCHEFER, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, N 32 ff.

<sup>609</sup> BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 17.

<sup>610</sup> SCHEFER, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, N 35.

<sup>611</sup> KIENER/KÄLIN, 95 ff.; BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 18; SCHEFER, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, N 35 ff.

<sup>612</sup> BGE 118 Ia 46, E. 4e; KIENER/KÄLIN, 96; BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 18.

<sup>613</sup> SCHEFER, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa N 35.

<sup>614</sup> SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 2; ein Bsp. ist das Urteil EGMR, Wille gegen Fürstentum Lichtenstein, Nr. 28396/95, vom 28. Oktober 1999.

Im Bereich polizeilicher Observationen, verdeckter Fahndungen und verdeckter Ermittlungen stehen in erster Linie direkte Eingriffe in die Rechte der unmittelbar betroffenen Personen im Mittelpunkt. Soweit im Folgenden von Eingriffen die Rede ist, sind direkte Grundrechtseingriffe gemeint. Es ist indes nicht auszuschliessen, dass präventive Ermittlungen auch eine indirekte Eingriffswirkung, insbesondere in Form eines *chilling effects* haben können, wenn etwa Personen, im Wissen um die regelmässige Vornahme von verdeckten polizeilichen Massnahmen an bestimmten Orten, diese Orte deswegen meiden.

In der deutschen Lehre<sup>615</sup> und Rechtsprechung<sup>616</sup> ist die Eingriffsqualität tatsächlichen (nicht rechtlichen) Staatshandelns, wie es im Bereich der Vorermittlungen üblich ist, bis heute nicht unumstritten.<sup>617</sup> Nach schweizerischer Doktrin,<sup>618</sup> die von der Rechtsprechung<sup>619</sup> seit langem bestätigt wird, ist hingegen die Frage des Vorliegens eines Grundrechtseingriffs unabhängig von der Form der dem Eingriff zugrundeliegenden Massnahme. Eingriffe können gleichermaßen auf generell-abstrakte Erlasse, individuell-konkrete Rechtsakte wie auch auf faktisches Handeln des Staates zurückgehen. Selbst die Duldung von Gefährdungen oder die Unterlassung von Schutzmassnahmen können grundrechtlich geschützte Positionen beeinträchtigen.<sup>620</sup> Insbesondere polizeiliche

<sup>615</sup> Den wenig übersichtlichen Forschungsstand zeichnet BETHGE, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 58 N 1 ff., nach. Vgl. auch PEINE, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 57 N 19 ff.; BETHGE/WEBER-DÜRLER, 37 ff., 60 ff.

<sup>616</sup> Vgl. etwa BVerfG, 1 BvR 670/91, 81 ff., 26.6.2002. Das BVerfG unterscheidet in seiner Rechtsprechung zwischen «Grundrechtseingriffen», womit der «klassische» Grundrechtseingriff gemeint ist, und «Beeinträchtigungen», womit mittelbare Grundrechtseingriffe bezeichnet werden.

<sup>617</sup> Die Dogmatik geht vom Begriff des «klassischen Grundrechtseingriffs» aus, der erst in jüngerer Zeit um Fälle von «übrigen» oder «mittelbaren» Eingriffen erweitert wurde. Demnach liegt ein klassischer Eingriff nur vor, wenn imperatives, rechtsförmiges Handeln vorliegt, das unmittelbar eine grundrechtlich geschützte Position verkürzt; vgl. PEINE, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 57 N 20 ff.; BETHGE/WEBER-DÜRLER, 38 ff., 60 ff. Die verlangte Befehlsqualität haben nur generelle oder individuelle Rechtsakte wie Gesetze, Verordnungen und Verfügungen. Erst die jüngere Lehre hat den Eingriffsbegriff auf den «mittelbaren oder erweiterten Grundrechtseingriff», zu dem insbesondere auch Grundrechtsverkürzungen durch faktisches Handeln und indirekte Eingriffe gerechnet werden, ausgeweitet. Im Einzelnen besteht aber nach wie vor keine Einigkeit und aus Furcht vor der Ausuferung grundrechtlicher Ansprüche wird selbst eine Rückkehr zum klassischen Eingriffsbegriff erwogen, vgl. BETHGE/WEBER-DÜRLER, 42 f.

<sup>618</sup> BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 15; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 2; TSCHANNEN, § 7 N 88 ff., und KIENER/KÄLIN, 95 ff., übernehmen die deutsche Terminologie, folgen aber im Ergebnis dem schweizerischen Einheitsbegriff.

<sup>619</sup> Vgl. bspw. BGE 118 V 206, E. 5b; BGE 133 II 136, E. 7; 136 I 87, E. 8.1.

<sup>620</sup> BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 15; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 2.

Realakte können Eingriffe in Grundrechte darstellen.<sup>621</sup> Demnach können auch verdachtslose Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen Eingriffe in Grundrechte darstellen.

### 1.7. Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen nach Art. 36 BV

Da verdachtslose verdeckte Ermittlungsmassnahmen in die Grundrechte der Betroffenen eingreifen, sind diese nur zulässig, wenn sie nach den Bestimmungen der BV bzw. der EMRK<sup>622</sup> zu rechtfertigen sind.

Im Unterschied zur EMRK oder dem UNO-Pakt II regelt die BV von 1999 die Beschränkung der Grundrechte nicht in spezifischen Schrankenregelungen, die sich auf einzelne Grundrechte beziehen, sondern in einer allgemeinen, abstrakten Norm.<sup>623</sup> Art. 36 BV verlangt, dass bei Eingriffen in jedes Grundrecht eine gesetzliche Grundlage vorliegen, ein öffentliches Interesse am Eingriff bestehen, die Verhältnismässigkeit gegeben sein und ein Kerngehaltseingriff ausbleiben muss.<sup>624</sup> Diese Regelung nimmt frühere ungeschriebene verfassungsmässige Prinzipien auf.<sup>625</sup> Sie soll gewährleisten, dass Grundrechte nur aufgrund legitimitätsstiftender demokratischer Prozesse (gesetzliche Grundlage), im Rahmen längerfristiger Vorstellungen von Gemeinwohl (öffentliches Interesse) und unter Wahrung der Angemessenheit im Einzelfall (Verhältnismässigkeit) beschränkt werden.<sup>626</sup> Die Eingriffsvoraussetzungen des Art. 36 BV gleichen denen diverser anderer europäischer Rechtsordnungen, was in erster Linie auf den Einfluss der Rechtsprechung des EGMR zu Einschränkungen der Menschenrechte zurückzuführen ist.<sup>627</sup>

Die Regelung von Art. 36 BV ist auf Eingriffe in die Freiheitsrechte zugeschnitten.<sup>628</sup> Bei Eingriffen in andere Grundrechte sind zusätzliche Erfordernisse<sup>629</sup> verlangt oder Kompensationspflichten<sup>630</sup> des Gemeinwesens verankert.<sup>631</sup> Nicht

<sup>621</sup> BGE 130 I 369, E. 6.1.

<sup>622</sup> Vgl. unten III.1.8.

<sup>623</sup> BOTSCHAFT BV, 194; BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 5; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 1; SCHWEIZER, in: *Mélanges Pierre Moor*, 522.

<sup>624</sup> Auf die Eingriffsvoraussetzung von Art. 36 BV wird vertieft unter III.3. eingegangen.

<sup>625</sup> Botschaft BV, 194.

<sup>626</sup> SCHEFER, in: *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, § 208 N 2.

<sup>627</sup> BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 4 f.; zur Einschränkungspraxis des EGMR vgl. GRABENWARTER/PABEL, § 18 N 1 ff.; PETERS/ALTWICKER, § 3 N 3 ff.

<sup>628</sup> Botschaft BV, 194.

<sup>629</sup> Vgl. Art. 31 BV, der die besonderen Voraussetzungen und Ansprüche bei Freiheitsentzügen normiert; vgl. SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 3 ff.

<sup>630</sup> So insbesondere bei Eingriffen in die Eigentumsfreiheit, vgl. Art. 26 Abs. 2 BV.

<sup>631</sup> SCHEFER, in: *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, § 208 N 3 f.

oder nur sinngemäss anwendbar<sup>632</sup> ist Art. 36 BV insbesondere auf die Sozialrechte (Art. 12, 19, 29 Abs. 3 BV), die rechtsstaatlichen Garantien (Art. 8, 9, 49 Abs. 1 BV), die Verfahrensgarantien (Art. 29–32 BV) sowie die politischen Rechte (Art. 33 f. BV). Rechtmässige Eingriffe in diese Rechte, die den Charakter eigentlicher Garantien haben, sind kaum möglich, sie sind entweder gewahrt oder verletzt.<sup>633</sup>

Bei der Vornahme von verdachtslosen verdeckten Massnahmen der Polizei stehen Eingriffe in die grundrechtliche Garantie der Privatsphäre im Mittelpunkt.<sup>634</sup> In der folgenden Untersuchung der Zulässigkeit von Vorermittlung wird daher die Rechtmässigkeit von Eingriffen in die Garantien von Art. 13 BV bzw. Art. 8 Abs. 1 EMRK überprüft. Diese stellen typische Abwehrrechte dar, weshalb das Prüfprogramm von Art. 36 BV angewandt wird.

Art. 36 BV hat bindende Wirkung für sämtliche Organe aller Ebenen des Staates, nicht nur des Bundes, sondern auch von Kantonen und Gemeinden.<sup>635</sup> Er ist folglich auch auf Massnahmen der kantonalen Polizeibehörden im Rahmen von Vorermittlungen anwendbar, unabhängig davon, ob diese gestützt auf kantonales oder Bundesrecht handeln. Die Voraussetzungen von Art. 36 BV müssen kumulativ vorliegen, um eine Rechtfertigung des Eingriffs zuzulassen.<sup>636</sup>

#### 1.8. Rechtfertigung eines Eingriffs in Garantien der EMRK

Die EMRK kennt keine allgemeine Bestimmung betreffend Menschenrechtseinschränkungen bzw. ihre Rechtfertigung. Sie folgt vielmehr dem Konzept, die Voraussetzungen der Einschränkung der einzelnen Garantien in der entsprechenden Norm selber aufzuführen.<sup>637</sup> Dabei ist aber ein gewisses Schema bei den primär als Abwehrrechten gestalteten Garantien erkennbar. So benennt Abs. 2 des hier primär interessierenden Art. 8 EMRK als Voraussetzungen eines rechtmässigen Eingriffs, dass dieser gesetzlich vorgesehen sowie in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Ver-

---

<sup>632</sup> Das BGer geht von einer sinngemässen und teilweisen Anwendbarkeit z.B. auch bei Sozialrechten aus, vgl. z.B. BGE 129 I 35, E. 8.2; vgl. SCHEFER, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 208 N 8 f.; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 5; BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 8 f.

<sup>633</sup> Vgl. SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 5 ff.; TSCHANNEN, § 7 N 94 ff.; KIENER/KÄLIN, 90 ff.

<sup>634</sup> Art. 8 Abs. 1 EMRK, Art. 13 BV.

<sup>635</sup> SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 11.

<sup>636</sup> BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 22; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 302.

<sup>637</sup> KIENER/KÄLIN, 93; SCHILLING, N 88 ff., GRABENWARTER/PABEL, § 18 N 5 ff.

hütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. Verlangt sind demnach eine gesetzliche Grundlage des Eingriffs (im nationalen Recht), ein legitimes Ziel (öffentliches Interesse) sowie die Verhältnismässigkeit des Eingriffs.<sup>638</sup> Bezüglich der gesetzlichen Grundlage lässt der EGMR ein Gesetz im materiellen Sinne genügen; der Gesetzesbegriff des Art. 8 Abs. 2 EMRK erfasst mithin auch untergesetzliches Recht und Richterrecht.<sup>639</sup>

Folglich kann festgestellt werden, dass sich die Eingriffsvoraussetzungen nach Art. 8 Abs. 2 EMRK weitgehend mit denjenigen von Art. 36 Abs. 1–3 BV decken, punktuell aber weniger weit gehen. Demnach erübrigt sich bei der folgenden Analyse der Zulässigkeit verdachtsloser Ermittlungen eine gesonderte Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen gemäss der Konvention und es wird allein auf die Anforderungen von Art. 36 BV Bezug genommen.

---

<sup>638</sup> Handkommentar EMRK, MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, Art. 8 N 101 ff. In Bezug auf das öffentliche Interesse nennt Art. 8 Abs. 2 EMRK eine Reihe weit gefasster öffentlicher Ziele. Insbesondere rein fiskalische Zwecke genügen demnach nicht zur Einschränkung der Garantie des Privat- und Familienlebens. Dies ist bei der Auslegung von Art. 36 BV zu beachten.

<sup>639</sup> Handkommentar EMRK, MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, Art. 8 N 102.

## 2. Vorliegen von Grundrechtseingriffen durch die untersuchten Vorermittlungsmassnahmen

Einige polizeiliche Massnahmen, die der Straftatenvorsorge zuzurechnen sind, tangieren die Freiheitsrechte nicht, wie etwa Streifengänge der Polizei in Uniform oder eine Information zur Warnung der Bevölkerung.<sup>640</sup> Solche Massnahmen, die nicht in Grundrechte eingreifen, bedürfen keiner ausdrücklichen Ermächtigungsgrundlage im Gesetz. Sie sind rechtmässig, soweit sie der Erfüllung einer gesetzlich vorgesehenen polizeilichen Aufgabe dienen und den allgemeinen verfassungsmässigen Prinzipien, allen voran dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit, entsprechen.<sup>641</sup>

Auch Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen wurden von der Rechtsprechung lange Zeit nicht als Einschränkungen von Grundrechten betrachtet. Noch im Jahr 1986 erklärte das BGer, verdeckte Ermittlungen stellen keine Massnahmen mit Eingriffscharakter dar, solange der Ermittler nicht eine Straftat aktiv provoziere.<sup>642</sup> Heute sind alle drei Massnahmen, soweit sie im Strafverfahren eingesetzt werden, ausdrücklich als Zwangsmassnahmen in der StPO geregelt. Da vorliegend aber die Zulässigkeit von präventiven Observationen, verdeckten Fahndungen und verdeckten Ermittlungen untersucht wird, muss im Rahmen dieser Zulässigkeitsprüfung deren Eingriffscharakter angesprochen werden, zumal noch vor wenigen Jahren verbreitet die Auffassung vertreten wurde, verdeckte Fahndungen seien ohne besondere gesetzliche Grundlage zulässig.<sup>643</sup>

### 2.1. Verdeckte Ermittlung

Nach heute h.L.<sup>644</sup> und Rechtsprechung des EGMR<sup>645</sup> und des BGer<sup>646</sup> stellt der Einsatz eines verdeckten Ermittlers einen schwerwiegenden Eingriff in die Grundrechte betroffener Personen dar.<sup>647</sup>

---

<sup>640</sup> Vgl. bspw. § 32a Abs. 1 PolG ZH; ALBERTINI, Polizeigesetz und Polizeiverordnung des Kantons Graubünden, 146 ff.; vgl. GUSY, Polizei- und Ordnungsrecht, § 4 N 165.

<sup>641</sup> Vgl. GUSY, Polizei- und Ordnungsrecht, § 4 N 165.

<sup>642</sup> BGE 112 Ia 18, E. 3b.

<sup>643</sup> Vgl. HANSJAKOB, forumpoenale 2008b, 361 ff.; JOSITSCH/MURER MIKOLÁSEK, AJP 2011, 181 ff.

<sup>644</sup> Bez. strafprozessualer verdeckter § Ermittlungen BSK StPO-KNODEL, Art. 286 N 16; MUGGLI, 231; bez. polizeilich motivierten verdeckten Ermittlungen MOHLER, N 436 ff.; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBISGER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 130 ff.; MAGNIN, 156.

<sup>645</sup> EGMR, Lüdi gegen die Schweiz, Urteil Nr. 12433/86 vom 15. Juni 1992, § 36; vgl. TRECHSEL, 112.

<sup>646</sup> BGE 134 IV 266, E. 3.6.1.

<sup>647</sup> So schon die BOTSCHAFT BÜPF/BVE, 4283. Zu den Charakteristika verdeckter Ermittlungen vgl. oben III.1.4.6.

Eingegriffen wird an erster Stelle in das Recht auf Privatsphäre.<sup>648</sup> Dies ist einerseits damit zu begründen, dass bei verdeckten Ermittlungen Polizeianghörige nicht als solche erkennbar sind, sondern sie die Zielpersonen über ihre wahre Identität und Funktion täuschen. Aufgrund der Täuschung können die betroffenen Personen nicht mehr selber darüber bestimmen, welche Informationen sie über sich preisgeben wollen. Andererseits tangiert täuschendes Vorgehen die private Lebensgestaltung. Nicht geklärt, aber von eher untergeordneter Bedeutung ist die Frage, ob der Eingriff dem Recht auf private Lebensgestaltung (Art. 13 Abs. 1 BV) oder doch eher demjenigen auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) gilt.<sup>649</sup>

Eingeschränkt wird ausserdem der Anspruch auf persönliche Freiheit, insbesondere in seinen Teilbereichen als Recht auf Willens- und Entscheidungsfreiheit.<sup>650</sup> Ein entsprechender Eingriff liegt vor, wenn der Staat die betroffene Person täuscht und dadurch zu einem bestimmten Verhalten verleitet.<sup>651</sup>

Daneben gefährden verdeckte Ermittlungen potentiell die Verteidigungsrechte beschuldigter Personen.<sup>652</sup> Zum einen besteht die Gefahr einer Verkürzung des Konfrontationsrechts (Art. 147 Abs. 1 StPO), falls dem verdeckten Ermittler im Prozess Anonymität zugesichert wird (Art. 288 Abs. 2 StPO).<sup>653</sup> Zum anderen können verdeckte Ermittlungen die Selbstbelastungsfreiheit (Art. 113 Abs. 1 StPO) verletzen. Die verdeckte Ermittlung darf nicht zu einer Umgehung des Aussageverweigerungsrechts führen. Eine solche Umgehung liegt vor, wenn der verdeckte Ermittler unter Ausnützung des geschaffenen Vertrauensverhältnisses in einer vernehmungähnlichen Weise dem Beschuldigten Fragen unterbreitet, die diesem bei der Einvernahme gestellt wurden oder hätten gestellt werden sollen, und ihn zur Aussage drängt.<sup>654</sup>

Die Schwere des Grundrechtseingriffs durch eine verdeckte Ermittlung ergibt sich aufgrund der Legendierung des verdeckten Fahnders sowie aus dem Aufbauen eines Vertrauensverhältnisses zur Zielperson.<sup>655</sup> Dadurch liegt eine in sachlicher Hinsicht intensivere und regelmässig auch dauerhaftere Täuschung der Zielperson vor als im Falle der verdeckten Fahndung.

---

<sup>648</sup> BSK StPO-KNODEL, Art. 285a N 1; RONC/VAN DER STROOM/MEYER, *forum* 2016, 303 (Fn. 4); HANSJAKOB, ZStrR 2004, 99.

<sup>649</sup> MALEK/WOHLERS, 13, 185.

<sup>650</sup> Urteil des Zürcher Kassationsgerichts vom 29.12.1994, E. 2b., wiedergeben in ZR 94/1995, 197 ff.

<sup>651</sup> ZR 94/1995, 197.

<sup>652</sup> Art. 29 Abs. 2, Art. 32 Abs. 1 BV.

<sup>653</sup> VETTERLI, *Gesetzesbindung im Strafprozess*, 193.

<sup>654</sup> Urteil des BGer 1B\_117/2016 vom 21. März 2017, E. 2.3.; vgl. MEYER, ZStrR 2016, 453 ff.; VETTERLI, *forum* 2008, 369 f.

<sup>655</sup> RONC/VAN DER STROOM/MEYER, *forum* 2016, 303 ff.

## 2.2. Verdeckte Fahndung

In der Praxis von Staatsanwaltschaften und Polizei<sup>656</sup> und von Teilen der Lehre wurde lange Zeit die Ansicht vertreten, verdeckte Fahndungen und Observationen<sup>657</sup> seien ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage zulässige Vorgehensweisen.<sup>658</sup> Bei Drogenscheinkäufen oder heimlichen Ermittlungen in Internetchats liege der Täuschungsaufwand unterhalb der Schwelle einer die Grundrechte verkürzenden verdeckten Ermittlung.<sup>659</sup> Nach dieser Auffassung stellten nur solche Ermittlungsmethoden, welche die Gefahr mit sich brächten, dass die Zielperson sich aufgrund des Verhaltens des Ermittlers anders verhalten könnte, als dies gegenüber einem anderen ihrer Opfer der Fall wäre, einen Eingriff in die persönliche Freiheit der Zielperson dar.<sup>660</sup> Dies sei erst der Fall, wenn aufgrund der Dauer des Einsatzes und des erhöhten Täuschungsaufwand (Legendierung) ein (scheinbares) Vertrauensverhältnis zwischen der Zielperson und dem verdeckten Ermittler entstanden sei.<sup>661</sup> Es bestehe kein schützenswertes Vertrauen eines Gesetzesbrechers darauf, dass sein Geschäfts- oder Gesprächspartner nichts zu seiner Überführung im Strafverfahren beitragen würde.<sup>662</sup> Würden sich verdeckte Fahnder bei einem Einsatz betreffend Sexualdelikte in einem Internet-Chat wie ein 13-jähriges Mädchen oder der polizeiliche Scheinkäufer wie ein normaler Drogenkonsument verhalten und die Zielperson reagiere entsprechend darauf, liege kein Eingriffshandeln vor. Schliesslich verhalte sich die Zielperson eben nicht anders als «üblich» und jedes andere, «echte» Gegenüber der Zielperson könne ja auch zur Polizei gehen und das entsprechende Verhalten anzeigen.<sup>663</sup> Der Zielperson sei es in diesen Situationen einerlei, wen sie gegenüber habe, deshalb liege keine eigentliche Täuschung durch den verdeckten Fahnder

---

<sup>656</sup> BÄTTIG, *Kriminalistik* 2006, 132 ff.; HANSJAKOB, *forum* 2008b, 363 ff.; RHYNER/STÜSSI, in: *Polizeiliche Ermittlung*, 492.

<sup>657</sup> Zu den Charakteristika von Observationen und verdeckten Fahndungen vgl. oben III.1.4.3 bzw. III.1.4.4.

<sup>658</sup> HANSJAKOB, *forum* 2013, 214; MURER MIKOLÁSEK, in: *Der Schutz polizeilicher Güter*, 162 ff.

<sup>659</sup> HANSJAKOB, *forum* 2008b; HANSJAKOB, *Sicherheit & Recht* 2009, 146 ff.; JOSITSCH/MURER MIKOLÁSEK, *AJP* 2011, 181 ff. Auch die Botschaft zum BVE erklärte, der Einsatz ziviler Fahnder stelle keine verdeckte Ermittlung dar, ohne sich allerdings zum Eingriffscharakter der verdeckten Fahndung zu äussern; Botschaft BÜPF/BVE, 4284.

<sup>660</sup> Konsequenterweise würde gemäss dieser Annahme eine verdeckte Ermittlung gegen einen Unschuldigen nie in dessen Grundrechte eingreifen, da dieser keine «anderen Opfer» hat und entsprechend sich nicht anders als gegenüber anderen Opfern verhalten kann.

<sup>661</sup> HANSJAKOB, *forum* 2008b, 164.

<sup>662</sup> MURER MIKOLÁSEK, in: *Der Schutz polizeilicher Güter*, 163.

<sup>663</sup> JOSITSCH/MURER MIKOLÁSEK, *AJP* 2011, 184.



vor.<sup>664</sup> Im Ergebnis hielten diese Autoren jede derartige verdeckte Massnahme als vom generellen Ermittlungsauftrag der Polizei erfasst und daher ohne besondere gesetzliche Grundlage für zulässig.<sup>665</sup>

Diese Position, die auf die frühere Rechtsprechung des BGer zum fehlenden Eingriffscharakter der verdeckten Ermittlung<sup>666</sup> zurückging, vernachlässigte zweierlei: Erstens markiert eine Einwirkung des polizeilichen Ermittlers, die die Zielperson zu einem anderen (deliktischen) Handeln motivieren soll als gegenüber einem «normalen Opfer», nicht etwa die Grenze zwischen verdeckter Fahndung und der unstrittig die Grundrechte tangierenden verdeckten Ermittlung, sondern vielmehr die Obergrenze des Zulässigen im Rahmen einer verdeckten Ermittlung.<sup>667</sup> Führt die Einwirkung des verdeckten Ermittlers auf die Zielperson zu einem deliktischen Verhalten, dass weiter geht als gegenüber einem beliebigen Drogenabnehmer oder einer realen Chatteilnehmerin, so begeht der verdeckte Ermittler eine illegale Tatprovokation.<sup>668</sup>

Zweitens kann es bei der Beurteilung, ob ein täuschendes Verhalten des Ermittlers vorliegt, nicht darauf ankommen, ob sich der Getäuschte für die Identität des Gegenübers interessiert oder nicht.<sup>669</sup> Denn nicht der Name oder andere persönliche Angaben sind in den zumeist recht banalen Situationen, in denen verdeckte Fahndungen stattfinden, entscheidend, sondern die Absicht und die Funktion<sup>670</sup> des Gegenübers. Ein Dealer möchte in jedem Fall ein Geschäft mit einem Polizisten vermeiden,<sup>671</sup> ebenso, wie er keinen Deal mit einer Person anbahnen wird, von der er weiss, dass sie ihn anschliessend bei der Polizei anzeigen würde. Ein ziviler Fahnder der Polizei täuscht sein Gegenüber, mit dem er in Kontakt tritt, über seine Eigenschaft, Polizist zu sein.<sup>672</sup> Auch der Polizeibeamte, der mit seinem eigenen Fahrzeug vorfährt und sich mit seinem richtigen Namen vorstellt, kann verdeckter Fahnder sein, wenn er seine Funktion als Polizist verschweigt.<sup>673</sup>

---

<sup>664</sup> HANSJAKOB, ZStrR 2004, 99.

<sup>665</sup> JOSITSCH/MURER MIKOLÁSEK, AJP 2011, 184.

<sup>666</sup> BGE 112 Ia 18, E. 3b.

<sup>667</sup> Vgl. für das Strafverfahren Art. 293 StPO sowie oben III.1.4.6.

<sup>668</sup> Vgl. BISCHOFF/LANTER, jusletter 2008, N 3; zu den Grenzen der zulässigen Einwirkung des verdeckten Ermittlers auf die Zielperson oben III.1.4.6.

<sup>669</sup> So aber sinngemäss RHYNER/STÜSSI, in: Polizeiliche Ermittlung, 494 f.

<sup>670</sup> ZK StPO-HANSJAKOB, Art. 298a N 2.

<sup>671</sup> HUG-BEELI, Art. 23 N 269; HÄNNI, Im Spannungsfeld zwischen Arzneimittel und Rauschgift, 249.

<sup>672</sup> Vgl. BISCHOFF/LANTER, jusletter 2008, N 8.

<sup>673</sup> ZK StPO-HANSJAKOB, Art. 298a N 2.

Ein Entscheid des BGer im Jahr 2008 sorgte für Klärung.<sup>674</sup> Zu beurteilen war der Einsatz eines Fahnders der Kantonspolizei Zürich, der unter Verwendung des Pseudonyms «manuela\_13» und unter Gebrauch der täuschenden Angabe, er sei ein 13-jähriges Mädchen, in einem Internet-Chat für Kinder und Jugendliche versucht hatte, Erwachsene aufzuspüren, die Sexualstraftaten anbahnen wollten. Zu dieser Zeit bestand auf Bundesebene mit dem BVE eine gesetzliche Grundlage für verdachtslose und repressive verdeckte Ermittlungen, während verdeckte Fahndungen und Observationen keine bundesrechtliche Regulierung kannten.

Das BGer hielt in seinen Erwägungen fest, die Botschaft zum BVE unterscheide zwar zwischen verdeckten Ermittlern einerseits und Fahndern in Zivil andererseits, wobei Letztere gemäss der Botschaft nicht unter den Anwendungsbereich des BVE fielen. Massgebend für die Anwendbarkeit des BVE sei aber nicht der betriebene Täuschungsaufwand, sondern der Umstand, dass der Verdächtige überhaupt getäuscht werde, weil der mit ihm zu Ermittlungszwecken kommunizierende Polizeiangehörige nicht als solcher erkennbar sei.<sup>675</sup> Mangels einer klaren, abweichenden Regelung im damaligen BVE sei jedes Anknüpfen von Kontakten mit einer verdächtigen Person zu Ermittlungszwecken durch einen nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen ungeachtet des Täuschungsaufwandes und der Eingriffsintensität als verdeckte Ermittlung im Sinne des (damaligen) BVE zu qualifizieren.<sup>676</sup>

Daraus kann nur geschlossen werden, dass das BGer jegliches Anbahnen von Kontakten durch die Polizei zu Ermittlungszwecken unter Verschleierung der wahren Identität und Funktion der beteiligten Polizisten, also auch die verdeckte Fahndung, als Eingriff in die Freiheitsrechte der Betroffenen betrachtet.<sup>677</sup> Ebendiesen Standpunkt vertrat anschliessend auch die RK NR in ihrem Bericht zur Parlamentarischen Initiative zur Verankerung der verdeckten Fah-

---

<sup>674</sup> BGE 134 IV 266.

<sup>675</sup> BGE 134 IV 266, E. 3.6.3.; vgl. VETTERLI, *forumpoenale* 2008, 367 ff.

<sup>676</sup> BGE 134 IV 266, E. 3.7. Diese Schlussfolgerung stiess auf Kritik der Lehre und löste unmittelbar die gesetzgeberischen Bestrebungen zum Erlass der Bestimmungen über die verdeckte Fahndung aus. Die Kritik brachte v.a. vor, dass der Gesetzgeber beim Erlass des BVE nur an längerfristige und aufwendige Einsätze in kriminellen Milieus und nicht an kurze, einfache Ermittlungen in Chatrooms oder bei Drogenscheinkäufen gedacht habe, was auch der Wortlaut von Art. 1 BVE deutlich mache. Dem ist beizupflichten, doch kann daraus andererseits nicht der Schluss gezogen werden, dass heimliche Ermittlung unterhalb dieser wenig konkreten Schwelle ohne besondere gesetzliche Grundlage zulässig wäre. Aus Überlegungen des Schutzes der Grundrechte und aufgrund der allgemeinen Geltung des Legalitätsprinzips war der Entscheid daher folgerichtig, ebenso wie die rasche Füllung der Lücke in der StPO durch den Erlass von Art. 298a ff. StPO. Vgl. VETTERLI, *forumpoenale* 2008, 367 ff.

<sup>677</sup> JOSITSCH/MULLE, *AJP* 2014, 492 f.

dung in der StPO.<sup>678</sup> Seit Inkrafttreten der Bestimmungen zur verdeckten Fahndung in der StPO<sup>679</sup> ist deren Eingriffscharakter nicht mehr umstritten.

Eine verdeckte Fahndung stellt einen Eingriff in die Privatsphäre und die persönliche Freiheit der Zielperson dar, und zwar einen leichteren als die verdeckte Ermittlung, aber einen schwerwiegenderen als die Observation.<sup>680</sup> Die Zielperson wird nicht nur beobachtet und möglicherweise «passiv» getäuscht, indem sie die observierenden Polizeibeamten nicht als solche erkennen kann. Sie wird vielmehr aktiv und zielgerichtet getäuscht, indem sie angesprochen und in ein Gespräch verwickelt wird, dessen wahren Hintergrund sie nicht erkennen kann. Der verdeckte Fahnder beobachtet nicht bloss, sondern wirkt durch die Interaktion auf das Verhalten der Zielperson ein.<sup>681</sup>

### 2.3. Observation

Die Observation wurde in Gesetzgebung und Lehre lange Zeit nicht als Eingriffsmassnahme aufgefasst.<sup>682</sup> Noch 1998 erklärte der Bundesrat, es bestehe kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf zur Regelung der Observation. Diese sei ein Instrument der Polizei, das nicht den Charakter einer Zwangsmassnahme habe.<sup>683</sup>

Dies änderte sich mit Erlass von Art. 282 StPO, mit welchem der Bundesgesetzgeber zum Ausdruck brachte, dass er die Observation als Zwangsmassnahme betrachtet.<sup>684</sup> Für den Bereich des Sozialversicherungsrechts haben BGer<sup>685</sup> und EGMR<sup>686</sup> den Eingriffscharakter einer Observation mehrfach bejaht. Der EGMR hat sich allerdings nur mit der Eingriffsqualität der durchgeführten Videoaufzeichnungen befasst; ob das bloss systematische Beobachten im öffentlichen Raum bereits einen Eingriff in Art. 8 EMRK darstellt, hat er offen gelassen.<sup>687</sup> Das BGer hat sich 2014 mit einer polizeirechtlichen Bestimmung zur Observation befasst und dabei festgehalten, eine Observation zum

---

<sup>678</sup> Bericht RK NR Initiative Jositsch, 5594.

<sup>679</sup> Art. 298a ff. StPO.

<sup>680</sup> JOSITSCH/MULLE, AJP 2014, 498; RONC/VAN DER STROOM/MEYER, forumpoenale 2016, 302.

<sup>681</sup> MUGGLI, 230 f.

<sup>682</sup> ZALUNARDO-WALSER, 50 ff.; BSK StPO-EUGSTER/KATZENSTEIN, Art. 282 N 2.

<sup>683</sup> Botschaft BÜPF/BVE, 4254; vgl. EICKER/ACHERMANN/LEHNER, AJP 2013, 1464 ff.

<sup>684</sup> Vgl. Botschaft StPO, 1252.

<sup>685</sup> Erstmals in BGE 135 I 169, E. 4.4; vgl. auch Urteil des BGer 9C\_816/2016, E. 4.

<sup>686</sup> EGMR, Vukota-Bojić gegen die Schweiz, Urteil Nr. 61838/10 vom 18. Oktober 2016, § 48 ff.

<sup>687</sup> EGMR, Vukota-Bojić gegen die Schweiz, Urteil Nr. 61838/10 vom 18. Oktober 2016, § 52 ff.

Zwecke der Straftatenverhinderung bedürfe einer gesetzlichen Grundlage im Polizeirecht.<sup>688</sup> Die jüngere Lehre bejaht den grundrechtsbeschränkenden Charakter der polizeilichen Observation ebenfalls.<sup>689</sup>

Fraglich ist, ob jedes Beobachten von Personen oder Sachen durch nicht uniformierte Polizeiangehörige im öffentlichen Raum eine grundrechtsverkürzende Observation darstellt. Die Botschaft zur StPO hält fest, eine Observation liege vor, wenn Vorgänge oder Personen durch die Polizei systematisch und während einer gewissen Dauer beobachtet und registriert würden. Dieser Auffassung folgt auch die Lehre.<sup>690</sup> Die Grenzen zwischen einem blossen Beobachten und einem Observieren mit Eingriffscharakter bleiben dabei aber unklar. Es wird vertreten, dass ein Fahnder in Zivil, der sich in der Drogenszene oder anderen einschlägigen Milieus bewege, nicht observiere.<sup>691</sup> Diese Auffassung ist zumindest in ihrer Absolutheit nicht haltbar, ist doch das unbemerkte und systematische Beobachten in der Regel gerade der Zweck solcher Einsätze. Unbestritten ist hingegen, dass nicht systematische polizeiliche Beobachtungen auf einer Patrouillenfahrt oder im Rahmen eines Streifengangs keine Observation darstellen und die Grundrechte dadurch nicht tangiert werden.<sup>692</sup>

In der Lehre wird teilweise versucht, eine konkrete Frist zu definieren, unterhalb welcher ein polizeiliches Beobachten keine Observation darstellen solle. Unter Berufung auf die deutsche Lehre wird vertreten, eine Observation liege erst bei einer Beobachtungsdauer von mehr als 12 Stunden innerhalb einer Woche oder insgesamt mehr als 3 Tagen vor.<sup>693</sup>

Tatsächlich kennt das deutsche Strafprozessrecht aber nur eine ausdrückliche Regelung einer qualifizierten Form der Observation, nämlich der «längerfristigen Observation»<sup>694</sup>. Eine längerfristige Observation, welche nur zur Verfolgung bedeutender Straftaten und nur durch die Staatsanwaltschaft oder ein Gericht angeordnet werden darf, liegt bei einer Observationsdauer von über 24 Stunden vor oder wenn die Massnahme an mehr als zwei Tagen durchgeführt

---

<sup>688</sup> BGE 140 I 381, E. 3.3.

<sup>689</sup> So z.B. SCHMID/JOSITSCH, N 1170; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 128; ZALUNARDO-WALSER, 50 ff.; MÜLLER, in: Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft II, 131; EICKER/ACHERMANN/LEHNER, AJP 2013, 1465 ff.

<sup>690</sup> BSK StPO-EUGSTER/KATZENSTEIN, Art. 282 N 1; ZK StPO-HANSJAKOB, Art. 282 N 3; SCHMID, Art. 282 N 5; RHYNER/STÜSSI, in: Polizeiliche Ermittlung, 472.

<sup>691</sup> RHYNER/STÜSSI, in: Polizeiliche Ermittlung, 473.

<sup>692</sup> MAGNIN, 149; MÜLLER, in: Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft II, 131.

<sup>693</sup> ZK StPO-HANSJAKOB, Art. 282 N 3; SCHMID, Art. 282 N 5, geht ebenfalls von einer zeitlichen Schwelle von drei Tagen aus.

<sup>694</sup> § 163f StPO-D.

wird. Die deutsche Lehre und Rechtsprechung betrachtet kürzer dauernde Observationen durchaus auch als die Grundrechte beeinträchtigende Zwangsmassnahmen. Anders als das schweizerische Recht kennt aber die deutsche StPO eine allgemeine Ermittlungsgeneralklausel<sup>695</sup>, welche als gesetzliche Grundlage für geringfügigere Zwangsmassnahmen im Rahmen der polizeilichen Ermittlungen dient.<sup>696</sup>

Die Einsatzdauer stellt zudem eher kein geeignetes Kriterium zur Bestimmung der Eingriffsqualität der Observation dar, da sie oft von äusseren Umständen, Zufällen und der Art der aufzuklärenden Sachverhalte abhängt.<sup>697</sup> Das Abstellen auf die Dauer des Einsatzes entspringt eher dem Bedürfnis nach einfacher Handhabung und Überprüfbarkeit, als dass es ein tatsächlich taugliches Mittel der Abgrenzung ist. Die Dauer des Einsatzes ist vielmehr als eines unter diversen Kriterien zu betrachten, mit welchen ein bloss zufälliges, spontanes Beobachten<sup>698</sup> von der systematischen Observation abzugrenzen ist. Ob und in welchem Masse in die persönliche Freiheit und in die Privatsphäre Betroffener eingegriffen wird, muss danach entschieden werden, ob in qualitativer Hinsicht ein zielgerichtetes und systematisches Vorgehen gegeben ist oder nicht.

Abzustellen ist in erster Linie auf den polizeilichen Einsatzbefehl. Mögliche Kriterien der Abgrenzung der Observation zur blossen polizeilichen Beobachtung sind der Zweck des Einsatzes, die Bestimmung von Zielobjekten, d.h. Personen, Sachen oder Vorgängen, die beobachtet werden (sollen), die Eingrenzung von Einsatzort und -zeit, die Aufzeichnung der Beobachtungen, die dienstliche Funktion der eingesetzten Polizeikräfte<sup>699</sup> (zur Observation ausgebildete und ausgerüstete Polizeikräfte oder nicht?) sowie die Dauer des Einsatzes (lässt die Dauer auf ein zufälliges Beobachten oder auf ein systematisches Vorgehen schliessen?).<sup>700</sup> Werden Bild- oder Tonaufnahmen von Zielpersonen gemacht, ist in jedem Fall von einer Observation auszugehen.<sup>701</sup>

---

<sup>695</sup> § 161 Abs. 1 Satz 1 sowie § 163 Abs. 1 Satz 2 StPO-D; vgl. LR-ERB, § 163f N 3.

<sup>696</sup> Vgl. zum Ganzen LR-ERB, § 163f N 3 ff.; MALEK/WOHLERS, 13, N 631 ff.

<sup>697</sup> Ebenso im Ergebnis ZALUNARDO-WALSER, 57 ff. Aus ähnlichen Überlegungen wies das BGer das zur Zeit der Geltung des BVE vorgebrachte Argument ab, das Vorliegen einer verdeckten Ermittlung sei anhand der Eingriffsdauer zu bestimmen: «Die zeitliche Dauer des Einsatzes ist kein taugliches Abgrenzungskriterium, da es einerseits ohnehin zu unbestimmt ist und andererseits auch von der Art der aufzuklärenden Straftat sowie nicht zuletzt von Zufälligkeiten abhängt, wie rasch durch die verdeckte Ermittlungstätigkeit Erkenntnisse gewonnen werden»; BGE 134 IV 266, E. 3.5.2.

<sup>698</sup> BSK StPO-EUGSTER/KATZENSTEIN, Art. 282 N 1.

<sup>699</sup> RHYNER/STÜSSI, in: Polizeiliche Ermittlung, 471.

<sup>700</sup> Vgl. ZALUNARDO-WALSER, 47 ff.

<sup>701</sup> Vgl. BSK StPO-EUGSTER/KATZENSTEIN, Art. 282 N 7.

Kein grundrechtlich relevantes Handeln ist die (offene oder verdeckte) polizeiliche Beobachtung, solange sie spontan oder zufällig erfolgt.<sup>702</sup> Es besteht kein grundrechtlicher Schutzanspruch vor zufälliger Beobachtung im öffentlichen Raum.<sup>703</sup>

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass verdachtslose verdeckte Ermittlungen, verdeckte Fahndungen und Observationen Einschränkungen der Garantie der Privatsphäre und der persönlichen Freiheit darstellen.

---

<sup>702</sup> RHYNER/STÜSSI, in: *Polizeiliche Ermittlung*, 472; BSK StPO-EUGSTER/KATZENSTEIN, Art. 282 N 1.

<sup>703</sup> ZALUNARDO-WALSER, 52.

### 3. Rechtfertigung von Vorermittlungsmassnahmen

Da verdachtslose Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen in die Garantien der Privatsphäre und der persönlichen Freiheit eingreifen, können sie nur zulässig sein, wenn sie nach den Anforderungen von Art. 36 BV zu rechtfertigen sind.<sup>704</sup> Ob und wenn ja unter welchen Umständen dies der Fall ist, bildet Gegenstand des folgenden Abschnitts, dessen Aufbau der Systematik von Art. 36 BV folgt. Schwerpunkte der Analyse bilden erstens die notwendige Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage von Vorermittlungen<sup>705</sup> und zweitens die Frage der Zumutbarkeit oder Verhältnismässigkeit i.e.S.<sup>706</sup>

Da Vorermittlungen in erster Linie in die Privatsphäre eingreifen, wird bei der folgenden Prüfung der Rechtfertigung von Vorermittlungen der Eingriff in die Garantie der Privatsphäre als Referenzpunkt herangezogen.

#### 3.1. Gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV)

Grundrechtseinschränkungen sind nur zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, wie Art. 36 Abs. 1 Satz 1 BV festhält.<sup>707</sup> In einem Rechtsstaat dürfen Grundrechtsbeschränkungen nicht nach behördlichem Belieben erfolgen, sondern müssen durch einen Grundkonsens der Rechtsgemeinschaft getragen werden und bedürfen daher der demokratischen Legitimation.<sup>708</sup>

<sup>704</sup> Vgl. oben III.1.7.

<sup>705</sup> Unten III.3.1.1.

<sup>706</sup> Unten III.3.3.2.3.

<sup>707</sup> Analoge Bestimmungen finden sich auch in den Verfassungen der meisten Kantone, so etwa in § 13 Abs. 1 Satz 1 KV BS; § 15 Abs. 2 Satz 1 KV BL; Art. 43 Abs. 1 Cst GE; andere Kantonsverfassungen verweisen auf die Bestimmung der BV, so Art. 10 Abs. 2 KV ZH.

<sup>708</sup> KIENER/KÄLIN, 99 f.; SCHWEIZER, in: *Mélanges Pierre Moor*, 517 ff., MOHLER, N 109. Ein wesentlicher Entscheid im Kontext dieser Untersuchung, welcher den Grundsatz der Gesetzmässigkeit in Erinnerung rief, ist BGE 134 IV 266 (vgl. oben III.2.2). Das BGER entschied, dass mangels einer klaren, abweichenden Regelung im damaligen BVE jedes Anknüpfen von Kontakten mit einer verdächtigen Person zu Ermittlungszwecken durch einen nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen eine verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE darstelle (BGE 134 IV 266, E. 3.7). Es verwies dabei ausdrücklich auf den Schutzzweck der Bestimmungen des BVE. Nicht der betriebene Täuschungsaufwand, sondern der Umstand, dass der Verdächtige überhaupt getäuscht werde, weil der mit ihm zu Ermittlungszwecken kommunizierende Polizeiangehörige nicht als solcher erkennbar ist, mache die Massnahme zu einem Eingriff. Allein schon aufgrund der Täuschung bedürfe die verdeckte Ermittlung in jedem Fall einer besonderen gesetzlichen Regelung, ganz unabhängig davon, welche Eingriffsintensität die verdeckte Ermittlung im konkreten Einzelfall aufweise (BGE 134 IV 266, E. 3.6.4). Damit stelle das BGER nichts anderes klar, als dass jedes in die Privatsphäre der Betroffenen eingreifendes Vorgehen

Das Gesetzmässigkeitsprinzip soll zudem sicherstellen, dass Grundrechtseingriffe rechtsgleich erfolgen. Weiter dient es der Rechtssicherheit: Grundrechtseingriffe müssen in einem gewissen Masse vorhersehbar und berechenbar sein, so dass der Einzelne sein Handeln nach den gesetzlichen Anweisungen richten kann.<sup>709</sup> Um diese Funktionen zu erfüllen, müssen Freiheitsbeschränkungen in einem hinreichend klar und bestimmt formulierten Rechtssatz vorgesehen sein (Erfordernis des Rechtssatzes).<sup>710</sup>

Die demokratische Legitimation eines Grundrechtseingriffs ist umso wesentlicher, je schwerer die Einschränkung wiegt. Daher sind schwerwiegende Grundrechtseingriffe gemäss dem zweiten Satz von Art. 36 Abs. 1 BV nur zulässig, wenn sie durch den formellen Gesetzgeber, d.h. in einem Gesetz im formellen Sinn, vorgesehen sind (Erfordernis der Gesetzesform).<sup>711</sup> Leichte Eingriffe können sich auf eine Regelung auf Verordnungsstufe stützen. Die entsprechende Bestimmung muss aber auf einer zulässigen und hinreichenden Delegationsnorm in einem formellen Gesetz beruhen.<sup>712</sup>

Grundrechtseingriffe, die ohne entsprechende gesetzliche Grundlage erfolgen, können nur ausnahmsweise in einem eng umgrenzten Rahmen zulässig sein, wenn sie aufgrund einer gravierenden, unmittelbaren und nicht anders abwendbaren Gefahr geboten sind (polizeiliche Generalklausel).<sup>713</sup>

Im Folgenden stehen die Anforderungen an die gesetzlichen Grundlagen von polizeilichen Vorermittlungen hinsichtlich Normbestimmtheit und Normstufe im Fokus, wie sie sich aus Rechtsprechung und Lehre ergeben. Ebenso muss diskutiert werden, ob sich Vorermittlungen auf die polizeiliche Generalklausel stützen lassen.

Anschliessend ist zu bestimmen, welche gesetzlichen Grundlagen für verdachtslose Ermittlungen im schweizerischen Recht aktuell bestehen. In jüngster Zeit haben zahlreiche Kantone entsprechende polizeirechtliche Bestimmungen

---

der Polizei einer gesetzlichen Grundlage bedürfe. Der Standpunkt der damaligen Kritiker dieses Entscheids, dass ein Eingriffshandeln, welches nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt ist, zulässig sein müsse, verkennt die Bedeutung des Legalitätsgrundsatzes. Vgl. HANSJAKOB, *forum*poenale 2008b, 361 ff.; JOSITSCH/MURER MIKOLÁSEK, *AJP* 2011, 181 ff.; VETTERLI, *forum*poenale 2008, 367 ff.; BISCHOFF/LANTER, *jusletter* 2008, N 1 ff.

<sup>709</sup> BGE 123 I 1; E. 2b.

<sup>710</sup> BGE 132 I 49; E. 6.2; vgl. auch BGE 138 I 378, E. 7.2; 136 I 87, E. 3.1; 128 I 327, E. 4.2; vgl. anstelle vieler BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 35; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 15; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 308 f.

<sup>711</sup> BGE 136 II 415, E. 3.2; 132 I 157, E. 2.2.; vgl. BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 33; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 16 ff.; KIENER/KÄLIN, 102 f.

<sup>712</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 311; KIENER/KÄLIN, 103 ff.

<sup>713</sup> Art. 36 Abs. 1 BV, 2. Satz; vgl. unten III.3.1.3.



erlassen. Vor deren Untersuchung werden aber auch die gesetzgeberischen Bemühungen auf Bundesebene reflektiert, Grundlagen für präventive Ermittlungen zu schaffen.<sup>714</sup>

Daran schliesst sich die Anwendung der abstrakten Anforderungen an gesetzliche Regelungen von Vorermittlungen auf die entsprechenden, gegenwärtig bestehenden gesetzlichen Grundlagen an. Aufgrund der Vielzahl kantonaler Bestimmungen wird dabei eine Auswahl von Normen untersucht, welche exemplarischen Charakter haben. Da die Anforderungen an die gesetzlichen Grundlagen von Observationen, verdeckten Fahndungen und verdeckten Ermittlungen in den Grundzügen übereinstimmen, wird der Schwerpunkt der Analyse auf die Bestimmungen zu verdachtslosen Observation gelegt und die Behandlung der Regelungen zur verdeckten Fahndung und verdeckten Ermittlungen auf diejenigen Aspekte beschränkt, die hiervon abweichen.

### **3.1.1. Hinreichende Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage**

Das BGer hat in seiner Rechtsprechung zum Gebot der Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage von Grundrechtseingriffen eine Sonderpraxis entwickelt, soweit es sich um Bestimmungen des Polizeirechts handelt.<sup>715</sup> Da verdachtslose Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen der Straftatenprävention dienen und mithin dem Bereich des Polizeirechts zuzurechnen sind, muss diskutiert werden, ob an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlagen dieser Massnahmen besondere Anforderungen im Vergleich zur entsprechenden Rechtsprechung bezüglich Bestimmungen anderer Rechtsbereiche zu stellen sind.

In zwei Entscheiden im Jahr 2014 hat sich das BGer erstmals mit der Verfassungsmässigkeit gesetzlicher Grundlagen polizeilicher Vorermittlungen befasst und dabei seine entsprechenden Anforderungen umrissen.

#### *3.1.1.1. Bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Bestimmtheitsgebot im Polizeirecht*

Nach der an der Praxis des EGMR<sup>716</sup> ausgerichteten Rechtsprechung des BGer verlangt das Legalitätsprinzip im Sinne von Art. 36 Abs. 1 BV eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtssätze. Das Erforder-

---

<sup>714</sup> Behandelt werden gesetzliche Bestimmungen, die bis zum 31. Mai 2018 in Kraft getreten sind.

<sup>715</sup> Vgl. BGE 128 I 327, E. 4.2; 136 I 87, E. 3.1; 140 I 381, E. 4.4; eingehend sogleich unten III.3.1.1.1.

<sup>716</sup> Vgl. bspw. EGMR, Gsell gegen die Schweiz, Urteil Nr. 12675/05 vom 8. Oktober 2009, § 52 f.; EGMR, Zsurtsev gegen Russland, Urteil Nr. 67051/01 vom 27. April 2006, § 51; Sovtransavto Holding gegen die Ukraine, Urteil Nr. 48553/99 vom 25. Juli 2002, § 77.

nis der Bestimmtheit steht im Dienste der Rechtssicherheit mit den Elementen der Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns sowie der rechtsgleichen Rechtsanwendung.<sup>717</sup> An diesen Anforderungen müssen auch die gesetzlichen Grundlagen von polizeilichen Vorermittlungen gemessen werden.

Zugleich betont das BGer, das Gebot der Bestimmtheit rechtlicher Normen dürfe nicht absolut verstanden werden. Der Gesetzgeber könne nicht darauf verzichten, allgemeine und vage Begriffe zu verwenden, deren Auslegung und Anwendung der Praxis überlassen werden müssten.<sup>718</sup> Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lasse sich nicht abstrakt festlegen. Er hänge unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab.<sup>719</sup>

In seiner Rechtsprechung zu polizeirechtlichen Bestimmungen betont das BGer, das Bestimmtheitsfordernis stosse wegen der Besonderheit dieses Regelungsbereichs auf besondere Schwierigkeiten.<sup>720</sup> Die Aufgabe der Polizei könne nicht von vornherein abschliessend und bestimmt umschrieben werden. Die Polizeitätigkeit richte sich gegen nicht näher bestimmbare Gefährdungsarten und Gefährdungsformen in vielgestaltigen und wandelbaren Verhältnissen und sei demnach situativ den konkreten Verhältnissen anzupassen. Sie werde oftmals in der Form von Realakten wahrgenommen. Bei dieser Sachlage sei es nicht leicht, im Polizeirecht bestimmte Normen zu schaffen. Wohl könnten in Einzelbereichen gewisse Wertungen getroffen und Güterabwägungen im Hinblick auf die Einzelfallentscheidung vorgenommen werden. Für den allgemeinen Bereich der Ordnungs- und Sicherheitspolizei sei dies indessen kaum denkbar.<sup>721</sup>

---

<sup>717</sup> BGE 138 I 378, E. 7.2; anstelle vieler SCHWEIZER/MÜLLER, LeGes 2008, 380 ff. MOHLER, N 109.

<sup>718</sup> Die Bestimmtheit einer Norm ist nicht zu verwechseln mit ihrer «Klarheit» oder «Genauigkeit». Unbestimmte Normen sind ein Mittel des Gesetzgebers, um komplexe, vielfältige Sachverhalte in einem generell-abstrakten Tatbestand zu fassen, wobei die nötige Konkretisierung vom Rechtsanwender vorzunehmen ist. Die Verwendung unklarer und unpräziser Normen ist hingegen nicht zu rechtfertigen; vgl. SCHWEIZER/MÜLLER, LeGes 2008, 381 (Fn. 4).

<sup>719</sup> BGE 132 I 49, E. 6.2.

<sup>720</sup> BGE 128 I 327, E. 4.2; 136 I 87, E. 3.1; 140 I 381, E. 4.4.

<sup>721</sup> BGE 128 I 327, E. 4.2; 136 I 87, E. 3.1; 140 I 381, E. 4.4; eingehend RITTER, 249 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 309; KIENER/KÄLIN, 108 f.

*3.1.1.2. Konsequenzen der Lehre aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*

In der Lehre wird teilweise vertreten, das BGer habe mit dieser Rechtsprechung die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage bezüglich des Bestimmtheitsgebots im Polizeirecht herabgesetzt.<sup>722</sup> Einzelne Stimmen sind gar der Meinung, aufgrund der mangelnden Fassbarkeit des Regelungsgegenstandes greife das Bestimmtheitsgebot bei präventivpolizeilichem Handeln ins Leere.<sup>723</sup> Der Auffassung, die Anforderungen hinsichtlich des Bestimmtheitsgebots seien im Polizeirecht herabgesetzt oder gar entkräftet, sind aber die folgenden fünf Aspekte entgegenzuhalten.

*3.1.1.2.1. Geltung ohne Einschränkung*

Festzuhalten ist erstens, dass das Legalitätsprinzip auch für das Polizeirecht ohne Einschränkung gilt.<sup>724</sup> Der Rechtsprechung des BGer ist keine Erlaubnis zur «Sonderbehandlung» des Bereichs des Polizeirechts zu entnehmen. Vielmehr gilt es in diesem Gebiet wie im Allgemeinen, bei der Beurteilung der hinreichenden Bestimmtheit von Eingriffsnormen die Umstände des Einzelfalls zu würdigen. Nur sachliche Gründe, insbesondere die Unmöglichkeit einer bestimmten Regelung oder die Notwendigkeit, den rechtsanwendenden Behörden einen Ermessensspielraum einzuräumen, vermögen die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Norm herabzusetzen. Ist aber eine bestimmte Regelung möglich und zielführend, dann darf der Gesetzgeber auf eine bestimmte Regelung nicht verzichten.<sup>725</sup>

Gerade in Bereichen wie dem Polizeirecht oder dem Staatsschutz, die sich durch eine hohe Zahl teilweise intensiver Grundrechtseinschränkungen auszeichnen, ist dem Bestimmtheitsgebot daher besonderes Augenmerk zu schenken. Besonders virulent ist dies, wenn polizeiliche Massnahmen ohne Wissen der Betroffenen durchgeführt werden, wie dies bei verdachtslosen polizeilichen Ermittlungen der Fall ist. Die Bedeutung des Legalitätsgrundsatzes und des Aspekts der Normbestimmtheit ist besonders gross, wenn die Polizei in Form von Realakten handelt und wenn Grundrechtseingriffe für die Betroffenen erst nachträglich erkennbar sind. Beides schränkt, trotz Bestehens der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV, die Möglichkeit einer unmittelbaren gerichtlichen Überprüfung polizeilichen Handelns ein. Das Bestimmtheitsgebot kann hier für einen gewissen Ausgleich sorgen.<sup>726</sup> Alle drei vorliegend untersuchten polizeilichen

---

<sup>722</sup> KIENER/KÄLIN, 108.

<sup>723</sup> DIGGELMANN, ZSR 2005, 343.

<sup>724</sup> SCHWEIZER/MÜLLER, LeGes 2008, 382 ff.

<sup>725</sup> MAGNIN, 196 f.; DENNINGER, in: Lischen/Denninger – Handbuch des Polizeirechts, N B58.

<sup>726</sup> SCHWEIZER/MÜLLER, LeGes 2008, 392 f.; vgl. RITTER, 250 f.

Massnahmen stellen sowohl Realakte wie auch geheimes polizeiliches Handeln dar.<sup>727</sup>

Der EGMR stellt bei der Überprüfung heimlicher Überwachungsmassnahmen relativ hohe Anforderungen an die Klarheit und Präzision der gesetzlichen Grundlage. Das nationale Recht muss die Natur der Straftaten bestimmen, die zu einer Anordnung Anlass geben können. Die Massnahmen müssen befristet sein und das Verfahrensrecht muss eine wirksame Kontrolle der Rechtmässigkeit der Massnahme vorsehen.<sup>728</sup> Analogieschlüsse sind im Bereich heimlicher Überwachungsmassnahmen nicht zulässig.<sup>729</sup>

Unter keinen Umständen genügt der blosser Hinweis auf eine Aufgabenzuweisungsbestimmung den Bestimmtheitserfordernissen an eine Eingriffsnorm. Verlangt ist eine Ermächtigungsnorm, die den Zweck der vorgesehenen Massnahme beschreibt und ihren Einsatz eingrenzt.<sup>730</sup> Vorermittlungen können nicht allein auf eine Aufgabenzuweisung im Polizeirecht gestützt werden.<sup>731</sup>

Umgekehrt genügt eine gesetzliche Ermächtigung zu einem Eingriffshandeln den verfassungsmässigen Anforderungen nicht, wenn der Zweck der Massnahme nicht bestimmt wird und damit nicht feststellbar ist, ob die Massnahme der Erfüllung einer Aufgabe der Polizei dient.<sup>732</sup>

Im Übrigen ist festzustellen, dass nicht nur der Bereich des Polizeirechts, sondern auch andere Rechtsbereiche, in welchen intensiv in Freiheitsrechte eingegriffen wird, wie etwa das Straf- und das Strafprozessrecht, immer wieder

---

<sup>727</sup> Nicht nur betroffene Personen haben notabene ein Interesse an möglichst bestimmten polizeirechtlichen Eingriffsgrundlagen. Auch die Polizei selbst möchte in der Regel verhindern, dass ihr Handeln verwaltungsintern oder gerichtlich überprüft werden muss. Bestimmte, möglichst präzise Vorgaben begünstigen eine schnelle und effiziente Handhabung der gesetzlichen Bestimmungen und verringern das Risiko, dass polizeiliche Massnahmen ausgeführt werden, die sich nachträglich als rechtswidrig erweisen, vgl. SCHWEIZER/MÜLLER, LeGes 2008, 392.

<sup>728</sup> Vgl. etwa EGMR, Ramanauskas gegen Litauen, Urteil Nr. 74420/01 vom 5. Februar 2008, § 51 ff.; VETTERLI, forumpoenale 2008, 370.

<sup>729</sup> Vgl. bspw. EGMR, Kruslin gegen Frankreich, Urteil Nr. 11801/85 vom 24. April 1990, § 30 ff.; EGMR, Huvig gegen Frankreich, Urteil Nr. 11105/84 vom 24. April 1990, § 33. Weitere Hinweise bei VETTERLI, Gesetzesbindung im Strafprozess, 187.

<sup>730</sup> So sinngemäss auch das BGer BGE 140 I 381, E. 8.3; zur Unterscheidung von Aufgabenzuweisungs- und Ermächtigungsbestimmungen vgl. oben II.3.2.3.2.

<sup>731</sup> Der Kanton Graubünden hat notabene eine Aufgabenzuweisungsnorm zur Vorermittlung erlassen (Art. 2 Abs. 1 Bst. c PolG GR), aber bisher der Polizei keinerlei Instrumente in Form von Ermächtigungsbestimmungen zu geheimen Massnahmen in die Hand gegeben, um den entsprechenden Auftrag zu erfüllen. Der Erlass entsprechender Ermächtigungsgrundlagen ist aber im Rahmen einer Revision des PolG GR für das Jahr 2019 geplant, vgl. Botschaft PolG GR 2018, 62 ff.

<sup>732</sup> Vgl. unten III.3.1.1.2.3.

Probleme bezüglich des Bestimmtheitsgebots aufwerfen.<sup>733</sup> Die Schwierigkeit, generell-abstrakte Bestimmungen hinreichend konkret zu fassen, ist keine Besonderheit des Polizeirechts.

#### *3.1.1.2.2. Vorhersehbarkeit der polizeilichen Handlungsmittel*

Zweitens ist dem BGer zwar darin zuzustimmen, dass polizeilich relevante Gefährdungslagen oft im Einzelnen nicht vorhersehbar sind. Gleiches gilt jedoch nicht für die Instrumente und Mittel, derer sich die Polizei zur Erfüllung ihrer Aufgaben bedient. Diese sind grundsätzlich bekannt und daher auch mit einer angemessenen Bestimmtheit normierbar.<sup>734</sup> Oftmals handelt es sich um in der polizeilichen Ausbildung eingeübte Routineabläufe. Die Vornahme vieler polizeilicher Massnahmen ist in internen Weisungen und Schutzdispositiven detailliert geregelt.<sup>735</sup> Dies ist auch im Falle polizeilicher Vorermittlungen der Fall.<sup>736</sup> Die Schwierigkeiten der Bestimmbarkeit beschränkt sich also Art und Intensität der abzuwehrenden Gefahr, während das polizeiliche Handeln selbst regelmässig hinreichend bestimmbar ist.<sup>737</sup> Diese Feststellung schliesst im Übrigen nicht aus, dass dem Rechtsanwender von polizeirechtlichen Bestimmungen ein gewisses Ermessen eingeräumt wird, um eine wirksame und an die Anforderungen des Einzelfalls angepasste Polizeiarbeit zu ermöglichen.<sup>738</sup>

#### *3.1.1.2.3. Möglichkeit der Eingrenzung des Tatbestands*

Drittens bedeutet die schwierige Fassbarkeit des Regelungsgegenstands nicht, dass nicht eine gewisse Eingrenzung und Gewichtung in der Formulierung des Tatbestandes möglich wäre. In BGE 136 I 87 beurteilte das BGer eine Bestimmung des PolG ZH zur Überwachung mit technischen Geräten als zu unbestimmt und hob sie auf.<sup>739</sup>

---

<sup>733</sup> Vgl. etwa zu § 23a des Übertretungsstrafgesetzes des Kantons Basel Stadt vom 15. Juni 1978 (SG 253.100), der die «Anwerbung von Passantinnen und Passanten» auf Allmend durch täuschendes oder unlauteres Verhalten unter Strafe stellt, BGE 125 I 369, E. 6.

<sup>734</sup> EGLI, Sicherheit & Recht 2012, 197; MAGNIN, 199 f.

<sup>735</sup> SCHWEIZER/MÜLLER, LeGes 2008, 385 f.

<sup>736</sup> Die Kantonspolizei Basel-Stadt wendet bspw. bei der Anordnung verdeckter Fahndungen einen internen Leitfaden an; Auskünfte von Anne Dusseiller Pavei, Dienstleiterin Stv Recht der Kantonspolizei Basel-Stadt, 18. Dezember 2017, sowie von Reto Schlienger, Einsatzleiter Betäubungsmittelkriminalität bei der Kantonspolizei Basel-Stadt, vom 12. Juli 2018.

<sup>737</sup> SCHWEIZER/MÜLLER, LeGes 2008, 385 f.; EGLI, Sicherheit & Recht 2012, 197.

<sup>738</sup> RITTER, 289 ff.; MAGNIN, 198 f.

<sup>739</sup> BGE 136 I 87, E. 8.3.

Die unzulässige Norm lautete:

§ 32 [PolG ZH]

*Überwachung*

*Die Polizei darf zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben allgemein zugängliche Orte mit technischen Geräten offen oder verdeckt überwachen und soweit notwendig Bild- und Tonaufnahmen machen.*<sup>740</sup>

Das BGer monierte, die Bestimmung enthalte keine Angaben über eine bestimmte Ziel- oder Zweckausrichtung der Überwachungsmaßnahmen. Eine derartige Eingriffsnorm bedürfe der Benennung von Voraussetzungen der Massnahme, die konkreter sein müssten als das Erfordernis der blossen Notwendigkeit. Allein die Bezugnahme auf die allgemeinen Aufgaben der Polizei sei mit dem Bestimmtheitsgebot nicht zu vereinen, da sich daraus keine klare Zweckausrichtung ableiten lasse. Die verschiedenen Aufgaben der Polizei verlangten je einzeln betrachtet nach unterschiedlichen Anforderungen, Ausgestaltungen und auch Begrenzungen der zu ihrer Erfüllung dienenden Massnahmen. Es reiche nicht, mit dem Schlagwort der Wahrung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit unbeschränkte Überwachungen zu begründen, die in vielfältigsten Ausgestaltungen unterschiedlichen Zwecken dienen könnten.<sup>741</sup>

Das BGer rügte im Einzelnen, dass in der Zürcher Bestimmung weder die Art und Weise der Überwachung noch die Natur der technischen Geräte, die zu überwachenden Orte oder die zu Anordnung und Durchführung legitimierten Polizeieinheiten näher bezeichnet wurden.<sup>742</sup> Eine so grosse Unbestimmtheit einer Eingriffsnorm sei schon deshalb nicht zulässig, weil sie die Bestimmung eines öffentlichen Interesses im Sinne von Art. 36 Abs. 2 BV oder privater Schutzinteressen zur Rechtfertigung der Überwachungsmaßnahmen verunmögliche. Ebenso sei die Beurteilung der Zweck-Mittel-Relation im Rahmen der Prüfung der Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV) ausgeschlossen. Zudem müssten die Eingriffsvoraussetzungen, die Ausgestaltung der Massnahme und ihre Begrenzungen geregelt sein.<sup>743</sup>

Eine polizeirechtliche Bestimmung darf sich mithin nicht der Überprüfung ihrer Verfassungsmässigkeit gewissermassen entziehen. Sie muss u.a. das Regelungsziel mit hinreichender Präzision bestimmen, um eine angemessene Kontrolle der Handhabung der Norm überhaupt zu ermöglichen.<sup>744</sup> Die gesetzlichen Grundlagen von Vorermittlungen bedürfen daher wie jede polizeiliche Ermäch-

---

<sup>740</sup> BGE 136 I 87, E. 8.

<sup>741</sup> BGE 136 I 87, E. 8.3.

<sup>742</sup> BGE 136 I 87, E. 8.2.1–8.2.4.

<sup>743</sup> BGE 136 I 87, E. 8.3.

<sup>744</sup> SCHWEIZER/MÜLLER, LeGes 2008, 381.

tigungsnorm einer Bestimmung des Eingriffszwecks, der einer polizeilichen Aufgabe entsprechen muss.<sup>745</sup>

Anzumerken bleibt allerdings, dass das BGer in früheren Entscheiden die Anforderungen des Bestimmtheitsgebots milder auslegte. So erachtete es eine Bestimmung des Bündner Polizeigesetzes für zulässig, welche die Kantonspolizei ohne Angabe eines besonderen Eingriffszwecks oder von besonderen Voraussetzungen ermächtigte, Wegweisungs- und Fernhaltungsmassnahmen zu ergreifen.<sup>746</sup>

#### 3.1.1.2.4. Bestimmtheitssurrogate

Viertens kann, sofern sich der Erlass einer relativ unbestimmten polizeirechtlichen Norm als unumgänglich erweist, mit Hilfe kompensatorischer Massnahmen, sog. Bestimmtheitssurrogaten, den unerwünschten Folgen der Offenheit einer Bestimmung entgegen gewirkt werden, damit das Legalitätsprinzip nicht seiner Schutzfunktion entleert wird.<sup>747</sup> Wesentliche Bestimmtheitssurrogate sind ein funktionierendes und effizientes Justizsystem, das die tatsächliche und rechtliche Überprüfung polizeilicher Grundrechtseingriffe ermöglicht, sowie das Bestehen einer politischen Kontrolle bzw. Aufsicht durch Regierung, Parlament, Medien und Öffentlichkeit.<sup>748</sup>

Im Falle polizeilicher Vorermittlungen verlangt das BGer entsprechend, dass die gesetzlichen Grundlagen von präventiven Observationen, verdeckten Fahnungen und verdeckten Ermittlungen gerichtlichen Rechtsschutz für die Betroffenen vorsehen müssen.<sup>749</sup> Anzumerken bleibt, dass Bestimmtheitssurrogate nur dann überhaupt zum Zuge kommen können, wenn eine bestimmte Regelung nicht möglich oder nicht zweckmässig ist. Ist eine Norm ohne sachlichen Grund unbestimmt gehalten, vermögen kompensatorische Massnahmen den Mangel nicht auszugleichen.<sup>750</sup>

<sup>745</sup> Unter diesem Aspekt erweisen sich die Ausführungen bei HANSJAKOB, ZStrR 2004, 104, und ALBERTINI, in: Polizeiliche Ermittlung, 544, Vorermittlungen dienen dem Sammeln von Informationen über gewisse Milieus und seien eher personen- denn deliktbezogen, als problematisch: Das blosses Sammeln von Daten über Personen, die gewissen Milieus angehören, entspricht keiner polizeilichen Aufgabe. Nur, wenn dieses Sammeln zum Zweck der Prävention oder Repression von *Straftaten* erfolgt, kann es gesetzmässig sein. Vgl. oben II.2.1.3.

<sup>746</sup> BGE 128 I 327, E. 4.2.

<sup>747</sup> RITTER, 186 f.; SCHWEIZER/MÜLLER, LeGes 2008, 382.

<sup>748</sup> MAGNIN, 202 f.

<sup>749</sup> Vgl. unten III.3.3.2.3.1.3.

<sup>750</sup> Vgl. SCHWEIZER/MÜLLER, LeGes 2008, 393.

3.1.1.2.5. *Besondere Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips im Polizeirecht*

Fünftens kommt im Falle unbestimmt gefasster gesetzlicher Bestimmungen einer besonders strikten Prüfung des Verhältnismässigkeitsprinzips grosse Bedeutung zu.<sup>751</sup> Das BGer hält in seiner polizeirechtlichen Praxis fest, die Unbestimmtheit von Normen könne in gewissem Ausmass durch verfahrensrechtliche Garantien gleichsam kompensiert werden, und es komme dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit besondere Bedeutung zu.<sup>752</sup> Das Polizeirecht müsse unter besonderer Beachtung der Verhältnismässigkeit ausgelegt und angewendet werden.<sup>753</sup>

Ungeachtet der grossen Bedeutung des Verhältnismässigkeitsprinzips im Polizeirecht ist aber festzuhalten, dass dieser Grundsatz selbst immer wieder der Konkretisierung im Einzelfall bedarf. Die Möglichkeiten, durch eine strikte Prüfung der Verhältnismässigkeit das Niveau von Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit im Bereich der Polizei zu erhöhen, sind begrenzt. Wertungen über das erforderliche und dem Einzelnen zumutbare Handeln der Polizei müssen, soweit möglich, im Gesetzestext getroffen werden.<sup>754</sup>

3.1.1.3. *Bundesgerichtliche Anforderungen an die Normbestimmtheit bei Vorermittlungsmassnahmen*

In zwei Grundsatzentscheiden aus dem Jahr 2014 zu gesetzlichen Regelungen von Vorermittlungen hat das BGer die Verfassungsmässigkeit von kantonalen gesetzlichen Bestimmungen über verdachtslose Ermittlungen der Polizei beurteilt.<sup>755</sup> Es nennt darin seine spezifischen Anforderungen an die Normbestimm-

---

<sup>751</sup> Vgl. unten III.3.3.

<sup>752</sup> BGE 132 I 49, E. 6.2; vgl. BGE 128 I 327, E. 4.2.

<sup>753</sup> BGE 132 I 49, E. 6.3.

<sup>754</sup> SCHWEIZER/MÜLLER, LeGes 2008, 394.

<sup>755</sup> BGE 140 I 353 zum PolG ZH, besprochen u.a. bei EGLI, Sicherheit & Recht 2015, 69 f., HANSJAKOB, forumpoenale 2015, 33 ff., KÜHNE, recht 2016, 112 ff.; und BGE 140 I 381 zum LPol GE. Bereits in BGE 109 Ia 273, E. 9, befasste sich das BGer mit der grundsätzlichen Zulässigkeit präventiver polizeilicher Ermittlungen. Es erachtete die Regelung diverser in § 71a Abs. 3 der damaligen StPO BS vorgesehene Überwachungsmassnahmen zum Zweck der Straftatenverhinderung als rechtmässig, da der Tatbestand die Überwachung zur Verhinderung von Verbrechen oder Vergehen zulies und verlangte, dass bestimmte Umstände darauf schliessen liessen, dass eine bestimmte Person solche Straftaten vorbereite. Die Überwachung dürfe nur subsidiär zur Anwendung kommen und dürfe nicht zur Verdachtsausforschung genutzt werden. – Den heutigen Anforderungen an die Normbestimmtheit sowie die Verhältnismässigkeit würde die 2011 aufgehobene Bestimmung allerdings kaum genügen, vgl. unten III.3.1.1 bzw. III.3.3.2 sowie SCHWEIZER/MÜLLER, LeGes 2008, 385.



heit<sup>756</sup> sowie die Verhältnismässigkeit<sup>757</sup> von gesetzlichen Grundlagen von Vorermittlungsmassnahmen.<sup>758</sup>

Die beiden Entscheide betreffen Revisionen der Polizeigesetze der Kantone Zürich bzw. Genf. In Zürich ergänzte der Kantonsrat im Jahr 2012 das Polizeigesetz um Bestimmungen zur «Kontaktnahme» (§ 32d PolG ZH), «verdeckte[n] Vorermittlung» (§ 32e PolG ZH) sowie «Informationsbeschaffung im Internet» (§ 32f PolG ZH<sup>759</sup>). Im Kanton Genf nahm der Grosse Rat 2013 eine Änderung des Polizeigesetzes an, welche neue Bestimmungen über präventive Observation («Observation préventive», Art. 21A LPol GE), verdeckte präventive Fahndung («Recherches préventives secrètes», Art. 21B LPol GE), sowie verdeckte Ermittlung («Enquête sous couverture», Art. 22 LPol GE<sup>760</sup>) vorsah.<sup>761</sup>

In beiden Fällen wurden die kantonalen Erlasse mit Beschwerde angefochten,<sup>762</sup> im Falle der Genfer Regelungen u.a. mit der Begründung, die vorgesehenen Vorermittlungsmassnahmen verletzen die grundrechtliche Garantie des Privat- und Familienlebens (Art. 8 Abs. 1 EMRK, Art. 13 BV).<sup>763</sup>

Das BGer überprüfte die gesetzlichen Bestimmungen, indem es eine abstrakte Normenkontrolle vornahm.<sup>764</sup> Es nennt, besonders in seinem Entscheid zum Genfer Polizeigesetz, die folgenden Anforderungen an die Bestimmtheit von gesetzlichen Grundlagen verdachtsloser Ermittlungsmassnahmen.

In Bezug auf die Regelungen der Observation<sup>765</sup> und der präventiven verdeckten Fahndung verlangt das BGer erstens die *Umschreibung der vorgesehenen polizeilichen Massnahme* («la mesure prévue»<sup>766</sup>). Welche Klarheit oder Genauigkeit der Darstellung der Massnahme verlangt ist, deutet das BGer aller-

<sup>756</sup> Hier gleich nachfolgend.

<sup>757</sup> Vgl. unten III.3.3.

<sup>758</sup> Vgl. HANSJAKOB, forumpoenale 2015, 33 ff.

<sup>759</sup> Die letzte genannte Bestimmung wurde mit BGE 140 I 353 aufgehoben. Alle angefochtenen Bestimmungen sind im Wortlaut wiedergegeben in BGE 140 I 353, E. 2.

<sup>760</sup> Alle drei Bestimmungen wurden durch BGE 140 I 381 aufgehoben.

<sup>761</sup> Im Wortlaut wiedergegeben in BGE 140 I 381, Sachverhalt.

<sup>762</sup> Art. 82 Bst. b BBG.

<sup>763</sup> 140 I 381, E. 4; in BGE 140 I 353, E. 8.1, nur hinsichtlich der Bestimmung zur Informationsbeschaffung im Internet.

<sup>764</sup> Zur abstrakten Normenkontrolle i.A. vgl. BSK BGG-AEMISEGGER/SCHERRER REBER, Art. 82 N 23 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1953 ff.

<sup>765</sup> Das BGer stellt in seiner Prüfung der Bestimmung über die Observation gemäss dem Genfer Polizeigesetz nicht nur auf den Wortlaut der Norm, sondern teilweise auf die Erläuterungen des Grossen Rats ab, vgl. BGE 140 I 381, E. 4.4.1. Dieses Vorgehen ist abzulehnen; Art. 36 Abs. 1 BV verlangt nach einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage und nicht danach, dass deren Gehalt erst nach einer Auslegung anhand der Materialien bestimmt werden kann.

<sup>766</sup> BGE 140 I 381, E. 4.4.2.

dings nur an.<sup>767</sup> In Anlehnung an seine frühere Rechtsprechung zum Bestimmtheitsgebot im Polizeirecht führt das BGer in allgemeiner Weise aus, die Normbestimmtheit müsse sich am Kreis der Adressaten sowie an der Schwere des Grundrechtseingriffs orientieren.<sup>768</sup> Für die Regelung von Vorermittlungen muss wie hinsichtlich Bestimmungen zur Videoüberwachung der Grundsatz gelten, dass die gesetzliche Grundlage mindestens so bestimmt sein muss, dass eine Überprüfung der Verhältnismässigkeit der Regelung möglich ist.<sup>769</sup>

Zweitens ist die *Nennung der Ziele bzw. des Zwecks* («objectifs», «buts»<sup>770</sup>) der Vorermittlungsmassnahme notwendig. Diese müssen präventiver Natur sein, d.h. der Verhinderung oder Erkennung zukünftiger Straftaten dienen. Im Falle der Observation und der präventiven verdeckten Fahndung gemäss dem Genfer Polizeigesetz bestehen sie in der Informationsbeschaffung im Zusammenhang mit zukünftigen Verbrechen oder Vergehen und die Verhütung ihrer Begehung («la recherche des informations en lien avec des crimes ou des délits futurs et la prévention de leur commission»<sup>771</sup>), was das BGer als hinreichende Zweckbestimmung anerkennt.<sup>772</sup>

Das BGer fordert zudem drittens die Nennung der *Eingriffsvoraussetzungen* («conditions»<sup>773</sup>). Dabei handle es sich zum einen um das Vorliegen hinreichender Anzeichen, dass eine Straftat begangen werden könnte («des indices sérieux qu'une infraction pourrait être commise»<sup>774</sup>), zum anderen um die Beachtung der Grundsätze der Erforderlichkeit und Subsidiarität der Massnahme («le respect des principes de nécessité et de subsidiarité»<sup>775</sup>). Das Erfordernis der hinreichenden Anzeichen für eine zukünftige Straftat entspricht in der Terminologie des Polizeirechts dem Vorliegen einer Gefahr.<sup>776</sup> Über die notwendige Qualität der Anzeichen für eine künftige Straftat äussert sich das BGer nicht. Diese Frage wird nachfolgend im Rahmen der Prüfung der Verhältnismässigkeit

---

<sup>767</sup> Offen bleibt auch, ob das BGer Regelungen zur zulässigen Eingriffsintensität, insbesondere des zulässigen Masses der Einwirkung auf Zielpersonen, für eine Frage der Bestimmtheit der Norm oder der Verhältnismässigkeit hält. Vorliegend wird diese Frage wie auch diejenige nach der Notwendigkeit der vorgängigen Genehmigung der Massnahme und der nachträglichen Information der Betroffenen im Abschnitt zur Verhältnismässigkeit behandelt.

<sup>768</sup> BGE 140 I 381, E. 4.4.

<sup>769</sup> Vgl. BGE 136 I 87, E. 8.3, sowie oben III.3.1.1.2.5 und III.3.1.1.2.3.

<sup>770</sup> BGE 140 I 381, E. 4.4.1.

<sup>771</sup> BGE 140 I 381, E. 4.4.2; vgl. MAGNIN, 150.

<sup>772</sup> BGE 140 I 381, E. 4.4.1 f.

<sup>773</sup> BGE 140 I 381, E. 4.4.2.

<sup>774</sup> BGE 140 I 381, E. 4.4.1, vgl. MEYER, ZStrR 2016, 452 f.

<sup>775</sup> BGE 140 I 381, E. 4.4.2. Die Verhältnismässigkeit (proportionalité) wird nicht ausdrücklich genannt; diese Anforderung ergibt sich aber unmittelbar aus Art. 36 Abs. 3 BV.

<sup>776</sup> Vgl. RONC/VAN DER STROOM/MEYER, forumpoenale 2016, 303.

vertieft.<sup>777</sup> Bei der befürchteten Straftat muss es sich um Verbrechen oder Vergehen<sup>778</sup> von einer gewissen Schwere<sup>779</sup> handeln.

Die genannten Aspekte gleichen den Anforderungen des EGMR an geheime staatliche Überwachungsmassnahmen, die in die Privatsphäre der betroffenen Personen eingreifen. Strassburg verlangt eine gesetzliche Regelung von Art und Umfang der Überwachungsmassnahme sowie die Angabe der Gründe für die Überwachung.<sup>780</sup>

Die präventive Observation wie auch die präventive verdeckte Fahndung als Massnahmen mit vergleichsweise geringer Eingriffsintensität bedürften hingegen nicht einer Einschränkung auf einen Katalog von Delikten.<sup>781</sup> Das BGer orientiert sich bei diesem Punkt an den strafprozessrechtlichen Parallelbestimmungen der Art. 282 f. bzw. Art. 298a ff. StPO.

Bezüglich der präventiven verdeckten Ermittlung verlangt das BGer zusätzlich zu den genannten Anforderungen als vierte Voraussetzung, dass diese Massnahme der Ermittlung von künftigen Verbrechen und schweren oder besonderen Vergehen<sup>782</sup> vorbehalten wird. Ausdrücklich als verzichtbar bezeichnet das BGer hingegen einen Deliktskatalog, wie er in Art. 286 Abs. 2 StPO zur Eingrenzung der Anwendung der verdeckten Ermittlung im Strafprozess auf bestimmte, gravierende Straftaten vorgesehen ist.<sup>783</sup> Diese Abweichung von der Regel, die normative Dichte der StPO als Muster zur Beurteilung heranzuziehen, wird nicht weiter erläutert.<sup>784</sup> Es ist zu vermuten, dass das BGer im Sinne seiner Praxis zur Normbestimmtheit im Polizeirecht davon ausgeht, dass eine katalogartige Regelung der «Anlasstaten» verdeckter Vorermittlungen mangels

<sup>777</sup> Vgl. unten III.3.3.

<sup>778</sup> BGE 140 I 381, E. 4.4.1 f.

<sup>779</sup> BGE 140 I 353, E. 5.5, vgl. auch unten III.3.3.2.3.

<sup>780</sup> EGMR, Rotaru gegen Rumänien, Urteil Nr. 28341/95 vom 4. Mai 2000, § 57 ff.; EGMR, Vukota-Bojić gegen die Schweiz, Urteil Nr. 61838/10 vom 18. Oktober 2016, § 68; vgl. WALDENMEYER, *Have* 2017, 285.

<sup>781</sup> BGE 140 I 381, E. 4.4.1 f.

<sup>782</sup> Das BGer unterlässt es zu erläutern, was mit «schweren Vergehen» in diesem Zusammenhang gemeint ist. Als Anhaltspunkt dürfte die Praxis zum ähnlichen Wortlaut von Art. 221 Abs. 1 Bst. c StPO dienen, BGE 137 IV 86, E. 3.2; 137 IV 13, E. 3 f.; 143 IV 9, E. 2.7; vgl. anstelle vieler SCHMID/JOSITSCH, Art. 221 N 11.

<sup>783</sup> BGE 140 I 381, E. 4.4.3.

<sup>784</sup> Entsprechend sind aber besonders hohe Anforderungen an die Verhältnismässigkeit zu stellen, vgl. oben III.3.1.1.2.5. – Die Aspekte der Kompetenz der Anordnung von Vorermittlungsmassnahmen, der Notwendigkeit eines Richtervorbehalts sowie der nachträglichen Information der Betroffenen behandelt das BGer als Aspekte der Verhältnismässigkeit. Dieser Zuordnung wird hier gefolgt. – Im vorliegenden Fall erachtete das BGer die Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage als erfüllt; BGE 140 I 381, E. 4.4.4.

eines Tatverdachts nicht möglich sei. Aus derselben Überlegung bezeichnete der BR den noch im BVE als Voraussetzung verdachtsloser verdeckter Ermittlungen verlangten «Verdacht» auf eine zu begehende Katalogtat als widersprüchlich.<sup>785</sup> In der Literatur wird eine derart grobe Eingrenzung der zu verhindernden Straftaten als dem Bestimmtheitsgebot nicht genügend bezeichnet.<sup>786</sup> Tatsächlich ist kein stichhaltiger Grund erkennbar, weshalb ein Verdacht bezüglich einer begangenen Tat generell besser auf einen Tatbestandskatalog eingrenzbar sein sollte als die Gefahr einer künftigen Straftat.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass das BGer unter dem Prüfungspunkt der hinreichenden Bestimmtheit der gesetzlichen Ermächtigungsnorm eine klare Umschreibung der Massnahme, die Angabe des Eingriffszwecks sowie der Eingriffsvoraussetzungen verlangt. Präventive verdeckte Ermittlungen sind nur zulässig, wenn sie der Verhinderung von Verbrechen oder schweren Vergehen dienen. Dabei sind die Parallelbestimmungen der StPO als Massstab heranzuziehen, mit der Ausnahme, dass das BGer als Voraussetzung verdeckter Vorermittlungen die abstrakte Beschränkung auf schwere Straftaten genügen lässt und keinen Deliktskatalog wie in Art. 286 Abs. 2 StPO verlangt. Als Eingriffsvoraussetzung muss das Gesetz insbesondere das Vorliegen von Anzeichen für zukünftige Straftaten nennen.

#### *3.1.1.4. Ergebnis: Anforderungen an die Bestimmtheit gesetzlicher Grundlagen von Vorermittlungen*

Vorermittlungsmassnahmen der Polizei sind nur zulässig, wenn sie in einem generell-abstrakten Erlass vorgesehen sind. Das Gebot der hinreichenden Normbestimmtheit richtet hohe Anforderungen an den Gesetzgeber, wenn dieser Bestimmungen über verdachtsunabhängige polizeiliche Ermittlungen erlässt. Das Vorgehen mittels Realakt, die u.U. hohe Eingriffsintensität des verdeckten, täuschenden Vorgehens und die damit verbundene Gefahr, dass Betroffene den Eingriff in ihre Grundrechte nicht oder nicht vollständig bemerken, verlangen danach, dass entsprechende gesetzliche Grundlagen von hoher Bestimmtheit erlassen werden. Die Massnahme selbst und ihre Voraussetzungen sind mindestens so präzise zu umschreiben, dass eine Prüfung des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit i.e.S. (Zweck-Mittel-Relation) vorgenommen werden kann.<sup>787</sup>

---

<sup>785</sup> Botschaft StPO, 1255.

<sup>786</sup> TIEFENTHAL, Art. 24g N 35; für die analoge Anwendbarkeit von Art. 286 Abs. 2 bei präventiven verdeckten Ermittlungen auch, ACKERMANN/VOGLER, in: Top Secret, 168.

<sup>787</sup> BGE 136 I 87, E. 8.3; vgl. oben III.3.1.1.2.3.

Vorermittlungen können nicht allein auf eine gesetzliche Aufgabenzuweisung gestützt werden, da diese Bestimmungen nicht den Anforderungen an die Bestimmtheit gemäss Art. 36 Abs. 1 BV entsprechen. Verlangt ist eine hinreichend bestimmte Ermächtigungsnorm.

Zwar gilt auch für Vorermittlungen, dass die Sachverhalte, denen polizeiliches Handeln begegnet, teilweise nur schwer generell-abstrakt fassbar sind. Doch insbesondere hinsichtlich der Voraussetzungen, dem Zweck sowie der Umschreibung von Vorermittlungsmassnahmen sind im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlagen zu verlangen. Um die Offenheit von Bestimmungen über Vorermittlungen bezüglich der polizeilichen Sachverhalte auszugleichen, ist besonders bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit der gesetzlichen Regelungen wie auch der polizeilichen Massnahmen im konkreten Einzelfall ebenfalls ein strenger Prüfungsmaassstab anzuwenden. Dies gilt besonders für Bestimmungen über verdachtslose verdeckte Ermittlungen, da das BGer bei diesen keinen Katalog der Straftaten der befürchteten Straftaten verlangt.

### 3.1.2. Anforderungen an die Normstufe

Art. 36 Abs. 1 BV verlangt, dass schwerwiegende Grundrechtseingriffe «im Gesetz selbst» vorgesehen sein müssen. In diesen Fällen genügt nur ein Gesetz im formellen Sinn dem Legalitätsprinzip. *Ratio legis* ist die demokratische Legitimation des Erlasses: Gravierende Einschränkungen der Grundrechte sollen nur unmittelbar vom Gesetzgeber (bzw. im Falle eines Referendums von den Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern) erlassen und nicht an eine Verwaltungsbehörde delegiert werden können.<sup>788</sup> Art. 36 Abs. 1 BV stellt somit eine verfassungsrechtliche Schranke der Rechtsetzungsdelegation i.S.v. Art. 164 Abs. 1 BV dar, dessen Bst. b für grundlegende Bestimmungen über Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte die Gesetzesform vorschreibt.<sup>789</sup>

Auf Bundesebene können daher nur Bundesgesetze Grundlagen von schwerwiegenden Grundrechtseingriffen darstellen. In den Kantonen hat das BGer hingegen auch Verordnungen des Parlaments, die nicht dem fakultativen Referendum unterstehen, als formelle Gesetze anerkannt;<sup>790</sup> ebenso etwa eine Schulordnung, welche aber dem fakultativen Referendum unterstellt war.<sup>791</sup>

---

<sup>788</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 310 ff.

<sup>789</sup> SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 16.

<sup>790</sup> BGE 118 Ia 245, E. 3b; vgl. KIENER/KÄLIN, 102 f.

<sup>791</sup> Urteil des BGer 2C\_121/2015 vom 11. Dezember 2015, E. 7.3; vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 310a.

Soweit Massnahmen der polizeilichen Vorermittlung schwerwiegende Grundrechtseingriffe darstellen, bedürfen sie aufgrund des Erfordernisses der hinreichenden Normstufe einer formell-gesetzlichen Grundlage. Folglich ist zu prüfen, ob verdachtslose Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen schwere Einschränkungen der Grundrechte bewirken.

Eine allgemeine Definition für die Schwere eines Grundrechtseingriffs existiert nicht.<sup>792</sup> Die Abgrenzung zum leichten Eingriff muss gemäss BGer aus objektiver Sicht unter Berücksichtigung aller Umstände vorgenommen werden.<sup>793</sup> Mögliche Abgrenzungskriterien sind die Persönlichkeitsnähe, die Art und Dauer der Beeinträchtigung, die Auswirkungen auf den Lebensalltag der Betroffenen sowie unter Umständen die Zahl der vom Eingriff betroffenen Personen.<sup>794</sup>

Die verdeckte Ermittlung wird in der Literatur einhellig als schwerwiegende Einschränkung der Garantie des Privatlebens bezeichnet.<sup>795</sup> Sie ist daher nur aufgrund einer formalgesetzlichen Grundlage zulässig. Observation und verdeckte Fahndung stellen vergleichsweise weniger einschneidende Eingriffe dar.<sup>796</sup> Zu beachten ist jedoch, dass auch bei Observation und verdeckter Fahndung eine erhöhte Eingriffsintensität bestehen kann, etwa bei längerer Eingriffsdauer oder besonderen Täuschungsmassnahmen.<sup>797</sup> Es ist daher zumindest nicht auszuschliessen, dass verdachtslose verdeckte Fahndungen und Observationen in gewissen Fällen als schwerwiegende Grundrechtseingriffe zu beurteilen sind, weshalb auch für diese beiden Massnahmen eine Grundlage in einem formellen Gesetz angezeigt erscheint.

Zur aktuellen Rechtslage kann festgestellt werden, dass alle Kantone die wesentlichen Aspekte der sicherheitspolizeilichen Tätigkeit in einem vom Kantonsparlament erlassenen Gesetz regeln. In sämtlichen Kantonen unterstehen die vom Parlament erlassenen Gesetze dem (fakultativen oder obligatorischen) Referendum.<sup>798</sup> Insbesondere sind in allen Kantonen, die präventive Observationen, verdeckte Fahndungen oder verdeckte Ermittlungen vorsehen, die entsprechenden Massnahmen in den Polizeigesetzen geregelt.<sup>799</sup> Diese Bestimmungen sind somit in Gesetzen im formellen Sinn geregelt. Ebenso stellt die StPO, die in der Literatur vereinzelt als Grundlage verdachtsloser Ermittlungen bezeichnet

---

<sup>792</sup> SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 19.

<sup>793</sup> BGE 130 I 65, E. 3.3.; BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 34.

<sup>794</sup> KIENER/KÄLIN, 97 f.

<sup>795</sup> Vgl. oben III.2.1.

<sup>796</sup> Bericht RK NR Initiative Jositsch, 5595 f.

<sup>797</sup> Vgl. oben III.2.

<sup>798</sup> BUSER, N 317.

<sup>799</sup> Vgl. die Übersicht über sämtliche Bestimmungen über verdachtslose Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen unten III.3.1.5.3.2.

wird, ein Gesetz im formellen Sinn dar. Damit erfüllen alle untersuchten Bestimmungen zur polizeilichen Vorermittlung die Anforderungen bezüglich der Normstufe.

### 3.1.3. Vorermittlungen ohne gesetzliche Grundlage? Zur polizeilichen Generalklausel

Aufgrund der gesetzgeberischen Entwicklung im Polizeirecht während der letzten Jahrzehnte ist die Bedeutung der polizeilichen Generalklausel in diesem Bereich stark relativiert worden.<sup>800</sup> Wie zu zeigen sein wird, bestehen aber derzeit nicht in allen Kantonen gesetzliche Grundlagen für verdachtslose Ermittlungsmassnahmen.<sup>801</sup> Daher fragt sich, ob Vorermittlungen auf die polizeiliche Generalklausel gestützt werden dürfen.

#### 3.1.3.1. Ausnahmebestimmung für Notfälle

Gemäss dem 3. Satz von Art. 36 Abs. 1 BV gilt das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage zur Rechtfertigung von Grundrechtseinschränkungen nicht in Fällen ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr.<sup>802</sup> Mit der Aufnahme dieser Bestimmung in die BV von 1999 wurde die zuvor als ungeschriebener Verfassungsgrundsatz<sup>803</sup> geltende polizeiliche Generalklausel auf Bundesebene ausdrücklich anerkannt.<sup>804</sup>

Das Institut der polizeilichen Generalklausel hat Rechtsprechung<sup>805</sup> und Lehre<sup>806</sup> in jüngerer Zeit intensiv beschäftigt und gilt der Forschung zuweilen als «schillernde Rechtsfigur»<sup>807</sup>. Zweck der polizeilichen Generalklausel ist, den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung auch in Fällen, die der Ge-

<sup>800</sup> Vgl. KAUFMANN/WALTI, in: Der Schutz polizeilicher Güter, 65, sowie oben II.3.2.3.2.

<sup>801</sup> Vgl. unten III.3.1.5.3.

<sup>802</sup> Vgl. Anstelle vieler SCHEFER, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 208 N 67 ff.

<sup>803</sup> Vgl. etwa BGE 106 Ia 61, E. 2; 103 Ia 310, E. 3a.

<sup>804</sup> Die polizeiliche Generalklausel ist in den Polizeigesetzen der meisten Kantone verankert, so in § 9 PolG BS; § 16 PolG BL, Art. 45 Abs. 2 LPol GE; § 9 PolG ZH. Nach zutreffender Auffassung handelt es sich in dogmatischer Hinsicht bei der polizeilichen Generalklausel nicht um einen Dispens vom Erfordernis der Gesetzmässigkeit staatlichen Handelns, sondern um eine Relativierung des Bestimmtheitsgebots, da zwar sehr wohl eine gesetzliche, aber eben nicht eine besondere gesetzliche Grundlage vorliegt, vgl. KAUFMANN/WALTI, in: Der Schutz polizeilicher Güter, 68 f.

<sup>805</sup> Vgl. BGE 130 I 369, E. 7.3; aufgehoben durch EGMR, Gsell gegen die Schweiz, Urteil Nr. 12675/05 vom 8. Oktober 2009; BGE 136 IV 97, E. 6.3.2; 137 II 431, E. 3.3.2.

<sup>806</sup> Vgl. etwa MOHLER, Die polizeiliche Generalklausel, N 1 ff.; KAUFMANN/WALTI, in: Der Schutz polizeilicher Güter, 59 ff.; MÜLLER/JENNI, Sicherheit & Recht, 101 ff.

<sup>807</sup> KAUFMANN/WALTI, in: Der Schutz polizeilicher Güter, 59.

setzgeber nicht vorhergesehen hat und in welchen deshalb keine geeigneten, gesetzlich vorgesehenen Mittel zur Verfügung stehen, zu gewährleisten.<sup>808</sup> Dass eine solche Möglichkeit bestehen muss, war im Grundsatz schon unter der BV von 1874 unbestritten.<sup>809</sup> Ebenso unbestritten ist, dass die polizeiliche Generalklausel ausschliesslich in Ausnahmefällen zur Anwendung gelangen darf, nämlich wenn besonders hochstehende Schutzgüter durch eine schwere und unmittelbare Gefahr bedroht sind (oder eine entsprechende Störung bereits eingetreten ist) und ein Handeln des Staates zur Abwendung der Gefahr zeitlich dringend geboten ist. Gestützt auf die polizeiliche Generalklausel können Realakte vorgenommen sowie Notverfügungen und Notverordnungen<sup>810</sup> erlassen werden, wobei i.d.R. erstere im Polizeirecht i.e.S. zur Anwendung kommen und die beiden letzteren nur im Bereich der Polizei i.w.S. von Bedeutung sind.

Liegt keine besondere gesetzliche Ermächtigungsgrundlage vor und sind die Voraussetzungen der polizeilichen Generalklausel nicht gegeben, so darf die Polizei folglich nicht handeln, selbst wenn eine unmittelbare Gefahr oder eine bereits eingetretene Störung vorliegt.<sup>811</sup>

---

<sup>808</sup> Vgl. etwa BGE 126 I 112, E. 4b.

<sup>809</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 312.

<sup>810</sup> Auf Bundesebene kann Notrecht durch den Bundesrat gestützt auf Art. 184 Abs. 3 sowie 185 Abs. 3 BV sowie durch die Bundesversammlung gestützt auf Art. 173 Abs. 1 Bst. c BV erlassen werden, vgl. SCHEFER, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, N 68.

<sup>811</sup> Das deutsche Polizeirecht erteilt den Polizeibehörden hingegen eine allgemein gefasste Generalermächtigung für notwendige Eingriffsmassnahmen im Einzelfall zur Gefahrenabwehr sowie zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. § 3 des Polizeigesetzes des Bundeslands Baden-Württemberg in der Fassung vom 13. Januar 1992 lautet beispielsweise: «Die Polizei hat innerhalb der durch das Recht gesetzten Schranken zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben diejenigen Massnahmen zu treffen, die ihr nach pflichtmäßigem Ermessen erforderlich erscheinen.» Diese Rechtslage erscheint ob der Rechtsprechung des EGMR zum Erfordernis der Bestimmtheit von gesetzlichen Eingriffsgrundlagen als bedenklich. Die Problematik wird indessen durch die hohe Dichte hinreichend bestimmter Ermächtigungsnormen im deutschen Polizeirecht, aufgrund welcher die Generalermächtigung an Bedeutung verloren hat, gemildert. Vgl. GUSY, Polizei- und Ordnungsrecht, N 312 ff. Vereinzelte Kantone kennen ebenfalls eine entsprechende Generalermächtigung, z.B. § 26 PolG SO. Diese Bestimmung, die bei Fehlen einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung zur Gefahrenabwehr einzig ein verhältnismässiges Vorgehen verlangt, ist angesichts der bundesgerichtlichen Anforderungen an die Normbestimmtheit als verfassungswidrig zu beurteilen.



3.1.3.2. *Anwendungsvoraussetzungen der polizeilichen Generalklausel*

Nach der früheren Rechtsprechung des BGer<sup>812</sup> mussten die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein, damit Einschränkungen der Grundrechte auf die polizeiliche Generalklausel gestützt werden konnten:

1. Es sind fundamentale Schutzgüter des Einzelnen oder des Staates betroffen.
2. Es gilt, eine schwere und unmittelbare Gefahr für diese Schutzgüter oder eine bereits eingetretene Störung abzuwenden.
3. Es ist zeitliche Dringlichkeit gegeben.
4. Es stehen für die Gefahrenabwehr keine geeigneten gesetzlichen Massnahmen zur Verfügung.
5. Die Gefahrenlage war für den Gesetzgeber atypisch und unvorhersehbar.<sup>813</sup>

In seiner neueren Praxis hat das BGer nach anhaltender Kritik der Lehre<sup>814</sup> das Kriterium der atypischen und unvorhersehbaren Gefahrenlage aufgegeben und erklärt, die Unvorhersehbarkeit sei nur noch als Element der Interessenabwägung zu behandeln und nicht mehr als Anwendungsvoraussetzung zu verstehen.<sup>815</sup>

Neue Kritik der Lehre bezieht sich auf die vergleichsweise weite höchstrichterliche Auslegung des Begriffs der fundamentalen Schutzgüter, zu welchen das BGer u.a. auch die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Wirtschaftssystems zählt.<sup>816</sup> Das BGer bemüht in jüngerer Zeit vermehrt das Argument der positiven Pflicht des Staates zum Schutz von Grundrechten Dritter.<sup>817</sup> Es vermischt dabei die grundrechtlichen Schutzpflichten mit der polizeilichen Aufgabe der Gefahrenabwehr.<sup>818</sup> Das Bestehen einer positiven Schutzpflicht allein vermag aber nicht das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage auszugleichen.<sup>819</sup>

Zu Recht verlangt die Lehre, dass es sich bei Vorliegen typischer und vorhersehbarer Gefahren nicht bloss um hochwertige, sondern um existenzielle

---

<sup>812</sup> Eine Übersicht über die Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur polizeilichen Generalklausel bieten KAUFMANN/WALTI, in: Der Schutz polizeilicher Güter, 63 ff.

<sup>813</sup> Die fünfte Voraussetzung erwähnte das BGer erstmals in BGE 121 I 22, E. 4b; vgl. KIENER/KÄLIN, 110 f. Eingehend zur Rechtsprechung zum Aspekt der Unvorhersehbarkeit des Notfalls KAUFMANN/WALTI, in: Der Schutz polizeilicher Güter, 77 ff.

<sup>814</sup> Eine Übersicht geben die Hinweise in BGE 136 IV 97, E. 6.3.2.

<sup>815</sup> Praxisänderung im Urteil des BGer 2C\_166/2009, E. 2.3.2.1, vgl. BGE 137 II 431, E. 3.3.2.

<sup>816</sup> BGE 137 II 431, E. 4.1; vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 54 N 7; KAUFMANN/WALTI, in: Der Schutz polizeilicher Güter, 71 ff.

<sup>817</sup> MAGNIN, 235 ff.

<sup>818</sup> HÄNNI, in: Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, 432; vgl. Auch CONINX/MONA, ZStrR 2017, 2 ff.

<sup>819</sup> BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 51; ausführlich auch MAGNIN, 235 ff.; MOHLER, N 306 ff.

Schutzgüter des Einzelnen oder des Staates wie Leib und Leben bzw. die äussere Unabhängigkeit handeln muss, da andernfalls der Verzicht auf das Erfordernis der Unvorhersehbarkeit zu einer Rechtfertigung legislatorischen Unterlassens führen würde.<sup>820</sup>

#### 3.1.3.3. Anwendbarkeit der polizeilichen Generalklausel im Falle von Vorermittlungen?

Die schweizerische Rechtsprechung hat sich bislang nicht mit der Frage befasst, ob verdachtslose polizeiliche Ermittlungsmassnahmen gestützt auf die polizeiliche Generalklausel vorgenommen werden dürfen.

Gegen die Möglichkeit, Vorermittlungen bei Fehlen einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage auf die polizeiliche Generalklausel zu stützen, spricht, dass sich verdachtslose Ermittlungen in der Regel gegen abstrakte Gefahren<sup>821</sup> richten und der Beschaffung von (weiteren) Informationen dienen. Die polizeiliche Generalklausel verlangt hingegen, dass die befürchtete Störung unmittelbar bevorstehen oder schon eingetreten sein muss.<sup>822</sup> Dies kann nur bedeuten, dass die Generalklausel nur bei Vorliegen ganz konkreter Gefahrenlagen herangezogen werden kann. Vorermittlungen sind hingegen als Mittel der Informationsbeschaffung nicht geeignet, unmittelbar Gefahren abzuwehren. Gemäss dem BGer zielen sie auf die «Verhinderung oder Erkennung möglicher zukünftiger Delikte».<sup>823</sup> Eine erfolgreiche Berufung auf die polizeiliche Generalklausel zur Rechtfertigung von Vorermittlungen dürfte allein aus diesem Grund weitgehend ausgeschlossen sein.<sup>824</sup>

Weiter ist festzustellen, dass abstrakte Gefahren stets vorhersehbare Gefahren sind.<sup>825</sup> Bei abstrakten Gefahren handelt es sich um Sachlagen, aus denen nach allgemeiner Lebenserfahrung in einer Vielzahl von Fällen konkrete Gefahren für ein polizeiliches Schutzgut entstehen.<sup>826</sup> Wird mit der h.L. davon ausgegangen, dass mit Ausnahme der Bedrohung existenzieller Schutzgüter bei vorhersehbaren Gefahren die Generalklausel nicht greift, entfielen auch aus diesem Grund deren Anwendbarkeit im Bereich der Vorermittlungen in einer Vielzahl von Fällen.

---

<sup>820</sup> BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 42; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 29; MÜLLER/JENNI, Sicherheit & Recht, 102 ff.

<sup>821</sup> Vgl. oben II.3.2.4.2.

<sup>822</sup> BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 43.

<sup>823</sup> BGE 140 I 353, E. 5.5.

<sup>824</sup> Ebenso JOSITSCH/MULLE, AJP 2014, 496 f.

<sup>825</sup> MUGGLI, 323.

<sup>826</sup> REINHARD, 111.

Zudem ist zu beachten, dass die polizeiliche Generalklausel nur vorübergehend eine Legitimation von Eingriffshandlungen darstellen kann. Je länger es an einer gesetzlichen Grundlage von regelmässig wiederkehrenden Grundrechtseingriffen fehlt, desto weniger kann die Berufung auf die polizeiliche Generalklausel beachtlich sein.<sup>827</sup> Reagiert der Gesetzgeber nicht auf typische, erkennbare Gefährdungen, so kann die polizeiliche Generalklausel nicht angerufen werden.<sup>828</sup> Da die ersten kantonalen gesetzlichen Grundlagen von polizeilichen Vorermittlungen vor über sieben Jahren in Kraft getreten sind,<sup>829</sup> wäre heute eine entsprechende Berufung auf die polizeiliche Generalklausel nicht mehr statthaft.<sup>830</sup>

Im Ergebnis ist festzustellen, dass Vorermittlungsmassnahmen nicht (mehr) unter Berufung auf die polizeiliche Generalklausel zu rechtfertigen sind.

### 3.1.4. Exkurs: Grenzen von Vorermittlungen aufgrund des materiellen Strafrechts

Von der Zulässigkeit eines Eingriffshandelns aus der Perspektive des Schutzes der Grundrechte von Betroffenen zu unterscheiden ist die Frage nach der strafrechtlichen Rechtfertigung des Handelns von verdeckt agierenden Polizeibeamten. Insbesondere im Falle von Scheinkäufen von Betäubungsmitteln im Rahmen von verdeckten Fahndungen und Ermittlungen erfüllen die Ermittlungshandlungen regelmässig einen der Tatbestände nach Art. 19 sowie Art. 20–22 BetmG, weshalb sich die Frage nach der strafrechtlichen Rechtfertigung dieser Massnahmen stellt.<sup>831</sup>

Bezüglich verdeckter Ermittlungen in Strafverfahren sieht Art. 294 StPO eine generelle Rechtfertigung bezüglich der durch die verdeckten Ermittler begangenen Delikte nach Art. 19 sowie Art. 20–22 BetmG vor. Dasselbe gilt aufgrund der Verweisung des Art. 298c Abs. 2 StPO für Scheinkäufe im Rahmen von strafprozessualen verdeckten Fahndungen.<sup>832</sup>

Andererseits enthält das Betäubungsmittelrecht selbst in Art. 23 Abs. 2 BetmG einen besonderen Rechtfertigungsgrund. Demnach bleibt der Beamte, der mit der Bekämpfung des Drogenhandels beauftragt ist und dabei zu Ermittlungszwecken ein Angebot von Betäubungsmitteln annimmt, straflos.<sup>833</sup>

<sup>827</sup> MUGGLI, 324; BISCHOFF/LANTER, jusletter 2008, N 59.

<sup>828</sup> BISCHOFF/LANTER, jusletter 2008, N 58.

<sup>829</sup> Vgl. unten III.3.1.5.3.

<sup>830</sup> Ebenso TIEFENTHAL, Art. 24g N 20; eher a.A. MUGGLI, 323 f.

<sup>831</sup> Vgl. ALBRECHT, Art. 23 N 6; HUG-BEELI, Art. 23 N 13; zum System der Rechtfertigungsgründe i.A. BSK StGB I-SEELMANN, vor Art. 14 N 1 ff.

<sup>832</sup> FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, Art. 23 N 10.

<sup>833</sup> Zur Frage, ob diese Bestimmung auch als Ermächtigungsgrundlage für entsprechende verdeckte Fahndungen dienen kann, vgl. oben III.3.1.5.1.2.1.

Nicht geklärt ist, ob die rechtfertigende Wirkung des Art. 23 Abs. 2 BetmG ebenso weit geht wie diejenige des Art. 294 StPO. Während Letzterer eine Rechtfertigung jeglicher Aktivitäten des verdeckten Ermittlers bzw. Fahnders vorsieht, soweit sich dieser im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung<sup>834</sup> verhält, räumt der Wortlaut des Art. 23 Abs. 2 BetmG nur eine Rechtfertigung für die *Annahme* eines Drogenangebots ein.<sup>835</sup> Fraglich ist damit, ob insbesondere die im Strafverfahren zulässige Konkretisierung eines allgemeinen, schon vorhandenen Tatentschlusses (Art. 293 Abs. 1 i.V.m. Art. 294 StPO) durch den Ermittler auch im Rahmen von präventiven verdeckten Fahndungen und verdeckten Ermittlungen gerechtfertigt sein kann oder nicht.<sup>836</sup>

Die Polizeigesetze zahlreicher Kantone lösen die Problematik, indem sie Scheinkäufe als Mittel der präventiven Ermittlung ausdrücklich vorsehen oder auf die sinngemässe Anwendbarkeit von Art. 294 StPO bei polizeirechtlich begründeten verdeckten Fahndungen und verdeckten Ermittlungen verweisen.<sup>837</sup> Sieht ein Gesetz die Vornahme von Scheinkäufen ausdrücklich vor, so ist der Erlass oder Verweis auf eine ausdrückliche Rechtfertigungsbestimmung redundant, denn aufgrund des in Art. 14 StGB festgehaltenen Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung kann eine Handlung nicht strafbar sein, die das Gesetz ausdrücklich erlaubt.<sup>838</sup> Die Anwendbarkeit von Art. 23 Abs. 2 BetmG beschränkt sich daher auf Fälle, in denen das Polizeirecht nicht ausdrücklich Scheinkäufe vorsieht und auch nicht auf den Rechtfertigungsgrund von Art. 294 StPO verweist.

Die Umschreibung des zulässigen Masses der Einwirkung durch den verdeckten Ermittler beim Scheinkauf ist für das Strafverfahren in Art. 293 StPO festgeschrieben. Diese beruht auf der Rechtsprechung des EGMR und des BGer zu den Grenzen der zulässigen Einwirkung bei der verdeckten Ermittlung.<sup>839</sup> Gemäss dieser Rechtsprechung ist es unzulässig, dass der verdeckte Fahnder eine allgemeine Tatbereitschaft erst weckt, d.h. gewissermassen als In-

---

<sup>834</sup> D.h. insbesondere innerhalb der Grenzen, die Art. 293 StPO setzt.

<sup>835</sup> Vgl. ALBRECHT, Art. 23 N 24, mit Verweis auf das Urteil des Strafgericht BS vom 30. November 1983, BJM 1984, 258 ff., 263 f.; HUG-BEELI, Art. 23 N 41 ff.

<sup>836</sup> ALBRECHT, Art. 23 N 24.

<sup>837</sup> Z.B. § 33a Abs. 4 PolG BS für die verdeckte Fahndung bzw. § 33b Abs. 4 PolG BS für die verdeckte Ermittlung; kein derartiger Verweis findet sich aber etwa in § 32d PolG ZH, der die präventive verdeckte Fahndung regelt; vgl. FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, Art. 23 N 10.

<sup>838</sup> Eingehend HURTADO POZO, N 484 ff.; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 14 N 1 ff.; Handkommentar StGB-TRECHSEL/GETH, Art. 14 N 4.

<sup>839</sup> Zu den strittigen Grenzen des Zulässigen bei der verdeckten Ermittlung vgl. MEYER, ZStrR 2016, 447 ff. sowie oben III.1.4.6; im Zusammenhang mit Art. 23 Abs. 2 BetmG vgl. ALBRECHT, Art. 23 N 19.

itiant eine deliktische Tätigkeit auslöst, zu der es sonst nicht gekommen wäre; denn die Strafverfolgungsorgane sollten nicht Kriminalität provozieren, um die Täter verfolgen zu können, deren möglicherweise latent vorhandene Tatbereitschaft sonst nicht manifest geworden wäre. Ebenso darf er nicht eine bestehende Tatbereitschaft auf ein schwereres Delikt lenken. Allerdings muss sich der verdeckte Fahnder nicht vollständig passiv verhalten. Er darf sein Kaufinteresse und auch seine Bereitschaft zur Bezahlung eines marktgerechten Preises gegenüber Personen, gegen die der «begründete Verdacht des Drogenhandels»<sup>840</sup> besteht, dartun.<sup>841</sup>

In der Literatur wird vertreten, im Rahmen von Art. 23 Abs. 2 BetmG gelte nichts anderes als nach dieser Rechtsprechung.<sup>842</sup> Fraglich dabei ist aber, ob bei präventiv ausgerichteten Massnahmen der «begründete Verdacht des Drogenhandels» überhaupt bestehen kann oder ob bei Bestehen eines «Verdachts» nicht ohnehin immer von der Eröffnung eines Strafverfahrens und folglich der Anwendbarkeit der StPO auszugehen ist. Zumindest in Fällen, in welchen die Polizei allein aufgrund von allgemeinen Anzeichen für bevorstehende Delikte wie der Kenntnis der von Drogenhändlern bevorzugten Tageszeiten und Tatorte verdeckt vorgeht, ist ein solcher begründeter Verdacht nicht gegeben.

Daher ist der Gegenmeinung der Vorzug zu geben, wonach in Anwendung von Art. 23 Abs. 2 BetmG bei einer präventiven verdeckten Fahndung oder verdeckten Ermittlung lediglich ein passives Verhalten gestattet ist. Der fahndende Beamte muss die Offerte zum «Deal» an sich herantragen lassen.<sup>843</sup> Ist dies geschehen, so besteht in aller Regel ein Tatverdacht bezüglich eines versuchten Betäubungsmitteldelikts, weshalb ab diesem Moment ein Strafverfahren beginnt und der besondere Rechtfertigungsgrund des Art. 294 StPO greift. Folglich darf der Fahnder nun seine passive Haltung aufgeben und etwa sein Kaufinteresse dartun oder nach dem Kaufpreis fragen.<sup>844</sup>

<sup>840</sup> Nicht ganz klar ist in diesen Ausführungen des BGer, was mit einem «begründeten Verdacht des Drogenhandels» gemeint sein soll. Sofern es um einen Verdacht bezüglich schon begangener oder in Ausführung befindlicher Straftaten geht, ist allein die StPO einschlägig. Der Rahmen des Zulässigen und Rechtmässigen bestimmt sich diesfalls allein nach Art. 294 i.V.m. Art. 293 StPO. Ist aber ein «Verdacht auf zukünftige Delikte» gemeint, wie ihn Art. 4 Abs. 1 Bst. a BVE kannte, so besteht (zumindest vor einer Kontaktnahme des Fahnders mit der Zielperson) kein Tatverdacht, sondern allenfalls eine Gefahr für ein Polizeigut, weshalb ein Scheinkauf nur auf Polizeirecht gestützt werden kann. Eine Rechtfertigung muss diesfalls gestützt auf Art. 23 Abs. 2 BetmG erfolgen.

<sup>841</sup> BGE 124 IV 34, E. 3.c.

<sup>842</sup> FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, Art. 23 N 13.

<sup>843</sup> ALBRECHT, Art. 23 N 24; HUG-BEELI, Art. 23 N 65.

<sup>844</sup> FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, Art. 23 N 13.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass bei einer Verweisung der spezialgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage zur Vornahme verdachtsunabhängiger verdeckter Fahndungen oder verdeckter Ermittlungen auf den Rechtfertigungsgrund des Art. 294 StPO die Grenzen des Zulässigen denjenigen von Art. 293 Abs. 3 StPO entsprechen. Gleiches gilt, wenn die gesetzliche Grundlage der Vorermittlungsmassnahme ausdrücklich die Vornahme von Scheingeschäften vorsieht. Ist dies nicht der Fall, so ist dem verdeckten Fahnder im Anfangsstadium der Kontaktaufnahme nur ein passives Verhalten gestattet. Er darf diesfalls nicht auf die Konkretisierung der allgemeinen Tatbereitschaft hinwirken, indem er die Zielperson auf ihr Angebot anspricht. Erst wenn diese ihre Offerte unterbreitet und damit ein Tatverdacht bezüglich eines versuchten Betäubungsmitteldelikts besteht, darf der verdeckte Fahnder oder Ermittler im Rahmen von Art. 293 StPO vorgehen.

#### **3.1.5. Bestimmung gesetzlicher Grundlagen von Vorermittlungen**

Nachdem die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die gesetzliche Grundlage von Vorermittlungen beleuchtet worden sind, sollen im Folgenden die gesetzlichen Grundlagen von verdachtslosen Observationen, verdeckten Fahndungen und verdeckten Ermittlungen ermittelt und anschliessend auf ihre Verfassungskonformität hin überprüft werden. Dazu werden zuerst mögliche gesetzliche Grundlagen des Bundesrechts analysiert. Dabei wird auch auf die jüngsten Bemühungen des Bundesgesetzgebers zum Erlass von Bestimmungen über präventive Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen eingegangen. Anschliessend werden die Bestimmungen zu Vorermittlungen des kantonalen Rechts übersichtsartig dargestellt.

##### *3.1.5.1. Bundesrechtliche Grundlagen*

Bundesrechtliche Bestimmungen, die verdeckte Ermittlungsmassnahmen der Polizei regeln, finden sich zum einen in der StPO für den Bereich der Strafverfolgung, zum anderen in einigen weiteren Gesetzen wie dem BWIS und dem BetmG.<sup>845</sup> In diesem Abschnitt wird untersucht, ob diese Gesetze Grundlagen für verdachtslose Observationen, verdeckte Fahndungen oder verdeckte Ermittlungen enthalten.

##### *3.1.5.1.1. Gesetzliche Grundlagen von Vorermittlungen in der StPO?*

Wie oben dargelegt<sup>846</sup> zieht der Anfangsverdacht eine Trennlinie zwischen dem polizeilichen Handeln zum Zweck der Gefahrenabwehr und dem strafprozessua-

---

<sup>845</sup> Vgl. oben II.3.2.1.

<sup>846</sup> Vgl. oben II.3.1.6.

len polizeilichen Ermittlungsverfahren. Das Vorliegen eines Verdachts ist Auslöser und Grundlage strafprozessualer polizeilicher Ermittlungen (Art. 299 Abs. 2 StPO) wie auch Voraussetzung der Vornahme von Zwangsmassnahmen (Art. 197 Abs. 1 Bst. b StPO).<sup>847</sup> Das BGer hat sich mehrfach dahingehend geäussert, dass verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen losgelöst von einem Tatverdacht nicht auf die StPO gestützt werden können:

Die geltende StPO enthält auch nach der Neuregelung der verdeckten Ermittlung und Fahndung in den Art. 285a und 298a ff. StPO keine Bestimmungen zur präventiven Vorermittlung im Sinne eines polizeilichen Tätigwerdens zur Verhinderung oder Erkennung zukünftiger möglicher Delikte. [...] Das entscheidende Abgrenzungskriterium für die Anwendbarkeit der StPO ist der strafprozessuale Anfangsverdacht [...]. Die Bestimmungen der StPO über die verdeckte Ermittlung und Fahndung finden mit andern Worten grundsätzlich nur Anwendung, wenn ein Tatverdacht vorliegt.<sup>848</sup>

Umgekehrt beschränke sich die ausschliessliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes gemäss Art. 123 Abs. 1 und 3 BV auf den Bereich des Strafprozessrechts. Die Polizeihoheit und damit die Aufgabe der Regelung der Mittel der Gefahrenabwehr liege hingegen in der Kompetenz der Kantone. Hierunter falle auch die Regelung von Massnahmen, mit welchen Straftaten verhindert werden könnten oder ihre erst mögliche Begehung festgestellt werden könne.<sup>849</sup>

Dennoch besteht Anlass, die Möglichkeit verdachtsunabhängiger Ermittlungen gestützt auf die StPO zu erörtern: Zum einen bezeichnen Literatur<sup>850</sup> und Rechtsprechung<sup>851</sup> Vorermittlungen teilweise als ein Vorgehen im Kontext eines Strafverfahrens. Einzelne Autoren relativieren das Erfordernis des Tatverdachts bei gewissen Zwangsmitteln der StPO.<sup>852</sup> Zum anderen wurde im Gesetzgebungsverfahren der StPO die Möglichkeit von verdeckten Ermittlungsmassnahmen vor einem Tatverdacht mehrfach gefordert und diskutiert.<sup>853</sup> Daher

---

<sup>847</sup> Vgl. oben II.3.1.6; Urteil des BGer 6B\_1143/2015 vom 6. Juni 2016, E. 1.3.1.

<sup>848</sup> BGE 143 IV 27, E. 2.5; im selben Sinne bereits BGE 140 I 381, E. 3.3.

<sup>849</sup> BGE 140 I 353, E. 5.1; 140 I 381, E. 3.1 ff.; vgl. BOMMER, ZBJV 2017a, 42.

<sup>850</sup> Vgl. oben II.2.1.3.

<sup>851</sup> So etwa BGE 140 I 353, E. 6.1.

<sup>852</sup> So v.a. BSK StPO-RHYNER, Art. 306 N 10; BSK StPO-USTER, Art. 15 N 7; bez. der Observation auch ZK StPO-HANSJAKOB, Art. 282 N 13.

<sup>853</sup> Auch kannten gewisse Kantone vor Inkrafttreten der eidgenössischen StPO verdachtsunabhängige Ermittlungsmassnahmen im Strafverfahrensrecht. Gemäss dem damaligen § 71a Abs. 3 StPO BS konnte der Vorsteher des Polizei- und Militärdepartements bereits zur Verhinderung eines Verbrechens oder Vergehens den Post-, Telefon- und Telegrafverkehr überwachen oder technische Überwachungsgeräte einsetzen lassen. Das BGer schützte diese Bestimmung trotz der festgestellten hohen Unbestimmtheit der Norm, BGE 109 Ia 273, E. 9 und 10; vgl. SCHWEIZER/MÜLLER, LeGes 2008, 394.

wird im Folgenden der legislatorische Entstehungsprozess der Bestimmungen über Observation, verdeckte Fahndung und verdeckte Ermittlung beleuchtet und untersucht, ob die StPO trotz der abgrenzenden Funktion des Tatverdachts rechtliche Grundlagen zur Vornahme von Vorermittlungen bereitstellt.<sup>854</sup> Zur Klärung dieser Fragen wird insbesondere auch auf die Materialien zur StPO zurückgegriffen.

#### 3.1.5.1.1.1. Verdachtslose Observationen gestützt auf Art. 282 StPO?

In der Lehre wird vertreten, die StPO erlaube bei einer ganzen Reihe von Zwangsmassnahmen ausnahmsweise polizeiliche Ermittlungen im Vorfeld eines Tatverdachts, so u.a. bei der Observation.<sup>855</sup> Etwas weniger weit gehend wird andernorts erklärt, zur Begründung eines eine Observation legalisierenden Tatverdachts genügten Vermutungen, stützende Tatsachen seien nicht verlangt.<sup>856</sup> Die überwiegende Mehrheit der Lehre vertritt hingegen, Voraussetzung einer Observation nach Art. 282 StPO sei ein regulärer Tatverdacht.<sup>857</sup> Anders als im Falle von verdeckter Fahndung und verdeckter Ermittlung<sup>858</sup> hat sich das BGE zu dieser Frage bislang nicht geäussert. Im Folgenden soll die These der Zulässigkeit verdachtsloser Observationen gestützt auf Art. 282 StPO überprüft werden.

Zur Begründung wird mit dem Wortlaut der Bestimmung argumentiert, indem darauf hingewiesen wird, bei der Observation spreche die StPO (in Art. 282 Abs. 1 Bst. b StPO) nicht von einem Verdacht als Voraussetzung einer Observation, sondern von «konkreten Anhaltspunkten»<sup>859</sup>, dass Verbrechen oder Vergehen begangen worden sind. Tatsächlich fragt sich, weshalb der Gesetzgeber hier scheinbar von der generellen Voraussetzung des Tatverdachts<sup>860</sup> zur Vornahme von Ermittlungshandlungen abweicht bzw. die unübliche Voraussetzung konkreter Anhaltspunkte erwähnt.

Ein Blick in die Materialien gibt Aufschluss. In der bundesrätlichen Botschaft ist zu Art. 281 Abs. 1 Bst. a E-StPO, welcher identisch lautete wie Art. 282 Abs. 1 Bst. a StPO, Folgendes festgehalten:

---

<sup>854</sup> Gemäss BSK StPO-USTER, Art. 15 N 7, gelten auch für Vorermittlungen die Bestimmungen der StPO, sofern «gerichtspolizeiliche Mittel» eingesetzt würden.

<sup>855</sup> BSK StPO-RHYNER, Art. 306 N 10.

<sup>856</sup> ZK StPO-HANSJAKOB, Art. 282 N 13.

<sup>857</sup> BSK StPO-EUGSTER/KATZENSTEIN, Art. 282 N 8 ff., bes. N 11; SCHMID, Art. 282 N 12 f.; RICKLIN, Art. 282 N 3; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 866.

<sup>858</sup> BGE 143 IV 27, E. 2.5, vgl. oben III.3.1.5.1.1.

<sup>859</sup> BSK StPO-RHYNER, Art. 306 Fn. 47.

<sup>860</sup> Art. 197 Abs. 1 Bst. b; Art. 299 Abs. 2 StPO.



«Auch wenn eine Observation bereits im Stadium des polizeilichen Ermittlungsverfahrens angeordnet werden darf, mithin zu einem Zeitpunkt, in welchem noch kein für die Eröffnung einer Untersuchung hinreichender Tatverdacht vorzuliegen braucht, darf die Observation nicht dazu dienen, einen Tatverdacht erst zu begründen. Denn Buchstabe a<sup>861</sup> verlangt, dass in jedem Fall auf Grund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen ist, ein Verbrechen oder Vergehen sei begangen worden. Zwar ist gemäss Artikel 194 Absatz 1 Buchstabe b<sup>862</sup> das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts für jede Zwangsmassnahme vorausgesetzt; hier soll noch einmal an diese allgemeine Voraussetzung erinnert werden.»<sup>863</sup>

Diese Passage der Botschaft lässt keinen Zweifel, dass der Bundesrat mit der vorgeschlagenen Formulierung keineswegs vom Erfordernis des Tatverdachts abweichen und die Anforderungen an den Tatverdacht auch nicht reduzieren, sondern diese Voraussetzung im Gegenteil hervorheben wollte.

Im Gesetzgebungsverfahren passierte Art. 281 E-StPO den Ständerat als Erstrat diskussionslos.<sup>864</sup> Im Nationalrat beantragte eine Minderheit der vorbereitenden Kommission für Rechtsfragen hingegen, Art. 281 Abs. 1 Bst. a E-StPO um die Worte «oder begangen werden könnten» zu ergänzen.<sup>865</sup> Der Antrag zielte darauf, auch verdachtslose Observationen gestützt auf die StPO zu ermöglichen.<sup>866</sup> Die Kommissionsmehrheit folgte dem Entwurf des BR.<sup>867</sup>

Der BR führte zum Minderheitsantrag aus, die Observation im Sinne der Wahrung der Sicherheit sei Gegenstand der Polizeigesetze, nicht der Strafprozessordnung. Anknüpfungspunkt aller strafprozessualen Massnahmen sei ein Tatverdacht. Immer erst wenn ein Tatverdacht vorliege, greife die Strafprozessordnung, weshalb die Observation zum Zwecke der Gefahrenabwehr nicht in der StPO zu regeln sei.<sup>868</sup> Der Nationalrat folgte diesen Ausführungen und beschloss den heute gültigen Wortlaut.<sup>869</sup>

Es erweist sich, dass eine Normierung von verdachtslosen Observationen in der StPO im Gesetzgebungsprozess diskutiert, aber von Bundesrat und Parlamentsmehrheit aus grundsätzlichen legislatorischen Überlegungen verworfen wurde. Die Prüfung der Materialien führt zum Ergebnis, dass für verdachtslose Observationen gestützt auf die StPO kein Raum besteht. Der Gesetzgeber hat sich mit dieser Möglichkeit auseinandergesetzt und sich ausdrücklich dagegen

---

<sup>861</sup> Gemeint ist Art. 281 Abs. 1 Bst. a E-StPO, welcher Art. 282 Abs. 1 Bst. a StPO entspricht.

<sup>862</sup> So im E-StPO; die Bestimmung entspricht Art. 197 Abs. 1 Bst. b StPO.

<sup>863</sup> Botschaft StPO, 1253.

<sup>864</sup> AB StR 2006 1035.

<sup>865</sup> AB NR 2007 991.

<sup>866</sup> Votum NR Luzi Stamm für die Kommissionsminderheit, AB NR 2007 991.

<sup>867</sup> Votum NR Anita Thanei für die Kommission für Rechtsfragen, AB NR 2007 992 f.

<sup>868</sup> Votum BR Christoph Blocher, AB NR 2007 992.

<sup>869</sup> Mit 98 zu 52 Stimmen für den Antrag der Kommissionsmehrheit, AB NR 2007 993.

entschieden. Zur Durchführung von Observationen gestützt auf Art. 282 Abs. 1 StPO ist nur, aber immerhin ein Anfangsverdacht verlangt, wie er zur Vornahme jeglicher Zwangsmassnahmen vorausgesetzt ist, welche keine qualifizierten Anforderungen an den Tatverdacht enthalten.<sup>870</sup> Die strafprozessuale Observation dient regelmässig gerade der Konkretisierung des oft bloss vagen Anfangsverdachts.<sup>871</sup>

#### 3.1.5.1.1.2. Verdachtslose verdeckte Ermittlungen gestützt auf Art. 285a ff. StPO?

Anders als die meisten anderen strafprozessualen Zwangsmittel war die verdeckte Ermittlung schon vor Inkrafttreten der StPO bundesrechtlich geregelt. Ein Blick auf die Vorgeschichte der heutigen Art. 285a ff. StPO erhellt die heutige Rechtslage.

Die verdeckte Ermittlung fand ihre erste allgemeine gesetzliche Regelung auf Bundesebene im ehemaligen BVE, welches am 1. Januar 2005 in Kraft trat und sechs Jahre später mit Inkrafttreten der StPO vollständig aufgehoben wurde.<sup>872</sup> Art. 4 Abs. 1 Bst. a BVE sah unter der Überschrift «Voraussetzungen» vor, dass verdeckte Ermittlungen angeordnet werden könnten, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründeten, besonders schwere Straftaten seien begangen worden oder *sollten begangen werden*.<sup>873</sup> Das BVE erfasste damit nicht nur die verdeckte Ermittlung ab Vorliegen eines Tatverdachts, sondern sah ausdrücklich auch das heimliche Ermitteln vor Begehung einer vermuteten zukünftigen Straftat vor.<sup>874</sup> Das BVE stellte damit eine gesetzliche Grundlage für verdachtsunabhängige verdeckte Ermittlungen dar.<sup>875</sup>

Notabene sollten aber verdeckte Ermittlungen bezüglich zukünftigen Straftaten «nicht etwa der Verhinderung der voraussichtlichen Straftat, sondern deren Aufklärung für den Fall, dass sie begangen wird»<sup>876</sup> dienen, wie das BGer fest-

---

<sup>870</sup> So ausdrücklich auch BSK StPO-EUGSTER/KATZENSTEIN, Art. 282 N 11.

<sup>871</sup> GOLDSCHMID/MAURER/SOLLBERGER, 273.

<sup>872</sup> ZK StPO-HANSJAKOB, Art. 285a N 1 f. Zuvor kannten nur die Strafprozessordnungen weniger Kantone (BE, BL, VS) eine Bestimmung zur verdeckten Ermittlung. Im Bundesrecht enthielt lediglich Art. 23 Abs. 2 BetrMG einen strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund für Polizeibeamtinnen und -beamte, die zu Ermittlungszwecken im Zusammenhang mit Betäubungsmitteldelikten Drogen zum Schein annahmen, ohne ihre wahre Identität und Funktion bekannt zu geben. Vgl. Botschaft BÜPF/BVE, 4248; HANSJAKOB, ZStrR 2004, 100.

<sup>873</sup> Hervorhebung des Verf.

<sup>874</sup> Vgl. ZK StPO-HANSJAKOB, Art. 285a N 1; MUGGLI, 173 ff.

<sup>875</sup> Ob es sich auch um eine verfassungs- und konventionskonforme Grundlage handelte, kann hier aufgrund der Aufhebung des BVE offen bleiben.

<sup>876</sup> BGE 134 IV 266, E. 4.1.1.

hielt. Verdachtslose verdeckte Ermittlungen nach dem BVE hatten also den Zweck der Verfolgung von Straftaten, die noch gar nicht begangen worden waren. Das BVE galt nämlich ausdrücklich nur in Strafverfahren<sup>877</sup> von Bund und Kantonen und diente nur dem Zweck der Aufklärung von Straftaten<sup>878</sup>, nicht aber der Prävention von Straftaten.<sup>879</sup>

Die Botschaft zum BVE unterschied eine vor dem Tatverdacht liegende «Vorbereitungsphase»,<sup>880</sup> die im Gesetz nicht näher geregelt war, und den Einsatz im Rahmen eines Strafverfahrens<sup>881</sup> und blendete aus, dass ein Tatverdacht bezüglich zukünftiger Straftaten nicht bestehen kann:

«In der Vorbereitungsphase geht es darum, dass die verdeckte Ermittlerin oder der verdeckte Ermittler sich in einen Kreis einzuführen versucht, in dem eine oder mehrere Personen verdächtigt werden, so schwere Straftaten zu begehen oder vorzubereiten, dass der Anfangsverdacht eine baldige Eröffnung eines Strafverfahrens voraussehen lässt.»<sup>882</sup>

Art. 4 Abs. 1 Bst. a BVE missachtete die Funktion des Tatverdachts als Auslöser des Strafverfahrens und Schutzwall der Betroffenen. Die Bestimmung legalisierte letztlich die Beweisausforschung mittels verdeckter Ermittlung.<sup>883</sup>

Diese Mängel wurden bei der Ausarbeitung der StPO erkannt und behoben. Der BR bezeichnete in der Botschaft zur StPO die Doppelfunktionalität der verdeckten Ermittlung unter dem BVE als widersprüchlich.<sup>884</sup> In der Eintretensdebatte des Nationalrats zur StPO erklärte der BR, die verdeckte Vorermittlung bliebe auch nach Inkrafttreten der StPO möglich. Vorermittlungen erfolgten aber im Rahmen der sicherheitspolizeilichen Tätigkeit und könnten nicht aufgrund der StPO vorgenommen werden.<sup>885</sup>

<sup>877</sup> Art. 2 BVE.

<sup>878</sup> Art. 1 BVE.

<sup>879</sup> A.A. wohl HANSJAKOB, ZStrR 2004, 100, der davon spricht, dass verdeckte Ermittlung aufgrund von Art. 4 Abs. 1 BVE «auch präventiv möglich» sei. Diese Interpretation ist aus polizei- wie strafrechtlicher Perspektive die naheliegende und den Grundprinzipien entsprechende, entsprach aber offenbar nicht der Intention des Gesetzgebers und der Interpretation des BGer. Ebenso HANSJAKOB, forumpoenale 2014, 245.

<sup>880</sup> Botschaft BVE/BÜPF, 4285; vgl. BGE 134 IV 266, E. 4.2.1.

<sup>881</sup> Art. 14 ff. BVE; vgl. HANSJAKOB, ZStrR 2004, 103.

<sup>882</sup> Botschaft BVE/BÜPF, 4285.

<sup>883</sup> In diesem Sinne auch VETTERLI, forumpoenale 2008, 372. Zur Kritik am BVE i.A. vgl. z.B. ALBRECHT, AJP 2002, 632 ff.; WOHLERS, ZSR 2005, 219 ff.; HANSJAKOB, ZStrR 2004, 97 ff. Auf die Problematik präventiver Verdeckter Ermittlungen gestützt auf Art. 4 Abs. 1 Bst. a BVE aufmerksam machten BISCHOFF/LANTER, jusletter 2008, N 22 ff.

<sup>884</sup> Botschaft StPO, 1255.

<sup>885</sup> BR Christoph Blocher, AB NR 2007, 942, auf Frage von NR Daniel Vischer. In der Botschaft StPO, 1255, erklärte der BR eher missverständlich, verdeckte Ermittlungen vor

Noch vor Inkrafttreten der StPO verlangte eine nationalrätliche Motion, die Einführung einer Bestimmung in der StPO zu prüfen, die verdeckte Ermittlungen erlauben würde, wenn «der Verdacht besteht, dass eine schwere Straftat [...] bevorstehe.»<sup>886</sup> In seiner Stellungnahme zu dieser Motion hielt der BR fest, die StPO sei nicht das richtige Gefäss zur Regelung von Massnahmen, welche der Erkennung und Verhinderung von Straftaten dienen, welche erst begangen werden könnten. Bei den von der Motion verlangten Massnahmen handle es sich um polizeirechtliche Aufgaben, welche im Polizeirecht zu regeln wären.<sup>887</sup> Die im NR erfolgreiche Motion<sup>888</sup> scheiterte an der fehlenden Zustimmung des SR.<sup>889</sup>

Somit kann festgehalten werden, dass die Möglichkeit verdachtsloser verdeckter Ermittlungen gestützt auf Strafprozessrecht seit Inkrafttreten der StPO nicht mehr besteht.<sup>890</sup> Die Revision der Bestimmungen zur verdeckten Ermittlung im Zusammenhang mit der Einführung der verdeckten Fahndung in der StPO im Jahre 2013, die insbesondere die Legaldefinition des Art. 285a StPO hervorbrachte,<sup>891</sup> hat hieran nichts geändert.

#### 3.1.5.1.1.3. Verdachtslose verdeckte Fahndungen gestützt auf Art. 298a ff. StPO?

Die Bestimmungen zur verdeckten Fahndung wurden 2013 in die StPO eingefügt, nachdem das BGer in BGE 134 IV 266 erklärt hatte, dass mangels einer klaren, abweichenden Regelung im Zweifelsfall davon auszugehen sei, dass jedes Anknüpfen von Kontakten mit einer verdächtigen Person zu Ermittlungszwecken durch einen nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen eine verdeckte Ermittlung darstellte und daher die entsprechenden gesetzlichen

---

Vorliegen eines Tatverdachts erschiene rechtsstaatlich als problematisch, denn damit würde die eigentliche Verdachtsausforschung zugelassen. Diese Passage ist in der Lehre als Stellungnahme gedeutet worden, der BR habe jegliche verdachtslose verdeckte Ermittlungen als unzulässig bezeichnet, vgl. BOMMER, ZBJV 2017b, 43. Die Aussage bezog sich aber auf die Regelung des BVE, die verdeckte Ermittlungen als Mittel der strafprozessrechtlichen Repression und nicht zur Prävention von Straftaten vorsah; vgl. ZK StPO-HANSJAKOB, Art. 285a N 3.

<sup>886</sup> Curia Vista, Nr. 08.3841, Motion Barbara Schmid-Federer «Verdeckte Ermittlungen im Vorfeld von Strafverfahren» vom 17. Dezember 2008.

<sup>887</sup> Nr. 08.3841, Motion Barbara Schmid-Federer, Stellungnahme des BR vom 18. Februar 2009.

<sup>888</sup> Mit 85:75 Stimmen, AB NR 2009 2424.

<sup>889</sup> AB StR 2009 1292.

<sup>890</sup> GOLDSCHMID/MAURER/SOLLBERGER, 276; ZK StPO-HANSJAKOB, Art. 285a N 4.

<sup>891</sup> BSK StPO-KNODEL, Art. 285a N 4.

Anforderungen zu erfüllen habe.<sup>892</sup> Entgegen der in Teilen der Lehre<sup>893</sup> vertretenen Meinung machte das BGer damit klar, dass auch geringfügigere Täuschungen wie im Falle von Scheinkäufen Zwangsmassnahmen darstellen und daher einer gesetzlichen Grundlage bedürfen. Der Entscheid stellt ein Bekenntnis zur Geltung des Legalitätsprinzips im Bereich polizeilichen Eingriffshandelns dar.

Bei der Ausarbeitung der neuen Bestimmungen über die verdeckte Fahndung in der StPO beantragte eine Minderheit der vorbereitenden nationalrätlichen Kommission für Rechtsfragen, es sei auch für präventive verdeckte Fahndungen eine gesetzliche Grundlage in der StPO zu schaffen, wie sie schon im BVE bestanden habe.<sup>894</sup> Der BR bat in der nationalrätlichen Debatte unter Verweis auf die verfassungsmässige Kompetenzordnung zwischen Bund und Kantonen, eine solche Regelung abzulehnen. Präventive Massnahmen seien Massnahmen des Polizeirechtes, für dessen Erlass weitestgehend die Kantone zuständig seien.<sup>895</sup> Der NR folgte dem BR und der Kommissionsmehrheit mit knapper Mehrheit.<sup>896</sup>

Mit diesen Entscheiden bestätigte das Parlament, dass verdachtsunabhängige verdeckte Fahndungen ebenso wie verdachtslose verdeckte Ermittlungen

---

<sup>892</sup> BGE 134 IV 266, E. 3.7; vgl. oben III.2.2. Der Entscheid bedeutete, dass polizeiliche Scheinkäufe von Drogen und Alkohol, Ermittlungen in Internetchats und Angabe einer falschen Identität und ähnliche verbreitete Vorgehensweisen der Polizei nicht zulässig waren, da die Voraussetzungen verdeckter Ermittlungen, insbesondere der Verdacht bezüglich einer schweren Straftat, bei derartigen Massnahmen regelmässig nicht erfüllt sind. Die Revision ging auf eine parlamentarische Initiative von NR Daniel Jositsch zurück (Curia Vista, Nr.08.458, Parlamentarische Initiative «Präzisierung des Anwendungsbereichs der Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung» vom 29. September 2008). Die Initiative wollte den Anwendungsbereich der Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung in der noch nicht in Kraft gesetzten StPO eingrenzen und insbesondere «einfache Lügen» sowie «einfache Scheinkäufe» vom Anwendungsbereich ausnehmen. Dies alleine hätte aber verdeckte Fahndungen keineswegs legalisiert, denn BGE 134 IV 266, E. 3.6.4 BGer erklärt unmissverständlich, dass jede derartige Täuschung unabhängig von der Intensität eine Eingriffsmassnahme darstellt, die nur aufgrund einer gesetzlichen Grundlage zulässig sein kann; vgl.; VETTERLI, *forumpoenale* 2008, 370 ff. Zum selben Schluss kam eine von der KKJPD eingesetzte Expertengruppe, vgl. *Musterlösung KKJPD, Erläuterungen*.

<sup>893</sup> Vgl. etwa JOSITSCH/MULLE, *AJP* 2014, 493; MURER MIKOLÁSEK, in: *Der Schutz polizeilicher Güter*, 163.

<sup>894</sup> Bericht RK NR Initiative Jositsch, *BBi* 2012 5599 f.; vgl. Stellungnahme des BR zur Initiative Jositsch, *BBi* 2012 5611; Minderheitsantrag NR Natalie Rickli, *AB NR* 2012 1267; vgl. BGE 140 I 353, E. 5.5.1; JOSITSCH/MULLE, *AJP* 2014, 496.

<sup>895</sup> *AB NR* 2012, 1266; ebenso Stellungnahme BR Initiative Jositsch, 5611 f.

<sup>896</sup> 86 Stimmen für den Antrag der Mehrheit, 78 Stimmen für den Antrag der Minderheit; *AB NR* 2012 1268. In den Schlussabstimmungen passierten die heute in Kraft stehenden Bestimmungen zur verdeckten Fahndung beide Räte ohne Gegenstimme, vgl. *AB NR* 2012 2279; *AB StR* 2012 1258; vgl. BGE 140 I 381, E. 3.3.

nicht Gegenstand der StPO sein sollten.<sup>897</sup> Der Nationalrat bekräftigte seine Haltung, indem er eine parlamentarische Initiative deutlich ablehnte,<sup>898</sup> die eine Grundlage für präventive verdeckte Fahndungen in der Bundesverfassung schaffen wollte.<sup>899</sup>

#### 3.1.5.1.1.4. Ergebnis: Keine gesetzlichen Grundlagen von Vorermittlungen in der StPO

Im Gesetzgebungsprozess zum Erlass der StPO wurde im Zusammenhang mit den drei hier zu untersuchenden Ermittlungsmitteln die Möglichkeit geprüft und beraten, entsprechende Vorermittlungsmassnahmen in der StPO zu verankern. Die Bundesversammlung entschied sich in allen drei Fällen gegen eine solche Bestimmung; im Wesentlichen aufgrund der Argumentation, Strafprozessrecht und Polizeirecht nicht zu vermischen bzw. die verfassungsmässige Kompetenzordnung im Bereich der inneren Sicherheit nicht (noch weiter) zu übergehen.<sup>900</sup>

Dies ist bemerkenswert, bestand doch mit dem BVE zuvor eine gesetzliche Grundlage, die verdeckte Ermittlungen sowohl nach wie auch vor einem Tatverdacht zulies bzw. die Figur eines Tatverdachts bezüglich zukünftiger Delikte konstruierte, die im Widerspruch zur h.L. zum Begriff des Tatverdachts stand.<sup>901</sup> Trotz der nach BGE 134 IV 266 in weiten Teilen der Politik geäusserten Erwartung,<sup>902</sup> verdeckte Ermittlungsmassnahmen müssten so breit wie möglich zugelassen werden, hat der Gesetzgeber sich gegen eine Regelung von Vorermittlungen in der StPO entschieden und einer die bundesrechtliche Kompetenzordnung, die Ordnung der polizeilichen Aufgaben und letztlich die Bedeutung des Tatverdachts als Schwelle zum Strafverfahren respektierenden Regelung den Vorzug gegeben.

Gestützt auf die Materialien kann mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>903</sup> entsprechend festgehalten werden, dass die Massnahmen nach Art. 282 f., Art. 285a ff. und Art. 298a ff. StPO nur ab dem Bestehen eines hinreichenden Tatverdachts zulässig sind. Eine strafprozessrechtliche gesetzliche

---

<sup>897</sup> Vgl. BGE 140 I 353, E. 5.5.2.

<sup>898</sup> Parlamentarische Initiative Ulrich Schlüer, abgelehnt mit 61 zu 125 Stimmen; AB NR 2012 55 ff.

<sup>899</sup> Curia Vista, Geschäftsnr. 10.465, Parlamentarische Initiative «Verdeckte Fahndung zur Verbrechensprävention», eingereicht am 18. Juni 2010.

<sup>900</sup> Vgl. Bericht Malama, 4591 ff.

<sup>901</sup> Vgl. oben II.3.1.6.1.

<sup>902</sup> In der nationalrätlichen Debatte zur Einführung der verdeckten Fahndung hoben Sprecher sämtlicher Fraktionen die Wichtigkeit verdeckter Ermittlungsmassnahmen und den entsprechenden Handlungsbedarf hervor, vgl. AB NR 2012 1264 ff.

<sup>903</sup> BGE 143 IV 27, E. 2.5; 140 I 353, E. 5.5.1.

Grundlage von Vorermittlungen besteht seit der Aufhebung des BVE nicht mehr.<sup>904</sup>

### 3.1.5.1.2. Übriges Bundesrecht

Auch im übrigen Bundesrecht bestehen gesetzliche Bestimmungen, deren Qualität als Ermächtigungsgrundlage für verdachtsunabhängige polizeiliche Ermittlungen zu prüfen ist.

#### 3.1.5.1.2.1. Art. 23 Abs. 2 BetmG

Die wohl älteste Bestimmung des Bundesrechts, die verdeckte Ermittlungsmassnahmen betrifft, ist Art. 23 Abs. 2 BetmG. Die Bestimmung enthält einen besonderen materiell-rechtlichen Rechtfertigungsgrund für den Beamten, der bei der Bekämpfung von Betäubungsmitteldelikten zu Ermittlungszwecken selber ein Angebot annimmt.<sup>905</sup>

Das frühere Schrifttum sowie Autoren mit polizeilichem Hintergrund neigen zu der Auffassung, Art. 23 Abs. 2 BetmG stelle nicht nur einen materiell-rechtlichen Rechtfertigungsgrund dar, sondern zugleich auch eine Ermächtigungsgrundlage der Polizei für verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen zur Bekämpfung der Betäubungsmittelkriminalität.<sup>906</sup> Die ältere bundesgericht-

---

<sup>904</sup> Gewisse Zwangsmassnahmen nach der StPO dürfen allerdings unbestrittenermassen ohne Bestehen eines Tatverdachts vorgenommen werden, was aus rechtsstaatlicher Perspektive bedenklich ist. Allen voran ist die Präventivhaft (Art. 221 Abs. 2 StPO) zu nennen, die keine strafprozessrechtlichen, sondern ausschliesslich polizeiliche Zwecke verfolgt und daher einen bedenklichen Fremdkörper in der StPO darstellt, vgl. anstelle vieler SGK BV-VEST, Art. 31 N 14. Ohne Tatverdacht zulässig sind zudem auch die Massnahmen bei aussergewöhnlichen Todesfällen, Art. 253 f. StPO, da der Tatbestand auch durch Fälle erfüllt wird, wo keine Straftat als Todesursache zu Diskussion steht. Ermittlungsmassnahmen, die eine Vielzahl von Personen aufgrund eines oder weniger unspezifischer Kriterien betreffen, wie der DNA-Massenabgleich (Art. 256 StPO), Rasterfahndungen oder ein «Antennensuchlauf» (BGE 137 IV 340, E. 5 ff.) stellen hingegen keine verdachtsunabhängigen Massnahmen i.S. dieser Untersuchung dar. Diese Massnahmen setzen wie alle Zwangsmittel des Strafprozessrechts einen Verdacht einer Straftat voraus, nicht aber eine verdächtige Person; vgl. WALDER, ZStw 1983, 868; a.A. KARNUSIAN, forumpoenale 2016, 353. Problematisch ist bei diesen Massnahmen aufgrund der Erfassung einer grossen Zahl von Personen durch die Massnahme vielmehr deren (Un-)verhältnismässigkeit, vgl. etwa GLESS/GETH, in: FS Killias, 1040 ff.

<sup>905</sup> Zum fraglichen Umfang der Rechtfertigung aufgrund Art. 23 Abs. 2 BetmG vgl. ALBRECHT, Art. 23 N 6; sowie oben III.3.1.4.

<sup>906</sup> So z.B. noch BÄTTIG, Kriminalistik 2006, 133 sowie RHYNER/STÜSSI, in: Polizeiliche Ermittlung, 497 ff.; vgl. FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, Art. 23 N 10; teilweise wurde auch vertreten, eine gesetzliche Grundlage von verdeckten Fahndungen sei nicht nötig, vgl. ALBRECHT, Art. 23 N 13 f. sowie oben III.3.1.5.1.1.3.

liche Rechtsprechung<sup>907</sup> und die Botschaft zum BVE<sup>908</sup> liessen die Frage offen. Die neuere Lehre lehnt diese Auffassung aber zu Recht ab.<sup>909</sup> Eine materiellrechtliche Rechtfertigungsbestimmung enthält nicht gleichsam als Nebenfunktion eine entsprechende Ermächtigung. Dazu ist Art. 23 Abs. 2 BetrMG auch viel zu unbestimmt: Die Norm enthält keinerlei Anwendungsvoraussetzungen oder -eingrenzungen in sachlicher oder zeitlicher Hinsicht. Vielmehr greift Art. 23 Abs. 2 BetrMG nur dann ein, wenn eine Ermächtigungsnorm in einem anderen Gesetz einen derartigen Einsatz zulässt.<sup>910</sup>

#### 3.1.5.1.2.2. Hinweis: Art. 14 Abs. 2 Bst. f BWIS

Mit Inkrafttreten des NDG ist das BWIS zu einem Rumpfgesetz geworden, das punktuell nachrichtendienstliche und polizeiliche Massnahmen regelt.<sup>911</sup> Art. 14 Abs. 2 Bst. f BWIS sieht vor, dass fedpol und die Kantone zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach diesem Gesetz Observation durchführen können.<sup>912</sup> In Anwendung dieser Bestimmung dürfen die Staatsschutzorgane des Bundes und der Kantone Vorgänge an öffentlich zugänglichen Orten beobachten und dabei Ton- und Bildaufnahmen erstellen. Die Bestimmung wird in der Literatur teilweise als gesetzliche Grundlage polizeilicher Observationen genannt, sie ist aber aufgrund der Zweckbestimmung des BWIS dem Bereich des Staatsschutzes zuzurechnen.<sup>913</sup>

#### 3.1.5.1.3. Ergebnis

Damit kann festgehalten werden, dass seit der Aufhebung des BVE am 31. Dezember 2010 keine gesetzliche Grundlage des Bundesrechts für polizeiliche Vorermittlungen mehr besteht. Insbesondere können verdachtslose Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen nicht auf die StPO gestützt werden.

---

<sup>907</sup> BGE 116 IV 294, E. 2a; 124 IV 34, E. 3a.

<sup>908</sup> Botschaft BÜPF/BVE, 4249.

<sup>909</sup> WOHLERS, ZSR 2005, 219; VETTERLI, forumpoenale 2008, 368.

<sup>910</sup> VETTERLI, forumpoenale 2008, 368.

<sup>911</sup> Neben gewissen Tätigkeiten im Bereich des Staatsschutzes regelt das Gesetz in seinen Art. 24a ff. insbesondere Massnahmen gegen Gewalt an Sportveranstaltungen, die dem Bereich der Sicherheitspolizei zuzurechnen sind. In diesem Bereich gilt die Ermächtigung zu Observationen gemäss Art. 14 Abs. 2 Bst. f BWIS aber nicht.

<sup>912</sup> TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N. 129; ZALUNARDO-WALSER, 44.

<sup>913</sup> Zur Abgrenzung des Staatsschutzes von den Aufgaben der Sicherheits- und Kriminalpolizei vgl. Bericht Malama, 4499.



3.1.5.2. *Gesetzliche Grundlagen von Vorermittlungen im interkantonalen Staatsvertragsrecht*

Das interkantonale Staatsvertragsrecht enthält rechtsetzende polizeirechtliche Bestimmungen, die Ermächtigungsrundlagen zu Grundrechtseingriffen bilden, weshalb hier kurz angesprochen wird, ob sich in diesem Bereich gesetzliche Grundlagen von Vorermittlungsmassnahmen finden.

Die Kantone koordinieren ihre Aktivitäten in den Bereichen Justiz und Polizei im Rahmen der KKJPD sowie der KKPKS. Sie haben zu diesem Zweck mehrere interkantonale Verträge (Konkordate) mit rechtsetzendem Charakter geschlossen.<sup>914</sup>

Unter den bestehenden Konkordaten enthält einzig das Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen<sup>915</sup> polizeirechtliche Ermächtigungsbestimmungen, die über die im kantonalen Polizeirecht geregelten Eingriffsmassnahmen hinausgehen.<sup>916</sup> Die geltende Fassung des Konkordats sieht Durchsuchungen, Rayonverbote, Meldeauflagen, Polizeigewahrsam und die Empfehlung von Stadionverboten vor, aber keine Observationen, verdeckten Fahndungen oder verdeckten Ermittlungen.<sup>917</sup>

Es bestehen somit keine gesetzlichen Grundlagen für verdachtsunabhängige Ermittlungen im interkantonalen Staatsvertragsrecht.

<sup>914</sup> Im Rahmen ihrer Kompetenz können die Kantone untereinander Verträge mit rechtsetzendem Charakter schliessen. Die interkantonalen Verträge haben Vorrang vor dem kantonalen Recht (Art. 48 Abs. 5 BV), hingegen geht das Bundesrecht dem Konkordatsrecht vor (Art. 49 BV), vgl. Bericht Malama, 4480 ff.; HÄNNI, in: Verfassungsrecht der Schweiz, N 7 ff.; RÉMY, 119 ff.; MAGNIN, 105 ff. Wichtigstes Beispiel der interkantonalen Zusammenarbeit im Bereich des Polizeirechts sind die vier Polizeikonkordate (Westschweiz, Nordwestschweiz, Zentralschweiz, Ostschweiz), denen sämtliche Kantone mit Ausnahme Zürichs und des Tessins angehören; vgl. Bericht Malama, 4481; RAUBER, 20 f. Von grosser Bedeutung für die Praxis sind ebenso die interkantonalen Konferenzen: Als politisches Koordinationsorgan die Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren (KKJPD), als Gremium der operativen Ebene die Konferenz der kantonalen Polizeikommandanten der Schweiz (KKPKS); vgl. MOHLER, N 242 ff.

<sup>915</sup> Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen vom 15. November 2007; Änderung vom 2. Februar 2012. Derzeit in Kraft stehend ist die Fassung vom 10. Januar 2014 unter Berücksichtigung des Urteils 1C\_176/2013, des Bundesgerichts vom 7. Januar 2014.

<sup>916</sup> Das Bundesgericht hat im Grundsatz die Verfassungsmässigkeit dieser Eingriffsnormen und deren Vereinbarkeit mit dem Bundesrecht und mit Art. 5 EMRK bejaht, BGE 137 I 31, E. 3 ff. In einem weiteren Entscheid hat es aber zwei nachträglich eingeführte Eingriffsnormen als mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip unvereinbar aufgehoben, BGE 140 I 2, E. 11 und 12.

<sup>917</sup> Vgl. MEIER, AJP 2014, 669 ff.

### 3.1.5.3. Gesetzliche Grundlagen von Vorermittlungen im kantonalen Polizeirecht

Im Rahmen der Polizeihöhe der Kantone sind diese berechtigt, Bestimmungen auch über verdachtslose Ermittlungen zu schaffen.<sup>918</sup> Die kantonale Kompetenz beschränkt sich dabei wie dargestellt auf die Aufgabe der Prävention von Straftaten, verstanden als Gefahrenabwehr und Deliktvorbeugung.<sup>919</sup> Nicht erlaubt ist es den Kantonen hingegen, Bestimmungen zu erlassen, die sich mit der Aufklärung schon begangener Delikte befassen. Diese Aufgabe liegt vollständig in der Kompetenz des Bundes und ist abschliessend in der StPO geregelt.<sup>920</sup>

Der folgende Abschnitt bietet einen Überblick über die kantonalen polizeirechtlichen Normen, die die Polizei zur Vornahme von verdachtslosen Observationen, verdeckten Fahndungen und verdeckten Ermittlungen berechtigen sollen, sowie über ihre Entstehungsgeschichte. Eine beispielhafte Auswahl der geltenden Normen wird anschliessend auf ihre Konformität mit den bundesgerichtlichen Anforderungen an polizeirechtliche Eingriffsnormen überprüft. Ziel ist es, zu bestimmen, ob die Polizei Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen auf dem Legalitätsprinzip genügende gesetzliche Grundlagen des kantonalen Rechts stützen kann.

#### 3.1.5.3.1. Entstehungsgeschichte

Mit der Aufhebung des BVE Ende 2010 entfiel die – ohnehin fragwürdige – bundesrechtliche Grundlage für verdachtsunabhängige verdeckte Ermittlungen.<sup>921</sup> Da verdeckte Ermittlungsmassnahmen ohne Tatverdacht einer gängigen Praxis der kantonalen Polizeibehörden entsprachen und als in der Bekämpfung von gewissen Straftaten bedeutende Massnahme betrachtet wurden, wurde in Politik<sup>922</sup> und Medien<sup>923</sup> der Ruf nach dem Erlass neuer gesetzlicher Grund-

---

<sup>918</sup> Vgl. oben II.3.2.1.1.

<sup>919</sup> Vgl. oben II.3.2 und II.3.3.

<sup>920</sup> Vgl. oben II.3.1.

<sup>921</sup> Art. 4 Abs. 1 Bst. a BVE; vgl. oben III.3.1.5.1.1.2.

<sup>922</sup> Vgl. etwa die Motion Annemarie Pfeifer und Konsorten betreffend Weiterführung von verdeckten Ermittlungen durch die Polizei, mit Beschluss des Grossen Rats des Kantons Basel-Stadt überwiesen am 29. Juni 2011, Geschäfts-Nr. 10.5323. Die Motion bildete den Anstoss zur Schaffung der Bestimmungen von § 33a bzw. § 33b PolG BS über verdeckte Fahndungen resp. verdeckte Ermittlungen, vgl. Ratschlag RR BS 2012, 3 f.

<sup>923</sup> Vgl. etwa das Interview mit dem Kommandanten der Stadtpolizei Zürich, Philipp Hotzenköcherle, «Jetzt müssen wir warten, bis es Opfer gibt», NZZ vom 7. Januar 2011. – Notabene existierten schon vor 2011 in kantonalen Rechtsordnungen vereinzelt Bestimmungen über präventive polizeiliche Ermittlungsmassnahmen. So sah § 71a Abs. 3 der ehemaligen StPO BS – systemwidrig – die Überwachung des Post-, Telefon- und Telegrafentelefonverkehr sowie die Verwendung technischer Überwachungsgeräte zur Verhinderung

lagen für verdachtslose verdeckte Massnahmen der Polizei laut. Insbesondere in Bezug auf verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen in Internet-Chats zur Bekämpfung von Sexualdelikten gegen Minderjährige berichteten 2010 diverse Medien über die Problematik der entstehenden «Gesetzeslücke» und forderten eine Lösung des Gesetzgebers.<sup>924</sup>

Daraufhin wurde die KKJPD aktiv. Sie nahm Kontakt auf mit der RK NR, welche zu dieser Zeit aufgrund der parlamentarischen Initiative Jositsch den Entwurf neuer Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung in der StPO vorbereitete,<sup>925</sup> und erarbeitete zuhanden der kantonalen Gesetzgeber eine Musterregelung der präventiven verdeckten Fahndung.<sup>926</sup>

Die Musterregelung der KKJPD sieht Folgendes vor:

- Präventive verdeckte Fahndungen dienen dem *Zweck* der *Erkennung der Vorbereitung von Vergehen und Verbrechen* oder der *Verhinderung von Straftaten*.<sup>927</sup> Dieser Vorschlag einer Zweckbestimmung beschränkt verdachtslose verdeckte Fahndungen auf Einsätze zur Erkennung und Verhinderung zukünftiger Straftaten und schliesst insbesondere Verdachtsausforschungen aus. In funktionaler Hinsicht besteht bei einer derartigen Formulierung keine Überschneidung mit Massnahmen der Strafverfolgung gemäss StPO.
- Die *Intensität der zulässigen Täuschung* soll derjenigen gemäss den Bestimmungen zur verdeckten Fahndung in der StPO entsprechen. Insbesondere muss es sich bei verdeckten Fahndungen um kurze Einsätze handeln, die ohne Legende durchgeführt werden.<sup>928</sup>
- Als *Anordnungsvoraussetzungen* werden *hinreichende Anzeichen*, dass es zu strafbaren Handlungen kommen könnte, sowie die *Subsidiarität* der Massnahme genannt (Erfolglosigkeit milderer Massnahmen oder unverhältnismässige Erschwerung der Ermittlungen ohne die verdeckte Fahndung).<sup>929</sup>
- Bezüglich der Anforderungen an die eingesetzten Personen, die Aufgaben der verdeckten Fahnderinnen und Fahnder und der Führungspersonen sowie

---

von Verbrechen und Vergehen vor; vgl. BGE 109 Ia 273, E. 9; vgl. SCHWEIZER/MÜLLER, LeGes 2008, 385.

<sup>924</sup> Z.B. «Pädophile im Internet: Zürich stoppt verdeckte Ermittlungen», Tages-Anzeiger vom 29. Oktober 2010; «Wie eine Gesetzeslücke Pädophile schützt», 20 Minuten vom 19. Oktober 2010; «Verdeckte Jagd auf Internet-Pädos wird eingestellt», Blick vom 20. Oktober 2010; vgl. TIEFENTHAL, Art. 24g N 19.

<sup>925</sup> Bericht RK NR Initiative Jositsch, BBl 2012 5593.

<sup>926</sup> Musterregelung KKJPD; vgl. HANSJAKOB, forumpoenale 2013, 220 f.

<sup>927</sup> Musterregelung KKJPD, Abs. 1.

<sup>928</sup> Musterregelung KKJPD, Abs. 1.

<sup>929</sup> Musterregelung KKJPD, Abs. 2.

die Beendigung des Einsatzes verweist die Musterregelung auf die analogen Bestimmungen der StPO.<sup>930</sup>

- Nach Ablauf eines Monats muss die Fortsetzung der verdeckten Fahndung durch einen Polizeioffizier genehmigt werden.<sup>931</sup>

Die Musterregelung der KKJPD enthält viele wesentliche Elemente der Anforderungen des BGER an die Gesetzmässigkeit und die Verhältnismässigkeit von Regelungen und Vorermittlungen<sup>932</sup> und stellt damit eine mehrheitlich gelungene Vorlage für die Gesetzgeber der Kantone dar. Insbesondere schliesst sie Massnahmen der Verdachtsbegründung aus<sup>933</sup> und folgt hinsichtlich der Eingriffsvoraussetzungen den Anforderungen der StPO.<sup>934</sup> Es fehlte aber insbesondere an einem Regelungsvorschlag des Rechtsschutzes Betroffener sowie an einer zureichenden Umschreibung der Massnahme der verdeckten Fahndung.

Die Musterregelung der KKJPD enthält weder einen Vorschlag zu einer Normierung der präventiven Observation noch zu einer Regelung der präventiven verdeckten Ermittlung. Während im Falle der Observation nur vermutet werden kann, dass diese seitens der KKJPD möglicherweise trotz Bestehens der entsprechenden Regelung in der StPO nicht als Eingriffsmassnahme erkannt wurde,<sup>935</sup> äussern sich die Erläuterungen der Musterregelung zum Fehlen eines Vorschlags zur präventiven verdeckten Ermittlung: Demnach erklärte die Expertengruppe der KKJPD, «dass die verdeckte Ermittlung tief in die Grundrechte des Betroffenen eingreifen kann und deshalb nur zulässig sein sollte, wenn ein konkreter Tatverdacht die Eröffnung eines Strafverfahrens nach StPO rechtfertigt.»<sup>936</sup> Die Experten hielten präventive verdeckte Ermittlungen mithin generell für unverhältnismässig.<sup>937</sup>

---

<sup>930</sup> Musterregelung KKJPD, Abs. 3 und 4.

<sup>931</sup> Musterregelung KKJPD, Abs. 6.

<sup>932</sup> Vgl. BGE 140 I 353, E. 7 f.; 140 I 381, E. 4.4.1 ff.

<sup>933</sup> Zum Verbot der *fishing expeditions* vgl. BGE 137 I 218, E. 2.3.2; 139 IV 128, E. 2.1; sowie oben II.3.1.6.5.

<sup>934</sup> Vgl. insbes. BGE 140 I 381, E. 4.4.1 ff.; im Einzelnen zu den bundesgerichtlichen Anforderungen an die Normbestimmtheit von Regelungen verdachtsloser Ermittlungsmassnahmen vgl. oben III.3.1.1.3; zu den Erfordernissen der Verhältnismässigkeit entsprechender gesetzlicher Grundlagen vgl. unten III.3.3.2.3.1.

<sup>935</sup> Zum Eingriffscharakter der Observation vgl. oben III.2.3.

<sup>936</sup> Musterregelung KKJPD, Erläuterungen; gleicher Ansicht i.Ü. HANSJAKOB, *forum* 2013, 221; vgl. zur Verhältnismässigkeit unten III.3.3.

<sup>937</sup> Vgl. TIEFENTHAL, Art. 24g N 19. Die Frage, ob präventive verdeckte Ermittlungen verhältnismässig sein können, wird unten untersucht, III.3.3.2.3.4.1.

### 3.1.5.3.2. Gesetzliche Grundlagen von Vorermittlungen im kantonalen Polizeirecht

Zum Zeitpunkt der Aufhebung des BVE kannten erst die Kantone Aargau, Basel-Landschaft, Obwalden und Schwyz polizeirechtliche gesetzliche Grundlagen von präventiven Vorermittlungen.<sup>938</sup> In den Jahren 2011 bis 2016 erliessen die Gesetzgeber der meisten anderen Kantone Bestimmungen über Vorermittlungen, die teilweise eng an die Musterregelung der KKJPD angelehnt sind, teilweise aber auch stark davon abweichen.<sup>939</sup> Heute bestehen in 22 der 26 Kantone Bestimmungen über polizeiliche Vorermittlungen, d.h. gesetzliche Regelungen, die polizeiliche Observationen, verdeckte Fahndungen oder verdeckte Ermittlungen ohne Vorliegen eines Tatverdachts vorsehen.<sup>940</sup> Neun dieser 22 Kantone haben indessen jeweils nur zwei der drei Massnahmen im Gesetz vorgesehen. Die sich daraus ergebenden Konsequenzen werden im Abschnitt zur nötigen Bestimmtheit der Normierungen untersucht.<sup>941</sup>

<sup>938</sup> § 35 Abs. 1–4 PolG AG sehen schon seit 1980 die Observation zum Zweck der Verhinderung von Straftaten vor, vgl. BAUMANN, § 35 N 1 ff. In der vom 1. Januar 2011 bis Ende 2012 gültigen Fassung ermächtigte § 35 Abs. 5 PolG AG die Polizei zur Durchführung von verdeckten Ermittlungen. Art. 22 PolG OW regelte ab dem 1. Januar 2011 die offene und verdeckte Überwachung von öffentlichen Strassen und Plätzen, dies u.a. zur Verhinderung und zur Erkennung von Verbrechen und Vergehen. Art. 23 PolG AG ermächtigte die Kantonspolizei zur Vornahme verdeckter Ermittlungen «zur Verhinderung und zur Erkennung von schweren Straftaten an Orten, welche einem grösseren Personenkreis zugänglich sind und in virtuellen Begegnungsräumen im Internet, die einem grösseren Benutzerkreis offen stehen». § 36 PolG BL sah bereits seit 1998 die präventive Observation vor; vgl. MÜLLER, in: Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft II, 130 ff.; ZALUNARDO-WALSER, 41 f. § 9a PolG SZ sah die Observation von Personen und Sachen «zur Informationsbeschaffung oder zur Gefahrenabwehr» vor, § 9d PolG SZ die verdeckte Vorermittlung zur Erkennung oder Verhinderung von Straftaten. Die Bestimmungen traten am 1. Juni 2010 (§ 9a PolG SZ) resp. 1. Januar 2011 (§ 9d PolG SZ) in Kraft. Das PolG SZ war notabene zu dieser Zeit noch als Verordnung bezeichnet. Diese wurde aber vom Kantonsparlament erlassen und unterstand dem fakultativen Referendum, womit sie die bundesgerichtlichen Anforderungen an die gesetzliche Grundlage für schwerwiegende Grundrechtseinschränkungen erfüllte, vgl. PolG SZ, Fn. 1 sowie oben III.3.1.2. Vgl. MUGGLI, 326; JOSITSCH/MULLE, AJP 2014, 497.

<sup>939</sup> Zum Stand der Gesetzgebung im Jahr 2013 vgl. MUGGLI, 326 ff. Die Rechtslage in Deutschland gestaltet sich ähnlich wie in der Schweiz. Auch dort ist die verdeckte Ermittlung sowohl in den § 110a ff. StPO-D als Instrument der Strafverfolgung geregelt, wie auch in den meisten Polizeigesetzen der Länder als Mittel der Gefahrenabwehr und der Straftatenvorsorge. Vgl. ROGGAN, Verdeckte Ermittler, 184 ff.

<sup>940</sup> Zur Konformität mit dem Bestimmtheitsgebot und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit vgl. III.3.1.1 bzw. III.3.3.

<sup>941</sup> Vgl. unten III.3.1.6.2.

Keine gesetzlichen Grundlagen von Vorermittlungen kennen bis heute die beiden Appenzell, Graubünden<sup>942</sup> sowie der Kanton Tessin<sup>943</sup>. In diesen vier Kantonen sind verdachtsunabhängige Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen daher derzeit unzulässig.

Die folgende Tabelle gibt einen Überblick über sämtliche aktuell bestehenden gesetzlichen Bestimmungen über Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen im Polizeirecht der Kantone.

<b>Kanton</b>	<b>Observation</b>	<b>verdeckte Fahndung</b>	<b>verdeckte Ermittlung</b>
<i>Zürich</i>	§ 32 PolG ZH	§ 32 d PolG ZH	§ 32 e PolG ZH
<i>Bern</i> <sup>944</sup>	Art. 35a PolG BE	–	Art. 35b PolG BE
<i>Luzern</i>	–	§ 15b PolG LU	§ 15a PolG LU
<i>Uri</i>	Art. 23 PolG UR	–	Art. 24 PolG UR
<i>Schwyz</i>	§ 9a PolG SZ	–	§ 9d PolG SZ
<i>Obwalden</i>	Art. 22 PolG OW	Art. 23 ff. PolG OW	Art. 23d ff. PolG OW
<i>Nidwalden</i>	Art. 46 PolG NW	Art. 47 PolG NW	Art. 48 PolG NW
<i>Glarus</i>	Art. 26a PolG GL	Art. 26b PolG GL	Art. 26c PolG GL
<i>Zug</i>	§ 10b PolG ZG	–	§ 10a PolG ZG
<i>Freiburg</i>	Art. 33a PolG FR	Art. 33b PolG FR	Art. 33c PolG FR

<sup>942</sup> Das PolG GR enthält in Art. 2 Abs. 1 Bst. c PolG GR eine Aufgabenzuweisungsbestimmung, die Vorermittlungen vorsieht. Das Gesetz enthält heute aber keine entsprechenden Ermächtigungsnormen. Der RR GR hat allerdings im Oktober 2017 einen Vorentwurf einer Teilrevision des PolG GR vorgelegt, welcher in Art. 21b eine Regelung der präventiven Observation, in Art. 21c der verdeckten Fahndung und in Art. 21d der verdeckten Vorermittlung enthält. Art. 21a stellt eine allgemeine Bestimmung über verdeckte präventive Massnahmen dar. Die Vernehmlassung zum Vorentwurf wurde im Januar 2018 abgeschlossen; vgl. eKAB GR Nr. 00.018.894. Im Juni 2018 legte der RR GR die Botschaft PolG GR 2018, 41 ff., vor. Die neuen Bestimmungen sollen Anfang oder Mitte 2019 in Kraft treten, telefonische Auskunft des Departements für Justiz, Sicherheit und Gesundheit des Kantons Graubünden vom 5. Juni 2018.

<sup>943</sup> Bemerkenswert ist allerdings, dass Art. 5 LPol TI die Legitimation von Polizisten regelt, die ihren Dienst nicht in Uniform leisten.

<sup>944</sup> Der Grosse Rat des Kantons Bern hat im März 2018 ein totalrevidiertes Polizeigesetz beschlossen, welches per 1. Januar 2019 in Kraft treten soll (Geschäftsnr. 2013.POM.103). Der Entwurf sieht in Art. 9 Abs. 1 Bst. a Massnahmen der Erkennung und Verhinderung von Straftaten als polizeiliche Aufgabe vor. Art. 118 f. enthält Bestimmungen zur Observation, Art. 111 ff. zur verdeckten Fahndung und Art. 114 ff. zur verdeckten Vorermittlung. Zum Zeitpunkt des Abschlusses dieser Untersuchung ist noch offen, ob ein Referendum gegen die Vorlage zustande kommt (Ablauf der Referendumsfrist am 18. Juli 2018), vgl. [www.gr.be.ch](http://www.gr.be.ch), zuletzt besucht am 4. Juni 2018.

<b>Kanton</b>	<b>Observation</b>	<b>verdeckte Fahndung</b>	<b>verdeckte Ermittlung</b>
<i>Solothurn</i>	§ 36 <sup>ter</sup> PolG SO	– <sup>945</sup>	§ 36 <sup>quinquies</sup> PolG SO
<i>Basel-Stadt</i>	–	§ 33a PolG BS	§ 33b PolG BS
<i>Basel-Landschaft</i>	§ 36 f. PolG BL	§ 37a f. PolG BL	–
<i>Schaffhausen</i>	Art. 24f PolG SH	–	Art. 24g PolG SH
<i>Appenzell Ausserrh.</i>	–	–	–
<i>Appenzell Innerrhoden</i>	–	–	–
<i>St. Gallen</i>	Art. 52 <sup>ter</sup> PolG SG	Art. 52 <sup>quater</sup> ff. PolG SG	Art. 52 <sup>septies</sup> ff. PolG SG
<i>Graubünden</i>	–	–	–
<i>Aargau</i>	§ 35 Abs. 1–4 PolG AG	–	§ 35 Abs. 5 PolG AG
<i>Thurgau</i>	§ 39 PolG TG	§ 40 PolG TG	§ 43 PolG TG
<i>Tessin</i>	–	–	–
<i>Waadt</i>	Art. 21b LPol VD	–	Art. 21a LPol VD
<i>Wallis</i>	Art. 42 PolG VS	Art. 43 PolG VS	Art. 44 f. PolG VS
<i>Neuenburg</i>	Art. 68 f. LPol NE	Art. 70 LPol NE	Art. 71 f. LPol NE
<i>Genève</i>	Art. 56 LPol GE	Art. 57 LPol GE	Art. 58 LPol GE
<i>Jura</i>	Art. 72 LPol JU	Art. 73 LPol JU	Art. 74 f. LPol JU

### 3.1.6. Gesetzmässigkeit der kantonalen Ermächtigungsnormen

Die kantonalen Bestimmungen über Vorermittlungsmassnahmen der Polizei müssen den Anforderungen des Legalitätsprinzips genügen, um die Polizei zur Vornahme von verdachtslosen verdeckten Massnahmen zu ermächtigen. Das bedeutet, dass sie hinreichend bestimmt (genügende Normdichte) und in einem generell-abstrakten Erlass geregelt sein müssen. Schwere Grundrechtseingriffe müssen in einem Gesetz im formellen Sinne vorgesehen sein (genügende Normstufe).<sup>946</sup>

<sup>945</sup> Das PolG SO kennt keine Regelung der verdeckten Fahndung, enthält aber in § 36<sup>sexies</sup> PolG SO eine Bestimmung über Alkoholtestkäufe durch Jugendliche. Solche Testkäufe werden in den meisten anderen Kantonen nicht durch die Polizei, sondern durch die Gesundheits-, Gastgewerbe- oder Steuerbehörden durchgeführt; vgl. unten III.3.1.6.2.2.

<sup>946</sup> Vgl. oben III.3.1.

#### 3.1.6.1. Normstufe

In allen 22 Kantonen, die Bestimmungen über präventive verdeckte Massnahmen der Polizei erlassen haben, finden sich diese in einem Gesetz, das vom kantonalen Parlament erlassen wurde und dem fakultativen Referendum unterstand.<sup>947</sup> Die Anforderungen hinsichtlich der Normstufe werden damit in allen 22 Kantonen erfüllt.

#### 3.1.6.2. Normbestimmtheit

Hinsichtlich der Normbestimmtheit verlangt das BGer insbesondere, dass die Anordnungsvoraussetzungen, der Zweck der Massnahmen sowie deren Umschreibung gesetzlich geregelt sein müssen. Die Regelungen müssen mindestens so bestimmt sein, dass sich das Vorliegen eines öffentlichen Interesses überprüfen und die Verhältnismässigkeit der vorgesehenen Massnahmen beurteilen lässt.<sup>948</sup> Der folgende Abschnitt widmet sich der Frage, ob die bestehenden gesetzlichen Grundlagen diesen Anforderungen entsprechen. Dabei werden ausgewählte Bestimmungen zur Observation eingehend analysiert. Anschliessend wird auf Abweichungen und Besonderheiten hinsichtlich der Regelungen der präventiven verdeckten Fahndung und verdeckten Ermittlung eingegangen.

##### 3.1.6.2.1. Bestimmungen zur Observation

Obwohl der Eingriffscharakter der Observation erst in jüngerer Zeit erkannt wurde<sup>949</sup> und trotz des Fehlens einer entsprechenden Vorlage in der Musterregelung der KKJPD haben 20 Kantone eine gesetzliche Grundlage zur verdachtslosen Observation erlassen.

##### 3.1.6.2.1.1. Fehlende Bestimmungen in den Kantonen Luzern und Basel-Stadt

Vier Kantone haben bis heute generell keine Bestimmungen zu verdeckten Vorermittlungen eingeführt.<sup>950</sup> Zwei weitere Kantone, Luzern und Basel-Stadt, kennen zwar Bestimmungen zur verdeckten Fahndung und verdeckten Ermittlung, jedoch keine zur Observation.<sup>951</sup> Es liegt eine Gesetzeslücke vor, denn aufgrund des Grundsatzes der Subsidiarität<sup>952</sup> muss die Polizei stets dasjenige Mittel er-

---

<sup>947</sup> Vgl. TIEFENTHAL, Art. 24f N 18 ff. sowie Art. 24g N 21 ff.; BUSER, N 317, sowie oben III.3.1.2.

<sup>948</sup> Vgl. oben III.3.1.1.3.

<sup>949</sup> Vgl. oben III.2.3.

<sup>950</sup> Vgl. oben III.3.1.5.3.2.

<sup>951</sup> Vgl. TIEFENTHAL, Art. 24f N 18.

<sup>952</sup> Der Grundsatz der Subsidiarität ist Ausfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips, vgl. Art. 5 Abs. 2 sowie Art. 36 Abs. 3 BV; vgl. unten III.3.3.2.2.



greifen, mit welchem der jeweilige polizeiliche Zweck mit der geringfügigsten Einschränkung der Freiheitsrechte erreicht werden kann.<sup>953</sup> Die Observation greift i.d.R. weniger intensiv in die Garantie der Privatsphäre ein als die verdeckte Fahndung oder die verdeckte Ermittlung.<sup>954</sup> Nicht selten dürfte, etwa bei der Bekämpfung der Betäubungsmittelkriminalität im öffentlichen Raum, eine Observation mit einem nicht wesentlichen grösseren Aufwand zum selben Erfolg führen wie eine verdeckte Fahndung und muss daher gegenüber der verdeckten Fahndung den Vorzug erhalten.<sup>955</sup>

Die Observation gleicht als verdeckte Massnahme der verdeckten Fahndung mit dem wesentlichen Unterschied, dass keine Kontaktnahme zu einer Zielperson stattfindet.<sup>956</sup> Aus dem Legalitätsgrundsatz ergibt sich, dass in den Kantonen Luzern und Basel-Stadt Observationen nur dann zulässig sind, wenn die jeweiligen gesetzlichen Voraussetzungen der verdeckten Fahndung erfüllt sind. Analog zur Rechtslage unter dem BVE, in welcher eine verdeckte Fahndung im Internet mangels Bestehen einer anderen gesetzlichen Grundlage eine verdeckte Ermittlung darstellte,<sup>957</sup> muss bis zum Erlass hinreichender gesetzlicher Bestimmungen zur Observation in den Kantonen Basel-Stadt und Luzern jede präventive Observation den gesetzlichen Anforderungen an die präventive verdeckte Fahndung entsprechen, selbst wenn im jeweiligen Einsatz eine Kontaktnahme nicht vorgesehen ist und auch nicht stattfindet. Da die gesetzlichen Grundlagen zur verdeckten Fahndung in diesen beiden Kantonen keine Ton- oder Bildaufzeichnungen vorsehen, ist dieses in den meisten Kantonen im Rahmen von Observationen vorgesehene Mittel hier nicht zulässig.

#### 3.1.6.2.1.2. Regelungen der Observation: Prüfung der Normbestimmtheit

Die Regelungen der kantonalen Polizeigesetze zur präventiven Observation sind von äusserst unterschiedlicher Bestimmtheit.<sup>958</sup> Ein Teil der Bestimmungen genügt den Anforderungen des BGer an die Normdichte, ein anderer Teil nicht. Der folgende Abschnitt widmet sich der Prüfung der Erfüllung der bundesgerichtlichen Anforderungen (Umschreibung der Massnahme, des Zwecks und der Eingriffsvoraussetzungen) in den einzelnen kantonalen Bestimmungen zur Observation. Als Ausgangspunkt werden nachfolgend die entsprechenden Be-

---

<sup>953</sup> Vgl. oben III.1.6.

<sup>954</sup> Vgl. oben III.2.3.

<sup>955</sup> Vgl. die Verfügung des StrG BS ES.2014.653 vom 12. Februar 2015, E. 2.2.2.

<sup>956</sup> Vgl. oben III.1.4.3.

<sup>957</sup> BGE 134 IV 266; E. 3.7; vgl. oben III.3.1.5.1.1.3.

<sup>958</sup> Vgl. TIEFENTHAL, Art. 24f N 19.

stimmungen der Polizeigesetze der Kantone Schaffhausen und Bern beispielhaft einander gegenübergestellt.

<p><b>Art. 24f [PolG SH]</b> <i>Observation</i> Die Polizei kann zur Informationsbeschaffung oder zur Gefahrenabwehr Personen ausserhalb des geschützten Geheim- beziehungsweise Privatbereichs offen oder verdeckt beobachten. Die Beobachtungen sind zeitlich und örtlich zu begrenzen.</p>	<p><b>Art. 35a [PolG BE]</b> <i>Observation</i> <sup>1</sup> Zur Verhinderung von Verbrechen oder Vergehen kann die Kantonspolizei Personen und Sachen an allgemein zugänglichen Orten verdeckt beobachten und dabei Bild- und Tonaufnahmen machen, wenn</p> <ol style="list-style-type: none"><li>ernsthafte Anzeichen dafür bestehen, dass Verbrechen oder Vergehen vor der Ausführung stehen und</li><li>andere Massnahmen zur Informationsbeschaffung aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden.</li></ol> <p><sup>2</sup> Hat eine Observation einen Monat gedauert, so bedarf ihre Fortsetzung der Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht.</p> <p><sup>3</sup> Die Artikel 141 und 283 StPO sind sinngemäss anwendbar.</p>
---	---

Das BGer verlangt in seiner Praxis zu gesetzlichen Grundlagen von Vorermittlungen die *Umschreibung der Massnahme* in der gesetzlichen Bestimmung.<sup>959</sup> Art. 24f PolG SH beschreibt die Observation als offenes oder verdecktes Beobachten von Personen ausserhalb des Geheim- oder Privatbereichs. Diese Formulierung lässt mehrere Fragen offen. Unklar ist etwa, wessen geschützter Bereich gemeint ist, derjenige aller Menschen oder nur derjenige der beobachteten Person. Die Bestimmung erwähnt nur *Personen*, die observiert werden können, keine Sachen.<sup>960</sup> Damit fragt sich etwa, ob eine Person noch observiert werden darf, wenn sie ein Fahrzeug besteigt und davonfährt.

Die Möglichkeit, bei der Observation Bild- und Tonaufnahmen zu machen, die in der StPO sowie beinahe allen kantonalen Polizeigesetzen vorgesehen ist und zur gängigen Praxis gehört, ist in Art. 24f PolG SH nicht vorgesehen. Ebenso unerwähnt bleibt die Möglichkeit, technische Mittel bei der Observation

---

<sup>959</sup> BGE 140 I 381, E. 4.4.2; vgl. oben III.3.1.1.3.

<sup>960</sup> Vgl. TIEFENTHAL, Art. 24f N 17.

einzusetzen.<sup>961</sup> Dass auch das «offene» Beobachten genannt wird, trägt im Übrigen nicht zur Bestimmtheit bei, sondern weitet den Begriff der Observation unnötig aus und ist redundant. Offenes, also nicht heimliches Beobachten durch die Polizei stellt keine Eingriffsmassnahme dar<sup>962</sup> und muss daher nicht gesetzlich geregelt werden.

Demgegenüber ist in Art. 35a Abs. 1 PolG BE die Observation räumlich klarer auf «allgemein zugängliche Orte» eingegrenzt. Das Beobachten nicht nur von Personen, sondern auch von Sachen ist vorgesehen, ebenso wie die Möglichkeit der Bild- und Tonaufzeichnung. Beides trägt zwar nur bedingt zur Bestimmtheit der Regelung bei, vermeidet aber zumindest die Unstimmigkeiten der Schaffhauser Lösung. Eine etwas höhere Bestimmtheit hinsichtlich der vorgesehenen Massnahme erreicht beispielsweise § 36 Abs. 1 PolG BL, der vom «planmässig angelegten Beobachten» spricht. Besonders offen und unbestimmt ist hingegen die Umschreibung der Observation in Art. 22 Abs. 1 PolG OW, die vom offenen oder verdeckten Überwachen öffentlicher Strassen und Plätze spricht. Nicht nur der weite Begriff des Überwachens genügt hier den Anforderungen an die Normbestimmtheit nicht.<sup>963</sup> Nach dem Wortlaut der Bestimmung müsste eine Observation etwa abgebrochen werden, sobald die Zielperson eine Strasse oder einen Platz verlassen und etwa eine Grünfläche betreten würde.

Die Forderung des BGer nach einer klaren *Benennung des Zwecks* der Eingriffsmassnahme wird in Art. 24f PolG SH ebenfalls nicht erfüllt. «Informationsbeschaffung» ist Ziel und Zweck jeglicher Form von Ermittlung, insbesondere auch von Observationen und anderen Ermittlungsmassnahmen im Rahmen von Strafverfahren.<sup>964</sup> Die zusätzliche Nennung der Gefahrenabwehr ändert an dieser Mangelhaftigkeit nichts, da sie erstens bloss als Alternative genannt wird und zweitens die Gefahrenabwehr nur selten der Zweck präventiver Observationen ist.

Eine sehr ähnliche ungenügende Zweckbestimmung findet sich beispielsweise in § 9a Abs. 1 PolG SZ. Überhaupt keine Umschreibung des Zwecks der Observation, sondern bloss deren Anwendungsvoraussetzungen, enthält § 36<sup>ter</sup> Abs. 1 PolG SO. Wenig geglückt ist auch Art. 23 Abs. 1 PolG UR, welcher Observationen für zulässig erklärt, «wenn dies dazu dient, Straftaten zu verhindern oder aufzudecken». Mit dieser Formulierungen werden die polizeilichen Aufgaben der Prävention und der Repression vermengt anstatt abgegrenzt.<sup>965</sup>

<sup>961</sup> Vgl. TIEFENTHAL, Art. 24f N 19.

<sup>962</sup> Vgl. oben III.2.3.

<sup>963</sup> Vgl. BGE 136 I 87, E. 8.3.

<sup>964</sup> Ebenfalls kritisch TIEFENTHAL, Art. 24f N 17.

<sup>965</sup> Vgl. oben II.3.2.1.

Demgegenüber ist der Zweck der Observation nach Art. 35a PolG BE in hinreichender Weise auf die Prävention von Straftaten begrenzt. Zudem grenzt die Bestimmung die Massnahme, wie vom BGer verlangt, auf die Verhinderung von Verbrechen und Vergehen ein, also auf Delikte von einer gewissen Schwere.<sup>966</sup> Mit ähnlichen Formulierungen vermögen etwa § 32 Abs. 1 PolG ZH, Art. 27a PolG VS oder Art. 26a PolG GL den bundesgerichtlichen Anforderungen hinsichtlich der Zweckbestimmung zu genügen.

Das BGer verlangt zudem eine Darstellung der *Eingriffsvoraussetzungen* in der gesetzlichen Grundlage und nennt dabei ausdrücklich zum einen hinreichende Anzeichen, dass es zu Verbrechen oder Vergehen kommen könnte (Bestehen einer Gefahr), zum anderen die Beachtung des Grundsatzes der Subsidiarität der Massnahme. Insbesondere die Nennung des Gefahrerfordernisses ist unabdinglich, besteht doch ohne Vorliegen einer Gefahr kein öffentliches Interesse an präventiven Ermittlungsmassnahmen.<sup>967</sup> Die Nennung der Subsidiarität der Massnahme ist hingegen als verzichtbar zu betrachten, ist sie doch aufgrund von Art. 36 Abs. 3 BV ohnehin als Element der Verhältnismässigkeit bei jedem Eingriffshandeln vorausgesetzt.

Art. 24f PolG SH nennt keine Voraussetzungen der Observation. Die Bestimmung genügt auch in diesem Punkt nicht den Anforderungen des BGer. Die Normierung gestattet der Polizei gleichsam voraussetzungs- und grenzenlos Observationen im öffentlichen Raum vorzunehmen. Das BGer hat bezüglich der Videoüberwachung klar zum Ausdruck gebracht, dass Regelungen, die eine voraussetzungs- und grenzenlose Überwachung des öffentlichen Raumes erlauben, den Anforderungen der BV nicht genügen und der Mangel auch durch den Versuch einer verfassungskonformen Auslegung nicht behoben werden kann.<sup>968</sup> Hinsichtlich der Observation wie auch der verdeckten Fahndung und der verdeckten Ermittlung kann nichts anderes gelten.

Keine Eingriffsvoraussetzungen nennen in ähnlicher Weise wie Art. 24f PolG SH die Ermächtigungsgrundlagen von Observationen der Kantone Zürich und Thurgau.<sup>969</sup>

Art. 22 Abs. 1 PolG OW, Art. 23 Abs. 1 PolG UR, § 35 Abs. 1 PolG AG und § 10b Abs. 1 PolG ZG nennen zwar die Voraussetzung der Subsidiarität, nicht aber die des Bestehens einer Gefahr der Begehung von Straftaten. Alle genannten Bestimmungen entsprechen damit nicht den Anforderungen des Legalitätsgrundsatzes.

---

<sup>966</sup> Vgl. Art. 10 Abs. 2 und 3 StGB; ebenso etwa § 32 Abs. 1 PolG ZH, Art. 26a PolG GL; Art. 33a Abs. 1 PolG FR.

<sup>967</sup> Vgl. MEYER, ZStrR 2016, 452 f.

<sup>968</sup> BGE 136 I 87, E. 8.3.

<sup>969</sup> § 32 Abs. 1 PolG ZH, § 39 Abs. 1 PolG TG.

Demgegenüber verlangt Art. 35a Abs. 1 Bst. a PolG BE «ernsthafte Anzeichen» für bevorstehende Verbrechen oder Vergehen. Diese Formulierung erfüllt die Anforderungen des BGer auch hinsichtlich der Eingriffsvoraussetzungen. Zwar lässt die Umschreibung der Gefahr keine Rückschlüsse auf deren verlangte Intensität zu. Dies ist aber, ähnlich wie bei der Voraussetzung des Tatverdachts im Strafverfahren, auch nicht verlangt. Die Gefahrenintensität ist vielmehr als Element der Verhältnismässigkeitsprüfung zu behandeln.

Die gleiche oder ähnliche Formulierungen zur Bezeichnung der Voraussetzung der Gefahr der Begehung einer Straftat enthalten die Bestimmungen zur Observation von elf weiteren Kantonen.<sup>970</sup>

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich hinsichtlich der Bestimmtheit der kantonalen Normen zur Observation grosse Unterschiede zeigen und eine grössere Zahl der Bestimmungen dem Bestimmtheitsgebot in den wesentlichen Aspekten nicht genügt.<sup>971</sup>

#### 3.1.6.2.2. Bestimmungen zur verdeckten Fahndung

Die Anforderungen des BGer an die Normbestimmtheit von Regelungen der präventiven verdeckten Fahndung sind dieselben wie bezüglich der Observation.<sup>972</sup>

Bei der Analyse der kantonalen Bestimmungen fällt auf, dass bis heute nur die Hälfte aller Kantone eine Regelung der präventiven verdeckten Fahndung geschaffen hat. Dies überrascht, ist doch die verdachtslose verdeckte Fahndung in der Praxis von grosser Bedeutung, besonders bei der Bekämpfung von Betäubungsmitteldelikten und Straftaten im Internet.<sup>973</sup> Auch hat die KKJPD den Kantonen ausdrücklich zur Schaffung einer gesetzlichen Grundlage von verdeckten Fahndungen geraten.<sup>974</sup>

Problematisch ist die Gesetzeslage in den Kantonen Bern,<sup>975</sup> Uri, Schwyz, Zug, Schaffhausen, Solothurn<sup>976</sup> und Waadt, da die Polizeigesetze dieser Kan-

<sup>970</sup> Art. 33a Abs. 1 Bst. a PolG FR, Art. 56 Abs. 1 Bst. a LPol GE, Art. 26a Abs. 2 Bst. a PolG GL, Art. 68 Abs. 1 Bst. a LPol NE, Art. 46 Abs. 2 Bst. a PolG NW, Art. 52<sup>ter</sup> Abs. 1 Bst. a PolG SG, § 36<sup>ter</sup> Abs. 1 Bst. a PolG SO, § 9a Abs. 2 Bst. a PolG SZ, Art. 21b Abs. 1 Bst. a LPol VD, Art. 42 Abs. 1 Bst. a PolG VS, Art. 72 Abs. 1 Bst. a LPol JU.

<sup>971</sup> Zum selben Ergebnis kommt TIEFENTHAL, Art. 24f N 19.

<sup>972</sup> BGE 140 I 381, E. 4.4.1 f.

<sup>973</sup> Vgl. BGE 134 IV 266; 143 IV 27; ALBERTINI, in: Polizeiliche Ermittlung, 543 f.

<sup>974</sup> Vgl. oben III.3.1.5.3.1.

<sup>975</sup> Das im März 2018 vom Grossen Rat des Kantons Bern beschlossene neue Polizeigesetz, welches per 1. Januar 2019 in Kraft treten soll (Geschäftsnr. 2013.POM.103), sieht in Art. 111 ff. Bestimmungen zur verdeckten Fahndung vor.

<sup>976</sup> Das PolG SO enthält keine Regelung der verdeckten Fahndung, sieht aber in Art. 36<sup>sexies</sup> PolG SO die Vornahme von Alkoholestkäufen durch von der Polizei angeleitete Jugend-

tone zwar die verdeckte Ermittlung, nicht aber die verdeckte Fahndung vorsehen. Die Rechtslage in diesen Kantonen ist hinsichtlich der präventiven verdeckten Fahndung mit der bundesweiten Situation zur Geltungszeit des BVE vergleichbar: Mangels Bestehen einer besonderen gesetzlichen Grundlage für verdeckte Fahndungen muss jedes Anknüpfen von Kontakten mit einer Zielperson zu Ermittlungszwecken durch einen nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen als verdeckte Ermittlung betrachtet werden. Entsprechende Massnahmen sind daher nur zulässig, wenn die Voraussetzungen einer präventiven verdeckten Ermittlung erfüllt sind.<sup>977</sup>

Zur vom BGer verlangten Umschreibung der Massnahme lehnen sich die Formulierungen der meisten Polizeigesetze eng an die analoge Bestimmung der StPO an.<sup>978</sup> Sie dürften damit die Massnahme der verdeckten Fahndung hinreichend bestimmt umschreiben. Klar ungenügend ist die Darstellung der verdeckten Fahndung in § 40 Abs. 2 PolG TG, der ohne Umschreibung der zulässigen Vorgehensweise oder der kurzen Dauer bloss festhält, Angehörige der Kantonspolizei dürften zu Fahndungs- und Abklärungszwecken in Zivil Informationen beschaffen, ohne ihre Identität und Funktion zu offenbaren. Gar keine Umschreibung der Massnahme enthält Art. 33b Abs. 1 PolG FR, der bloss festhält, unter welchen Voraussetzungen die Polizei «präventive verdeckte Fahndungen anstellen» könne.

Als Zweck der verdeckten Fahndung nennen die meisten der Bestimmungen über präventive verdeckte Fahndungen die (Erkennung und) Verhinderung von Straftaten. Diese Formulierung umschreibt den Zweck der verdeckten Fahndung gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hinreichend konkret.<sup>979</sup>

---

liche vor. Seit dem Jahr 2000 führen in fast allen Kantonen die Behörden jährlich eine grosse Zahl von Testkäufen von alkoholischen Getränken in Verkaufsstellen durch, bei denen Jugendliche als «Lockvögel» eingesetzt werden, vgl. MURER MIKOLÁSEK, in: Der Schutz polizeilicher Güter, 155 ff. Nachdem das BGer zur Zeit der Geltung des BVE Alkoholtstkäufe als verdeckte Ermittlung qualifiziert hatte (BGer 6B\_334/2011 vom 10. Januar 2012, E. 4.4.1), verlangte eine nationalrätliche Motion die Schaffung einer bundesgesetzlichen Grundlage von Alkoholtstkäufen durch Jugendliche (Curia Vista, Nr. 11.3677, Motion Maja Ingold, «Gesetzliche Grundlage für Alkoholtstkäufe» vom 17. Juni 2011). Nach dem Scheitern der gesetzgeberischen Bemühungen auf Bundesebene schufen die meisten Kantone entsprechende gesetzliche Grundlagen. Zuständig ist in den meisten Kantonen aber nicht die Polizei, sondern die Gastgewerbe- oder Gesundheitsbehörde. Eine Übersicht über die Bestimmungen findet sich auf [www.bag.admin.ch](http://www.bag.admin.ch). Notabene sieht der zweite Vorentwurf für ein Bundesgesetz über Tabakprodukte und elektronische Zigaretten eine gesetzliche Grundlage für Testkäufe von Tabakprodukten durch Jugendliche vor, Vorentwurf vom 8. Dezember 2017, vgl. BBl 2017, 7873.

<sup>977</sup> BGE 134 IV 266, E. 3.7; vgl. oben III.3.1.5.1.1.3.

<sup>978</sup> Art. 298a Abs. 1 StPO.

<sup>979</sup> BGE 140 I 381, E. 4.4.2, vgl. oben III.3.1.1.3.

Ungenügen ist aber bspw. die Zweckangabe in Art. 47 Abs. 1 PolG NW, der die Massnahme «zur Informationsbeschaffung oder zur Gefahrenabwehr» vorsieht. Der Begriff der Informationsbeschaffung grenzt nicht ein, zu welchem Zweck Informationen zu beschaffen sind.

Als Anordnungsvoraussetzungen der präventiven verdeckten Fahndung müssen die gesetzlichen Grundlagen das Bestehen hinreichender Anzeichen, dass ein Verbrechen oder Vergehen begangen werden soll, sowie die Subsidiarität der Massnahme nennen.<sup>980</sup> Diese Anforderung erfüllen die meisten Bestimmungen zur präventiven verdeckten Fahndung. Keine Angabe der Voraussetzungen enthält allerdings die Regelung der hier als «Kontaktaufnahme» bezeichneten verdeckten Fahndung in § 32d PolG ZH.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass die Bestimmungen der (nur) 13 Kantone, die die präventive verdeckte Fahndung vorsehen, mehrheitlich den bundesgerichtlichen Anforderungen hinsichtlich der Normbestimmtheit genügen. Mehrere Regelungen erweisen sich aber als unzureichend.

#### 3.1.6.2.3. Bestimmungen zur verdeckten Ermittlung

Bei der Beurteilung der Normbestimmtheit von Regelungen der präventiven verdeckten Ermittlung verlangt das BGer zusätzlich zu den Anforderungen an Bestimmungen der Observation und der verdeckten Fahndung, dass die Massnahme für die Verhinderung von schweren Straftaten (Verbrechen und schweren Vergehen) vorbehalten bleibt.<sup>981</sup> Vorausgesetzt sind entsprechend erstens eine klare Umschreibung der Massnahme, die im Falle der verdeckten Ermittlung insbesondere die Legendierung und den Aufbau eines Vertrauensverhältnisses umfassen muss; zweitens die Benennung des Eingriffszwecks; drittens die Benennung der Eingriffsvoraussetzungen; vierten die Eingrenzung auf die Erkennung oder Verhinderung von Verbrechen oder schweren Vergehen.<sup>982</sup>

Die präventive verdeckte Ermittlung ist heute in den Polizeigesetzen von 21 Kantonen vorgesehen.<sup>983</sup> Unter den Kantonen, die präventive Observation und/oder die präventive verdeckte Fahndung kennen, hat einzig der Kanton Basel-Landschaft keine Regelung der präventiven verdeckten Ermittlung erlassen.<sup>984</sup>

---

<sup>980</sup> BGE 140 I 381. E. 4.4.2, vgl. oben III.3.1.1.3.

<sup>981</sup> BGE 140 I 381. E. 4.4.3, vgl. TIEFENTHAL, Art. 24g N 17 ff. sowie oben III.3.1.1.3.

<sup>982</sup> BGE 140 I 381. E. 4.4.3

<sup>983</sup> Vgl. die Tabelle oben III.3.1.5.3.2.

<sup>984</sup> In seinen Erläuterungen zur entsprechenden Änderungsvorlage nimmt der RR BL Bezug auf die Musterformulierung der KKJPD, die ebenfalls die verdeckte Fahndung, nicht aber die verdeckte Ermittlung vorsah; LVR 2012, 38 ff.

In vielen Kantonen hat sich der Gesetzgeber entschieden, durch Verweise auf die Parallelnormen der StPO<sup>985</sup> die nötige Normbestimmtheit zu erreichen. Je klarer und umfassender ein solcher Verweis ist, desto eher wird in der Tendenz dieses Ziel erreicht.<sup>986</sup>

Die Bestimmungen der Kantone Genf<sup>987</sup> und Zürich<sup>988</sup> zur verdeckten Vorermittlung sind vom BGER in abstrakter Normenkontrolle überprüft und hinsichtlich ihrer Bestimmtheit als verfassungskonform beurteilt worden. Wie bei der Untersuchung der Bestimmtheit der Regelungen zu präventiver Observation und verdeckter Fahndung werden die in diesen Entscheiden als massgeblich bezeichneten Kriterien hier wiederum als Massstab herangezogen.<sup>989</sup>

Um die Massnahme der präventiven verdeckten Ermittlung in dem Bestimmtheitserfordernis genügender Weise zu umschreiben, muss insbesondere die Legendierung des verdeckten Ermittlers im Gesetz genannt werden.<sup>990</sup> Zudem müssen die Grenzen der zulässigen Einwirkung durch den Ermittler bezeichnet werden, um auszuschliessen, dass dieser als ein *agent provocateur*<sup>991</sup> tätig werden könnte.<sup>992</sup>

Die bundesgerichtlichen Anforderungen erfüllt bspw. § 32e PolG ZH, welcher bei der Umschreibung der verdeckten Ermittlung der analogen Legaldefinition von Art. 285a StPO nachgebildet ist und wie diese die Elemente der Legendierung, des Knüpfens von Kontakten zu anderen Personen durch den verdeckten Ermittler und den Aufbau eines Vertrauensverhältnisses nennt. Hinsichtlich der Umstände und Grenzen der Durchführung der verdeckten Ermittlung verweist § 32f Abs. 4 PolG ZH in umfassender Weise auf Art. 151 sowie Art. 287–298 StPO, welche sinngemäss zur Anwendung kommen sollen. Damit gelten auch für die präventive verdeckte Ermittlung nach Zürcher Polizeigesetz die Grenzen der zulässigen Einwirkung gemäss Art. 293 StPO. In ähnlicher Weise eng an die Regelungen der StPO anlehnt sind bspw. die Bestimmungen zur verdeckten Vorermittlung der Kantone Luzern<sup>993</sup> und St. Gallen<sup>994</sup>.

---

<sup>985</sup> Art. 285a ff. StPO.

<sup>986</sup> TIEFENTHAL, Art. 24g N 23.

<sup>987</sup> Art. 56 LPol GE; BGE 140 I 381, E. 4.4.3.

<sup>988</sup> § 32e PolG ZH, BGE 140 I 353, E. 7; vgl. HANSJAKOB, forumpoenale 2015, 33 ff; TIEFENTHAL, Art. 24g N 29.

<sup>989</sup> Vgl. oben III.3.1.1.3 sowie TIEFENTHAL, Art. 24g N 34.

<sup>990</sup> Vgl. BGE 140 I 381, E. 4.4.3.

<sup>991</sup> Zu den Grenzen der zulässigen Einwirkung durch den verdeckten Ermittler vgl. MEYER, ZStrR 2016, 445 ff., sowie oben III.2.1.

<sup>992</sup> BGE 140 I 353, E. 7; TIEFENTHAL, Art. 24g N 30; HANSJAKOB, forumpoenale 2015, 35.

<sup>993</sup> § 15a Abs. 1 PolG LU.

<sup>994</sup> Art. 52<sup>septies</sup> PolG SG.



Ungenügend ist die Umschreibung der Massnahme hingegen etwa in den Polizeigesetzen der Kantone Basel-Stadt<sup>995</sup>, Bern<sup>996</sup>, Waadt<sup>997</sup> oder Schwyz<sup>998</sup>, welche zwar Zweck und Voraussetzungen der verdeckten Ermittlung nennen, diese aber in keiner Weise definieren oder auf die analoge Bestimmung der StPO verweisen.

Auch die Bestimmungen zur verdeckten Ermittlung müssen den Zweck der polizeilichen Massnahme bezeichnen, um den Anforderungen zu genügen. Diese Voraussetzung wird in den meisten Regelungen erfüllt, indem die Verhinderung und/oder Erkennung von Verbrechen und Vergehen genannt wird. Die äusserst knapp und unbestimmt gehaltene Regelung der verdeckten Vorermittlung des Aargauer Polizeigesetzes<sup>999</sup> nennt hingegen nur den Zweck der Gefahrenabwehr, was zwar eine zulässige Einschränkung der polizeilichen Handlungsmöglichkeiten darstellt, der tatsächlich geübten Praxis aber kaum entsprechen dürfte.

Die notwendig in der gesetzlichen Grundlage zu benennenden Anordnungsvoraussetzungen der präventiven verdeckten Ermittlung sind hinreichende Anzeichen auf bevorstehende Straftaten, die Eingrenzung dieser Straftaten auf Verbrechen und schwere Vergehen sowie die Subsidiarität der Massnahme.<sup>1000</sup>

Anders als bei den Normen zur Observation und zur verdeckten Fahndung nennt das Zürcher Polizeigesetz die Voraussetzungen der verdeckten Vorermittlung ausdrücklich.<sup>1001</sup> Die Bestimmung geht über die Anforderungen des BGer hinaus, indem es diese Massnahme nur zur Verhinderung von Straftaten zulässt, die im Deliktskatalog von Art. 286 Abs. 2 StPO genannt sind. Ebenso verweist eine Mehrzahl der Regelungen der präventiven verdeckten Ermittlung<sup>1002</sup> auf Art. 286 Abs. 2 StPO, bspw. die Polizeigesetze der Kantone Wallis<sup>1003</sup>, GenÈ<sup>1004</sup>, Bern<sup>1005</sup>, Basel-Stadt<sup>1006</sup>, Freiburg<sup>1007</sup> oder Glarus<sup>1008</sup>. Die Polizeigesetze anderer Kantone<sup>1009</sup> grenzen die verdeckte Vorermittlung nur auf die

<sup>995</sup> § 33b Abs. 1 PolG BS.

<sup>996</sup> Art. 35b Abs. 1 PolG BE.

<sup>997</sup> Art. 21a Abs. 1 LPol VD.

<sup>998</sup> § 9d Abs. 1 PolG SZ.

<sup>999</sup> § 35 Abs. 5 PolG AG.

<sup>1000</sup> Vgl. oben III.3.1.1.3.

<sup>1001</sup> § 32d Abs. 2 PolG ZH; vgl. BGE 140 I 353, E. 7.

<sup>1002</sup> Vgl. TIEFENTHAL, Art. 24g N 25 (Fn. 85).

<sup>1003</sup> Art. 44 Abs. 1 Bst. a PolG VS.

<sup>1004</sup> Art. 58 Abs. 1 Bst. a LPol GE.

<sup>1005</sup> Art. 35b Abs. 1 Bst. a PolG BE.

<sup>1006</sup> § 33b Abs. 1 Bst. a PolG BS.

<sup>1007</sup> Art. 33c Abs. 1 Bst. a PolG FR.

<sup>1008</sup> Art. 26c Abs. 1 Bst. a PolG GL.

<sup>1009</sup> Bspw. Art. 71 Abs. 1 Bst. a und b LPol NE, Art. 24g Abs. 1 Bst. a und b PolG SH, Art. 48 Abs. 1 Bst. a PolG NW, vgl. TIEFENTHAL, Art. 24g N 35.

Verhinderung von Verbrechen und Vergehen einer gewissen Schwere<sup>1010</sup> ein, was das BGer aber als genügend erachtet.<sup>1011</sup>

#### 3.1.7. Gesetzliche Grundlage: Ergebnisse

Das Gesetzmässigkeitsgebot von Art. 36 Abs. 1 BV beschränkt verdachtslose Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen der Polizei auf Fälle, in denen ein demokratisch legitimierter Gesetzgeber entsprechende Normen erlassen hat, die diese Eingriffsmassnahmen klar regeln und eingrenzen. Trotz gewisser Schwierigkeiten, im Bereich des Polizeirechts hinreichend bestimmte generell-abstrakte Regelungen zu erlassen, gelten die Anforderungen an die Bestimmtheit entsprechender Normen ohne Einschränkungen. Eine Berufung auf die polizeiliche Generalklausel bei der Vornahme von verdachtslosen Ermittlungen ist heute ausgeschlossen. Ebenso ausgeschlossen ist es, Vorermittlungen auf blosse Aufgabenzuweisungsnormen zu stützen; verlangt sind Ermächtigungsbestimmungen, die konkrete Eingriffsmassnahmen an hinreichend bestimmte Voraussetzungen knüpfen.

Das BGer hat seine Anforderungen an die Normbestimmtheit gesetzlicher Grundlagen von präventiven Observationen, verdeckten Fahndungen und verdeckten Ermittlungen in zwei Entscheiden umrissen.<sup>1012</sup> Es verlangt insbesondere nach einer Umschreibung der Massnahme, nach einer Bestimmung deren Zwecks sowie nach der Beschreibung der Anordnungsvoraussetzungen in einem Gesetz. Zentral ist, dass der Zweck von Vorermittlungen vom Gesetzgeber auf die Erkennung und Verhinderung von Straftaten eingegrenzt wird und dass die entsprechenden Bestimmungen objektive Anzeichen für zukünftige Straftaten als Anordnungsvoraussetzung verlangen. Zumindest präventive verdeckte Ermittlungen müssen zudem in einem Gesetz im formellen Sinn vorgesehen sein. Blankettnormen, die der Polizei gleichsam voraussetzungslos die Vornahme von Vorermittlungen gestatten, sind verfassungswidrig.

Eine Rundschau über mögliche gesetzliche Grundlagen von präventiven Observationen, verdeckten Fahndungen und verdeckten Ermittlungen ergibt folgendes Ergebnis: Im Zusammenhang mit der Aufhebung des BVE und dem Erlass der StPO hat der Bundesgesetzgeber die Einführung verdachtsunabhängiger Observationen, verdeckter Fahndungen und verdeckter Ermittlungen erwogen, schliesslich aber davon abgesehen. Wesentliches Argument gegen eine bundesrechtliche Regelung war die Notwendigkeit der Abgrenzung von Bestimmungen des Strafprozessrechts und des Polizeirechts sowie die fehlende Gesetz-

---

<sup>1010</sup> Zur Frage der Auslegung von «schwere Vergehen» vgl. oben III.3.1.1.3.

<sup>1011</sup> BGE 140 I 381, E. 4.4.3.

<sup>1012</sup> BGE 140 I 353, E. 7 f.; 140 I 381, E. 4.4.

gebungskompetenz des Bundes in letzterem Gebiet. Im Bundesrecht finden sich daher heute keine gesetzlichen Grundlagen für verdachtslose Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen der Polizei.

Eine Mehrzahl der Kantone hat hingegen in den letzten Jahren entsprechende Ermächtigungsnormen erlassen. Die Überprüfung dieser Bestimmungen des kantonalen Polizeirechts hinsichtlich ihrer Übereinstimmung mit den Anforderungen des BGer an Normstufe und -dichte ergibt ein uneinheitliches Bild: In den Regelungen gewisser Kantone werden die bundesgerichtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit von Regelungen der Vorermittlung vollständig oder weitgehend erfüllt. In anderen Kantonen erweisen sich die entsprechenden Bestimmungen in vielerlei Hinsicht als mangelhaft, teilweise als den verfassungsrechtlichen Erfordernissen eindeutig nicht genügend. Mehrere kantonale Gesetzgeber haben bislang ihre Polizei nicht zur Vornahme von Vorermittlungen ermächtigt. Einige Polizeigesetze sehen keine Observationen bzw. keine verdeckten Fahndungen vor, regeln aber Vorermittlungsmassnahmen, die intensiver in die Grundrechte eingreifen. Dies ist angesichts des Subsidiaritätsgrundsatzes problematisch.

Die Anforderungen an die Normstufe werden in allen Kantonen erfüllt, da verdachtslose Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen ausschliesslich in kantonalen Gesetzen im formellen Sinn vorgesehen sind.

### **3.2. Öffentliches Interesse oder Schutz von Grundrechten Dritter (Art. 36 Abs. 2 BV)**

Jedes staatliche Handeln ist nur dann legitim, wenn es im öffentlichen Interesse liegt. Dieser allgemeine Rechtsgrundsatz ist in Art. 5 Abs. 2 BV verankert.<sup>1013</sup> Art. 36 Abs. 2 BV konkretisiert dieses Prinzip hinsichtlich der Einschränkung von Grundrechten. Die Bestimmung lässt eine Beeinträchtigung von Grundrechten nur zu, wenn dies einem öffentlichen Interesse oder dem Schutz der Grundrechte Dritter dient.<sup>1014</sup> Somit müssen auch verdachtslose Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen einem öffentlichen Interesse entsprechen, um rechtmässig zu sein.

Was genau öffentliche Interessen sind, lässt sich nicht leicht abstrakt bestimmen. Der Begriff ist zeitlich wandelbar und kann in gewissen Bereichen auch örtlich unterschiedlich ausgelegt werden.<sup>1015</sup> Im öffentlichen Interesse liegen jene Aspekte des Gemeinwohls, welche sich im Verlauf einer längerfristigen de-

---

<sup>1013</sup> KIENER/KÄLIN, 115.

<sup>1014</sup> SCHEFER, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 208 N 85; BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 48; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 31.

<sup>1015</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 314; BETHGE/WEBER-DÜRLER, 94.

mokratischen Auseinandersetzung in der Gesellschaft als besonders bedeutsam herauskristallisiert haben.<sup>1016</sup> Normativen Ausdruck findet das öffentliche Interesse vor allem in den Aufgaben und Zielbestimmungen der Verfassungen des Bunds und der Kantone sowie in den grundlegenden Rechtsquellen des Völkerrechts.<sup>1017</sup>

#### **3.2.1. Schutz der Polizeigüter als Kern der öffentlichen Interessen**

Historisch betrachtet bildet der Schutz der Polizeigüter gleichsam Ursprung und Kern der öffentlichen Interessen. Unter der Bundesverfassung von 1874 bestand lange Zeit die Praxis, dass Grundrechte grundsätzlich nur eingeschränkt werden konnten, wenn ihnen ein überwiegendes polizeiliches Interesse gegenüberstand.<sup>1018</sup> Auch heute bildet der Schutz der polizeilichen Güter den Ausgangspunkt jeder Betrachtung darüber, ob eine staatliche Massnahme im öffentlichen Interesse liegt.<sup>1019</sup> Der Schutz polizeilicher Güter ist zudem grundsätzlich geeignet, die Einschränkung sämtlicher Freiheitsrechte zu legitimieren,<sup>1020</sup> während im Übrigen nur im Einzelfall zu entscheiden ist, ob ein öffentliches Interesse einen Grundrechtseingriff zu rechtfertigen vermag.<sup>1021</sup> Die öffentliche Sicherheit, deren Bewahrung sicherheitspolizeiliches Handeln dient, stellt entsprechend ein öffentliches Interesse i.S. von Art. 36 Abs. 2 BV dar.<sup>1022</sup>

#### **3.2.2. Öffentliches Interesse an Vorermittlungen**

Vorermittlungen bezwecken gemäss den entsprechenden gesetzlichen Grundlagen die Erkennung und Verhinderung von Straftaten. Diesen Zweck haben die Gesetzgeber der meisten Kantone als Aufgabe der Polizei erfasst.<sup>1023</sup> Ziel präventiver Observationen, verdeckter Fahndungen und verdeckter Ermittlungen

---

<sup>1016</sup> SCHEFER, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 208 N 86; vgl. BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 48.

<sup>1017</sup> SCHEFER, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 208 N 86, HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 315.

<sup>1018</sup> Vgl. etwa BGE 61 I 103, E. 5; 96 I 377, E. 4; das BGer dehnte aufgrund dieser Praxis den Begriff des Polizeigüterschutzes übergebühlich aus, vgl. SCHÄRMELI, in: Der Schutz polizeilicher Güter, 52; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 671a.

<sup>1019</sup> BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 49; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 32.

<sup>1020</sup> MAGNIN, 213.

<sup>1021</sup> SCHÄRMELI, in: Der Schutz polizeilicher Güter, 53; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 317; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 32.

<sup>1022</sup> SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 14; LIENHARD, recht 2002; 134.

<sup>1023</sup> Vgl. oben II.3.3.5.

gen ist die Erhöhung der öffentlichen Sicherheit, wodurch ein öffentliches Interesse an verdachtsunabhängigen Ermittlungen besteht.<sup>1024</sup>

Zu diesem Ergebnis führt auch ein Blick in die bundesgerichtliche Rechtsprechung. Das BGer führt in seiner Entscheidung zu den Vorermittlungsbestimmungen des Zürcher Polizeigesetzes aus, in gewissen Fällen erschienen im Interesse der Prävention gegen Straftaten Ermittlungen erforderlich, selbst wenn zu Beginn der verdeckten Ermittlungstätigkeit kein Tatverdacht vorliege.<sup>1025</sup> Im Entscheid zur den Genfer Vorermittlungsmassnahmen hält das BGer fest, diese dienten der angemessenen Kriminalitätsbekämpfung.<sup>1026</sup>

Kein öffentliches Interesse besteht hingegen an planlosen Beweismassnahmen der Polizei zur Suche nach einem Tatverdacht, sog. Beweisausforschungen.<sup>1027</sup> Nicht jedes verdachtslose Ermitteln stellt aber eine unzulässige *fishing expedition* dar.<sup>1028</sup> Wäre dem so, so dürften generell keine verdachtsunabhängigen polizeilichen Massnahmen der Informationsbeschaffung wie anlassfreie Verkehrskontrollen<sup>1029</sup> oder Polizeipatrouillen durchgeführt werden.<sup>1030</sup> Der Ge-

<sup>1024</sup> BGE 140 I 353, E. 8.6. Dass ein öffentliches Interesse an verdachtslosen verdeckten Massnahmen besteht, anerkannten im bundesgerichtlichen Verfahren gegen die Bestimmungen zur präventiven Ermittlung im Kanton Genf selbst die Beschwerdeführer, die die Aufhebung der entsprechenden Bestimmungen verlangten; BGE 140 I 381, E. 4.3. – Im Nationalrat betonten 2012 Sprecher verschiedenster Fraktionen das Bestehen eines öffentlichen Interesses an verdeckten polizeilichen Massnahmen zur Straftatenprävention; vgl. die Eintretensdebatte zur verdeckten Fahndung im NR, AB NR 2012 1264 ff. Eine Minderheit der vorberatenden RK NR vertrat gar, die präventive verdeckte Fahndung müsse aufgrund ihrer grossen Wichtigkeit im Bundesrecht geregelt werden, was die Mehrheit von Kommission und Rat wegen der fehlenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Polizeirecht ablehnt; vgl. oben III.3.1.5.1.1.

<sup>1025</sup> BGE 140 I 353, E. 5.5.

<sup>1026</sup> Urteil des BGer 1C\_518/2013, E. 3.3 (nicht wiedergegeben in BGE 140 I 381).

<sup>1027</sup> Vgl. BGE 137 I 218, E. 2.3.2 sowie oben II.3.1.6.5.

<sup>1028</sup> A.A. offenbar BOMMER, ZBJV 2017a, 42 ff., mit Verweis auf die Botschaft StPO, 1255. Die zitierte Passage der Botschaft ist aber so zu verstehen, dass jede verdachtslose Ermittlung *im Hinblick auf ein Strafverfahren* (wie es Art. 4 Abs. 1 Bst. a BVE noch vorsah) eine *fishing expedition* darstellt, nicht aber generell jede verdachtslose Ermittlung.

<sup>1029</sup> Urteil des BGer 6B\_1143/2015 vom 6. Juni 2016, E. 1.3.3.

<sup>1030</sup> Notabene kennen fast alle Polizeigesetze offene Massnahmen der Gefahrenabwehr wie etwa die Durchsuchung von Personen, die ebenfalls primär dem Sammeln von Informationen dienen und den entsprechenden Massnahmen des Strafprozessrechts sehr ähnlich sind. Wird eine Person durchsucht, bei der Drogenbesitz vermutet wird, so muss diese Massnahme auf die StPO gestützt werden, denn es besteht ein Tatverdacht. Wird aber eine Person, bei der Anzeichen bestehen, sie wolle demnächst ihrem Ehepartner etwas antun, auf Waffenbesitz durchsucht, so handelt es sich um eine auf das Polizeirecht gestützte Massnahme der Gefahrenabwehr; vgl. GFELLER/BIGLER, *forum*poenale 2014, 108 f. Wird nun eine Waffe gefunden und bestehen Anzeichen auf illegalen Waffenbesitz, so beginnt in diesem Moment ein Strafverfahren bezüglich Vergehen gegen das Waffen-

setzgeber lässt dies aber ausdrücklich zu, da diese Massnahmen der öffentlichen Sicherheit dienen.<sup>1031</sup>

Verdachtslose Ermittlungen entsprechen aber nur einem öffentlichen Interesse, wenn sie einer tatsächlich bestehenden Gefahr (d.h. einer künftigen, vor der Ausführung stehenden Straftat) begegnen und wenn die Massnahme geeignet ist, die Verwirklichung dieser Gefahr zu verhindern.<sup>1032</sup> Unzulässig ist es daher, mittels verdachtsunabhängigen Ermittlungen losgelöst von einem Tatverdacht Strafverfolgungsvorsorge zu betreiben.<sup>1033</sup> Der Zweck verdachtsunabhängiger polizeilicher Ermittlungen kann nur in der Verhinderung von Straftaten bestehen.<sup>1034</sup>

*Fishing expeditions* sind, daran sei nochmals erinnert, Massnahmen, die dem Zweck der Verdachtsgewinnung dienen, indem verdachtslos Beweiserhebungen getätigt werden.<sup>1035</sup> Ergibt sich bei polizeilichen Eingriffsmassnahmen ein Tatverdacht, so kann aber daraus nicht ohne weiteres geschlossen werden, die Verdachtssuche sei der Zweck des Eingriffs gewesen. Notabene bezeichnet die StPO eigene Feststellungen der Polizei gerade als mögliche Quelle eines Tatverdachts.<sup>1036</sup>

Die Polizei handelt nicht nur im Interesse der Strafverfolgung. Es ist ihr erlaubt, auch im Interesse der Prävention Eingriffshandlungen vorzunehmen und dabei verdeckt vorzugehen, wenn eine entsprechende gesetzliche Grundlage besteht und sie die verfassungsmässigen Grenzen beachtet.<sup>1037</sup> Dies ist auch bei polizeilichen Massnahmen der Fall, bei denen die Grenze zwischen polizeirechtlicher und strafprozessualer Tätigkeit schwierig zu ziehen ist und sich oftmals im Verlauf eines präventiv motivierten Einsatzes ein Tatverdacht ergibt.<sup>1038</sup> In der polizeilichen Praxis liegen je nach Gefahren- bzw. Verdachtslage die Strafta-

---

gesetz, während das weitere Vorgehen zum Schutz des Ehepartners unverändert unter dem Regime des Polizeirechts steht. Im Unterscheid zu Massnahmen der Vorermittlung verlangt eine polizeiliche Standardmassnahme wie die Durchsuchung stets nach einer konkreten und nicht bloss einer abstrakten Gefahr als Voraussetzung.

<sup>1031</sup> Vgl. ACKERMANN/VOGLER, in: Top Secret, 163 ff.

<sup>1032</sup> Oberflächlich und wenig differenzierend in dieser Hinsicht BGE 143 IV 27, E. 3.2; vgl. die kritische Kommentierung von RONC/VAN DER STROOM, forumpoenale 2017, 345 ff.

<sup>1033</sup> Vgl. MÜLLER, 159.

<sup>1034</sup> MAGNIN, 150.

<sup>1035</sup> Vgl. oben II.3.1.6.5 sowie BGE 137 I 218, E. 2.3.2; KARNUSIAN, forumpoenale 2016, 352.

<sup>1036</sup> Art. 306 Abs. 1 StPO, vgl. oben II.3.1.4.3.

<sup>1037</sup> Vgl. RONC/VAN DER STROOM/MEYER, forumpoenale 2016, 302 ff.; GFELLER/BIGLER, forumpoenale 2014, 105 ff.; KETTIGER, jusletter 2012, N 4 ff.; MUGGLI, 324 ff.; TIEFENTHAL, Art. 24g N 17; HANSJAKOB, forumpoenale 2015, 34 ff.; bez. verdachtsunabhängiger Videoüberwachungen MÜLLER, 159.

<sup>1038</sup> Vgl. Urteil des BGer 6B\_1143/2015 vom 6. Juni 2016, E. 1.3.1., sowie oben II.3.4.

tenprävention und -repression oft nahe beieinander oder gehen ineinander über. Bezweckt eine Massnahme die Aufklärung einer begangenen Straftat, ist die StPO einschlägig, zielt sie auf die Verhinderung eines künftigen Delikts, das Polizeirecht.<sup>1039</sup> Die mögliche Doppelfunktionalität, d.h. das mögliche Auftreten eines Tatverdachts im Verlauf einer Eingriffsmassnahme führt nicht zu einer Verdrängung der präventiven Zweckausrichtung, solange kein Tatverdacht besteht.<sup>1040</sup>

Dies kann aber nicht bedeuten, dass es gleichsam einerlei sei, ob eine verdeckte polizeiliche Massnahme nun der Prävention oder der Repression diene, denn weder die Voraussetzungen noch der Umfang der polizeilichen Kompetenzen bzw. die zulässige Eingriffsintensität sind identisch.<sup>1041</sup>

Die zur Verwirklichung öffentlicher Interessen in Art. 36 Abs. 2 BV genannte alternative Voraussetzung des Schutzes von Grundrechten Dritter hat im Bereich des polizeilichen Handelns keine selbständige Bedeutung, denn soweit Polizeigüter betroffen sind, liegt der Grundrechtsschutz immer im öffentlichen Interesse.<sup>1042</sup>

Im Ergebnis kann festgestellt werden, dass verdachtslose polizeiliche Ermittlungen zur Straftatenvorsorge und -abwehr einem öffentlichen Interesse i.S.v. Art. 36 Abs. 2 BV dienen. Keinem öffentlichen Interesse entsprechen Ermittlungen, die auf eine Verdachtsbegründung zielen.

### 3.3. Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV)

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit stellt wie das Erfordernis des öffentlichen Interesses einen allgemeinen Rechtsgrundsatz dar, an welchem sich alles staatliche Handeln zu orientieren hat.<sup>1043</sup> Er gilt ausdrücklich auch für Einschränkungen von Freiheitsrechten.<sup>1044</sup>

<sup>1039</sup> BGE 140 I 353, E. 5.2.

<sup>1040</sup> MÜLLER, 27 f.

<sup>1041</sup> Problematisch daher BGE 143 IV 27, E. 3.2, wo das BGer sich nicht damit aufhalten möchte abzugrenzen, in welcher Phase eine verdeckte Fahndung in einem Internet-Chatroom auf das (Zürcher) Polizeirecht und ab wann auf die StPO abzustützen war; vgl. oben II.3.4 Zu Recht kritisch RONC/VAN DER STROOM, forumpoenale 2017, 345 ff.; vgl. auch MEYER, ZStrR 2016, 452.

<sup>1042</sup> SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 35; BETHGE/WEBER-DÜRLER, 140 ff.; zur Bedeutung der Pflicht zum positiven Schutz der Grundrechte vgl. oben III.3.1.3.2.

<sup>1043</sup> Art. 5 Abs. 2 BV, vgl. KIENER/KÄLIN, 119; BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 53; WEBER-DÜRLER, in: Mélanges Pierre Moor, 602 ff. Die deutsche Lehre und Rechtsprechung spricht vom Übermassverbot; vgl. GUSY, Polizei- und Ordnungsrecht, N 397 ff.

<sup>1044</sup> Art. 36 Abs. 3 BV; bei Einschränkungen anderer Grundrechte ist keine Prüfung der Verhältnismässigkeit vorzunehmen, insbesondere, wenn diese generell eingriffsresistent sind wie z.B. Art. 12 BV; vgl. WEBER-DÜRLER, in: Mélanges Pierre Moor, 596 ff.

Dem Verhältnismässigkeitsprinzip liegt der Gedanke zugrunde, dass auch die Verfolgung öffentlicher Interessen nicht jedes Mittel rechtfertigt.<sup>1045</sup> Dies bedeutet dreierlei: Eine staatliche Massnahme muss erstens geeignet sein, den angestrebten Zweck zu erfüllen. Ein Eingriff in ein Freiheitsrecht darf zweitens nicht weiter gehen, als es das öffentliche Interesse erfordert. Die Grundrechtseinschränkung darf drittens nicht in einem Missverhältnis zum damit verfolgten öffentlichen Interesse stehen.<sup>1046</sup>

### 3.3.1. Bedeutung des Verhältnismässigkeitsprinzips im Polizeirecht

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist für das gesamte staatliche Handeln massgeblich.<sup>1047</sup> Adressaten des Verhältnismässigkeitsprinzips sind mithin alle staatlichen Organe, d.h. sowohl Gesetzgeber wie auch Rechtsanwender.<sup>1048</sup> Eine bloss auf die Regulierung ausgerichtete Rechtsetzung kann dazu führen, dass Gesetze und Verordnungen in völlig unverhältnismässiger Weise staatliche Eingriffs- oder Kontrollbefugnisse oder Sanktionsdrohungen festlegen.<sup>1049</sup> Im jeweiligen konkreten Einzelfall ist zu prüfen, ob der infrage stehende Eingriff in das betreffende Grundrecht notwendig und gerechtfertigt ist und in einem angemessenen Verhältnis zum Eingriffsinteresse steht.<sup>1050</sup>

Im Bereich polizeilichen Handelns kommt dem Verhältnismässigkeitsprinzip eine besonders grosse Bedeutung zu: Viele Massnahmen in diesem Bereich greifen tief in die Freiheitsrechte ein. Auch ist das Polizeirecht ein Bereich der Verwaltung, in welchem das staatliche Gewaltmonopol unmittelbar zum Tragen kommt.<sup>1051</sup> Die meisten Polizeigesetze der Kantone nennen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit ausdrücklich als Prinzip polizeilichen Handelns.<sup>1052</sup>

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stösst das Bestimmtheitserfordernis im Polizeirecht auf besondere Schwierigkeiten, weshalb dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit besonderes Gewicht zukomme.<sup>1053</sup> Zur Kompensation müsse der Prüfung der Verhältnismässigkeit besonderes Gewicht

---

<sup>1045</sup> KIENER/KÄLIN, 119.

<sup>1046</sup> Zu den drei Elementen des Verhältnismässigkeitsprinzips i.A. WEBER-DÜRLER, in: Mélanges Pierre Moor, 593 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1020; vgl. BGE 140 I 2, E. 10.6.

<sup>1047</sup> BSK BV-EPINEY, Art. 5 N 67.

<sup>1048</sup> REINHARD, 198 f.

<sup>1049</sup> SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 42.

<sup>1050</sup> BGE 136 I 87, E. 3.2; vgl. SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 37.

<sup>1051</sup> BGE 140 I 2; E. 10.2.2; 140 I 353, E. 8.7; vgl. RAUBER, 98 ff.

<sup>1052</sup> Bspw. § 10 PolG ZH; § 23 PolG BE; § 25 Abs. 1 PolG AG; Art. 45 Abs. 1 LPol GE; Art. 42 LPol NE; § 15 PolG BL; § 7 PolG BS; Art. 18 Abs. 3 PolG SH; vgl. MAGNIN, 213; REINHARD, 199; TIEFENTHAL, Art. 18 N 13.

<sup>1053</sup> Ausführlich hierzu oben III.3.1.1.1.



zukommen.<sup>1054</sup> Aufgrund dieser Bedeutung sei es entscheidend, dass die Polizeiorgane ausdrücklich zur Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips verpflichtet werden.<sup>1055</sup>

Noch vor wenigen Jahrzehnten bildete das Verhältnismässigkeitsprinzip fast die einzige Begrenzung sicherheitspolizeilichen Handelns, da noch kaum materielles Polizeirecht bestand und polizeiliche Eingriffsmassnahmen fast ausschliesslich auf die polizeiliche Generalklausel gestützt wurden.<sup>1056</sup>

### **3.3.2. Anforderungen an die Verhältnismässigkeit von präventiven polizeilichen Ermittlungen**

Auch präventive Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen müssen den Erfordernissen des Verhältnismässigkeitsprinzips genügen. Sie müssen daher in einem angemessenen Verhältnis zur Einschränkung der Garantie der Privatsphäre<sup>1057</sup> stehen, die sie bewirken. Zur Erreichung ihres Zwecks der Verhinderung von Straftaten müssen sie geeignet<sup>1058</sup> und erforderlich<sup>1059</sup> sowie den Betroffenen zumutbar<sup>1060</sup> sein.

Dies bedeutet für Diskussion der Zulässigkeit von Vorermittlungen zweierlei: Erstens muss der Gesetzgeber gesetzliche Grundlagen erlassen, die nicht bloss dem Legalitätsprinzip, sondern auch dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz genügen. Die wesentlichen Entscheidungen, was im Einzelfall erforderlich und den Betroffenen zumutbar ist, müssen schon vom Gesetzgeber getroffen werden. Nur so kann die Vorhersehbarkeit polizeilichen Handelns gesichert und diesem die nötige demokratische Legitimation verliehen werden.<sup>1061</sup> Das BGer hat 2014 mehrere Bestimmungen über präventive Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen des Genfer<sup>1062</sup> und des Zürcher<sup>1063</sup> Polizeigesetzes aufgehoben, weil diese den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzen. Diese Entscheide nennen die Kriterien, anhand welcher die Verhältnismässigkeit gesetzlicher Grundlagen über Vorermittlungen geprüft werden muss.<sup>1064</sup> Diese betreffen ausschliesslich den Aspekt der Zumutbarkeit

---

<sup>1054</sup> BGE 128 I 327, E. 4.2; 136 I 87, E. 3.1; 140 I 353, E. 8.7; 143 I 310, E. 3.3.1; vgl. SCHWEIZER/MÜLLER, LeGes 2008, 393 f.; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 25.

<sup>1055</sup> BGE 128 I 327, E. 4.2.

<sup>1056</sup> MAGNIN, 214; SCHWEIZER, AJP 1997, 379 ff.

<sup>1057</sup> Vgl. oben III.2.

<sup>1058</sup> Vgl. unten III.3.3.2.1.

<sup>1059</sup> Vgl. unten III.3.3.2.2.

<sup>1060</sup> Vgl. unten III.3.3.2.3.

<sup>1061</sup> SCHWEIZER/MÜLLER, LeGes 2008, 394.

<sup>1062</sup> BGE 140 I 381.

<sup>1063</sup> BGE 140 I 353.

<sup>1064</sup> Vgl. TIEFENTHAL, Art. 24f N 20; HANSJAKOB, forumpoenale 2015, 35 f.

und werden im entsprechenden Abschnitt gesondert behandelt.<sup>1065</sup> Anschließend an die Darstellung dieser Kriterien werden ausgewählte gesetzliche Bestimmungen über Vorermittlungen auf ihre Übereinstimmung mit diesen Anforderungen des BGer überprüft.<sup>1066</sup>

Zweitens muss jede einzelne Vorermittlungsmassnahme, die die Polizei durchführt, den Erfordernissen des Verhältnismässigkeitsprinzips genügen. Als problematisch erweist sich ebenfalls insbesondere die Zumutbarkeit von Vorermittlungen, welche in Form einer Abwägung der Interessen des Gemeinwesens an der Vornahme der Massnahme mit den Interessen der betroffenen Personen am Schutz ihrer Grundrechte vorzunehmen ist. Da bei Vorermittlungen weder ein Tatverdacht noch eine konkrete Gefahr bestehen, muss das Gewicht der Interessen der Öffentlichkeit an der Vornahme von Vorermittlungen besonders eingehend geprüft werden.<sup>1067</sup>

### *3.3.2.1. Anforderungen an die Eignung von Vorermittlungen*

Eine Massnahme des Gemeinwesens ist geeignet, wenn durch sie das angestrebte öffentliche Interesse tatsächlich wahrgenommen werden kann.<sup>1068</sup> Dies ist dann nicht der Fall, wenn sie zur Zweckerreichung zu mild ist,<sup>1069</sup> wenn sie gar keine zielkonforme Wirkung entfaltet oder die Erreichung des Zwecks sogar erschwert oder vereitelt.<sup>1070</sup> Nicht verlangt ist aber, dass die Eingriffsmassnahme ihren Zweck mit Sicherheit, vollständig und endgültig erreicht.<sup>1071</sup>

Die Eignung polizeilicher Eingriffsmassnahmen ist bislang erst selten in Rechtsprechung und Lehre überprüft worden. Das BGer bejahte die Eignung etwa im Falle von äusserlichen Personendurchsuchungen bei Sportveranstaltungen mit mehreren 10'000 Zuschauern zur Verhinderung des Einbringens illegaler Gegenstände.<sup>1072</sup> Mitunter wird in der Lehre die Eignung von Videoüberwachungen zur Prävention von Straftaten in Frage gestellt.<sup>1073</sup> BGer<sup>1074</sup> und EGMR<sup>1075</sup> haben sie indessen bejaht.

---

<sup>1065</sup> Vgl. unten III.3.3.2.3.

<sup>1066</sup> Vgl. unten III.3.3.2.3.2.

<sup>1067</sup> Vgl. unten III.3.3.2.3.3.

<sup>1068</sup> SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 38.

<sup>1069</sup> SCHEFER, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, N 99, mit Verweis auf BGE 128 I 295, E. 7c.

<sup>1070</sup> REINHARD, 199 f.

<sup>1071</sup> WEBER-DÜRLER, in: Mélanges Pierre Moor, 594 f.; REINHARD, 199.

<sup>1072</sup> BGE 140 I 2, E. 10.2.

<sup>1073</sup> Vgl. MÜLLER, 241 ff.

<sup>1074</sup> BGE 133 I 77, E. 5.1.

<sup>1075</sup> Urteil des EGMR, Peck gegen Vereinigtes Königreich, Urteil Nr. 44647/98 vom 28. Januar 2003, § 79.

Hinsichtlich verdachtsloser Ermittlungsmassnahmen hat das BGer die Regelung von präventiven Observationen, verdeckten Fahndungen und verdeckten Ermittlungen als geeignet bezeichnet, um eine zweckmässige Verbrechensbekämpfung sicherzustellen.<sup>1076</sup> Im Anwendungsfall muss die Eignung einer Vorermittlungsmassnahme zur Straftatenprävention aber stets konkret geprüft werden.

### 3.3.2.2. Anforderungen an die Erforderlichkeit von Vorermittlungen

Unter mehreren zur Verfügung stehenden Mitteln, die gleichermaßen geeignet sind den angestrebten Zweck zu erreichen, muss der Rechtsanwender gemäss dem Grundsatz der Erforderlichkeit stets das mildeste wählen.<sup>1077</sup> Nicht verlangt ist die Anwendung des generell mildesten zur Verfügung stehenden Mittels. Vorausgesetzt ist vielmehr, dass mehrere in der Wirkung hinsichtlich des angestrebten Zwecks gleiche oder vergleichbare Mittel zur Verfügung stehen. Unter diesen ist dasjenige zu wählen, welches die Rechts- und Interessensphäre des Einzelnen am wenigsten beeinträchtigt.<sup>1078</sup>

Wie bei den analogen Mitteln der StPO ist auch bei präventiven Observationen, verdeckten Fahndungen und verdeckten Ermittlungen die Erforderlichkeit nicht leichthin anzunehmen.<sup>1079</sup> Vielmehr müssen auch vor Anwendung von Vorermittlungen bereits andere Massnahmen erfolglos geblieben sein, sich als offensichtlich aussichtslos erwiesen haben oder die Ermittlungen unverhältnismässig erschweren.<sup>1080</sup>

Der Eingriff in die Grundrechte Betroffener durch Vorermittlungsmassnahmen muss in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und persönlicher Hinsicht erforderlich sein.<sup>1081</sup> Nicht erforderlich ist eine Massnahme auch dann, wenn der Zweck mit einer anderen, mildereren Massnahme erreicht werden kann, die für die Polizei mit einem grösseren Aufwand verbunden ist, solange dieser als tragbar erscheint. So kann eine verdeckte Fahndung im Einzelfall unverhältnismässig sein, wenn dasselbe Ermittlungsergebnis sich auch durch eine Observation erreichen liesse, selbst wenn diese vermutlich länger dauern würde als die verdeckte Fahndung.<sup>1082</sup> In räumlicher Hinsicht ist die Massnahme auf ein so enges

---

<sup>1076</sup> BGE 140 I 381, E. 3.3. Ebenso ausdrücklich bejahend bez. der Eignung von verdeckten Fahndungen im Internet BGE 140 I 353, E. 8.7.1.

<sup>1077</sup> SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 39.

<sup>1078</sup> REINHARD, 200.

<sup>1079</sup> MAGNIN, 156.

<sup>1080</sup> Urteil des OG ZH Nr. SB 160065 vom 17. Juni 2016, E. 3.4.7.

<sup>1081</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 322; besonders bez. der Videoüberwachung MÜLLER, 253 ff.

<sup>1082</sup> Verfügung (Rektifikat) des StrG BS vom 12. Februar 2015, ES.2014.653, E. 2.2.2.

Gebiet wie möglich einzugrenzen. Die Massnahmen sind auf den erforderlichen Raum, in der Regel einen bestimmten Platz, ein bestimmtes Lokal oder einen bestimmten Strassenabschnitt, zu begrenzen.<sup>1083</sup>

Zu beachten ist allerdings, dass eine sachlich mildere Eingriffsmassnahme im Ergebnis schwerer wirken kann als eine sachlich schwerere, bei welcher die Eingriffsdauer aber deutlich tiefer liegt. Die Observation ist bspw. nicht in jedem Fall als mildere Massnahme als die verdeckte Fahndung zu betrachten, wenn vorhersehbar ist, dass mit letzterer das angestrebte polizeiliche Ziel in einer viel kürzeren Zeit zu erreichen ist. In einem solchen Fall ist daher eine Abwägung zwischen den verschiedenen Aspekten der Erforderlichkeit vorzunehmen, um das im Einzelfall mildeste Mittel zu bestimmen.

Die Erforderlichkeit in personeller Hinsicht findet im Bereich der polizeilichen Gefahrenabwehr ihren besonderen Ausdruck im sog. Störerprinzip.<sup>1084</sup> Diesem allgemeinen Grundsatz des materiellen Polizeirechts gemäss soll sich polizeiliches Handeln in erster Linie gegen diejenigen Personen richten, von denen eine Störung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit ausgeht. Störer ist, wer eine unmittelbare Ursache für einen polizeiwidrigen Zustand setzt.<sup>1085</sup> Dritte sollen entsprechend nur ausnahmsweise in die Pflicht genommen werden.<sup>1086</sup>

Das Störerprinzip beschlägt die Erforderlichkeit wie auch die Zumutbarkeit einer polizeilichen Massnahme, sind doch Eingriffsmassnahmen grundsätzlich nur demjenigen zuzumuten, der einen unmittelbaren Anlass für eine Gefahr oder eine Störung setzt.

Bei Massnahmen der Straftatenvorsorge, zu welchen Vorermittlungen zählen, ist das Störerprinzip nicht anwendbar, da sich die Massnahmen nicht gegen Gefahren im Einzelfall richten. Die Erforderlichkeit von Mitteln der Straftatenvorsorge ist daher generell besonders kritisch zu beurteilen. Zwar erweisen sich die hier untersuchten Vorermittlungsmassnahmen in dieser Hinsicht als weniger problematisch als beispielsweise die polizeiliche Videoüberwachung, welche eine Vielzahl von Personen ohne Differenzierung erfasst.<sup>1087</sup> Bei präventiven Ermittlungen wird eine gewisse Selektion der Zielpersonen aufgrund der objekti-

---

<sup>1083</sup> Vgl. BÜLLESFELD, 219.

<sup>1084</sup> Anstelle vieler TIEFENTHAL, Art. 19 N 6. Die deutsche Lehre spricht in diesem Zusammenhang von «Verantwortlichkeit», vgl. GUSY, Polizei- und Ordnungsrecht, N 324 ff.

<sup>1085</sup> Vgl. TIEFENTHAL, Art. 19 N 4; MOHLER, N 720.

<sup>1086</sup> MAGNIN, 221 ff.; REINHARD, 175 ff.; MOHLER, N 711 ff., welcher das Störerprinzip als Element der Prüfung der Eignung einer Massnahme behandelt.

<sup>1087</sup> MÜLLER, 261; vgl. BGE 136 I 87, E. 8.2, in welchem das BGER die breite und undifferenzierte Erfassung durch Videoüberwachungen recht kritisch darstellt. Hinsichtlich des Störerprinzips ebenso problematisch stellen sich präventive polizeiliche Massnahmen dar, deren Verwendung zwar eine konkrete Gefahr erfordert, die aber undifferenziert eine

ven Gefahrenlage getroffen, doch geben diese in der Regel keinen unmittelbaren Anlass für die Massnahme.<sup>1088</sup> Da das Störerprinzip bei Vorermittlungen nicht greift, muss eine Eingrenzung in persönlicher und räumlicher Hinsicht erfolgen, indem die Massnahmen auf Kriminalitätsschwerpunkte beschränkt werden, für deren Bestehen objektive Erkenntnisse vorliegen.<sup>1089</sup>

### 3.3.2.3. Anforderungen an die Zumutbarkeit von Vorermittlungen

Die Wirkung eines Eingriffs auf die grundrechtlich geschützte Position muss in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Eingriffszweck stehen. In diesem Zusammenhang wird auch von der Zumutbarkeit oder der Verhältnismässigkeit i.e.S. gesprochen.<sup>1090</sup> Während sich die Prüfung der Eignung und der Erforderlichkeit am Ziel des staatlichen Handelns orientieren, verlangt die Untersuchung der Zumutbarkeit nach einer Abwägung der Interessen des Gemeinwesens an dem Eingriff und derjenigen des Einzelnen am Schutz seiner Rechtsposition.<sup>1091</sup> Das Eingriffsinteresse muss in einem vernünftigen, angemessenen Verhältnis zu den privaten Schutzinteressen des Grundrechtsträgers stehen, um sich als zumutbar zu erweisen. Je schwerer die Eingriffswirkung ausfällt, desto grösser muss das Gewicht des öffentlichen Interesses sein.<sup>1092</sup> Eine unantastbare Grenze bildet dabei der Kerngehalt der Grundrechte, in welchen auch zum Schutz der hochwertigsten Rechtsgüter nicht eingegriffen werden darf.<sup>1093</sup>

Hinsichtlich der Zumutbarkeit von polizeilichen Vorermittlungen bedeutet dies, dass die öffentlichen Interessen an der Vornahme der Massnahme in einem angemessenen Verhältnis zum Interesse der betroffenen Person am Schutz der von Art. 13 BV abgedeckten Aspekte seiner Privatsphäre stehen muss, damit die Massnahmen als rechtmässig zu betrachten sind.<sup>1094</sup>

Bei verdachtslosen Observationen, verdeckten Fahndungen und verdeckten Ermittlungen wird auf die Erfordernisse einer konkreten Gefahr bzw. eines Tat-

---

Vielzahl von Nichtstörern erfasst. Wesentliches Bsp. hierzu ist die präventive polizeiliche Rasterfahndung, vgl. das Urteil des BVerfG 1 BvR 518/02 vom 4. April 2006, § 118.

<sup>1088</sup> Vgl. unten III.3.3.2.3.3.

<sup>1089</sup> Zum Kriminalitätsschwerpunkt oder kriminellen Umfeld vgl. unten III.3.3.2.3.3.1.

<sup>1090</sup> Vgl. bspw. BGE 140 I 381, E. 3.4; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 40; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 323.

<sup>1091</sup> Vgl. REINHARD, 200.

<sup>1092</sup> SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 40; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 323, TSCHANNEN, § 7 N 111 f.

<sup>1093</sup> Art. 36 Abs. 4 BV; aus der Rechtsprechung des EGMR vgl. EGMR, Gäfgen gegen Deutschland, Urteil Nr. 22978/05 vom 1. Juni 2010, § 87 ff.; SCHEFER, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, N 117.

<sup>1094</sup> BGE 140 I 381, E. 4.5.1.

verdachts verzichtet. Diese beiden Voraussetzungen bezwecken u.a., die Wahrscheinlichkeit unverhältnismässiger Eingriffe in die Grundrechte Betroffener zu vermindern.<sup>1095</sup> Da bei Vorermittlungen diese Schutzwellen der Freiheitsrechte nicht beachtet werden, ist fraglich, ob verdachtslose Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen überhaupt zumutbar sein können und wenn ja, wie deren Zumutbarkeit gewährleistet werden kann.<sup>1096</sup>

Der Gesetzgeber muss beim Erlass präventivpolizeilicher Regelungen den Verfassungsgrundsatz der Verhältnismässigkeit beachten.<sup>1097</sup> Er kann aber mit anderen Mitteln als dem Erfordernis einer konkreten Gefahr sicherstellen, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip Beachtung findet. Diese Überlegung liegt einem Grundsatzurteil des deutschen BVerfG zur präventiven polizeilichen Rasterfahndung zugrunde.<sup>1098</sup> Das BVerfG erklärte, der Gesetzgeber sei an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, nicht aber an den herkömmlichen Gefahrenbegriff gebunden. Die Verfassung hindere den Gesetzgeber nicht grundsätzlich daran, die traditionellen rechtsstaatlichen Bindungen im Bereich des Polizeirechts aufgrund neuartiger oder veränderter Gefährdungs- und Bedrohungssituationen fortzuentwickeln. Er dürfe die Schwelle der konkreten Gefahr bei der Regelung intensiver Grundrechtseingriffe unterschreiten, wenn im Übrigen erhöhte Anforderungen an die Verhältnismässigkeit gestellt würden.

Diese Überlegungen lassen sich auf die Frage der Zumutbarkeit von Vorermittlungen nach schweizerischem Recht übertragen. Die Erfordernisse des Tatverdachts und der konkreten Gefahr stellen zwar zentrale rechtsstaatliche Eingriffsschwellen dar. Diese Eingriffsschwellen sind jedoch selbst das Ergebnis einer Interessenabwägung, welche aufgrund veränderter Gefährdungswahrnehmungen anders ausfallen kann.<sup>1099</sup> Auf das Erfordernis einer konkreten Gefahr für polizeiliches Eingriffshandeln kann verzichtet werden, sofern die Verhältnismässigkeit der nämlichen Eingriffe auf andere Weise sichergestellt wird.<sup>1100</sup>

In diesem Sinne sind auch die Ausführungen des BGer zu verstehen, Regelungen präventiver verdeckter Ermittlungsmassnahmen, die ähnliche (hohe) Eingriffsvoraussetzungen wie die entsprechenden Bestimmungen der StPO aufstellten, seien grundsätzlich geeignet, die Grundrechte der Betroffenen zu gewährleisten.<sup>1101</sup> Demnach können Vorermittlungsmassnahmen verhältnismässig

---

<sup>1095</sup> Vgl. oben II.3.1.6.4 bzw. II.3.2.4.3.

<sup>1096</sup> Vgl. MÜLLER, 261; BÜLLESFELD, 92 ff.

<sup>1097</sup> Vgl. BARTSCH, 208.

<sup>1098</sup> Urteil des BVerfG 1 BvR 518/2 vom 4. April 2006, § 134 f.

<sup>1099</sup> MÜLLER, 262.

<sup>1100</sup> Vgl. REINHARD, 112.

<sup>1101</sup> Urteil des BGer 1C\_518/2013 vom 1. Oktober 2014, E. 3.3; nicht wiedergegeben in BGE 140 I 381.

sein, sofern deren Zumutbarkeit durch besondere Anforderungen zum Schutz der Betroffenen gewährleistet wird.

Im Folgenden werden die Kriterien der Zumutbarkeit von Vorermittlungsmassnahmen in drei Unterabschnitten analysiert. Der erste Abschnitt widmet sich den Anforderungen an die gesetzlichen Grundlagen von Vorermittlungen.<sup>1102</sup> Das BGer verlangt, dass die Kantone eine Reihe von besonderen gesetzlichen Anforderungen an Vorermittlungsmassnahmen vorsehen, die deren Verhältnismässigkeit gewährleisten sollen.<sup>1103</sup>

Die Zumutbarkeit von Massnahmen der Vorermittlungen kann aber nicht allein durch den Gesetzgeber sichergestellt werden. Vielmehr muss sich auch jeder einzelne Grundrechtseingriff als verhältnismässig erweisen, um vor den Anforderungen von Art. 36 BV zu bestehen.<sup>1104</sup> Daher werden in den beiden folgenden Unterabschnitten generelle Kriterien zur Prüfung der Zumutbarkeit von Vorermittlungen im Einzelfall untersucht.

Der zweite Unterabschnitt widmet sich der Frage nach dem Gewicht des öffentlichen Interesses an der Durchführung von präventiven verdeckten Massnahmen.<sup>1105</sup> Vorermittlungen müssen wie dargestellt der Verhinderung von Straftaten dienen. Auch wenn die Straftatenvorsorge eine wesentliche Aufgabe des Gemeinwesens darstellt, kann sie nicht jeden Eingriff in die Freiheitsrechte Einzelner rechtfertigen, zumal weder ein Tatverdacht noch i.d.R. eine konkrete Gefahr bestehen, die das öffentliche Interesse stützen würden. Daher ist näher zu bestimmen, wie die (abstrakte) Gefahr als zentrale Anordnungsvoraussetzung beschaffen sein muss, um präventive Ermittlungsmassnahmen zu legitimieren. In Anlehnung an entsprechende Untersuchungen zur Zumutbarkeit von Videoüberwachungen<sup>1106</sup> wird hier vorgeschlagen, das Kriterium des Bestehens eines Kriminalitätsschwerpunkts zur Eingrenzung heranzuziehen.

Im dritten Unterabschnitt wird untersucht, ob die Intensität der durch Vorermittlungen verursachten Eingriffe in die Garantie der Privatsphäre in einem angemessenen Verhältnis zum Zweck der Massnahme steht.<sup>1107</sup> Unter diesem Aspekt ist insbesondere zu diskutieren, ob verdeckte Ermittlungen, die besonders intensive Grundrechtseingriffe darstellen, zum Zweck der Prävention von Straftaten eingesetzt werden dürfen.

---

<sup>1102</sup> Hier gleich nachfolgend, III.3.3.2.3.1.

<sup>1103</sup> Vgl. BGE 140 I 381, E. 4.5.

<sup>1104</sup> SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 40; SCHEFER, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, N 101.

<sup>1105</sup> Vgl. unten III.3.3.2.3.3.

<sup>1106</sup> Vgl. MÜLLER, 262 ff; BÜLLESFELD, 201 ff; BARTSCH, 197 ff.

<sup>1107</sup> Vgl. unten III.3.3.2.3.4; BGE 140 I 381, E. 4.5.1.

3.3.2.3.1. *Anforderungen an gesetzliche Ermächtigungsbestimmungen zu Vorermittlungen*

Der Gesetzgeber muss nach der Rechtsprechung des BGer bei der Regelung von Massnahmen der Vorermittlungen dem Rechtsanwender gewisse Grenzen setzen, die die Zumutbarkeit von Vorermittlungen für die Betroffenen sicherstellen.<sup>1108</sup> Der kantonale Gesetzgeber muss also, wenn er Vorermittlungsmassnahmen vorsehen will, Anforderungen an die Verhältnismässigkeit aufstellen, die über diejenigen hinausgehen, die im Bereich der Gefahrenabwehr verlangt sind. Wird auf das Erfordernis einer Gefahr im Einzelfall verzichtet, muss der Gesetzgeber diese Lücke durch andere Mittel schliessen, die die Rechtsstaatlichkeit polizeilichen Handelns sicherstellen.

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt nach einem klar geregelten Verfahren, welches eine behördliche und justizielle Kontrolle des polizeilichen Handelns ermöglicht. Das BGer hat in seinen Urteilen zum Genfer und zum Zürcher Polizeirecht eine Reihe von Erfordernissen definiert, die an die entsprechenden Anforderungen der StPO an Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen angelehnt sind.<sup>1109</sup>

Daher werden im Folgenden einfürend jeweils die entsprechenden Voraussetzungen gemäss der StPO in Erinnerung gerufen und anschliessend die Anforderungen des BGer an Ermächtigungsgrundlagen der jeweiligen Vorermittlungsmassnahmen dargestellt.

3.3.2.3.1.1. *Schriftliche Anordnung der Massnahme*

Die StPO sieht vor, dass Observationen<sup>1110</sup> und verdeckte Fahndungen<sup>1111</sup> im Rahmen des Ermittlungsverfahrens selbständig von der Polizei angeordnet werden können. Für die Anordnung strafprozessualer verdeckter Ermittlungen ist die Staatsanwaltschaft zuständig.<sup>1112</sup>

Näheres zur Form der Anordnung von Observation und verdeckter Fahndung ist in der StPO nicht geregelt. Aus der Aktenführungspflicht<sup>1113</sup> ergibt sich aber, dass die Anordnung auch im Falle der von der Polizei selbständig zu verfügenden Mittel schriftlich zu erfolgen hat.<sup>1114</sup> Auch das Genehmigungs-

---

<sup>1108</sup> BGE 140 I 353; E. 7; 140 I 381; E. 4.5.

<sup>1109</sup> BGE 140 I 353; E. 7; 140 I 381; E. 4.5.

<sup>1110</sup> Art. 282 Abs. 1 StPO.

<sup>1111</sup> Art. 298b Abs. 1 StPO.

<sup>1112</sup> Art. 286 Abs. 1 StPO.

<sup>1113</sup> Art. 100 Abs. 1 StPO; aus den Akten müssen alle prozessualen Vorgänge ersichtlich sein, vgl. ZK StPO-BRÜSCHWEILER, Art. 100 N 1.

<sup>1114</sup> Ebenso das Urteil des OG ZH Nr. SB 160065 vom 17. Juni 2016, E. 3.4.6, wo die Notwendigkeit der Schriftlichkeit der Anordnung der verdeckten Fahndung aus der Protokollierungspflicht (Art. 76 StPO) hergeleitet wird.



erfordernis aller drei Massnahmen spricht gemäss Stimmen der Lehre für die Schriftlichkeit der Anordnung, denn damit werde ein eindeutiger Zeitpunkt gesetzt, mit welchem der entsprechende Fristenlauf beginnt.<sup>1115</sup> Ebenso macht die Pflicht zur nachträglichen Information der Betroffenen über Art und Dauer der Massnahme eine schriftliche Anordnung nötig.<sup>1116</sup>

Das BGer hat sich nur mittelbar zur Pflicht einer schriftlichen Anordnung von Vorermittlungsmassnahmen geäussert, indem es festgehalten hat, die Rechtmässigkeit der Anordnung von präventiven Observationen, verdeckten Fahndungen und verdeckten Ermittlungen müsse für die Betroffenen überprüfbar sein, weshalb es eine nachträgliche Information und einen effektiven Rechtsschutz fordert.<sup>1117</sup> Damit kann betreffend der Anordnung von Vorermittlungen nichts anderes gelten als bei Observationen, verdeckten Fahndungen und verdeckten Ermittlungen im Strafverfahren: Auch bei Verfolgung eines präventiven Zwecks hat die Polizei ihre wesentlichen Handlungen aktenmässig zu dokumentieren. Ebenso sind wie im Strafverfahren Observation und verdeckte Fahndung nach einer gewissen Dauer zu genehmigen und die Polizeibehörden sind zur nachträglichen Information der betroffenen Personen verpflichtet. Diesen Pflichten kann nur nachgekommen werden, wenn alle präventiven verdeckten Polizeimassnahmen schriftlich angeordnet werden.<sup>1118</sup> Zudem entschärft eine schriftliche Anordnung und Dokumentation auch Abgrenzungsprobleme zwischen präventiver und repressiver Observation bzw. verdeckter Fahndung.<sup>1119</sup> Aufgrund der Genehmigungspflicht kann die Anordnung einer Observation oder verdeckten Fahndung höchstens für den Zeitraum erfolgen, bis eine Genehmigung erfolgen muss.<sup>1120</sup>

Die Anordnung einer präventiven verdeckten Ermittlung ist nur gültig, wenn sie anschliessend durch einen unabhängigen Richter genehmigt wird.<sup>1121</sup> Zur Frage der Anordnungsinstanz äussert sich das BGer nicht. Aufgrund der Schwere des Grundrechtseingriffs durch verdeckte Ermittlungen ist zu verlangen, dass diese nur von der obersten operativen Ebene der Polizei (Polizeikommando) angeordnet werden können.<sup>1122</sup>

---

<sup>1115</sup> Vgl. BSK StPO-EUGSTER/KATZENSTEIN, Art. 282 N 19; die in der Botschaft StPO, 1253, geäusserte Ansicht, die Monatsfrist von Art. 282 Abs. 2 StPO beginne mit der Aufnahme tatsächlicher Observationshandlungen zu laufen, ist praxisfremd, da dieser Zeitpunkt in aller Regel nicht in den Akten festgehalten wird.

<sup>1116</sup> Vgl. unten III.3.3.2.3.1.3.

<sup>1117</sup> BGE 140 I 381, E. 4.5.1 ff.

<sup>1118</sup> Zur Anordnung von Observationen vgl. TIEFENTHAL, Art. 24f N 20; zur verdeckten Ermittlung TIEFENTHAL, Art. 24g N 24.

<sup>1119</sup> Urteil des OG ZH Nr. SB 160065 vom 17. Juni 2016, E. 3.4.9.

<sup>1120</sup> Vgl. unten III.3.3.2.3.1.2 sowie BGE 140 I 381, E. 4.5; TIEFENTHAL, Art. 24f N 17.

<sup>1121</sup> BGE 140 I 381, E. 4.5.3.

<sup>1122</sup> Vgl. TIEFENTHAL, Art. 24g N 24.

#### 3.3.2.3.1.2. Genehmigung der Massnahme

Das Strafprozessrecht verlangt, dass Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen genehmigt werden müssen. Die beiden selbständig von der Polizei anzuordnenden Massnahmen müssen innert 30 Tagen von der Staatsanwaltschaft,<sup>1123</sup> die verdeckte Ermittlung innert 5 Tagen durch das Zwangsmassnahmengengericht genehmigt werden. Das Genehmigungsverfahren dient als rechtsstaatliche Sicherung.<sup>1124</sup> Die genehmigende Behörde fällt einen eigenständigen Entscheid.<sup>1125</sup>

In seinem Entscheid betreffend die Vorermittlungsmassnahmen im Genfer Polizeigesetz hat das BGer verlangt, dass auch präventive verdeckte Fahndungen durch die Staatsanwaltschaft oder einen unabhängigen Richter zu genehmigen sind, wenn diese länger als 30 Tage dauern.<sup>1126</sup> Es hob mangels einer entsprechenden Regelung die Bestimmung auf. Ebenso für ungültig erklärte es eine Bestimmung zur Überwachung von geschlossenen Chatrooms im Internet im Zürcher Polizeigesetz, da sie ebenfalls keine richterliche Genehmigung vorsah.<sup>1127</sup>

Zur Notwendigkeit einer Genehmigung von präventiven Observationen hat sich das BGer noch nicht geäussert, da die überprüften Polizeigesetze der Kantone Genf<sup>1128</sup> und Zürich<sup>1129</sup> eine solche Genehmigung vorsehen.<sup>1130</sup> Es ist aber kein Grund ersichtlich, weshalb eine Genehmigung spätestens nach 30 Tagen nicht auch für die präventive Observation verlangt werden sollte.<sup>1131</sup>

Die präventive verdeckte Ermittlung muss in einem Art. 289 StPO analogen Verfahren nach der Anordnung durch einen unabhängigen Richter genehmigt werden.<sup>1132</sup> Der Richtervorbehalt kann durch eine gesetzliche Verweisung auf diese Bestimmung statuiert werden. Demnach muss die anordnende Behörde in-

---

<sup>1123</sup> Art. 282 Abs. 2 bzw. Art. 298b Abs. 2 StPO.

<sup>1124</sup> HANSJAKOB, *forum* 2013, 216.

<sup>1125</sup> BSK StPO-KNODEL, Art. 298b N 10.

<sup>1126</sup> BGE 140 I 381; E. 4.5.2

<sup>1127</sup> BGE 140 I 381, E. 8.7.2.4. Eine Genehmigung durch die Staatsanwaltschaft als Strafverfolgungsbehörde erscheint bei einer präventiven Massnahme allerdings als wesensfremd, denn präventives polizeiliches Handeln liegt in der alleinigen Kompetenz der Polizeibehörden; ebenso KÜHNE, *recht* 2016, 114f. Er schlägt stattdessen eine Genehmigung durch das Polizeikommando vor. Eine unabhängigere und daher aus rechtsstaatlichen Überlegungen zu bevorzugende Möglichkeit wäre das Einsetzen der kantonalen Aufsichtsbehörde über die Polizei als Genehmigungsinstanz.

<sup>1128</sup> Art. 21A Abs. 3 LPol GE zur Zeit des Entscheids, Art. 56 Abs. 3 LPol GE nach heute im Kraft stehendem Recht.

<sup>1129</sup> § 32 Abs. 3 PolG ZH.

<sup>1130</sup> Vgl. BGE 140 I 381, E. 4.2.1.

<sup>1131</sup> Vgl. TIEFENTHAL, Art. 24f N 20; MAGNIN, 150.

<sup>1132</sup> BGE 140 I 381, E. 4.5.3.

ner 24 Stunden beim zuständigen Gericht die Anordnung begründen und deren Genehmigung beantragen.<sup>1133</sup> Das Gericht entscheidet innert 5 Tagen seit der Anordnung.<sup>1134</sup>

### 3.3.2.3.1.3. Nachträgliche Information der betroffenen Personen und Anspruch auf effektiven Rechtsschutz

Verdeckte polizeiliche Massnahmen sind u.a. deshalb rechtsstaatlich problematisch, da die Möglichkeit der betroffenen Personen gefährdet wird, ihre Rechte wahrzunehmen und die Zulässigkeit der Massnahme richterlich beurteilen zu lassen. Daher müssen Personen, die von geheimen Zwangsmassnahmen nach der StPO betroffen sind, nachträglich über Grund, Art und Dauer der Massnahme informiert werden<sup>1135</sup> und Gelegenheit erhalten, Beschwerde<sup>1136</sup> zu erheben. Die Mitteilung muss unabhängig davon erfolgen, ob durch die Massnahme verwertbare Beweise gewonnen werden konnten oder nicht.<sup>1137</sup>

Auch die präventive Observation, verdeckte Fahndung und verdeckte Ermittlung verlangen nach einer nachträglichen Information der betroffenen Personen.<sup>1138</sup> Das BGer hat alle drei entsprechenden Bestimmungen des Genfer Polizeigesetzes 2014 aufgehoben, da diese keine Informationspflicht und keine Möglichkeit eines Rechtsmittels vorsahen.<sup>1139</sup> Dies widerspreche dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit i.e.S., denn die betroffene Person müsse sich vor einem allfälligen Missbrauch schützen und die Arbeit der Polizei kontrollieren können.<sup>1140</sup> Daher müsse sie die Gelegenheit erhalten, die geheime Überwachungsmassnahme gerichtlich überprüfen zu lassen. Ausserdem sehe die StPO eine entsprechende Mitteilungspflicht vor. Ausnahmen von der Mitteilungspflicht, wie sie Art. 283 Abs. 2 StPO vorsieht, seien aber auch bei präventiven verdeckten Massnahmen möglich.<sup>1141</sup>

Daraus ergibt sich die Schwierigkeit, dass auch bei Observationen, verdeckten Fahndungen und verdeckten Ermittlungen, die ergebnislos verlaufen, eine nachträgliche Information der Betroffenen stattfinden muss und daher diese Personen identifiziert werden müssen. In der Praxis dürfte dies oftmals nicht geschehen.<sup>1142</sup> Das BGer verlangt aber eindeutig, dass jede betroffene Person

---

<sup>1133</sup> Art. 289 Abs. 2 StPO analog.

<sup>1134</sup> Art. 289 Abs. 3 StPO analog.

<sup>1135</sup> Art. 283 Abs. 1, Art. 298 Abs. 1 bzw. Art. 298d Abs. 4 StPO.

<sup>1136</sup> Art. 393 Abs. 1 Bst. a StPO.

<sup>1137</sup> BSK StPO-KNODEL, Art. 298 N 1.

<sup>1138</sup> MAGNIN, 150.

<sup>1139</sup> Art. 21A, 21B und 22 des damaligen LPol GE; BGE 140 I 381, E. 4.5.1 ff.

<sup>1140</sup> Vgl. TIEFENTHAL, Art. 24f N 16.

<sup>1141</sup> BGE 140 I 381, E. 4.5.1.

<sup>1142</sup> Vgl. KÜHNE, recht 2016, 113.

nachträglich informiert werden muss, sofern nicht ein gesetzlicher Ausnahmegrund greift.<sup>1143</sup>

#### 3.3.2.3.1.4. Subsidiaritätsbestimmung

Das BGer hebt in seinem Entscheid betr. das Genfer Polizeigesetz die Bedeutung einer Subsidiaritätsbestimmung im Zusammenhang mit der Regelung der präventiven Observation hervor.<sup>1144</sup> Eine solche Bestimmung hat allerdings bloss deklaratorischen Charakter, ergibt sich doch das Erfordernis der Subsidiarität allen staatlichen Eingriffshandelns aus dem Verfassungsrecht.<sup>1145</sup>

#### 3.3.2.3.2. Überprüfung ausgewählter kantonaler Ermächtigungsnormen

Der soeben dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich entnehmen, dass Ermächtigungsbestimmungen zu Vorermittlungen die schriftliche Anordnung der Massnahmen, ein Genehmigungsverfahren, die nachträgliche Information der Betroffenen sowie einen wirksamen Rechtsschutz vorsehen und eine Subsidiaritätsbestimmung enthalten müssen.<sup>1146</sup> Andernfalls verletzen sie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit.<sup>1147</sup>

Im folgenden Abschnitt wird anhand ausgewählter Bestimmungen geprüft, ob die kantonalen Gesetzgeber die geforderten gesetzlichen Leitplanken der Verhältnismässigkeit umgesetzt haben. Dabei werden beispielhaft die Bestimmungen zur präventiven Observation der Kantone Schwyz und Basel-Landschaft vertieft untersucht und verschiedene weitere entsprechende Ermächtigungsnormen anderer Kantone zum Vergleich herangezogen.

<p><b>§ 9a [PolG SZ]</b> <i>Observation</i></p> <p><sup>1</sup> Die Kantonspolizei kann zur Informationsbeschaffung oder zur Gefahrenabwehr Personen und Sachen ausserhalb des geschützten Geheim- bzw. Privatbereichs offen oder verdeckt beobachten. Die Beobachtungen sind örtlich und zeitlich zu begrenzen.</p> <p><sup>2</sup> Sie kann dazu mit Überwachungsgeräten Übermittlungen und Aufzeichnungen in Bild und Ton machen, wenn:</p>	<p><b>§ 36 [PolG BL]</b> <i>Präventive Observation; Begriff, Anordnung, Genehmigung und Voraussetzungen</i></p> <p><sup>1</sup> Als präventive Observation gilt das planmässig angelegte Beobachten von Personen oder Personenkreisen zu präventiven Zwecken oder zur Gefahrenabwehr, wobei Bild- und Tonaufnahmen gemacht werden können.</p> <p><sup>2</sup> Betrifft die präventive Observation nicht-öffentliche Vorgänge, gelten die Bestimmungen der Strafprozessordnung</p>
--	---

<sup>1143</sup> BGE 140 I 381, E. 4.5.1.

<sup>1144</sup> BGE 140 I 381, E. 4.5.1.

<sup>1145</sup> Vgl. oben III.1.7 sowie III.3.3.2.2.

<sup>1146</sup> Vgl. oben III.3.3.2.3.1.

<sup>1147</sup> BGE 140 I 381, E. 4.5.1 ff.

<p>a) konkrete Anzeichen bestehen, dass es zu strafbaren Handlungen kommen könnte oder</p> <p>b) es sich zur Abwehr drohender Gefahren als geeignet und erforderlich erweist.</p> <p><sup>3</sup> Eine missbräuchliche Verwendung von Aufzeichnungen, die Personenidentifikationen zulassen, ist durch geeignete technische und organisatorische Massnahmen auszuschliessen.</p>	<p>über den Einsatz technischer Überwachungsgeräte sinngemäss.</p> <p><sup>3</sup> Der Leiter oder die Leiterin der Polizei Basel-Landschaft kann präventive Observationen anordnen. Präventive Observationen bedürfen der Genehmigung durch das Präsidium des Zwangsmassnahmengerichts, wenn sie:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>a. voraussichtlich innerhalb einer Woche länger als 24 Stunden dauern oder wenn sie</li><li>b. über den Zeitraum einer Woche hinaus stattfinden oder wenn</li><li>c. die Zielpersonen in Räumen beobachtet werden, die nicht öffentlich zugänglich sind.</li></ul> <p><sup>4</sup> Die Anordnung bleibt längstens 3 Monate in Kraft. Sie kann durch den Leiter oder die Leiterin der Polizei Basel-Landschaft um jeweils höchstens 3 Monate verlängert werden. Die Verlängerung bedarf der Genehmigung durch das Präsidium des Zwangsmassnahmengerichts.</p> <p><sup>5</sup> Die Anordnung einer präventiven Observation ist zulässig, wenn:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>a. die Schwere der Straftat, der vorzubeugen ist, diese Massnahme rechtfertigt und</li><li>b. andere Massnahmen erfolglos geblieben sind oder weniger eingreifende Massnahmen wahrscheinlich nicht ausreichen.</li></ul> <p><b>§ 37 [PolG BL]</b> <i>Aktenmässige Erfassung, Mitteilungspflicht, Beschwerde</i></p> <p><sup>1</sup> Die wesentlichen Aspekte der präventiven Observation, insbesondere deren Dauer, der observierte Personenkreis und die dabei gemachten Feststellungen werden aktenmässig erfasst.</p> <p><sup>2</sup> Die betroffenen Personen sind über die Massnahme der präventiven Observation</p>
--	---

	zu unterrichten, sobald dies ohne Gefährdung des Zwecks der Massnahme geschehen kann. <sup>3</sup> Der Verzicht auf die Mitteilung ist vom Präsidium des Zwangsmassnahmengerichts zu genehmigen. <sup>4</sup> Gegen die durchgeführte präventive Observation kann innert 10 Tagen seit Eröffnung der Mitteilung Beschwerde beim Kantonsgericht (Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht) erhoben werden.
--	--

#### 3.3.2.3.2.1. Anordnung und Genehmigung

§§ 36 f. PolG BL enthalten Bestimmungen zu *Anordnung*, *Genehmigung* und *aktenmässigen Erfassung* von präventiven Observationen. Die Normbestimmtheit ist ausgesprochen hoch: Eine Observation kann nur durch den Leiter oder die Leiterin der Polizei angeordnet werden (und nicht z.B. durch einen Polizeioffizier oder einen anderen Inhaber einer Befehlsbefugnis).<sup>1148</sup> Vorgesehen sind zudem eine doppelte zeitliche «Genehmigungsschwelle»<sup>1149</sup> sowie eine Höchstdauer der Wirkung der Anordnung.<sup>1150</sup> Eine Genehmigung ist bereits verlangt, wenn die Observation innert einer Woche länger als 24 Stunden oder insgesamt länger als eine Woche dauert. Sie ist durch das Zwangsmassnahmengerecht (und nicht durch die Staatsanwaltschaft) vorzunehmen. Die Voraussetzungen sind angesichts der relativ geringen Eingriffsintensität der Observation hoch und gehen über die Anforderungen des BGer hinaus.<sup>1151</sup> Das PolG BL statuiert hinsichtlich der präventiven Observation strengere Anforderungen als die StPO zur Vornahme einer strafprozessrechtlichen Observation.<sup>1152</sup>

Zudem wird ausdrücklich eine Interessenabwägung hinsichtlich der Schwere der vorzubeugenden Straftat und der Eingriffsintensität der Massnahme der Observation verlangt.<sup>1153</sup>

§ 36 Abs. 2 und Abs. 3 Bst. c PolG BL lassen notabene Observationen auch in nicht öffentlich zugänglichen Bereichen zu, wodurch die präventive Observa-

---

<sup>1148</sup> MÜLLER, in: Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft II, 131.

<sup>1149</sup> § 36 Abs. 3 PolG BL.

<sup>1150</sup> § 36 Abs. 4 PolG BL, vgl. MÜLLER, in: Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft II, 131.

<sup>1151</sup> BGE 140 I 381, E. 4.5.2 sowie oben III.3.3.2.3.1.

<sup>1152</sup> Genehmigung erst nach 1 Monat Dauer und nur durch die Staatsanwaltschaft, Art. 282 Abs. 2 StPO; vgl. LVR 2012, 33.

<sup>1153</sup> § 36 Abs. 5 Bst. a PolG BL; MÜLLER, in: Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft II, 131.

tion über die Grenzen der analogen Massnahme der StPO hinausgeht und die Grenzen eines noch als leicht zu bezeichnenden Grundrechtseingriffs klar überschreitet. Das Gesetz unterstellt die Observation diesfalls den Bestimmungen der Strafprozessordnung über den Einsatz technischer Überwachungsgeräte, die analog anzuwenden sind, und verlangt insbesondere eine anfängliche Genehmigung der Massnahme durch das Zwangsmassnahmengericht.<sup>1154</sup> Das Gesetz vermittelt damit zwar einen dem Niveau der StPO entsprechenden Schutz. Dennoch ist die präventive Observation in nicht öffentlichen Räumen aus rechtsstaatlicher Sicht mit ähnlicher Skepsis zu betrachten wie die präventive verdeckte Ermittlung. Beide Massnahmen erscheinen zur Vorbeugung bei Bestehen bloss abstrakter Gefahren grundsätzlich als nicht verhältnismässig.<sup>1155</sup>

In § 9a PolG SZ fehlen jegliche Regelungen betreffend Anordnung und Genehmigung der Observation. Die Observation ohne Einsatz technischer Aufnahmegeräte bedarf nach dem Wortlaut nicht einmal einer Gefahr bzw. Anzeichen für künftige Straftaten als Anordnungsvoraussetzungen. Die Bestimmung verfehlt die Anforderungen des BGER an die Verhältnismässigkeit von Regelungen von Vorermittlungsmassnahmen deutlich.

#### 3.3.2.3.2.2. Regelungen anderer Kantone zu Anordnung und Genehmigung

Form und Instanz der *Anordnung* von Vorermittlungsmassnahmen sind in den Polizeigesetzen der meisten Kantone nicht geregelt. Entsprechende Regelungen wie das PolG BL<sup>1156</sup> kennt das PolG BS, das die Anordnung von verdeckten Fahndungen durch die zuständige Gruppenchefin oder den zuständigen Gruppenchef vorsieht, sowie die PolG der Kantone Freiburg und Zürich.<sup>1157</sup> Die Anordnung der verdeckten Ermittlung bzw. die Legendenausstattung der verdeckten Ermittler ist meist dem Polizeikommandanten vorbehalten.<sup>1158</sup>

Hinsichtlich der Umsetzung des vom BGER verlangten *Genehmigungsvorbehalts* bei Observationen und verdeckten Fahndungen zeigen sich grosse Differenzen zwischen den entsprechenden Bestimmungen der Kantone. Wie der Kanton Schwyz kennen die Kantone Schaffhausen,<sup>1159</sup> Ob-<sup>1160</sup> und Nidwalden<sup>1161</sup> gar keinen Genehmigungsvorbehalt bei Observationen und verdeckten Fah-

<sup>1154</sup> Vgl. MÜLLER, in: Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft II, 131.

<sup>1155</sup> Vgl. unten III.3.3.2.3.4.1.

<sup>1156</sup> Vgl. oben III.3.3.2.3.2.1.

<sup>1157</sup> § 33a Abs. 3 PolG BS; Art. 33a Abs. 1 PolG FR und § 32 Abs. 2 PolG ZH (nur bei Observation mittels technischer Überwachungsgeräte), vgl. TIEFENTHAL, Art. 24f N 20.

<sup>1158</sup> Vgl. bspw. Art. 35b Abs. 2 PolG BE; § 32e Abs. 1 PolG ZH; Art. 21a Abs. 3 LPol VD.

<sup>1159</sup> Art. 24f PolG SH.

<sup>1160</sup> Art. 22 PolG OW.

<sup>1161</sup> Art. 46 f. PolG NW.

dungen. Das St.-Gallische PolG sieht bei Observationen und verdeckten Fahndungen, die länger als einen Monat dauern, eine Genehmigung durch den Polizeikommandanten vor.<sup>1162</sup> Die Genehmigung erfolgt damit durch den obersten Vorgesetzten der Polizeimitarbeiter, die die Massnahme bereits angeordnet haben. Eine solche Regelung ist angesichts des Zwecks eines Genehmigungsvorbehalts, die angeordnete Massnahme durch eine möglichst unabhängige Behörde beurteilen zu lassen und unverhältnismässig lange verdeckte Massnahmen zu verhindern, fragwürdig.<sup>1163</sup> Eine ähnliche Regelung der Genehmigung von präventiven Observationen und verdeckten Fahndungen (Genehmigung durch das Polizeikommando) enthalten das Zürcher<sup>1164</sup> und das Glarner<sup>1165</sup> PolG.<sup>1166</sup>

Hingegen sehen die Kantone Aargau,<sup>1167</sup> Bern,<sup>1168</sup> und Solothurn<sup>1169</sup> wie der Kanton Basel-Landschaft eine höhere Hürde als die StPO vor, indem sie die Genehmigung von länger dauernden Observationen durch das Zwangsmassnahmengericht verlangen.<sup>1170</sup> Eine präventive verdeckte Fahndung ist in diesen Kantonen nicht vorgesehen.

In den Kantonen Freiburg,<sup>1171</sup> Neuenburg,<sup>1172</sup> Genf,<sup>1173</sup> Uri,<sup>1174</sup> und Zug<sup>1175</sup> sind, analog zur StPO, präventive Observationen und, soweit vorgesehen, verdeckte Fahndungen durch die Staatsanwaltschaft zu genehmigen.

Auch die Waadt kennt einen von der Dauer der Observation abhängigen Genehmigungsvorbehalt analog zur StPO.<sup>1176</sup> Zudem muss jede Observation durch die Staatsanwaltschaft genehmigt werden, bei der Ton- oder Bildaufnahme erstellt werden.<sup>1177</sup>

---

<sup>1162</sup> Art 52<sup>ter</sup> Abs. 2 bzw. Art 52<sup>quater</sup> Abs. 2 PolG SG.

<sup>1163</sup> Vgl. oben III.3.3.2.3.1.2; BSK StPO-KNODEL, Art. 298b N 10.

<sup>1164</sup> § 32 Abs. 2 PolG ZH. Eine Genehmigung der im PolG ZH Kontaktnahme genannten verdeckten Fahndung ist nicht vorgesehen.

<sup>1165</sup> Art. 26a Abs. 3 bzw. 26b Abs. 4 PolG GL.

<sup>1166</sup> Vgl. MAGNIN, 150.

<sup>1167</sup> § 35 Abs. 2 PolG AG.

<sup>1168</sup> Art. 35a Abs. 2 PolG BE.

<sup>1169</sup> § 36<sup>ter</sup> Abs. 3 PolG SO; verwendet wird der überholte Begriff «Hafrichter».

<sup>1170</sup> MAGNIN, 150.

<sup>1171</sup> Art. 33a Abs. 2 bzw. Art. 33b Abs. 2 PolG FR.

<sup>1172</sup> Art. 68 Abs. 2 bzw. Art. 70 Abs. 2 LPol NE.

<sup>1173</sup> Art. 56 Abs. 3 bzw. Art. 57 Abs. 2 LPol GE.

<sup>1174</sup> Art. 23 Abs. 2 PolG UR.

<sup>1175</sup> § 10b Abs. 3 PolG ZG.

<sup>1176</sup> Art. 21b Abs. 3 LPol VD, a.A. MAGNIN, 150 (Fn. 229), im Kanton Waadt sei eine Genehmigung der Observation durch die Staatsanwaltschaft nur bei Vornahme von Ton- und Bildaufnahmen verlangt.

<sup>1177</sup> Art. 21b Abs. 2 LPol VD.



Die zulässige Dauer der Observation bzw. verdeckten Fahndung ohne Genehmigung liegt je nach kantonaler gesetzlicher Grundlage zwischen einer Woche und einem Monat.<sup>1178</sup>

Sämtliche Kantone, die die präventive verdeckte Ermittlung kennen, machen diese Massnahme gemäss der Forderung des BGer im Polizeigesetz von der Genehmigung des Zwangsmassnahmengerichts abhängig.<sup>1179</sup>

Gesamthaft ist festzuhalten, dass hinsichtlich Anordnung und Genehmigung von Vorermittlungsmassnahmen in den gesetzlichen Grundlagen einer grösseren Zahl von Kantonen beträchtliche Mängel bestehen.

### 3.3.2.3.2.3. Nachträgliche Information und Rechtsschutz

Die Regelung der präventiven Observation im Baselbieter PolG enthält ausführliche Bestimmungen zur *nachträglichen Information* und zum *Beschwerderecht* betroffener Personen. Es regelt detailliert auch die polizeiliche Aktenführungspflicht.<sup>1180</sup> § 37 Abs. 2 PolG BL sieht vor, dass von der Observation betroffene Personen über die Massnahme unterrichtet werden müssen, sobald dies ohne Gefährdung des Eingriffszwecks möglich ist.<sup>1181</sup> Der Wortlaut der Bestimmung erfasst alle betroffenen Personen, d.h. nicht nur die Zielperson, sondern auch Dritte, die bei der Massnahme erfasst wurden. Von einer Information darf nur so lange abgesehen werden, wie dies den Zweck der Massnahme vereiteln oder erschweren würde. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eine Person, die nicht Zielperson war und gegen die sich kein Verdacht auf eine Straftat ergeben hat, in einer nahen Beziehung zu einer verdächtigen (Ziel-)person steht. Diesfalls darf mit der Information zugewartet werden, bis diese den Ermittlungserfolg gegenüber der Zielperson nicht mehr gefährdet.<sup>1182</sup>

In § 9a PolG SZ fehlen Regelungen zur Information betroffener Personen und deren Rechtsschutz. § 9a Abs. 1 PolG SZ verlangt einzig nach einer zeitlichen und räumlichen Begrenzung der Massnahme, ohne dies in irgendeiner Weise zu konkretisieren. Die Bestimmung erweist sich angesichts der entsprechenden Anforderungen des BGer an Regelungen der präventiven Observation<sup>1183</sup> als verfassungswidrig.

---

<sup>1178</sup> MAGNIN, 150.

<sup>1179</sup> Vgl. bspw. Art. 35b. Abs. 3 PolG BE; § 15a Abs. 3 PolG LU; § 10a Abs. 4 PolG ZG; Art. 26c Abs. 4 PolG GL.

<sup>1180</sup> § 37 Abs. 1 PolG BL.

<sup>1181</sup> MÜLLER, in: Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft II, 131 f.

<sup>1182</sup> MÜLLER, in: Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft II, 132.

<sup>1183</sup> BGE 140 I 381, E. 4.5.1; vgl. TIEFENTHAL, 678 f.

3.3.2.3.2.4. Regelungen anderer Kantone zu nachträglicher Information und Rechtsschutz

Die meisten Kantone sehen die nachträgliche Information betroffener Personen bei präventiven Observationen und verdeckten Fahndungen und die gerichtliche Überprüfung dieser Massnahmen in ihren Polizeigesetzen vor, mehrheitlich durch Verweisung auf die analogen Bestimmungen der StPO.<sup>1184</sup>

Keine Regelungen der nachträglichen Information und des Rechtsschutzes betroffener Personen enthalten die Bestimmungen zu Observation und verdeckter Fahndung des Nidwaldner Polizeigesetzes<sup>1185</sup> sowie die Regelung der Observation im PolG des Kantons Schaffhausen.<sup>1186</sup> Die Polizeigesetze der Kantone Glarus und Obwalden verweisen nur bei den Bestimmungen zur verdeckten Fahndung auf die Regelungen der Beendigung und Mitteilung der Massnahme nach der StPO,<sup>1187</sup> nicht aber bei der Bestimmung zur Observation.<sup>1188</sup>

Hinsichtlich präventiver verdeckter Ermittlungen sehen die meisten Kantone, die diese Massnahme kennen, die nachträgliche Information und Möglichkeit der Beschwerde der betroffenen Personen vor, meist durch den Hinweis auf die sinngemässe Anwendbarkeit der entsprechenden Regelungen für repressive verdeckte Ermittlungen in Art. 298 StPO.<sup>1189</sup> Als unzureichend erweist sich aber bspw. die Regelung der verdeckten Vorermittlung im Nidwaldner Polizeigesetz, die weder die nachträgliche Information der Betroffenen noch ein Rechtsmittel vorsieht.<sup>1190</sup>

Im Ergebnis kann festgestellt werden, dass die Mehrzahl der kantonalen Polizeigesetze die nachträgliche Information und den Rechtsschutz Betroffener in einer Weise regeln, die den Anforderungen des BGer entspricht. Einzelne Bestimmungen sehen aber keine Mitteilung und keinen Rechtsschutz vor. Diese Regelungen genügen den Kriterien des BGer hinsichtlich der Zumutbarkeit nicht.

3.3.2.3.3. *Zumutbarkeitserfordernis der besonderen Gefahrenlage bzw. des Kriminalitätsschwerpunkts*

Ein zentrales Element bei der Prüfung der Zumutbarkeit polizeilicher Mittel ist die Art und Intensität der Gefahr im Einzelfall, welcher mit der Eingriffsmassnahme begegnet werden soll. Das Bestehen einer Gefahr für ein polizeiliches

---

<sup>1184</sup> Art. 283 bzw. Art. 298d Abs. 2–4 StPO.

<sup>1185</sup> Art. 46 f. PolG NW.

<sup>1186</sup> Art. 24f PolG SH, vgl. TIEFENTHAL, Art. 24 f. N 17.

<sup>1187</sup> Art. 26b Abs. 3 PolG GL, Art. 23b PolG OW.

<sup>1188</sup> Art. 26a PolG GL, Art. 22 PolG OW.

<sup>1189</sup> Vgl. bspw. § 32e Abs. 4 PolG ZH; Art. 23f PolG OW; Art. 52<sup>novies</sup> Bst. e PolG SG.

<sup>1190</sup> Art. 48 PolG NW.

Schutzgut ist Voraussetzung jeglichen sicherheitspolizeilichen Handelns. Im Rahmen der klassischen polizeilichen Gefahrenabwehr muss eine konkrete Gefahr, d.h. eine Gefahr im Einzelfall, bestehen, um einen Eingriff zu legitimieren.<sup>1191</sup> Zur Vornahme von präventiven verdeckten Massnahmen genügt hingegen die abstrakte Gefahr der Begehung von Straftaten, d.h. eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass es zu einer konkreten Gefahr kommen könnte.<sup>1192</sup> Der Wortlaut der gesetzlichen Grundlagen von verdachtslosen präventiven Ermittlungen verlangt regelmässig «hinreichende» oder «ernsthafte Anzeichen», dass Straftaten begangen werden könnten.<sup>1193</sup>

Fraglich ist, unter welchen Umständen den Betroffenen eine Verkürzung ihrer grundrechtlich geschützten Position zuzumuten ist, wenn keine konkrete, sondern nur eine abstrakte Gefahr der Begehung von Strafdelikten besteht. Das bedeutet, dass die Betroffenen in der Regel keinen unmittelbaren Anlass für die Massnahme geben. Zwar sind von Vorermittlungen nicht, wie etwa im Falle der Videoüberwachung, eine Vielzahl von gleichsam zufällig erfassten Personen betroffen,<sup>1194</sup> doch besteht, zumindest zu Beginn eines Vorermittlungseinsatzes, kein Anzeichen, dass die Zielperson unmittelbar eine Gefahr verursacht oder verursachen wird.

Die grundsätzliche Zulässigkeit eines Verzichts auf die Schwelle der konkreten Gefahr ändert nichts daran, dass eine Grundrechtseinschränkung durch präventive polizeiliche Ermittlungen nur aufgrund eines hinreichenden Anlasses gerechtfertigt sein kann. Nur bei Vorliegen von objektiven, sachlichen Gründen kann die Interessenabwägung überhaupt vorgenommen werden und gegebenenfalls zugunsten der Zulässigkeit der Eingriffsmassnahme ausfallen.<sup>1195</sup> Daher muss näher bestimmt werden, unter welchen Umständen eine zur Vornahme von Vorermittlungen hinreichende abstrakte Gefahr anzunehmen ist.<sup>1196</sup>

Wie oben dargestellt unterscheidet sich eine abstrakte Gefahr hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit des Gefahreintritts nicht von einer konkreten Gefahr.<sup>1197</sup> Ebenso besteht kein Unterschied bezüglich des Werts der möglicherweise gefährdeten Rechtsgüter bzw. der Schwere der möglichen Rechtsgutverletzung. Bei der abstrakten Gefahr liegt aber kein Einzelfallbezug vor, weshalb die Gefahr in Vergleich zur konkreten Gefahr schwerer bestimmbar und eingrenzbar

<sup>1191</sup> Vgl. oben II.3.2.4.

<sup>1192</sup> Vgl. oben II.3.2.4.2.

<sup>1193</sup> Vgl. bspw. § 33a Abs. 2 Bst. a PolG BS; § 37b Abs. 1 Bst. a PolG BL; Art. 35a Abs. 1 Bst. a PolG BE; Art. 57 Abs. 1 Bst. a LPol GE («indices sérieux»).

<sup>1194</sup> Vgl. etwa BÜLLESFELD, 94; BARTSCH, 200 ff.

<sup>1195</sup> BARTSCH, 208.

<sup>1196</sup> Vgl. MÜLLER, 262 f.

<sup>1197</sup> Vgl. oben II.3.2.4.2; REINHARD, 111.

ist. Dieser Mangel kann gemäss der Lehre ausgeglichen werden, wenn umgekehrt an die Wahrscheinlichkeit des Gefahrentritts oder an die Schwere der befürchteten Rechtsgutverletzung erhöhte Anforderungen gestellt werden.<sup>1198</sup> Mit anderen Worten muss zur Vornahme von vorbeugenden polizeilichen Eingriffsmassnahmen eine Gefahrensituation vorliegen, die den Schadenseintritt mit besonders hoher Wahrscheinlichkeit erwarten lässt, oder die ohne die Massnahme zu einem Schaden für besonders hochwertige Schutzgüter führen könnte.<sup>1199</sup>

#### 3.3.2.3.3.1. Grad der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts

Wie gross die erforderliche Wahrscheinlichkeit der Deliktsverwirklichung ohne Vornahme der polizeilichen Massnahme sein muss bzw. welche Schwere der Rechtsgutverletzung verlangt ist, lässt sich nicht abstrakt definieren. Vielmehr müssen diese beiden Elemente im Einzelfall geprüft werden. Dabei können sie in einem gewissen Mass einander gegenseitig aufwiegen: Je schwerer die mögliche Rechtsgutverletzung, desto geringer braucht die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts zu sein.<sup>1200</sup>

Die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit dürfen aber auch bei sehr schweren befürchteten Schäden nicht beliebig herabgesetzt werden. Nötig ist stets ein vernünftiges Verhältnis zur Schwere des jeweiligen Grundrechtseingriffs.<sup>1201</sup> Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar.<sup>1202</sup> Die untere Grenze der Wahrscheinlichkeit bildet, analog der unteren Schwelle des Vorliegens eines Anfangsverdachts im Strafverfahren, aber bereits eine gewisse Wahrscheinlichkeit des Gefahrentritts, die deutlich über dem allgemeinen Kriminalitätsrisiko liegt und auf objektive Erkenntnisse gestützt wird, da andernfalls kein öffentliches Interesse an präventivem polizeilichem Handeln besteht.<sup>1203</sup>

Die Lehre zur präventiven polizeilichen Videoüberwachung spricht in diesem Zusammenhang von der Voraussetzung einer besonderen Gefahrenlage.<sup>1204</sup> Eine solche Gefahrensituation ist unter keinen Umständen allein aufgrund des allgemeinen Kriminalitätsrisikos gegeben.<sup>1205</sup> Vielmehr müssen objektive Um-

---

<sup>1198</sup> BÜLLESFELD, 201; PETRI, in: Lisken/Denninger – Handbuch des Polizeirechts, N G232, verlangt bei präventiven Observationen, die sich nicht gegen einen Störer richten, schon eine strengere Prüfung der Erforderlichkeit.

<sup>1199</sup> MÜLLER, 263.

<sup>1200</sup> BÜLLESFELD, 211; MÜLLER, 263.

<sup>1201</sup> Vgl. MÜLLER, 263.

<sup>1202</sup> Art. 36 Abs. 4 BV; vgl. oben III.3.3.2.3.

<sup>1203</sup> Vgl. oben III.3.2.

<sup>1204</sup> MÜLLER, 260 ff.; BÜLLESFELD, 206; BARTSCH, 200 ff. Der Begriff der besonderen Gefahrenlage ist auch im Unfallversicherungsrecht (vgl. etwa BGE 129 V 466, E. 4.2.2) und Strassenverkehrsrecht (vgl. § 45 Abs. 9 StVO D) bekannt.

<sup>1205</sup> Vgl. MÜLLER, 263.

stände für eine deutlich erhöhte Wahrscheinlichkeit der Begehung einer Straftat oder für die Gefahr besonders schwerwiegender bevorstehender Straftaten sprechen.<sup>1206</sup>

Das Erfordernis der besonderen Gefahrenlage lässt sich auf präventive polizeiliche Ermittlungsmassnahmen übertragen: Diese dürfen nur vorgenommen werden, wo objektive Erkenntnisse der Polizei für das Bestehen eines Kriminalitätsschwerpunkts sprechen. Dies ist der Fall an einem Ort oder ein Personenkreis, der verglichen mit anderen eine deutlich höhere Kriminalitätsbelastung aufweist.<sup>1207</sup>

Ein wichtiges Indiz für die Kriminalitätsbelastung ist, dass es im jeweiligen Umfeld in der Vergangenheit wiederholt zu Straftaten gekommen ist.<sup>1208</sup> Die entsprechenden Erkenntnisse müssen es als sehr wahrscheinlich erscheinen lassen, dass in diesem Umfeld zukünftig weitere Straftaten begangen werden, die mit Hilfe von Vorermittlungen erkannt und verhindert werden können.<sup>1209</sup>

Es sind aber weitere Eingrenzungen vorzunehmen. Nicht jede Häufung von Strafdelikten vermag die Vornahme von Vorermittlungen als zumutbar erscheinen zu lassen, denn Vorermittlungen können nur wirksam und gezielt eingesetzt werden, wenn die Art der befürchteten Delikte und der übliche Modus Operandi bekannt sind. Präventive Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen müssen daher auf Orte und Milieus beschränkt werden, in welchen wiederholt in gleicher oder ähnlicher Art und Weise vergleichbare Straftaten begangen worden sind. Beispiele sind eine Strasse, in welcher in der Vergangenheit immer wieder zu gewissen Uhrzeiten offen Handel mit Kokain betrieben worden ist,<sup>1210</sup> oder ein Internet-Chatroom, in welchem Erwachsene wiederholt versucht haben, mit Jugendlichen Kontakt aufzunehmen, um sexuelle Handlungen anzubahnen oder Pornografie auszutauschen.<sup>1211</sup>

Keine genügende Wahrscheinlichkeit liegt etwa vor, wenn die Polizei die Besucher eines Szenecafés observiert, weil dort auch Personen verkehren, die aus der Drogenszene bekannt sind.<sup>1212</sup> Unter keinen Umständen genügen unveränderliche persönliche oder bloss äusserliche Merkmale wie Hautfarbe oder Kleidungsstil, um eine Gefahrenlage zu begründen.<sup>1213</sup>

<sup>1206</sup> Vgl. BÜLLESFELD, 200 ff.; MÜLLER, 263.

<sup>1207</sup> Vgl. JAAG/ZIMMERLIN, in: FS Donatsch, 407; BARTSCH, 210; MÜLLER, 264.

<sup>1208</sup> MÜLLER, 265; JAAG/ZIMMERLIN, in: FS Donatsch, 407.

<sup>1209</sup> HANSJAKOB, forumpoenale 2015, 34.

<sup>1210</sup> Verfügung (Rektifikat) des StrG BS vom 12. Februar 2015, ES.2014.653, E. 2.2.1.

<sup>1211</sup> Vgl. JAAG/ZIMMERLIN, in: FS Donatsch, 407; ALBERTINI, in: Polizeiliche Ermittlung, 439 ff.

<sup>1212</sup> Bsp. aus HILGER, in: Datenübermittlungen und Vorermittlungen, 15.

<sup>1213</sup> Zur Kritik an polizeilichem *racial profiling*, welches stets unverhältnismässig ist, BERNARD, ZStrR 2017, 127 ff.

#### 3.3.2.3.3.2. Notwendige Schwere der befürchteten Straftat

Umgekehrt vermag ein drohender Schaden für ein Rechtsgut von geringem Wert auch bei einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts nicht eine präventive verdeckte Ermittlungsmassnahme zu rechtfertigen. Das BGer vertritt, dass Vorermittlungen zulässig sein können, wenn es um die Prävention schwerwiegender Straftaten geht.<sup>1214</sup> Als untere Grenze ist daher nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Gesetz vorzusehen, dass Vorermittlungsmassnahme nur bei hinreichenden Anzeichen für *Vergehen oder Verbrechen* zulässig sein können.<sup>1215</sup> Sind bloss Übertretungen absehbar, so sind präventive Ermittlungsmassnahmen generell unverhältnismässig.<sup>1216</sup>

Zur Vornahme einer präventiven verdeckten Ermittlung als der schwersten der hier behandelten Eingriffsmassnahmen muss zusätzlich zu einer besonderen Gefahrenlage analog der repressiven verdeckten Ermittlung<sup>1217</sup> ein kriminelles Umfeld bestehen, in welches der Ermittler eindringt.<sup>1218</sup> Von einem kriminellen Umfeld wird ausgegangen, wenn Angehörige eines bestimmten oder bestimmbaren Personenkreises bereits in der Vergangenheit aufgrund zusammenhängender Delikte strafrechtlich verurteilt oder wenn eine Mehrzahl von in der Vergangenheit aufgedeckten und rechtskräftig abgeurteilten Straftaten regelmässig an bestimmten (realen oder virtuellen) Orten ausgeführt worden sind.<sup>1219</sup>

Unstrittig ist, dass nur die Gefahr schwerer Straftaten eine verdeckte Ermittlung als zumutbar erscheinen lässt, wobei das BGer einen Verweis auf den Straftatenkatalog von Art. 286 Abs. 2 StPO nicht für notwendig hält.<sup>1220</sup> Es müssen folglich aber zumindest hinreichende Anzeichen bestehen, dass in einem kriminellen Umfeld schwere Straftaten, d.h. Delikte, die die Schwere der in Art. 286 Abs. 2 StPO genannten Taten erreichen, geplant werden oder vor der Ausführung stehen.<sup>1221</sup>

#### 3.3.2.3.4. Zumutbare Eingriffsintensität

Das Vorliegen einer besonderen Gefahrenlage vermag nicht jede grundsätzlich zulässige Form der Vorermittlung zu rechtfertigen. Dies ergibt sich bereits aus

---

<sup>1214</sup> BGE 140 I 353, E. 5.5.

<sup>1215</sup> BGE 140 I 381, E. 4.4.1 f.; vgl. oben III.3.1.1.3.

<sup>1216</sup> Ebenso bez. Ordnungswidrigkeiten nach deutschem Strafrecht BARTSCH, 210 f.; weniger eindeutig hinsichtlich präventiven Videoüberwachungen MÜLLER, 267 ff.

<sup>1217</sup> Vgl. Art. 285a StPO.

<sup>1218</sup> ACKERMANN/VOGLER, in: Top Secret, 167 f.

<sup>1219</sup> ACKERMANN/VOGLER, in: Top Secret, 168.

<sup>1220</sup> BGE 140 I 381; E. 4.5.3; vgl. BGE 140 I 353, E. 7; vgl. oben III.3.1.6.2.3.

<sup>1221</sup> Vgl. TIEFENTHAL, Art. 24g N 25.

dem Grundsatz der Erforderlichkeit der Massnahme.<sup>1222</sup> Die Intensität der sich aus der Vorermittlung ergebenden Grundrechtseinschränkungen muss aber auch in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der dadurch zu verhindernden Straftat wie auch der Wahrscheinlichkeit ihrer Begehung stehen.

#### 3.3.2.3.4.1. Verdeckte Ermittlung

Hinsichtlich der Eingriffsintensität wirft die präventive verdeckte Ermittlung grundsätzliche Bedenken auf. Wie dargestellt handelt es sich bei der verdeckten Ermittlung stets um einen schweren Grundrechtseingriff.<sup>1223</sup> Sowohl die mit der Ausarbeitung der Musterregelung von der KKJPD beauftragte Kommission<sup>1224</sup> wie auch Stimmen der Lehre<sup>1225</sup> sind zum Schluss gekommen, dass präventive verdeckte Ermittlungen rechtsstaatlich nicht vertretbar seien, da ein so schwerer Grundrechtseingriff ohne Bestehen eines Tatverdachts oder einer konkreten Gefahr unverhältnismässig sei.<sup>1226</sup> Das BGer hat hingegen kantonale Bestimmungen zur präventiven verdeckten Ermittlung grundsätzlich als zulässig erachtet und erklärt, das Ziel der Verhütung von Straftaten könne präventive verdeckte Ermittlungen rechtfertigen.<sup>1227</sup> Irreführend an den bundesgerichtlichen Erwägungen hierzu ist, dass es zur Legitimation der präventiven verdeckten Ermittlung auf das koordinierte Vorgehen der Kommission für Rechtsfragen des NR und der KKJPD sowie auf die Musterregelung der KKJPD verweist.<sup>1228</sup> Just diese Musterregelung erklärte nämlich verdachtslose verdeckte Ermittlungen für unzulässig und beschränkte sich auf einen Mustervorschlag bezüglich der präventiven verdeckten Fahndung.<sup>1229</sup>

Nach hier vertretener Auffassung können präventive verdeckte Ermittlungen grundsätzlich nur verhältnismässig sein bei Vorliegen einer *konkreten* Gefährdung eines hochwertigen Rechtsguts. Präventive verdeckte Ermittlungen aufgrund einer abstrakten Gefahr kommen kaum in Betracht, denn diesfalls kann die notwendige Schwere der künftigen Straftat i.d.R. gar nicht beurteilt werden.<sup>1230</sup>

---

<sup>1222</sup> Vgl. oben III.3.3.2.2.

<sup>1223</sup> Siehe oben III.2.1.

<sup>1224</sup> Musterregelung KKJPD, 3.

<sup>1225</sup> HANSJAKOB, forumpoenale 2013, 221; vgl. JOSITSCH/MULLE, AJP 2014, 498.

<sup>1226</sup> Vgl. TIEFENTHAL, 700 f.

<sup>1227</sup> BGE 140 I 353, E. 5.5.2, 5.5.3 und 6.1; sinngemäss wohl auch BGE 140 I 381, E. 4.4.3 und E. 4.5.3.

<sup>1228</sup> BGE 140 I 353, E. 5.5.3.

<sup>1229</sup> Musterregelung KKJPD, 3; vgl. TIEFENTHAL, Art. 24g N 19 (Fn. 71).

<sup>1230</sup> Vgl. die Kritik am entsprechenden Tatbestand im niedersächsischen Gefahrenabwehrgesetz bei ROGGAN, Verdeckte Ermittler, 186.

#### 3.3.2.3.4.2. Verdeckte Fahndung

Doch auch bei der weniger schwerwiegenden Massnahme der verdeckten Fahndung sind Bedenken hinsichtlich der Eingriffsintensität angezeigt. Da beim Vorgehen gegen abstrakte Gefahren das Störerprinzip nicht beachtet und die Grundrechte von Personen eingeschränkt werden, gegen die kein Tatverdacht besteht und von denen auch keine konkrete Gefahr ausgeht, muss vom zum Zweck der Prävention handelnden verdeckten Fahnder besondere Zurückhaltung verlangt werden. Fraglich ist daher, ob bei präventiven verdeckten Fahndungen dieselben Grenzen des Zulässigen gemäss Art. 293 Abs. 1 StPO gelten wie im Strafverfahren.

Eine «Konkretisierung eines vorhandenen Tatentschlusses», wie sie Art. 298c Abs. 2 StPO i.V.m. Art. 293 Abs. 1 StPO im Strafverfahren zulässt, ist bei einer präventiven verdeckten Fahndung zu Beginn eines entsprechenden Einsatzes nur denkbar, wenn ein vorhandener Tatenschluss bereits erkennbar ist und somit von Beginn an eine konkrete Gefahr vorliegt.<sup>1231</sup> Handelt ein verdeckter Fahnder nur aufgrund einer abstrakten Gefahr, so liegt aber gerade kein erkennbarer Tatenschluss der Zielperson vor. Entsprechend muss sich der verdeckte Fahnder weitgehend passiv verhalten, die Konkretisierung des Tatentschlusses abwarten und darf keine Gelegenheit zur Delinquenz schaffen.<sup>1232</sup> Er darf damit insbesondere ein Gespräch oder andere Kommunikation nicht auf ein allfälliges deliktisches Handeln lenken. Erst, wenn die Zielperson von sich aus ihren Tatenschluss manifestiert, indem sie etwa unaufgefordert Betäubungsmittel anbietet oder eine verbotene sexuelle Handlung anspricht, darf der Fahnder zum Schein auf das Angebot eingehen, denn nun liegt eine konkrete Gefahr oder ein Tatverdacht bezüglich eines versuchten Delikts vor.<sup>1233</sup> Die Grenzen der Verhältnismässigkeit sind bei der präventiven verdeckten Fahndung bei Vorliegen einer abstrakten Gefahr damit enger zu ziehen als in Fällen, in denen ein Tatverdacht oder eine konkrete Gefahr in Form eines erkennbaren Tatentschlusses gegeben ist.<sup>1234</sup>

#### 3.3.3. Verhältnismässigkeit: Ergebnisse

Präventive Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen greifen in die Garantie der Privatsphäre ein. Sie sind nur dann verhältnismässig, wenn sie zur Erzielung ihres Zwecks, der Erkennung und Verhinderung von Straftaten, geeignet und erforderlich sind und die verfolgten Interessen in einem

---

<sup>1231</sup> Vgl. MEYER, ZStrR 2016, 452.

<sup>1232</sup> HANSJAKOB, forumpoenale 2015, 35; vgl. KÜHNE, recht 2016, 120 f.

<sup>1233</sup> Vgl. oben III.3.1.4.

<sup>1234</sup> Ebenso sinngemäss HANSJAKOB, forumpoenale 2015, 35.



angemessenen Verhältnis zu denjenigen der Betroffenen am Schutz ihrer Privatsphäre stehen.

Während die Eignung präventiver polizeilicher Massnahmen in diesem Zusammenhang nur wenige Fragen aufwirft, muss die Erforderlichkeit in sachlicher, persönlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht in jedem Einzelfall genau geprüft werden. Die sachliche Erforderlichkeit einer Vorermittlungsmassnahme ist nach der Rechtsprechung auch dann nicht gegeben, wenn derselbe polizeiliche Zweck mit einer milderen Massnahme erreicht werden kann, selbst wenn dies einen deutlich grösseren Aufwand bedeutet. Rechtsstaatlich äusserst problematisch ist daher, dass verschiedene Kantone verdeckte Fahndungen in ihren Gesetzen vorsehen, nicht aber das mildere Mittel der Observation. Aus dem Legalitätsprinzip und dem Grundsatz der Erforderlichkeit ergibt sich, dass diesfalls Observationen nur zulässig sein können, sofern die Voraussetzungen der verdeckten Fahndung erfüllt sind. Eine ähnliche Problematik stellt sich in den Kantonen, die zwar präventive verdeckte Ermittlungen, nicht aber verdeckte Fahndungen vorsehen. In persönlicher und räumlicher Hinsicht müssen Vorermittlungen auf Kriminalitätsschwerpunkte beschränkt werden, über welche der Polizei objektive Erkenntnisse vorliegen.

Zur Beurteilung der Verhältnismässigkeit i.e.S. muss in jedem Einzelfall das Gewicht des öffentlichen Interesses an der Vornahme der Vorermittlungsmassnahme untersucht und gegen die Interessen der Betroffenen an deren Unterlassung abgewogen werden. Wesentliche Grössen dieser Interessenabwägung sind einerseits der Wahrscheinlichkeitsgrad der Begehung der befürchteten Straftaten und die Schwere dieser Delikte, andererseits die Intensität der Einschränkung der Grundrechte.

Da Vorermittlungen i.d.R. ohne Vorliegen einer Gefahr im Einzelfall vorgenommen werden, muss ihre Anwendung auf eine andere Weise auf Fälle eingegrenzt werden, in welchen eine grosse Wahrscheinlichkeit besteht, dass Straftaten begangen werden könnten. Hier ist mit Teilen der Lehre und in Anlehnung an die Literatur zur Verhältnismässigkeit von Videoüberwachungen zu verlangen, dass Vorermittlungen nur bei Bestehen eines Kriminalitätsschwerpunkts vorgenommen werden dürfen. Auf das Bestehen eines Kriminalitätsschwerpunkts muss aufgrund objektiver Erkenntnisse der Polizei geschlossen werden. Ein Kriminalitätsschwerpunkt liegt vor, wo in Zukunft mit hoher Wahrscheinlichkeit bestimmte Straftaten begangen werden. Ausgeschlossen ist die Annahme der Gefahr der Begehung von Straftaten allein aufgrund unveränderlicher persönlicher oder rein äusserlicher Merkmale.

Jegliche Vorermittlungen verlangen nach einer Gefahr der Begehung von Verbrechen oder Vergehen. Präventive verdeckte Ermittlungen sind nur zumutbar, wenn sie Straftaten beugen, die mindestens so schwer sind wie die in

Art. 286 Abs. 2 StPO genannten, und wenn ein kriminelles Umfeld i.S.v. Art. 285a StPO besteht.

Aufgrund der hohen Eingriffsintensität sind präventive verdeckte Ermittlungen generell mit grosser Skepsis zu betrachten. Mit Teilen der Lehre<sup>1235</sup> und i.S. der Empfehlungen den KKJPD<sup>1236</sup> sind präventive verdeckte Ermittlungen grundsätzlich auf die Erkennung und Verhinderung konkreter Gefahren von Straftaten gegen besonders schützenswerte Rechtsgüter zu beschränken.

Bei präventiven verdeckten Fahndungen liegt zu Beginn der Massnahme in der Regel kein erkennbarer Tatentschluss der Zielperson vor. Daher ist eine Einwirkung zur Konkretisierung des Tatentschlusses durch den Fahnder nicht möglich oder zulässig. Dieser muss sich passiv und abwartend verhalten, bis die Zielperson ihren Tatentschluss von sich aus erkennbar macht.

Neben diesen Anforderungen an die Zumutbarkeit von Vorermittlungen, die im Einzelfall zu prüfen sind, hat das BGer Anforderungen aufgrund des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit auch an die gesetzlichen Grundlagen von Vorermittlungen formuliert.<sup>1237</sup> Diese beziehen sich einerseits auf die Anordnung und Genehmigung von Vorermittlungen, andererseits auf die nachträgliche Information und den Rechtsschutz der betroffenen Personen.

Die Überprüfung ausgewählter kantonaler gesetzlicher Grundlagen von präventiven Observationen, verdeckten Fahndungen und verdeckten Ermittlungen zeigt, dass diese Erfordernisse von den kantonalen Gesetzgebern mehrheitlich erfüllt werden. Besonders das Erfordernis eines gesetzlichen Genehmigungsvorbehalts ist aber in einer grösseren Zahl der Kantone nur ungenügend umgesetzt worden. Die Bestimmungen gewisser Kantone erweisen sich als verfassungswidrig.

---

<sup>1235</sup> HANSJAKOB, *forumpoenale* 2013, 221; vgl. JOSITSCH/MULLE, *AJP* 2014, 498.

<sup>1236</sup> *Musterregelungen KKJPD*, 3.

<sup>1237</sup> *BGE* 140 I 381, E. 4.5.

## **IV. Schluss**

### **1. Zusammenfassung und Ergebnisse**

Die vorliegende Untersuchung widmet sich der Forschungsfrage, ob verdachtsunabhängige polizeiliche Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen mit den Anforderungen an Einschränkungen der Grundrechte gemäss Art. 36 BV zu vereinbaren sind. Diese sogenannten polizeilichen Vorermittlungen finden statt, ohne dass ein Tatverdacht oder eine konkrete Gefahr bestehen. Ersterer bildet die zentrale Voraussetzung von Grundrechtseingriffen der Strafverfolgungsbehörden, letztere eine wesentliche Anforderung an polizeiliche Eingriffsmassnahmen zur Gefahrenabwehr.

Die Untersuchung kommt gesamthaft zum Ergebnis, dass verdachtsunabhängige polizeiliche Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen den Anforderungen von Art. 36 BV entsprechen, sofern sie sich auf eine hinreichend klar und bestimmt formulierte gesetzliche Grundlage gemäss den Anforderungen des BGer stützen, dem Zweck der Erkennung oder Verhinderung von Straftaten dienen und sowohl im Einzelfall wie auch hinsichtlich ihrer gesetzlichen Grundlage den (besonderen) Anforderungen an die Verhältnismässigkeit genügen. Generell verfassungswidrig sind hingegen Vorermittlungen zum Zweck der Verdachtssuche oder -begründung. In verschiedenen Kantonen der Schweiz sind Vorermittlungen verfassungswidrig, da keine entsprechenden gesetzlichen Grundlagen bestehen oder diese den Anforderungen des Legalitätsprinzips oder des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit nicht entsprechen.

#### **1.1. Divergierende Funktionszuweisungen**

Am Beginn dieser Studie steht die Auseinandersetzung mit dem Begriff der Vorermittlungen. In einer Übersicht über Definitionen aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und v.a. der Lehre wird aufgezeigt, dass der Begriff der Vorermittlungen nicht in einheitlicher Weise verwendet wird. Sämtlichen Begriffsverständnissen ist gemeinsam, dass sie Vorermittlungen als ein Sammeln von Informationen bezüglich möglicher Straftaten bezeichnen, wobei kein Verdacht hinsichtlich schon begangener Delikte vorliegt.

Markante Differenzen zeigen sich hinsichtlich der Funktion, die Vorermittlungen zugewiesen wird: Einerseits werden Vorermittlungen als ein Informationensammeln zum Zweck der Verfolgung von schon begangenen Straftaten ver-

standen, bezüglich derer kein Verdacht, sondern allenfalls vage Vermutungen bestehen. Zweck sei die Verdachtsbegründung bzw. -überprüfung. Andererseits wird festgehalten, Vorermittlungen dienen der Straftatenprävention bzw. -vorbeugung und ständen damit ausserhalb des Strafverfahrensrechts. Das BGer verwendet notabene beide Begriffsverständnisse in ein und demselben Entscheid. In der deutschen Literatur wird das erstere Vorgehen als Vorermittlungen, das letztere als Vorfeldermittlungen bezeichnet, während sich in der Schweiz keine begriffliche Abgrenzung durchgesetzt hat. Da der Begriff der Vorermittlungen einen Bezug zum Ermittlungsverfahren im Strafprozess suggeriert, ist «verdachtslose Ermittlung» oder, mit Verweis auf die Funktion, «präventive Ermittlung» vorzuziehen.

## 1.2. Unzulässigkeit von Ermittlungen zur Verdachtsbegründung

Polizeiliche Ermittlungen im Rahmen eines Strafverfahrens dienen der Überprüfung eines Tatverdachts. Der Tatverdacht stellt eine unabdingliche Voraussetzung polizeilicher Ermittlungen dar. Er ist zugleich Grundlage für die Berechtigung, ein Strafverfahren durchzuführen, und ein Schutzwall für jeden einzelnen vor unverhältnismässigen Eingriffen in seine individuelle Freiheit.

Die StPO erwähnt zwar «eigene Feststellungen» als mögliche Quelle eines Verdachts, gibt aber der Polizei keinerlei Instrumente in die Hand, mit welchen sie nach einem Verdacht forschen könnte. Daraus muss geschlossen werden, dass der Tatverdacht von aussen an die Polizei herangetragen werden (durch Strafanzeigen oder Anweisungen der Staatsanwaltschaft) oder Ergebnis polizeilicher Massnahmen ausserhalb eines Strafverfahrens sein muss.

Verdachtsausforschungen, d.h. verdachtsunabhängige Ermittlungen der Polizei zum Zweck der Verdachtsbegründung sind nach der Rechtsprechung des BGer und der h.L. Lehre unzulässig. Auch Vorermittlungen, die sich auf schon begangene Delikte beziehen, forschen nach Informationen über begangene Straftaten, bezüglich welcher kein Tatverdacht besteht. Sie stellen daher verbotene *fishing expeditions* dar.

Eine Überprüfung von Vermutungen und Hypothesen, die unterhalb der Intensitätsschwelle des Anfangsverdachts liegen, darf allenfalls durch Abklärungen geschehen, die keinerlei Freiheitsrechte von Dritten berühren. Tatsächlich besteht aber kaum Bedarf für «Vorermittlungen» zur Verdachtsüberprüfung, wenn, wie von der Lehre und in der kantonalen Rechtsprechung gefordert, die Schwelle zum Anfangsverdacht tief angesetzt wird.

Damit kann mit der Verdachtsbegründung eine der in den Definitionen von Vorermittlung genannten Funktionen ausgeschlossen und der Begriff der Vorermittlungen auf polizeiliche Massnahmen zum Sammeln von Informationen

zum Zweck der Erkennung und Verhinderung zukünftiger Straftaten eingegrenzt werden.

### **1.3. Verdachtslose Ermittlungen als Teil eines erweiterten polizeilichen Präventionskonzepts**

Die Prävention von Straftaten hat als polizeiliche Aufgabe in den letzten Jahrzehnten an Bedeutung gewonnen. Dabei ist eine Entwicklung der Ausweitung der Kompetenzen, die der Gesetzgeber der Polizei einräumt, festzustellen: Bei der klassischen Gefahrenabwehr trifft die Polizei Massnahmen gegen zukünftige Straftaten und andere Gefahren, welche im Einzelfall vorhersehbar sind. In jüngerer Zeit tritt zunehmend die sog. Straftatenvorsorge hinzu, die sich bereits gegen Anzeichen, es könnte zu Straftaten kommen, richtet.

Der Grundsatz der Gefahrenvorsorge, d.h. des Treffens von Massnahmen gegen typische Risiken, bevor diese im Einzelfall auftreten, dominiert viele Bereiche des öffentlichen Rechts, in welchen die Behörden mit dem Schutz der Polizeigüter beauftragt sind. Beispielsweise sind im Bereich des Strassenverkehrs präventive polizeiliche Massnahmen ohne Verdacht oder Bestehen einer konkreten Gefahr schon seit langem gesetzlich vorgesehen. Im Bereich der Bekämpfung von Straftaten sind gesetzliche Regelungen von Vorsorgemassnahmen erst in den letzten Jahren erlassen worden. Diesen Massnahmen ist gemeinsam, dass sie regelmässig ohne Bestehen einer konkreten Gefahr allein aufgrund von polizeilichen Erkenntnissen über abstrakte Gefahren vorgenommen werden.

Polizeiliche Vorermittlungen können weitgehend dem Bereich der Gefahrenvorsorge zugerechnet werden, da sie gemäss ihren gesetzlichen Grundlagen der Verhinderung von zukünftigen Straftaten dienen und in der Regel angewandt werden, wenn polizeiliche Kenntnisse für eine erhöhte Wahrscheinlichkeit von Straftaten sprechen, ohne dass zu Beginn des Einsatzes eine Gefahr Einzelfall besteht. Zentrale Voraussetzung von präventiven polizeilichen Ermittlungen ist das Bestehen tatsächlicher Anzeichen, dass es zu einer Straftat kommen könnte, d.h., es muss eine abstrakte Gefahr der Begehung von Straftaten vorliegen. In gewissen Fällen werden die Massnahmen allerdings auch zur Gefahrenabwehr eingesetzt, wenn etwa Hinweise auf eine konkrete Gefahr bestehen, die näher abgeklärt werden sollen.

Typisch für Vorermittlungen ist, dass im Verlauf des polizeilichen Einsatzes häufig ein Tatverdacht entsteht und damit ein Strafverfahren einsetzt. Die Abgrenzung von präventivem und repressivem polizeilichem Handeln kann dabei Schwierigkeiten bereiten, ist aber zur Überprüfung der Zulässigkeit der Massnahmen unabdinglich.

#### **1.4. Vorermittlungen schränken die Grundrechte Betroffener ein**

Im Zentrum der Untersuchung stehen drei Vorermittlungsmassnahmen: Observation, verdeckte Fahndung und verdeckte Ermittlung. Bei allen drei Massnahmen geht die Polizei verdeckt vor: Während bei der Observation heimlich gehandelt wird und grundsätzlich kein Kontakt zu einer Zielperson stattfindet, täuscht die Polizei bei verdeckter Fahndung und verdeckter Ermittlung betroffene Personen über ihre wahre Identität und Funktion.

Durch die Täuschung zum Zweck der Informationssammlung greift die Polizei in grundrechtlich geschützte Positionen Betroffener ein, insbesondere in die Ansprüche auf Schutz der Privatsphäre und informationelle Selbstbestimmung. Der Eingriffscharakter der Observation war früher umstritten; heute betrachten h.L. und Rechtsprechung Observationen als Grundrechtseingriffe, soweit ein zielgerichtetes und systematisches Beobachten vorliegt.

#### **1.5. Bestehen eines öffentlichen Interesses**

Vorermittlungen bezwecken gemäss den entsprechenden gesetzlichen Grundlagen die Erkennung und Verhinderung von Straftaten. Ziel präventiver Observationen, verdeckter Fahndungen und verdeckter Ermittlungen ist die Erhöhung der öffentlichen Sicherheit, wodurch ein öffentliches Interesse an verdachtsunabhängigen Ermittlungen besteht.

Das BGer hat sich in zwei Entscheiden im Jahr 2014 mit kantonalen gesetzlichen Bestimmungen zu Vorermittlungsmassnahmen auseinander gesetzt und überprüft, ob diese mit den verfassungsmässigen Rechten des Einzelnen vereinbar sind. Es hat festgestellt, dass polizeiliche Vorermittlungen der Verhinderung von Straftaten dienen und diese einem öffentlichen Interesse entspreche.

#### **1.6. Hohe Anforderungen an gesetzliche Grundlage und Verhältnismässigkeit**

Staatliche Einschränkungen der Grundrechte sind nur dann rechtmässig, wenn sie auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen, einem öffentlichen Interesse entsprechen, verhältnismässig sind und den Kerngehalt der Grundrechte nicht berühren.

Die Anforderungen an die Rechtmässigkeit von Grundrechtseinschränkungen müssen zu jedem Zeitpunkt eines polizeilichen Einsatzes vollständig erfüllt sein. Auch wenn es im Einzelfall oftmals schwierig ist, die präventive und repressive Zweckausrichtung einer Massnahme zu unterscheiden, muss dies bei der Überprüfung der Rechtmässigkeit einer Vorermittlungsmassnahme geschehen. Ab dem Einsetzen eines Tatverdachts sind allein die Bestimmungen der

StPO anwendbar; ohne Verdacht gilt das Polizeirecht. Der Bundesgesetzgeber hat es aus grundsätzlichen kompetenzrechtlichen Überlegungen abgelehnt, verdachtslose Ermittlungen in der StPO zu regeln. Die Anforderungen, die sich aus der BV und der jeweils anwendbaren gesetzlichen Grundlage ergeben, mögen ähnlich sein, doch sie decken sich allein schon aufgrund der unterschiedlichen Zweckausrichtung von sicherheits- und gerichtspolizeilichem Handeln nie. Die Analyse der kantonalen gesetzlichen Grundlagen von präventiven Ermittlungen hat zudem gezeigt, dass die Regelungen teilweise stark von den Parallelbestimmungen der StPO abweichen. Die Annahme einer «multiplen Gestattungswirkung»<sup>1238</sup> bei Vorliegen parallelisierter gesetzlicher Grundlagen von Vorermittlungen und Ermittlungen nach StPO ist abzulehnen.

Von besonderer Bedeutung zur Beurteilung der Zulässigkeit von polizeilichen Vorermittlungen sind die Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Norm als Teilgehalt der Gesetzmässigkeit sowie die Zumutbarkeit als Element der Verhältnismässigkeit.

Bis vor wenigen Jahrzehnten wurden Grundrechtseingriffe durch die Polizei noch regelmässig durch den Rückgriff auf die polizeiliche Generalklausel gerechtfertigt, wobei diese Ausnahmeklausel stark überdehnt wurde. Seither sind die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage von polizeilichem Handeln markant gestiegen. Die polizeiliche Generalklausel hat im Bereich polizeilichen Handelns ihre Bedeutung weitgehend eingebüsst.

Zwar betont das BGer, im Bereich des Polizeirechts stiesse das Bestimmtheitserfordernis auf besondere Schwierigkeiten. Daraus ergeben sich aber keine reduzierten Anforderungen an die Bestimmtheit entsprechender gesetzlicher Regelungen. Die Lehre verlangt zu Recht eine hohe Bestimmtheit polizeirechtlicher Eingriffsnormen. Dieser strenge Massstab ist auch bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit von Vorermittlungsmassnahmen anzuwenden.

Bei der Prüfung der Bestimmtheit gesetzlicher Grundlagen von Vorermittlungsmassnahmen verlangt das BGer insbesondere eine genaue Umschreibung der Massnahme selbst, ihrer Voraussetzungen sowie ihres Zwecks. Keine besonderen Anforderungen stellt das BGer hingegen an gesetzliche Grundlagen von verdeckten Massnahmen im Internet. Dennoch ist mit Stimmen der Lehre zu verlangen, dass gestützt auf das Bestimmtheitsgebot solche Bestimmungen zu schaffen sind, da die gesetzlichen Voraussetzungen von verdeckten Fahndungen und verdeckten Ermittlungen bei Massnahmen im Internet nur mit Mühe anwendbar sind und Abgrenzungsfragen unbeantwortet bleiben.

Die Verhältnismässigkeit von polizeilichen Vorermittlungen ist nur dann gegeben, wenn sowohl die gesetzliche Grundlage der Massnahme wie auch der

<sup>1238</sup> RONC/VAN DER STROOM/MEYER, *forum*poenale 2016, 306.

konkrete Grundrechtseingriff besondere Voraussetzungen erfüllt, durch welche der Verzicht auf die Anforderungen des Tatverdachts bzw. einer konkreten Gefahr kompensiert werden. Das BGer verlangt in Anlehnung an die Parallelbestimmungen der StPO eine Reihe von gesetzgeberischen Massnahmen, die die Rechtsstaatlichkeit von präventiven Ermittlungen sicherstellen sollen. Demnach müssen Bestimmungen über präventive Observationen, verdeckte Fahndungen und verdeckte Ermittlungen insbesondere einen Genehmigungsvorbehalt, die nachträgliche Information der Betroffenen sowie die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung der Massnahme durch die Betroffenen vorsehen.

Wesentliche Kriterien zur Überprüfung der Zumutbarkeit von Vorermittlungen im Einzelfall sind einerseits die Wahrscheinlichkeit der Begehung einer Straftat und deren zu erwartende Schwere, andererseits die Intensität des Eingriffs in die Privatsphäre der Betroffenen. Aufgrund des Fehlens sowohl eines Tatverdachts wie auch einer konkreten Gefahr muss die Zumutbarkeit von Vorermittlungen anhand anderer Kriterien eingegrenzt werden. Die Anordnung von Vorermittlungen ist nach hier vertretener Auffassung und in Anlehnung an die Lehre zur Verhältnismässigkeit von Videoüberwachungen den Betroffenen nur dann zumutbar, wenn und soweit ein Kriminalitätsschwerpunkt besteht. Ein solcher liegt vor, wenn aufgrund objektiver Erkenntnisse die hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass in einem bestimmten Gebiet oder Bereich bestimmte Straftaten begangen werden. Dies bedeutet, dass an die Wahrscheinlichkeit des Gefahreintritts höhere Anforderungen gestellt werden als bei der Beurteilung von polizeilichen Massnahmen der Gefahrenabwehr oder der Strafverfolgung. Aufgrund der Intensität des Grundrechtseingriffs durch präventive verdeckte Ermittlungen sind diese auf Ausnahmefälle zu begrenzen, die i.d.R. nur bei Bestehen einer konkreten Gefahr für ein besonders hochwertiges Schutzgut vorliegen können. Bei präventiven verdeckten Fahndungen muss sich die Polizei weitgehend passiv verhalten, solange keine konkrete Gefahr der Begehung einer Straftat vorliegt bzw. kein Tatversuch eingesetzt hat.

### **1.7. Gesetzliche Grundlagen von präventiven Ermittlungen ausschliesslich im kantonalen Recht**

Der Bund hat mit dem BVE eine gesetzliche Grundlage verdeckter Ermittlungen geschaffen, die ausdrücklich auch verdachtslose Ermittlungen ermöglichen sollte. Seit der Aufhebung des BVE 2011 enthält das Bundesrecht aber keine gesetzlichen Grundlagen von Vorermittlungen mehr. Zwar enthält die StPO Bestimmungen, die auf ein Sammeln von Beweisen für zukünftige Strafverfahren zielen. Die Bundesversammlung erwog zudem in den letzten Jahren mehrfach, verdachtsunabhängige verdeckte Ermittlungsmassnahmen in der StPO zu veran-



kern, wie dies bis 2011 im BVE der Fall war, sah aber wegen des Fehlens einer entsprechenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes davon ab.

Auf Anstoss der KKJPD haben in den letzten Jahren die meisten Kantone gesetzliche Grundlagen über polizeiliche Vorermittlungsmassnahmen erlassen. In den Kantonen Appenzell Ausserrhoden, Appenzell Innerrhoden, Graubünden und Tessin bestehen 2018 keine entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen, weshalb in diesen Kantonen polizeiliche Vorermittlungen generell unzulässig sind. Diverse Kantone haben gesetzliche Bestimmungen zu einer oder zwei, nicht aber zu allen drei hier untersuchten Vorermittlungsmassnahmen geschaffen.

### **1.8. Nur teilweise genügende gesetzliche Grundlagen**

Die vom BGer aufgrund Art. 36 BV aufgestellten Anforderungen an die gesetzlichen Grundlagen von präventiven Observationen, verdeckten Fahndungen und verdeckten Ermittlungen werden in einem Teil der Kantone nicht erfüllt. Vier Kantone kennen heute (noch) keine entsprechenden Bestimmungen. In diesen Kantonen sind Vorermittlungen unzulässig.

Die Analyse der gesetzlichen Bestimmungen der 22 Kantone, die heute Vorermittlungen im Polizeirecht vorsehen, führt zu einem inkongruenten Ergebnis:

Einerseits erfüllen gewisse Kantone die bundesgerichtlichen Anforderungen hinsichtlich der Normbestimmtheit sowie der Verhältnismässigkeit in ihren gesetzlichen Normierungen zweifelsfrei. Einige übertreffen gewissermassen die Parallelbestimmungen der StPO, indem sie eine höhere Normbestimmtheit erreichen oder strengere Voraussetzungen als das Strafprozessrecht hinsichtlich der Zumutbarkeit der Massnahme aufstellen.

Andererseits genügen die gesetzlichen Grundlagen diverser anderer Kantone den bundesgerichtlichen Anforderungen nicht. Sie benennen beispielweise den Eingriffszweck nicht klar, bestimmen den sachlichen, räumlichen und zeitlichen Rahmen der Massnahmen nicht oder bezeichnen keinerlei Eingriffsvoraussetzungen. Auch die Anforderungen an die Verhältnismässigkeit der gesetzlichen Grundlage werden in zahlreichen Kantonen nicht erfüllt, da die Regelungen keine Genehmigung der Vorermittlungsmassnahmen und keine nachträgliche Information der betroffenen Personen vorsehen. Zudem enthalten die Polizeigesetze teilweise keine ausdrücklichen Bestimmungen über den Rechtsschutz der betroffenen Personen. Einige Kantone haben eigentliche Blankettnormen geschaffen, die kaum Schranken bei der präventiven Überwachung darstellen. Vorermittlungen, welche auf diese gesetzlichen Bestimmungen gestützt werden, genügen den Anforderungen von Art. 36 BV nicht.

## 2. Bewertung und Ausblick

### 2.1. Vorermittlungen als Ausdruck des «Präventionsstaats»?

Das Konzept der Straftatenvorsorge, zu dem die hier untersuchten Vorermittlungen gezählt werden können, überzeugt auf den ersten Blick. Kaum jemand wird es grundsätzlich ablehnen, dass Strafdelikte von der Polizei verhindert werden, anstatt sie erst nach ihrer Begehung zu verfolgen. In vielen Bereichen des Verwaltungshandels zum Schutz der Polizeigüter ist der Grundsatz der Gefahrenvorsorge unbestritten. Auch gibt es Bereiche der Kriminalität, in denen es kaum zu Strafanzeigen kommt und die Polizei daher ohne präventives Vorgehen kaum in der Lage wäre, Straftaten je zu bekämpfen.<sup>1239</sup>

Mit einem Mehr an kollektiver Sicherheit gehen aber fast immer auch Einschränkungen der Freiheit des Einzelnen einher.<sup>1240</sup> Gerade von Seiten der strafrechtlichen Lehre werden neue Massnahmen der Straftatenprävention als Verlust an individueller Freiheit und sogar an Gerechtigkeit kritisiert.<sup>1241</sup> Die zunehmende Fokussierung auf die Sicherheit zeige verheerende Konsequenzen, denn Sicherheit sei immer an der Gemeinschaft orientiert, wofür der Einzelne mit seiner Freiheit bezahle.<sup>1242</sup> Vielfach wird das (post-)moderne Gemeinwesen als «Präventionsstaat»<sup>1243</sup> bezeichnet.

Dagegen ist einzuwenden, dass die Deliktsprävention – mit sehr unterschiedlichen Mitteln – seit Jahrhunderten zu den Kernaufgaben und zentralen Betätigungsfeldern des Staates gehört. Im Ordnungsstaat des 19. Jahrhunderts wurde beispielsweise mit massiver Polizeipräsenz versucht, Straftaten zu verhindern.<sup>1244</sup> Das Recht setzte den Polizeiorganen dabei noch kaum Schranken, denn die Entwicklung vom freien obrigkeitlichen Verwaltungshandeln zur rechtlich gelenkten und begrenzten Aufgabe der Gewährleistung von Sicherheit stand noch an ihrem Beginn.<sup>1245</sup>

Seither sind die Präventionsbemühungen des Staates fraglos in vielen Bereichen ausgebaut worden – in anderen verschwanden sie aber auch wieder. Die Gründe dürften vielfältig sein; dazu zählen gewiss technische Entwicklungen so-

<sup>1239</sup> Vgl. RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 893.

<sup>1240</sup> Prävention (im Bereich der Polizei i.w.S.) kann aber, wo der Staat Schutzpflichten erfüllt, Freiheit auch fördern oder beschützen, etwa durch Massnahmen gegen technische Freiheitsgefahren die Kernkraft; vgl. GRIMM, in: Die Zukunft der Verfassung, 211 ff.

<sup>1241</sup> CONINX/MONA, ZStrR 2017, 1 ff.

<sup>1242</sup> NIGGLI, in: Strafverteidigung und Sicherheitswahn, 49 ff.

<sup>1243</sup> In Deutschland wurde der Begriff schon in den 1980er Jahren verwendet, so bei DENNINGER, KJ 1988, 1 ff.; für die Schweiz vgl. DIGGELMANN, ZSR 2005, 329 ff.

<sup>1244</sup> GRIMM, in: Die Zukunft der Verfassung, 200 ff.

<sup>1245</sup> LOBSIGER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 20.

wie veränderte Wahrnehmungen von Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit.<sup>1246</sup> In den letzten 30 Jahren standen die organisierte Kriminalität und der Terrorismus im Mittelpunkt der öffentlichen Aufmerksamkeit. Andere Bedrohungsbilder haben sich aber zugleich verflüchtigt; so nimmt der Staat heute kaum noch Massnahmen zur Eindämmung des Bettelns vor, wofür noch zu Beginn des 20. Jahrhunderts ein immenser Aufwand, verbunden mit teilweise drastischen polizeilichen «Eingriffsmassnahmen», betrieben wurde.<sup>1247</sup> Eine lineare Entwicklung hin zu einem ständigen Mehr an polizeilicher Prävention ist nicht zu beobachten.

Massnahmen polizeilicher Prävention reagieren auf Wahrnehmungen von Bedrohungen – ob diese nun realen Risiken entsprechen und wie gross diese sind, darüber gehen die Meinungen weit auseinander. Es ist eine der anspruchsvollsten Aufgaben des Gesetzgebers, das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit immer wieder geänderten Gegebenheiten und Interessenlagen anzupassen. Er hat dabei stets eine angemessene Balance zu finden und sich die Frage zu stellen, wieviel an Sicherheit die Freiheit erdulden kann und wieviel Unsicherheit in Freiheit akzeptabel ist.<sup>1248</sup>

## 2.2. Prozess der Verrechtlichung polizeilichen Handelns

Eine ungebrochene – wenn auch in der Schweiz im internationalen Vergleich verspätete – Entwicklung zeigt sich hingegen hinsichtlich der rechtlichen Regulierung von polizeilichem Handeln, insbesondere von präventivem Eingriffshandeln wie im Falle von Vorermittlungen. Die am Ende des 19. Jahrhunderts einsetzende Auffassung, der Staat solle zur Gefahrenabwehr rechtlich verpflichtet werden, steht am Anfang eines Prozesses der Verrechtlichung polizeilichen Handelns.<sup>1249</sup> Bis vor einigen Jahrzehnten herrschte in der Schweiz dennoch die Auffassung vor, dass die Polizei ohne besondere gesetzliche Grundlage, allein gestützt auf die polizeiliche Generalklausel, die Freiheitsrechte einschränken dürfe. Mit dieser Rechtfertigung nahm die Polizei auch verdeckte, verdachtslose Ermittlungsmassnahmen vor.

Seither hat, auch dank des Drucks der Rechtsprechung des EGMR, ein rasanter «Wandel der Rechtslandschaft»<sup>1250</sup> im Polizeirecht eingesetzt. Heute

<sup>1246</sup> GRIMM, in: Die Zukunft der Verfassung, 204 ff.

<sup>1247</sup> Vgl. etwa ALTHAMMER, in: Bettler in der europäischen Stadt der Moderne: zwischen Barmherzigkeit, Repression und Sozialreform, 151 ff.; DYSON/KING, in: Bettler in der europäischen Stadt der Moderne: zwischen Barmherzigkeit, Repression und Sozialreform, 59 ff.

<sup>1248</sup> Vgl. RUCH, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 9.

<sup>1249</sup> LOBSIGER, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, N 20.

<sup>1250</sup> SCHWEIZER, AJP 1997, 379.

sind in fast allen Kantonen mindestens die polizeilichen Standardmassnahmen gesetzlich geregelt,<sup>1251</sup> und 22 der 26 Kantone sehen präventive Ermittlungsmassnahmen ausdrücklich vor. Dies ist nicht nur Ausdruck einer Ausweitung präventiven polizeilichen Handelns, sondern spricht auch dafür, dass sich das Legalitätsprinzip und die gerichtliche Überprüfbarkeit von Eingriffshandeln als Rechtsprinzipien im Polizeirecht weitgehend durchgesetzt haben. Die Analyse der gesetzlichen Grundlagen von Vorermittlungen hat indessen gezeigt, dass in diversen Kantonen noch gravierender Nachholbedarf besteht, da der Gesetzgeber unzureichende gesetzliche Grundlagen erlassen hat.

### 2.3. Legalitäts- und Verhältnismässigkeitsprinzip

Dennoch ist der Herausbildung der Vorermittlungen als eigenem Handlungsbereich der Polizei mit Skepsis zu begegnen. Moderne Prävention unterscheidet immer weniger zwischen konkreten und abstrakten Gefahren. Damit verliert aber, ähnlich wie im Strafprozessrecht durch die Relativierung der Bedeutung des Tatverdachts, ein Schutzwall der Freiheitsrechte zunehmend an Wirkung.

Diese Entwicklung ist nur dann hinzunehmen, wenn zugleich andere Schutzwälle verstärkt werden. Der Legalitätsgrundsatz ist auch im Polizeirecht vollumfänglich zu beachten. Das Gebot der hinreichenden Normbestimmtheit darf nicht mit dem Argument unterlaufen werden, polizeirechtliche Sachverhalte seien nicht im Einzelnen vorhersehbar. Die Analyse der kantonalen gesetzlichen Bestimmungen hat gezeigt, dass klare und detaillierte Regelungen in diesem sensiblen Bereich möglich sind.

Noch grössere Bedeutung beim Schutz der Freiheitsrechte kommt dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu. Dieses muss nicht nur in Fällen von notwendigerweise offenen gesetzlichen Formulierungen als «Bestimmtheitssurrogat» dienen. Auch, wo der Gesetzgeber wie im Falle von Vorermittlungen nicht mehr auf die Abwehr konkreter Gefahren, sondern auf die Reduktion bloss abstrakter Risiken zielt, ist eine verschärfte Beurteilung der Verhältnismässigkeit notwendig. Präventives Eingriffshandeln des Staates mag oftmals einem öffentlichen Interesse entsprechen. Die Verfassungsmässigkeit der Einschränkung hängt aber stets von einem angemessenen Ausgleich ab, bei dem die Bedeutung der kollidierenden Rechtsgüter, die Intensität der Einschränkung und das Ausmass der Gefahr ins Gewicht fallen.<sup>1252</sup>

---

<sup>1251</sup> Vgl. MAGNIN, 135 ff.

<sup>1252</sup> GRIMM, in: Die Zukunft der Verfassung, 215.

## 2.4. Ausblick

Vorermittlungen wurden bislang nur vereinzelt gerichtlich überprüft. Dies lässt sich dadurch erklären, dass vor Einsetzen der gesetzlichen Regulierung präventiver verdeckter Massnahmen sowohl seitens der Behörden wie auch der Betroffenen kaum ein Problembewusstsein für diesen Bereich polizeilichen Handelns bestand. Auch dürfte es in Fällen, in welchen kein Strafverfahren eingeleitet wurde, oftmals gar nicht zu einer Information der überwachten Personen gekommen sein. Angesichts der legislatorischen Entwicklung der letzten Jahre und der ersten entsprechenden Urteile des BGer ist aber mit einer Zunahme solcher Verfahren zu rechnen. Abzuwarten bleibt insbesondere, ob das BGer die teilweise mangelhaften gesetzlichen Grundlagen diverser Kantone bei der Beurteilung von Beschwerden gegen Vorermittlungen vorfrageweise überprüfen wird.

Ebenso abzuwarten ist, wie die strafrechtliche Rechtsprechung mit Beweisen umgehen wird, die im Rahmen von Vorermittlungen, also zum Zweck der Prävention und nicht der Repression, gewonnen wurden und die später in einem Strafprozess verwertet werden sollen.<sup>1253</sup> In Deutschland diskutiert die Lehre intensiv über die Anforderungen an eine rechtmässige Umwidmung polizeilicher Ermittlungsdaten im Strafverfahren.<sup>1254</sup> Die schweizerische Rechtsprechung hat sich noch kaum mit dieser Frage befasst. Der Literatur sind hingegen erste Lösungsvorschläge zu entnehmen.<sup>1255</sup>

<sup>1253</sup> Vgl. BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 38; JAAG/ZIMMERLIN, in: FS Donatsch, 411.

<sup>1254</sup> HILGER, in: Datenübermittlungen und Vorermittlungen, 11 ff.; WESSLAU, in: Datenübermittlungen und Vorermittlungen, 57 ff.; GUSY, in: Datenübermittlungen und Vorermittlungen, 117 ff.; PAEFFGEN, in: Datenübermittlungen und Vorermittlungen, 153 ff.

<sup>1255</sup> GFELLER/BIGLER, *forum* 2014, 109; KETTIGER, *jusletter* 2012, N 11; KÜHNE, *recht* 2016, 113; vgl. auch JAAG/ZIMMERLIN, in: FS Donatsch, 411 f.



## Literaturverzeichnis

- ACKERMANN JÜRG-BEAT, Tatverdacht und Cicero – in dubio contra suspicionem maleficii. In: Niggli Marcel Alexander/Hurtado Pozo José/Queloz Nicolas (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007, 319 ff.
- ACKERMANN JÜRG-BEAT/VOGLER PATRICK, Nachrichtendienst und Strafprozess – zur Verwertbarkeit von Beweisen zwischen Systemen. In: Ackermann Jürg-Beat/Hilf Marianne Johanna (Hrsg.), Top Secret, Genf/Zürich/Basel 2015, 161 ff.
- ALBERS MARION, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge (Diss. Bielefeld 1999), Berlin 2001.
- ALBERTINI GIANFRANCO, Vorverfahren (Art. 299–327). In: Albertini Gianfranco/Fehr Bruno/Voser Beat (Hrsg.), Polizeiliche Ermittlung, Zürich 2008, 531 ff.
- ALBERTINI GIANFRANCO, Polizeigesetz und Polizeiverordnung des Kantons Graubünden, Zürich/Basel/Genf 2013 (zitiert ALBERTINI).
- ALBRECHT PETER, Zur rechtlichen Problematik des Einsatzes von V-Leuten, AJP 2002, 632 ff.
- ALBRECHT PETER, Strafrecht ohne Recht?, ZStrR 2013, 385 ff.
- ALBRECHT PETER, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes (Art. 19–281 BetmG) – Stämpflis Handkommentar, 3. A., Zürich 2016 (zitiert ALBRECHT).
- ALBRECHT PETER, Präventive Irritationen in der Dogmatik des Strafprozessrechts, sui generis 2018, 58 ff.
- ALTHAMMER BEATE, Bettler in rheinischen Städten des 19. Jahrhunderts – Aachen und Düsseldorf. In: Althammer Beate (Hrsg.), Bettler in der europäischen Stadt der Moderne: zwischen Barmherzigkeit, Repression und Sozialreform, Frankfurt a.M. 2007, 151 ff.
- ANDEREGG MIRCO, Schadenabwehr: zwischen Schadenprävention und Schadenminderung, HAVE 2015, 117 ff.
- ARTZT MATTHIAS, Die verfahrensrechtliche Bedeutung polizeilicher Vorfeldermittlungen. Zugleich eine Studie zur Rechtsstellung des von Vorfeldermittlungen betroffenen Personenkreises (Diss. Tübingen 2000), Frankfurt a.M. 2000.

- BACHMANN ADRIAN, Schutz von Spam-E-Mails, Strafbarkeit des Versands oder Veranlassens eines solchen Versands von Spam-E-Mails nach UWG. In: Abo Youssef Omar/Töndury Andrea (Hrsg.), Der Schutz polizeilicher Güter, Zürich 2011, 301 ff.
- BARTSCH VERENA, Rechtsvergleichende Betrachtung präventiv-polizeilicher Videoüberwachungen öffentlich zugänglicher Orte in Deutschland und in den USA (Diss. Mannheim 2003), Berlin 2004.
- BÄTTIG FRANZ, Verdeckte Ermittlung nach Inkrafttreten des BVE aus polizeilicher Sicht, Kriminalistik 2006, 130 ff.
- BAUMANN ANDREAS, Aargauisches Polizeigesetz, Praxiskommentar, Zürich/Basel/Genf 2006.
- BERGER GABRIELE, Zusammenarbeit von Polizei und Staatsanwaltschaft im Schnittbereich von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, forumpoenale 2016, 343 ff.
- BERNARD STEPHAN, Ungleiches Strafrecht für alle, ZStrR 2017, 117 ff.
- BETHGE HERBERT, Mittelbare Grundrechtsbeeinträchtigungen. In: Merten Detlef/Papier Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, Heidelberg et al. 2009, 113 ff.
- BETHGE HERBERT/WEBER-DÜRLER BEATRICE, Der Grundrechtseingriff, Berlin/New York 1998.
- BEULKE WERNER, Strafprozessrecht, 11. A., Heidelberg 2010.
- BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. A., Zürich 2017.
- BISCHOFF PATRICK/LANTER MARKUS, Verdeckte polizeiliche Ermittlungshandlungen in Chatrooms, jusletter 14. Januar 2008 (ohne Paginierung).
- BLÄTTLER STEFAN, Die Stellung der Polizei im neuen schweizerischen Strafverfahren, ZStrR 2007, 242 ff.
- BOMMER FELIX, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2014 (ohne Entscheide betreffend die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen), ZBJV 2017, 25 ff.
- BRUN MARCEL, Gefahr der Verpolizeilichung des Strafverfahrens, recht 2014, 92 ff.
- BÜLLESFELD DIRK, Polizeiliche Videoüberwachung öffentlicher Strassen und Plätze zur Kriminalitätsvorsorge (Diss. Freiburg i.B. 2002), Stuttgart et al. 2002.
- BURCH STEPHANIE, Gesundheitszwang?, Eine kritische Würdigung der aktuellen Präventionsbemühungen des Bundes am Beispiel der Tabak- und Adipositas-



- prävention. In: Abo Youssef Omar/Töndury Andrea (Hrsg.), *Der Schutz polizeilicher Güter*, Zürich 2011, 221 ff.
- BURHOFF DETLEF, *Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren*, 7. A., Köln 2015.
- BUSER DENISE, *Kantonales Staatsrecht, Eine Einführung für Studium und Praxis*, 2. A., Basel 2011.
- CAPUS NADJA, *Strafrecht und Souveränität: Das Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen (Habil. Basel 2010)*, Bern 2010.
- CONINX ANNA/MONA MARTINO, *Strafprozessualer Zwang und positive Schutzpflichten – Verbrechensverhütung als Legitimation von Zwangsmassnahmen*, ZStrR 2017, 1 ff.
- DAPHINOFF MICHAEL, *Das Strafbefehlsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessordnung (Diss. Freiburg i.Ü 2012)*, Zürich 2012.
- DEL GIUDICE LUDOVICA, *Wann beginnt das polizeiliche Ermittlungsverfahren? Wann beginnt das staatsanwaltliche Untersuchungsverfahren?*, ZStrR 2010, 116 ff.
- DENNINGER ERHARD, *Der Präventions-Staat*, KJ 1988, 1 ff.
- DENNINGER ERHARD, *Die Polizei im Verfassungsgefüge*. In: Denninger Erhard/Rachor Frederik (Hrsg.), *Lisken/Denninger – Handbuch des Polizeirechts*, München 2012, 59 ff. (zitiert DENNINGER, in: *Lisken/Denninger – Handbuch des Polizeirechts*, N B).
- DENNINGER ERHARD, *Polizeiaufgaben*. In: Denninger Erhard/Rachor Frederik (Hrsg.), *Lisken/Denninger – Handbuch des Polizeirechts*, München 2012, 184 ff. (zitiert DENNINGER, in: *Lisken/Denninger – Handbuch des Polizeirechts*, N D).
- DENNINGER ERHARD, *Rechtsstaatliche Polizei in Zeiten intensiver Prävention, Sicherheit & Recht 2012*, 222 ff.
- DIGGELMANN OLIVER, *Präventionsstaat und Grundrechtsdogmatik*, ZSR 2005, 329 ff.
- DONATSCH ANDREAS/HANSJAKOB THOMAS/LIEBER VIKTOR (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2014 (zitiert ZK StPO-BEARBEITER).
- DONATSCH ANDREAS/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/WOHLERS WOLFGANG, *Strafprozessrecht*, Zürich 2014.
- DYSON RICHARD/KING STEVEN, «The streets are paved with idle beggars» – Experiences and perceptions of beggars in nineteenth century Oxford. In: Bettler

- in der europäischen Stadt der Moderne: zwischen Barmherzigkeit, Repression und Sozialreform, Frankfurt a.M. 2007, 59 ff.
- EGLI PATRICIA, Grundrechte. Aktuelle Entwicklungen im Sicherheits- und Polizeirecht, Sicherheit & Recht 2012, 193 ff.
- EGLI PATRICIA, Das Sicherheits- und Polizeirecht in der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR, Sicherheit & Recht 2015, 59 ff.
- EHRENZELLER BERHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 3. A., Zürich/St. Gallen 2014 (zitiert SGK BV-BEARBEITER).
- EICKER ANDREAS/ACHERMANN JONAS/LEHNER JULIA, Zur Zulässigkeit eines Rückgriffs auf Bestimmungen der StPO im Verwaltungsstrafverfahren, AJP 2013, 1450 ff.
- ERB VOLKER (et al., Hrsg.), Löwe-Rosenberg. Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Grosskommentar, 26. A., Berlin 2006–2014 (zitiert LR-BEARBEITER).
- FABBRI ALBERTO, Polizeiliche Ermittlung oder staatsanwaltliche Untersuchung – ist das die Frage? Abgrenzungen im Vorverfahren nach Schweizerischer Strafprozessordnung, BJM 2013, 165 ff.
- FINGERHUTH THOMAS/SCHLEGEL STEPHAN/JUCKER OLIVER, BetmG Kommentar, Betäubungsmittelgesetz mit weiteren Erlassen, 3. A., Zürich 2016.
- FISCHER RONNY/TIEFENTHAL JÜRIG M., Die Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben im Grenzraum, Einige verfassungsrechtliche Gedanken zur laufenden Zollgesetzrevision, jusletter 20. Oktober 2014 (ohne Paginierung).
- FLÜCKIGER ALEXANDRE/AUER ANDREAS, La vidéosurveillance dans l'œil de la Constitution, AJP 2006, 924 ff.
- FORKERT-HOSSER SANDRA, Vorermittlungen im Strafprozessrecht. Erhebung und Verwendung von Daten vor dem Anfangsverdacht (Diss. Mannheim 2010), Frankfurt a.M. 2011.
- GÄCHTER THOMAS, Allgemeine Grundrechtslehren. In: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 2. A., Zürich/St. Gallen 2015, 437 ff.
- GFELLER DIEGO R./BIGLER ADRIAN, Zwangsmassnahmen gemäss StPO versus Zwangsmassnahmen nach PolG/ZH, forumpoenale 2014, 105 ff.
- GLASS PHILIPP, Die rechtsstaatliche Bearbeitung von Personendaten in der Schweiz (Diss. Basel 2016), Zürich/St. Gallen 2017.
- GLESS SABINE, Heimliche Ermittlungsmassnahmen im schweizerischen Strafprozess, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2012, 440 ff.

- GLESS SABINE, Strafverfolgung im Internet, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 2012, 3 ff.
- GLESS SABINE, Predictive policing und operative Verbrechensbekämpfung. In: Herzog Felix/Schlothauer Reinhold/Wohlens Wolfgang (Hrsg.), Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte, Berlin 2016, 165 ff.
- GLESS SABINE/GETH CHRISTOPHER, Antennensuchlauf und Rasterfahndung. Neue Fragestellung in der Debatte um Sicherheit und Freiheit. In: Kuhn André (et al., Hrsg.), Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive. Festschrift für Martin Killias zum 65. Geburtstag, Bern 2013, 1033 ff.
- GODENZI GUNHILD, Strafbare Beteiligung am kriminellen Kollektiv. Eine Explikation von Zurechnungsstrukturen der Banden-, Organisations- und Vereinigungsdelikte (Habil. Zürich 2015), Bern 2015.
- GOLDSCHMID PETER/MAURER THOMAS/SOLLBERGER JÜRIG (Hrsg.), Kommentierte Textausgabe zur schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) vom 5. Oktober 2007, Bern 2008.
- GRABENWARTER CHRISTOPH/PABEL KATHARINA, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. A., München/Basel/Wien 2016.
- GRIMM DIETER, Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention. In: Grimm Dieter, Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt a.M. 1991, 197 ff.
- GUSY CHRISTOPH, Polizeiarbeit zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, StV 1993, 269 ff.
- GUSY CHRISTOPH, Polizeiliche Datenerhebung und -verwendung nach der EMRK. In: Wolter Jürgen/Schenke Wolf-Rüdiger/Riess Peter/Zöllner Mark Alexander (Hrsg.), Datenübermittlungen und Voremittlungen. Festgabe für Hans Hilger, Heidelberg 2003, 117 ff.
- GUSY CHRISTOPH, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. A., Tübingen 2017 (zitiert GUSY).
- HAAS GÜNTER, Voremittlungen und Anfangsverdacht, Berlin 2003.
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. A., Zürich/Basel/Genf 2016.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich/St. Gallen 2016.
- HALLER WALTER, Menschenwürde, Recht auf Leben und persönliche Freiheit. In: Merten Detlef/Papier Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/2, Heidelberg/Zürich/St. Gallen 2007 ff., 199 ff.

- HÄNNI CATHERINE, Im Spannungsfeld zwischen Arzneimittel und Rauschgift. Zur Geschichte der Betäubungsmittelgesetzgebung in der Schweiz (Diss. Bern 1998), Bern 1998.
- HÄNNI PETER, Verträge zwischen den Kantonen und zwischen dem Bund und den Kantonen. In: Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel Suisse, Zürich 2001, 443 ff.
- HÄNNI PETER, Grundrechte des Angeschuldigten im Strafprozess. In: Merten Detlef/Papier Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/2, Heidelberg/Zürich/St. Gallen 2007 ff., 669 ff.
- HÄNNI PETER, Staatshaftung bei unterlassener Wahrnehmung von Schutzpflichten, Grundsatzfragen und Rechtsprechung im Bereich von Menschenrechten. In: Rüssli Markus/Hänni Julia/Hänggi Furrer Reto (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen. Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, 429 ff.
- HANNICH ROLF (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, 7. A., München 2013 (zitiert KK-BEARBEITER).
- HANSJAKOB THOMAS, Das neue Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung, ZStrR 2004, 97 ff.
- HANSJAKOB THOMAS, EGMR, Grand Chamber, Case of Ramanauskas v. Lithuania vom 5. Februar 2008 – Application no. 74420/01, forumpoenale 2008a, 262 ff.
- HANSJAKOB THOMAS, Verdeckte Ermittlung – Gesetz und Rechtsprechung. Einige Gedanken zu BGE 134 IV 266, forumpoenale 2008b, 361 ff.
- HANSJAKOB THOMAS, Zwangsmassnahmen in der neuen Eidg. StPO, ZStrR 2008, 90 ff.
- HANSJAKOB THOMAS, Verdeckte Polizeiliche Ermittlungen und BVE, Sicherheit & Recht 2009, 146 ff.
- HANSJAKOB THOMAS, Geheime Erhebung von Beweisen nach StPO, forumpoenale 2011, 299 ff.
- HANSJAKOB THOMAS, Die neuen Bestimmungen zu verdeckter Fahndung und Ermittlung, forumpoenale 2013, 214 ff.
- HANSJAKOB THOMAS, Verdeckte polizeiliche Ermittlung im Internet, forumpoenale 2014, 244 ff.
- HANSJAKOB THOMAS, Grenzen und Rahmenbedingungen der verdeckten präventiven Tätigkeit der Polizei, forumpoenale 2015, 33 ff.

- HANSJAKOB THOMAS/RUCKSTUHL NIKLAUS, Bundesstrafgericht, I. Beschwerdekammer, Entscheid vom 17. November 2009, BB.2009.64, *forumpenale* 2010, 145 ff.
- HASSEMER WINFRIED, Prozeduralisierung, Wahrheit und Gerechtigkeit. Eine Skizze. In: Pieth Mark/Seelmann Kurt (Hrsg.), *Prozessuales Denken als Innovationsanreiz für das materielle Strafrecht*. Kolloquium zum 70. Geburtstag von Detlef Krauss, Basel 2006, 9 ff.
- HEINE GÜNTER, Europol und Europäisierung des Rechts – Grundprobleme und Perspektiven, auch für die Schweiz. In: Donatsch Andreas/Forster Marc/Schwarzenegger Christian (Hrsg.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte*. Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, 237 ff.
- HENSLER BEAT, *Sicherheitsarchitektur der Schweiz aus der Sicht der Polizei, Sicherheit & Recht* 2011, 75 ff.
- HENSLER BEAT, *Die Alltagsarbeit der Polizei zwischen Legalität und Opportunität*, *forumpenale* 2013, 45 ff.
- HILGER HANS, *Vor(feld)ermittlungen/Datenübermittlungen*. In: Wolter Jürgen/Schenke Wolf-Rüdiger/Riess Peter/Zöllner Mark Alexander (Hrsg.), *Datenübermittlungen und Vorermittlungen*. Festgabe für Hans Hilger, Heidelberg 2003, 11 ff.
- HOPPE CORINNE, *Vorfelderermittlungen im Spannungsfeld von Rechtsstaat und der Bekämpfung organisierter Kriminalität* (Diss. Hamburg 1998), Frankfurt a.M. 1999.
- HUG-BEELI GUSTAV, *Betäubungsmittelgesetz (BetmG) – Kommentar zum Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 3. Oktober 1951*, Basel 2016.
- HÜRLIMANN CORNELIA, *Die Eröffnung einer Strafuntersuchung im ordentlichen Verfahren gegen Erwachsene im Kanton Zürich. Unter Berücksichtigung des Entwurfs zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung* (Diss. Zürich 2006), Zürich 2006.
- HURTADO POZO JOSÉ, *Droit pénal général, 2. A.*, Zürich/Basel/Genf 2013.
- JAAG TOBIAS, *Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen*. In: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), *Staatsrecht, 2. A.*, Zürich/St. Gallen 2015, 149 ff.
- JAAG TOBIAS/ZIMMERLIN SVEN, *Die Polizei zwischen Gefahrenabwehr und Ermittlung von Straftaten*. In: Jositsch Daniel/Schwarzenegger Christian/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), *Festschrift für Andreas Donatsch*, Zürich 2017, 399 ff.

- JAHNES INES, Initiativermittlungen im Bereich der organisierten Kriminalität (Diss. Regensburg 2010), Frankfurt a.M. 2010.
- JOSITSCH DANIEL/MULLE FRANZISKA, Die StPO-Revision in Bezug auf Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung, AJP 2014, 491 ff.
- JOSITSCH DANIEL/MURER MIKOLÁSEK ANGELIKA, Wenn polizeiliche Ermittler im Chatroom in Teufels Küche kommen – oder wie das Bundesgericht neue Probleme geschaffen hat, AJP 2011, 181 ff.
- KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG, Universeller Menschenrechtsschutz. Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene, 3. A., Basel 2013.
- KARNUSIAN PHILIP, Der Tatverdacht und seine Quellen, *forum* 2016, 350 ff.
- KAUFMANN MATHIAS/WALTI STEPHANIE, Die polizeiliche Generalklausel – eine schillernde Rechtsfigur. In: Abo Youssef Omar/Töndury Andrea (Hrsg.), *Der Schutz polizeilicher Güter*, Zürich 2011, 59 ff.
- KETTIGER DANIEL, Schnittstellenfragen der Schweizerischen Strafprozessordnung, *jusletter*, 13. Februar 2012 (ohne Paginierung).
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, *Grundrechte*, 2. A., Bern 2013.
- KINZIG JÖRG, *Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität*, Berlin 2004.
- KOHNEN KLAUS, *Der Gesetzentwurf zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen – Wider rechtsstaatliche Kernsätze des Polizeirechts*, BayRVR 2017 (ohne Paginierung).
- KÜHNE HANS-HEINER, *Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*, 9. A., Heidelberg 2015.
- KÜHNE STEFAN, *Ausgewählte Probleme verdeckter Fahndung und (Vor-)Ermittlung nach StPO und kantonaler Polizeigesetzgebung*, *recht* 2016, 112 ff.
- LENTJES MEILI CHRISTIANE, *Präventiv oder repressiv?, Das Verwirrspiel um verdeckte polizeiliche Operationen*. In: Cavallo Angela (et al., Hrsg.), *Liber Amicorum für Andreas Donatsch*, Zürich 2012, 437 ff.
- LIENHARD ANDREAS, *Innere Sicherheit und Grundrechte*, *recht* 2002, 125 ff.
- LIENHARD ANDREAS/HÄSLER PHILIPP, *Verfassungsrechtliche Grundlagen des Sicherheitsrechts*. In: Schweizer Rainer J. (Hrsg.), *Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes. Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR)*, Band III/1, Basel 2008, 95 ff.
- LOBSIGER ADRIAN D., «Verbrechensbekämpfung» durch den Bund? (Diss. Basel 1999), Bern 1999.

- LOBSIGER ADRIAN D., Grundaufgaben der «Polizei» und der «Verwaltung». In: Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes. Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR), Band III/1, Basel 2008, 169 ff.
- MAEDER STEFAN, Bemerkungen zu BGer, StrA, 10.12.2014,6B\_718/2014, X. gegen Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, AJP 2015, 530 ff.
- MAGNIN JOSIANNE, Die Polizei: Aufgaben, rechtsstaatliche Grenzen und Haftung (Diss. Luzern 2016), Zürich/Basel/Genf 2017.
- MAHON PASCAL, Droit constitutionnel, Volume II: Droits fondamentaux, 3. A., Basel/Neuchâtel 2015.
- MALEK KLAUS/WOHLERS WOLFGANG, Zwangsmassnahmen und Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren, Heidelberg 2001.
- MEIER BENJAMIN, Hooligankonkordat: präventive Verpackung, repressive Wirkung, AJP 2014, 668 ff.
- MEYER FRANK, Das zulässige Mass beim Zwang – Grenzen zulässigen Verhaltens bei verdeckter Fahndung und Ermittlung, ZStrR 2016, 445 ff.
- MEYER FRANK/WOHLERS WOLFGANG, Tatprovokation – quo vadis?, JZ 2015, 761 ff.
- MEYER-LADEWIG, JENS (et al., Hrsg.), EMRK Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar, 4. A., Baden-Baden 2017 (zitiert Handkommentar EMRK, BEARBEITER).
- MOHLER MARKUS H.F., Anliegen und Probleme der kantonalen Polizeigesetzgebung am Beispiel des Polizeigesetzes des Kantons Basel-Stadt, AJP 1997, 393 ff.
- MOHLER MARKUS H.F., Vernetzung von Sicherheit. In: Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes. Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR), Band III/1, Basel 2008, 521 ff.
- MOHLER MARKUS H.F., Die polizeiliche Generalklausel. Vom EGMR anerkannt und deren Anwendbarkeit begrenzt, jusletter 11. Januar 2010 (ohne Paginierung).
- MOHLER MARKUS H.F., Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012 (zitiert MOHLER).
- MUGGLI SANDRA, Im Netz ins Netz – Pädokriminalität im Internet und der Einsatz von verdeckten Ermittlern und verdeckten Fahndern zu deren Bekämpfung (Diss. Zürich 2014), Zürich 2014.

- MÜLLER FRIEDRICH, Ein Gesetz für die Polizei Basel-Landschaft. In: Biaggini Giovanni (et al. Hrsg.) Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft, Band II, Liestal 2005, 127 ff.
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. A., Bern 2008.
- MÜLLER LUCIEN, Polizeiliche Videoüberwachung im öffentlichen Raum, Bemerkungen zu den Anforderungen und Grenzen. In: Abo Youssef Omar/Töndury Andrea (Hrsg.), Der Schutz polizeilicher Güter, Zürich 2011, 89.
- MÜLLER LUCIEN, Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen – insbesondere zur Verhütung und Ahndung von Straftaten (Diss. St. Gallen 2011), Zürich/St. Gallen 2011 (zitiert MÜLLER).
- MÜLLER MARKUS/JENNI CHRISTOPH, Notrecht – abermals zur polizeilichen Generalklausel, Sicherheit & Recht 2010, 101 ff.
- MULLIS ANNINA, Grenzen präventiver erkennungsdienstlicher Behandlung und DNA-Probenahme, forumpoenale 2015, 308 ff.
- MURER MIKOLÁSEK ANGELIKA, Sind jugendliche Alkoholtestkäufer verdeckte Ermittler? In: Abo Youssef Omar/Töndury Andrea (Hrsg.), Der Schutz polizeilicher Güter, Zürich 2011, 155 ff.
- NATTERER JUDITH, Die Verwertbarkeit von Zufallsfunden aus der Telefonüberwachung im Strafverfahren (Diss. Basel 2001), Bern 2001.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Vom Repressions- zum Präventionsstrafrecht. Die Abkehr von der Ahndung begangener hin zur Verhinderung befürchteter Delikte. In: Forum Strafverteidigung (et al., Hrsg.), Strafverteidigung und Sicherheitswahn. 3. Dreiländerforum Strafverteidigung, Zürich 14./15. Juni 2013, Wien/Zürich 2014, 13 ff.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2. A., Basel 2014 (zitiert BSK StPO-BEARBEITER).
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER, HANS (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, 2. A., Basel 2011 (zitiert BSK BGG-BEARBEITER).
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, Art. 1–110 StGB, Jugendstrafgesetz, 3. A., Basel 2013 (zitiert BSK StGB I-BEARBEITER).
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 3. A., Basel 2013 (zitiert BSK StGB II-BEARBEITER).



- OBERHOLZER NIKLAUS, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. A., Bern 2012.
- OTTOW SABINE, Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren und nach Polizeirecht. Die Einwirkungen des europäischen Rechts auf das deutsche Strafverfahren (Diss. Münster 2012/13), Berlin 2015.
- PAEFFGEN HANS-ULRICH, Kompetenzen zur (präventiven und repressiven) Datenübermittlung. In: Wolter Jürgen/Schenke Wolf-Rüdiger/Riess Peter/Zöllner Mark Alexander (Hrsg.), Datenübermittlungen und Vorermittlungen. Festgabe für Hans Hilger, Heidelberg 2003, 153 ff.
- PEINE FRANZ JOSEPH, Der Grundrechtseingriff. In: Merten Detlef/Papier Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, Heidelberg et al. 2009, 87 ff.
- PETERS ANNE/ALTWICKER TILMANN, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. A., München 2012.
- PETRI THOMAS, Informationsverarbeitung im Polizei- und Strafverfahrensrecht. In: Denninger Erhard/Rachor Frederik (Hrsg.), Lischen/Denninger – Handbuch des Polizeirechts, München 2012, 710 ff.
- PIETH MARK, Besondere Verfahrensarten: das abgekürzte Verfahren, ZStrR 2010, 161 ff.
- PIETH MARK, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. A., Basel 2016 (zitiert PIETH).
- PITSCHAS RAINER, Öffentliche Sicherheit durch Kriminalprävention. In: Pitschas Rainer (Hrsg.), Kriminalprävention und «Neues Polizeirecht»: zum Strukturwandel des Verwaltungsrechts in der Risikogesellschaft, Berlin 2002, 13 ff.
- PITTELOUD JO, Code de procédure pénale Suisse, Commentaire à l'usage des praticiens, Zürich/St. Gallen 2012.
- RACHOR FREDERIK, Das Polizeihandeln. In: Denninger Erhard/Rachor Frederik (Hrsg.), Lischen/Denninger – Handbuch des Polizeirechts, München 2012, 284 ff.
- RAUBER PHILIPP, Rechtliche Grundlagen der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben durch Private (Diss. Basel 2006), Basel 2006.
- REINHARD HANS, Allgemeines Polizeirecht, Aufgaben, Grundsätze und Handlungen (Diss. Bern 1993), Bern 1993.
- RÉMY MARC, Droit des mesures policières. Principes généraux, cadre juridique et coopération policière, Genf/Zürich/Basel 2008.
- RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA/THURNHERR DANIELA/BRÜHL-MOSER DENISE, Öffentliches Prozessrecht, Grundlagen und Bundesrechtspflege, 3. A., Basel 2014.

- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. A., Basel 2016.
- RHYNER BEAT/STÜSSI DIETER, Geheime Überwachungsmaßnahmen (Art. 269–298). In: Albertini Gianfranco/Fehr Bruno/Voser Beat (Hrsg.), Polizeiliche Ermittlung, Zürich 2008, 432 ff.
- RICKLIN FRANZ, StPO Kommentar. Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, 2. A., Zürich 2014 (zitiert RICKLIN).
- RITTER WERNER, Das Erfordernis der genügenden Bestimmtheit – dargestellt am Beispiel des Polizeirechts, Chur/Zürich 1994.
- ROGGAN FREDRIK, Polizeiliche Videoüberwachung von öffentlichen Plätzen. In: Roggan Fredrik/Kutscha Martin (Hrsg.), Handbuch zum Recht der inneren Sicherheit, Berlin 2006, 207 ff. (zitiert ROGGAN, Videoüberwachung).
- ROGGAN FREDRIK, Verdeckte Ermittler (VE) im Polizei- und Strafprozessrecht. In: Roggan Fredrik/Kutscha Martin (Hrsg.), Handbuch zum Recht der inneren Sicherheit, Berlin 2006, 183 ff. (zitiert ROGGAN, Verdeckte Ermittler).
- RONC PASCAL/VAN DER STROOM SANDRA, Das Ende der verdeckten Ermittlung im Internet – Besprechung des Urteils BGE 143 IV 27, forumpoenale 2017, 344 ff.
- RONC PASCAL/VAN DER STROOM SANDRA/MEYER FRANK, Zur Abgrenzung der verdeckten Ermittlung von der verdeckten Fahndung unter besonderer Berücksichtigung des Internets, forumpoenale 2016, 302 ff.
- RUCH ALEXANDER, Sicherheit in der freiheitlichen, rechtsstaatlichen Demokratie. In: Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes. Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR), Band III/1, Basel 2008, 1 ff.
- RUCKSTUHL NIKLAUS/DITTMANN VOLKER/ARNOLD JÖRG, Strafprozessrecht. Unter Einschluss der forensischen Psychiatrie und Rechtsmedizin sowie des kriminaltechnischen und naturwissenschaftlichen Gutachtens, Zürich 2011.
- SATZGER HELMUT, Im Anfang war der Verdacht – oder doch nicht? Zur Frage, ob die Staatsanwaltschaft ohne Kenntnis einer Straftat gegen einen sich legal verhaltenden Bürger ermitteln darf. In: Fahl Christian (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2015, 1009 ff.
- SCHÄRMELI LILIANE, Entwicklung und Tragweite des Polizeibegriffs im Verwaltungsrecht. In: Abo Youssef Omar/Töndury Andrea (Hrsg.), Der Schutz polizeilicher Güter, Zürich 2011, 37 ff.
- SCHEFER MARKUS, Die Kerngehalte von Grundrechten (Habil. Bern 2001), Bern 2001.

- SCHEFER MARKUS, Beeinträchtigung von Grundrechten. In: Merten Detlef/Papier Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/2, Heidelberg/Zürich/St. Gallen 2007 ff., 141 ff.
- SCHILLING THEODOR, Internationaler Menschenrechtsschutz, 3. A., Tübingen 2016.
- SCHINDLER BENJAMIN, Rechtsschutz im Polizeirecht: eine Standortbestimmung, Sicherheit & Recht 2012, 215 ff.
- SCHINDLER BENJAMIN, Polizeibegriff(e) im Verwaltungsrecht – Versuch einer Klärung, Sicherheit & Recht 2017, 63 ff.
- SCHMID NIKLAUS, Schweizerische Strafprozessordnung (StPO), Praxiskommentar, 2. A., Zürich 2013 (zitiert SCHMID).
- SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. A., Zürich 2017.
- SCHÖN STEPHANIE, Ermittlungsmassnahmen im Internet, Analyse der Möglichkeiten und Grenzen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht (Diss. Frankfurt a.M. 2013), Frankfurt a.M. 2013.
- SCHWEINGRUBER SANDRA, Cybercrime-Strafverfolgung im Konflikt mit dem Territorialitätsprinzip, jusletter 10. November 2014 (ohne Paginierung).
- SCHWEIZER RAINER J., Entwicklungen im Polizeirecht in Bund und Kantonen, AJP 1997, 379 ff.
- SCHWEIZER RAINER J., Zur Nachführung des Legalitätsprinzips. In: Bovay Benoît (et al., Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Moor, Bern 2005, 517 ff.
- SCHWEIZER RAINER J., Bundesstaatliche Kompetenzverteilung im Polizei- und Sicherheitsrecht, Sicherheit & Recht 2012, 185 ff.
- SCHWEIZER RAINER J./MÜLLER LUCIEN, Zwecke, Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzgebung im Polizeibereich, LeGes 2008, 379 ff.
- SCHWEIZER RAINER J./SUTTER PATRICK/WIDMER NINA, Grundbegriffe. In: Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes. Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR), Band III/1, Basel 2008, 53 ff.
- SERRAO MARC FELIX, Droht in Bayern wirklich ein Polizeistaat?, NZZ vom 12. Mai 2018.
- SIGRIST MARTIN, Staatsschutz oder Datenschutz? Die Vereinbarkeit präventiver Datenbearbeitung zur Wahrung der inneren Sicherheit mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Diss. Zürich 2014), Zürich 2014.
- STRASSER OTHMAR, Polizeiliche Zwangsmassnahmen (Diss. Zürich 1980), Zürich 1981.

- STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. A., Bern 2013.
- STRATENWERTH GÜNTER/WOHLERS WOLFGANG, Schweizerisches Strafgesetzbuch. Handkommentar, 3. A., Bern 2013.
- STUCKENBERG CARL-FRIEDRICH, Speicherung personenbezogener Daten zur «vorbeugenden Straftatenbekämpfung» trotz Freispruchs? In: Wolter Jürgen/Schenke Wolf-Rüdiger/Riess Peter/Zöller Mark Alexander (Hrsg.), Datenübermittlungen und Vorermittlungen, Heidelberg 2003, 25 ff.
- STUCKENBERG CARL-FRIEDRICH, Justizpflicht und Verdacht. In: Stuckenberg Carl-Friedrich/Gärditz Klaus Ferdinand (Hrsg.), Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat. Festschrift für Hans-Ulrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015, Berlin 2015, 483 ff.
- THÜRER DANIEL, Verfassungsrechtlicher und völkerrechtlicher Status der Grundrechte. In: Merten Detlef/Papier Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/2, Heidelberg/Zürich/St. Gallen 2007 ff., 31 ff.
- TIEFENTHAL JÜRIG MARCEL, Kantonale Polizeihochheit. Eine systematische Darstellung des kantonalen Polizeirechts anhand des Schaffhauser Polizeigesetzes, Zürich/Basel/Genf 2016.
- TÖNDURY ANDREA/ABO YOUSSEF OMAR, Polizeiliche Schutzgüter im Wandel. In: Abo Youssef Omar/Töndury Andrea (Hrsg.), Der Schutz polizeilicher Güter, Zürich 2011, 7 ff.
- TRECHSEL STEFAN, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford 2005.
- TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2013 (zitiert Handkommentar StGB-BEARBEITER).
- TROCHSLER-HUGENTOBLER CARMEN/LOBSIGER ADRIAN D., Polizeiliche Befugnisse und Handlungsformen. In: Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes. Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR), Band III/1, Basel 2008, 279 ff.
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. A., Bern 2016.
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Bern 2014.
- VETTERLI LUZIA, Verdeckte Ermittlung und Grundrechtsschutz, forumpoenale 2008, 367 ff.

- VETTERLI LUZIA, Gesetzesbindung im Strafprozess. Zur Geltung von Verwertungsverboten und ihrer Fernwirkung nach illegalen Zwangsmassnahmen (Diss. Luzern 2010), Zürich/Basel/Genf 2010 (zitiert VETTERLI).
- VETTERLI LUZIA, Kehrtwende in der bundegerichtlichen Praxis zu den Verwertungsverboten. Überlegungen zu BGE 137 I 218 und gleichzeitig Denkanstösse zur Auslegung von Art. 141 StPO, ZStrR 2012, 447 ff.
- VETTERLI LUZIA, Verdeckte Ermittlung, *ius.focus* 2014, Nr. 53 (ohne Paginierung).
- VON ARX CHRISTINE/FABBRI ALBERTO, Die Verfahrensbeschwerde gemäss § 120 StPO BL, BJM 2002, 1 ff.
- WALDENMEYER CATHERINE MARIANNE, Observationen durch Haftpflichtversicherer: rechtmässig oder nicht?, *HAVE* 2017, 284 ff.
- WALDER HANS, Grenzen der Ermittlungstätigkeit, ZStW 1983, 862 ff.
- WALDER HANS, Strafverfolgungspflicht und Anfangsverdacht, *recht* 1990, 1 ff.
- WALDER HANS/HANSJAKOB THOMAS, *Kriminalistisches Denken*, 10. A., Heidelberg 2016.
- WALDMANN BERHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Basel 2015 (zitiert BSK BV-BEARBEITER).
- WARNKING VERA, Strafprozessuale Beweisverbote in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht (Diss. Trier 2008), Frankfurt a.M. 2009.
- WEBER-DÜRLER BEATRICE, Zur neusten Entwicklung des Verhältnismässigkeitsprinzips. In: Bovay Benoît (et al., Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Moor*, Bern 2005, 593 ff.
- WESSLAU EDDA, Vorfelderermittlungen. Probleme der Legalisierung «vorbeugender Verbrechensbekämpfung» aus strafprozessrechtlicher Sicht (Diss. Hamburg 1988), Berlin 1989 (zitiert WESSLAU).
- WESSLAU EDDA, Vor(feld)ermittlungen, Datentransfer und Beweisrecht. In: Wolter Jürgen/Schenke Wolf-Rüdiger/Riess Peter/Zöllner Mark Alexander (Hrsg.), *Datenübermittlungen und Vorermittlungen*. Festgabe für Hans Hilger, Heidelberg 2003, 57 ff.
- WIESER HANNO, Das Ermittlungsverfahren und die Untersuchung ergänzen sich – auch bei der Personalbeweiserhebung, *forumpenale* 2014, 340 ff.
- WOHLERS WOLFGANG, Das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (BVE), Taugliches Instrument zur effizienten und effektiven Bekämpfung der Organisierten Kriminalität?, *ZSR* 2005, 219 ff.

- WOHLERS WOLFGANG, «In dubio pro duriore» – zugleich Besprechung von BGer, Urteil v. 11.7.2011, 1B\_123/2011= BGE 137 IV 219, forumpoenale 2011, 370 ff.
- WOHLERS WOLFGANG, Vorfelddermittlungen und andere Gefährdungen des justizförmigen Strafverfahrens, Streiflichter auf das wissenschaftliche Werk von Edda Wesslau, Goldammer's Archiv für Strafrecht 2014, 675 ff.
- WOLTER JÜRGEN (Hrsg.), SK-StPO. Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung. Mit GVG und EMRK, 5. A., Mannheim 2015–2018 (zitiert SK-StPO BEARBEITER).
- ZABEL BENNO, Dogmatik und Funktionswandel des Tatverdachts, ZIS 2014, 340 ff.
- ZALUNARDO-WALSER ROBERTO, Verdeckte kriminalpolizeiliche Ermittlungsmassnahmen unter besonderer Berücksichtigung der Observation (Diss. Zürich 1998), 1998 (ohne Ortsangabe).
- ZUBER THOMAS, Allgemeine Bestimmungen (Art. 196–200). In: Albertini Gianfranco/Fehr Bruno/Voser Beat (Hrsg.), Polizeiliche Ermittlung, Zürich 2008, 301 ff. (zitiert ZUBER, Allgemeine Bestimmungen).
- ZUBER THOMAS, Freiheitsentzug, Untersuchungs- und Sicherheitshaft. In: Albertini Gianfranco/Fehr Bruno/Voser Beat (Hrsg.), Polizeiliche Ermittlung, Zürich 2008, 318 ff. (zitiert ZUBER, Freiheitsentzug).

## Materialienverzeichnis

- Antrag RR PolG ZH Antrag des Regierungsrates [des Kantons Zürich] vom 28. März 2012 zur Änderung des Polizeigesetzes (polizeiliche Überwachungsmaßnahmen, Datenschutz), ABI ZH 2012 655 ff.
- Aus 29 mach 1 Aus 29 mach 1. Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung. Bericht der Expertenkommission «Vereinheitlichung des Strafprozessrechts», Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, 1997
- Bericht Malama Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Malama 10.3045 vom 3. März 2010. Innere Sicherheit. Klärung der Kompetenzen, BBl 2012 4459 ff.
- Bericht RK NR Initiative Jositsch Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 3. Februar 2012 zur Parlamentarischen Initiative betr. Präzisierung des Anwendungsbereichs der Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung, BBl 2012 5591 ff.
- Botschaft Art. 260<sup>ter</sup> StGB Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Einziehungsrechts, Strafbarkeit der kriminellen Organisation, Melderecht des Financiers), BBl 1993 III 277 ff.
- Botschaft BÜPF 2013 Botschaft zum Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF) vom 27. Februar 2013, BBl 2013 2683 ff.
- Botschaft BÜPF/BVE Botschaft zu den Bundesgesetzen betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und über die verdeckte Ermittlung vom 1. Juli 1998, BBl 1998 4241 ff.
- Botschaft BV Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff.
- Botschaft NDG Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105 ff.
- Botschaft PolG GR 2018 Botschaft der Regierung [des Kantons Graubünden] an den Grossen Rat betreffend Teilrevision des Polizeigesetzes vom 15. Mai 2018, Heft Nr. 2 (2018–2019), 41 ff.
- Botschaft StPO Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085 ff.

E-StPO	Schweizerische Strafprozessordnung, Entwurf [ohne Datum], BBl 2006 1389 ff.
LVR 2012	Vorlage des Regierungsrates Basel-Landschaft an den Landrat zur Änderung des Polizeigesetzes vom 28. August 2012, Nr. 2012/227
Musterregelung KKJPD	KKJPD, Vorschläge zur Neuregelung der verdeckten Ermittlung und der verdeckten Fahndung vom 4. März 2011, verabschiedet an der Frühjahrsversammlung vom 7. April 2011 in Bern
Ratschlag RR BS 1995	Ratschlag und Entwurf [des Regierungsrats des Kantons Basel-Stadt] vom 28. April 1995 zu einem Gesetz betreffend die Kantonspolizei und Bericht des Regierungsrates zu den Anzügen G. Degen und Konsorten auf Erlass einer Verordnung zur Regelung der erkennungsdienstlichen Behandlung durch Ermittlungsbehörden und Polizeidienste vom 23. März 1991, D.L. Rhein und Konsorten betreffend Schaffung eines Polizeigesetzes vom 20. November 1991 (Geschäftsnummer 8577)
Ratschlag RR BS 2012	Ratschlag und Entwurf [des Regierungsrats Basel-Stadt] vom 22. Mai 2012 betreffend Teilrevision des Gesetzes betreffend die Kantonspolizei des Kantons Basel-Stadt (Polizeigesetz, PolG) vom 13. November 1996 – Ergänzung mit Normen zur verdeckten Fahndung und zur verdeckten Ermittlung sowie Bericht zur Motion Annemarie Pfeifer und Konsorten betreffend Weiterführen von verdeckten Ermittlungen durch die Polizei (Geschäftsnummer 12.0652.01)
Stellungnahme BR Initiative Jositsch	Stellungnahme des Bundesrates zum Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates zur Parlamentarischen Initiative betr. Präzisierung des Anwendungsbereichs der Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung vom 23. Mai 2012, BBl 2012 5609 ff.



# Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
a.A.	anderer Ansicht
Abl	Amtsblatt
AB NR	Amtliches Bulletin des Nationalrats
Abs.	Absatz
AB StR	Amtliches Bulletin des Ständerats
AJP	Aktuelle juristische Praxis (Zeitschrift)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ASOG Bln	Allgemeines Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin in der Fassung vom 11. Oktober 2006
BayRVR	Bayrischer Rechts- und Verwaltungsreport
BbgPolG	Gesetz über die Aufgaben, Befugnisse, Organisation und Zuständigkeit der Polizei im Land Brandenburg vom 19. März 1996
BBl	Bundesblatt
BetmG	Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 3. Oktober 1951, SR 812.121
betr.	betreffend
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Zeitschrift)
BPI	Bundesgesetz über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes vom 13. Juni 2008, SR 361
BR	Bundesrat
BRB	Bündner Rechtsbuch
bspw.	beispielsweise
Bst.	Buchstabe
BStrG	Bundesstrafgericht
BÜPF	Bundesgesetz betreffend Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 18. März 2016, SR 780.1
BVE	Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung vom 20. Juni 2003 (nicht mehr in Kraft; AS 2004 1409)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht [der Bundesrepublik Deutschland]
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
BWIS	Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 21. März 1997, SR 120
Cst GE	Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012, SR 131.234

Curia Vista	Geschäftsdatenbank Curia Vista der Bundesversammlung
Diss.	Dissertation
DNA	<i>deoxyribonucleic acid</i> ; deutsch: Desoxyribonukleinsäure
DNA-PG	Bundesgesetz über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekanntem oder vermissten Personen vom 20. Juni 2003, SR 363
DNA-PVO	Verordnung über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekanntem oder vermissten Personen vom 3. Dezember 2004, SR 363.1
DSG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz, SR 235.1
E.	Erwägung
EG StPO BS	Gesetz über die Einführung der Schweizerischen Strafprozessordnung [des Kantons Basel-Stadt] vom 13. Oktober 2010, Systematische Gesetzessammlung (SG) 257.100
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
eKAB GR	Elektronisches Kantonsamtsblatt [des Kantons Graubünden]
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention) vom 4. November 1950, SR 0.101
et al.	et alii/et aliae
f., ff.	folgende Seite(n)
fedpol	Bundesamt für Polizei
Fn.	Fussnote
FS	Festschrift
gl.M.	gleicher Meinung
h.L.	herrschende Lehre
Habil.	Habilitationsschrift
HAVE	Haftung und Versicherung (Zeitschrift)
HK	Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen vom 15. November 2007; Änderung vom 2. Februar 2012 («Hooligan-Konkordat»; Fassung vom 10. Januar 2014 unter Berücksichtigung des Urteils 1C_176/2013, 1C_684/2013 des Bundesgerichts vom 7. Januar 2014)
HSOG	Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung vom 26. Juni 1990
i.A.	im Allgemeinen
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinn
i.S.v.	im Sinne von
i.w.S.	im weiteren Sinn
JZ	Juristenzeitung
KG BL	Kantonsgericht Basel-Landschaft

KJ	Kritische Justiz (Zeitschrift)
KKJPD	Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren
KKPKS	Konferenz der kantonalen Polizeikommandanten
KOBIK	Koordinationsstelle zur Bekämpfung der Internetkriminalität; Dienststelle des fedpol
KV BL	Verfassung des Kantons Basel-Landschaft vom 17. Mai 1984, SR 131.222.2
KV BS	Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 23. März 2005, SR 131.222.1
KV ZH	Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005, SR 131.211
LeGes	LeGes – Gesetzgebung & Evaluation (Zeitschrift)
LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände vom 20. Juni 2014, SR 817.0
LPA GE	Loi sur la procédure administrative [de la République et du Canton de Genève] du 12 septembre 1985, recueil systématique genevois (rs/GE) E 5 10.
LPol GE	Loi sur la police administrative [de la République et du Canton de Genève] du 9 septembre 2014, recueil systématique genevois (rs/GE) F 1 05
LPol JU	Loi sur la police cantonale [du Canton de Jura] du 28 janvier 2015, RSJU 551.1
LPol NE	Loi sur la police [du Canton de Neuchâtel] du 4 novembre 2014, RSN 561.1
LPol TI	Legge sulla polizia [del Cantone Ticino] del 12 dicembre 1989, RL 561.100
LPol VD	Loi sur la police cantonale [du Canton de Vaud] du 17 novembre 1975, RSV 133.11
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	(Rand-)note
NDG	Bundesgesetz über den Nachrichtendienst vom 25. September 2015, SR 121
NR	Nationalrat
OG BE	Obergericht des Kantons Bern
PolG AG	Gesetz über die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit (Polizeigesetz [des Kantons Aargau]) vom 6. Dezember 2005, Systematische Sammlung des Aargauischen Rechts (SAR) 531.200
PolG AI	Polizeigesetz [des Kantons Appenzell-Innerrhoden] vom 29. April 2001, Gesetzessammlung des Kantons Appenzell-Innerrhoden 550.000

PolG AR	Polizeigesetz [des Kantons Appenzell-Ausserrhoden] vom 13. Mai 2002, bereinigte Gesetzessammlung (bGS) 521.1
PolG BE	Polizeigesetz [des Kantons Bern] vom 8. Juni 1997, Bernische Systematische Gesetzessammlung (BSG) 551.1
PolG BL	Polizeigesetz [des Kantons Basel-Landschaft] vom 28. November 1996, Systematische Gesetzessammlung (SGS) 700
PolG BS	Gesetz betreffend die Kantonspolizei des Kantons Basel-Stadt vom 13. November 1996, Systematische Gesetzessammlung (SG) 510.100
PolG FR	Gesetz über die Kantonspolizei [des Kantons Freiburg] vom 15. November 1990, Systematische Gesetzessammlung des Kantons Freiburg (SGF) 551.1
PolG GL	Polizeigesetz des Kantons Glarus vom 6. Mai 2007, Gesetzesammlung (GS) VA/11/1
PolG GR	Polizeigesetz des Kantons Graubünden vom 20. Oktober 2004, Bündner Rechtsbuch (BR) 613.000
PolG LU	Gesetz über die Luzerner Polizei vom 27. Januar 1998, Systematische Rechtssammlung (SRL) 350
PolG NRW	Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen vom 25. Juli 2003
PolG NW	Gesetz über das Polzeiwesen [des Kantons Nidwalden] vom 11. Juni 2014, Nidwaldner Gesetzessammlung (NG) 911.1
PolG OW	Polizeigesetz [des Kantons Obwalden] vom 11. März 2010, Gesetzesdatenbank (GDB) 510.1
PolG SG	Polizeigesetz [des Kantons St. Gallen] vom 10. April 1980, systematische Gesetzessammlung (sGS) 451.1
PolG SO	Gesetz über die Kantonspolizei [des Kantons Solothurn] vom 23. September 1990, Bereinigte Gesetzessammlung (BGS) 511.11
PolG SZ	Polizeigesetz des Kantons Schwyz vom 22. März 2000, Systematische Gesetzessammlung (SRSZ) 520.110
PolG TG	Polizeigesetz [des Kantons Thurgau] vom 9. November 2011, Rechtsbuch (RB) 551.1
PolG UR	Polizeigesetz [des Kantons Uri] vom 30. November 2008, Urner Rechtsbuch (RB) 3.8111
PolG VS	Gesetz über die Kantonspolizei [des Kantons Wallis] vom 11. November 2016, Systematische Gesetzessammlung (SGS) 550.1
PolG ZG	Polizeigesetz [des Kantons Zug] vom 30. November 2006, Bereinigte Gesetzessammlung (BGS) 512.1
PolG ZH	Polizeigesetz [des Kantons Zürich] vom 23. April 2007, Loseblattsammlung (LS) 550.1
recht	recht (Zeitschrift)
RK NR	Rechtskommission des Nationalrats
RR	Regierungsrat

S.	Satz
sic!	sic! – Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, SR 312.0
StPO BS	Strafprozessordnung des Kantons Basel-Stadt vom 8. Januar 1997 (ausser Kraft; ehemals Systematische Gesetzessammlung [SG] 257.100)
StPO-D	Strafprozessordnung [der Bundesrepublik Deutschland] in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel 2 Absatz 2 des Gesetzes vom 12. Juni 2015 (BGBl. I S. 926) geändert worden ist
StR	Ständerat
StrGer BS	Strafgericht Basel-Stadt
StV	Strafverteidiger (Zeitschrift)
StVO D	Strassenverkehrs-Ordnung [der Bunderepublik Deutschland] vom 6. März 2013 (BGBl. I S. 367)
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958, SR 741.01
TStG	Bundesgesetz über die Tabakbesteuerung vom 21. März 1969, SR 641.31
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.2
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986, SR 241
vgl.	vergleiche
VRG GR	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege [des Kantons Graubünden] vom 31. August 2006, Bündner Rechtsbuch (BRB) 370.100.
VRG ZH	Verwaltungsrechtspflegegesetz [des Kantons Zürich] vom 24. Mai 1959, Loseblattsammlung (LS) 175.2
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, SR 172.021
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zeitschrift)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft





Eine der Hauptaufgaben der Polizei ist die Ermittlung von Straftaten. Die Strafprozessordnung lässt polizeiliche Ermittlungen nur zu, wenn ein Tatverdacht besteht. Dennoch führt die Polizei regelmässig verdachtslose Ermittlungen durch, indem sie etwa verdeckt nach Drogendealern fahndet oder in Internetchats Personen nachspürt, die versuchen, sexuelle Kontakte mit Minderjährigen anzubahnen. Die meisten Kantone haben in jüngster Zeit im Polizeirecht gesetzliche Grundlagen für sogenannte Vorermittlungen geschaffen. Diese sollen der Prävention von Straftaten dienen. Dennoch fragt sich, ob solche Massnahmen, die in die Privatsphäre der betroffenen Personen eingreifen, den Anforderungen der Bundesverfassung an Eingriffe in die Grundrechte entsprechen. Die vorliegende Studie analysiert, ob die gesetzlichen Regelungen verdachtsloser Ermittlungen der Kantone dem Legalitätsgrundsatz genügen und ob bei Vorermittlungen die Erfordernisse des Verhältnismässigkeitsprinzips befolgt werden.

ISBN 978-3-7190-4235-6

