

Der Polizeigewahrsam nach Zürcher Recht – Anmerkungen aus grundrechtlicher Sicht

Die präventive Ingewahrsamnahme von Personen wird vermehrt auf der Bundesebene adressiert. Dabei kommt grundsätzlich den Kantonen die Polizeihochheit zu. Der vorliegende Beitrag untersucht exemplarisch, wie der Kanton Zürich den Polizeigewahrsam geregelt hat und wie diese Regelung aus grundrechtlicher Sicht zu beurteilen ist. Ausgehend davon werden Erkenntnisse präsentiert, welche auch für die Rechtsentwicklung auf der Bundesebene beachtet werden sollten.

I. Präventiver Gewahrsam	80
II. Grundrechtliche Beurteilung	80
1. Potentiell anwendbare Grundrechte	80
2. Rechtfertigung von Grundrechtseinschränkungen	81
a) Einschränkung	81
b) Erfordernis der gesetzlichen Grundlage	81
c) Wahrung der Verhältnismässigkeit	82
III. Polizeigewahrsam nach Zürcher Recht	82
1. Anwendbare Rechtsgrundlagen	82
2. Regelung im Polizeigesetz	82
a) Voraussetzungen (§ 25 PolG/ZH)	82
b) Durchführung (§ 26 PolG/ZH)	83
c) Dauer, gerichtliche Überprüfung (§ 27 PolG/ZH)	84
d) Verhältnismässige Anwendung dieser Bestimmungen	85
3. Erkenntnisse für die Fortentwicklung des Rechts	86
IV. Fazit	87

Zitiervorschlag:

PATRICE MARTIN ZUMSTEG, Der Polizeigewahrsam nach Zürcher Recht – Anmerkungen aus grundrechtlicher Sicht, sui generis 2023, S. 79

Dr. iur. Patrice Martin Zumsteg, wissenschaftlicher Mitarbeiter und Dozent für Staats- und Verwaltungsrecht an der ZHAW Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, Winterthur, Rechtsanwalt bei AAK Anwälte und Konsulenten AG, Zürich (zumg@zhaw.ch). Dieser Aufsatz basiert auf einem Vortrag vom 18. November 2022 bei der Stiftung für juristische Weiterbildung Zürich SJWZ. Der Autor dankt Rechtsanwältin Myriam Dannacher und Rechtsanwalt Markus J. Meier für wertvolle Hinweise.

URL: sui-generis.ch/230

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.230>

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

I. Präventiver Gewahrsam

- 1 Die Instrumente, mit welchen Personen präventiv in Gewahrsam genommen werden können, sind gegenwärtig einem raschen Wandel unterworfen. Erst 2022 ist der Mantelerlass des Bundes, «Polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus» (PMT), in Kraft getreten, der unter anderem eine «Eingrenzung auf eine Liegenschaft» vorsieht (Art. 230f. BWIS¹).² Und bereits hat das Parlament wieder über eine Verschärfung diskutiert – nämlich die «Gesicherte Unterbringung von staatsgefährdenden Personen».³ Der Nationalrat hat der entsprechenden parlamentarischen Initiative zwar keine Folge gegeben. Allerdings werden die eidgenössischen Räte im Rahmen der Revision des Sanktionenvollzugs ebenfalls wieder darüber beraten, wie mit als gefährlich eingeschätzten Personen nach Ende einer ordentlichen Freiheitsstrafe umzugehen ist.⁴
- 2 Für den Erlass des PMT auf der Ebene des Bundes wurde zu Recht darauf hingewiesen, dass diesem dafür die verfassungsmässige Kompetenz fehlt.⁵ Grundsätzlich sind nämlich die Kantone für die präventive Gefahrenabwehr zuständig;⁶ ihnen kommt die Polizeihohheit zu.⁷ Dementsprechend sehen die Kantone in ihren Gesetzen regelmässig einen präventiv-polizeilichen Gewahrsam vor.⁸ Dieser wird in der Regel in einer Zelle (allenfalls einer Spitalhaftzelle) vollzogen. Denkbar ist zudem die Einschliessung in einem Fahrzeug oder im Freien, verbunden mit einer Fesselung.⁹ Es handelt sich dabei um eine für die betroffene

1 Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 21. März 1997 (BWIS; SR 120).

2 Vgl. zum PMT etwa KASTRIOT LUBISHTANI / HADRIEN MONOD, *Mesures policières de lutte contre le terrorisme*, Analyse critique du projet de loi fédérale, *Sicherheit & Recht* 2020, S. 19 ff.; SVEN ZIMMERMANN, *Das Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus*, *Sicherheit & Recht* 2020, S. 184 ff.

3 Parlamentarische Initiative 20.465 vom 23. September 2020, Tuena, *Gesicherte Unterbringung von staatsgefährdenden Personen*.

4 Botschaft vom 2. November 2022 zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Jugendstrafgesetzes (Massnahmenpaket Sanktionenvollzug) (BB120222991).

5 MARKUS MOHLER, *Dem PMT-Gesetz fehlt die Verfassungsgrundlage, sui generis* 2021, insb. S. 65 ff.; PATRICE MARTIN ZUMSTEG, *Das geplante Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT) – Verfassungsgrundlage und Verfahrensrecht, sui generis* 2021, insb. S. 130 f.

6 Allgemein zur Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen statt vieler: DANIEL MOECKLI, *Sicherheitsverfassung*, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Bd. 3, Zürich et al. 2020, N 4 ff.

7 BGE 140 I 353 E. 5.1; GIOVANNI BIAGGINI, *BV-Kommentar*, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 57 N 5 (zit. BIAGGINI, OFK BV); OLIVER DIGGELMANN / TILMANN ALTWICKER, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Basel 2015, Art. 57 N 24 (zit. BSK BV-BEARBEITER:IN).

8 JÜRIG MARCEL TIEFENTHAL, *Kantonales Polizeirecht der Schweiz*, Zürich et al. 2018, § 12.

9 GIANFRANCO ALBERTINI, *Polizeigesetz und Polizeiverordnung des Kantons Graubünden*, 2. Aufl., Zürich et al. 2022, Art. 15 N 1.1 (zit. ALBERTINI, PolG/GR); TIEFENTHAL (Fn. 8), § 12 N 5.

Person sehr einschneidende polizeiliche Standardmassnahme.¹⁰ Deshalb wird vorliegend aus grundrechtlicher Sicht exemplarisch der Polizeigewahrsam nach Zürcher Recht untersucht und beurteilt, welche Erkenntnisse aus dieser Analyse für die weiteren Entwicklungen auf Bundesebene relevant sein können.

II. Grundrechtliche Beurteilung

1. Potentiell anwendbare Grundrechte

Offensichtlich tangiert die Ingewahrsamnahme einer Person deren Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV¹¹) und je nach Dauer, Art, Wirkung und Modalitäten der Freiheitsbeschränkung sind auch die besonderen Garantien des Freiheitsentzugs anwendbar (Art. 31 BV und Art. 5 EMRK¹²).¹³ Als massive Beschränkung der Bewegungsfreiheit stellt der Polizeigewahrsam in aller Regel einen solchen Freiheitsentzug dar.¹⁴ Der Gewahrsam hat so dann regelmässig zur Folge, dass der Schutzbereich einer ganzen Reihe weiterer Grundrechte, etwa des Anspruchs auf Privatsphäre (Art. 13 BV und Art. 8 EMRK), eröffnet ist.¹⁵ In bestimmten Konstellationen kommen weitere grundrechtliche Ansprüche hinzu, wie zum Beispiel eine Demonstration mit unfriedlicher Nach-Demonstration, welche zu zahlreichen Ingewahrsamnahmen führt und damit die Ausübung der Versammlungs- und Meinungsfreiheit (Art. 22 und 16 BV sowie Art. 11 EMRK) vieler Personen beendet.¹⁶ Schliesslich gilt selbstverständlich auch beim Polizeigewahrsam, dass der Staat sein Gewaltmonopol nur in rechtsgleicher (Art. 8 BV) und willkürfreier (Art. 9 BV) Art und Weise ausüben darf.¹⁷

Eine umfassende Analyse all dieser grundrechtlichen Ansprüche würde den Rahmen des vorliegenden Aufsatzes sprengen. Insbesondere deshalb, weil nicht nur

10 ALBERTINI, PolG/GR, Art. 15 N 1.1; TIEFENTHAL (Fn. 8), § 12 N 1.

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

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

13 CHRISTOPH GRABENWARTER / KATHARINA PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 7. Aufl., Basel et al. 2021, § 21 N 8 ff.; REGINA KIENER / WALTER KÄLIN / JUDITH WYTTEBACH, *Grundrechte*, 3. Aufl., Bern 2018, § 12 N 32 ff., je m.w.H.

14 FLORIAN SAMUEL FLEISCHMANN, *Polizeirechtliche Massnahmen zur Bekämpfung der Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen*, Eine systematische Darstellung der Rechtslage im Kanton Zürich, Zürich et al. 2019, N 646; MARKUS H. F. MOHLER, *Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz*, Basel 2012, N 389 und 1508.

15 Etwa bei der Überwachung von Polizeizellen mittels Videokameras. GRABENWARTER/PABEL (Fn. 13), § 22 N 9; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH (Fn. 13), § 14 N 6 ff.

16 Vgl. PATRICE MARTIN ZUMSTEG, *Demonstrationen in der Stadt Zürich*, Verwaltungsrecht und Behördenpraxis am Massstab der Versammlungs- und Meinungsfreiheit, Zürich et al. 2020, N 317 ff.

17 KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH (Fn. 13), § 7 N 8, sprechen von einer «Querschnittsfunktion» dieser Grundrechte.

klassische Freiheitsrechte zu beurteilen sind.¹⁸ Entsprechend unterliegen nicht alle tangierten Garantien in gleicher Art und Weise der Schrankennorm von Art. 36 BV.¹⁹ Allerdings lässt sich grundsätzlich für alle Grundrechte festhalten, dass eine staatliche Einschränkung nur unter Wahrung des Legalitäts- und Verhältnismässigkeitsprinzips zulässig ist.²⁰ Letzteres orientiert sich am Interesse, welches der Staat für die Grundrechtseinschränkung geltend macht.²¹ Diese Interessen sind einzelfallabhängig.²² In den hier interessierenden Konstellationen wird aber regelmässig der Schutz von Polizeigütern – die öffentliche Sicherheit und Ordnung – als Rechtfertigungsgrund zur Verfügung stehen.²³ Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich deswegen auf Überlegungen, welche sich unter das grundrechtliche Legalitäts- und Verhältnismässigkeitsprinzip fassen lassen.

2. Rechtfertigung von Grundrechtseinschränkungen

a) Einschränkung

- 5 Vorweg gilt es, die Grundrechtseinschränkung, welche durch einen präventiven Gewahrsam erfolgt, zu charakterisieren. Aufgrund der erheblichen Einwirkung auf die Grundrechtsposition der Einzelnen ist der Polizeigewahrsam in aller Regel als schwerwiegende Einschränkung anzusehen.²⁴ Soweit dies OPPLIGER/HEIMGARTNER im Kontext der Verhältnismässigkeit «angesichts der befristeten Dauer des Grundrechtseingriffs» relativieren,²⁵ ist ihnen zu widersprechen. Diese Haltung blendet den Haftschock aus. Damit ist gemeint, dass der abrupte Übergang aus dem Lebensalltag in staatlichen Gewahrsam regelmässig als psychisch enorm belastend – bis hin zur Suizidalität – erlebt wird.²⁶
- 6 Aus grundrechtlicher Sicht nicht ausschlaggebend ist, ob die Ingewahrsamnahme als Verfügung oder (verfügungs-

vertretender) Realakt charakterisiert wird.²⁷ Grundrechtliche Ansprüche können auch durch faktisches staatliches Handeln verkürzt werden.²⁸

b) Erfordernis der gesetzlichen Grundlage

Eine schwerwiegende Grundrechtseinschränkung erfordert eine gesetzliche Grundlage im formellen Sinn (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV).²⁹

Neben der hinreichenden Normstufe ist auch eine genügende Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage erforderlich, was bei schwerwiegenden Einschränkungen strenger zu beurteilen ist.³⁰ Allerdings ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung das Bestimmtheitserfordernis im Polizeirecht herabgesetzt.³¹ Diese Praxis ist auf Kritik in der Lehre gestossen.³² Zwar ist eine herabgesetzte Normdichte mit verfahrensrechtlichen Absicherungen (etwa dem Vorbehalt gerichtlicher Prüfung) und einer strengeren Verhältnismässigkeitsprüfung ein Stück weit kompensierbar.³³ Zu Recht wird aber darauf hingewiesen, dass es sehr wohl möglich ist, die typischen Situationen der Polizeitätigkeit und die entsprechenden Zwangsmittel zu regeln. Ansonsten könnten keine Polizeigesetze und Dienstanweisungen erlassen werden.³⁴

Zudem bindet dieses innerstaatliche Verständnis der Normbestimmtheit den EGMR nicht.³⁵ Er verlangt, dass eine Norm vorhersehbar ist, der Einzelne demnach die Bedingungen staatlichen Handelns und die Folgen seiner eigenen Tätigkeit abschätzen kann.³⁶ Diese – wegen

18 Eine aktuelle Darstellung mit Fokus auf Art. 5 EMRK bietet ANDREAS DONATSCH, *Gesicherte Unterbringung von staatsgefährdenden Personen, Sicherheit & Recht* 2022, S. 57 ff.

19 Statt vieler KIENER/KÄLIN/WYTENBACH (Fn. 13), § 9 N 7 ff.

20 KIENER/KÄLIN/WYTENBACH (Fn. 13), § 9 N 8; MARKUS SCHEFER, *Die Beeinträchtigung von Grundrechten, Zur Dogmatik von Art. 36 BV*, Bern 2006, S. 9 ff., plädiert sogar für eine umfassende Anwendbarkeit von Art. 36 BV auf sämtliche Grundrechte.

21 KIENER/KÄLIN/WYTENBACH (Fn. 13), § 9 N 119; SCHEFER (Fn. 20), S. 82.

22 KIENER/KÄLIN/WYTENBACH (Fn. 13), § 9 N 104.

23 FLEISCHMANN (Fn. 14), N 649. Vgl. auch KIENER/KÄLIN/WYTENBACH (Fn. 13), § 9 N 109 ff.

24 Vgl. KIENER/KÄLIN/WYTENBACH (Fn. 13), § 44 N 3 f.; TIEFENTHAL (Fn. 8), § 12 N 1.

25 BEAT OPPLIGER / STEFAN HEIMGARTNER, in: Donatsch/Jaag/Zimmerlin (Hrsg.), *Kommentar zum Polizeigesetz des Kantons Zürich*, Zürich et al. 2018, § 25 N 32 (zit. BEARBEITER:IN, PolG/ZH), vgl. auch N 8, wo erst ab «einer gewissen Dauer» des Gewahrsams ein schwerwiegender Eingriff bejaht wird.

26 THOMAS NOLL, *Optimierung der Untersuchungshaft im Kanton Zürich*, SZK 2019, S. 60.

27 Die Überlegung von ALBERTINI, *PolG/GR*, Art. 15 N 1.4, wonach der Polizeigewahrsam gemäss Polizeigesetz realiter vollzogen wird, während Art. 8f. Hooligan-Konkordat (Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen vom 15. November 2007; Änderung vom 2. Februar 2012 [Hooligan-Konkordat]) ausdrücklich eine Verfügung vorsieht, kann auf das Zürcher Recht übertragen werden.

28 KIENER/KÄLIN/WYTENBACH (Fn. 13), § 9 N 23 ff.; MOHLER (Fn. 14), N 878.

29 SCHEFER (Fn. 20), S. 54, m.w.H.; diesbezüglich grosszügiger ist die Anforderung der EMRK, vgl. GRABENWARTER/PABEL (Fn. 13), § 18 N 9.

30 BIAGGINI, *OFK BV*, Art. 36 N 11 f.; GRABENWARTER/PABEL (Fn. 13), § 18 N 11.

31 BGE 136 I 87 E. 3.1; bestätigt in BGE 140 I 381 E. 4.4.

32 KIENER/KÄLIN/WYTENBACH (Fn. 13), § 9 N 81 ff.; RAINER J. SCHWEIZER, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3. Aufl., Zürich et al. 2014, Art. 36 N 23 (zit. SGK BV-BEARBEITER:IN).

33 BGE 128 I 327 E. 4.2 m.w.H. auf die Rechtsprechung; so auch schon HANS REINHARD, *Allgemeines Polizeirecht, Aufgaben, Grundsätze und Handlungen*, Bern et al. 1993, S. 153.

34 Wiederum KIENER/KÄLIN/WYTENBACH (Fn. 13), § 9 N 81; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 23.

35 Vgl. etwa Urteil des EGMR 12675/05 vom 8. Oktober 2009 (Gsell gegen Schweiz), Ziff. 58 ff.

36 Urteil des EGMR [Plenum] 6538/74 vom 26. April 1979 (The Sunday Times gegen das Vereinigte Königreich Nr. 1), Ziff. 49; Urteil des EGMR 11801/85 vom 24. April 1990 (Kruslin gegen Frankreich), Ziff. 32 ff.

des grundlegenden Urteils – sogenannte Sunday-Times-Rechtsprechung wurde zwar an den Art. 8-11 EMRK entwickelt,³⁷ sie lässt sich aber auf die übrigen Ansprüche übertragen und ist damit generell zu beachten.³⁸

- 10 Insgesamt ist deshalb zu verlangen, dass ein Gesetz im formellen Sinn den präventiven Gewahrsam verankert und seine Voraussetzungen, das Verfahren der Anordnung und Verlängerung sowie der Entlassung hinreichend klar umschreibt.³⁹

c) Wahrung der Verhältnismässigkeit

- 11 Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt, dass eine staatliche Massnahme geeignet sowie erforderlich ist, um das Eingriffsinteresse zu erreichen, und der betroffenen Person die Einschränkung ihrer Grundrechte zugemutet werden kann.⁴⁰ Die Erforderlichkeit in zeitlicher Hinsicht ist beim Polizeigewahrsam von besonderer Bedeutung; sobald der Grund für diesen wegfällt, ist die in Gewahrsam genommene Person in Freiheit zu entlassen.⁴¹ Ebenfalls wichtig ist die Erforderlichkeit in persönlicher Hinsicht: Einschränkungen, welche eine Vielzahl von Personen treffen, sind nur verhältnismässig, wenn das angestrebte Ziel nicht durch individuelle Anordnungen erreicht werden kann.⁴²

III. Polizeigewahrsam nach Zürcher Recht

1. Anwendbare Rechtsgrundlagen

- 12 Im hier interessierenden Kanton Zürich steht die Wahrung der Sicherheit am Beginn des Katalogs der Staatsaufgaben, wie sie in der Kantonsverfassung verankert sind (Art. 100 KV/ZH⁴³).⁴⁴ Der präventive Gewahrsam ist sodann in verschiedenen Erlassen vorgesehen: nämlich

37 Vgl. SCHEFER (Fn. 20), S. 74 f.; MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 3. Aufl., Zürich et al. 2020, N 645.

38 GRABENWARTER/PABEL (Fn. 13), § 18 N 7; vgl. für Art. 5 EMRK etwa Urteil des EGMR 41242/08 vom 2. Oktober 2012 (Plesó gegen Ungarn), Ziff. 59: «domestic law must itself be in conformity with the Convention, including the general principles expressed or implied in it, particularly the principle of the rule of law».

39 Ähnlich FLEISCHMANN (Fn. 14), N 655; TIEFENTHAL (Fn. 8), § 12 N 15.

40 Ausführlich KIENER/KÄLIN/WYTENBACH (Fn. 13), § 9 N 119 ff., m.w.H. auch auf die Besonderheiten unter der EMRK.

41 ALBERTINI, PolG/GR, Art. 15 N 4; OPPLIGER/HEIMGARTNER, PolG/ZH, § 27 N 3 f.

42 KIENER/KÄLIN/WYTENBACH (Fn. 13), § 9 N 137 f.; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 39. Zur Erforderlichkeit in sachlicher Hinsicht FLEISCHMANN (Fn. 14), N 651.

43 Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (KV/ZH; LS 101).

44 Das ist in einer ganzen Reihe von Kantonen der Fall, vgl. MOECKLI (Fn. 6), N 21.

im PolG/ZH⁴⁵, dem GSG/ZH⁴⁶ und dem so genannten Hooligan-Konkordat.⁴⁷ Das PolG/ZH und das GSG/ZH sind vom kantonalen Parlament beschlossene Erlasse und auch der Beitritt zum Hooligan-Konkordat erfolgt auf formell-gesetzlicher Grundlage. Dem Erfordernis der hinreichenden Normstufe ist damit Genüge getan.⁴⁸

In der weiteren Untersuchung liegt der Fokus auf dem PolG/ZH, da die anderen Erlasse spezifisch auf die Bereiche der häuslichen Gewalt respektive Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen anwendbar sind.⁴⁹ Das PolG/ZH hingegen hat einen weiteren sachlichen Anwendungsbereich und widmet dem polizeilichen Gewahrsam ein eigenes Kapitel im Abschnitt zu den polizeilichen Massnahmen. Die entsprechenden Paragraphen (§§ 25 ff. PolG/ZH) werden nun näher betrachtet.

2. Regelung im Polizeigesetz

a) Voraussetzungen (§ 25 PolG/ZH)

«Die Polizei darf eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn

- sie sich selber, andere Personen, Tiere oder Gegenstände ernsthaft und unmittelbar gefährdet,
- sie voraussichtlich der fürsorglichen Hilfe bedarf,
- sie sich einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Massnahme durch Flucht entzogen hat oder
- dies zur Sicherstellung einer Vor-, Zu- oder Rückführung notwendig ist.»

Die Gründe, welche zur Ingewahrsamnahme führen können, lassen sich mit den Schlagworten «schwere und unmittelbar bevorstehende Fremd- oder Selbstgefährdung» (lit. a und b)⁵⁰ sowie «Gewahrsam im Hinblick auf einen weiteren staatlichen Zweck» (lit. c und d)⁵¹ zusammenfassen. Aufgrund des Erfordernisses der Normbestimmtheit ist die Aufzählung in § 25 PolG/ZH abschliessend zu verstehen.⁵²

Nicht ohne weiteres klar ist das Verständnis von «Tiere oder Gegenstände» in § 25 lit. a PolG/ZH. Da der Polizeigewahrsam eine schwerwiegende Grundrechtseinschrän-

45 Polizeigesetz des Kantons Zürich vom 23. April 2007 (PolG/ZH; LS 550.1).

46 Gewaltschutzgesetz des Kantons Zürich vom 19. Juni 2006 (GSG/ZH; LS 351).

47 Gesetz über den Beitritt zum Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen des Kantons Zürich vom 18. Mai 2009 (LS 551.19).

48 Vgl. oben Rz. 7 ff.

49 OPPLIGER/HEIMGARTNER, PolG/ZH, § 25 N 15 und 17; ausführlich zum polizeilichen Gewahrsam nach Hooligan-Konkordat FLEISCHMANN (Fn. 14), N 940 ff.

50 Vgl. OPPLIGER/HEIMGARTNER, PolG/ZH, § 25 N 18 ff.

51 Vgl. OPPLIGER/HEIMGARTNER, PolG/ZH, § 25 N 25 ff.

52 FLEISCHMANN (Fn. 14), N 632; OPPLIGER/HEIMGARTNER, PolG/ZH, § 25 N 8.

kung darstellt,⁵³ sind die beiden Begriffe einschränkend zu verstehen: Diese Tiere oder Gegenstände müssen in fremdem Eigentum stehen⁵⁴ und einen erheblichen Wert darstellen und/oder ihre Beschädigung oder ihr Untergang muss weitere negative Folgen für die öffentliche Sicherheit und Ordnung haben.⁵⁵

17 Einen sehr offenen Wortlaut hat überdies § 25 lit. d PolG/ZH. Er würde einen Gewahrsam zum Zweck der Zuführung an die zuständigen Behörden im Hinblick auf sämtliche Massnahmen möglich machen.⁵⁶ Eine Zuführung mit vorgängigem Polizeigewahrsam sollte aber nur möglich sein, wenn die sich anschliessende Massnahme das zu rechtfertigen vermag. Im Migrationsrecht wird dies etwa dann der Fall sein, wenn die Migrationsbehörde selbst legitimen Grund hat, eine freiheitsentziehende Massnahme anzuordnen,⁵⁷ deren Dauer über derjenigen des polizeilichen Gewahrsams liegt.

18 Der polizeiliche Gewahrsam erfolgt aus sicherheitspolizeilichen Motiven.⁵⁸ Diese sind von kriminalpolizeilichen – d.h. strafrechtlichen und strafprozessualen – Motiven abzugrenzen.⁵⁹ Die beiden Bereiche können aber fließend ineinander übergehen und sich auch überschneiden, was die Abgrenzung im Einzelfall anspruchsvoll macht.⁶⁰ So etwa, wenn eine gewalttätige Person bereits einen Menschen verletzt hat und weiter auf diesen einschlägt, wovon sie durch Ingewahrsamnahme abgehalten wird.⁶¹ GERBER hat überzeugend argumentiert, dass die Anwendbarkeit von Polizeirecht oder Strafrecht durch eine umfassende Interessenabwägung im konkreten Fall festzustellen ist, wobei die Feststellung der Polizei obliegt, da ihr in beiden Rechtsgebieten eine entscheidende Funktion zukommt und sie für den gesamten Einsatz zuständig ist.⁶²

53 Vgl. oben Rz. 5f.

54 Gegenüber Eigentümern und Haltern von Tieren ist primär die Tierschutzgesetzgebung anwendbar. Vgl. insb. Art. 23ff. Tierschutzgesetz vom 16. Dezember 2005 (TSchG; SR 455).

55 Hier sind Konstellationen denkbar, in welchen die Eigentümerin mit einem ihr gehörenden Tier (etwa ein Pferd) oder Gegenstand (zum Beispiel ein Motorfahrzeug) eine erhebliche Gefahr schafft, der mit kurzzeitigem Gewahrsam begegnet wird.

56 OPPLIGER/HEIMGARTNER, PolG/ZH, § 25 N 27ff.

57 Vgl. dazu Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), Handbuch Migrationsrecht Schweiz, Europa- und bundesrechtliche Grundlagen des schweizerischen Asyl- und Ausländerrechts, Bern 2015, S. 223.

58 OPPLIGER/HEIMGARTNER, PolG/ZH, § 25 N 5; ALBERTINI, PolG/GR, Art. 15 N 1.1.

59 OPPLIGER/HEIMGARTNER, PolG/ZH, § 25 N 1 und 13; TIEFENTHAL (Fn. 8), § 12 N 2.

60 BGE 136 I 87 E. 3.4; GABRIELE BERGER, Zusammenarbeit von Polizei und Staatsanwaltschaft im Schnittbereich von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, fp 2016, S. 343.

61 Beispiel von MOHLER (Fn. 14), N 809.

62 BERGER (Fn. 60), S. 346f., m.w.H. Für die Erhebung von Beweisen: BGE 146 I 11 E. 4.

b) Durchführung (§ 26 PolG/ZH)

«1 Hat die Polizei eine Person in Gewahrsam genommen, gibt sie ihr unverzüglich den Grund dafür bekannt. 19

2 Sie gibt ihr Gelegenheit, eine Anwältin oder einen Anwalt zu bestellen, und, soweit dadurch der Zweck des polizeilichen Gewahrsams nicht gefährdet wird, eine Person ihres Vertrauens zu benachrichtigen. Ist die in Gewahrsam genommene Person dazu nicht in der Lage, hat die Polizei so schnell wie möglich Angehörige oder Familiengenossen zu benachrichtigen, soweit dies nicht dem mutmasslichen Willen der Person widerspricht.

3 Ist die Person minderjährig oder steht sie unter umfassender Beistandschaft, ist ohne Verzug eine für die elterliche Sorge, Obhut oder Vormundschaft oder für die Beistandschaft verantwortliche Person oder Stelle zu benachrichtigen.

4 Die Person muss mit den sie bewachenden Personen Kontakt aufnehmen können, wenn sie Hilfe benötigt.»

Die Informationspflicht im ersten Absatz ist von grosser Bedeutung. Sie bezweckt, dass die betroffene Person die Rechtmässigkeit der Ingewahrsamnahme einschätzen und gegebenenfalls gerichtlich überprüfen lassen kann.⁶³ Deshalb muss sie in für sie verständlicher Weise auch darüber aufgeklärt werden, dass sie sich nicht selber belasten muss, einen Anwalt beiziehen und ein Gericht mit der Überprüfung des Gewahrsams befassen darf.⁶⁴ Bei ausländischen Staatsangehörigen ist auf deren Wunsch die diplomatische oder konsularische Vertretung zu informieren.⁶⁵ Nur wenn eine Person alle ihre Rechte überhaupt kennt, kann sie diese auch ausüben.⁶⁶ 20

Dies gilt ebenso für das Recht auf Beizug einer Anwältin, wie es im zweiten Absatz erwähnt wird. Hier ist die sich in Gewahrsam befindliche Person über Art. 29 Abs. 3 BV aufzuklären.⁶⁷ Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsbeistand ist auch im verwaltungsrechtlichen Verfahren nach § 25 PolG/ZH anwendbar, unabhängig davon, ob es zu einem anschliessenden Straf- oder einem anderem Verfahren kommt.⁶⁸ Die ratio von Art. 29 Abs. 3 BV ist die Herstellung einer gewissen Waffengleichheit.⁶⁹ Dies ist bei einem schwerwiegenden 21

63 FLEISCHMANN (Fn. 14), N 637; TIEFENTHAL (Fn. 8), § 12 N 15.

64 OPPLIGER/HEIMGARTNER, PolG/ZH, § 26 N 10; TIEFENTHAL (Fn. 8), § 12 N 15.

65 Vgl. Art. 36 Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen vom 24. April 1963 (SR 0.191.02).

66 MOHLER (Fn. 14), N 488.

67 Ausführlich zum Gehalt dieser Garantie KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (Fn. 13), § 41 N 85ff.

68 BIAGGINI, OFK BV, Art. 29 N 27; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (Fn. 13), § 41 N 90.

69 So ausdrücklich BGE 131 I 350 E. 3.1.

Grundrechtseingriff wie dem polizeilichen Gewahrsam sicher geboten.⁷⁰

22 Schliesslich schweigt sich § 26 PolG/ZH trotz der Marginalie «Durchführung» zu wichtigen Aspekten des Vollzugs aus. Insbesondere muss der Ort der Unterbringung für die fragliche Person geeignet sein, was der vierte Absatz nur anklingen lässt.⁷¹ Zudem ist die medizinische und seelsorgerische Betreuung sicherzustellen und überhaupt sind die Grundsätze eines menschenrechtskonformen Freiheitsentzugs einzuhalten.⁷² Dazu existieren detaillierte Richtlinien der UNO und des Europarats.⁷³ Hervorzuheben ist insbesondere, dass hinreichend Raum für die einzelne Person vorhanden sein muss, was bei zahlreichen Ingewahrsamnahmen – etwa nach einer unfriedlichen Demonstration – faktisch schwierig werden kann.⁷⁴ Deshalb ist ein Vorgehen, das die Erforderlichkeit in persönlicher Hinsicht wahrt, umso wichtiger.⁷⁵

23 Nach dem Gesagten weist § 26 PolG/ZH erhebliche Lücken auf,⁷⁶ die zwar mittels verfassungskonformer Auslegung geschlossen werden können.⁷⁷ Das ändert aber nichts daran, dass die Normdichte hier als zu tief zu bewerten ist. Eine ausdrückliche Regelung der angesprochenen Punkte im PolG/ZH selbst würde sowohl für die Personen, welche das Gesetz anwenden, als auch für die (potentiell) betroffenen Personen die Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit erhöhen. In einem derart grundrechtssensiblen Bereich ist dies angebracht.

c) Dauer, gerichtliche Überprüfung (§ 27 PolG/ZH)

24 «1 Der Gewahrsam dauert bis zum Wegfall seines Grundes, längstens jedoch 24 Stunden. Die Rechtmässigkeit des Gewahrsams wird auf Gesuch der betroffenen Person durch die Haftrichterin oder den Haftrichter überprüft. Dem Begehren kommt keine aufschiebende Wirkung zu.

70 Hingegen wollen OPPLIGER/HEIMGARTNER, PolG/ZH, § 26 N 14, die Möglichkeit unentgeltlicher Rechtsbeistandschaft offenbar von einem sich anschliessenden Haft- oder verwaltungsrechtlichen Verfahren abhängig machen.

71 OPPLIGER/HEIMGARTNER, PolG/ZH, § 26 N 27; vgl. auch MOHLER (Fn. 14), N 427 und 836, hinsichtlich des Trenngebots von Erwachsenen und Jugendlichen. Ausdrückliche Regelung hingegen in Art. 42 Abs. 1 Polizeigesetz des Kantons St. Gallen vom 10. April 1980 (PolG/SG; sGS 451.1).

72 OPPLIGER/HEIMGARTNER, PolG/ZH, § 26 N 10 und 21 ff.; TIEFENTHAL (Fn. 8), § 12 N 16 ff., je m.w.H.

73 Insbesondere die sog. Nelson-Mandela-Rules der UNO und die European Prison Rules des Europarats.

74 Für Gefängniszellen verlangt die Europäische Kommission zur Verhütung von Folter (CPT) mindestens sechs Quadratmeter bei einer Einzelbelegung und bei einer Mehrfachbelegung vier Quadratmeter pro Person, vgl. Living space per prisoner in prison establishments: CPT standards.

75 Vgl. unten Rz. 30 ff.

76 Hinsichtlich der Belehrungspflichten a.A. ist FLEISCHMANN (Fn. 14), N 656.

77 Vgl. BGE 136 I 87 E. 6.

2 Ist im Hinblick auf die Zuführung an eine für weitere Massnahmen zuständige Stelle ein Gewahrsam von mehr als 24 Stunden notwendig, so stellt die Polizei innert 24 Stunden ab Beginn des Gewahrsams der Haftrichterin oder dem Haftrichter einen begründeten Antrag auf Verlängerung. Für das Verfahren sind die Bestimmungen der Strafprozessordnung sinngemäss anwendbar.»

Mit dieser Bestimmung werden Art. 31 Abs. 4 BV und 25 Art. 5 Abs. 4 EMRK im kantonalen Recht konkretisiert.⁷⁸ Allerdings ergibt sich aus dem Wortlaut von § 27 PolG/ZH keine zeitliche Obergrenze für die Verlängerung des Polizeigewahrsams.⁷⁹ Diese Lücke ist mittels systematischer Auslegung zu schliessen und die Grenze von längstens vier Tagen aus § 14 Abs. 2 GSG/ZH auf das PolG/ZH zu übertragen.⁸⁰ Eine analoge Anwendung der zweimonatigen Frist von Art. 66 Abs. 2 StGB⁸¹ scheidet aus. Der Polizeigewahrsam und das Polizeirecht sind auf das kurzfristige Beseitigen von Gefahren und Störungen ausgerichtet.⁸² Soll die Ingewahrsamnahme nach vier Tagen fortgesetzt werden, muss dafür eine andere hinreichende Grundlage – etwa im Strafprozessrecht oder im Erwachsenenschutzrecht – bestehen.

Nicht bei den Bestimmungen über den Polizeigewahrsam 26 eingeordnet ist die Grundlage für eine allfällige Haftentschädigung. Vielmehr verweist § 55 PolG/ZH auf das kantonale Haftungsgesetz.⁸³ Diesbezüglich ist Art. 5 Abs. 5 EMRK zu beachten, der ausdrücklich festschreibt, dass eine Person, der unter Verletzung dieses Konventionsartikels die Freiheit entzogen wurde, Anspruch auf Schadenersatz hat.⁸⁴ Stellt das Zwangsmassnahmengericht fest, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ingewahrsamnahme verletzt wurden, besteht ein Anspruch auf Genugtuung und ein Entschädigungsanspruch für eventuell kausal erlittenen Schaden, wie insbesondere die Anwaltskosten.⁸⁵

78 OPPLIGER/HEIMGARTNER, PolG/ZH, § 27 N 2 und 9; vgl. zum Gehalt dieser Garantien KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (Fn. 13), § 44 N 35 ff.

79 Ebenso wenig aus § 10 Abs. 4 PolG/ZH, vgl. JAAG, PolG/ZH, § 10 N 14 f., wonach § 27 PolG/ZH als spezieller vorgeht.

80 A.A. OPPLIGER/HEIMGARTNER, PolG/ZH, § 27 N 18. So wie das GSG/ZH zur systematischen Lückenfüllung des PolG/ZH herangezogen werden kann, sind m.E. die Lücken in den §§ 13 und 14 GSG/ZH durch analoge Anwendung des PolG/ZH zu schliessen.

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

82 Vgl. den Wortlaut von § 3 Abs. 2 lit. c PolG/ZH: «Abwehr von unmittelbar drohenden Gefahren [und] Störungen»; MOHLER (Fn. 14), N 388; OPPLIGER/HEIMGARTNER, PolG/ZH, § 27 N 1 und 18.

83 Ausführlich RÜSSL, PolG/ZH, § 55 passim.

84 GRABENWARTER/PABEL (Fn. 13), § 21 N 69; VILLIGER (Fn. 37), N 446 ff.

85 OPPLIGER/HEIMGARTNER, PolG/ZH, § 27 N 20. Vgl. demgegenüber Art. 42^{ter} Abs. 2 und 3 PolG/SG.

27 Weiter ist zu erwähnen, dass § 27 Abs. 2 PolG/ZH so formuliert ist, als wäre eine Verlängerung des Polizeigewahrsams über 24 Stunden hinaus nur dann möglich, wenn eine Zuführungsabsicht besteht. Eine solche Verengung ist grundrechtlich nicht verlangt. Sie ist sogar sinnwidrig, wenn weiterhin eine erhebliche Gefahr für eine Selbst- oder Fremdgefährdung besteht, der weiterhin mit einem polizeilichen Gewahrsam begegnet werden kann, ohne dass eine Zuführung an eine andere staatliche Stelle geboten ist.⁸⁶ Wo eine Zuführung – etwa in die fürsorgliche Unterbringung – erforderlich ist, soll diese möglichst rasch vollzogen werden.

28 Positiv ist schliesslich der integrale Verweis auf die StPO⁸⁷ im letzten Satz von § 27 Abs. 2 PolG/ZH. Dieser greift, sobald ein Antrag auf Verlängerung des Gewahrsams über 24 Stunden hinaus vorliegt. Damit sind auch die Art. 132 ff. StPO über die amtliche Verteidigung und ihre Entschädigung umfasst.⁸⁸

d) Verhältnismässige Anwendung dieser Bestimmungen

29 Wie erwähnt, ist die Wahrung der Erforderlichkeit in zeitlicher Hinsicht beim Polizeigewahrsam von grosser Bedeutung. Art. 5 Abs. 4 EMRK hält denn auch ausdrücklich fest, dass die Entlassung anzuordnen ist, «wenn der Freiheitsentzug nicht rechtmässig ist».⁸⁹ Kurz gesagt: Sobald der Grund für den Gewahrsam wegfällt, ist dieser ohne Verzögerung aufzuheben.⁹⁰

30 Anders als OPPLIGER/HEIMGARTNER meinen,⁹¹ können administrative Gegebenheiten eine solche Verzögerung nicht rechtfertigen. Zur Veranschaulichung: Gelingt es einer Person, welche ihrer Freiheit im Sinne der Art. 183 ff. StGB beraubt ist, die Polizei zu alarmieren, wird diese – ohne Beachtung administrativer Gegebenheiten – sofort

handeln (müssen).⁹² Die staatliche Verantwortung ist nun aber umso grösser, wenn sich eine Person nicht in der Gewalt einer anderen Privatperson befindet, sondern in staatlicher Obhut ist.

Aus der Erforderlichkeit in zeitlicher Hinsicht fliesst überdies der Grundsatz, wonach ein Antrag auf Verlängerung eines Polizeigewahrsams nur zurückhaltend zu stellen und zu bewilligen ist.⁹³

An dieser Stelle ist schliesslich anzumerken, dass die Fristen der StPO ab der polizeilichen Anhaltung i.S.v. Art. 215 StPO zu laufen beginnen.⁹⁴ Der Polizeigewahrsam als der schwerwiegendere Grundrechtseingriff muss – in maiore minus – dann ebenfalls fristauslösend sein. Dabei ist unerheblich, ob der Polizeigewahrsam einem anderen Zweck dient als der Freiheitsentzug nach der StPO.⁹⁵ Das trifft auf die polizeiliche Anhaltung ebenso zu, wie auch die Haft wegen Ausführungsgefahr i.S.v. Art. 221 Abs. 2 StPO keine rein kriminalpolizeilichen Ziele verfolgt.⁹⁶ Aus der Sicht der Grundrechtsträger ist ausschlaggebend, dass die Freiheit entzogen wurde; an dieser Tatsache ändern unterschiedliche anwendbare Rechtsgrundlagen nichts.⁹⁷

Bei der Erforderlichkeit in persönlicher Hinsicht ist an das Austin-Urteil des EGMR zu erinnern.⁹⁸ Die Einkesselung von Demonstrierenden am 1. Mai 2001 im Zentrum von London hat der Gerichtshof in dem Fall auch deshalb als verhältnismässig eingestuft, weil die Polizei wiederholt versucht hat, den Kordon aufzulösen und Personen gehen zu lassen, welche nichts mit der Demonstration zu tun hatten und / oder die keine Gefahr darstellten. Im Laufe des Tages konnten 392 Personen den Platz verlassen.⁹⁹ Entsprechend ist zu verlangen, dass bei der Ingewahrsamnahme einer grossen Anzahl von Personen – etwa im

86 Ähnlich OPPLIGER/HEIMGARTNER, PolG/ZH, § 27 N 15.

87 Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO; SR 312.0).

88 Vgl. OPPLIGER/HEIMGARTNER, PolG/ZH, § 27 N 16, die sogar das GOG/ZH (Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010 [GOG/ZH; LS 211.1]) als vom Verweis mitumfasst anschauen. Zur amtlichen Verteidigung NIKLAUS RUCKSTUHL, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 132 N 1 ff. (zit. BSK StPO-BEARBEITER:IN).

89 Vgl. GRABENWARTER/PABEL (Fn. 13), § 21 N 65 f.; VILLIGER (Fn. 37), N 438 ff.

90 KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (Fn. 13), § 44 N 20 f., m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 2C_765/2022 vom 13. Oktober 2022 (zur Publikation vorgesehen), worin auf eine Verletzung der persönlichen Freiheit erkannt wurde, weil der Beschwerdeführer während 18 Stunden pro Tag in seiner Zelle eingeschlossen war, was über das für den ausländerrechtlichen Haftzweck Erforderliche hinausging und deshalb unverhältnismässig war.

91 OPPLIGER/HEIMGARTNER, PolG/ZH, § 27 N 4.

92 § 5 PolG/ZH und dazu SCHINDLER/STÄHLI, PolG/ZH, § 5 passim. Grundlegend: Urteil des Kassationsgerichts Zürich vom 17. Juni 1987, ZBl 1987, S. 545 ff.

93 OPPLIGER/HEIMGARTNER, PolG/ZH, § 27 N 13.

94 Art. 219 Abs. 4 StPO; vgl. BSK StPO-ALBERTINI/ARMBRUSTER, Art. 219 N 11 f.

95 A. A. OPPLIGER/HEIMGARTNER, PolG/ZH, § 27 N 6; vermittelnd ALBERTINI, PolG/GR, Art. 15 N 4; zudem BSK StPO-ALBERTINI/ARMBRUSTER, Art. 219 N 12, für eine Addition der strafprozessualen Fristen bei Zuführung nach Art. 50 StPO.

96 BSK StPO-ALBERTINI/ARMBRUSTER, Art. 215 N 5 f.; BSK StPO-FORSTER, Art. 221 N 16 ff.

97 TIEFENTHAL (Fn. 8), § 12 Fn. 23, weist zu Recht darauf hin, dass im Urteil des Bundesgerichts 1C_350/2013 vom 22. Januar 2014 eine Gesamtbetrachtung des Freiheitsentzugs erfolgte, dem eine Freiheitsbeschränkung im Polizeikordon vorangegangen war.

98 Urteil des EGMR [GK] 39692/09 u.a. vom 15. März 2012 (Austin u.a. gegen das Vereinigte Königreich).

99 Urteil des EGMR [GK] 39692/09 u.a. vom 15. März 2012 (Austin u.a. gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 21 ff.

Nachgang zu einer gewalttätigen Demonstration – laufend individuell beurteilt wird, ob dafür (noch) ein hinreichender Grund besteht.¹⁰⁰ Ein unterschiedsloses Vorgehen hingegen ist aufgrund der Schwere des Grundrechtseingriffs unzulässig.¹⁰¹

- 34 Allerdings laden das komplexe Zusammenspiel von unterschiedlichen Rechtsgrundlagen und zuständigen Behörden im Sicherheitsbereich dazu ein, die Verantwortung für einen Entlassungsentscheid abzugeben.¹⁰² So etwa bei der strafprozessualen vorläufigen Festnahme durch die Polizei: Art. 219 Abs. 3 StPO verlangt richtigerweise, dass «die festgenommene Person sofort frei» gelassen wird, wenn Haftgründe nicht oder nicht mehr bestehen. Nur wenn die Abklärungen «den Tatverdacht und einen Haftgrund» bestätigen, erfolgt eine Zuführung an die Staatsanwaltschaft.¹⁰³ Aus der Anwaltschaft wurde dem Autor allerdings die Praxis berichtet, dass eine Person nicht aus der Festnahme entlassen wird, obwohl sich der Tatverdacht nicht erhärten lässt. Der Entscheid wird regelmässig der Staatsanwaltschaft überlassen, welche am Folgetag nochmals mit den gleichen Fragen eine Haft-Einvernahme durchführt. Grundrechtlich ist es aber unzulässig, einer Person die Freiheit zu entziehen, wenn dafür gar kein Grund (mehr) vorliegt.

3. Erkenntnisse für die Fortentwicklung des Rechts

- 35 Die präventive Ingewahrsamnahme einer Person ist eine schwerwiegende Grundrechtseinschränkung.¹⁰⁴ Als solche muss sie hinreichend demokratisch legitimiert, also auf formell-gesetzlicher Stufe normiert sein.¹⁰⁵
- 36 Die Voraussetzungen der Ingewahrsamnahme, das Verfahren der Anordnung und Verlängerung sowie der Entlassung sind zudem mit genügender Bestimmtheit zu umschreiben.¹⁰⁶ Dies gilt umso mehr, als die Normenarchitektur des Bundes im Sicherheitsbereich bereits derart unübersichtlich ist, dass allein schon aus diesem Grund

100 Mit einem weiteren Verständnis wohl OPLIGER/HEIMGARTNER, PolG/ZH, §25 N 10, unter Hinweis auf abweichende Meinungen in der Lehre.

101 Vgl. zur Erforderlichkeit in persönlicher Hinsicht oben Fn. 42. Grosszügiger wohl die Rechtsprechung des Bundesgerichts, vgl. Urteile des Bundesgerichts 1C_350/2013 vom 22. Januar 2014 E. 3 und 1C_226/2015 vom 20. April 2016 E. 3.5 und 3.6.

102 Vgl. ANNA CONINX, Unsere Sicherheit – die Freiheit der andern, Das Problem der selektiven Freiheitsbeschränkungen in der Sicherheitspolitik, ZSR 2014, S. 103 ff.; OPLIGER/HEIMGARTNER, PolG/ZH, §25 N 35.

103 Vgl. BSK StPO-ALBERTINI/ARMBRUSTER, Art. 219 N 8.

104 Vgl. oben Rz. 5 f.

105 Vgl. oben Rz. 7 ff.

106 Vgl. oben Rz. 7 ff.

die Vorhersehbarkeit der gesetzlichen Grundlagen eingeschränkt ist.¹⁰⁷

Die Gründe, welche zu einem Gewahrsam führen können, 37 müssen gewichtig sein sowie abschliessend und möglichst klar im Gesetz umschrieben werden. Erfolgt ein Gewahrsam im Hinblick auf eine sich anschliessende staatliche Massnahme, so ist auch hinsichtlich dieser zu verlangen, dass ihr Vollzug von erheblichem Interesse ist.¹⁰⁸

Die Gewahrsamsgründe müssen bei der fraglichen Person 38 individualisiert vorliegen. Ein in persönlicher Hinsicht unterschiedsloses Vorgehen ist zu vermeiden.¹⁰⁹

Die Informationspflichten gegenüber der in Gewahrsam 39 genommenen Person sind vollständig im Gesetz abzubilden: Bekanntgabe der Gründe der Ingewahrsamnahme, Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen, eine Rechtsvertretung beizuziehen und eine gerichtliche Überprüfung des Gewahrsams zu veranlassen. Ausländische Staatsangehörige können ihre diplomatische oder konsularische Vertretung informieren.¹¹⁰ Werden diese Rechte gesetzlich verankert, so kann diesen Informationspflichten beim Vollzug einfacher – ähnlich einer Check-Liste – nachgekommen werden.

Der Anspruch auf Beizug einer Anwältin ist im Freiheits- 40 entzug zentral. Deshalb drängt es sich auch auf, die damit verbundene Kostenfrage gesetzgeberisch zu adressieren.¹¹¹

Zudem wird der Bundesgesetzgeber zu bedenken haben, 41 ob allfällige neue Massnahmen grundrechtskonform vollzogen werden können, was entsprechend ausgestattete Örtlichkeiten bedingt. Insbesondere ist sicherzustellen, dass jederzeit hinreichend Raum für die einzelne Person im Freiheitsentzug vorhanden ist.¹¹²

Weiter sind die Voraussetzungen und Grenzen der Ver- 42 längerung respektive Entlassung aus dem Gewahrsam durch den Gesetzgeber festzulegen. Entsprechende Normen dürfen nicht den Anschein erwecken, als wäre eine unbegrenzte präventive Festhaltung einer Person zulässig.¹¹³ Denkbar wären etwa gesetzliche Fristen für eine

107 PIERRE TSCHANNEN, Normenarchitektur des Bundes, in: Kiener/Bühler/Schindler (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. 3, Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Teil 2 Besonderer Teil, Basel 2018, N 1.

108 Vgl. oben Rz. 14 ff.

109 Vgl. oben Rz. 29 ff.

110 Vgl. oben Rz. 19 ff.

111 Vgl. oben Rz. 19 ff.

112 Vgl. oben Rz. 19 ff.

113 Vgl. oben Rz. 24 ff.

regelmässige gerichtliche Prüfung der Massnahme. Zudem gilt, dass der Gewahrsam unmittelbar aufzuheben ist, wenn der Grund dafür wegfällt.¹¹⁴

- 43 Eine Person, welcher in rechtswidriger Art und Weise die Freiheit entzogen wurde, hat Anspruch auf Genugtuung und Schadenersatz, was ebenfalls ausdrücklich gesetzlich zu verankern ist.¹¹⁵
- 44 An dieser Stelle ist schliesslich noch daran zu erinnern, dass die Beurteilung einer staatlichen Massnahme als grundrechtlich zulässig nicht mit einer Charakterisierung als grundrechtsfreundlich gleichzusetzen ist. Zugespitzt formuliert: Nur weil eine bestimmte Regelung verfassungsrechtlich noch haltbar ist, müssen die Kantone und der Bund diesen Rahmen nicht ausschöpfen. Im Gegenteil verlangt Art. 35 BV eine möglichst grund-

114 Vgl. oben Rz. 29 ff.

115 Vgl. oben Rz. 27 ff.

rechtsfreundliche Rechtsordnung, die auf den Einzelfall grundrechtsfreundlich angewandt wird.¹¹⁶

IV. Fazit

Schon die Verfassungsgrundlage für Regelungen des Bundes im Bereich der präventiven Ingewahrsamnahme ist zumindest fraglich. Wird der Bundesgesetzgeber trotzdem tätig, so ist die Beachtung der erarbeiteten grundrechtlichen Anforderungen umso bedeutender. Im Rechtsstaat gilt es, einen zwar allgemeinen, aber deshalb nicht weniger wichtigen Gedanken zu beherzigen: Der präventive Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ist eine vordringliche Aufgabe des Staates. Dieser Zweck kann aber nicht alle Mittel heiligen.

116 Zum Ganzen KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (Fn. 13), § 4 N 42 ff.; JÖRG PAUL MÜLLER, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV, Der Freiheit Chancen geben, Bern 2018, S. 63 ff.

Résumé

La question de la détention préventive est de plus en plus fréquemment abordée au niveau fédéral. Dans ce contexte, la souveraineté policière revient par principe aux cantons. La présente contribution étudie, à titre d'exemple, la manière dont le canton de Zurich a réglementé l'arrestation provisoire et examine cette réglementation à la lumière des droits fondamentaux. Sur la base de cette analyse, l'auteur présente différentes conclusions qui devraient être prises en considération lors de l'élaboration du droit au niveau fédéral.