

forum poenale

Herausgeber ·
Editeurs · Editrici

Jürg-Beat Ackermann

Yvan Jeanneret

Bernhard Sträuli

Wolfgang Wohlers

Schriftleitung ·
Direction de revue ·
Direzione della rivista

Anja Hasler

RECHTSPRECHUNG | JURISPRUDENCE | GIURISPRUDENZA 66

AUFSÄTZE | ARTICLES | ARTICOLI 93

Lukas Büttiker: Provokation als Ermittlungsmethode 93

Lorenz Garland: Besonders günstige Umstände 99

Diego R. Gfeller/Adrian Bigler: Zwangsmassnahmen gemäss StPO versus polizeiliche Zwangsmassnahmen nach PolG/ZH – und zugleich Besprechung von BGE 137 I 218 105

Florian Baumann: Strafrechtliche Einziehung gegen den Willen des Geschädigten 111

Christina Diethelm: Die Entschädigung der amtlichen Verteidigung bei Freispruch oder Verfahrenseinstellung: BGE 139 IV 261 115

DOKUMENTATION | DOCUMENTATION | DOCUMENTAZIONI 122



IMPRESSUM

7. Jahrgang – Année – Anno; April – Avril – Aprile 2014

Erscheint sechsmal jährlich – Paraît six fois par année – Pubblicazione sei volte per anno

Zitiervorschlag – Citation proposée – Citazione consigliata: FP Erscheinungsjahr, Seitenzahl –

FP année de parution, numéro de page – FP anno di pubblicazione, numero di pagina

ISSN 1662-5536 (Print)/ISSN 1662-551X (Internet)

Herausgeber Editeurs Editorici	Prof. Dr. iur. Jürg-Beat Ackermann, Universität Luzern, Frohburgstrasse 3, Postfach 4466, 6002 Luzern, E-Mail: juerg-beat.ackermann@unilu.ch Prof. Yvan Jeanneret, Docteur en droit, Avocat au barreau de Genève, Université de Neuchâtel, Avenue du 1er Mars 26, 2000 Neuchâtel, E-Mail: Yvan.Jeanneret@unine.ch Prof. Bernhard Sträuli, Docteur en droit, Université de Genève, Département de droit pénal, Uni-Mail, CH-1211 Genève 4, E-Mail: Bernhard.Strauli@unige.ch Prof. Dr. iur. Wolfgang Wohlers, Universität Zürich, Freiesteinstrasse 5, 8032 Zürich, E-Mail: Ist.wohlers@rwi.uzh.ch
---	--

Schriftleitung Direction de revue Direzione della rivista	Anja Hasler, MLaw, Universität Zürich, Freiesteinstrasse 5, CH-8032 Zürich, Telefon: +41 (0)44 634 36 61, Telefax: +41 (0)44 634 43 88, E-Mail: forumpoenale@rwi.uzh.ch, Internet: www.forumpoenale.ch Unter redaktioneller Mitarbeit von/avec la collaboration rédactionnelle de/con il contributo redazionale di: Adrian Bachmann, Samuel Egli, Thierry Urwyler, Eliane Welte, Stephanie Zehnder
--	--

Beirat Comité consultatif Comitato consultivo	Dr. iur. Felix Bänziger, Oberstaatsanwalt des Kantons Solothurn, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Solothurn; lic. iur. Lucius Richard Blattner, LL.M., DFE, BBA, CAMS, Rechtsanwalt; lic. iur. Corinne Bouvard, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich; Dr. iur. Andreas Brunner, Leitender Oberstaatsanwalt, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich; Dr. iur. Lorenz Erni, Rechtsanwalt; lic. iur. Thomas Fingerhuth, Rechtsanwalt; Prof. Dr. iur. Marc Forster, Rechtsanwalt, Titularprofessor für Straf- und Strafprozessrecht und internationales Strafrecht an der Universität St.Gallen, wissenschaftlicher Berater am Schweizerischen Bundesgericht; Dr. iur. Peter Goldschmid, Fürsprecher, Bundesamt für Justiz, Stv. Leiter Fachbereich Straf- und Strafprozessrecht; Titus Graf, Gerichtsschreiber am Obergericht des Kantons Zürich, III. Strafkammer; Dr. iur. Thomas Hansjakob, Erster Staatsanwalt, Staatsanwaltschaft des Kantons St.Gallen, Erster Staatsanwalt; lic. iur. Christoph Ill, Staatsanwalt, Staatsanwaltschaft des Kantons St.Gallen, Studienleiter Forensik CCFW, Hochschule Luzern, Studienleiter Forensik am CCFW; lic. iur. Konrad Jeker, M.B.L.-HSG, Rechtsanwalt und Notar; Dr. iur. Viktor Lieber, ehemaliger Generalsekretär des Kassationsgerichts des Kantons Zürich; Dr. iur. Alain Macaluso, Avocat au barreau de Genève, Professeur à l'Université de Lausanne; Dr. iur. Niklaus Oberholzer, Bundesrichter Schweizerisches Bundesgericht; Prof. Dr. iur. Peter Popp, Richter am Bundesstrafgericht; Prof. Dr. iur. Niklaus Ruckstuhl, Rechtsanwalt, Titularprofessor für Strafprozessrecht, Richter am Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft, Titularprofessor für Strafprozessrecht; lic. iur. Urs Rudolf, Rechtsanwalt und Notar Emmenbrücke; Dr. iur. Jann Six, Oberrichter am Obergericht des Kantons Aargau; Dr. iur. Nils Stohner, Fürsprecher, LL.M., Gerichtsschreiber am Bundesgericht; Dr. iur. Marc Thommen, LL.M., Rechtsanwalt, Oberassistent und Dozent für Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität Luzern; Jean Treccani, Procureur général adjoint du canton de Vaud, Chargé de cours à l'Université de Lausanne; Dr. iur. Petra Venetz, Kriminalrichterin am Kriminalgericht des Kantons Luzern
--	--

Regeste Résumé Regesto	Die nichtamtlichen Leitsätze (Regeste forumpoenale) werden erstellt resp. übersetzt durch: LAWTANK GmbH, Juristische Dienstleistungen, Laupenstrasse 4, Postfach 7049, CH-3001 Bern, Tel. +41 (0)31 511 22 22, Fax +41 (0)31 511 22 23, info@lawtank.ch, www.lawtank.ch (italienisch); Anja Hasler (deutsch); Bernhard Sträuli (französisch)
---	---

Aufsätze Articles Articoli	Die Rubrik Aufsätze wird durch Jürg-Beat Ackermann betreut. Bitte wenden Sie sich mit Aufsatzmanuskripten und Aufsatzanfragen direkt an juerg-beat.ackermann@unilu.ch. La rubrique Articles est placée sous la responsabilité de Jürg-Beat Ackermann. Prière d'adresser vos manuscrits et questions y relatives directement à juerg-beat.ackermann@unilu.ch. La rubrica Articoli è curata da Jürg-Beat Ackermann. Per l'invio di manoscritti e in caso di domande concernenti gli articoli si prega di rivolgersi direttamente a juerg-beat.ackermann@unilu.ch.
---	---

Verlag Editions Edizioni	Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach 5662, CH-3001 Bern, Telefon: +41 (0)31 300 66 44, Telefax: +41 (0)31 300 66 88, E-Mail: verlag@staempfli.com, Internet: www.staempfliverlag.com Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der Zeitschrift forumpoenale vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags. L'acceptation de contributions se produit à la condition que le droit exclusif de reproduction et de diffusion passe à la maison d'édition Stämpfli SA. La maison d'édition se réserve tous les droits sur le contenu du journal forumpoenale. En particulier, la reproduction par voie de photocopie, de microcopie, de reprise de supports électroniques de données, et toute autre utilisation de l'ensemble ou de partie de ce journal nécessitent l'accord de la maison d'édition.
---	--

Inserate Annonces Inserti	Stämpfli Publikationen AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach 8326, CH-3001 Bern, Telefon: +41 (0)31 300 63 84, Telefax: +41 (0)31 300 63 90, E-Mail: inserate@staempfli.com
--	---

Abonnement Abonnements Abbonamenti	Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach 5662, CH-3001 Bern, Telefon +41 (0)31 300 63 25, Telefax +41 (0)31 300 66 88, E-Mail: periodika@staempfli.com Jährlich – Annuel – Annuale: CHF 279.– (Print und Online); Einzelheft – Numéro séparé – Numero singolo: CHF 50.– (exkl. Porto); Ausland – Etranger – Estero: CHF 292.– (Print und Online) Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% resp. für Online-Angebote 8,0% MWSt.
---	--



Diego R. Gfeller, Dr. iur., Rechtsanwalt in Zürich

Adrian Bigler, lic. iur., Rechtsanwalt in Zürich

Zwangsmassnahmen gemäss StPO versus polizeiliche Zwangsmassnahmen nach PolG/ZH

und zugleich eine Besprechung von BGE 137 I 218

Inhaltsübersicht

- I. Problemstellung
- II. StPO und Polizeigesetze: Abgrenzungen
- III. Die Abgrenzung von StPO und zürcherischem Polizeigesetz (PolG/ZH)
- IV. Praktische Anwendung: BGE 137 I 218
- V. Durchsuchungen gem. Art. 241 ff. StPO vs. Durchsuchung gem. § 35 ff. PolG/ZH
- VI. Folgen von Grenzüberschreitungen
- VII. Zusammenfassung der Ergebnisse

I. Problemstellung

Im vorliegenden Aufsatz soll der Frage nach Schnittmengen und Abgrenzungen von strafprozessualen Zwangsmassnahmen und solchen gemäss Polizeigesetz nachgegangen werden. Es wird eine These aufgestellt, die klärt, welche prozessualen Regeln bei welchen staatlichen Handlungen zur Anwendung kommen, was letztlich die Rechtsanwendung erleichtern soll.

Hintergrund der Fragestellung ist, dass sowohl die eidgenössische StPO als auch die kantonalen Polizeigesetze die Strafbehörden mit einem ganzen Arsenal von Zwangsmassnahmen ausstatten, die sich vielerorts überschneiden. Weil die Voraussetzungen für die Anordnung resp. Durchführung der Zwangsmassnahmen nach Polizeigesetz und nach der Schweizerischen Strafprozessordnung jedoch nicht identisch sind, ist eine klare Abgrenzung für die davon betroffenen Bürger, aber auch für die Rechtsanwender von grosser Wichtigkeit. Nur mit einer trennscharfen Abgrenzung kann verhindert werden, dass die Bestimmungen der eidgenössischen StPO durch die kantonalen Polizeigesetze umgangen werden. Und nur auf diese Weise kann verhindert werden, dass strafprozessual verbotene «Fishing Expeditions»¹ durch die Hin-

tertüre der kantonalen Polizeigesetze Eingang in die Strafjustiz finden. Der vorliegende Aufsatz soll nun Licht in die Sache bringen. Beleuchtet wird vorliegend das *Verhältnis der StPO zum zürcherischen Polizeigesetz (PolG/ZH)*.

II. StPO und Polizeigesetze: Abgrenzungen

Gemäss Art. 123 BV ist die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts Sache des Bundes. Demgegenüber bestimmt Art. 57 BV, dass Bund und Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für die Sicherheit zuständig sind. Damit wird bereits auf Verfassungsebene festgelegt, dass im Bereich der Strafverfolgung kein Raum für kantonale Regelungen besteht. Art. 49 Abs. 1 BV hält zudem fest, dass Bundesrecht entgegenstehendem kantonalem Recht vorgeht. Kompetenzmässigem Bundesrecht widersprechendes kantonales Recht ist deshalb nichtig.² Diese allgemeine Kollisionsregel «lex superior derogat legi inferiori»³ ist auch auf die vorliegende Fragestellung anwendbar.

Unbestrittenermassen zulässig sind aber kantonale Bestimmungen zur Wahrung der Sicherheit (Polizeirecht). Ebenfalls klar ist, dass die Kantone ihre Polizei zur Erfüllung ihrer Aufgaben in diesem Bereich mit polizeilichen Zwangsmassnahmen ausstatten dürfen. Um dem Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage zu genügen, haben die Kantone Polizeigesetze erlassen. Es stellt sich jedoch die Frage, was in den kantonalen Polizeigesetzen geregelt werden darf, ohne in die Bundeskompetenz zur Regelung des Straf- und Strafprozessrechts einzugreifen. Zunächst gilt es zu klären, welche Zwecke die entsprechenden Gesetze bzw. Bestimmungen verfolgen, um das Verhältnis zwischen den verschiedenen Quellen genauer zu untersuchen und allfällige Widersprüche aufzudecken.

¹ GFELLER, in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), BSK StPO, Basel 2010, vor Art. 241 StPO N 43 ff. sowie Art. 241 N 16 ff.

² HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich 2012, N 1173 ff.

³ Frei übersetzt: «Das höherrangige Gesetz verdrängt das niederrangige.»



Die StPO definiert in Art. 1 ihren Geltungsbereich wie folgt: «Dieses Gesetz regelt die Verfolgung und Beurteilung der Straftaten». Die StPO dient also der Durchsetzung des materiellen Rechts. Sie ist auf Repression (im Sinne von Bestrafung) ausgerichtet. Mit der StPO soll der Strafanspruch für bereits begangene Delikte durchgesetzt werden. Hierbei handelt es sich gemäss Art. 123 BV um eine Bundeskompetenz. Für kantonale Normen bleibt damit grundsätzlich kein Raum. Die Verhinderung von Straftaten gehört dahingegen grundsätzlich nicht zu den Aufgaben der StPO.

Was ist aber der Regelungsgegenstand der Polizeigesetzgebung? Gemäss der Literatur zum Thema lassen sich die Vollzugsaufgaben der Polizei in zwei Kategorien unterteilen:⁴ Sicherheitspolizei einerseits und Gerichtspolizei andererseits. Diese beiden Regelungsgegenstände müssen voneinander klar unterschieden werden.⁵

Die Sicherheitspolizei dient primär der Erkennung, Verhinderung und Beseitigung von unmittelbar drohenden Gefahren. Soweit das polizeiliche Handeln der unmittelbaren Gefahrenabwehr dient, kommen die kantonalen Polizeigesetze zur Anwendung.⁶

Die Gerichtspolizei bezweckt demgegenüber die Strafverfolgung.⁷ Wie bereits erwähnt, ist die Strafverfolgung gemäss Art. 123 BV eine Bundeskompetenz. Damit stellt sich aber die Frage, ob für Regelungen der Gerichtspolizei (mithin der Strafverfolgung) überhaupt noch Gestaltungsspielraum auf der Ebene der kantonalen Polizeigesetze besteht.

Aufgrund der umfassenden Kodifizierung der Gerichtspolizei (Strafverfolgung) in der eidgenössischen StPO⁸ besteht nach hier vertretener Ansicht kein Raum mehr für kantonale Bestimmungen bezüglich der Strafverfolgung.⁹

III. Die Abgrenzung von StPO und zürcherischem Polizeigesetz (PolG/ZH)

Auch das zürcherische Polizeigesetz (PolG/ZH) trennt Gerichts- und Sicherheitspolizei. § 2 Abs. 2 PolG/ZH hält dazu fest, dass sich die «polizeiliche Tätigkeit im Rahmen der

Strafverfolgung»¹⁰ nach den Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes (GOG/ZH) und der StPO richtet.

Das PolG/ZH definiert seine Aufgaben in § 3 wie folgt: «Die Polizei trägt durch Information, Beratung, sichtbare Präsenz und andere geeignete Massnahmen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bei. Sie trifft insbesondere Massnahmen zur Verhütung strafbarer Handlungen, Erhöhung der Verkehrssicherheit und Verhütung von Unfällen im Strassenverkehr und auf öffentlichen Gewässern, Abwehr von unmittelbar drohenden Gefahren für Menschen, Tiere, Umwelt und Gegenstände sowie zur Beseitigung entsprechender Störungen.» Das polizeiliche Handeln gestützt auf das PolG/ZH dient also grundsätzlich der Gefahrenverhinderung bzw. -beseitigung, mithin der Sicherheitspolizei. Das Gesetz sagt ausdrücklich, dass es dabei um die Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung sowie um die Verhütung von strafbaren Handlungen geht. Von Strafverfolgung ist nicht die Rede. Unzulässig wäre eine Argumentation, wonach in der Strafverfolgung auch eine Art der Gefahrenabwehr gesehen würde. Dies einerseits deshalb, weil die Kompetenzzuweisung der BV damit inhaltsleer würde, und andererseits auch, weil es am verlangten Konkretisierungsgrad der Gefahr ermangelte.

Hinzuweisen ist aber auf § 4 PolG/ZH. Dieser Paragraph könnte allenfalls als Kompetenznorm für gerichtspolizeiliche Tätigkeit (miss)verstanden werden. Aber obwohl § 4 des PolG/ZH festhält, dass die Polizei Straftaten feststellt und bei ihrer Aufklärung mitwirkt, handelt es sich hierbei trotzdem nicht um eine Kompetenzzuweisung. Vielmehr sollte damit gemäss den regierungsrätlichen Ausführungen in der Botschaft zum PolG/ZH verdeutlicht werden, dass die Polizei auch diesbezüglich Aufgaben wahrnimmt.¹¹ Dieser Bestimmung kommt mithin bloss deklaratorischer Charakter zu.

Dies ergibt sich wiederum aus § 2 Abs. 2 PolG/ZH, der festhält, dass für die polizeiliche Tätigkeit im Rahmen der Strafverfolgung nur die Bestimmungen des 3. Abschnitts (Aufgabenerfüllung im Allgemeinen), 5. Abschnitts (Angehörige der Polizei) und 8. Abschnitts (Haftung und Kostenersatz) gelten und sich die polizeiliche Tätigkeit ansonsten nach der StPO richtet. Die Abschnitte, die demnach für die Strafverfolgung gelten, enthalten somit keine Kompetenzzuweisung an die Polizei für Zwangsmassnahmen im Bereich der Strafverfolgung.

Der 4. Abschnitt des PolG/ZH mit der Überschrift «Polizeiliche Massnahmen» findet gemäss § 2 Abs. 2 PolG/ZH somit gerade keine Anwendung auf den Bereich der Strafverfolgung. Mit anderen Worten bedeutet dies, dass die polizeilichen Zwangsmassnahmen wie Personenkontrolle, erkennungsdienstliche Massnahmen, Vorladung, polizeili-

⁴ ALBERTINI, in: ALBERTINI/FEHR/VOSER (Hrsg.), *Polizeiliche Ermittlung*, Zürich 2008, 10.

⁵ ALBERTINI (Fn. 4), 10 ff.; vgl. auch STRASSER, *Polizeiliche Zwangsmassnahmen*, Zürich 1981, 6 f.

⁶ §§ 18 f. PolG/ZH; Die Kantone sind – wie oben beschrieben – gemäss Art. 57 BV ermächtigt, diesbezügliche Regeln aufzustellen.

⁷ ALBERTINI (Fn. 4), 11.

⁸ Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005, 1101.

⁹ A.A. ALBERTINI, ZStrR 128 (2010), 336, der das aktive Suchen nach Delikten «nicht eindeutig im Strafprozessrecht» verortet, sondern auch im Polizeirecht. Nach hier vertretener Ansicht ist dies aber aufgrund der eindeutigen Kompetenzzuweisung verfassungsrechtlich nicht zulässig. Mit der StPO wurde eine umfassende Kodifikation im Bereich der Strafverfolgung erlassen, neben welcher kein Raum mehr für kantonales Polizeirecht verbleibt.

¹⁰ Mithin der Gerichtspolizei.

¹¹ Antrag des Regierungsrates vom 5.7.2006, Zürcher Amtsblatt 2006, 21.7.2006, 887.

cher Gewahrsam, Vor-, Zu- und Rückführung, Überwachung, Wegweisung und Fernhaltung von Personen, Durchsuchung, Sicherstellung usw. *nur zur Prävention bzw. unmittelbaren Gefahrenabwehr* angewandt werden dürfen. Polizeiliche Zwangsmassnahmen nach PolG/ZH sind aber *ausgeschlossen, wenn es um die Aufklärung von Straftaten geht*. Soll die Polizei Straftaten aufklären, gelten – wie bereits erwähnt – ausschliesslich die Bestimmungen der StPO.¹² Dies ergibt sich im Übrigen auch aus Art. 306 StPO, der in Abs. 3 festschreibt, dass sich die Polizei bei ihrer Tätigkeit nach den *Vorschriften der StPO* über die Untersuchung, die Beweismittel und die *Zwangsmassnahmen* richtet.¹³

IV. Praktische Anwendung: BGE 137 I 218

Zur Illustration dient vorliegend ein Fall aus der höchstgerichtlichen Rechtsprechung. BGE 137 I 218 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Autolenker wurde u.a. wegen mehrfacher grober und einfacher Verkehrsregelverletzungen zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 18 Monaten verurteilt. Die Verurteilung stützte sich im Wesentlichen auf Videoaufnahmen, die der Beifahrer des Verurteilten erstellt hatte. Die Videokamera, auf der diese Fahrt dokumentiert war, ging an einem Volksfest verloren. Ein ehrlicher Finder übergab die Kamera der Polizei, welche diese «zur Identifizierung» des Eigentümers zwecks Rückgabe auswertete und dabei zufällig auf die Videoaufnahme stiess. Der Beschuldigte wurde daraufhin mit den Aufnahmen konfrontiert und hatte keine andere Wahl, als die dokumentierten Tatvorwürfe anzuerkennen.

Gegen die obergerichtliche Verurteilung erhob der Beschuldigte Beschwerde an das Bundesgericht, welches die Verurteilung in der Folge zu Recht aufhob, weil eine *Durchsuchung der Kamera aufs Geratewohl* erfolgt sei und damit eine unzulässige Beweisausforschung (sog. *Fishing Expedition*) vorgelegen habe. *Zwangsmassnahmen ohne genügenden Tatverdacht seien unzulässig und somit nicht verwertbar*. Dieser Entscheidung verdient Zustimmung.¹⁴

¹² Und gemäss § 2 Abs. 2 PolG/ZH ergänzend diejenigen des GOG/ZH.

¹³ RHYNER, BSK StPO (Fn. 1), Art. 306 StPO N 19; LANDSHUT, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 306 N 21 ff.; Botschaft (Fn. 8), 1261; vorbehalten bleiben einzig besondere Bestimmungen der StPO.

¹⁴ Auch das Zwangsmassnahmengericht des Zürcher Obergerichts entschied in einem nicht publizierten Entscheid vom 31.7.2013 (Geschäfts-Nr.: TF130005-O) betreffend Entsigelung im gleichen Sinn. Dem Entscheid lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Polizeibeamte, welche einen Automobilisten aufgrund eines unlogischen Anhaltenmanövers und einer rechtslastigen Fahrweise kontrollierten, erkannten bei der Durchführung einer Personen- und Fahrzeugkontrolle im Wageninneren eine Taschenlampe, ein paar schwarze Lederhandschuhe sowie eine Kamera. Im Fach links des Lenkrades entdeckten sie ausserdem einen Feldstecher und im Kofferraum eine Werkzeugkiste, in welcher sich ein nasses Ringgabelset befunden habe. Der Fahrzeuglenker konnte den Polizeibeamten den

Das Bundesgericht wies des Weiteren darauf hin, dass die Polizei gemäss dem geltenden Polizeigesetz auch keine andere gesetzliche Möglichkeit hatte, die Kamera losgelöst von einem Tatverdacht zu durchsuchen. Die Frage, ob die kantonalen Polizeigesetze solches überhaupt regeln dürften, wurde vom Bundesgericht nicht aufgeworfen. Diese Frage soll nachfolgend für das kantonalzürcherische Polizeigesetz (PolG/ZH) beantwortet werden.

V. Durchsuchungen gem. Art. 241 ff. StPO vs. Durchsuchung gem. § 35 ff. PolG/ZH

Gemäss Art. 241 ff. StPO können Häuser, Aufzeichnungen, Personen sowie Gegenstände durchsucht und Personen dürfen durch- und untersucht werden. In Art. 241 StPO wird festgelegt, dass in der Durchsuchungsanordnung der Zweck für eine solche Zwangsmassnahme angegeben werden muss. Allgemein formuliert ist der Zweck natürlich die Strafverfolgung. Daneben dienen die einzelnen Zwangsmassnahmen jeweils verschiedenen Spezialzwecken. Hausdurchsuchungen sind beispielsweise zulässig, wenn zu vermuten ist, dass in den zu durchsuchenden Räumen gesuchte Personen anwesend sind, Tatspuren oder zu beschlagnahmende Gegenstände oder Vermögenswerte vorhanden sind, sowie wenn zu vermuten ist, dass darin Straftaten begangen werden.

Aufzeichnungen dürfen durchsucht werden, wenn zu vermuten ist, dass sich darin Informationen befinden, die der Beschlagnahme unterliegen. Die Durchsuchung von Personen und Gegenständen ist dagegen zulässig, wenn zu vermuten ist, dass Tatspuren oder zu beschlagnahmende Gegenstände oder Vermögenswerte gefunden werden können. Zu guter Letzt können *Personen untersucht* werden, wenn dies zur Sachverhaltsfeststellung notwendig ist oder zur Abklärung der Schuld-, Verhandlungs- oder Hafterstehungsfähigkeit.

Die StPO verweist somit beim Zweck der jeweiligen Zwangsmassnahme regelmässig auf die *Beschlagnahme*, die ihrerseits zulässig ist, wenn der Gegenstand als Beweismittel gebraucht werden kann, eingezogen oder an den Geschädigten zurückgegeben werden soll, resp. die Verfahrenskosten sichergestellt werden sollen. Wie erwähnt, zielen diese *Zwangsmassnahmen im Endeffekt allesamt auf die Strafverfolgung* (Gerichtspolizei) ab.

Verwendungszweck dieser Gegenstände nicht erläutern, weshalb Letztere den Verdacht hegten, der Lenker des Fahrzeugs könnte unmittelbar vor der Kontrolle einen Einbruchdiebstahl verüben und dabei die vorgefundene Kamera erbeutet haben. Mangels hinreichenden Anfangsverdachts betreffend Diebstahl «durfte die Polizei die Kamera nicht mit dem Argument, es habe im Sinne von Art. 241 Abs. 3 StPO Gefahr in Verzug bestanden, durchsuchen». So wies das Zürcher Obergericht ein Entsigelungsbegehren der Staatsanwaltschaft für die Durchsuchung der Kamera, auf welcher sich mutmasslich sogenannte Raserfahrten befanden, ab. Dieser Entscheid erwuchs in Rechtskraft.



Neben der StPO enthält aber auch das PolG/ZH Bestimmungen zur Durchsuchung von Personen (§ 35 PolG/ZH), Gegenständen (§ 36 PolG/ZH) und Räumen (§ 37 PolG/ZH). In der Folge werden die zulässigen Zwecke dieser polizeilichen Massnahmen dargestellt:

Gemäss § 35 PolG/ZH darf die Polizei in oder an der Kleidung einer Person, an der Körperoberfläche oder in den ohne Hilfsmittel einsehbaren Körperöffnungen und -höhlen nach Gegenständen oder Spuren suchen, a) wenn dies *zum Schutz von Personen* oder von Gegenständen von namhaftem Wert erforderlich ist, b) wenn *Gründe für einen polizeilichen Gewahrsam* dieser Person gegeben sind, c) wenn der Verdacht besteht, dass die Person *sicherzustellende Gegenstände* auf sich trägt, d) zur *Feststellung ihrer Identität* und e) wenn die Person sich in einem die freie Willensbildung ausschliessenden Zustand oder in *hilfloser Lage* befindet und die Durchsuchung zu ihrem Schutz erforderlich ist.

§ 35 lit. b PolG/ZH verweist auf den polizeilichen Gewahrsam, dessen Voraussetzungen in § 25 PolG/ZH geregelt werden. Für den polizeilichen Gewahrsam gemäss dieser Bestimmung wird alternativ eine *Gefährdung durch diese Person, Hilfsbedürftigkeit* dieser Person, *Sicherstellung der Vor-, Zu- oder Rückführung* dieser Person vorausgesetzt. Ausserdem ist Gewahrsam zulässig, wenn die Person sich einer *Freiheitsstrafe entzogen* hat.

Der Verweis in § 35 lit. c PolG/ZH auf die *Sicherstellung von Gegenständen* bedeutet wiederum, dass eine Durchsuchung angeordnet werden kann, wenn dies zur *Abwehr einer erheblichen Gefahr oder zum Schutz privater Rechte notwendig* ist. Zudem kann ein Gegenstand sichergestellt werden, wenn zu befürchten ist, dass eine in Gewahrsam genommene Person diesen Gegenstand missbräuchlich verwenden würde.

Erkennbar wird damit Folgendes: *Die zulässigen Durchsuchungsgründe nach PolG/ZH sind allesamt auf die Gefahrenabwehr gerichtet.* Dies ist sowohl mit der BV als auch mit der Zweckbestimmung des PolG/ZH vereinbar. So ist es vollkommen einleuchtend und mit der Abgrenzung von Polizei- und Strafprozessrecht folgerichtig, dass Personen durchsucht werden dürfen, wenn anzunehmen ist, dass sie beispielsweise eine Waffe oder Bombe auf sich tragen und dadurch sich oder einem Dritten unmittelbar Schaden zuführen könnten. *Keiner der im PolG/ZH genannten zulässigen Gründe für eine Durchsuchung zielt auf die Ermittlung von Straftaten ab; sie alle dienen der unmittelbaren Gefahrenabwehr.*¹⁵

Welche Schlüsse können nun hieraus gezogen werden? Wenn vermutet wird, dass eine Person *Drogen auf sich trägt, ist eine Durchsuchung gestützt auf das PolG/ZH unzulässig.* Eine solche Durchsuchung hat nach den Bestimmungen der StPO zu erfolgen. Dies, weil das PolG/ZH *nicht auf Verbrechensaufklärung, sondern nur auf unmittelbare Gefahrenabwehr gerichtet ist.* Eine auf dem PolG/ZH beruhende

Durchsuchung mit dem Zweck der Verbrechensaufklärung entbehrt nicht nur einer gesetzlichen Grundlage, sie wäre aufgrund der umfassenden Bundeskompetenz und der darauf fussenden umfassenden Kodifizierung in der StPO getreu dem Grundsatz «lex superior derogat legi inferiori»¹⁶ gar nicht zulässig. Für die Deliktsaufklärung ist einzig die StPO massgebend.

Dies bedeutet weiter, dass ein hinreichender (und damit rational begründbarer) Tatverdacht bestehen muss und die Zwangsmassnahme von der Staatsanwaltschaft entweder vorgängig anzuordnen oder in Anwendung von Art. 241 Abs. 3 StPO nachträglich zu genehmigen ist. Ein Durchsuchungsbefehl ist sodann zwingend zu begründen.¹⁷ Gemäss der zustimmenden Rechtsprechung des Obergerichts Zürich bedeutet dies, dass «ein schriftlicher Befehl [...] stets zumindest summarisch zu begründen ist, wobei es insbesondere Ausführungen zum strafrechtlich relevanten Sachverhalt sowie zu der den hinreichenden Tatverdacht begründenden Beweislage bedarf.»¹⁸

Daraus folgt, dass bei Kleindealern, welche sog. Kugeli im Mund verstecken, *keine polizeiliche Durchsuchung nach den Vorschriften des PolG/ZH durchgeführt werden darf.* Diese Dealer haben keine Mengen auf sich, die eine unmittelbar lebensgefährliche Beeinträchtigung der Gesundheit nach sich ziehen würden. Damit kann die polizeiliche Massnahme nicht mit Gefahrenabwehr begründet werden. Weil die Eruierung von allfälligen Straftaten bereits im Grundsatz nicht zum Anwendungsbereich des Polizeigesetzes gehört, sondern genuines Strafprozessrecht ist, kann die Durchsuchung nicht mit dem PolG/ZH legitimiert werden.

Die Argumentation, das PolG/ZH solle bei der Durchsuchung eines potentiellen Drogendealers zur Anwendung gelangen, weil man damit möglicherweise eine unmittelbare Gefahr abwehre – nämlich diejenige des Drogenhandels und der damit zusammenhängenden abstrakten Gefahren –, ist abzulehnen: Damit würde die trennscharfe Abgrenzung zwischen Zwangsmassnahmen zur unmittelbaren Gefahrenabwehr (Sicherheitspolizei) und Zwangsmassnahmen zur Strafverfolgung verwischt. Zudem birgt dies die Gefahr des Missbrauchs und verunmöglicht dem Rechtsunterworfenen, die Rechtmässigkeit staatlichen Handelns zu überprüfen, was sich negativ auf die Rechtssicherheit auswirkt. Das Gesagte gilt mutatis mutandis auch für die Durchsuchung von Gegenständen gem. § 36 PolG/ZH (z.B. Handtaschen, Koffer, Handys, Fotoapparate und Videokameras). So ist also die Durchsuchung eines Rucksacks bloss aufgrund der Vermutung, dass der Besitzer Drogen darin haben könnte, mit dem PolG/ZH nicht zu begründen. Eine solche Durchsu-

15 §§ 18 f. PolG/ZH.

16 Frei übersetzt: «Das höherrangige Gesetz verdrängt das niederrangige.»

17 Art. 241 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 80 Abs. 2 S. 1 StPO; GFELLER, BSK StPO (Fn. 1), Art. 241 StPO N 3 ff.; KELLER, ZK StPO (Fn. 13), Art. 241 N 25.

18 OGer ZH, Beschluss vom 19.8.2011, UH110174, E. 2.4.d.

chung müsste nach den Bestimmungen der StPO angeordnet werden. Dies mit der notwendigen Begründungsdichte bezüglich des Tatverdachts.

Hinsichtlich der Durchsuchung von Räumen gilt, dass die Polizei eine solche basierend auf das PolG/ZH durchführen darf, wenn sofortiges Handeln nötig ist, um Personen aus einer gegenwärtigen erheblichen Gefahr für Leib und Leben zu befreien, um Tiere oder Gegenstände von namhaftem Wert zu schützen oder um eine Person in Gewahrsam zu nehmen. Bezüglich der Gewahrsamsnahme als Durchsuchungszweck gilt das oben Ausgeführte analog. Daraus folgt, dass spontanes (und durchaus wörtlich gemeintes) «Herumschnüffeln» der Polizei in irgendwelchen Häusern bspw. zur Auffindung von Hanfindooranlagen nicht zulässig ist. Derartiges Handeln ist nämlich nicht auf Prävention, sondern auf Repression gerichtet. Weil solche Aktionen auf die Verbrechensaufklärung und letzten Endes auf Bestrafung ausgerichtet sind, kommen einzig die Bestimmungen der StPO zur Hausdurchsuchung zur Anwendung. Dies setzt aber wiederum zumindest einen hinreichenden Tatverdacht voraus,¹⁹ welcher selbstredend begründet²⁰ werden muss, und zwar ohne Rückgriff auf vorgängiges (unzulässiges) Herumschnüffeln. Unzulässig (aber immer wieder anzutreffen) sind Hausdurchsuchungen ohne staatsanwaltschaftliche Anordnung aufgrund der Blanko-Begründung «Gefahr in Verzug», ohne diese Gefahr näher zu umschreiben. Ein solches Vorgehen ist unzulässig.

VI. Folgen von Grenzüberschreitungen

In BGE 137 I 218 wurde festgehalten, dass eine Verurteilung basierend auf einer verdachtslos durchgeführten Zwangsmassnahme keinen Bestand haben kann. Diese Rechtsprechung verdient vorbehaltlose Zustimmung. Anders zu entscheiden hiesse nämlich, dass die Vorschriften der StPO zur Anordnung von Zwangsmassnahmen (namentlich das Vorliegen eines genügenden Tatverdachts) unter dem Deckmantel der «Gefahrenabwehr» gemäss Polizeigesetz unterlaufen werden könnten.

Folgt daraus, dass im Zuge der Durchführung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben entdeckte Hinweise auf Straftaten per se nicht verwertet werden dürfen? Dieser Schluss wäre u.E. nicht zutreffend. Es muss möglich sein, im Zuge rechtmässigen polizeilichen Verhaltens entdeckte Hinweise auf Straftaten (als Zufallsfunde) auszuwerten. Werden jedoch sicherheitspolizeiliche Befugnisse zur verdachtslosen Beweisausforschung missbraucht, so liegt darin eine Umgehung der Normenhierarchie und ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der staatlichen Organe, das nicht toleriert werden kann. Um festzustellen, ob eine sicherheitspolizeiliche Durch-

suchung rechtmässig war, wird den Rechtsunterworfenen deshalb empfohlen, bei der anordnenden Behörde eine anfechtbare Verfügung zu verlangen²¹ oder die entsprechende Handlung direkt anzufechten.

VII. Zusammenfassung der Ergebnisse

Zusammenfassend lassen sich einige einfache Regeln für das polizeiliche Handeln ableiten: Basierend auf dem PolG/ZH sind Durchsuchungen zwecks unmittelbarer Gefahrenabwehr zulässig, wenn sie auf Prävention gerichtet sind. Werden hierbei zufällig Hinweise auf Straftaten entdeckt, so sind diese wohl grundsätzlich (als Zufallsfunde) verwertbar. Vorausgesetzt ist jedoch, dass die polizeiliche Massnahme ihrerseits eine gesetzliche Grundlage im kantonalen Polizeigesetz hatte. Obwohl nicht von vornherein ausgeschlossen, erscheinen Durchsuchungen von Aufzeichnungen (bspw. Handys und Kameras) in aller Regel als untauglich zur unmittelbaren Gefahrenabwehr gemäss § 3 Abs. 2 PolG/ZH.

Werden bei einer polizeirechtlich zulässigen Massnahme Beweismittel für eine bisher nicht verfolgte Straftat entdeckt, so können diese zu einem Tatverdacht führen, der zu einem Wechsel von der auf Gefahrenabwehr gerichteten Polizeigesetzgebung zur auf Strafverfolgung gerichteten Strafprozessordnung führt.²² Auch Art. 306 Abs. 3 StPO hält fest, dass dann die Bestimmungen der StPO anzuwenden sind.

Unzulässig sind Durchsuchungen zum Zweck der Aufspürung noch nicht bekannter Delikte. Gleichermassen unzulässig sind unter dem Deckmantel der Gefahrenabwehr durchgeführte Durchsuchungen, die andere Zwecke haben als die in § 35 PolG/ZH genannten.

Für Durchsuchungen, die der Aufklärung von Straftaten dienen, kommt hingegen ausschliesslich die StPO zur Anwendung. Damit wird namentlich ein hinreichender Tatverdacht vorausgesetzt. Liegt ein solcher nicht vor (oder basiert er auf unzulässigen polizeilichen Erkenntnissen), so ist von einer sog. «Fishing-Expedition» auszugehen, die zu einem absoluten Verwertungsverbot führt (vgl. BGE 137 I 218).

Stichwörter: Zwangsmassnahmen, Polizeirecht, Durchsuchung, Fishing Expedition, Gefahr in Verzug

Mots clés: mesures de contrainte, droit de police, perquisition, fishing expedition

¹⁹ Art. 197 Abs. 1 lit. a StPO.

²⁰ Vgl. Art. 80 Abs. 2 S. 1 StPO sowie Fn. 17 und 18 hievor.

²¹ Im Kanton Zürich gestützt auf § 10c Abs. 2 Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG/ZH). Eine solche Verfügung müsste ihrerseits selbstverständlich begründet werden.

²² Ähnlich: ALBERTINI, (Fn. 4), 545.



■ **Zusammenfassung:** Der vorliegende Aufsatz untersucht die Abgrenzung zwischen strafprozessualen Zwangsmassnahmen nach der StPO und polizeilichen Zwangsmassnahmen nach dem PolG/ZH. Die Autoren weisen dabei nach, dass im Bereich der Strafverfolgung keine kantonale Gesetzgebungskompetenz besteht und deshalb stets die Bestimmungen der StPO zur Anwendung kommen. Die Bestimmungen des kantonalen Polizeirechts betreffend Zwangsmassnahmen sind nur in Fällen von unmittelbarer Gefahrenabwehr anwendbar. Mit dieser Abgrenzung leisten die Autoren einen Beitrag zur Abgrenzung zwischen (verwertbaren) Zufallsfunden und verbotenen Beweisausforschungen, sog. Fishing Expeditions.

Resumé: Les auteurs du présent article se penchent sur la question de la délimitation entre les mesures de contrainte prévues par le code de procédure pénale suisse et les mesures de contrainte du droit de police telles que les instaure la loi zurichoise sur la police. Ils démontrent à cette occasion que le domaine de la poursuite pénale est entièrement soustrait à la compétence législative des cantons et que, pour ce motif, les dispositions du code de procédure pénale suisse y trouvent toujours application. Les normes du droit cantonal de police relatives aux mesures de contrainte viennent uniquement à s'appliquer dans les cas de trouble imminent à l'ordre public. A la lumière de ce critère, les auteurs apportent une contribution à la distinction entre les découvertes fortuites (exploitables) et les recherches indéterminées de moyens de preuve, soit les fishing expeditions, qui sont prohibées.