

Zusammenarbeit von Polizei und Staatsanwaltschaft im Schnittbereich von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung

Masterarbeit eingereicht der Universität Luzern
im Rahmen des MAS Forensics

Betreuender Dozent: Prof. Dr. **Jürg-Beat Ackermann**

Verfasserin: lic. iur. **Gabriele Berger**

Inhaltsverzeichnis

I. Literaturverzeichnis	III
II. Rechtsquellen- und Materialienverzeichnis	IX
III. Abkürzungsverzeichnis	XI
IV. Zusammenfassung	XIII
1 Einleitung	1
1.1 Problemstellung.....	1
1.2 Zielsetzung und Vorgehen.....	2
1.3 Schwerpunkt und Abgrenzung	2
2 Gefahrenabwehr und Strafverfolgung	4
2.1 Polizeiliche Gefahrenabwehr	4
2.1.1 Begriffe	4
2.1.2 Opportunität und grundrechtliche Schutzpflichten.....	5
2.1.3 Polizeiliche Massnahmen zur Gefahrenabwehr.....	6
2.1.4 Zuständigkeit	8
2.2 Strafverfolgung.....	8
2.2.1 Allgemeines	8
2.2.2 Verfolgungszwang.....	9
2.2.3 Zuständigkeit	9
2.2.4 Strafprozessuale Massnahmen.....	10
2.3 Abgrenzung von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung	10
3 Überlagerung und Vermischung von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung	12
3.1 Überlagerung	12
3.1.1 Gemengelagen	12
3.1.2 Doppelfunktionale Massnahmen	13
3.1.3 Zuständigkeiten.....	13
3.2 Vermischung durch den Gesetzgeber	14
3.2.1 Präventivhaft in der StPO	14
3.2.2 Ausserprozessualer Zeugenschutz	17
3.3 Vermischung aufgrund politischer und gesellschaftlicher Fokussierung auf Sicherheit und Prävention.....	18

4	Was gilt im Schnittbereich von Gefahrenabwehr und Strafverfahren?.....	22
4.1	Verfassungsrechtliche Kompetenzordnung.....	22
4.2	Anwendbarkeit der StPO auf die polizeiliche Tätigkeit.....	23
4.3	Anwendbares Recht in Gemengelagen.....	24
4.3.1	Rechtsprechung.....	24
4.3.2	Lehrmeinungen.....	25
4.3.2.1	Interessen- und Güterabwägung.....	26
4.3.2.2	Prädominanz der StPO.....	27
4.3.3	Würdigung.....	27
4.3.3.1	Was gilt im Falle einer Aufgabenkollision von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung?.....	28
4.3.3.2	Wem kommt die Entscheidkompetenz für die Güter- und Interessenabwägung zu?.....	29
4.3.3.3	Was gilt bei doppelfunktionalen Massnahmen?.....	30
4.3.4	Zwischenergebnis zum anwendbaren Recht.....	30
4.4	Weisungsbefugnis.....	31
4.4.1	Zusammenarbeit in ungewohnten Rollen.....	31
4.4.2	Besondere Einsatzorganisation der Polizei.....	33
4.5	Zwangsmassnahmen.....	34
4.5.1	Zusammenspiel von polizeilichen und strafprozessualen Zwangsmassnahmen in Gemengelagen.....	34
4.5.2	Öffentlichkeitsfahndung.....	36
4.5.3	Überwachung des Fernmeldeverkehrs zur Personensuche und -fahndung.....	38
4.5.4	Gemengelagen und andere verdeckte Zwangsmassnahmen.....	40
4.6	Verwertbarkeit von Erkenntnissen und Beweismitteln im Strafverfahren.....	41
5	Schlussbetrachtungen	45
5.1	Gründe für die Unsicherheiten in Gemengelagen.....	45
5.2	Was ist zu tun?.....	46
5.2.1	Durch Polizei und Staatsanwaltschaft.....	46
5.2.2	Durch die Doktrin.....	47
5.2.3	Durch den Gesetzgeber.....	47
5.3	Zum Schluss.....	48

I. Literaturverzeichnis

ACKERMANN Jürg-Beat, Tatverdacht und Cicero – in dubio contra suspicionem maleficii, in: Hurtado Pozo José/Niggli Marcel Alexander/Queloz Nicolas (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007, S. 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, Geheimnisschutz und Spionage, 8. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsrecht, Zürich 2015, S. 161 ff.

AEBI Christian, Einführung der Einsatzorganisation und Standardaufträge in Sonderlagen bei der Schweizer Polizei, Kriminalistik 7/2011, S. 485 ff.

ALBERTINI Gianfranco, Polizeigesetz und Polizeiverordnung des Kantons Graubünden, Zürich 2013 (zit. ALBERTINI, Polizeigesetz)

Ders., Einführung, Art. 12-21, Art. 299-327, in: Albertini Gianfranco/Fehr Bruno/Voser Beat (Hrsg.), Polizeiliche Ermittlung. Ein Handbuch der Vereinigung der Schweizerischen Kriminalpolizeichefs zum polizeilichen Ermittlungsverfahren gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2008 (zit. ALBERTINI, Polizeiliche Ermittlung)

Ders., Das Verfahren vor Eröffnung der Untersuchung – aus Sicht der Polizei, ZStrR 128/2010, S. 333 ff. (zit. ALBERTINI, Sicht der Polizei)

BAUMANN Andreas, Aargauisches Polizeigesetz, Praxiskommentar, Zürich/Basel/Genf 2006

BLÄTTLER Stefan, Die Stellung der Polizei im neuen schweizerischen Strafverfahren, ZStrR 3/2007, 242 ff.

BOESS Martin/ELMIGER Laura, Bedrohungsmanagement im Bereich Häuslicher Gewalt - Sicherheit gegen Freiheit?, in: Schwarzenegger Christian/Nägeli Rolf (Hrsg.), 7. Züricher Präventionsforum – Häusliche Gewalt, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 117 ff.

BRUNNER Reinhard, Die Perspektive der Kantonspolizei Zürich – eine praktische Auseinandersetzung mit dem Thema Prävention, in: Schwarzenegger Christian/Nägeli Rolf (Hrsg.), 7. Züricher Präventionsforum – Häusliche Gewalt, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 167 ff.

DENNINGER Erhard, Rechtsstaatliche Polizei in Zeiten intensiver Prävention, Sicherheit & Recht 3/2012, S. 222 ff.

DENNINGER Erhard/RACHOR Frederik, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl., München 2012

DONATSCH Andreas/KÄSER Beatrice, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Verhandlungsführers bei Geiselnahmen, Kriminalistik, 1/2010, S. 47 ff.

DONATSCH Andreas/SCHWARZENEGGER Christian/WOHLERS Wolfgang, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2014

DUDENHAUSEN Ingo/KAHR Robert, Die öffentliche Geiselnahme, Führen von Einsatzlagen der Schwerekriminalität im Zeitalter Sozialer Medien am Beispiel der Geiselnahme von Sydney, Die Polizei, 3/2015, S. 70 ff.

DUMITRESCU Adrian, Die Präventivhaft nach Art. 221 Abs. 2 StPO, in: AJP 3/2015 S. 447 ff.

EGLI Patricia, Grundrechte, Aktuelle Entwicklungen im Sicherheits- und Polizeirecht, Sicherheit & Recht, 3/2012, S. 193 ff.

EHRENBERG Wolfgang/FROHNE Wilfried, Doppelfunktionale Massnahmen der Vollzugspolizei, Problematik der rechtlichen Einordnung, Kriminalistik, 12/2003, S. 737 ff.

FIOLKA Gerhard, Art. 260 quinquies, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 3. Aufl., Basel 2013

FORSTER Marc, Art. 221, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 196-457 StPO, Art. 1-54 JStPO, 2. Aufl., Basel 2014

GAMMA Marco, Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung polizeilicher Gefahrenabwehr, Bern/Stuttgart/Wien 2001

GÄRDITZ Klaus, Strafprozess und Prävention, Entwurf einer verfassungsrechtlichen Zuständigkeits- und Funktionenordnung, Tübingen 2013

GFELLER Diego R./BIGLER Adrian, Zwangsmassnahmen gemäss StPO versus polizeiliche Zwangsmassnahmen nach PolG/ZH, forumpoenale 02/2014, S. 105 ff.

GLESS Sabine, Art. 141, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 196-457 StPO, Art. 1-54 JStPO, 2. Aufl., Basel 2014

GOLDSCHMIED Daniel/MAURER Thomas/SOLLBERGER Jürg (Hrsg.), Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008

GUSY Christoph, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl., Tübingen 2011

HÄFELIN Ulrich/MÜLLER Georg/UHLMANN Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010

HÄFELIN Ulrich/HALLER Walter/KELLER Helen, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich 2012

HANSJAKOB Thomas, Grenzen und Rahmenbedingungen der verdeckten präventiven Tätigkeit der Polizei, forumpoenale, 01/2015, S. 33 ff. (zit. HANSJAKOB, forumpoenale)

Ders., Art. 278, in: Donatsch Andreas/Hansjakob Thomas/Lieber Viktor (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. HANSJAKOB, Art. 278)

Ders., Kommentar zum Bundesgesetz und zur Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 2. Aufl., St. Gallen 2006 (zit. HANSJAKOB, BÜPF-Kommentar)

Ders., Zwangsmassnahmen in der neuen Eidg. StPO, ZStrR 1/2008, S. 90 ff. (zit. HANSJAKOB, ZStrR 2008)

HEER Marianne/WIPRÄCHTIGER Hans, Zur Erosion des Massnahmenrechts durch das aktuelle Sicherheitsdenken in Politik und Justiz, in: Liber amicorum für Andreas Donatsch, Im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis, Cavallo Angela et. al. (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2012

HENZELIN Marc/MAEDER Sonja, Art. 15, in: Kuhn André/Jeanneret Yvan (Hrsg.), Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse, Basel 2011

HOFFMANN Jens/ROSHDI Karoline/VON ROHR Hans Rudolf, Das Solothurner Modell eines Kantonalen Bedrohungsmanagements (KBM), in: Hoffmann Jens/Roshdi Karoline/von Rohr Hans Rudolf (Hrsg.), Bedrohungsmanagement, Projekte und Erfahrungen aus der Schweiz, Frankfurt am Main 2013, S. 9 ff.

HUG Markus/SCHIEDERGER Alexandra, Art. 221, in: Donatsch Andreas/Hansjakob Thomas/Lieber Viktor (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014

JAAG Tobias/LIENHARD Andreas/TSCHANNEN Pierre, Ausgewählte Gebiete des Bundesverwaltungsrecht, 7. Aufl., Basel 2009

KELLER Andreas, Art. 15, in: Donatsch Andreas/Hansjakob Thomas/Lieber Viktor (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014

KETTIGER Daniel, Schnittstellenfragen der Schweizerischen Strafprozessordnung, in: Jusletter 13. Februar 2012

KILLIAS Martin/KUHN André/DONGOIS Nathalie/AEBI Marcelo F., Précis du droit pénal général, 3. Aufl., Bern 2008

KIENER Regina/CUPA Basil, Hybrider Status – relative Unabhängigkeit, in: Liber amicorum für Andreas Donatsch, Im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis, Cavallo Angela et. al. (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2012, S. 395 ff.

KRAUS Michael, Rechtsstaatliche Terrorismusbekämpfung durch Straf- und Strafprozessrecht, Frankfurt am Main 2012

KUNZMANN Walter, Die Kollusion zwischen der Aufgabe der Gefahrenabwehr und anderen Aufgaben der Polizei, Göttingen 1990

LENTJES MEILI Christiane, Das Erkennen der Gefahr: Vermutung oder schon Verdacht?, in: Brägger Benjamin F./Steiner Silvia/Vuille Joëlle (Hrsg.), Bedrohte oder bedrohende Sicherheit?, Schweizerische Arbeitsgemeinschaft für Kriminologie (SAK), Band 30, Bern 2012, S. 95 ff.

LOBSIGER Adrian, Grundaufgaben der Verwaltung, Polizei und Justiz sowie des Zivilen Staatsschutzes, in: Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band III, Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Basel 2008, S. 155 ff.

MARTIN Céline, Grundrechtskollisionen, Basel 2007

MOHLER Markus H. F., Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012

MÜLLER Markus/JENNI Christoph, Die polizeiliche Generalklausel, Sicherheit & Recht, 1/2008, S. 4 ff.

NIGGLI Alexander/MAEDER Stefan, Was schützt eigentlich Strafrecht (und schützt es überhaupt etwas?), AJP 4/2011, S. 443 ff.

NOLTE Martin, Doppelfunktionale Massnahmen in der polizeilichen Praxis, Kriminalistik, 05/2007, S. 343 ff.

NUSSBAUMER Daniel, Massnahmen gegen nicht fassbare Gewalt, Diss. Zürich 2008

- OBERHOLZER Niklaus, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012
- PFANDER Urs, Garantie innerer Sicherheit, Diss. Basel 1991
- PIETH Marc, Schweizerisches Strafprozessrecht, Grundriss für Studium und Praxis, 2. Aufl., Basel 2012
- PITTELOUD Jo, Code de procédure pénale suisse, Zürich 2012
- REINHARD Hans, Allgemeines Polizeirecht, Bern/Stuttgart/Wien 1993
- REMY Marc, Droit des mesures policières, Principes généraux, cadre juridique et coopération policière, Zürich/Basel/Genf 2008
- RHYNER Beat, Art. 306, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014
- RHYNER Beat/STÜSSI Dieter, Art. 269-279, in: Albertini Gianfranco/Fehr Bruno/Voser Beat (Hrsg.), Polizeiliche Ermittlung. Ein Handbuch der Vereinigung der Schweizerischen Kriminalpolizeichefs zum polizeilichen Ermittlungsverfahren gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2008
- RIEDO Christof/FIOKLA Gerhard/NIGGLI Marcel Alexander, Strafprozessrecht sowie Rechts-
hilfe in Strafsachen, Basel 2011
- RINNHOFFER Fritz P., Weiß-Grüner Zitatenschatz, Von Peter Rosegger bis Fritz P. Rinnhofer, Graz 2002.
- ROHRER Markus, Polizei und Untersuchungsrichter, AJP 4/97, S. 406 ff.
- RUCKSTUHL Niklaus/DITTMANN Voker/ARNOLD Jörg, Strafprozessrecht, unter Einschluss der forensichen Psychiatrie und Rechtsmedizin sowie des kriminaltechnischen und naturwissenschaftlichen Gutachtens, Zürich/Basel/Genf 2011
- RÜEGGER Peter, Art. 211, in: Donatsch Andreas/Hansjakob Thomas/Lieber Viktor (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. RÜEGGER, Art. 211)
- Ders., Art. 307, in: Donatsch Andreas/Hansjakob Thomas/Lieber Viktor (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. RÜEGGER, Art. 307)
- RUCH Alexander, Sicherheit in der freiheitlichen, rechtsstaatlichen Demokratie, in: Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band III, Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Basel 2008, S. 1 ff.
- SCHMID Niklaus, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009 (zit. SCHMID, Handbuch)
- Ders., Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009 (zit. SCHMID, Praxiskommentar)
- SCHWEGLER Yvo, Polizeirecht, in: Müller Markus/Feller Reto (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2013

SCHWEIZER Rainer J., Bundesstaatliche Kompetenzverteilung im Polizei- und Sicherheitsrecht, *Sicherheit & Recht*, 3/2012, S. 185 ff. (zit. SCHWEIZER, Kompetenzverteilung)

SCHWEIZER Rainer J./MOHLER Markus, Vorbemerkungen zur Sicherheitsverfassung, in: Ehrenzeller Bernhard, Schindler Benjamin, Schweizer Rainer J., Vallender Klaus A. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, Zürich/St. Gallen 2014 (zit. SCHWEIZER/MOHLER, Vorbemerkungen)

Dies., Art. 57, in: Ehrenzeller Bernhard, Schindler Benjamin, Schweizer Rainer J., Vallender Klaus A. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, Zürich/St. Gallen 2014 (zit. SCHWEIZER/MOHLER, Art. 57)

SCHWEIZER Rainer J./SUTTER Patrick/WIDMER Nina, Grundbegriffe, in: Schweizer Rainer J. (Hrsg.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band III, Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes*, Basel 2008, S. 53 ff.

SEELMANN Kurt, Art. 17, in: *Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1-100 StGB, Jugendstrafgesetz*, 3. Aufl., Basel 2013

STOLL Peter-Tobias, *Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft*, Tübingen 2003

TROCHSLER-HUGENTOBLER Carmen/LOBSIGER Adrian, Polizeiliche Befugnisse und Handlungsformen, in: Schweizer Rainer J. (Hrsg.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band III, Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes*, Basel 2008, S. 279 ff.

TSCHANNEN Pierre/ZIMMERLI Ulrich/MÜLLER Markus, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., Bern 2014

USTER Hanspeter, Art. 15, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. USTER, Art. 15)

Ders., Polizei und Staatsanwaltschaft im Vorverfahren – Schnittstelle oder Nahtstelle?, *forumpoenale*, 6/2010, S. 353 ff. (zit. USTER, forumpoenale)

VEST Hans, Art. 123, in: Ehrenzeller Bernhard, Schindler Benjamin, Schweizer Rainer J., Vallender Klaus A. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, Zürich/St. Gallen 2014

VETTERLI Luzia, Kehrtwende in der bundesgerichtlichen Praxis zu den Verwertungsverboten, *ZStrR*, 4/2012, S. 447 ff.

VON ARX Christine/FABBRI Alberto, Die Verfahrensbeschwerde gemäss § 120 StPO BL, *BJM* 1/2002, S. 1 ff.

WEDER Ulrich, Die gefährliche beschuldigte Person und die Wiederholungs- und Ausführungsgefahr, *ZStrR*, 4/2014, S. 367 ff. (zit. WEDER, *ZStrR* 2014)

Ders., Die Haftgründe der Wiederholungs- und Ausführungsgefahr unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich, *ZStrR*, 2/2006, S. 113 ff. (zit. WEDER, *ZStrR* 2006)

Ders., Art. 211, in: Donatsch Andreas/Hansjakob Thomas/Lieber Viktor (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. WEDER, Art. 211)

WIECZOREK Arnold, Schülerattentate an deutschen Schulen, *Kriminalistik* 3/2010, S. 153 ff.

WOHLERS Wolfgang, Art. 141, in: Donatsch Andreas/Hansjakob Thomas/Lieber Viktor (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014

WOLTER Roland, Die Geiselnahme eines Kindes zur Erpressung von 1,2 Mio. Franken, Erfahrungen des zuständigen Staatsanwaltes, Kriminalistik, 12/2006, S. 774 ff.

ZALUNARDO-WALSER Roberto, Verdeckte kriminalpolizeiliche Ermittlungsmassnahmen unter besonderer Berücksichtigung der Observation, Diss. Zürich 1998

ZUBER Thomas, Art. 201-211, in: Albertini Gianfranco/Fehr Bruno/Voser Beat (Hrsg.), Polizeiliche Ermittlung. Ein Handbuch der Vereinigung der Schweizerischen Kriminalpolizeichefs zum polizeilichen Ermittlungsverfahren gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2008

II. Rechtsquellen- und Materialienverzeichnis

A. Rechtsquellen

BÜPF	Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 6. Oktober 2000, SR 780.1 Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen "Al-Quaïda" und "Islami-scher Staat" sowie verwandter Organisationen vom 12. Dezember 2014, SR 122
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVE	Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung vom 20. Juni 2003, ausser Kraft, AS 2004 1409
E-BÜPF	Entwurf für eine Totalrevision des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, noch nicht in Kraft, BBl 2013 2789
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. No-vember 1950, für die Schweiz in Kraft seit 28. November 1974, SR 0.101
GSG	Gewaltschutzgesetz des Kantons Zürich vom 19. Juni 2006, 351
KV BE	Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1992, BSG 101.1
PolG BE	Polizeigesetz des Kantons Bern vom 8. Juni 1997, BSG 551.1
PolG GR	Polizeigesetz des Kantons Graubünden vom 20. Oktober 2004, BR 613.100
PolG SG	Polizeigesetz des Kantons St. Gallen vom 10. April 1980, sGS 451.1
PolG TG	Polizeigesetz des Kantons Thurgau vom 9. November 2011, RB 551.1
PolG ZH	Polizeigesetz des Kantons Zürich vom 23. April 2007, LS 550.1
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, SR 312.0
ÜBFT	Internationales Übereinkommen zur Bekämpfung der Finanzierung des Terro-rismus vom 9. Dezember 1999, in der Schweiz in Kraft seit 23. Oktober 2003, SR 0.353.22
UNO Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, in der Schweiz in Kraft seit 18 September 1992, SR 0.103.2
ZeugSG	Bundesgesetz über den ausserprozessualen Zeugenschutz vom 23. Dezember 2011, SR 312.2
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210

B. Materialien

Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats MALAMA, 10.3045, Innere Sicherheit, Klärung der Kompetenzen, vom 3. März 2010, BBl 2012 4459 (zit. Bericht MALAMA)

Botschaft zum Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 27. Februar 2013, BBl 2012 2683 (zit. Botschaft BÜPF-Revision)

Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes vom 12. November 2003, BBl 2003 7951 (zit. Botschaft FMG)

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7001 (zit. Botschaft Erwachsenenschutz)

Botschaft zur Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates über die Bekämpfung des Menschenhandels und zum Bundesgesetz über den ausserprozessualen Zeugenschutz vom 17. November 2010, BBl 2011 1 (zit. Botschaft ZeugSG)

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085 (zit. Botschaft StPO)

Konzeptbericht des Projektes "Entführungsalarmsystem" vom 15. Oktober 2009, abrufbar unter:

http://www.entfuehrungsalarm.ch/Downloads/Konzeptbericht_Entfuehrungsalarmsystem_15.10.09_d.pdf (zuletzt besucht am 12.8.2015, zit. Konzeptbericht Entführungsalarm)

Postulat RECORDON, 14.3216, Den Entführungsalarm verbessern, vom 20. März 2014, abrufbar unter: http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20143216 (zuletzt besucht am 12.8.2015, zit. Postulat RECORDON)

Stellungnahme des Bundesrates zum Postulat RECORDON vom 14.5.2014, abrufbar unter: http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20143216 (zuletzt besucht am 12.8.2015, zit. Stellungnahme Postulat RECORDON)

Stellungnahme des Bundesrates vom 23.5.2012 zum Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates betreffend die parlamentarische Initiative, 08.458, Präzisierung des Anwendungsbereichs der Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung, vom 3. Februar 2012, BBl 2012 5609 (zit. Stellungnahme verdeckte Ermittlung)

III. Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle juristische Praxis
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BR	Bündner Rechtsbuch
BSG	Bernische systematische Gesetzessammlung
Bst.	Buchstabe
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
dies.	dieselben
Diss.	Dissertation
d.h.	das heisst
Dr.	Doktor
Erw.	Erwägung
etc.	et cetera
f.	und folgende Seite
fedpol	Bundesamt für Polizei
ff.	und folgende Seiten
Fn	Fussnote
Hrsg.	Herausgeber
h.L.	herrschende Lehre
gl.M.	gleicher Meinung
i.V.m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
KKPKS	Konferenz der Kantonalen Polizeikommandanten
lit.	litera
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Randnote
Prof.	Professor
RB	Rechtsbuch
S.	Seite
sog.	sogenannt
sGS	systematische Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen
SPI	Schweizerisches Polizeiinstitut
u.a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins

Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

IV. Zusammenfassung

Im polizeilichen Alltag kommt es häufig zur Überlagerung von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, weil viele Ereignisse sowohl Massnahmen zur Gefahrenabwehr als auch zur Strafverfolgung erfordern. In solchen – Gemengelagen genannten – Ereignissen treten in der Praxis bei der Zusammenarbeit von Polizei und Staatsanwaltschaft immer wieder Unsicherheiten bezüglich der Zuständigkeit oder des Umfangs des Weisungsrechts der Staatsanwaltschaft auf. Fragen stellen sich vor allem dann, wenn der Ermittlungsarbeit entscheidende Bedeutung für die Gefahrenabwehr zukommt, wie dies bei Entführungen, qualifizierten Erpressungen oder Drohungen oft der Fall ist.

Bei Entführungsfällen stellt sich z.B. die Frage, ob die Polizei das entführte Opfer mittels der für die Vermisstensuche vorgesehenen Fernmeldeüberwachung gemäss Art. 3 BÜPF suchen oder – weil der dringende Tatverdacht gegeben und eine Strafuntersuchung eröffnet ist - ausschliesslich die strafprozessuale Überwachung gemäss Art. 269 ff. StPO angeordnet werden kann.

Bei einer qualifizierten Erpressung kann Unsicherheit darüber bestehen, wer für die Beurteilung der Frage zuständig ist, ob das Erpressungsoffer in Gefahr ist bzw. Schutzmassnahmen erforderlich sind.

Nach einer Einleitung werden zunächst die für diese Arbeit wesentlichen Aspekte der Gefahrenabwehr sowie der Strafverfolgung dargestellt. Diese zentralen staatlichen Aufgaben dienen beide der Gewährleistung von Sicherheit, allerdings auf ganz unterschiedliche Weise: Gefahrenabwehr wirkt in die Zukunft, ist präventiv und schützt *unmittelbar* vor Gefahren. Strafverfolgung schaut rückwärts, dient der Klärung des Verdachts einer begangenen Straftat und kann nur *mittelbar* zur Sicherheit beitragen.

Als Zweites wird auf die Überlappung der beiden Tätigkeiten eingegangen, also den Schnittbereich von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, welcher im Zentrum dieser Arbeit steht. Dabei werden auch die sog. doppelunktionalen Massnahmen vorgestellt, welche gleichzeitig der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung dienen.

In diesem zweiten Teil wird zudem der Frage nachgegangen, weshalb in der Praxis in Gemengelagen eine generelle, diffuse Unsicherheit bezüglich Zuständigkeit von Polizei und Staatsanwaltschaft feststellbar ist. Es zeigt sich, dass die Unsicherheit verschiedene Gründe hat: Der Fokus von Gesellschaft und Politik ist seit einiger Zeit stark auf Sicherheit und Gewaltprävention gerichtet. Dementsprechend gross ist die Erwartungshaltung der

Öffentlichkeit, dass Behörden alles daran setzen, Gewalttaten zu verhindern, und dies beeinflusst die Art und Weise, wie involvierte Behörden ihre Aufgaben und Zuständigkeiten interpretieren und wahrnehmen. Genährt wird die Unsicherheit ausserdem dadurch, dass der Gesetzgeber in den letzten Jahren der Staatsanwaltschaft Aufgaben übertragen hat, die primär oder ausschliesslich der Gefahrenabwehr dienen, wie die Ausführungshaft gemäss Art. 221 Abs. 2 StPO oder die Antragstellung auf ausserprozessualen Zeugenschutz.

Nach der Schilderung der Ausgangslage sowie der Gründe für die Unsicherheiten behandelt der eigentliche Hauptteil der Arbeit die sich in Gemengelage konkret stellenden Fragen: Welches Recht kommt zur Anwendung? Wie weit geht das Weisungsrecht der Staatsanwaltschaft? Was gilt für Zwangsmassnahmen und wie steht es mit der Verwertbarkeit von polizeirechtlich erlangten Erkenntnissen im Strafverfahren? Die Beantwortung dieser Fragen ist alles andere als einfach, da sich die Doktrin bis heute nur spärlich mit diesen Themen befasst hat und unterschiedliche Meinungen vertritt.

In Gemengelage müssen sowohl Massnahmen ergriffen werden, die der Gefahrenabwehr dienen, als auch solche zur Strafverfolgung. Grundsätzlich kommen deshalb beide Rechtsgrundlagen zur Anwendung, also das jeweilige Polizeigesetz sowie die StPO. Welche Grundlage auf eine bestimmte Massnahme zur Anwendung kommt, bestimmt sich nach deren Zweck. Im Falle einer Aufgabenkollision ist es gemäss der mehrheitlich vertretenen Auffassung an der Polizei, gestützt auf eine Güter- und Interessenabwägung zu entscheiden, welche Aufgabe vorgeht. Die Minderheitsmeinung geht davon aus, dass ausschliesslich die StPO zur Anwendung kommt, sobald ein hinreichender Tatverdacht vorliegt. Zu den doppelfunktionalen Massnahmen finden sich wenig klare Äusserungen. M.E. sind bei diesen die Regeln der StPO einzuhalten, soweit dadurch die gegebenenfalls prioritäre Gefahrenabwehr nicht beeinträchtigt wird.

Das Weisungsrecht der Staatsanwaltschaft ist auf Belange der Strafverfolgung beschränkt. Gemengelage gehen jedoch über die Strafverfolgung hinaus, weshalb die Gesamtverantwortung für die Bewältigung der Lage bei der Polizei liegen muss. Nur sie ist sowohl für die Aufgabe der Gefahrenabwehr wie der Strafverfolgung zuständig. Weisungen der Staatsanwaltschaft sind in Gemengelage für die Polizei deshalb nur insoweit verbindlich, als sie die gegebenenfalls prioritäre Gefahrenabwehr nicht beeinträchtigen.

Bei den Zwangsmassnahmen zeigt sich die Verflechtung von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung besonders deutlich, als strafprozessuale Zwangsmassnahmen in gewissen Fällen

entscheidend zur Gefahrenabwehr beitragen. Das gilt insb. für die Überwachung des Fernmeldeverkehrs, welche durch die Staatsanwaltschaft anzuordnen ist. In diesen Fällen "verfügt" die Staatsanwaltschaft über das für die Gefahrenabwehr oft entscheidende Mittel. Die Verantwortung für die Gefahrenabwehr liegt jedoch – wie sonst auch - bei der Polizei.

Die Frage der Verwertbarkeit von Erkenntnissen, welche in Gemengelage durch polizeirechtliche Massnahmen erlangt wurden, kann im Rahmen dieser Arbeit nur gestreift werden. Zuviel ist diesbezüglich offen. Gemäss wohl mehrheitlicher Auffassung sollen Erkenntnisse aus rechtmässigen Polizeieinsätzen jedenfalls dann im Strafverfahren verwertet werden dürfen, wenn sie auch strafprozessual hätten erlangt werden können.

Zum Schluss appelliert die Arbeit an Polizei und Staatsanwaltschaft, sich der Problematik in Gemengelage bewusst zu machen und diese – vor einem Ernstfall - innerhalb der eigenen Organisation sowie miteinander zu thematisieren. Aufgefordert ist auch die Doktrin, sich mit dem Schnittbereich von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung zu beschäftigen. Last but not least hat auch der Gesetzgeber seinen Beitrag zu leisten, damit die zuständigen Behörden in Gemengelage ihrer Pflicht zum Schutz der betroffenen Menschen sowie zur Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs so gut wie möglich nachkommen können.

1 Einleitung

1.1 Problemstellung

Im Rahmen von Einsätzen bei Entführungen, Drohungen oder Erpressungen stellen sich immer wieder Fragen zum Verhältnis von Gefahrenabwehr und Strafverfahren bzw. zu den Verantwortungsbereichen von Polizei und Staatsanwaltschaft: Welches Recht ist für polizeiliche Massnahmen, die gleichzeitig Gefahrenabwehr und Strafverfolgung bezwecken, anwendbar? Darf die Polizei z.B. ein entführtes Opfer mittels der für die Vermisstensuche konzipierten sog. Notsuche gemäss Art. 3 BÜPF suchen oder kann diese Bestimmung nur angewandt werden, solange kein strafprozessualer Tatverdacht besteht? Welche Verantwortung hat die Staatsanwaltschaft während des Polizeieinsatzes bzw. wie weit reicht ihr Weisungsrecht gegenüber der Polizei? Wer ist z.B. verantwortlich für die Beurteilung, ob das erpresste Opfer oder Dritte in Gefahr sind, oder anders gesagt, ob ein Erpresser seine Drohung ernst meint?

Unbesehen der konkreten Fragen ist eine generelle, diffuse Unsicherheit sowohl auf Seite der Polizei wie auch bei der Staatsanwaltschaft bezüglich Zuständigkeiten und Rollen in Fällen festzustellen, in denen gleichzeitig eine Gefahrensituation besteht und ein Verdacht auf eine Straftat vorliegt.

Die Kenntnis der jeweiligen Aufgaben, Zuständigkeiten und Rollen ist beim Zusammenwirken von verschiedenen Personen und Behörden grundsätzlich wichtig. In den erwähnten Konstellationen, in welchen Leib und Leben von Menschen in Gefahr sind, ist es aber besonders problematisch, wenn diesbezüglich Unsicherheiten bestehen. Die Erfahrung zeigt immer wieder: Die Kenntnis der eigenen Zuständigkeiten der involvierten Personen, Einheiten und Behörden sowie ein gemeinsames Rollenverständnis sind für das Gelingen der Zusammenarbeit absolut zentral.

Der Schnittbereich von Gefahrenabwehr und Strafverfahren wurde in der schweizerischen Doktrin bisher nur oberflächlich behandelt. Dies liegt zum einen daran, dass das Polizeirecht in der Schweiz seit jeher eine vernachlässigte Materie ist.¹ Zum anderen waren die Kantone bis zum Inkrafttreten der StPO für die Regelung beider Bereiche zuständig, sodass der Schnittbereich früher zumindest bezüglich Gesetzgebungskompetenz unproblematisch war.² Schon erstaunlicher ist es, dass diesem Thema seit der Einführung der Schweizerischen StPO

¹ Vgl. REINHARD, S. 1; MOHLER, N 59; GAMMA, S. 6.

² Vgl. REINHARD, S. 132 f.

nicht viel Beachtung geschenkt wurde.³ Die Zusammenarbeit zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei wurde zwar ausführlich behandelt, allerdings selten unter dem Aspekt der Abgrenzung oder Überlagerung von Gefahrenabwehr und Strafverfahren und wenn, dann vor allem im Zusammenhang mit den polizeilichen Ermittlungen im Vorfeld eines Tatverdacht.⁴

1.2 Zielsetzung und Vorgehen

Ziel der Arbeit ist, den Schnittbereich von Gefahrenabwehr und Strafverfahren unter die Lupe zu nehmen, die sich stellenden Fragen herauszuarbeiten sowie Lösungsvorschläge zu skizzieren und damit zur Klärung der Rollen von Polizei und Staatsanwaltschaft bei der Zusammenarbeit in diesem Spannungsfeld beizutragen.

Zunächst werden die Grundzüge der Aufgaben und Zuständigkeiten bei der polizeilichen Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung erläutert. Anschliessend wird aufgezeigt, in welchen Situationen und unter welchen Voraussetzungen es zu einer Überlappung und damit zu einem Schnittbereich von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung kommt. Thematisiert wird dabei auch die zunehmende Vermischung von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, sowohl in der öffentlichen und politischen Diskussion als auch in der Gesetzgebung. Im Hauptteil der Arbeit wird dann untersucht, welches Recht in diesem Schnittbereich zur Anwendung kommt und welche Zuständigkeiten für die Polizei und die Staatsanwaltschaft bestehen. Geprüft wird ebenfalls, was im Schnittbereich von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung in Bezug auf Zwangsmassnahmen gilt. Schliesslich wird die Frage der Verwertbarkeit von Beweisen gestreift, bevor in den Schlussbetrachtungen die wichtigsten Erkenntnisse dieser Arbeit zusammengetragen werden.

1.3 Schwerpunkt und Abgrenzung

Im Rahmen dieser Arbeit können nicht alle Aspekte des Schnittbereichs von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung behandelt werden, zumal sich die beiden Aufgaben in ganz unterschiedlichen Konstellationen überlagern, nicht nur bei den schon erwähnten Entführungen, Erpressungen und Drohungen, sondern regelmässig auch bei Rettungseinsätzen nach Unfällen, bei Interventionen wegen häuslicher Gewalt, Ausschreitungen bei Demonstrationen, Sportveranstaltungen oder Blockaden auf öffentlichen Strassen.⁵

³ Gl. M. auch KETTIGER, S. 3 f.

⁴ Sog. Vor- bzw. Vorfeldermittlungen; siehe hierzu HANSJAKOB, forumpoenale, S. 34.

⁵ Eingehend hierzu KUNZMANN, S. 11.

Der Fokus dieser Arbeit ist in erster Linie auf Konstellationen gerichtet, in welchen Ermittlungen für die Gefahrenabwehr eine zentrale Rolle spielen. Dies ist typischerweise bei Erpressungen, Entführungen und Geiselnahmen, aber auch bei Drohungen der Fall. *Ermittlungsarbeit* ist im polizeilichen Alltag normalerweise strafprozessuale Arbeit. Wenn Ermittlungen jedoch nicht nur der Strafverfolgung dienen, sondern auch der Gefahrenabwehr, ist vieles anders: Während im Normalfall strikt darauf geachtet wird, bei Ermittlungen alle Vorgaben der StPO zu erfüllen, hat dieser Aspekt bei Ermittlungen zur Gefahrenabwehr oft keine Priorität. Während im Alltag bei Ermittlungen die Staatsanwaltschaft die Leitung hat, liegt diese für die Gefahrenabwehr bei der Polizei. Solche Fälle stellen für die Zusammenarbeit zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft deshalb eine besondere Herausforderung dar. Dabei stellen sich immer wieder Fragen zur Zuständigkeit und zu den Rollen, aber auch zum anwendbaren Recht für Zwangsmassnahmen und der Verwertbarkeit von Beweisen. Die Klärung dieser Fragen soll insbesondere dazu beitragen, dass Polizei und Staatsanwaltschaft auch in solchen – im Vergleich zum Alltag – atypischen Lagen möglichst optimal zusammenarbeiten.

Thema dieser Arbeit ist wie gesagt die Überlagerung von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung. Nicht behandelt wird *der Übergang* zwischen polizeilichen Ermittlungen im Vorfeld eines Tatverdächtigen (sog. Vor- oder Vorfeldermittlungen) und strafprozessualen Ermittlungen⁶. Die Bearbeitung dieser Thematik würde den Rahmen dieser Abhandlung sprengen. Das Gleiche gilt für den nicht zuletzt im Zusammenhang mit der Bedrohung durch den islamistischen Terrorismus sehr aktuellen Schnittbereich von Staatsschutz und Strafverfolgung.

⁶ Siehe oben Fn. 4.

2 Gefahrenabwehr und Strafverfolgung

2.1 Polizeiliche Gefahrenabwehr

2.1.1 Begriffe

Traditionellerweise unterteilt man die polizeilichen Aufgaben in zwei Kategorien: Die Aufgabe der Sicherheitspolizei bzw. Gefahrenabwehr zum einen und die Aufgabe der Strafverfolgung, auch Gerichts- oder Kriminalpolizei genannt, zum anderen.⁷ In dieser Arbeit werden für die zwei Kategorien von polizeilichem Handeln die Begriffe *Gefahrenabwehr* und *Strafverfolgung* verwendet. Einerseits wird damit klar benannt, was das Ziel des jeweiligen Handelns ist. Andererseits werden die Begriffe „Sicherheitspolizei“ und „Kriminalpolizei“ oft auch zur Bezeichnung polizeilicher Organisationseinheiten verwendet. Dies ist aber missverständlich, da auch Angehörige der Sicherheitspolizei Aufgaben der Strafverfolgung wahrnehmen⁸ und Angehörige der Kriminalpolizei Aufgaben der Gefahrenabwehr.⁹

Die polizeiliche Gefahrenabwehr umfasst die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie die Beseitigung von Störungen.¹⁰ „Öffentliche Sicherheit“ und „öffentliche Ordnung“ sind selbst keine polizeilichen Schutzgüter, sondern stehen als Sammel- oder Oberbegriffe stellvertretend für die zu schützenden Polizeigüter.¹¹ Darunter verstehen Lehre und Rechtsprechung eine Anzahl wichtiger Rechtsgüter, denen für ein geordnetes gesellschaftliches Zusammenleben eine hohe Bedeutung zukommt, wie Leib und Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum und Besitz.¹²

Die Begriffe *Polizei* und *Polizeirecht* sind vielschichtig und werden unterschiedlich verwendet.¹³ Es wird zwischen einem materiellen (oder funktionellen) sowie einem formellen (oder organisatorischen) Polizei- bzw. Polizeirechtsbegriff unterschieden.¹⁴ Falls nicht anders erwähnt, sind mit dem Begriff *Polizei* in dieser Arbeit die organisatorisch ausgeschiedenen Polizeibehörden gemeint, d.h. in der Regel die kantonalen Polizeikorps. *Polizeirecht* wird in

⁷ Vgl. ALBERTINI, Polizeiliche Ermittlung, S. 11.

⁸ Interventionen wegen häuslicher Gewalt werden z.B. regelmässig durch sicherheitspolizeiliche Einheiten gemacht und dienen sowohl der Gefahrenabwehr als auch - falls der Verdacht auf strafbare Handlungen vorliegt - der Strafverfolgung.

⁹ So sind es z.B. meist Angehörige kriminalpolizeilicher Dienste, welche bei Entführungen oder Erpressungen für die prioritär der Gefahrenabwehr dienenden Ermittlungen und Massnahmen zuständig sind, um das Opfer zu retten und den Täter zu überführen.

¹⁰ Vgl. REINHARD, S. 31.

¹¹ MOHLER, N 88 m.w.H.

¹² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2433.

¹³ MÜLLER/JENNI, S. 5.

¹⁴ Siehe SCHWEGLER, N 2 f.; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, N 36 ff.

dieser Arbeit für das materielle Recht verwendet, welches die polizeiliche Gefahrenabwehr regelt.

Eine Gefahr im polizeirechtlichen Sinn ist eine Lage, die bei ungehindertem Ablauf des Geschehens mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für die öffentliche Sicherheit und Ordnung führt. Falls sich die Gefahr bereits verwirklicht hat, liegt eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vor; anstelle der Gefahrenabwehr tritt die Beseitigung der Störung.¹⁵ Das Kriterium, welches die Aufgabe der Gefahrenabwehr definiert, ist die Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung bzw. die polizeilichen Schutzgüter. Eine Gefahr in diesem polizeilichen Sinn besteht jedoch nur dann, wenn die Schädigung des Schutzgutes bei ungehindertem Ablauf des Geschehens *hinreichend wahrscheinlich* ist, was eine Prognose über den Geschehensablauf voraussetzt.¹⁶ Den Prognoseentscheid muss die Polizei gestützt auf das Wissen im Zeitpunkt des Entscheides treffen. Regelmässig steht sie dabei unter einem faktischen Problemdruck und die Beschaffung von Wissen steht in einem Konkurrenzverhältnis zum Zeitablauf: Zusätzliche Abklärungen können dazu führen, dass die Störung nicht mehr rechtzeitig abgewendet werden kann.¹⁷ Eine hinreichende Wahrscheinlichkeit ist nicht leicht genauer festzulegen. Klarerweise muss keine Gewissheit darüber bestehen, dass eine Störung eintreten wird; die blosse Möglichkeit einer Störung genügt demgegenüber auch nicht.¹⁸ Die Frage, ab welchem Grad an Gefahr die polizeiliche Zuständigkeit zur Gefahrenabwehr beginnt, ist ebenso wichtig wie schwierig: Je bedeutender das gefährdete Schutzgut ist und je schwerwiegender die Folgen einer Realisierung der Gefahr, desto eher ist von einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit auszugehen.¹⁹

2.1.2 Opportunität und grundrechtliche Schutzpflichten

Selbst wenn klar von einer Gefahr auszugehen ist, bedeutet das nicht unbedingt, dass die Polizei eingreifen muss. Die Polizeibehörden verfügen oft über einen erheblichen Ermessensspielraum bei der Frage, ob und wie polizeilich gehandelt werden soll.²⁰ Selbstredend hat die Polizei ihr Ermessen nicht willkürlich, sondern pflichtgemäss auszuüben; sie hat dabei das Verhältnismässigkeitsprinzip, also das gefährdete Rechtsgut, die Schwere der Gefahr, die verfügbaren Mittel und die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.²¹ Bei Einsätzen wegen Ausschreitungen im Rahmen von Demonstrationen oder Sportveranstaltungen hat die Polizei

¹⁵ REINHARD, S. 105 m.w.H.

¹⁶ BAUMANN, N. 64.

¹⁷ GUSY, N 115.

¹⁸ BAUMANN, N 64.

¹⁹ REINHARD, S. 108 m.w.H.

²⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2445.

jeweils abzuwägen, wie offensiv oder zurückhaltend sie vorgehen soll. Dabei muss sie auch die durch ihren Einsatz mögliche Eskalation berücksichtigen.

In bestimmten Konstellationen ist die Polizei aufgrund von grundrechtlichen Schutzpflichten zum Handeln verpflichtet; ihr Ermessensspielraum sinkt dann praktisch auf null.²² Während die Freiheitsrechte früher vor allem als Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe verstanden wurden, gilt heute ein konstitutiv-institutionelles Grundrechtsverständnis. Danach können Grundrechte den Staat nicht nur zum Dulden oder Unterlassen, sondern auch zu einem positiven Tun verpflichten.²³ Adressat dieser positiven Schutzpflichten ist primär der Gesetzgeber. Unter gewissen Umständen ist jedoch auch die Exekutive - und somit die Polizei aufgrund ihrer Aufgabe zur Gefahrenabwehr - unmittelbar aus diesen grundrechtlichen Schutzpflichten zum Handeln verpflichtet.²⁴ Das Bundesgericht hält gestützt auf Art. 10 Abs. 1 BV, Art. 2 EMRK und Art. 6 UNO-Pakt II sowie Verweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte fest, dass sich aus dem Recht auf Leben die Pflicht des Staates ergibt, präventiv Schutzmassnahmen zu ergreifen, wenn das Leben einer Person durch Dritte bedroht wird. Wenn die Behörden beispielsweise wissen oder wissen müssten, dass von kriminellen Handlungen eines Dritten reell und unmittelbar eine derartige Gefahr ausgeht, sind sie verpflichtet, die in ihrer Macht stehenden, geeigneten Massnahmen zu ergreifen.²⁵

2.1.3 Polizeiliche Massnahmen zur Gefahrenabwehr

Zur Erfüllung ihrer Aufgabe der Gefahrenabwehr muss die Polizei in ganz unterschiedlicher Weise tätig werden. Dabei hat sie die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns zu beachten, d.h. polizeiliches Handeln muss sich auf das Recht stützen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein.²⁶ Aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip ergibt sich auch, dass sich die polizeilichen Massnahmen grundsätzlich gegen den Störer richten müssen.²⁷

Soweit die Polizei mit ihren Massnahmen nicht in Grundrechte eingreift, kann sie sich auf die gesetzliche Aufgabennorm stützen. Greifen die Massnahmen jedoch in Grundrechte ein, verlangt Art. 36 Abs. 1 BV zusätzlich eine spezifische gesetzliche Grundlage, eine sog. Befugnisnorm.²⁸ Die Polizeigesetze sehen deshalb eine ganze Reihe von Massnahmen vor, wie

²¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, N 24.

²² BAUMANN, N 217 f.

²³ HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 266.

²⁴ EGLI, S. 196.

²⁵ BGE 139 IV 121 Erw. 4.6.

²⁶ Art. 5 BV.

²⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2488.

²⁸ TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, N 3 f.; SCHWEGLER, N 64.

z.B. Anhaltung, Identitätsfeststellung, Durchsuchung von Personen und Sachen, Polizeigewalt, Wegweisung und Fernhaltung.²⁹ Zudem ermächtigen diese Gesetze die Polizei unmittelbaren Zwang zur Erfüllung ihrer Aufgaben anzuwenden, d.h. direkt auf Personen, Tiere und Gegenstände einzuwirken. Dabei kann die Polizei Hilfsmittel wie z.B. technische Sperren, Fesseln, Diensthunde, elektrische Destabilisierungsgeräte und Schusswaffen verwenden.³⁰ Der unmittelbare Zwang als Ausdruck des staatlichen Gewaltmonopols ist weitgehend den Polizeibehörden übertragen.³¹ Diese Möglichkeit zur Ausübung unmittelbarer Gewalt ist es denn auch, welche die Polizei von allen übrigen Behörden abhebt.³²

Wie eben erwähnt, erfordern Massnahmen zur Gefahrenabwehr gemäss Art. 5 Abs. 1 und 36 Abs. 1 BV eine gesetzliche Grundlage. Der Gesetzgeber kann aber nicht alle Gefahren, welche die öffentliche Sicherheit bedrohen, voraussehen und deren Abwehr regeln.³³ Deshalb ermächtigt die polizeiliche Generalklausel die zuständige Behörde unter bestimmten Voraussetzungen polizeiliche Massnahmen zum Schutz der Polizeigüter zu treffen, um schwere und unmittelbare Gefahren abzuwenden oder eine bereits erfolgte schwere Störung zu beseitigen, auch wenn dafür keine spezifische gesetzliche Grundlage besteht.³⁴ Ohne diese Generalklausel käme die zuständige Behörde immer dann in ein Dilemma, wenn sie aus einer grundrechtlichen Schutzpflicht zum Handeln verpflichtet wäre, für die zu ergreifenden Massnahmen aber keine gesetzliche Grundlage bestünde.³⁵ Die polizeiliche Generalklausel ist teilweise positivrechtlich geregelt: auf Bundesebene durch Art. 36 Abs. 1 Satz 3 sowie Art. 185 Abs. 3 BV sowie für das kantonale Recht exemplarisch in Art. 28 der bernischen KV sowie in Art. 22 des bernischen Polizeigesetzes. Fehlt eine Regelung im positiven Recht, gilt die polizeiliche Generalklausel als ungeschriebener Grundsatz des Verfassungsrechts.³⁶ In seiner früheren Praxis ging das Bundesgericht davon aus, dass die polizeiliche Generalklausel nur bei unvorhersehbaren und untypischen Gefährdungen herangezogen werden kann. Die Anwendungs Voraussetzung der Unvorhersehbarkeit wurde in der Doktrin zum Teil kritisiert.³⁷ Seit Neuerem erachtet das Bundesgericht nun das Kriterium der unvorhersehbaren und untypischen

²⁹ Siehe hierzu GAMMA, S. 38 ff.; TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, S. 310 ff.

³⁰ REINHARD, S. 251.

³¹ REINHARD, S. 251.

³² BAUMANN, N 532, TROCHSLER-HUGENTOBLER/LOBSIGER, N 15.

³³ SCHWEGLER, N 12 f.

³⁴ BGE 128 I 327, Erw. 4.2.

³⁵ Vgl. SCHWEGLER, N 13.

³⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2467.

³⁷ Vgl. MÜLLER/JENNI, S. 17 f.

Gefährdung nicht mehr als Anwendungsvoraussetzung, falls es um die Abwendung einer ernststen Gefahr für Leib und Leben geht.³⁸

2.1.4 Zuständigkeit

Die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und damit die Gefahrenabwehr gehört zum verfassungsrechtlichen Auftrag der Exekutive.³⁹ Die Regierungen der Kantone verfügen dazu über eine Einheitspolizei oder werden komplementär mit den Gemeinden tätig.⁴⁰ Neben der Polizei gibt es zahlreiche andere Behörden, welche für die Abwehr von spezifischen Gefahren zuständig sind.⁴¹ Soweit die Gefahrenvorsorge und –abwehr speziellen Verwaltungsbehörden übertragen wurde, ist die Polizei diesbezüglich nur subsidiär zuständig, insb. für Interventionen in Notsituationen.⁴² Die Gefahrenabwehr, für welche die Polizei zuständig ist, wird deshalb oft und auch in dieser Arbeit als *polizeiliche Gefahrenabwehr* bezeichnet.

2.2 Strafverfolgung

2.2.1 Allgemeines

Unter Strafverfolgung versteht man das Handeln zur Durchsetzung des materiellen Strafrechts unter Respektierung der Menschenwürde.⁴³ Gestützt auf einen Verdacht ist abzuklären, ob eine Straftat begangen wurde und diese gegebenenfalls zu ahnden. Die im Rahmen der Strafverfolgung getätigten Abklärungen haben die Ermittlung der materiellen Wahrheit zum Ziel.⁴⁴ Dabei sind die strafprozessualen Regeln strikte einzuhalten, insb. die Verfahrensrechte der Beteiligten.⁴⁵ Überhaupt darf Strafverfolgung nur in den vom Gesetz vorgesehenen Formen durchgeführt werden.⁴⁶

³⁸ HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 312b mit Hinweisen auf Entscheide des Bundesgerichts.

³⁹ RUCH, Fn 16.

⁴⁰ SCHWEIZER/MOHLER, Vorbemerkungen, N 37.

⁴¹ Im Laufe der letzten Jahrzehnte sind zum Schutz spezifischer Polizeigüter Normen und Behörden geschaffen worden, um Gefahren vorzusorgen bzw. abzuwehren, z.B. im Umweltschutz, Natur- und Heimatschutz, Kerneenergie, Arbeitssicherheit, Kindes- und Erwachsenenschutz, Epidemiengesetz (vgl. REINHARD, S. 10 f.; LOBSIGER, N 25).

⁴² Vgl. LOBSIGER, N 26.

⁴³ Siehe PIETH, S. 1 m.w.H.

⁴⁴ SCHMID, Praxiskommentar, Art. 6 N 1.

⁴⁵ Diesbezüglich spricht man auch von der sog. Garantiefunktion des Strafprozessrecht (RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 7).

⁴⁶ Art. 2 Abs. 2 StPO.

2.2.2 Verfolgungszwang

Während im materiellen Polizeirecht dem Opportunitätsprinzip ein erheblicher Stellenwert zukommt,⁴⁷ gilt im Strafprozessrecht grundsätzlich ein Verfolgungszwang.⁴⁸ Ein Verzicht auf Strafverfolgung aus Opportunitätsgründen ist nur im engen Rahmen von Art. 8 StPO möglich.⁴⁹

2.2.3 Zuständigkeit

Sowohl Polizei als auch Staatsanwaltschaft sind Strafverfolgungsbehörden,⁵⁰ allerdings mit unterschiedlichen Funktionen.

Die Staatsanwaltschaft ist für die gleichmässige Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs verantwortlich. Sie leitet das Vorverfahren, verfolgt Straftaten im Rahmen der Untersuchung, erhebt gegebenenfalls Anklage und vertritt diese vor Gericht.⁵¹

Über die institutionelle Stellung der Staatsanwaltschaft besteht keine Einigkeit: Je nach konkreter Ausgestaltung der Aufsicht oder Betrachtung wird sie zur Exekutive oder zur Judikative gezählt oder gar als Staatsorgan sui generis bezeichnet.⁵² Entscheidend ist, dass die Staatsanwaltschaft ihre Aufgabe ohne unsachliche Einmischung ausüben kann und dass diese funktionelle Unabhängigkeit auch gesetzlich abgesichert ist.⁵³

Der Staatsanwaltschaft fachlich untergeordnet erfüllt die Polizei ihre Tätigkeit als Strafverfolgungsbehörde. Die polizeiliche Aufgabe besteht vor allem darin, Spuren und Beweise sicherzustellen sowie auszuwerten, geschädigte und tatverdächtige Personen zu ermitteln und zu befragen, tatverdächtige Personen nötigenfalls anzuhalten und festzunehmen oder nach ihnen zu fahnden.⁵⁴ Die Polizei agiert dabei zum einen aufgrund einer selbständigen Kompetenz, zum anderen ist sie im Auftrag und auf Weisung der Staatsanwaltschaft tätig.⁵⁵

⁴⁷ Siehe oben Ziff. 2.1.2.

⁴⁸ Art. 7 Abs. 1 StPO.

⁴⁹ Vgl. RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 122 f.; indirekt wird der Verfolgungszwang auch durch Antrags-, relative Offizial- und Ermächtigungsdelikte eingeschränkt (vgl. RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 207).

⁵⁰ Art. 12 StPO; auch die fakultativen Übertretungsstrafbehörden gelten als Strafverfolgungsbehörden.

⁵¹ Art. 16 StPO.

⁵² Vgl. hierzu KIENER/CUPA, S. 395 ff.

⁵³ KIENER/CUPA, S. 407.

⁵⁴ OBERHOLZER N 81.

⁵⁵ Vgl. KELLER, N 15 ff.; HENZELIN/MAEDER, N 16.

2.2.4 Strafprozessuale Massnahmen

Zur Sicherung von Beweisen, zur Sicherung der Anwesenheit von Personen sowie zur Sicherung der Vollstreckung des Endentscheids stehen den Strafverfolgungsbehörden die in Art. 196 ff. StPO geregelten Zwangsmassnahmen zur Verfügung.⁵⁶ Voraussetzung für die Anordnung von Zwangsmassnahmen ist ein hinreichender Tatverdacht gegen die beschuldigte Person oder gegen unbekannt.⁵⁷ Zwangsmassnahmen betreffen somit in erster Linie die beschuldigte Person. Sie können aber auch gegen Dritte angeordnet werden, wie z.B. zur Vorführung eines Zeugen. Bei Zwangsmassnahmen gegen nicht beschuldigte Personen ist jedoch besondere Zurückhaltung geboten (Art. 197 Abs. 2 StPO).

Strafprozessuale Zwangsmassnahmen sind grundsätzlich durch die Staatsanwaltschaft anzuordnen. Die Polizei kann sie nur dann selbständig veranlassen und durchführen, wenn die StPO dies für die jeweilige Zwangsmassnahme ausdrücklich vorsieht,⁵⁸ so z.B. für die Anhaltung, die vorläufige Festnahme, die erkennungsdienstliche Behandlung oder die einmonatige Observation.⁵⁹ Durchsuchungen kann die Polizei selbständig anordnen und durchführen, wenn *Gefahr in Verzug* ist.⁶⁰ Diese Gefahr bezieht sich jedoch auf die Verfahrensziele des Strafverfahrens, insb. die Verhinderung von Beweisverlusten, und ist nicht mit dem polizeirechtlichen Gefahrenbegriff zu verwechseln.⁶¹ Auf die Gefahrenabwehr im polizeirechtlichen Sinn bezieht sich dagegen Art. 241 Abs. 4 StPO.

2.3 Abgrenzung von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung

Die staatlichen Aufgaben der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung dienen beide der Gewährleistung von Sicherheit.⁶² Sie tun dies jedoch auf ganz unterschiedliche Weise. Während die Gefahrenabwehr Rechtsgüter unmittelbar vor Verletzung schützt, kommt die Strafverfolgung erst nach einer Verletzung von Rechtsgütern zum Zug, wenn es darum geht, die strafrechtliche Verantwortung abzuklären und zu ahnden. Gefahrenabwehr und Strafverfolgung lassen sich deshalb am besten anhand der diametral unterschiedlichen Blickrichtung voneinander abgrenzen: Gefahrenabwehr ist immer zukunftsorientiert und präventiv; der Blick richtet sich nach vorne, auf die Gefahr und deren Abwehr.⁶³ Im Unterschied dazu bezieht sich

⁵⁶ Vgl. DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, S. 181.

⁵⁷ Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO.

⁵⁸ Art. 198 Abs. 1 StPO (auf die Kompetenz der Gerichte wird nicht eingegangen).

⁵⁹ Vgl. Art. 215, 217, 260 Abs. 2 und 282 StPO.

⁶⁰ Art. 241 Abs. 3 StPO.

⁶¹ Vgl. GFELLER, N 33; TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, N 19.

⁶² STOLL, S. 15 f.

⁶³ NIGGLI/MAEDER, S. 453 f.

Strafverfolgung auf die Vergangenheit;⁶⁴ der Blick ist rückwärts gerichtet auf die Klärung einer begangenen Straftat bzw. den Verdacht darauf. Gefahrenabwehr und Strafverfolgung haben also ganz unterschiedliche Bezugspunkte;⁶⁵ die Gefahr im einen sowie den Tatverdacht im anderen Fall.⁶⁶

Zahlreiche Massnahmen in den Polizeigesetzen haben grosse Ähnlichkeit mit strafprozessualen Zwangsmassnahmen, wie z.B. Anhaltung, Durchsuchung, vorläufige Festnahme. Das liegt daran, dass polizeiliche Massnahmen sowohl der Gefahrenabwehr als auch der Strafverfolgung dienen können. Polizeiliche und strafprozessuale Zwangsmassnahmen unterscheiden sich durch ihren Zweck: Erstere bezwecken die Gefahrenabwehr oder die Beseitigung einer Störung, letztere die Sicherung des Strafverfahrens. Falls durch die polizeilichen Massnahmen eine Gefahr abgewendet werden soll (z.B. sucht die Polizei in der Wohnung eines mutmasslich bei einer Wanderung Vermissten nach Hinweisen zu dessen genauer Wanderroute), stützt sich das Handeln der Polizei auf das Polizeirecht. Dient das polizeiliche Handeln hingegen der Klärung eines Tatverdachts (z.B. die Suche der Tatwaffe in der Wohnung des Beschuldigten), kommen die entsprechenden Bestimmungen der StPO zur Anwendung.⁶⁷ Ein weiterer Unterschied liegt darin, dass bei den strafprozessualen Zwangsmassnahmen ein Numerus clausus gilt; es dürfen nur die explizit im Gesetz genannten Massnahmen ergriffen werden.⁶⁸ Zur Gefahrenabwehr hingegen können Zwangsmassnahmen - wie oben erläutert -⁶⁹ unter gewissen Voraussetzungen auch ohne gesetzliche Grundlage, resp. gestützt auf die polizeiliche Generalklausel ergriffen werden.

⁶⁴ Vgl. BGE 140 I 2 S. 19, Erw. 6.3.

⁶⁵ DENNINGER bezeichnet diese zwei unterschiedlichen Bezugspunkte als rechtsstaatliche Grenzmarken (DENNINGER, S. 227).

⁶⁶ NIGGLI/MAEDER, S. 454.

⁶⁷ Siehe oben Ziff. 2.2.4.

⁶⁸ Vgl. HANSJAKOB, ZStrR 2008, S. 91.

⁶⁹ Siehe oben Ziff. 2.1.3.

3 Überlagerung und Vermischung von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung

3.1 Überlagerung

Die Klärung eines strafprozessualen Tatverdächtigen ist Strafverfolgung; die Abwehr einer Gefahr oder die Beseitigung einer Störung ist Gefahrenabwehr. Was in der Theorie so einfach tönt, ist in der Praxis oft schwierig, weil im polizeilichen Alltag viele Ereignisse sowohl Gefahrenabwehr als auch Strafverfolgung erfordern.⁷⁰ Auf diese Überlagerung bzw. diesen Schnittbereich von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung wird im Folgenden eingegangen.

3.1.1 Gemengelagen

Für die Polizei ist es alltäglich, abwechselnd oder gleichzeitig Massnahmen zur Gefahrenabwehr und zur Strafverfolgung zu treffen,⁷¹ wie die nachfolgenden Beispiele illustrieren:

So muss die Polizei bei einem Verkehrsunfall Gefahren abwehren (Verletzte bergen, weitere Unfälle verhindern), daneben aber auch den Sachverhalt für das Strafverfahren feststellen (Beweise sichern, Beteiligte sowie Zeugen ermitteln und einvernehmen).

Rückt die Polizei wegen einer Schlägerei aus, trennt sie zunächst die Kontrahenten voneinander, um weitere Gewaltausübung zu verhindern. Anschliessend muss die Polizei gestützt auf die strafprozessualen Vorgaben abklären, ob ein Straftatverdacht vorliegt, Spuren sichern sowie Beweise erheben, insb. die Beteiligten einvernehmen.⁷²

Bei Einsätzen im Zusammenhang mit Demonstrationen oder Sportveranstaltungen kommt es häufig zu einem Nebeneinander sowie zu einer Überlagerung von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung:⁷³ Zum einen muss die Polizei für die Sicherheit der anwesenden Personen sowie von Sachen sorgen. Zum anderen hat sie ihre Aufgabe als Strafverfolgungsbehörde wahrzunehmen, wenn es zu strafbaren Handlungen (z.B. Sachbeschädigungen oder Körperverletzungen) kommt.

Meldet sich eine Person bei der Polizei, weil sie Todesdrohungen erhält, muss abgeklärt werden, wie gross die Gefahr für die bedrohte Person ist und ob Schutzmassnahmen zu treffen sind. Die drohende Person ist zu ermitteln und anzuhaltend. Zudem ist sicherzustellen, dass diese ihre

⁷⁰ Vgl. PFANDER, S. 96; REINHARD, S. 132 f.; BLÄTTER, S. 242; RHYNER, N 6 m.w.H.

⁷¹ TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER sprechen von der Zweckambivalenz der polizeilichen Einsatzrealität (TROCHSLER-HUGENTOBLE/LOBSIGER, N 22).

⁷² Vgl. MOHLER, N 809.

⁷³ Vgl. USTER, N 2.

Drohung nicht wahr macht. Diese Massnahmen dienen der Gefahrenabwehr. Soweit ein Strafantrag vorliegt, gilt es gleichzeitig, den Tatverdacht der Drohung strafprozessual zu klären.

Solche Lebenssachverhalte, welche sowohl Gefahrenabwehr als auch Strafverfolgung auslösen, bezeichnet man polizeilich als *Gemengelage*.⁷⁴ Dabei kann es zu unterschiedlichen Konstellationen kommen: Es kann eine Aufgabekollision geben, bei der die Polizei nur eine von beiden Aufgaben ausführen kann (Rettungsmassnahmen zerstören Spuren der Straftat) oder eine zumindest zeitlich zurückstellen muss (Verfolgung des Täters erst nach der Rettung des Verletzten). Daneben gibt es in Gemengelage auch Konstellationen, in welchen die Polizei durch ihr Handeln beide Aufgaben gleichzeitig ausübt.⁷⁵

3.1.2 Doppelfunktionale Massnahmen

In einer Gemengelage sind unterschiedliche Massnahmen zu treffen, die entweder der Gefahrenabwehr, der Strafverfolgung oder beiden Zwecken dienen. Letztere werden als *doppelfunktionale Massnahmen* bezeichnet.⁷⁶ Ein typisches Beispiel dafür ist die Festnahme eines Entführers, welche gleichzeitig die Befreiung des Entführungsopfers bewirkt. Solche doppelfunktionalen Massnahmen kommen auch in alltäglichen Situationen vor:

Im Rahmen einer polizeilichen Intervention wegen häuslicher Gewalt weist das Opfer darauf hin, dass der gewalttätige Partner im Keller eine Schusswaffe aufbewahre, welche er illegal beschafft habe. Das Sicherstellen dieser Waffe dient gleichzeitig der Gefahrenabwehr (Schutz des Opfers) und der Strafverfolgung (Beweisstück im Strafverfahren wegen Widerhandlung gegen das Waffengesetz).

3.1.3 Zuständigkeiten

Eine Gemengelage erfordert Gefahrenabwehr und Strafverfolgung. Letztere ist wie oben erläutert gemeinsame Aufgabe von Staatsanwaltschaft und Polizei, wobei die Staatsanwaltschaft der Polizei übergeordnet ist. Während sich die Aufgabe der Staatsanwaltschaft auf die Strafverfolgung beschränkt, ist die Polizei auch für die Gefahrenabwehr zuständig.⁷⁷ Dies führt dazu, dass die Polizei "Dienerin zweier Herren" ist: Je nach Aufgabenbereich untersteht sie den Weisungen der Regierung oder der Staatsanwaltschaft.⁷⁸ Unterschiedlich ist überdies

⁷⁴ Dieser Begriff stammt aus der deutschen Lehre und Praxis (siehe hierzu EHRENBERG/FROHNE, S. 738 f.), wird jedoch zunehmend auch in der Schweiz verwendet (vgl. ROHRER, S. 406; Trochsler-Hugentobler/Lobsiger, N 21).

⁷⁵ Vgl. zum Ganzen NOLTE, S. 343 f.

⁷⁶ Siehe NOLTE, S. 343 ff.; RHYNER N 6.

⁷⁷ Vgl. DONATSCH/KÄSER, S. 48.

⁷⁸ Vgl. BLÄTTER, S. 243; ZALUNARDO, S. 9 f.

die verfassungsmässige Kompetenzregelung: Gefahrenabwehr ist überwiegend Sache der Kantone, die Gesetzgebungskompetenz für die Strafverfolgung steht dagegen dem Bund zu.⁷⁹

Diese besondere kompetenzielle Ausgangslage kann in Gemengelagen zu Kompetenzkonflikten und Unsicherheiten bezüglich Zuständigkeit, Rolle und Verantwortung führen.

3.2 Vermischung durch den Gesetzgeber

Die Unsicherheiten über die Zuständigkeiten von Polizei und Staatsanwaltschaft in Gemengelagen werden auch dadurch genährt, dass die Abgrenzung zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung durch den zunehmend ins Strafrecht drängenden Präventionsgedanken erschwert wird.⁸⁰ Letzteres resultiert daraus, dass Gesellschaft und Politik den Fokus zunehmend auf Sicherheit und damit auf Prävention richten.⁸¹ Die Vermischung ergibt sich ferner dadurch, dass der Gesetzgeber die Kompetenzen der Staatsanwaltschaft auf Bereiche der Gefahrenabwehr ausgedehnt hat, so im Zusammenhang mit dem ausserprozessualen Zeugenschutz und insb. durch die Regelung der Präventivhaft in der StPO.

3.2.1 Präventivhaft in der StPO

Unter Präventivhaft ist die Inhaftierung einer Person zur Verhinderung einer befürchteten Begehung eines Deliktes zu verstehen.⁸² In der StPO findet sie sich in zwei Varianten, in der Form des Haftgrundes der Wiederholungsgefahr gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO sowie des Haftgrundes der Ausführungsgefahr gemäss Art. 221 Abs. 2 StPO. In beiden Fällen dient die Haft der Gefahrenabwehr. Der Haftgrund der Wiederholungsgefahr ist aber insofern systemkonform, als dieser einen dringenden Tatverdacht auf ein schweres Vergehen oder Verbrechen voraussetzt.⁸³ Ganz anders ist es beim Haftgrund der Ausführungsgefahr gemäss Art. 221 Abs. 2 StPO. Danach ist es zulässig, eine Person in Haft zu setzen, wenn ernsthaft zu befürchten ist, sie werde ihre Drohung, ein schweres Verbrechen auszuführen, wahr machen. Die vom Gesetz verlangte Drohung kann, muss aber nicht, strafbar sein und kann auch nur konkludent erfolgen.⁸⁴ Es handelt sich somit um eine reine Präventivhaft, denn diese Haft setzt keinen Verdacht auf eine begangene Straftat voraus und dient ausschliesslich der Gefahrenabwehr.⁸⁵ Zur Gesetzgebung im Bereich der Gefahrenabwehr ist der Bund jedoch gar nicht

⁷⁹ Vgl. unten Ziff. 4.1.

⁸⁰ Vgl. KRAUS, S. 40 f.

⁸¹ Vgl. NIGGLI/MAEDER, S. 444.

⁸² DUMITRESCU, S. 447.

⁸³ Zum gesetzgeberischen Versehen des deutschen Gesetzestextes vgl. BGE 137 IV 84, Erw. 3.2.

⁸⁴ FORSTER, N 18; BGE 137 IV 339, S. 340.

⁸⁵ Vgl. OBERHOLZER, N 927 ff.; FORSTER N 17.

kompetent.⁸⁶ Davon abgesehen, stellt dieser Haftgrund aber auch einen eigentlichen Fremdkörper im Strafprozessrecht dar, da er keinen Konnex zu einer laufenden Strafuntersuchung voraussetzt.⁸⁷ Das Bundesgericht spricht von einem selbständigen gesetzlichen Haftgrund.⁸⁸ Tatsächlich wurde damit in der StPO eine selbständige, vom materiellen Strafrecht losgelöste Möglichkeit der Krisenintervention geschaffen.⁸⁹

Abgesehen von der fehlenden Gesetzgebungskompetenz sowie der Systemwidrigkeit dieser Haft, stellen sich aufgrund des fehlenden Verdachtes auf eine Straftat auch praktische Fragen. Die für präventiv Inhaftierte wohl wichtigste betrifft die maximale Haftdauer.⁹⁰ Gemäss Art. 212 Abs. 3 StPO darf die maximal zulässige Dauer einer strafprozessualen Haft die zu erwartende Freiheitsstrafe nicht überschreiten. Bei einer Haft gestützt auf Art. 221 Abs. 2 wird jedoch in all jenen Fällen gar nie eine Strafe ausgesprochen, in welchen mangels Tatverdacht gar keine Strafuntersuchung eröffnet wurde. Es ist deshalb völlig unklar, zu welchem Zeitpunkt und unter welchen Voraussetzungen eine Entlassung bei Fortbestehen des Haftgrundes erfolgt.⁹¹

In der Lehre werden verschiedene Lösungsvorschläge postuliert: WEDER plädiert unter Bezugnahme auf den historischen Gesetzgeber für eine sinngemässe Anwendung von Art. 221 Abs. 3 StPO, wonach sich die Maximaldauer an der Freiheitsstrafe orientieren soll, welche zu erwarten wäre, wenn die die Haft begründende Drohung strafbar wäre.⁹² Dieser Vorschlag zeigt jedoch deutlich die Krux einer rein präventiven Massnahme: Die zu erwartende Strafe bemisst sich anhand der Schuld und eben nicht anhand der Grösse der Ausführungsgefahr.⁹³ Andere Autoren plädieren mit Verweis auf die Maximaldauer der Friedensbürgschaft⁹⁴ dafür, die Maximaldauer auf zwei Monate festzulegen.⁹⁵ Wenn nach Ablauf dieser Frist weiterhin Ausführungsgefahr bestehe, müssten andere Massnahmen zum Zuge kommen,⁹⁶ denn es

⁸⁶ Siehe unten Ziff. 4.1.

⁸⁷ PIETH, S. 128; HUG/SCHNEIDER, N 41; die von dieser Haft Betroffenen sind denn auch nicht *Beschuldigte*, sondern *Personen* (vgl. Botschaft, S. 1229).

⁸⁸ BGE 140 IV 19, Erw. 2.1.1.

⁸⁹ GÄRDITZ, S. 96 zur entsprechenden Haft im deutschen Recht.

⁹⁰ Vgl. RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 688.

⁹¹ HUG/SCHNEIDER, N 45.

⁹² WEDER, ZStrR 2014, S. 381; vgl. Botschaft, S. 1229.

⁹³ Vgl. Art. 47 StGB.

⁹⁴ Art. 66 Abs. 2 StGB.

⁹⁵ HUG/SCHNEIDER, N 46, SCHMID, Praxiskommentar, Art. 226 N 8.

⁹⁶ Vgl. BGer vom 20.5.2009, 1B_100/2009, Erw. 3.5; HUG/SCHNEIDER, N 46; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 226 N 8.

könne "nicht Aufgabe der Strafverfolgung sein, für einen Untersuchungshäftling verantwortlich zu sein, obschon es gar nichts zu untersuchen gilt".⁹⁷

Der letzte Punkt gibt in der Lehre Anlass zur provokativen Frage, wer eine reine Präventivhaft gestützt auf Art. 221 Abs. 2 StPO überhaupt beim Zwangsmassnahmengericht beantragen kann.⁹⁸ Die Staatsanwaltschaft wird ja grundsätzlich erst tätig, wenn es um die Abklärung eines Straftatverdachts geht und fällt somit ausser Betracht. Damit sind wir beim Kernproblem dieser Bestimmung: Sie stellt Polizeirecht dar und gehört nicht in die StPO, sondern in die kantonalen Polizei- oder Gewaltschutzgesetze.⁹⁹ Der Grund, weshalb diese reine Präventivhaft trotzdem Eingang in die StPO gefunden hat, liegt darin, dass sich bereits in vielen kantonalen Strafprozessrechten präventive Haftgründe fanden.¹⁰⁰ Zudem anerkennt die EMRK die Zulässigkeit einer Präventivhaft, um jemanden an der Begehung einer Straftat zu hindern, in Art. 5 Ziff. 1 lit. c ausdrücklich.¹⁰¹ Auch das Bundesgericht hat den Haftgrund der Ausführungsgefahr ohne vorliegenden Verdacht auf eine begangene Straftat schon früher in extensiver Auslegung des Gesetzestextes für zulässig erachtet.¹⁰²

Eine wichtige Rolle spielte sicherlich auch, dass in diesen Fällen keine andere rechtliche Grundlage vorhanden war, um diesen von den Behörden und Gerichten als gefährlich eingeschätzten Personen die Freiheit zu entziehen. So erwog das Bundesgericht u.a. „anders zu entscheiden, hiesse, die potentiellen Opfer einem unverantwortbaren Risiko auszusetzen“.¹⁰³ In vielen Kantonen besteht zwar, gestützt auf Polizei- oder Gewaltschutzgesetze, die Möglichkeit jemanden präventiv in Haft bzw. in Gewahrsam zu nehmen. Allerdings ist die maximale Dauer dieser präventiven Freiheitsentzüge relativ kurz.¹⁰⁴ Die fürsorgerische Unterbringung gemäss Art. 426 ff. ZGB wiederum dient primär dem Schutz der betroffenen Person und setzt eine psychische Störung, eine geistige Behinderung oder schwere Verwahrlosung voraus. Eine Fremdgefährdung ist zwar zu berücksichtigen; für Personen hingegen, welche keine psychische Störung haben und vor allem für andere gefährlich sind (z.B. gewalttätige Extremisten), ist die fürsorgerische Unterbringung nicht gedacht.¹⁰⁵

⁹⁷ HUG/SCHNEIDER, N 46.

⁹⁸ RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 687.

⁹⁹ PIETH, S. 128; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 1645; DUMITRESCU, S. 449; grundsätzlich wohl zustimmend HUG/SCHNEIDER, N 41.

¹⁰⁰ Botschaft, S. 1229; hierzu ausführlich WEDER, ZStrR 2006, S. 115 ff.

¹⁰¹ Vgl. Botschaft StPO, S. 1229; kritisch DUMITRESCU, S. 449 ff.

¹⁰² Botschaft, S. 1229 mit Verweis auf BGE 125 I 361, S. 366.

¹⁰³ BGer vom 20.10.2005, 1P.660/2005, Erw. 2.3.

¹⁰⁴ So z.B. sieben Tage gemäss Art. 34 Abs. 2 PolG BE; vier Tag gemäss § 14 Abs. 2 GSG ZH; acht Tage gemäss Art. 40 Abs. 3 PolG SG.

¹⁰⁵ Vgl. Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7062 f.; DUMITRESCU, S. 455 m.w.H.

Gesamthaft betrachtet ist Art. 221 Abs. 2 StPO letztlich auch eine Folge davon, dass die Kantone in der Pflicht wären, gesetzliche Grundlagen für die reine Präventivhaft zu schaffen, dies jedoch nicht oder nicht in geeigneter Weise getan haben. Der Gewaltprävention kommt in den Augen der Öffentlichkeit eine grosse Bedeutung zu und dieser Stimmung wollte der Gesetzgeber offenbar Rechnung tragen.¹⁰⁶

Mit Blick auf die mitunter unklaren Verantwortlichkeiten ist DUMITRESCU zuzustimmen, der darauf hinweist, dass der Gesetzgeber den Strafbehörden mit Art. 221 Abs. 2 StPO auch Verantwortung in die Hand gegeben hat und diesbezüglich viele Unklarheiten erwachsen.¹⁰⁷ DUMITRESCU ist auch in seiner Forderung zu unterstützen, dass die Frage der Präventivhaft eine eingehende öffentliche und politische Diskussion verdiene, welche bisher nicht stattgefunden habe und dass diesbezügliche Normen in ein separates Präventionsgesetz gehörten, was auf Stufe Bund allerdings der Schaffung einer verfassungsmässigen Grundlage bedürfe.¹⁰⁸

3.2.2 Ausserprozessualer Zeugenschutz

Seit Anfang 2013 ist das Bundesgesetz über den ausserprozessualen Zeugenschutz (ZeugSG) in Kraft. Auf dieses soll hier kurz eingegangen werden, weil damit eine weitere Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft geschaffen wurde, welche auch, unmittelbar der Gefahrenabwehr dient und somit potenziell geeignet ist, das Rollenverständnis zu beeinflussen.

Massnahmen des ausserprozessualen Zeugenschutzes dienen dem Schutz von Personen,¹⁰⁹ die wegen ihrer Mitwirkung oder ihrer Mitwirkungsbereitschaft in einem Strafverfahren einer erheblichen Gefahr für Leib und Leben oder einem anderen schwerwiegenden Nachteil ausgesetzt sind oder sein können, falls ohne ihre Mitwirkung die Strafverfolgung unverhältnismässig erschwert wäre oder erschwert gewesen wäre.¹¹⁰ Der Schutz wird jeweils mit einem auf den konkreten Fall zugeschnittenen Zeugenschutzprogramm gewährleistet, das ganz unterschiedliche Massnahmen umfassen kann, wie die Unterbringung an einem sicheren Ort, die Sperre der Bekanntgabe von Daten über die zu schützende Person, bis zum Aufbau einer neuen Identität.¹¹¹

Wie schon am Anfang dieses Abschnitts angedeutet, ist die jeweilige Verfahrensleitung zuständig für die Antragsstellung eines Zeugenschutzprogrammes, im Vorverfahren somit die Staatsanwaltschaft. Im Antrag muss sich diese insb. zum Interesse der Öffentlichkeit an der Strafverfolgung

¹⁰⁶ HUG/SCHIEDEGGER, N 40; BRUNNER, S. 170.

¹⁰⁷ DUMITRESCU, S. 448.

¹⁰⁸ DUMITRESCU, S. 457.

¹⁰⁹ Gilt auch für diesen nahe stehende Personen, vgl. Art. 2 Abs. 2 ZeugSG.

¹¹⁰ Vgl. Art. 2 ZeugSG.

äussern, zur Bedeutung der Mitwirkung für das Strafverfahren und zur *Gefährdungslage*.¹¹² Dieser letzte Punkt lässt den Eindruck entstehen, die Staatsanwaltschaft sei im Zusammenhang mit einem laufenden Strafverfahren für die Gefahrenabwehr verantwortlich. Aus Art. 7 Abs. 2 lit. d ZeugSG ergibt sich jedoch immerhin, dass Massnahmen des ausserprozessualen Zeugenschutzes gestützt auf das ZeugSG subsidiär zu den kantonalen Massnahmen der allgemeinen Gefahrenabwehr sind. Wichtig in diesem Zusammenhang ist der Hinweis, dass der Schutz von Personen, welcher aufgrund einer befürchteten oder bereits begonnenen Straftat erforderlich ist, kein Anwendungsfall des ZeugSG ist, sondern Aufgabe der polizeilichen Gefahrenabwehr.

3.3 Vermischung aufgrund politischer und gesellschaftlicher Fokussierung auf Sicherheit und Prävention

Im Nachgang zu den Anschlägen vom 11. September 2001 ist die Prävention verstärkt in den Fokus gerückt.¹¹³ DENNINGER spricht von einer "epochalen Zäsur im existenziellen Sicherheitsgefühl der Menschen diesseits und jenseits des Atlantiks".¹¹⁴ Ablauf und Ausmass der Attentate vom September 2001 sowie der nachfolgenden Anschläge von London und Madrid erreichten bisher unvorstellbare Dimensionen. Dementsprechend gross ist seither die Verunsicherung; aber auch die Erwartung der Bevölkerung, dass der Staat mit geeigneten Massnahmen für Sicherheit sorgt. Im Zusammenhang mit terroristischen Taten bedeutet dies vor allem präventives Handeln, da mit Blick auf Selbstmordattentäter niemand auf die generalpräventive Wirkung von Straftatbeständen vertrauen wird.¹¹⁵

Die Schweiz blieb bisher von Terrorattentaten verschont. Das Sicherheitsempfinden wurde aber durch jeden neuen Anschlag erschüttert, insbesondere durch solche in der westlichen Welt, aktuell u.a. durch die Anschläge von islamistischen Extremisten in Frankreich, Belgien und der Türkei.

Zudem ereigneten sich auch in der Schweiz Gewalttaten, welche das Sicherheitsempfinden der Bevölkerung erschütterten sowie das Handeln des Gesetzgebers, der Verwaltung und der Justiz nachhaltig beeinflussten. Im September 2001 – wenige Tage nach den Anschlägen in den USA - stürmte ein 57-jähriger mit Schusswaffen ausgerüsteter Mann während laufender Verhandlung ins Parlament des Kantons Zug, tötete und verletzte viele Menschen, bevor er

¹¹¹ Vgl. Art. 5 ZeugSG; vgl. Botschaft ZeugSG, S. 68 ff.

¹¹² Vgl. Art. 6 ZeugSG.

¹¹³ Vgl. KRAUS, S. 39 f.

¹¹⁴ DENNINGER, S. 222.

¹¹⁵ Vgl. KRAUS S. 39 f.

sich selbst erschoss.¹¹⁶ Der Umstand, dass es sich um eine einzelne Person handelte, welche nicht aus terroristischen Motiven, sondern aus seiner persönlichen Wut über die Behörden heraus handelte, rückte „das Risiko Mensch“ in den Fokus. In vielen Kantonen wurden seither Prozesse und Strukturen geschaffen, um „gefährliche Personen“¹¹⁷ frühzeitig zu erkennen und mittels verschiedener Massnahmen dafür zu sorgen, dass diese Menschen möglichst keine Gefahr für die Gesellschaft mehr darstellen. Man spricht in diesem Zusammenhang von sog. Bedrohungsmanagement.¹¹⁸ Im Kanton Zürich wurden die Bemühungen in diesem Bereich intensiviert, nachdem im August 2011 ein Mann zuerst seine Frau und kurz darauf die Leiterin des Sozialamtes erschossen hatte.¹¹⁹ Auch im Kanton Bern wurde die Entwicklung solcher Prozesse und Strukturen durch mehrere Ereignisse beeinflusst: Im September 2010 verletzte ein 70-Jähriger, dessen Haus zwangsversteigert werden sollte, einen Polizisten lebensgefährlich mit einer Schusswaffe. Fast zehn Tage dauerte es, bis er nach einer intensiven und medial eng verfolgten Suche festgenommen werden konnte. Im Mai 2011 erschoss ein junger Mann in der ländlichen Berner Gemeinde Schafhausen anlässlich einer Exmission auf die vor Ort anwesenden Behörden und tötete dabei einen Polizisten.

Ebenfalls im Jahr 2011 ermordete Anders Breivik in Norwegen aus fremden- und islamfeindlichen Beweggründen 77 Menschen¹²⁰ und zeigte mit aller Deutlichkeit die Verletzbarkeit unserer Gesellschaft auf. Einfluss auf die verstärkte Fokussierung auf die Prävention bzw. die Etablierung diverser Präventionsmassnahmen, insbesondere auch den Einbezug der Schulen in die Bedrohungsmanagement-Konzepte, hatten auch Amoktaten an Schulen, insb. diejenigen in Deutschland.¹²¹

Diese Ereignisse und Entwicklungen haben das Straf- und Strafprozessrecht nicht unberührt gelassen. Namentlich durch die Themen innere Sicherheit und Terrorismus werden Straf- und Strafprozessrecht unter Druck gesetzt.¹²² So wurden unter anderem zusätzliche abstrakte Gefährdungstatbestände geschaffen,¹²³ z.B. im Jahr 2003 die Finanzierung des Terrorismus gemäss Art. 260^{quinquies} StGB in Ergänzung des seit 1994 bestehenden Tatbestandes der

¹¹⁶ Siehe hierzu https://de.wikipedia.org/wiki/Zuger_Attentat (zuletzt besucht am 5.8.2015).

¹¹⁷ In der Polizeipraxis werden solche Personen – in Ergänzung zur polizeirechtlichen Figur des Störers - auch als *Gefährder* bezeichnet (kritisch hierzu Denninger, S. 227 f.).

¹¹⁸ Vgl. hierzu HOFFMANN/ROSHDI/VON ROHR S. 9 ff.; BOESS/ELMIGER, S. 119 f.

¹¹⁹ Vgl. BRUNNER, S. 175 ff.

¹²⁰ https://de.wikipedia.org/wiki/Anschl%C3%A4ge_in_Norwegen_2011 (zuletzt besucht am 8.8.2015).

¹²¹ siehe hierzu WIECZOREK, S. 153 ff.

¹²² Vgl. ACKERMANN, S. 321.

¹²³ Zur Vorverlegung von Strafbarkeitsgrenzen siehe ACKERMANN, S. 324 sowie NUSSBAUMER, S. 92 ff.

Beteiligung an einer kriminellen Organisation nach Art. 260^{ter} StGB.¹²⁴ Seit dem 1. Januar 2015 ist zudem das Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen "Al-Quaïda" und "Islamischer Staat" sowie verwandter Organisationen in Kraft, das in umfassender Weise jegliche Art der Unterstützung dieser Organisationen unter Strafe stellt.¹²⁵ Die Dominanz des Sicherheitsdenkens zeigt sich auch im verschärften Massnahmerecht.¹²⁶

Dieser Wandel des Straf- und Strafprozessrechts Richtung Prävention wird in der Lehre teilweise heftig kritisiert. Gemäss OBERHOLZER wandelt sich das Strafverfahren "von einem Bestandteil rechtsstaatlicher Sanktionierung abweichenden Verhaltens zu einem Instrument der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung".¹²⁷ PIETH stellt fest, dass „das präventive Denken zunehmend auch den Strafprozess einfärbt“, die Bürger als Sicherheitsrisiko wahrgenommen werden und die Aufgabe der Polizei mittlerweile vor allem „Sicherheitsmanagement“ ist.¹²⁸

Diese Entwicklung stösst jedoch nicht überall auf Kritik. So plädiert RÜEGGER für ein „Gefahrenmanagement der Strafverfolgungsbehörden“, da neue Bedrohungsphänomene wie Amok, Partnertötungen oder Stalking nicht mit einem statischen Verhältnis von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung bewältigt werden können.¹²⁹

Man kann diese Entwicklung beklagen oder befürworten. Klar ist, dass die Unterscheidung zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, zwischen Prävention und Repression "flüchtig" wird,¹³⁰ weil zunehmend präventive Elemente ins Straf- und Strafprozessrecht implementiert werden. Nun gilt es einen Umgang damit zu finden, insbesondere sind die offenen Fragen anzugehen und die Rollen von Polizei und Staatsanwaltschaft zu klären. Letzteres ist nötig, weil das Eindringen des Sicherheitsdenkens ins Straf- und Strafprozessrecht eine Verantwortung der Strafbehörden für Aspekte der Gefahrenabwehr suggeriert.¹³¹ Bewusst oder unbewusst wird dadurch auch das Rollenverständnis der Staatsanwaltschaft beeinflusst. Zudem begleitet die für Sicherheit verantwortlichen Behörden bei ihrer täglichen Arbeit stets die

¹²⁴ Mit Art. 260^{quinquies} wird das internationale Übereinkommen zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus (ÜBFT;) umgesetzt. Das ÜBFT ist keine unmittelbare Reaktion auf die Anschläge vom 11. September. Diese beschleunigten jedoch den Ratifizierungsprozess (FIOLKA, N 1 und 10).

¹²⁵ Vgl. Art. 2 des Bundesgesetzes über das Verbot der Gruppierungen "Al-Quaïda" und "Islamischer Staat" sowie verwandter Organisationen.

¹²⁶ Vgl. HEER/WIPRÄCHTIGER, S. 25 f.; NIGGLI/MAEDER, S. 444.

¹²⁷ OBERHOLZER, N 30.

¹²⁸ PIETH, S. 31.

¹²⁹ RÜEGGER, Art. 307, N 1.

¹³⁰ Zur Situation in Deutschland vgl. GÄRDITZ, S. 1.

¹³¹ Aufgrund der zunehmend präventiven Ausrichtung von Straf- und Strafprozessrecht ist für BRUNNER die Pflicht zur Verhinderung von Straftaten gar zu einer Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden geworden (vgl. BRUNNER, S. 169 ff.).

Befürchtung, dass Anzeichen für geplante oder sich abzeichnende Gewalttaten nicht rechtzeitig erkannt werden und dass sie für die Taten zumindest moralisch mitverantwortlich sind.¹³²

Nicht vergessen werden darf die Wirkung des Druckes, der durch Politik, Medien und Öffentlichkeit auf die Strafbehörden ausgeübt wird.¹³³ Über der Polizei, der Staatsanwaltschaft und den Gerichten hängt bei der täglichen Arbeit immer "auch das Damoklesschwert einer zur Skandalisierung neigenden Medienaufmerksamkeit und der raschen Schuldzuweisung".¹³⁴

¹³² MEILI LENTJES, S. 98.

¹³³ NIGGLI/MÄDER, S. 455, zeigen allerdings eindrücklich auf, dass die Forderungen nach konsequenterer Strafverfolgung und härteren Strafen letztlich auf einem Missverständnis bzw. der falschen Erwartung beruhen, durch Strafverfolgung und Strafen würde Sicherheit geschaffen.

¹³⁴ MEILI LENTJES, S. 98.

4 Was gilt im Schnittbereich von Gefahrenabwehr und Strafverfahren?

Im Folgenden soll genauer untersucht werden, welche rechtlichen Regeln in Gemengelagen¹³⁵ zur Anwendung kommen, d.h. in Situationen, in welchen sowohl die Aufgabe der Gefahrenabwehr als auch diejenige der Strafverfolgung zu erfüllen sind, also Polizeirecht und Strafprozessrecht grundsätzlich gleichzeitig anwendbar sind. Die interessierenden Fragen sind: Welche Aufgabe bzw. welches Recht geht im Konfliktfall vor? Wer entscheidet darüber? Welches Recht ist auf doppeifunktionale Massnahmen anwendbar? Wie weit reicht die Weisungsbezugnis der Staatsanwaltschaft? Was gilt für Zwangsmassnahmen: stützen sich diese auf die polizeirechtliche oder strafprozessuale Grundlage? Wie steht es mit der Verwertbarkeit von Beweisen aus polizeirechtlichen Massnahmen? Da diese Arbeit den Fokus auf die Zusammenarbeit von Polizei und Staatsanwaltschaft legt, erhalten diese Aspekte bei der Erörterung der oben gestellten Fragen besonderes Gewicht.

4.1 Verfassungsrechtliche Kompetenzordnung

Ausgangspunkt zur Klärung dieser Fragen ist die Verfassung, welche die Zuständigkeiten für die innere Sicherheit bzw. das Straf- und Strafprozessrecht regelt. Gemäss Art. 3 i.V.m. Art. 57 Abs. 1 BV sind aufgrund ihrer Polizeihöhe primär die Kantone für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit zuständig und in der Pflicht, dies mit eigenen Mitteln zu tun (allenfalls unter Beizug von Mitteln aus dem Bevölkerungsschutz).¹³⁶ Dem Bund überträgt die BV keinen allgemeinen Auftrag zur Gefahrenabwehr.¹³⁷ Art. 57 Abs. 1 BV begründet keine Kompetenz und kann nicht als Verfassungsgrundlage für ein Tätigwerden des Bundes auf dem Gebiet der inneren Sicherheit¹³⁸ herangezogen werden.¹³⁹ Der Bund hat somit nur subsidiäre Kompetenzen für die innere Sicherheit des Landes¹⁴⁰ und nur begrenzte fragmentarische Kompetenzen für besondere Sicherheitsaufgaben des Bundes (z.B. Polizeiaufgaben an den Zollgrenzen).¹⁴¹

¹³⁵ Siehe oben Ziff. 3.1.1.

¹³⁶ SCHWEIZER/MOHLER, Art. 57, N 37.

¹³⁷ Bericht MALAMA, S. 4480.

¹³⁸ Zur überholten Unterscheidung zwischen innerer und äusserer Sicherheit und der Forderung nach einem umfassenden Sicherheitsbegriff siehe Bericht MALAMA, S. 4477f. m.w.H.

¹³⁹ Bericht MALAMA, S. 4486.

¹⁴⁰ JAAG/LIENHARD/TSCHANNEN, S. 275; In Lehre und Politik wird teilweise beklagt, dass der Verfassungsvorbehalt für Bundeszuständigkeiten von den Bundesbehörden immer weniger beachtet wird (vgl. SCHWEIZER/MOHLER, Art. 57 N 19; Postulat MALAMA vom 3.3.2010 «Innere Sicherheit. Klärung der Kompetenzen», wiedergegeben im Bericht MALAMA, S. 4470).

¹⁴¹ SCHWEIZER/MOHLER, Vorbemerkungen, N 26.

Im Unterschied zur inneren Sicherheit ist der Bund gestützt auf Art. 123 Abs. 1 BV für die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Straf- und Strafprozessrechts zuständig. Es handelt sich dabei um eine konkurrierende Kompetenz mit nachträglich derogierender Wirkung: die Kantone verlieren ihre Zuständigkeit, sobald die Bundesgesetzgebung abschliessend ist oder Ausschliesslichkeit beansprucht.¹⁴² Unter Strafrecht ist die spezifische, als Reaktion auf sozial-schädliches Verhalten angedrohte Rechtsfolge der Strafe zu verstehen, die ein besonderes Unwerturteil enthält.¹⁴³ Das Strafprozessrecht regelt die Verfolgung und Beurteilung der Straftaten.¹⁴⁴

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Bund zwar im Bereich des Straf- und Strafverfahrensrechts zur Gesetzgebung befugt ist, nicht aber bezüglich der allgemeinen Gefahrenabwehr.

4.2 Anwendbarkeit der StPO auf die polizeiliche Tätigkeit

Grundsätzlich entspricht die StPO der verfassungsmässigen Kompetenzordnung.¹⁴⁵ So ist gemäss Art. 15 Abs. 1 StPO unter „Polizei“ im Sinne der StPO nur das Handeln der Polizei im Rahmen der Strafverfolgung zu verstehen,¹⁴⁶ d.h., wenn es um die Klärung einer strafrechtlichen Verdachtslage geht.¹⁴⁷ Soweit die Polizei Aufgaben im Bereich der Gefahrenabwehr und Störungsbeseitigung erfüllt, gelangen nicht die Bestimmungen der StPO zur Anwendung, sondern die Polizeigesetze der Kantone bzw. des Bundes.¹⁴⁸ Dies zeigt sich u.a. auch im Zusammenhang mit der verdeckten Ermittlung. Während im ehemaligen BVE neben der verdeckten Ermittlung im Rahmen eines Strafverfahrens auch die sog. präventive verdeckte Ermittlung geregelt war, wurde letztere explizit nicht in die StPO übernommen¹⁴⁹ und mit Hinweis auf die Kompetenz der Kantone¹⁵⁰ für das Polizeirecht auch nicht nachträglich eingeführt.¹⁵¹

¹⁴² Vest, N 2.

¹⁴³ Vest, N 2.

¹⁴⁴ Art. 1. Abs 1 StPO.

¹⁴⁵ Vgl. BLÄTTER, S. 243.

¹⁴⁶ Vgl. Botschaft StPO, S. 1136.

¹⁴⁷ ALBERTINI, Polizeiliche Ermittlung, S. 41.

¹⁴⁸ GOLDSCHMID/MAURER/SOLLBERGER, S. 15; OBERHOLZER, N 75.

¹⁴⁹ Vgl. Botschaft StPO, S. 1255.

¹⁵⁰ Vgl. hierzu HANSJAKOB, forumpoenale, S. 33.

¹⁵¹ Vgl. Stellungnahme verdeckte Ermittlung, 5611.

4.3 Anwendbares Recht in Gemengelage

Die StPO enthält keine Regelung für die in dieser Arbeit behandelten Konstellationen, in welchen sich Strafverfolgung und Gefahrenabwehr überlagern.¹⁵²

4.3.1 Rechtsprechung

Das Bundesgericht hat sich bisher sehr selten mit diesen Fragestellungen befasst. Im Zusammenhang mit der Überprüfung des Zürcher Polizeigesetzes auf die Übereinstimmung mit Bundesrecht stellte es fest, dass sich die polizeirechtliche Tätigkeit der Polizei nicht leicht von der Strafverfolgung unterscheiden lasse, da diese Bereiche sich überschneiden oder fließend ineinander übergehen können. Weiter erwog es, dass bei gegebenen Voraussetzungen in beiden Bereichen in vergleichbarer Weise in Grundrechte von Personen eingegriffen werden kann und im Wesentlichen auch die gleichen verfassungsrechtlichen Garantien zum Schutz der Grundrechte zum Zug kommen, insbesondere das Erfordernis eines öffentlichen Interesses und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit.¹⁵³

In einer Entscheidung zu den Krawallen in Zürich im Jahr 1980 ging das Bundesgericht davon aus, dass sich eine Festnahme dann nicht auf das Strafprozessrecht stützen könne, wenn damit ausschliesslich polizeirechtliche Gründe zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit verfolgt würden.¹⁵⁴

Die Anklagekammer des Kantons Bern hatte 1989 eine Beschwerde zu beurteilen, mit welcher sich ein Anwohner gegen das Nichteinschreiten der Polizei wegen massiver Lärmbelästigung durch eine Jugendparty im öffentlichen Raum wehrte. Das Gericht überprüfte dabei jedoch nur, ob die Polizisten in ihrer Funktion als Organe der gerichtlichen Polizei, also der Strafverfolgung, ihre in Art. 65 des bernischen Strafverfahrens umschriebenen Pflichten verletzt hätten. Das Gericht hielt fest, es stehe ihm nicht zu, die ordnungspolizeiliche Tätigkeit zu überprüfen.¹⁵⁵

Das Zürcher Obergericht hatte 2008 die Einstellung eines Verfahrens gegen die polizeiliche Einsatzleitung wegen Freiheitsberaubung sowie weiterer Delikte zu beurteilen. Dem Verfahren zugrunde lag der Sachverhalt, dass die Polizei am 4. Dezember 2004 eine Vielzahl von Personen eines Fanzuges aus Basel in Zürich-Altstetten vorübergehend festnahm.¹⁵⁶

¹⁵² Siehe auch KETTIGER, S. 3.

¹⁵³ BGE 140 I 353, Erw. 5.2 sowie BGE 136 I 87, Erw. 3.4.

¹⁵⁴ Bundesgerichtsurteil vom 15. Dezember 1987 in: ZBl 1988, S. 357 f.

¹⁵⁵ ZBJV 1989, S. 550 f.

¹⁵⁶ ZR 2008 Nr. 75, 257 ff.

Das Vorgehen der Polizei war primär sicherheitspolizeilich motiviert; aufgrund der Vorfälle im Zug sowie bei früheren Fussballspielen befürchtete man Ausschreitungen in der Innenstadt und auf dem Anmarschweg zum Stadion.¹⁵⁷ Gleichzeitig ging es darum, mithilfe von Szenekennern die Täter der Ausschreitung vom 31. Oktober 2004 zu ermitteln, bei welchen es zu Landfriedensbruch, Gewalt und Drohung gegen Beamte und weiteren Delikte gekommen war.¹⁵⁸ Das Gericht hielt im Zusammenhang mit der Frage der gesetzlichen Grundlage fest, dass die Staatsanwaltschaft die Massenfestnahme zu Recht auf die polizeiliche Generalklausel sowie § 74 des Gemeindegesetzes gestützt habe. Die Frage, ob sich eine Festnahme zudem auch auf § 54 der Zürcher StPO hätte stützen lassen, liess es aufgrund der anderweitig bestehenden Grundlage offen.¹⁵⁹

Aus den spärlichen Äusserungen des Bundesgerichts sowie der kantonalen Gerichte lässt sich für die Frage nach dem in Gemengelage anwendbaren Recht wenig ableiten, da jeweils aufgrund eingeschränkter Prüfungsbefugnis oder anderen Gründen nur geprüft wurde, ob *eine* gesetzliche Grundlage vorhanden war.

Ein klareres Kriterium für die Bestimmung des anwendbaren Rechts bei doppelfunktionalen Massnahmen findet sich in einem Entscheid des Verfahrensgerichtes des Kantons Baselland aus dem Jahr 2000, als es über seine Zuständigkeit im Zusammenhang mit einer als unverhältnismässig gerügten polizeilichen Festnahme im Rahmen einer Strafuntersuchung zu befinden hatte. Mit Verweis auf die h.L. und Praxis in Deutschland beschloss es, dass für die rechtliche Bewertung, ob eine Handlung der Polizei gefahrenabwehrenden oder strafverfolgenden Charakter habe, der Schwerpunkt derselben als entscheidendes Kriterium heranzuziehen sei.¹⁶⁰

4.3.2 Lehrmeinungen

Während Gemengelage und doppelfunktionale Massnahmen in der deutschen Doktrin intensiv bearbeitet wurden,¹⁶¹ wird dieses Thema in der Schweiz stiefmütterlich behandelt. Vor Inkrafttreten der StPO bestand zudem kein Anlass, die Thematik aus verfassungsrechtlicher Sicht zu prüfen, da die Kantone sowohl zur Rechtsetzung im Bereich der Gefahrenabwehr als auch für das Strafprozessrecht zuständig waren.

¹⁵⁷ ZR 2008 Nr. 75, S. 260.

¹⁵⁸ ZR 2008 Nr. 75, S. 261.

¹⁵⁹ ZR 2008 Nr. 75, Erw. 14.

¹⁶⁰ Erwähnt in: VON ARX/FABBRI, S. 4.

¹⁶¹ Siehe DENNINGER/RACHOR, N 192.

Die meisten Autoren erwähnen mehr oder weniger ausführlich, dass es Situationen gibt, in welchen sowohl Massnahmen zum Zwecke der Gefahrenabwehr als auch solche zur Strafverfolgung ergriffen werden müssen und es zu Konflikten zwischen diesen Aufgaben kommen kann. Erstaunlicherweise finden sich dann aber wenig oder keine Ausführungen, welches Recht in solchen Situationen zur Anwendung kommt.¹⁶²

Jene Autoren, die sich zur Frage äussern, vertreten im Wesentlichen zwei unterschiedliche Positionen: Die grössere Gruppe bestimmt das anwendbare Recht durch eine Interessenabwägung; die kleinere Gruppe geht von einer Prädominanz der StPO¹⁶³ aus.

4.3.2.1 *Interessen- und Güterabwägung*

PFANDER hält für den Fall eines Konfliktes zwischen Strafverfolgung und Gefahrenabwehr fest, dass nichts anderes übrig bleibe, als alle auf dem Spiel stehenden Interessen gegeneinander abzuwägen und diejenige Entscheidung zu treffen, die den gewichtigsten Interessen nachkomme.¹⁶⁴ Auch REINHARD will in diesen Fällen auf dem Weg der Abwägung des Ranges und Gewichts der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter und Interessen sowie des Ausmasses der Bedrohung und der zeitlichen Dringlichkeit entscheiden, welche Aufgabe im konkreten Einzelfall Priorität hat.¹⁶⁵ Ähnlich sieht es RHYNER, welcher zudem festhält, dass die Entscheidungskompetenz letztlich bei der Polizei liege, da diese die Einsatzverantwortung für die gesamte polizeiliche Aufgabenerfüllung trage.¹⁶⁶ Gemäss MOHLER geht das Polizeirecht dem Strafprozessrecht vor, wenn die Gefahr ernster unmittelbarer und schwerer Grundrechtsverletzungen abzuwehren sei, so namentlich zur Befreiung von Geiseln.¹⁶⁷ Für ALBERTINI ist es in solchen Fällen eine polizeitaktische Frage, die Prioritäten zu formulieren, wobei die Lage in der Regel zuerst sicherheitspolizeilich durch Intervention bereinigt werde, bevor sie im Anschluss gerichtspolizeilich zu bewältigen sei.¹⁶⁸ Gemäss DONATSCH/KÄSER lässt sich die Frage, ob der Gefahrenabwehr oder der Strafverfolgung der Vorrang zu gewähren sei, nur durch Interessenabwägung beantworten.¹⁶⁹

¹⁶² Vgl. RÉMY, S. 12; BAUMANN, N 285. PITTELOUD, N 37.

¹⁶³ Begriff lehnt sich an die im deutschen Schrifttum postulierte *Prädominanz der Prävention* an (siehe EHRENBERG/FROHNE, S. 739; NOLTE, S. 345 f.)

¹⁶⁴ PFANDER, S. 96 f.

¹⁶⁵ REINHARD, S. 134.

¹⁶⁶ RHYNER, N 7.

¹⁶⁷ MOHLER, 810.

¹⁶⁸ ALBERTINI, Polizeiliche Ermittlung, S. 42.

¹⁶⁹ DONATSCH/KÄSER, S. 48.

Die Autoren, welche Konflikte in Gemengelagen mit einer Güter- und Interessenabwägung lösen wollen, äussern sich nicht explizit zu den doppelfunktionalen Massnahmen. Vereinzelt findet sich der Hinweis auf die deutsche Praxis, welche solche Massnahmen nach dem Schwerpunkt des polizeilichen Handelns der einen oder anderen Rechtsgrundlage zuordnet.¹⁷⁰

4.3.2.2 *Prädominanz der StPO*

OBERHOLZER und KETTIGER vertreten die Auffassung, dass in jedem Fall nach den Regeln der StPO vorzugehen sei, wenn das polizeiliche Handeln gleichzeitig auch der Strafverfolgung diene.¹⁷¹ Für die Verfechter des prinzipiellen Vorrangs der StPO stellen sich bei doppelfunktionalen Massnahmen keine speziellen Fragen; da die StPO das Polizeirecht verdränge, hätten sich doppelfunktionale Massnahmen nach der StPO zu richten.

Eine andere Variante vertritt KELLER: Für ihn ist bei der konkreten polizeilichen Tätigkeit jeweils massgeblich, ob das Ergebnis polizeilichen Handelns ins Strafverfahren einfliesst. Falls dem so ist, seien nebst den Regeln des Polizeigesetzes auch diejenigen der StPO einzuhalten.¹⁷²

4.3.3 *Würdigung*

Die Frage des anwendbaren Rechts in Gemengelagen ist offensichtlich umstritten. Unbefriedigend ist aber nicht nur dieser Umstand, sondern insbesondere auch, dass die vorgeschlagenen Lösungen dogmatisch nicht eingeordnet werden.

Ausgangspunkt zur Klärung des anwendbaren Rechts bei Gemengelagen ist der Umstand, dass es sich dabei um Situationen handelt, in denen zum einen eine Gefahr vorliegt, die es abzuwehren gilt, und zum anderen ein Tatverdacht, der zu Strafverfolgung verpflichtet. Grundsätzlich kommen somit beide gesetzlichen Grundlagen zur Anwendung; man spricht auch von einer Doppelzuständigkeit.¹⁷³

Die Polizei übt im Rahmen der Bewältigung einer Gemengelage also beide Aufgaben aus, nacheinander oder gleichzeitig. Aus Sicht der Praxis wäre es deshalb unverständlich, wenn das massgebliche Recht nicht bezüglich einzelner Massnahmen, sondern bezogen auf den *gesamten* Einsatz bestimmt werden müsste. Teilweise wird jedoch genau das vertreten.¹⁷⁴

¹⁷⁰ Vgl. KELLER, N 4 mit Verweis auf von Arx/Fabbri, S. 1 ff.

¹⁷¹ OBERHOLZER, N 81 ff.; KETTIGER, N 10.

¹⁷² KELLER, N 4.

¹⁷³ REINHARD, S. 134; RHYNER, N 7.

¹⁷⁴ So z.B. KELLER, N 5.

Meines Erachtens müssen in diesem Zusammenhang drei Fragen beantwortet werden:

Erstens: Nach welchen Regeln wird bestimmt, welche Massnahmen in einer Gemengelage Priorität haben, falls Aufgaben der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung in Konflikt geraten, d.h. im Falle von Aufgaben- bzw. Pflichtenkollisionen?¹⁷⁵

Zweitens: Wem kommt die Entscheidkompetenz über die Prioritätensetzung zu?

Drittens: Was gilt bei doppeifunktionalen Massnahmen?

4.3.3.1 ***Was gilt im Falle einer Aufgabenkollision von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung?***

Falls die Aufgabe der Gefahrenabwehr und diejenige der Strafverfolgung in Konflikt geraten, muss letztlich entschieden werden, welche dieser zwei grundlegenden staatlichen Aufgaben erfüllt wird und welche zurücktritt. Wie unter Ziff. 2.1.3 erwähnt, ist die Polizei zum Ergreifen von Schutzmassnahmen unmittelbar aus den Grundrechten verpflichtet, falls hochwertige Polizeigüter in Gefahr sind, insbesondere das Recht auf Leben. Dieser Aspekt ist bei obiger Frage selbstredend zu berücksichtigen. Ausserdem ist den Autoren zuzustimmen, welche diesen Entscheid auf eine Abwägung der im konkreten Fall betroffenen Interessen, Rechtsgüter und Umstände stützen wollen.

Daraus ergibt sich die Frage, wie diese Abwägung dogmatisch eingeordnet werden kann. Im öffentlichen Recht ist die Methode der Güter- und Interessenabwägung bei Grundrechtskollisionen seit langem etabliert.¹⁷⁶ Dort stehen unterschiedliche Grundrechte Privater in Konflikt, während in Gemengelagen auf der einen Seite das Interesse – und je nach den Umständen ein grundrechtlicher Anspruch - des Opfers auf Schutz durch den Staat steht und auf der anderen Seite das Interesse an der Durchsetzung des Strafrechts. Die Konstellation ist somit nicht gleich, aber doch insofern gleichartig: Gestützt auf die in Verfassung und Gesetzen festgeschriebenen Werte und Prinzipien muss ermittelt werden, welcher Seite in der konkreten Situation mehr Gewicht zukommt. Somit erscheint es richtig, die Aufgabenkollision zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung ebenfalls mittels Güter- und Interessenabwägung zu lösen.¹⁷⁷ Einen gleichartigen Konflikt gilt es auch beim rechtfertigenden Notstand zu lösen.¹⁷⁸ Auch dort findet eine Güter- und Interessenabwägung statt.¹⁷⁹

¹⁷⁵ In diesem Punkt gl.M: KETTIGER, N 10 in fine.

¹⁷⁶ Vgl. MARTIN, S. 205 m.w.H.

¹⁷⁷ Vgl. KUNZMANN, S. 88 f.

¹⁷⁸ Vgl. KUNZMANN, S. 88.

¹⁷⁹ Vgl. SEELMANN, N 1, 16 f.

Man kann sich allerdings fragen, ob die zu treffende Abwägung dogmatisch nicht am in der Verfassung verankerten Verhältnismässigkeitsprinzip festgemacht werden könnte. Bei Grundrechtskollisionen ist die Verhältnismässigkeitsprüfung untrennbar mit der Güter- und Interessenabwägung verbunden und spielt bei der Abwägung der unterschiedlichen Interessen und Güter eine zentrale Rolle.¹⁸⁰ Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist also Teil der Güter- und Interessenabwägung und keine alternative Methode dazu. Zuzustimmen ist überdies KUNZMANN, der für den Abwägungsprozess auch begrifflich die Güter- und Interessenabwägung vorzieht, da sie einen offenen Weg bezeichnet, mittels dem die Entscheidung gesucht und gefunden wird. In einer Diskussion bietet eine *Abwägung* schon begrifflich einen leichteren Zugang, als die Frage, ob ein Handeln verhältnismässig oder unverhältnismässig ist.¹⁸¹

Die Abwägung der Güter und Interessen ist so vorzunehmen, dass die kollidierenden Aufgaben optimal verwirklicht werden; das bedeutet, dass die weniger wichtige Aufgabe nur soweit zurückweicht, als dies unbedingt erforderlich ist.¹⁸² Bei der Abwägung sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Besonders relevante Kriterien auf der Seite der Gefahrenabwehr sind das Gewicht des bedrohten Rechtsgutes sowie die Wahrscheinlichkeit und das Ausmass der Gefahr, auf der Seite der Strafverfolgung vor allem die Schwere der Straftat sowie die Stärke des bestehenden Tatverdachts.¹⁸³

4.3.3.2 *Wem kommt die Entscheidkompetenz für die Güter- und Interessenabwägung zu?*

Nachdem geklärt ist, dass ein Aufgabenkonflikt durch eine Güter- und Interessenabwägung zu lösen ist, stellt sich die Frage, wem die Entscheidkompetenz zukommt. Mehrheitlich wird die Auffassung vertreten, dass dieser Entscheid der Polizei obliege.¹⁸⁴ Dies sieht auch die deutsche Richtlinie der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren des Bundes und der Länder über die Anwendung unmittelbaren Zwanges durch Polizeibeamte auf Anordnung des Staatsanwalts vor.¹⁸⁵ Dieser Auffassung ist zuzustimmen, denn der Polizei sind beide Aufgaben übertragen. Im Unterschied zur Staatsanwaltschaft ist sie für den *gesamten* Einsatz zuständig, sodass die Entscheidkompetenz nur bei der Polizei liegen kann.¹⁸⁶ Diese

¹⁸⁰ MARTIN, S. 208 f. m.w.H.

¹⁸¹ KUNZMANN, S. 88 f.

¹⁸² Vgl. KUNZMANN, S. 89 f. unter Bezugnahme auf die praktische Konkordanz.

¹⁸³ Vgl. hierzu eingehend KUNZMANN, 97 ff.

¹⁸⁴ Vgl. ALBERTINI, Polizeiliche Ermittlung, S. 42 und 558; ALBERTINI, Sicht der Polizei, S. 341; PITTELOUD, N 74; RHYNER, N 7; RÜEGGER, Art. 307, N 27; ZALUNARDO, S. 9 f.

¹⁸⁵ Anlage A der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) Bst. B. Ziff. III, abrufbar unter: <http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/BMJ-RB3-19770101-KF04-A001.htm> (zuletzt besucht am 21.7.2015).

¹⁸⁶ Vgl. GUSY, N 147.

Lösung drängt sich überdies auf, weil die Polizei und - ihr übergeordnet - die Regierung für die innere Sicherheit zu sorgen haben.¹⁸⁷

4.3.3.3 *Was gilt bei doppelunktionalen Massnahmen?*

Bei doppelunktionalen Massnahmen kommen ja grundsätzlich beide Rechtsgrundlagen zur Anwendung, sowohl diejenige der Gefahrenabwehr als auch diejenige der StPO. Welche Vorschriften muss die Polizei beachten? Klar ist, dass die Polizei nicht willkürlich die Grundlage wählen kann, welche gerade besser passt. M.E. kann diese Frage aber auch nicht durch den Schwerpunkt der Massnahme bestimmt werden, wie dies bei der Bestimmung des Rechtsweges teilweise gemacht wird.¹⁸⁸ Die Schwerpunktmethodik lässt ausser Acht, dass doppelunktionalen Massnahmen beiden Aufgaben bzw. Zwecken gleichzeitig dienen. Die Entscheidung über die zu beachtenden Normen sollte sich deshalb insbesondere daran orientieren, wie die Polizei möglichst beide Aufgaben erfüllen kann. Bei der Aufgabe der Gefahrenabwehr steht nicht das Vorgehen, sondern die Wirkung im Zentrum (das Abwenden der Gefahr). Bei der Strafverfolgung ist hingegen die Einhaltung der Verfahrensvorschriften zentral. Die Polizei nimmt beide Aufgaben möglichst gut wahr, wenn die Gefahren abwehrende Wirkung unter Beachtung der strafprozessualen Verfahrensgarantien erzielt wird. Den Verfechtern der Prädominanz der StPO ist also insofern zuzustimmen, dass die Verfahrensvorschriften der StPO bei doppelunktionalen Massnahmen einzuhalten sind. Dies gilt aber nur soweit, als dadurch eine prioritäre Gefahrenabwehr nicht erschwert oder verunmöglicht wird.

Letztlich muss bei der Frage, ob die strafprozessualen Verfahrensvorschriften einzuhalten sind, genau gleich vorgegangen werden wie in Gemengelagen allgemein: Soweit möglich sind beide Aufgaben zu erfüllen, d.h. die Gefahr ist abzuwehren und die strafprozessualen Verfahrensvorschriften sind einzuhalten. Falls dies (z.B. aus Zeitgründen) nicht möglich ist, muss anhand der Güter- und Interessenabwägung entschieden werden, welcher Aufgabe Vorrang gebührt. Falls hochwertige Rechtsgüter in Gefahr sind, hat i.d.R. die Gefahrenabwehr Priorität.

4.3.4 **Zwischenergebnis zum anwendbaren Recht**

In Gemengelagen kommen grundsätzlich beide Rechtsgrundlagen zur Anwendung, d.h., sowohl das Polizeirecht als auch die StPO. Falls aufgrund einer Aufgabenkollision oder aufgrund faktischer Umstände eine Aufgabe und damit eine Rechtsgrundlage zurückzustehen hat,

¹⁸⁷ Vgl. ALBERTINI, Polizeiliche Ermittlung, S. 11.

¹⁸⁸ Vgl. den in Ziff. 4.3.1 erwähnten Entscheid des Verfahrensgerichtes des Kantons Baselland (Fn 144).

liegt der Entscheid bei der Polizei. Diese muss die Prioritäten gestützt auf eine verfassungsrechtliche Güter- und Interessenabwägung unter Berücksichtigung grundrechtlicher Schutzpflichten setzen. Die weniger prioritäre Aufgabe bzw. Rechtsgrundlage darf nur soweit als nötig unberücksichtigt bleiben. Bei doppelfunktionalen Massnahmen sollen deshalb die strafprozessualen Vorgaben möglichst eingehalten werden. Allerdings ist unbedingt zu berücksichtigen, dass polizeiliches Handeln in solchen Situationen typischerweise unter grossem Problemdruck steht und praktisch immer auf unvollständigem Wissen basiert.¹⁸⁹

4.4 Weisungsbefugnis

Die Zusammenarbeit zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft wird massgeblich dadurch beeinflusst, dass der Staatsanwaltschaft die Leitung über das strafprozessuale Vorverfahren obliegt.¹⁹⁰ Ausfluss dieser Leitungskompetenz ist ihre in Art. 307 Abs. 2 StPO erwähnte Befugnis, der Polizei Aufträge und Weisungen zu erteilen. Das gilt auch in Gemengelagen. Diesbezüglich ist allerdings von grosser Bedeutung, dass dieses Weisungsrecht der Staatsanwaltschaft nur für die Belange der Strafverfolgung gilt.¹⁹¹ Die Staatsanwaltschaft als Leiterin des Strafverfahrens kann und soll im Hinblick auf die Schaffung von möglichst guten Voraussetzungen zur Aufklärung und Ahndung von Straftaten Weisungen und Aufträge an die Polizei erteilen. Die Entscheidung, welche Massnahmen Priorität haben, bzw. ob, wann und wie die Weisungen und Aufträge der Staatsanwaltschaft umgesetzt werden können, fällt jedoch die polizeiliche Einsatzleitung gestützt auf eine Güter- und Interessenabwägung.¹⁹²

4.4.1 Zusammenarbeit in ungewohnten Rollen

Die Zusammenarbeit von Polizei und Staatsanwaltschaft in Gemengelagen ist grundsätzlich anspruchsvoll, da oft schwerwiegende Straftaten oder schwere Ereignisse mit heiklen Rechtsfragen im Raum stehen. Zusätzlich arbeiten Polizei und Staatsanwaltschaft plötzlich in ungewohnten Rollen zusammen: Im Unterschied zur sonstigen Zusammenarbeit entscheidet die Polizei, ob eine Weisung bzw. ein Auftrag der Staatsanwaltschaft umgesetzt werden kann oder nicht.

Dieser Umstand ist jedoch nicht in allen Konstellationen von Gemengelagen gleich brisant. Erfahrungsgemäss ergeben sich bei Schadenslagen, z.B. nach Unfällen, in der Praxis wenige

¹⁸⁹ GUSY, N 115.

¹⁹⁰ Art. 15 Abs. 2, 16 Abs. 2 und 61 lit. a StPO.

¹⁹¹ Vgl. ALBERTINI, Polizeiliche Ermittlung, S. 558; KELLER, N 5; PITTELOUD, N 37 und N 743; RHYNER, N 7; RÜEGGER, Art. 307, N 27.

¹⁹² Siehe oben Ziff. 4.3.3.2.

Probleme. Zum einen hängt das mit der Häufigkeit solcher Ereignisse zusammen; eine gewisse Routine in der Zusammenarbeit hat sich dadurch etabliert. Zum anderen ist in solchen Lagen, mit einem Schadenplatz und dem Einsatz von mehreren Blaulichtorganisationen, jeweils offensichtlich, dass die Gefahrenabwehr und damit die Zuständigkeit der Polizei im Zentrum steht, während ein allfälliges Strafverfahren – zumindest zu diesem Zeitpunkt - lediglich ein Teilaspekt darstellt. Auch bei Demonstrationen und Sportveranstaltungen ergeben sich in der Regel keine Probleme mit den Zuständigkeiten. In diesem Einsatzbereich besteht das Spannungsverhältnis eher zwischen Regierung und Polizei oder Öffentlichkeit und Polizei.

Deutlich unklarer ist die Situation in polizeilich als Sonder- oder Bedrohungslagen bezeichneten Fällen, wie Entführungen, schweren Erpressungen, Anschlagsdrohungen etc. In diesen Konstellationen steht zu Beginn nicht ein Schadenplatz mit Blaulichtern im Zentrum, sondern Ermittlungsarbeit. Typischerweise liegen in solchen Fällen zu Beginn lediglich eine gewisse Anzahl Hinweise vor, aufgrund welcher von einer mehr oder weniger unmittelbaren Gefahr für das Leben von Menschen auszugehen ist. Die Informationsbeschaffung steht in solchen Lagen zunächst im Zentrum, denn mit zusätzlichen Informationen können das Gefährdungspotenzial genauer eingeschätzt und Massnahmen zur Gefahrenabwehr ergriffen werden. Gewonnen werden weitere Informationen durch Ermittlungen, z.B. Befragungen im Umfeld des mutmasslichen Opfers und - sobald bekannt - der mutmasslichen Täterschaft sowie Abklärungen zu möglichen Fahrzeugen und Kontrollschildern, zu Vorgängen bei der Polizei und anderen Behörden. Immer wichtiger werden Recherchen im Internet und in den Social Media. Ganz zentral kann die rasche Aufnahme der Überwachung von ermittelten Mobil- und Festnetzanschlüssen sein. Da diese Massnahmen von der Staatsanwaltschaft angeordnet werden und je nach Lage rasch mehrere Anschlüsse überwacht werden müssen, stellt dies auch die Staatsanwaltschaft vor besondere Herausforderungen. Der Pikett leistende Staatsanwalt muss rechtzeitig Unterstützung erhalten, zumal sich solche Fälle über viele Stunden, manchmal Tage hinziehen können.¹⁹³

Auch für die Polizei ist die Bewältigung von Sonderlagen eine grosse Herausforderung. Die Erfahrung zeigt, dass in der ersten Phase den Ermittlungen zur prioritären Gefahrenabwehr, nicht genug Beachtung geschenkt werden kann. Es ist schwierig für Ermittler, plötzlich auf Gefahrenabwehr umzuschalten, die gewohnten Abläufe "zu vergessen" (z.B. Spurenschutz am Tatort) bzw. Vorgaben der StPO aus Gründen des Zeitdrucks unberücksichtigt zu lassen (z.B.

¹⁹³ WOLTER schildert den Einsatz im Zusammenhang mit einem entführten Kind aus Sicht des Staatsanwaltes eindrücklich und weist insbesondere auf die grosse physische und psychische Belastung eines über drei Tage dauernden Einsatzes hin, bei welchem es um das Leben eines Kindes geht und ein immenser Druck der Öffentlichkeit und Medien auszuhalten ist (vgl. WOLTER, S. 781 f.).

Protokollierungsvorschriften bei Befragungen). Der Schalter muss sozusagen aktiv aus dem "Standardmodus" auf Gefahrenabwehr gestellt werden.

4.4.2 Besondere Einsatzorganisation der Polizei

Ein Polizeieinsatz in einer Bedrohungslage, z.B. einer Entführung, stellt auch bezüglich Einsatzorganisation und Abläufen spezielle Anforderungen. In Deutschland, wo die Polizei in den 70er und 80er Jahren mit zahlreichen Fällen von Geiselnahmen konfrontiert war, etablierte sich für solche Lagen aufgrund der gemachten Erfahrungen, insbesondere bei der bundeslandübergreifenden Geiselnahme von Gladbeck 1988, eine einheitliche, spezielle Führungsorganisation mit standardisierten Aufträgen.¹⁹⁴

In der Schweiz sind schwere Bedrohungslagen, wie sie die deutsche Polizei immer wieder zu bewältigen hat, glücklicherweise seltener. Ihre grundsätzliche Problematik besteht jedoch auch in der Schweiz: Solche Lagen treten meist überraschend auf und es muss unter grösstem Zeitdruck gehandelt werden, im Wissen darum, dass Menschen in Gefahr sind. Durch den vielfach akuten Informationsmangel über die Gegenseite und die Opfer ist eine umfassende, adäquate Lagebeurteilung und Einschätzung der Entwicklung äusserst schwierig. Die Lage ist oft von grosser Dynamik geprägt, weshalb die Polizei - insbesondere zu Beginn - praktisch nur reagieren kann. Die Einsatzführung muss sicherstellen, dass sämtliche Polizeikräfte orientiert und Aufträge allenfalls angepasst und neu koordiniert werden. Überhaupt bedarf es in solchen Lagen häufig sehr vieler Einsatzkräfte verschiedener Organisationseinheiten. Deren gezieltes Zusammenwirken in Abhängigkeit von Lageentwicklung und unter grossem Zeitdruck ist komplex und erfordert einen extrem grossen Koordinations- und Führungsaufwand.

Nicht unterschätzt werden darf das oft immense Interesse der Öffentlichkeit und der Medien, welches den Erfolgsdruck für die Polizei zusätzlich erhöht. Dieses Interesse bedeutet in solchen Einsätzen jedoch nicht nur durch Polizei und Staatsanwaltschaft zu leistende Medienarbeit. Aufgrund der technologischen Entwicklung in den letzten zehn Jahren beeinflussen Öffentlichkeit und Medien mittels Social Media und Liveticker zunehmend die Lage selbst.¹⁹⁵ Das eröffnet zwar neue Möglichkeiten für die Gefahrenabwehr, ist aber ein zusätzlicher Komplexitätsfaktor.¹⁹⁶

¹⁹⁴ Siehe hierzu AEBl, 485 ff.

¹⁹⁵ So z.B. im bei der Fahndung nach dem 70-jährigen Schützen von Biel (vgl. oben Ziff. 3.3), im Zusammenhang mit den Anschlägen in Paris im Januar 2015 und im Besonderen bei der Geiselnahme von Sydney im Dezember 2014 (zu letzterem siehe DUDENHAUSEN/KAHR, S. 70 ff.).

¹⁹⁶ Siehe hierzu DUDENHAUSEN/KAHR, S. 70 ff.

Aufgrund der geringen Distanzen in der Schweiz sind Einsätze oft kantonsüberschreitend und nicht selten grenzüberschreitend. Zudem müssen in der Schweiz wegen der relativ kleinen polizeilichen Spezialeinheiten (z.B. Intervention, Präzisionsschützen, Entschärfer) häufig kantonsübergreifend Kräfte aufgeboren werden.

Aus diesen Gründen wurden in Anlehnung an die deutsche Lösung auch in der Schweiz einheitliche Grundlagen für die Einsatzorganisation¹⁹⁷ in Sonderlagen sowie Begriffsdefinitionen und Merkmale für die Aufträge¹⁹⁸ an die einzelnen Einsatzabschnitte (z.B. Tatobjekt, Verhandlung, Verfolgung, Ermittlung, Medien) geschaffen.¹⁹⁹ Diese Organisations- und Prozessgrundsätze dienen der möglichst optimalen Führung von Einsätzen und erleichtern dank der gesamtschweizerischen Einheitlichkeit die - gerade in solchen Lagen - oft nötige korpsübergreifende Zusammenarbeit.

Zu den - bereits mehrfach erwähnten - ungewohnten Zuständigkeiten und Rollen in solchen Lagen und der ausserordentlich grossen Belastung gesellt sich eine im Vergleich zum Alltag besondere Einsatzorganisation. Diese wirkt sich selbstredend auch auf die Zusammenarbeit zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft aus (so ist z.B. der Einsatzabschnitt Ermittlungen für die Verbindung zur Staatsanwaltschaft zuständig). Auch vor diesem Hintergrund ist augenscheinlich, dass der Zusammenarbeit von Polizei und Staatsanwaltschaft genügend Aufmerksamkeit gewidmet werden muss, und zwar nicht erst in solchen Lage, sondern im Rahmen von Ausbildungen und Übungen.

4.5 Zwangsmassnahmen

Gemengelage sind auch in Bezug auf Zwangsmassnahmen Sonderfälle. Nachfolgend werden zum einen die Erkenntnisse über das in Gemengelage anwendbare Recht auf die Zwangsmassnahmen übertragen. Zum anderen wird auf einige Massnahmen eingegangen, bei welchen sich besondere Fragen bezüglich anwendbarem Recht und Zuständigkeit stellen.

4.5.1 Zusammenspiel von polizeilichen und strafprozessualen Zwangsmassnahmen in Gemengelage

Wie oben ausgeführt²⁰⁰ muss die Polizei in Gemengelage entscheiden, ob die gefahrenabwehrenden oder strafverfolgenden Massnahmen Priorität haben. Bei doppelfunktionalen

¹⁹⁷ Vgl. AEBI, S. 488 ff.

¹⁹⁸ Vgl. AEBI, S. 490 ff.

¹⁹⁹ Die Grundlagen wurden am 4.6.2009 von der KKPKS verabschiedet und 2010 in den einschlägigen Lehrgängen und Dokumentationen des SPI eingeführt (vgl. AEBI, S. 488 u. 492).

²⁰⁰ Siehe oben Ziff. 4.3.3.2.

Massnahmen berücksichtigt sie die strafprozessualen Vorgaben, soweit dies aufgrund der im konkreten Fall als prioritär erachteten Gefahrenabwehr möglich ist.

In Fällen von Drohungen, Erpressungen und Entführungen ist der Polizeieinsatz meist prioritär auf die Gefahrenabwehr ausgerichtet. Dabei stützt sich die Polizei jedoch nicht nur auf polizeirechtliche, sondern häufig auch auf strafprozessuale Zwangsmassnahmen, gerade in Konstellationen, bei welchen Ermittlungen im Zentrum stehen.²⁰¹ In solchen Fällen ist z.B. entscheidend, möglichst rasch Festnetz und insb. Mobilfunkanschlüsse der mutmasslichen Tatverdächtigen und Opfer zu überwachen. Diese Massnahmen werden in der Regel gestützt auf Art. 269 ff. StPO durch die Staatsanwaltschaft angeordnet und nicht durch die Polizei gestützt auf Art. 3 BÜPF (sog. Notsuche).²⁰²

Im Zusammenhang mit Drohungen oder Erpressungen werden regelmässig Handys, Computer und andere digitale Datenträger und -geräte durchsucht. Gestützt auf die strafprozessualen Grundlagen werden auch diese Durchsuchungen in der Regel durch die Staatsanwaltschaft angeordnet. Dies ist u.a. wichtig, weil die Polizeigesetze hierfür in der Regel keine gesetzliche Grundlage enthalten.²⁰³

In der Praxis entstehen überdies weniger Komplikationen, wenn sich eine Hausdurchsuchung auf einen Befehl der Staatsanwaltschaft stützt, als wenn sie polizeirechtlich durchgesetzt werden muss. Das nachfolgende Beispiel illustriert dies:²⁰⁴

Ein Kadermitglied einer exponierten Verwaltungseinheit wird per E-Mail bedroht, u.a. wird angekündigt, in einem bestimmten Verwaltungskomplex "ein Blutbad anzurichten". Die Ermittlungen ergeben, dass in den letzten Monaten zwölf Personen teilweise massive Konflikte mit dem Bedrohten gehabt haben.²⁰⁵ Bei diesen Personen werden Hausdurchsuchungen gemacht, Computer, Handys etc. beschlagnahmt und durchsucht sowie Einvernahmen durchgeführt. Die Polizei agiert gestützt auf entsprechende Anordnungen der Staatsanwaltschaft. Bei der Durchsuchung der digitalen Daten wird jedoch darauf verzichtet, diese gemäss den Grundsätzen der digitalen Forensik vorzunehmen. Priorität hat nicht die Strafverfolgung des Drohenden, sondern eine schnelle Klärung der Frage, von wem die Drohung stammt. Denn nur dieses Wissen erlaubt es, die drohende Person anzuhalten und dadurch sicherzustellen, dass von ihr keine Gefahr mehr

²⁰¹ Vgl. hierzu auch RHYNER/STÜSSI, S. 438.

²⁰² Weitergehend hierzu siehe unten Ziff. 4.5.3.

²⁰³ Siehe z.B., § 35 PolG ZH, Art. 37 PolG BE oder Art. 18 PolG GR; vgl. zu letzterem ALBERTINI, Polizeigesetz, Art. 18 N 1.

²⁰⁴ Diese erfundene Fallkonstellation ist angelehnt an Fälle aus der langjährigen Tätigkeit der Verfasserin bei der Kantonspolizei Bern.

²⁰⁵ Das E-Mail wurde über einen Account einer ausländischen Firma geschickt, welche das Verschicken anonymer E-Mails anbietet. Aus den technischen Verkehrsdaten des E-Mails konnten deshalb keine Hinweise auf die Urheberschaft abgeleitet werden.

ausgeht. Zudem ist wichtig, das vorübergehend komplett gesperrte Verwaltungsgebäude rasch wieder freigeben zu können.

Würde die Staatsanwaltschaft in einem solchen Fall die (strafprozessualen) Zwangsmassnahmen nicht anordnen, müsste die Polizei – je nach Umständen des Falles – Wohnungen und Datenträger trotzdem durchsuchen, gestützt auf Polizeirecht, notfalls auf die polizeiliche Generalklausel.

In gewisser Weise bedient sich die Polizei strafprozessualer Zwangsmassnahmen für die Gefahrenabwehr bzw. ist auf diese angewiesen. Das ist rechtlich geboten und praktisch unproblematisch, wenn die Polizei die Massnahmen selber anordnen kann. Wenn sie aber von der Staatsanwaltschaft anzuordnen sind, entsteht eine aussergewöhnliche Situation, weil Polizei und Staatsanwaltschaft unter ganz anderen Umständen zusammenarbeiten als im Alltag. Auf der einen Seite versucht die Polizei - gestützt auf die Führungsgrundsätze in Polizeieinsätzen - die Gefahrensituation so rasch und effektiv wie möglich zu entschärfen. Auf der anderen Seite steht die Staatsanwaltschaft, deren Fokus normalerweise auf die nachträgliche Aufklärung einer begangenen Tat und die Gewährleistung eines die StPO strikt einhaltenden Verfahrens gerichtet ist.

Diese besondere Konstellation ist wohl der Hauptgrund dafür, dass in solchen Lagen zuweilen Unsicherheiten über die Zuständigkeiten auftauchen, wie z.B. die bereits erwähnte Frage, ob die Polizei oder die Staatsanwaltschaft bei einer Erpressung letztlich den Entscheid zu verantworten hat, ob das Erpressungsoffer in Gefahr ist bzw. Schutzmassnahmen zu treffen sind.

4.5.2 Öffentlichkeitsfahndung

Bei der öffentlichen Fahndung nach einem mutmasslichen Entführungsoffer, z.B. einem entführten Kind, zeigen sich die Schwierigkeiten im Schnittbereich von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung besonders deutlich. Eine öffentliche Fahndung nach einem entführten Kind ist zweifellos eine doppelfunktionale Massnahme: Prioritär bezweckt sie die Befreiung bzw. Rettung des Kindes. Sekundär dient sie der Strafverfolgung, da dadurch Hinweise zur Täterschaft generiert werden, die zur Festnahme derselben führen können. Wie oben erläutert, kommen bei doppelfunktionalen Massnahmen grundsätzlich sowohl das Polizeirecht als auch die StPO zur Anwendung und die Vorgaben der StPO sind – soweit dies die prioritäre Gefahrenabwehr zulässt – einzuhalten. Das hiesse im Fall einer Öffentlichkeitsfahndung, bei einem

Kind insb. mittels nationalem Entführungsalarm,²⁰⁶ dass diese strafprozessual durch die Staatsanwaltschaft anzuordnen wäre.²⁰⁷ Im Falle einer durch die Staatsanwaltschaft verweigeren Anordnung wäre es letztlich Aufgabe der Polizei - unter Abwägung der Umstände im konkreten Fall - zu entscheiden, ob diese Massnahme zum Schutz des Kindes erforderlich ist und sie trotzdem auszulösen.²⁰⁸

Immer wieder stellt man also fest, dass es in Gemengelagen zu komplizierten Konstellationen bezüglich Zuständigkeit und Verantwortung kommt und diesbezüglich oft Unklarheit herrscht.

Dies zeigt sich auch beim Entführungsalarm. So hält der Konzeptbericht Entführungsalarm in Ziff. 3.2 fest, dass die Polizei diese Massnahme auslöst um dann in Ziff. 3.5 zu erwähnen, dass die kantonalen Strafverfolgungsbehörden über die Alarmauslösung entscheiden. In der Stellungnahme zum Postulat RECORDON heisst es, die Verantwortlichkeiten im Rahmen der Gefahrenabwehr oblägen der Polizei, welche die erforderlichen Massnahmen in Absprache mit den Staatsanwaltschaften durchführt. Zudem wird klargestellt, dass der Entscheid zur Auslösung bei der polizeilichen Einsatzleitung liegt, wenn ein Kind durch einen Elternteil entführt wurde, aber von einer Gefahr für das Kind auszugehen ist.²⁰⁹ Gemäss RÜEGGER²¹⁰ und WEDER²¹¹ muss die Genehmigung der Staatsanwaltschaft eingeholt werden. SCHMID²¹² hält die Polizei gestützt auf Art. 306 StPO grundsätzlich für befugt nach Geschädigten zu fahnden und dafür auch die Öffentlichkeit einzuschalten; falls die Staatsanwaltschaft ein Verfahren eröffnet habe, seien solche Massnahmen in Absprache mit dieser zu treffen. ZUBER erachtet die Polizei für zuständig, wenn der Zweck der Gefahrenabwehr vorgeht,²¹³ was in solchen Fällen in der Regel zu bejahen sein wird. Tatsächlich ausgelöst wurde der Alarm bis heute noch nie. Man mag einwenden, dass diese Zuständigkeitsfragen rein theoretischer Natur seien, weil in einem konkreten Fall die Staatsanwaltschaft einen entsprechenden Antrag der Polizei sicherlich gutheisse. In der eben geschilderten Konstellation wäre dem wohl so.

²⁰⁶ Seit dem 1. Januar 2010 verfügt die Schweizer Polizei über ein rasches und umfassendes Alarmsystem, das zum Einsatz gelangt, wenn der konkrete Verdacht oder die Gewissheit besteht, das eine minderjährige Person entführt wurde und an Leib und Leben gefährdet ist (siehe unter: <http://www.entfuehrungsalarm.ch>, zuletzt besucht am 12.8.2015).

²⁰⁷ Der Polizei kommt bezüglich einer öffentlichen Täterfahndung keine Anordnungscompetenz zu, auch nicht für dringliche Fälle (Art. 198 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 210 und 211 StPO).

²⁰⁸ Es verfügen jedoch längst nicht alle Kantone über eine gesetzliche Grundlage für die öffentliche Fahndung nach vermissten Personen; das PolG BE kennt dies z.B. nicht (vgl. hierzu aber ALBERTINI, der die Befugnis zur *Ausschreibung* als ausreichende Grundlage für die Öffentlichkeitsfahndung erachtet, ALBERTINI, Polizeigesetz, Art. 13 N 8.1).

²⁰⁹ Stellungnahme Postulat RECORDON, Abs. 2 und 7.

²¹⁰ RÜEGGER, Art. 211, N 24.

²¹¹ WEDER, Art. 211, N 17.

²¹² SCHMID, Praxiskommentar, Art. 211, N 3.

Hingegen könnten m.E. durchaus Probleme auftreten, falls die Polizei aus taktischen Überlegungen auf die Auslösung des Entführungsalarms verzichten will. Dies nicht zuletzt deshalb, weil der öffentliche Druck zur Auslösung des Entführungsalarms enorm ist.²¹⁴

4.5.3 Überwachung des Fernmeldeverkehrs zur Personensuche und -fahndung

Wie mehrmals erwähnt, kommt in vielen Gemengelage der Überwachung von Festnetz- und Mobilanschlüssen grosse Bedeutung zu. Die gesetzliche Regelung ist allerdings gerade für Gemengelage alles andere als eindeutig. Das BÜPF sieht neben der Überwachung im Rahmen der Strafverfolgung²¹⁵ den Einsatz solcher Massnahmen zwar auch zur Suche und Rettung vermisster Personen vor; in der Praxis spricht man von der sog. Notsuche. Dabei dürfen auch Daten - jedoch keine Inhalte - unbeteiligter Dritter eingesehen werden; die Überwachung ist auf die Teilnehmeridentifikation und die Verkehrsdaten beschränkt. Für das Verfahren gelten die Bestimmungen von Art. 274-279 StPO sinngemäss,²¹⁶ weshalb die Anordnung²¹⁷ im Nachgang vom Zwangsmassnahmengericht zu genehmigen ist.

Der Gesetzestext beschreibt die Notsuche als Massnahme *ausserhalb eines Strafverfahrens*, so dass diese immer dann ausgeschlossen wäre, wenn es um die Suche nach mutmasslichen Opfern von Straftaten geht.²¹⁸ Auch die Botschaft zur laufenden BÜPF-Revision hält diesbezüglich fest, dass die Notsuche im Falle von Entführungen oder Freiheitsberaubungen nicht als gesetzliche Grundlage gelte, weil es sich dabei um ein Strafverfahren handle.²¹⁹ Allerdings ist HANSJAKOB insofern zuzustimmen, als bei Katalogtaten sowohl Überwachungen gemäss Art. 269 ff. StPO zur Überführung des Täters als auch Notsuchen nach Art. 3 BÜPF zur Rettung des vermissten Opfers zulässig sein müssen.²²⁰

In der Praxis treten bei Entführungen oder beim Entziehen von Minderjährigen im Zusammenhang mit der Überwachung von Telefonanschlüssen verschiedene Probleme auf. So kann es vorkommen, dass die Staatsanwaltschaft den Verdacht auf eine Entführung nach der Information gemäss Art. 307 Abs. 1 StPO nicht für hinreichend genug erachtet, um eine Überwachung der Mobiltelefone des Opfers sowie der mutmasslichen Tatverdächtigen zu

²¹³ ZUBER, S. 317.

²¹⁴ Vgl. Postulat RECORDON.

²¹⁵ Voraussetzungen und Verfahren der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs im Rahmen von Strafverfahren sind seit 1.1.2011 in Art. 269 ff. StPO geregelt.

²¹⁶ Art. 3 Abs. 3 BÜPF.

²¹⁷ Gemäss Art. 3 Abs. 4 BÜPF bezeichnen die Kantone die anordnende Behörde, i.d.R. die Polizei, vgl. z.B. Art. 3 Abs. 2 PolG BE, Art. 50^{bis} PolG SG oder § 42 PolG TG.

²¹⁸ Vgl. auch Botschaft BÜPF, S. 7994.

²¹⁹ Botschaft BÜPF-Revision, S. 2754.

²²⁰ Vgl. HANSJAKOB, BÜPF-Kommentar, Art. 1 N 16.

veranlassen. Dadurch geht wertvolle Zeit verloren, was gerade in der Anfangsphase einer Entführung besonders kritisch ist, weil die Polizei möglichst rasch Hinweise auf den Standort braucht.

Eine zweite Konstellation, welche ebenfalls Probleme bieten kann, betrifft Fälle von Entziehen von Minderjährigen, wie der nachfolgende Fall zeigt:

Die Eltern eines Kindes leben getrennt, teilen sich aber die elterliche Sorge für die gemeinsame Tochter. Der Vater verbringt abmachungsgemäss das Wochenende mit der Tochter, bringt diese aber nicht - wie sonst üblich - am Sonntagabend zurück und ist weder zu Hause anzutreffen noch telefonisch erreichbar. Bei Erkundigungen im Umfeld erfährt die Kindsmutter, dass ihrem Expartner in der Woche zuvor fristlos gekündigt worden war und er in einer akuten Krise stecke. Die Mutter erwähnt gegenüber der Polizei auch, dass ihr Ex-Partner schon früher einmal an starken Depressionen gelitten habe.

In einer solchen Konstellation ist es wichtig, Elternteil und Kind so rasch als möglich zu lokalisieren, um sich zu versichern, dass es beiden gut geht, sowie das Kind zur Mutter zurückzubringen. Strafrechtlich ist einem solchen Fall grundsätzlich vom Verdacht des Entziehens von Minderjährigen gemäss Art. 220 StGB auszugehen. Bei Vorliegen des Strafantrages ist das Strafverfahren eröffnet, was streng nach Gesetzeswortlaut und Botschaft zur BÜPF-Revision die Notsuche ausschliesst. Aber auch eine strafprozessuale Anordnung der Überwachung ist in einem solchen Fall rechtlich heikel, weil zur Verfolgung des Tatbestandes der Entziehung von Minderjährigen Überwachungsmaßnahmen nach Art. 269 ff. StPO nicht zulässig sind.²²¹

Eine weitere problematische Konstellation besteht in Fällen, in welchen keine Gemengelage, sondern in erster Linie eine Gefahrensituation vorliegt, Art. 3 BÜPF aber trotzdem nicht anwendbar ist:

Aufgrund gewisser Hinweise (z.B. entsprechende Tagebucheinträge in Kombination mit weiteren Umständen) ist zu befürchten, dass jemand in sehr naher Zukunft eine schwere Straftat begehen könnte.

Ein strafprozessualer Verdacht auf eine Straftat (z.B. Vorbereitungshandlungen) besteht in diesem Fall nicht. Voraussetzung für eine Notsuche gemäss Art. 3 BÜPF ist eine schwere Gefährdung der Gesundheit oder des Lebens der gesuchten Person.

²²¹ Immerhin hat sich das Problem etwas entschärft, weil das BGer seine restriktive Praxis aufgegeben hat: Es schliesst die Anwendung des Tatbestandes der Entführung nicht mehr kategorisch aus, wenn die Täterschaft das Recht hat, über den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen. Soweit die Verbringung des Kindes an einen anderen Ort massiv in dessen Interessen eingreift, ist Art. 183 Ziff. 2 StGB gemäss neuer Rechtsprechung anwendbar (vgl. BGE 141 IV 10 Erw. 4.5.4 und 4.5.5).

Genau diese Voraussetzung ist in einem solchen Fall nicht erfüllt. Gefährdet ist nicht die gesuchte Person, sondern es sind Dritte. In der Praxis werden solche Fälle bewältigt, indem entweder "trotzdem" die Grundlage zur Notsuche herangezogen oder "dennoch" von einem Verdacht auf eine Katalogtat ausgegangen wird.

Im Rahmen der BÜPF-Revision wurden zwar gewisse Gesetzeslücken geschlossen. So sieht der Entwurf zum einen vor, dass bei der Notsuche künftig auch Gesprächsinhalte überwacht werden können, weil diese wertvolle Hinweise auf den Aufenthaltsort einer Person geben können.²²² Ausserdem dürfen zur Notsuche künftig auch technische Überwachungsgeräte gemäss Art. 269bis StPO verwendet werden. Dies ist für den Einsatz von sog. IMSI-Catchern in Vermisstenfällen zentral.²²³ Ebenfalls wurde eine Grundlage für die Überwachung zwecks Fahndung nach verurteilten Personen geschaffen, was sehr wichtig ist, wenn diese Person eine Gefahr für andere Personen oder gar für die Allgemeinheit darstellt.²²⁴

Wie vorher aufgezeigt, bestehen aber weitere Lücken, welche unbedingt geschlossen werden müssten.

4.5.4 Gemengelage und andere verdeckte Zwangsmassnahmen

In Strafuntersuchungen, in welchen verdeckte Überwachungen laufen, erhält die Polizei immer wieder Hinweise auf geplante Straftaten, z.B. Einbruchdiebstähle oder Raubüberfälle.²²⁵ Auch in solchen Situationen stehen sich das Interesse der Strafverfolgung und das Interesse Straftaten zu verhüten bzw. Rechtsgüter zu schützen gegenüber. Im Einzelfall muss mittels einer Güter- und Interessenabwägung entschieden werden, welcher Aufgabe Priorität einzuräumen ist. Es liegt auf der Hand, dass das Geschehenlassen einer Tat sich nur in Ausnahmefällen rechtfertigen lässt. In der Praxis ist jeweils abzuwägen, wann spätestens eingegriffen werden muss, damit die Tat noch verhindert werden kann, aber möglichst viele Beweismittel für den Nachweis des Versuchs oder zumindest für den Nachweis von strafbaren Vorbereitungshandlungen gesichert werden können.

Eine weitere Fallkonstellation, in welcher verdeckte Zwangsmassnahmen zum Einsatz kommen, betrifft die operativen Massnahmen der Interventionseinheiten:

²²² Vgl. Art. 35 E-BÜPF sowie Botschaft BÜPF-Revision, S. 2754.

²²³ Vgl. Art. 35 Abs. 3 E- BÜPF sowie Botschaft BÜPF-Revision, S. 2755.

²²⁴ Vgl. Art. 36 E- BÜPF sowie Botschaft BÜPF-Revision, S. 2755.

²²⁵ In der Lehre werden die verdeckten Zwangsmassnahmen deshalb teilweise kritisiert, weil diese nicht nur der Aufdeckung einer bereits verübten und in den Grundzügen bekannten Straftat, sondern zunehmend als Mittel der begleitenden Beobachtung mutmasslich kriminellen Verhaltens eingesetzt würden (OBERHOLZER, N 1176; vgl. auch PIETH, S. 141.)

Wenn es darum geht, ein Opfer zu befreien bzw. eine gefährliche Täterschaft zu überwältigen, welche sich an einem bekannten Ort (z.B. in einem Gebäude) aufhält, nutzen Interventionseinheiten spezialisierte Gerätschaften zur Informationsbeschaffung sowie zur Vorbereitung eines Zugriffs. Dabei versuchen die Spezialeinheiten visuelle und akustische Eindrücke über die Situation im Gebäude (den Standort und die Verfassung von Opfer bzw. Täter sowie dessen Bewaffnung) zu gewinnen.

Mit Blick auf die strafprozessualen Aspekte dieser primär der Gefahrenabwehr dienenden Massnahmen stellt sich in diesen Fällen grundsätzlich die Frage der Anordnung gemäss Art. 280 f. StPO.

Allerdings sind solche Lagen erfahrungsgemäss von grosser Dynamik und massivem Zeitdruck geprägt, weshalb für die vorgängige strafprozessuale Anordnung wohl in vielen Fällen schlicht keine Zeit bzw. keine Ressourcen vorhanden sind. Falls die Aufnahmen für das Strafverfahren von einer gewissen Bedeutung sind, sollte das Zwangsmassnahmengericht um die Genehmigung ersucht werden, diese im Strafverfahren verwenden zu können.²²⁶

Natürlich können Gemengelagen den Einsatz weiterer Zwangsmassnahmen erfordern, welche parallel in den Polizeigesetzen und der StPO oder nur in der StPO geregelt sind. Ebenfalls ist denkbar, dass eine Notlage eine Zwangsmassnahme erfordert, welche gesetzlich überhaupt nicht geregelt ist und sich nur auf die polizeiliche Generalklausel stützen kann. Die Mechanismen des Zusammenspiels von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, welche hier an einigen Beispielen aufgezeigt wurden, sind aber letztlich immer die gleichen und daraus ergibt sich zwingend die Notwendigkeit einer besonderen Zusammenarbeit zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft.

4.6 Verwertbarkeit von Erkenntnissen und Beweismitteln im Strafverfahren

Wie mehrfach erörtert, muss in Gemengelagen abgewogen werden, welche Aufgabe im Konfliktfall Priorität hat. Dies kann auch bedeuten, dass aus Gründen der prioritären Gefahrenabwehr strafprozessuale Vorschriften nicht oder nicht vollständig eingehalten werden:

In der Anfangsphase von Entführungen müssen durch Befragungen von Personen aus dem Umfeld des Opfers sowie der mutmasslichen Täterschaft so rasch als möglich Informationen über diese Personen gewonnen werden. Dies ist wichtig, um das Verhalten von Täter und Opfer im weiteren Verlauf der Entführung und im Hinblick auf Verhandlungen abschätzen zu können.

²²⁶ Analog zur Verwertung von Zufallsfunden aus Notsuchen (Art. 278 Abs. 1^{bis} i.V.m. 3 StPO); vgl. den Verweis von Art. 281 Abs. 4 StPO auf Art. 269-279 StPO; siehe auch nachfolgend Ziff. 4.6.

Weiter geht es darum, mögliche Aufenthaltsorte zu eruieren oder abzuklären, ob das Opfer (allenfalls der Täter) an einer Krankheit leidet und bspw. auf die Einnahme von Medikamenten angewiesen ist. Aufgrund des Zeitdrucks und der Priorität der Gefahrenabwehr werden solche Befragungen i.d.R. nicht wie strafprozessuale Einvernahmen durchführt, insb. nicht protokolliert.

Es stellt sich die Frage, wie es um die Verwertbarkeit der aus Polizeieinsätzen in Gemengelage gewonnenen Erkenntnisse und Beweismittel im Strafverfahren steht. Leider bestehen diesbezüglich beträchtliche Unsicherheiten, denn bereits die Verwertbarkeit von Erkenntnissen und Beweisen, die aus rein sicherheitspolizeilichen Massnahmen stammen, ist bisher kaum diskutiert worden.²²⁷ Einigkeit scheint darüber zu herrschen, dass die Verwertbarkeit ausgeschlossen ist, falls das Polizeirecht für strafprozessuale Zwecke missbraucht worden ist.²²⁸

Eine ausdrückliche Regelung enthält die StPO lediglich für die Verwertung von Erkenntnissen in Strafverfahren aus Notsuchen gemäss Art. 3 BÜPF. Gemäss Art. 278 Abs 1^{bis} i.V.m. Abs. 2 und 3 StPO können diese im Strafverfahren verwendet werden, wenn die Voraussetzungen für eine Überwachung (hypothetisch) erfüllt sind und das Zwangsmassnahmengericht die Verwertung genehmigt. Im Falle einer Entführung, bei welcher zunächst eine Notsuche angeordnet wird, könnten Erkenntnisse daraus also im Strafverfahren gegen den Entführer verwertet werden. Voraussetzung ist allerdings, dass die Staatsanwaltschaft die Verwertung unverzüglich anordnet und das Genehmigungsverfahren einleitet.²²⁹

Da Art. 281 Abs. 4 StPO für die Überwachungsmassnahmen mit technischen Geräten ebenfalls auf Art. 278 StPO verweist, könnte in analoger Anwendung allenfalls auch um Genehmigung der strafprozessualen Verwertung von Erkenntnissen, welche aufgrund des Einsatzes solcher Geräte generiert wurden, ersucht werden.²³⁰

Betreffend die Erkenntnisse und Beweise, welche rechtmässig im Rahmen von sicherheitspolizeilichen Tätigkeiten gewonnen wurden, finden sich in der Doktrin unterschiedliche Meinungen. Diese sollen im Strafverfahren grundsätzlich verwertet werden können.²³¹ Zusätzlich zur Rechtmässigkeit der polizeirechtlichen Massnahmen wird zum Teil gefordert, dass es sich um Erkenntnisse handelt, welche hypothetisch betrachtet auch strafprozessrechtlich hätten

²²⁷ GLESS, N 38.

²²⁸ GLESS, N 38; Vgl. zum Ganzen GFELLER/BIGLER, S. 105 ff.

²²⁹ Art. 278 Abs. 3 StPO; HANSJAKOB, Art. 278, N 13, geht jedoch von einer beschränkten praktischen Relevanz aus, weil bei der Notsuche gemäss geltendem BÜPF nur Randdaten geliefert werden.

²³⁰ Z.B. für Videoaufnahmen, welche die Interventionseinheit zur Vorbereitung des Zugriffs erstellte.

²³¹ Vgl. RHYNER, N 7a; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 196 N 2, Art. 215 N 7, Art. 241 N 7, Art. 282 N 2; GFELLER/BIGLER, S. 109.

gewonnen werden können.²³² Vereinzelt wird allerdings vertreten, dass Erkenntnisse und Beweise, welche durch sicherheitspolizeiliches Handeln erlangt wurden, strafprozessual unverwertbar sind, falls strafprozessuale Gültigkeitsvorschriften nicht beachtet wurden.²³³ Das Bundesgericht wies im Zusammenhang mit der Überprüfung der Befugnisnorm zur verdeckten Vorermittlung im Internet des Zürcher Polizeigesetzes darauf hin, dass die Regelungen im Strafprozessrecht und im Polizeirecht aufeinander abgestimmt sein sollten, damit sich für die Verwertung von polizeirechtlich gewonnenen Erkenntnissen im Strafverfahren keine Schwierigkeiten ergeben.²³⁴

Im Unterschied zu polizeilichen Handlungen, welche ausschliesslich der Gefahrenabwehr dienen, liegt in Gemengelagen ein strafprozessualer Tatverdacht vor. Die Grundvoraussetzung strafprozessualer Massnahmen ist also gegeben und ein allfälliges Nichtbeachten strafprozessualer Vorschriften resultiert aus einer Aufgabenkollision bzw. der deswegen getroffenen Interessen- und Güterabwägung. In Gemengelagen ist somit umso mehr davon auszugehen, dass rechtmässig erlangte Erkenntnisse und Beweise grundsätzlich verwertbar sind.

Wie aber wäre zu entscheiden, wenn im Rahmen eines Einsatzes in einer Gemengelage ein Beweis erhoben wurde, für welchen die StPO ein absolutes Verwertungsverbot vorsieht?

Wie steht es z.B. mit den Aussagen der Ehefrau eines Geiselnegers, welche diese im Verlaufe der Geiselnahme gegenüber der Polizei zum möglichen Aufenthaltsort ihres Mannes bzw. der Geisel macht, wenn sie sich später im Rahmen des Strafverfahrens auf ihr Aussageverweigerungsrecht beruft?²³⁵

Diesbezüglich stellen sich schnell heikle Fragen, insbesondere mit Blick auf die Fernwirkung gemäss Art. 141 Abs. 4 StPO. Immerhin wird in solchen Konstellationen eine derartige Aussage zum Aufenthaltsort in erster Linie zur rascheren Lokalisierung des Täters und damit zur schnelleren Befreiung des Opfers führen. Hingegen ist eher nicht davon auszugehen, dass die Festnahme des Täters ohne die Aussage der Ehefrau unmöglich wäre. Die Fernwirkung eines Verwertungsverbotes der Aussage ist deshalb zumindest fraglich.²³⁶

²³² WOHLERS, N 18; ACKERMANN/VOLGER, S. 180 mit Verweis auf BGE 139 IV 128 E. 1.7.

²³³ Vgl. KETTIGER, N 11; VETTERLI, S. 452 f.

²³⁴ BGE 140 I 353, Erw. 5.5.3.

²³⁵ RHYNER, Fn 20 zu N 7, spricht sich für eine Verwertbarkeit aus, falls der polizeirechtliche Zweck, d.h. die Rettung von Menschen, im Vordergrund steht; DENNINGER/RACHOR, N 101, verneinen hingegen die Verwertbarkeit der Aussagen.

²³⁶ Zur Fernwirkung und den vielen offenen Fragen im Zusammenhang mit Art. 141 Abs. 4 StPO siehe GLESS, N 88 ff.

Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, diese Fragen noch eingehender zu behandeln. Festgestellt werden kann an dieser Stelle immerhin, dass im Zusammenhang mit der Verwertung von Erkenntnissen und Beweisen aus Polizeieinsätzen in Gemengelagen erhebliche Unsicherheiten bestehen. Dies ist ein weiterer Faktor, der sowohl die Arbeit als auch die Zusammenarbeit von Polizei und Staatsanwaltschaft in Gemengelagen besonders anspruchsvoll macht.

5 Schlussbetrachtungen

5.1 Gründe für die Unsicherheiten in Gemengelage

Ausgangspunkt dieser Arbeit waren die in der Praxis bei der Zusammenarbeit von Polizei und Staatsanwaltschaft in Gemengelage festgestellten Unsicherheiten über die Zuständigkeiten und Rollen sowie das anwendbare Recht. Die vertiefte Auseinandersetzung mit dieser Thematik hat gezeigt, dass diese Unsicherheiten verschiedene Gründe haben:

Die verstärkte Fokussierung der Gesellschaft und der Politik auf Sicherheit und Prävention setzt implizit auch die Strafverfolgung unter Druck. Die grosse Erwartungshaltung der Öffentlichkeit gegenüber *den Behörden*, Gewalttaten zu verhindern, beeinflusst die Art und Weise, wie Angehörige der involvierten Behörden ihre Aufgaben und Zuständigkeiten interpretieren und wahrnehmen. Der erwähnte Fokus führt auch zur zunehmenden Implementierung präventiver Elemente ins Straf- und Strafprozessrecht. Dies alles trägt dazu bei, dass die Grenze zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung verwischt.

Ein weiterer Grund für die Unsicherheiten ist die bis heute nur spärliche Auseinandersetzung der Doktrin mit Gemengelage und den sich dabei stellenden Problemen. Bereits die Frage, welches Recht in Gemengelage zur Anwendung kommt, ist wenig thematisiert und umstritten.

Unsicherheit kann auch dadurch entstehen, dass sich die Zusammenarbeit zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft in Gemengelage in wesentlichen Punkten stark von der sonstigen, "normalen" Zusammenarbeit unterscheidet: Aufgrund der polizeilichen Gesamtverantwortung für die Bewältigung der Gefährdungssituation entscheidet die Polizei gestützt auf eine Güter- und Interessenabwägung, ob im Konfliktfall die Aufgabe der Gefahrenabwehr oder der Strafverfolgung vorgeht. Weisungen und Aufträge der Staatsanwaltschaft haben somit in Gemengelage nicht die gleiche Verbindlichkeit für die Polizei wie sonst.

- Ungewöhnlich ist in Gemengelage weiter, dass strafprozessuale, von der Staatsanwaltschaft anzuordnende Zwangsmassnahmen, für die - in der Verantwortung der Polizei liegende - Gefahrenabwehr von entscheidender Bedeutung sind. Das gilt insb. für die Überwachung von Fernmeldeanschlüssen.
- Schliesslich arbeitet die Polizei in Gemengelage mit grossem Gefahrenpotential, wie z.B. Entführungen oder Anschlagdrohungen, mit einer besonderen, auf solche Lagen ausgerichteten und gesamtschweizerisch einheitlichen Einsatzorganisation.

5.2 Was ist zu tun?

5.2.1 Durch Polizei und Staatsanwaltschaft

Die Bewältigung von Entführungen, schweren Erpressungen und ähnlich gravierenden Bedrohungslagen ist für alle involvierten Behörden äusserst anspruchsvoll und belastend. Klarheit über die eigene Aufgabe, die eigenen Kompetenzen und Zuständigkeiten ist eine grundlegende Voraussetzung dafür, dass die Zusammenarbeit der vielen beteiligten Personen funktioniert und das Ereignis bewältigt werden kann.

Weil sich die Rollen und Leitungskompetenzen in solchen Lagen stark vom Alltagsgeschäft unterscheiden, müssen die Besonderheiten in der Staatsanwaltschaft und insbesondere innerhalb der Polizei vermittelt werden. Gerade bei Ermittlungen zur Gefahrenabwehr ist es besonders für die - normalerweise ausschliesslich mit Straffällen befassten - Ermittler nicht einfach, den Schalter von "StPO-konform" auf Gefahrenabwehr zu drehen.

Auch für die Zusammenarbeit von Polizei und Staatsanwaltschaft gilt: Gegenseitiges Vertrauen ist absolut zentral.²³⁷ Vertrauen bedingt, dass man seine Partner, deren Organisation und Abläufe kennt sowie ein gemeinsames Verständnis der Zuständigkeiten, Rollen und Verantwortungsbereiche hat. Es ist deshalb nicht nur wichtig, dass die Aufgaben und Zuständigkeiten innerhalb der eigenen Organisation thematisiert werden, sondern dass Polizei und Staatsanwaltschaft auch einen Dialog über ihre Zusammenarbeit und ihr Rollenverständnis in Gemengelage führen, und zwar nicht erst unter dem Druck einer Lage, sondern vorgängig.

Die Polizei führt regelmässig Einsatzübungen für Sonderlagen durch, bei welchen auch die Staatsanwaltschaft einbezogen werden könnte. Zum einen würde die Staatsanwaltschaft dadurch die besondere Einsatzorganisation und die speziellen Abläufe besser kennen lernen. Zum anderen könnte dabei auch besprochen und geübt werden, wie die Zusammenarbeit in einem Einsatz konkret organisiert wird, z.B. der Infofluss zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft oder die rasche und reibungslose Anordnung der Zwangsmassnahmen.

Je nach Organisation der Staatsanwaltschaft und ihrem Piktetsystem müsste auf Seite der Staatsanwaltschaft allenfalls geprüft werden, ob alle oder nur einzelne Staatsanwälte auf die Verfahrensleitung in solchen Lagen vorbereitet werden.

Schliesslich gilt es, sich auf die Kernaufgaben und hauptsächlichen Zuständigkeiten zu besinnen, wenn in Gemengelage Unsicherheiten darüber auftauchen, wer für was verantwortlich

²³⁷ Vgl. USTER, *forumpoenale*, S. 358.

ist: die Polizei ist für die Gefahrenabwehr zuständig und hat die Gesamtverantwortung für die Bewältigung der Lage; die Staatsanwaltschaft ist für die Strafverfolgung verantwortlich und leitet die Strafuntersuchung.

5.2.2 Durch die Doktrin

Aus der Überlagerung von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung resultieren wie gezeigt zahlreiche rechtliche Fragen. Durch das zunehmende Eindringen des Präventionsparadigmas ins Straf- und Strafprozessrecht werden sich diese wohl noch akzentuieren. Es ist deshalb höchste Zeit, dass sich die Doktrin mit dieser Problematik auseinandersetzt und damit auch Grundlagen schafft für die in absehbarer Zeit nötigen Rechtsetzungsarbeiten.

5.2.3 Durch den Gesetzgeber

Der eidgenössische Gesetzgeber sollte bei der Rechtsetzung die verfassungsmässigen Zuständigkeiten berücksichtigen²³⁸ und bei der Legiferierung von Massnahmen, welche doppeifunktionale Wirkung haben können, Klarheit schaffen bezüglich des anwendbaren Rechts, der Anordnungskompetenz und der Verwertbarkeit. Die laufende BÜPF-Revision verheisst in dieser Hinsicht allerdings nichts Gutes.

Aufgefordert sind aber ebenso sehr die kantonalen Gesetzgeber: Diejenigen Massnahmen, welche zur Gefahrenabwehr regelmässig und voraussehbar benötigt werden, müssen zwingend in den Polizeigesetzen geregelt werden. Die Vermischung von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung hat teilweise auch mit den fehlenden Grundlagen in den Polizeigesetzen zu tun. Obwohl für die Suche nach Vermissten immer wieder erforderlich, haben die meisten Kantone keine gesetzlichen Grundlagen für die Durchsuchung von Datenträgern, die Edition von Aufzeichnungen privater Videoüberwachungsanlagen oder für die Öffentlichkeitsfahndung.²³⁹

Schliesslich müssen sich die Gesetzgeber von Bund und Kantonen, auch die Öffentlichkeit und die Politik des heiklen Themas der *Präventivhaft* annehmen. Angesichts der Wichtigkeit des Schutzes der öffentlichen Sicherheit, der Tragweite des Grundrechtseingriffs und der prekären heutigen Regelung ist eine öffentliche und politische Diskussion dringend notwendig.

²³⁸ Zum Revisionsbedarf der verfassungsrechtlichen Grundlagen des Polizei- und Sicherheitsrechts siehe SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 185 ff.

²³⁹ Fehlende polizeirechtliche Grundlagen werden in solchen Fällen teilweise dadurch kompensiert, dass pro forma eine Strafuntersuchung eröffnet und die Massnahme gestützt auf die StPO verfügt wird.

5.3 *Zum Schluss*

Jeder Mensch hat ein Recht auf Leben und auf persönliche Freiheit. Ist dieses Recht schwerwiegend gefährdet, ist der Staat in der Pflicht, dieses so gut wie möglich zu schützen. Deshalb ist es grundsätzlich zu begrüßen, dass sich alle Behörden verpflichtet fühlen, das in ihrer rechtmässigen Macht Stehende zum Schutz gefährdeter Menschen zu unternehmen. Allerdings:

"Wo jeder zuständig ist, ist keiner verantwortlich".²⁴⁰

Erfahrungsgemäss ist es gerade in Situationen extremer Herausforderung und Belastung entscheidend, dass die Zuständigkeit und somit auch die Verantwortung geklärt sind. Diese Arbeit soll ihren Teil dazu beitragen.

SELBSTÄNDIGKEITSERKLÄRUNG

„Ich bestätige mit meiner Unterschrift, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig ohne Mithilfe Dritter verfasst habe und in der Arbeit alle verwendeten Quellen angegeben habe. Ich nehme zur Kenntnis, dass im Falle von Plagiaten auf Note 1 erkannt werden kann.“

Bern, den 12. August 2015

sig. Gabriele Berger

²⁴⁰ Rinnhofer Fritz P., Weiß-Grüner Zitatenschatz. Von Peter Rosegger bis Fritz P. Rinnhofer, Graz 2002.