

*Festschrift für*  
*Andreas Donatsch*

Herausgegeben von:

Daniel Jositsch

Christian Schwarzenegger

Wolfgang Wohlers

*Festschrift für*

*Andreas Donatsch*

Herausgegeben von:

Daniel Jositsch

Prof. Dr., Universität Zürich

Christian Schwarzenegger

Prof. Dr., Universität Zürich

Wolfgang Wohlers

Prof. Dr., Universität Basel

Schulthess § 2017

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2017  
ISBN 978-3-7255-7370-7

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

## Vorwort

«Jedes Gemeinwesen muss zur Garantie seines Bestandes Zwangsmittel bereithalten, die im äussersten Fall mit unmittelbarem Zwang verbunden sind. Wo staatliche Zwangsmittel nicht zur Verfügung stehen oder nicht eingesetzt werden, nutzen Einzelne oder Gruppen die Gelegenheit, ihrerseits Macht zu erwerben und Zwang auszuüben. Die Alternative zu staatlichem Zwang ist deshalb nicht Freiheit, sondern – wie sich immer wieder von neuem zeigt – privater Zwang». Mit dieser markanten rechtspolitischen Aussage leitete Andreas Donatsch im Jahr 1981 seine Dissertation mit dem Titel «Die strafrechtliche Beurteilung von Rechtsgutsverletzungen bei der hoheitlichen Anwendung unmittelbaren Zwangs» ein. Damit wurde dem Leser sogleich klar, dass hier ein wacher und verantwortungsvoller Geist sein wissenschaftliches Debüt gab. Freilich lässt das Zitat auch den damaligen beruflichen Werdegang von Andreas Donatsch durchschimmern: Er hatte im Wintersemester 1976/77 das Studium mit dem Lizentiat abgeschlossen. Danach war er in seinen Heimatkanton Graubünden zurückgekehrt, wo er 1979 das Rechtsanwaltspatent erworben hatte. Parallel dazu erfolgte sein beruflicher Einstieg bei der Kantonspolizei Graubünden.

Bereits 1981 kehrte Andreas Donatsch nach Zürich zurück und mindestens seine berufliche Karriere im Kanton Graubünden hat damit ihr definitives Ende gefunden. Die Verbundenheit mit der Polizei und seinem Heimatkanton sollte aber bestehen bleiben. Letzteres manifestiert sich durch den – mindestens für zürcherische Ohren – unverwüstlichen Bündner Dialekt. Ersteres zeigte sich nicht nur bei der Wahl des Dissertationsthemas, sondern auch durch die während der gesamten wissenschaftlichen Laufbahn prägende Praxisorientierung. Die Liebe zur wissenschaftlichen und forschenden Tätigkeit und schon damals zur Lehre führte dazu, dass der junge Doktor Donatsch 1981 die Stelle als Oberassistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich antrat, um sich zu habilitieren. In den folgenden 36 Jahren sollte Andreas Donatsch seiner *alma mater* – abgesehen von einem weiteren Ausflug in die Praxis 1986 bis 1987 bei der Bezirksanwaltschaft Bülach – treu bleiben.

Im Jahr 1987 schloss Andreas Donatsch die Habilitation mit seiner wegweisenden Arbeit zum Fahrlässigkeitsdelikt ab («Sorgfaltsbemessung und Erfolg bei Fahrlässigkeitsdelikt»). Unmittelbar danach erhielt er eine Förderstelle als Assistenzprofessor, im Sommersemester 1990 wurde Andreas Donatsch zum ausserordentlichen und im Wintersemester 1992/93 zum ordentlichen Professor befördert. Diese Tätigkeit übt er bis zum heutigen Tag aus.

Mit der Emeritierung von Andreas Donatsch im Frühlingsemester 2017, nach rund 60 Semestern also, verliert die Universität Zürich einen begnadeten Hochschullehrer und überragenden Wissenschaftler. Er stand und steht mit beiden Beinen in der Praxis, sei

es als Konsulent in einer Anwaltskanzlei, als Mitglied der Anwaltsprüfungskommission, als Richter am Kassationsgericht oder auch als Mitverfasser der letzten Zürcher Strafprozessordnung. Sein Geist blieb dabei offen und kritisch, einerseits als klassischer Allrounder, im materiellen Strafrecht ebenso bewandert wie im Prozessrecht, andererseits als Spezialist, der sich vernachlässigter Bereiche wie dem Steuerstrafrecht schon früh angenommen und ihre Bedeutung erkannt hatte. Es ist deshalb nicht erstaunlich, dass die Schar der Autorinnen und Autoren, die an der vorliegenden Festschrift mitgewirkt haben, und die von ihnen gewählten Themen eine grosse inhaltliche Breite aufweisen.

Die vorliegende Festschrift soll das Engagement von Andreas Donatsch an der Universität Zürich zugunsten von Lehre und Forschung aber auch generell sein Wirken würdigen. Andreas Donatsch ist – auch das zeigt die Liste der Autorinnen und Autoren – eine hoch geachtete und geschätzte Persönlichkeit und für viele, die mit ihm gearbeitet haben, auch ein Freund. Bei den Studierenden als durchaus konsequenter, aber verlässlicher und guter Lehrer bekannt, war er immer sehr beliebt. Ein besonders inniges Verhältnis pflegte er stets zu seinen Assistierenden. Wer einmal im Büro von Andreas Donatsch war, dem ist sofort das über die Jahre wachsende Bild aufgefallen, in dem alle ehemaligen Assistierenden verewigt sind. Und es war bekannt, dass diese sich auch nach Beendigung ihrer Tätigkeit am Lehrstuhl zu eigentlichen Ehemaligentreffen einfanden, so dass sich die Assistierenden von Andreas Donatsch bis weit ins Berufsleben hinein als eingeschworene Gruppe verstanden. Was Andreas Donatsch freilich auch auszeichnet, ist sein unverkennbarer Humor, fein, mit einem Hang ins Ironische. Damit ausgerüstet kann er, gerade wenn es ungemütlich wird, einen befreienden Spruch machen und durchaus auch über sich selbst lachen.

Lieber Andreas, im Namen der Autorinnen und Autoren dieser Festschrift wünschen wir Dir zu Deinem Geburtstag und Deiner Emeritierung alles Gute und danken Dir für die Zusammenarbeit und die Freundschaft.

Zürich, Frühling 2017

Daniel Jositsch

Christian Schwarzenegger

Wolfgang Wohlers

## Danksagung

Dank gebührt an dieser Stelle den Assistierenden der Lehrstühle der Herausgeber, MLaw Gian Ege, MLaw Angela Giger, MLaw Aurelia Gurt, BLaw Sena Hangartner, stud. iur. Elif Haskaya, MLaw Katarina Jaksic, stud. iur. Felix Multerer, MLaw Jasmine Stössel, MLaw Madeleine von Rotz, die massgeblich an der Erstellung dieser Festschrift mitgewirkt haben. Ausserdem möchten wir uns beim Schulthess Verlag bedanken, der die Herstellung dieses Werks ermöglicht hat. Und schliesslich sind wir allen Sponsoren zu Dank verpflichtet, die diese Festschrift finanziert haben:

- Umbricht Rechtsanwälte, Zürich
- Prof. Dr. Peter Nobel, Zürich
- Zürcher Universitätsverein
- Stiftung für juristische Lehre und Forschung, RA Dr. Peter R. Isler, Zürich
- Prof. Dr. Peter Forstmoser, Zürich
- Prof. Dr. Markus Reich, Zürich
- RA Dr. iur. und lic. phil. Niklaus Lüchinger, Zürich
- RA lic. iur. Thomas Fingerhuth, Zürich
- RA Dr. Daniel R. Wyss, Zürich
- RA Dr. Caterina Nägeli, Zürich
- RA Dr. Dieter Gessler, Zürich

Und schliesslich darf eine Person nicht unerwähnt bleiben: Ohne Ingrid Donatsch wäre es nicht möglich gewesen, die notwendigen Informationen zusammen zu tragen und die Übergabe der Festschrift zu organisieren. Auch ihr gilt somit unser Dank.

# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort</b>	<b>V</b>
<b>Danksagung</b>	<b>VII</b>
<b>Inhaltsverzeichnis</b>	<b>IX</b>

## Materielles Strafrecht

OMAR ABO YOUSSEF

<b>Die Nichtöffentlichkeit des Gesprächs i.S.v. Art. 179<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB bei polizeilichen Einvernahmen des Beschuldigten</b>	<b>3</b>
---	----------

FELIX BOMMER

<b>Das Verhältnis von lebenslanger Freiheitsstrafe und Verwahrung im dualistisch-vikariierenden System</b>	<b>15</b>
--	-----------

CHRISTOPHER GETH/NICOLAS LEU

<b>Gehilfenschaft durch berufsbedingtes Handeln bei vertragswidrigem Verhalten des Haupttäters</b>	<b>29</b>
--	-----------

SABINE GLESS

<b>Strafrechtsschutz für virtuelles Geld?</b>	<b>41</b>
---	-----------

GUNHILD GODENZI

<b>Verbotsirrtum aufgrund anwaltlicher oder gutachterlicher Beratung?</b>	<b>57</b>
---	-----------

YVAN JEANNERET/ANDRÉ KUHN

<b>L'enseignement à vie vs. l'internement à vie : jeu, set, Donatsch !</b>	<b>73</b>
--	-----------

MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL

<b>Der Zaum am Schwanz des Pferdes – Methodik des subjektiven Tatbestands</b>	<b>83</b>
---	-----------

DANIEL JOSITSCH/MADELEINE VON ROTZ

<b>Erweiterung des Straftatbestands der Rassendiskriminierung (Art. 261<sup>bis</sup> StGB) um die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung</b>	<b>105</b>
--	------------

ALAIN MACALUSO

<b>L'application de l'art. 53 CP par le Ministère public et sa portée transnationale</b>	<b>121</b>
--	------------

LAURENT MOREILLON <b>Quelques Réflexions sur le Principe «ne bis in idem»</b>	137
MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER <b>Der Widerspenstigen Zähmung, oder viel Lärm um nichts?</b> Zur Revision der Revision des AT StGB, insbesondere Art. 46 Abs. 1 nStGB	151
WALTER PERRON <b>Sind deutsche Geschäftsführer untreuer als ihre Schweizer Kollegen?</b>	167
ANDREAS POPP <b>Nothilfe nach erlaubter Notwehr?</b>	177
NICOLAS QUELOZ/PHILIPPE DELACRAUSAZ <b>Difficultés et limites de l'art. 59 CPS : traitement institutionnel des troubles mentaux</b> Points de vue juridique et de psychiatrie forensique	191
CHRISTOF RIEDO <b>Die Gegenwart der Zukunft. Zur Möglichkeit der Täuschung über künftige Tatsachen</b>	203
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER <b>Twibel – «Tweets» und «Retweets» mit ehrenrührigem Inhalt aus strafrechtlicher Sicht</b>	217
BERNHARD STRÄULI <b>Légitime défense et provocation de l'attaque</b>	233
BRIGITTE TAG/SEBASTIAN MICHEROLI <b>Freiheitsentzug zwecks Straftatenprävention durch dessen unmittelbare Zwangswirkung</b>	249
MARC THOMMEN/SOPHIE MATJAZ <b>Die Fahrlässigkeit im Zeitalter autonomer Fahrzeuge</b>	273
WOLFGANG WOHLERS/SONJA PFLAUM <b>Todesgefährliche Notwehr</b>	297



## **Strafprozessrecht**

PETER ALBRECHT

**Verdrängte Risiken für fremdsprachige Beschuldigte im Strafprozess –  
eine Problemskizze** 313

BENJAMIN F. BRÄGGER

**Untersuchungshaft in der Schweiz: Eine kritische Auslegeordnung mit  
Verbesserungsvorschlägen der Haftbedingungen in einem föderalen  
Vollzugssystem** 327

ANDREAS EICKER

**Das Ersatzmassnahmenrecht wird aus den Angeln gehoben –  
Zur jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts in Haftsachen** 345

MARC FORSTER

**Antennensuchlauf und rückwirkende Randdatenerhebung bei Dritten  
Bundesgerichtspraxis und gesetzliche Lücken betreffend Art. 273 und  
Art. 270 lit. b StPO** 357

STEFAN HEIMGARTNER

**Akten- und Unterlagenedition bei Amtsstellen – rechtshilfeweiser  
Aktensbeizug oder «ordentliche» Edition** 369

MARIANNE JOHANNA HILF

**Wer ist das Opfer?** 381

TOBIAS JAAG/SVEN ZIMMERLIN

**Die Polizei zwischen Gefahrenabwehr und Ermittlung von Straftaten** 399

KARL LUDWIG KUNZ

**Aspekte der Strafbefreiung und der Einstellung des Verfahrens wegen  
Geringfügigkeit** 415

FRANK MEYER

**Plea Bargaining und EMRK** 427

SARAH SUMMERS

**Überlegungen zur Unparteilichkeit und der richterlichen Befragung** 443

HANS VEST

**Probleme der «freiwilligen» Hausdurchsuchung** 457

## **Nebenstrafrecht**

MARTIN KILLIAS

**Rechtswidrige Zerstörung geschützter Bauten: Welche Strafen, welche Massnahmen, welche Lösungen?** 471

PETER NOBEL

**Die Aktiengesellschaft und das Strafrecht** 485

ROLF SETHE/LUKAS FAHRLÄNDER

**Frontrunning durch Vermögensverwalter als Insiderdelikt** 499

MADELEINE SIMONEK

**Voraussetzung eines Steuerdelikts für ein Gruppensuchen im Steuerrecht?** 513

OTHMAR STRASSER

**Strafrechtliche Risiken im neuen Meldesystem bei Geldwäschereiverdacht nach dem Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière** 529

## **Andere Rechtsgebiete**

RUTH ARNET/STEFANO ROSSI

**«From Heaven to Hell»? – Gedanken zum vertikalen Umfang von Grundeigentum** 557

ANDREA BÜCHLER

**Der Kaiserschnitt aus Notwendigkeit und auf Wunsch. Oder auch mit Zwang?**  
Historische, gesellschaftliche, medizinische und rechtliche Anmerkungen zu einem besonderen Eingriff 571

URSULA CASSANI/KATIA VILLARD

**La responsabilité pénale pour l'infraction commise dans le cadre d'activités outsourcées** 583

GERHARD FOLKA

**Das «Vertrauensprinzip» in der Rechtshilfe als organisierte Unverantwortung** 605

REGINA KIENER

**Die «Rote Zora», die Zuhälterbande und die Polizei**  
Wie das Zürcher Kassationsgericht (sinngemäss) Schutzpflichten anerkannte 619

HANS CASPAR VON DER CRONE/OLIVIA WIPF <b>Aktienrechtliche Würdigung der strafbewehrten Stimm- und Offenlegungspflicht für Vorsorgeeinrichtungen</b>	633
ROLF H. WEBER <b>Rechtstaatliche Anforderungen für börsengesetzliche Meldepflichten</b>	653
<b>Publikationen von Andreas Donatsch</b>	<b>665</b>
<b>Autorenverzeichnis</b>	<b>683</b>

# Die Polizei zwischen Gefahrenabwehr und Ermittlung von Straftaten

## Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	399
II.	Polizeiliche Aufgaben	400
	1. Rechtsgrundlagen.....	400
	2. Sicherheitspolizeiliche Aufgaben.....	402
	3. Kriminalpolizeiliche Aufgaben.....	403
III.	Abgrenzung zwischen kriminal- und sicherheitspolizeilichen Aufgaben	404
	1. Im Allgemeinen .....	404
	2. Vorermittlungen im Besonderen .....	406
	3. Fazit .....	410
IV.	Folgen der Auflösung der Grenzen zwischen Kriminal- und Sicherheitspolizei	410
	1. Kompetenzordnung.....	410
	2. Rechtsstellung der betroffenen Personen .....	410
	3. Aufsicht und Rechtsschutz.....	412
V.	Würdigung	413

## I. Einleitung

Die erste berufliche Station von ANDREAS DONATSCH im Anschluss an sein Rechtsstudium an der Universität Zürich war im Rechtsdienst sowie als Chef der Sicherheitspolizei der Kantonspolizei Graubünden. Anschliessend war er als Bezirksanwalt (Staatsanwalt) und seit nunmehr 30 Jahren als Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht tätig. Polizei und Strafrecht – diesem Themenkomplex widmete ANDREAS DONATSCH

bereits seine Dissertation über die strafrechtliche Beurteilung von Rechtsgutsverletzungen bei der hoheitlichen Anwendung unmittelbaren Zwangs.<sup>1</sup>

Der vorliegende Beitrag zu Ehren von ANDREAS DONATSCH befasst sich ebenfalls mit einem Thema im Grenzbereich zwischen Polizeirecht und Straf(prozess)recht. Dabei geht es um die Abgrenzung zwischen jenen Aufgabenbereichen der Polizei, die hauptsächlich in den kantonalen Polizeigesetzen geregelt sind, und jenen, die ihre Rechtsgrundlage in der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)<sup>2</sup> haben, mithin um die Abgrenzung der Regelungskompetenzen von Bund und Kantonen im Bereich polizeilicher Tätigkeiten; für die Kantone steht als Beispiel Zürich im Vordergrund. Anschließend sollen einige Folgen der zunehmenden Schwierigkeit skizziert werden, Gefahrenabwehr und Ermittlung von Straftaten gegeneinander abzugrenzen.

## II. Polizeiliche Aufgaben

### 1. Rechtsgrundlagen

Entsprechend der grundsätzlich kantonalen Kompetenz im Polizeiwesen<sup>3</sup> richtet sich die polizeiliche Tätigkeit primär nach dem kantonalen Polizeirecht<sup>4</sup>.

In § 7 des zürcherischen *Polizeiorganisationsgesetzes* (POG)<sup>5</sup> werden die Kernaufgaben der Polizei wie folgt umschrieben:

«Die Polizei sorgt mit präventiven und repressiven Massnahmen sowie durch sichtbare Präsenz für die öffentliche Sicherheit, Ruhe und Ordnung, leistet Hilfe und unterstützt die Behörden bei der Durchsetzung der Rechtsordnung, soweit polizeiliche Mitwirkung gesetzlich vorgesehen ist.»

§§ 8–10 POG unterscheiden zwischen kriminalpolizeilichen, sicherheitspolizeilichen und verkehrspolizeilichen Aufgaben. Die kriminalpolizeilichen Aufgaben umfassen die Verhinderung strafbarer Handlungen, die Feststellung von Straftaten sowie deren Auf-

---

<sup>1</sup> A. DONATSCH, Die strafrechtliche Beurteilung von Rechtsgutsverletzungen bei der hoheitlichen Anwendung unmittelbaren Zwangs, Diss. Zürich 1981.

<sup>2</sup> Schweizerische Strafprozessordnung (StPO) vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0). Vgl. dazu A. DONATSCH/T. HANSJAKOB/V. LIEBER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014.

<sup>3</sup> Vgl. zur Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen im Polizei- und Sicherheitsrecht R.J. SCHWEIZER, Bundesstaatliche Kompetenzverteilung im Polizei- und Sicherheitsrecht, Sicherheit & Recht 2012, 185 ff.

<sup>4</sup> Vgl. dazu BGE 140 I 353 Erw. 5.1.

<sup>5</sup> Polizeiorganisationsgesetz (POG) vom 29. November 2004 (LS 551.1).

klärung nach Massgabe der StPO. Sicherheitspolizeiliche Aufgaben sind die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit, Ruhe und Ordnung durch Abwehr von Gefahren und Beseitigung von Störungen. Die verkehrspolizeilichen Aufgaben umfassen die Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung im Verkehr auf den öffentlichen Strassen und Gewässern, vorbeugende Massnahmen zur Erhöhung der Verkehrssicherheit sowie die Verfolgung der Verstösse gegen das Verkehrsrecht; es handelt sich somit um sicherheits- und kriminalpolizeiliche Aufgaben im Verkehrsbereich.<sup>6</sup>

Nicht erwähnt werden im POG die verwaltungspolizeilichen Aufgaben. Das liegt daran, dass diese nicht ausschliesslich, ja nicht einmal vorwiegend der Polizei, sondern – gestützt auf besondere verwaltungsrechtliche Erlasse (z.B. Bau- oder Gastgewerbegesetz) – den zuständigen Verwaltungsbehörden obliegen.<sup>7</sup>

Die verkehrs- und verwaltungspolizeilichen Aufgaben werden im Folgenden nicht weiter berücksichtigt. Der Beitrag befasst sich nur mit den sicherheitspolizeilichen sowie den kriminalpolizeilichen Tätigkeiten.

Das *Polizeigesetz* des Kantons Zürich (PolG)<sup>8</sup> nennt in §§ 3–7 folgende Aufgaben der Polizei: Sicherheit und Ordnung, Vorermittlung und Vorverfahren, Hilfeleistung, Unterstützung der Behörden sowie Schutz privater Rechte. Für die polizeilichen Tätigkeiten im Rahmen der Strafverfolgung verweist das Polizeigesetz auf die Bestimmungen der StPO<sup>9</sup> sowie auf das kantonale Gerichtsorganisationsgesetz (GOG)<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> H. REINHARD, Allgemeines Polizeirecht. Aufgaben, Grundsätze und Handlungen, Diss. Bern 1993, 31 f.

<sup>7</sup> Der funktionelle und der organisatorische Polizeibegriff sind nicht deckungsgleich. Vgl. dazu etwa P. TSCHANNEN/U. ZIMMERLI/M. MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 53 N 1 ff.; M.H.F. MOHLER, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012, N 83 ff., 139 ff.; L. SCHÄRMELI, Entwicklung und Tragweite des Polizeibegriffs im Verwaltungsrecht, in: O. Abo Youssef/A. Töndury (Hrsg.), Der Schutz polizeilicher Güter. Entwicklungen und Spannungsfelder, Zürich/St. Gallen 2011, 37 ff., 48 f.; ausführlich und weiter ausdifferenzierend REINHARD (Fn. 6), 7 ff. Vgl. zur Verwaltungspolizei M. RÉMY, Droit des mesures policières. Principes généraux, cadre juridique et coopération policière, Genf/Zürich/Basel 2008, 9; REINHARD (Fn. 6), 32.

<sup>8</sup> Polizeigesetz (PolG) vom 23. April 2007 (LS 550.1). Vgl. dazu Antrag und Weisung des Regierungsrates vom 5. Juli 2006 (Weisung PolG 2006; ABl 2006, 856 ff.); Antrag und Weisung des Regierungsrates vom 28. März 2012 (Weisung PolG 2012; ABl 2012, 655 ff.). Das Bundesgericht hat sich in zwei grundlegenden Urteilen mit dem Zürcher Polizeigesetz befasst: BGE 136 I 87 ff. und 140 I 353 ff.

<sup>9</sup> § 2 Abs. 2, § 3 Abs. 3, § 4 Abs. 3 PolG.

<sup>10</sup> Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (Gerichtsorganisationsgesetz, GOG) vom 10. Mai 2010 (LS 211.1).

In der *Strafprozessordnung* findet die Funktion der Polizei als Strafverfolgungsbehörde ihre Regelung insbesondere in Art. 15 und 306 f.<sup>11</sup> Gemäss Art. 15 Abs. 2 StPO ermittelt die Polizei Straftaten aus eigenem Antrieb, auf Anzeige von Privaten und Behörden sowie im Auftrag der Staatsanwaltschaft, unter deren Aufsicht sie dabei steht. Im 6. Titel über das Vorverfahren regelt das 2. Kapitel zum polizeilichen Ermittlungsverfahren in Art. 306 und 307 StPO die Aufgaben der Polizei und deren Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft bei der Aufklärung von Straftaten. Im Übrigen haben die Polizeiorgane bei der Straftatermittlung die strafprozessrechtlichen Bestimmungen über Zwangsmassnahmen (Art. 196–298d StPO) zu beachten. Das *Gerichtsorganisationsgesetz* regelt im 5. und 6. Teil Einzelaspekte der polizeilichen Mitwirkung am Strafverfahren<sup>12</sup>.

Neben den erwähnten Gesetzen gibt es eine Vielzahl *weiterer Erlasse* von Bund und Kanton(en), welche kriminal- und sicherheitspolizeiliche Aufgaben zum Gegenstand haben. Diese sind hier aber nicht von unmittelbarem Interesse.

## 2. Sicherheitspolizeiliche Aufgaben

Gemäss §§ 9 und 17 POG umfassen die sicherheitspolizeilichen Aufgaben die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit, Ruhe und Ordnung durch Abwehr von Gefahren und Beseitigung von Störungen.<sup>13</sup> In § 17 sowie in § 14 Abs. 4 POG werden einzelne sicherheitspolizeiliche Aufgaben im Zusammenhang mit der Regelung der Zuständigkeiten von Kantons- und Gemeindepolizei im Wesentlichen wie folgt konkretisiert:

- Treffen von Massnahmen bei Kundgebungen und anderen Veranstaltungen,
- Schutz von Personen und Gebäuden gemäss völkerrechtlichen Verpflichtungen,
- Schutz besonders gefährdeter Magistratspersonen und weiterer Personen,
- Schutz von Behörden und Einrichtungen.

Sicherheitspolizeiliche Aufgaben sind primär präventiver Natur: Sie dienen der Gefahrenabwehr. Falls die geschützten Personen, Gebäude, Einrichtungen oder Veranstal-

---

<sup>11</sup> Vgl. dazu A.J. KELLER, in: ZH Komm. StPO (Fn. 2), Art. 15; N. LANDSHUT/T. BOSSHARD, in: ZH Komm. StPO (Fn. 2), Art. 306 und 307.

<sup>12</sup> §§ 86–116 und 148–175, insb. § 86 Abs. 1 lit. a, § 158 Abs. 1 sowie §§ 160–162, 170 und 172 GOG.

<sup>13</sup> Vgl. dazu auch KELLER, in: ZH Komm. StPO (Fn. 2), Art. 15 N 4.

tungen jedoch in Gefahr sind, muss die Polizei mit repressiven Mitteln einschreiten und die Störung beseitigen.<sup>14</sup>

Das Polizeigesetz konkretisiert die sicherheitspolizeilichen Aufgaben in § 3 Abs. 2 lit. c: Die Polizei trifft Massnahmen zur Abwehr von unmittelbar drohenden Gefahren für Menschen, Tiere, Umwelt und Gegenstände sowie zur Beseitigung entsprechender Störungen. Auch die Hilfeleistungspflicht gegenüber unmittelbar an Leib und Leben bedrohten Menschen (§ 5 PolG) gehört zur sicherheitspolizeilichen Tätigkeit.

### 3. Kriminalpolizeiliche Aufgaben

Gemäss § 8 POG umfassen kriminalpolizeiliche Aufgaben die Verhinderung strafbarer Handlungen, die Feststellung von Straftaten und deren Aufklärung nach Massgabe der StPO.<sup>15</sup> §§ 13 und 21 POG umschreiben die kriminalpolizeilichen Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufgabenverteilung zwischen der Kantonspolizei und den Stadtpolizeien von Zürich und Winterthur wie folgt:

- Bekämpfung bzw. Bewältigung der Kriminalität,
- Bearbeitung von Delikten (Strafrechtsfällen),
- Erfüllung kriminaltechnischer Aufgaben.

§ 8 Abs. 2 sowie §§ 13 und 21 POG unterscheiden zwischen Grundversorgung einerseits und Einsatz der Spezialdienste für komplexe Strafrechtsfälle andererseits. Polizeiliche Behörden, die im Rahmen der Strafverfolgung tätig sind, werden auch als Gerichtspolizei bezeichnet.<sup>16</sup>

Kriminalpolizeiliche Aufgaben umfassen ebenfalls präventive wie auch repressive Massnahmen. Der Kriminalpolizei obliegt sowohl die Verhinderung und Erkennung strafbarer Handlungen als auch die Aufklärung von Straftaten.

Das Polizeigesetz nennt die kriminalpolizeilichen Aufgaben in § 3 Abs. 2 lit. a (Verhinderung und Erkennung von Straftaten) sowie in § 4 Abs. 1, wo statuiert wird, dass die Polizei Vorermittlungen tätigt, um festzustellen, ob strafbare Handlungen zu verhindern oder aufzuklären sind. Präzisiert wird, dass sich diese Vorermittlungen nach dem Polizeigesetz richten, während sich die polizeiliche Mitwirkung an der Aufklärung

---

<sup>14</sup> RÉMY (Fn. 7), 9; U. HÄFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, N 2592 ff. Vgl. hinten III.1.

<sup>15</sup> Vgl. dazu RÉMY (Fn. 7), 10; REINHARD (Fn. 6), 31.

<sup>16</sup> KELLER, in: ZH Komm. StPO (Fn. 2), Art. 15 N 3.



von Straftaten im strafprozessualen Vorverfahren – also die polizeilichen Ermittlungen – auf die Strafprozessordnung stützen.<sup>17</sup>

### III. Abgrenzung zwischen kriminal- und sicherheitspolizeilichen Aufgaben

#### 1. Im Allgemeinen

Die Unterscheidung zwischen sicherheitspolizeilichen und kriminalpolizeilichen Tätigkeiten ist in mehrfacher Hinsicht von *Bedeutung*: Einerseits sind die Kantone primär für die Regelung der Tätigkeiten im Bereich der Gefahrenabwehr zuständig, während ihre Rechtsetzungskompetenz im Bereich der Kriminalitätsbekämpfung durch die Zuständigkeit des Bundes für die Gesetzgebung im Strafprozessrecht begrenzt wird.<sup>18</sup> Die anwendbare Rechtsgrundlage bestimmt insbesondere die Rechtsstellung der von polizeilichen Massnahmen betroffenen Personen, die Zuständigkeit für die Aufsicht über das polizeiliche Handeln sowie den Rechtsschutz.<sup>19</sup> Andererseits sind im Kanton Zürich abgesehen von den Städten Zürich und Winterthur die Gemeindepolizeien gemäss § 17 POG lediglich zuständig für sicherheitspolizeiliche Aufgaben; kriminalpolizeiliche Tätigkeiten obliegen gemäss §§ 13 und 21 POG ausschliesslich der Kantonspolizei sowie – mit bestimmten Einschränkungen – den Stadtpolizeien von Zürich und Winterthur. Auch gewisse sicherheitspolizeiliche Aufgaben sind gemäss § 14 POG der Kantonspolizei sowie den beiden Stadtpolizeien vorbehalten. Bei der Kantonspolizei Zürich sowie in den Polizeikorps der Städte Zürich und Winterthur gibt es denn auch eigene Abteilungen, die sich schwergewichtig den sicherheits- bzw. den kriminalpolizeilichen Aufgaben widmen.

Grob lassen sich sicherheits- und kriminalpolizeiliche Tätigkeiten wie folgt voneinander abgrenzen: Bei den sicherheitspolizeilichen Aufgaben geht es um die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit, Ruhe und Ordnung, das heisst um den Schutz öffentlicher Güter; sicherheitspolizeiliche Massnahmen sind in erster Linie auf die *Schutzobjekte* bezogen. Die kriminalpolizeilichen Tätigkeiten dienen dagegen der Verhinderung, Erkennung und Ermittlung von Straftaten;<sup>20</sup> sie sind primär auf die (mögli-

---

<sup>17</sup> § 4 Abs. 2 PolG einerseits, § 3 Abs. 3 und § 4 Abs. 3 PolG andererseits. Vgl. zu den Vorermittlungen hinten III.2.

<sup>18</sup> Art. 123 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101). Vgl. dazu auch Weisung PolG 2006 (Fn. 8), 878 f.

<sup>19</sup> Vgl. dazu hinten IV.

<sup>20</sup> So z.B. § 3 Abs. 1 lit. b und c des Polizeigesetzes des Kantons Aargau vom 6. Dezember 2005; MOHLER (Fn. 7), N 141; vgl. auch BGE 136 I 87 Erw. 3.4.

chen) *Täter* ausgerichtet, was sich aber im Ergebnis auch zugunsten der öffentlichen Sicherheit und Ordnung auswirkt.

Nicht geeignet als Abgrenzungskriterium zwischen sicherheits- und kriminalpolizeilichen Aufgaben ist die Unterscheidung zwischen *Prävention und Repression*. Wer etwa eine unbewilligte Kundgebung mit Eskalationspotential durch polizeilichen Zwang auflöst, handelt repressiv, aber gleichzeitig, weil eine bestehende Störung des öffentlichen Friedens beseitigt wird, sicherheitspolizeilich. Lässt sich die Staatsanwaltschaft eine beschuldigte Person polizeilich vorführen, die ernsthaft damit gedroht hat, ein schweres Verbrechen auszuführen, so handelt sie ausschliesslich präventiv, aber zugleich, wegen des konkreten Bezugs zu einer Straftat, kriminalpolizeilich.<sup>21</sup>

Die Bedeutung des Begriffspaares präventiv/repressiv beschränkt sich darauf, dass jegliches polizeiliches Handeln, das einer möglichen Gefahr oder Straftat<sup>22</sup> vorausgeht, präventiven Charakter aufweist; demgegenüber ist polizeiliches Handeln nach der Verwirklichung einer Gefahr, also zur Beseitigung der entsprechenden Störung, oder nach Verübung einer Straftat<sup>23</sup>, also zu deren Verfolgung, repressiver Natur. Nur insofern lässt sich sagen, dass sicherheitspolizeiliche Aufgabenerfüllung schweremwichtig präventive Zielsetzungen verfolgt, während kriminalpolizeiliches Vorgehen hauptsächlich repressiv ausgerichtet ist.

Die Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen Polizeirecht und Strafprozessrecht hebt auch das Bundesgericht im ersten Urteil zum Zürcher Polizeigesetz hervor:<sup>24</sup>

«Die verwaltungsrechtliche Polizeitätigkeit lässt sich [...] nicht leicht vom strafprozessualen, im Dienste der Strafverfolgung stehenden Aufgabenbereich unterscheiden. Die beiden Bereiche können sich überschneiden, können fließend ineinander übergehen, etwa wenn ein Polizeifunktionär in Ausübung einer rein polizeilichen Tätigkeit auf allenfalls strafrechtlich relevante Sachverhalte trifft und entsprechende Massnah-

---

<sup>21</sup> Kritisch bis ablehnend zu den Begriffen «Prävention» und «Repression» auch REINHARD (Fn. 6), 115 f.; ausführlich und mit Erläuterung zusätzlicher Begriffe MOHLER (Fn. 7), N 806 ff.; von einem «Streit um des Kaisers Bart» spricht in diesem Zusammenhang CH. LENTJES MEILI, Präventiv oder Repressiv? Das Verwirrspiel um verdeckte polizeiliche Operationen, in: A. Cavallo et al. (Hrsg.), *Liber amicorum für Andreas Donatsch*, Zürich/Basel/Genf 2012, 437 ff., 449; vgl. auch R.J. SCHWEIZER, Entwicklungen im Polizeirecht von Bund und Kantonen, AJP 1997, 379 ff., 383, der von präventiven Aufgaben der Polizei im Rahmen der Strafverfolgung spricht.

<sup>22</sup> Eine bevorstehende Straftat ist polizeirechtlich ebenfalls als Gefahr zu verstehen; REINHARD (Fn. 6), 82.

<sup>23</sup> Oder mindestens einer bis zum Versuch bzw. – wenn es sich um ein von Art. 260<sup>bis</sup> StGB erfass-tes Delikt handelt – bis ins Stadium der Vorbereitungshandlungen gereiften Straftat.

<sup>24</sup> BGE 136 I 87 Erw. 3.4.

men im Dienste der Strafverfolgung vorgeht. Gemeinsam ist den Bereichen, dass bei gegebenen Voraussetzungen in vergleichbarer Weise in Grundrechte von Personen eingegriffen werden kann. Es kommen im Wesentlichen auch die gleichen verfassungsrechtlichen Garantien zum Schutz der Grundrechte zum Zug, insbesondere das Erfordernis eines öffentlichen Interesses und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 und 36 BV).»

Im zweiten Urteil zum Zürcher Polizeigesetz hat das Bundesgericht den Unterschied zwischen Strafprozessrecht und Polizeirecht wie folgt umschrieben:<sup>25</sup>

«Ausgangspunkt eines jeden Strafverfahrens ist der Verdacht, eine strafbare Handlung sei begangen worden. Das Strafprozessrecht regelt somit die Vorkehrungen und die Schritte des Verfahrens, mit welchem die Richtigkeit dieses Verdachts überprüft und gegebenenfalls die Straftat beurteilt wird. Soweit dagegen zu regeln ist, mit welchen Mitteln Straftaten verhindert werden können oder ihre erst mögliche Begehung festgestellt werden kann, beschlägt dies das Polizeirecht, zu dessen Erlass grundsätzlich die Kantone zuständig sind [...]».

## 2. Vorermittlungen im Besonderen

Die Schwierigkeit der Unterscheidung zwischen Kriminalpolizei und Sicherheitspolizei lässt sich insbesondere am Vorermittlungsverfahren gemäss § 4 Abs. 1 und 2 PolG aufzeigen.<sup>26</sup>

Vorermittlungen dienen der Verhinderung und Erkennung von Straftaten und bilden somit eine kriminalpolizeiliche Aufgabe. Es handelt sich um Massnahmen der Polizei, die auf Verdachtsbegründung ausgerichtet sind oder die auf einem bloss vagen, noch unbestimmten Anfangsverdacht, kriminalistischen Erfahrungswerten oder auf einer blossen Vermutung oder Hypothese gründen, welche ohne vorgängige Konkretisierung und Verdichtung für die Einleitung eines strafprozessualen Vorverfahrens resp. eines polizeilichen Ermittlungsverfahrens nicht genügen. Vorermittlungen bezwecken die Feststellung, ob überhaupt strafprozessual abzuklärende Sachverhalte vorliegen, um

---

<sup>25</sup> BGE 140 I 353 Erw. 5.1.

<sup>26</sup> Das Vorermittlungsverfahren gemäss § 4 Abs. 1 und 2 wurde erst mit der Revision vom 5. November 2012 in das PolG aufgenommen (OS 68, 79). Vgl. dazu BGE 140 I 353 Erw. 5.5.2 und 6.1.

gegebenenfalls eine gute Ausgangslage für das nachfolgende Vorverfahren zu schaffen.<sup>27</sup>

Vorermittlungen tätigt die Polizei im kriminalitätsgeneigten Umfeld (organisierte Kriminalität z.B. in den Bereichen Menschenhandel, Drogenhandel, Rockerszene, Hooliganszene); zum Zweck der Aufklärung, Milieubeobachtung und Strukturermittlung trägt sie dabei Informationen und Hinweise zusammen und wertet diese aus.<sup>28</sup> Desgleichen arbeitet die Polizei im Rahmen von Vorermittlungen mit Informanten und Vertrauenspersonen zusammen und wendet verdeckte Massnahmen an.<sup>29</sup> RHYNER weist darauf hin, dass «bei der polizeilichen Tätigkeit häufig auf einer breiten Basis Informationen über Personen beschafft und ausgewertet werden, bei denen nur sehr entfernt eine Verbindung zu einer konkreten Straftat vermutet wird. [...] Bei solchen Vorermittlungen werden oftmals bloss vage Verdachtslagen und reine Vermutungen vorerst grob verifiziert.»<sup>30</sup> ALBERTINI bezeichnet die Vorermittlungen als «Intelligence», die Ermittlungen als «Investigation».<sup>31</sup>

Massgebendes Kriterium für die Abgrenzung zwischen Vorermittlungen nach Polizeigesetz und Ermittlungen gemäss Strafprozessordnung ist der *Tatverdacht* in Bezug auf ein begangenes oder im Gang befindliches Delikt.<sup>32</sup> Die Aufnahme polizeilicher Ermittlungen gestützt auf die Strafprozessordnung setzt eine zumindest geringe Verurtei-

---

<sup>27</sup> Weisung PolG 2012 (Fn. 8), 669 f. Der Begriff des «Anfangsverdachts» ist hier problematisch, weil das strafprozessuale Schrifttum diesen mit dem Begriff des Verdachts in Art. 299 Abs. 2 StPO gleichsetzt, mit ihm also die Voraussetzung für die Vornahme von polizeilichen Ermittlungen gestützt auf die Strafprozessordnung und eben gerade nicht gestützt auf das Polizeigesetz bezeichnet; vgl. dazu hinten III.2.

<sup>28</sup> G. ALBERTINI, in: G. Albertini/B. Fehr/B. Voser (Hrsg.), *Polizeiliche Ermittlung. Ein Handbuch der Vereinigung der Schweizerischen Kriminalpolizeichefs zum polizeilichen Ermittlungsverfahren gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung*, Zürich/Basel/Genf 2008, 544; KELLER, in: *ZH Komm. StPO* (Fn. 2), Art. 15 N 11; LENTJES MEILI (Fn. 21), 439 f.

<sup>29</sup> B. RHYNER, in: M.A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung*, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 306 N 9 (im Folgenden BSK StPO).

<sup>30</sup> B. RHYNER, in: Albertini/Fehr/Voser (Fn. 28), 116 f.

<sup>31</sup> ALBERTINI (Fn. 28), 545.

<sup>32</sup> B. RHYNER, in: BSK StPO (Fn. 29), Art. 306 N 8; gemäss J.-B. ACKERMANN, *Tatverdacht und Cicero – in dubio contra suspicionem maleficii*, in: M.A. Niggli/J. Hurtado Pozo/N. Queloz (Hrsg.), *Festschrift für Franz Riklin*, Zürich/Basel/Genf 2007, 319 ff., 325, entsteht ein Tatverdacht, wenn «(1) konkrete Anhaltspunkte bzw. Tatsachen aufgrund (2) besonderer Kenntnisse und Erfahrungen (3) zum Schluss führen, dass wahrscheinlich eine verfolgbare strafbare Handlung oder Unterlassung vorliegt».

lungswahrscheinlichkeit voraus.<sup>33</sup> Diesbezüglich wird im Sinne einer Abstufung anhand des Konkretisierungsgrades des Tatverdachts unterschieden zwischen *Anfangsverdacht*, *hinreichendem und dringendem Tatverdacht*.<sup>34</sup> Besteht erst ein Anfangsverdacht, existieren also erst vage tatsächliche Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Straftat, so genügt dies noch nicht für die Eröffnung einer Strafuntersuchung, sondern erst für polizeiliche Ermittlungen; um der Staatsanwaltschaft die Eröffnung einer Untersuchung zu ermöglichen, hat die Polizei zunächst weitere Abklärungen zu tätigen, um den Verdacht zu erhärten.<sup>35</sup> Unter hinreichendem Tatverdacht, der für die Eröffnung einer Strafuntersuchung erforderlich ist, wird ein mittlerer, konkreter Verdacht verstanden; gemeint ist, dass ernsthafte und erhebliche Gründe für das Vorliegen einer Straftat sprechen, die mit einiger Wahrscheinlichkeit eine Verurteilung als plausibel erscheinen lassen.<sup>36</sup> Bestimmte Zwangsmassnahmen verlangen schliesslich einen dringenden Tatverdacht, d.h. eine qualifizierte Verurteilungswahrscheinlichkeit, so die Anordnung von Untersuchungs- und Sicherheitshaft.<sup>37</sup>

Zwischen dem polizeigesetzlich geregelten Vorermittlungsverfahren und dem Vorverfahren gemäss Strafprozessordnung<sup>38</sup> lässt sich keine exakte Grenze ziehen, zumal in der Praxis das Vorermittlungs- nahtlos in das Vorverfahren übergeht und es oft die gleichen polizeilichen Einsatzkräfte sind, die mit Vorermittlungen jenen Verdacht begründen, den sie hernach mit Ermittlungen erhärten.<sup>39</sup> Das polizeiliche Ermittlungsverfahren gemäss Strafprozessordnung wird denn auch nicht formell eröffnet, sondern faktisch (materiell) mit der Vornahme von Ermittlungshandlungen eingeleitet.<sup>40</sup> Die

---

<sup>33</sup> C. HÜRLIMANN, Die Eröffnung einer Strafuntersuchung im ordentlichen Verfahren gegen Erwachsene im Kanton Zürich. Unter Berücksichtigung des Entwurfs zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung, Diss. Zürich 2006, 107.

<sup>34</sup> F. RIKLIN, StPO, Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 309 N 1; zur Problematik des Begriffs «Anfangsverdacht» vgl. vorne Fn. 27.

<sup>35</sup> Vgl. Art. 299 Abs. 2 und Art. 309 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 StPO; RHYNER, in: BSK StPO (Fn. 29), Art. 306 N 6; OGer ZH vom 17.6.2016, SB 160065, Erw. 3.4.5.8 ff.

<sup>36</sup> N. SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 309 N 3; LANDSHUT/BOSSHARD, in: ZH Komm. StPO (Fn. 2), Art. 309 N 25.

<sup>37</sup> Art. 221 Abs. 1 StPO.

<sup>38</sup> § 4 Abs. 2 PolG einerseits, § 4 Abs. 3 PolG i.V.m. Art. 299 ff. StPO andererseits.

<sup>39</sup> Vgl. BGE 140 I 353 Erw. 5.2, 136 I 87 Erw. 3.4; SCHMID, PK StPO (Fn. 36), Art. 301 N 2 und Art. 306 N 3.

<sup>40</sup> L. DEL GIUDICE, Wann beginnt das polizeiliche Ermittlungsverfahren? Wann beginnt das staatsanwaltschaftliche Untersuchungsverfahren? ZStrR 2010, 116 ff., 120.

Entstehung und Verdichtung eines Tatverdachts ist – mit anderen Worten – ein ständiger Prozess, es gibt keine scharf definierte Trennlinie.<sup>41</sup>

Mit Blick auf die in neueren Polizeigesetzen erfolgte Ausdehnung des Regelungsberreichs auf das Vorermittlungsverfahren ist festzustellen, dass kriminalpolizeiliches Handeln schon vor dem Vorverfahren nach Strafprozessordnung, mithin vor der eigentlichen Strafverfolgung einsetzt. Zudem enthält auch die Strafprozessordnung Regelungen, die kriminalpolizeiliches Handeln im Vorfeld eines Tatverdachts ermöglichen, z.B. für DNA-Analysen und die erkennungsdienstliche Erfassung;<sup>42</sup> es handelt sich um verdachtsunabhängige Massnahmen der sog. Strafverfolgungsvorsorge resp. der antizipierten Repression.<sup>43</sup> Die Aussage, dass Gefahrenabwehr nach Strafprozessrecht genauso unzulässig sei wie die Strafverfolgung nach Polizeirecht,<sup>44</sup> stimmt nach alledem nur noch dem Grundsatz nach. Zu sehr haben sich in jüngerer Vergangenheit präventive Instrumente in das Strafgesetzbuch und die Strafprozessordnung eingenistet<sup>45</sup> und dienen umgekehrt neuere polizeigesetzliche Massnahmen im Rahmen der Vorermittlungen der Gewinnung von Erkenntnissen für spätere Strafverfahren.<sup>46</sup>

Ohnehin umfasst der polizeirechtliche Begriff der öffentlichen Sicherheit neben der Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung auch den Schutz der Individualrechtsgüter der Privatpersonen (Leib und Leben, Freiheit, Vermögen, etc.), weshalb in der Strafverfolgung «vielfach [...] mehr oder weniger umfangreich Gefahrenabwehr» steckt.<sup>47</sup> Dies gilt umso mehr, als just bei Kapitalverbrechen die Strafbarkeit bereits bei Vorbereitungshandlungen einsetzt;<sup>48</sup> man will in manchen Fällen eben gerade nicht zuwarten, bis sich eine «Gefahr» tatsächlich aktualisiert.

---

<sup>41</sup> Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Aus 29 mach 1. Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung, Bericht der Expertenkommission «Vereinheitlichung des Strafprozessrechts», Bern, Dezember 1997, 123.

<sup>42</sup> Art. 255 ff. und 260 ff. StPO; vgl. RHYNER, in: BSK StPO (Fn. 29), Art. 306 N 10, mit weiteren Beispielen.

<sup>43</sup> Vgl. J. BENFER/J. BIALON, *Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft, Voraussetzungen und Grenzen*, 4. Aufl., München 2010, N 17a.

<sup>44</sup> So A. BAUMANN, *Aargauisches Polizeigesetz. Praxiskommentar*, Zürich/Basel/Genf 2006, 29.

<sup>45</sup> Vgl. z.B. Art. 67 ff. StGB und Art. 237 Abs. 2 lit. c und g StPO, aber auch Art. 221 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 StPO.

<sup>46</sup> Vgl. z.B. § 3 Abs. 2 lit. a und § 4 Abs. 1 und 2 sowie zahlreiche daran anknüpfende Bestimmungen wie beispielsweise §§ 32d und 32e PolG.

<sup>47</sup> BENFER/BIALON (Fn. 43), N 20; a.M. D.R. GFELLER/A. BIGLER, *Zwangsmassnahmen gemäss StPO versus polizeiliche Zwangsmassnahmen nach PolG/ZH und zugleich eine Besprechung von BGE 137 I 218, fp 2014, 105 ff., 106.*

<sup>48</sup> Art. 260<sup>bis</sup> StGB.

### 3. Fazit

Für das moderne Polizeirecht ist demnach eine Begriffsverwendung zu postulieren, die dem Umstand Rechnung trägt, dass sich in den Polizeigesetzen zusehends Massnahmen finden, die günstige Voraussetzungen für eine spätere Strafverfolgung zu schaffen bezwecken, während zugleich der Schutz vor künftigen Delikten immer mehr auch mit den von der Strafprozessordnung und vom Strafgesetzbuch zur Verfügung gestellten (Zwangs-)Massnahmen erreicht werden soll. Ungeachtet des Erlasses, der die betreffenden Tätigkeiten regelt, und unabhängig davon, welche Abteilung der Polizei diese wahrnimmt, ist danach als kriminalpolizeilich zu bezeichnen, was sich auf Straftaten bezieht, seien diese nun schon so konkretisiert, dass sie gleich eine Strafverfolgung nach den Regeln der Strafprozessordnung nach sich ziehen können, oder noch so diffus, dass sich das polizeiliche Handeln zunächst auf die Verdachtsgewinnung konzentrieren muss; sicherheitspolizeilich heisst nach diesem Verständnis die Abwehr von unmittelbar drohenden, konkreten Gefahren sowie die Beseitigung entsprechender Störungen.

## IV. Folgen der Auflösung der Grenzen zwischen Kriminal- und Sicherheitspolizei

### 1. Kompetenzordnung

Die Verwischung der Grenzen zwischen Polizeirecht und Strafprozessrecht lässt die geltende Kompetenzordnung mit der Zuständigkeit des Bundes für das Strafprozessrecht und jener der Kantone für das Polizeirecht als problematisch erscheinen. Abgesehen von der Doppelspurigkeit, die darin liegt, dass StPO und Polizeigesetze ähnliche Massnahmen wie Hausdurchsuchung, Festnahme und dergleichen regeln, können sich daraus auch unnötige Abgrenzungsprobleme und Kompetenzkonflikte ergeben. Eine Lösung dieser Probleme läge wohl realistischerweise nur in der Übertragung der Kompetenz zur Polizeigesetzgebung an den Bund. Diesen Schritt wollen wir nicht postulieren. Entsprechend sind diese Probleme hinzunehmen und auf pragmatische Weise durch die Praxis zu lösen.

### 2. Rechtsstellung der betroffenen Personen

Schwierige Fragen stellen sich mit Bezug auf die Rechtsstellung der betroffenen Personen. Zwar unterliegen *alle polizeilichen Tätigkeiten* den rechtsstaatlichen Grundsätzen sowie den Grundrechten gemäss der Bundesverfassung (BV).<sup>49</sup> Eingriffe in Freiheitsrechte können sowohl bei sicherheits- wie auch bei kriminalpolizeilichem Handeln

---

<sup>49</sup> Art. 5 und 7–36 BV; BGE 140 I 353 Erw. 5.2, 136 I 87 Erw. 3.1, 3.2 und 3.4.



stattfinden – man denke beispielsweise an die Durchsuchung von Räumen im Sinne von § 37 PolG und die Hausdurchsuchung nach Art. 244 ff. StPO, die beide vor Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 36 BV standhalten müssen. Entsprechendes gilt für einige Verfahrensgarantien wie etwa Art. 31 BV (Freiheitsentzug), der mit Ausnahme von Abs. 3 den polizeilichen Gewahrsam gemäss §§ 25 ff. PolG ebenso erfasst wie die vorläufige Festnahme nach Art. 217 ff. StPO.

Trotzdem ist die Rechtsstellung einer von polizeilichem Handeln betroffenen Person stark davon abhängig, ob sie einer Ermittlung im Sinne der Strafprozessordnung unterliegt oder Adressat einer polizeigesetzlichen Massnahme ist. Im ersten Fall gilt sie als beschuldigte Person, im zweiten Fall in der Regel als Störer.<sup>50</sup> Dem Beschuldigten kommen aber andere Verfahrensrechte zu als dem Störer.<sup>51</sup> Soweit sich eine polizeiliche Massnahme eindeutig dem einen oder anderen Bereich zuordnen lässt, ist dies nicht weiter problematisch. Knifflig wird es dort, wo einer Massnahme doppelunktionaler Charakter zukommt, indem sie sowohl im Polizeigesetz als auch in der StPO vorgesehen ist und sowohl der Gefahrenabwehr wie auch der Strafverfolgung dient<sup>52</sup>, oder wo der Übergang zwischen polizeigesetzlichem und strafprozessualen Handeln fließend ist. Namentlich bei Vorermittlungen wird befürchtet, dass diese zu sog. «fishing expeditions» (unerlaubten Beweisausforschungen)<sup>53</sup> führen könnten, weil sie nicht einmal einen Anfangsverdacht voraussetzen; ferner würden damit die als Gegengewicht zur Macht der Staatsanwaltschaft gut ausgebauten strafprozessualen Verfahrensrechte umgangen, und schliesslich sei es problematisch, wenn die Polizei ohne umfassende Dokumentationspflicht und nicht unter Aufsicht der Staatsanwaltschaft kriminalpolizeilich tätig werde.<sup>54</sup>

In dieser Hinsicht ist noch vieles offen. Insbesondere harrt die Frage einer näheren Untersuchung, inwiefern polizeigesetzlich erhobene Erkenntnisse im Strafverfahren beweismässig verwertet werden dürfen.<sup>55</sup> Angesichts dieser Unwägbarkeiten tut die Polizei gut daran, anlässlich der Sammlung von Informationen bei kontinuierlich sich konkretisierendem Tatverdacht jedenfalls nicht zu spät vom Polizeigesetz in die Strafprozessordnung zu wechseln; andernfalls könnte ihr das als Umgehung der Verfahrensrechte der beschuldigten Person ausgelegt und mit der Unverwertbarkeit der Beweise

---

<sup>50</sup> Vgl. Art. 111 StPO einerseits, §§ 18 f. PolG andererseits.

<sup>51</sup> DEL GIUDICE (Fn. 40), 117; vgl. auch GFELLER/BIGLER (Fn. 47), 105 f.

<sup>52</sup> Vgl. dazu z.B. RHYNER, in: BSK StPO (Fn. 29), Art. 306 N 7.

<sup>53</sup> Dazu N. OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012, N 849.

<sup>54</sup> Nachweise bei RHYNER, in: BSK StPO (Fn. 29), Art. 306 N 8 Fn. 27.

<sup>55</sup> Wie GLESS, in: BSK StPO (Fn. 29), Art. 141 N 38, zu Recht bemerkt; vgl. auch ST. KÜHNE, Ausgewählte Probleme verdeckter Fahndung und (Vor-)ermittlung nach StPO und kantonaler Polizeigesetzgebung, recht 2016, 112 ff., 113.



sanktioniert werden.<sup>56</sup> Immerhin ist RHYNER grundsätzlich zuzustimmen, dass polizeigeseztlich rechtmässig erlangte Erkenntnisse im Strafverfahren verwertet werden dürfen<sup>57</sup>, und mit SCHMID ist zu fordern, dass «die StPO erst wirksam wird, wenn sich der Deliktsverdacht gegen bestimmte Personen oder einen Personenkreis bzw. mindestens wegen einer bestimmten Straftat zu verdichten beginnt»<sup>58</sup>. Im Übrigen hat auch das Bundesgericht die Abgrenzungsproblematik zutreffend erkannt, indem es festhält, dass die Regelungen im Strafprozessrecht und im Polizeirecht aufeinander abgestimmt sein sollten, damit sich nicht Schwierigkeiten ergeben, wenn Erkenntnisse aus präventiven polizeilichen Massnahmen in einem Strafverfahren verwertet werden sollen.<sup>59</sup>

### 3. Aufsicht und Rechtsschutz

Von Bedeutung ist die Zuordnung der polizeilichen Tätigkeit zur Gefahrenabwehr bzw. zur Straftatermittlung insbesondere für die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden sowie den Rechtswittelweg. Gerichtspolizeiliches Handeln ist, wie ALBERTINI ausführt, der Justiz verpflichtet, sicherheitspolizeiliches Handeln der Exekutive.<sup>60</sup>

Für die sicherheitspolizeilichen Aufgaben untersteht die Kantonspolizei der kantonalen Sicherheitsdirektion, die auch für die *Aufsicht* zuständig ist.<sup>61</sup> Auf kommunaler Ebene bestehen analoge Regelungen.<sup>62</sup> Im Bereich der Straftatermittlung unterstehen die Polizeiangehörigen und deren Tätigkeiten der Aufsicht und den Weisungen der zuständigen

---

<sup>56</sup> Vgl. RHYNER, in: BSK StPO (Fn. 29), Art. 306 N 8 a.E. und N 10 a.E.; GLESS, in: BSK StPO (Fn. 29), Art. 141 N 38; s. auch LANDSHUT/BOSSHARD, in: ZH Komm. StPO (Fn. 2), Art. 299 N 26; ACKERMANN (Fn. 32), 324.

<sup>57</sup> RHYNER, in: BSK StPO (Fn. 29), Art. 306 N 7a; gl.M. für polizeiliche Massnahmen in sog. «Gemengelagen» G. BERGER, Zusammenarbeit von Polizei und Staatsanwaltschaft im Schnittbereich von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, fp 2016, 343 ff., 348.

<sup>58</sup> N. SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, N 1217 a.E.; vgl. aber OGer ZH vom 17.6.2016, SB 160065, Erw. 3.4.5.8 ff.

<sup>59</sup> BGE 140 I 353 Erw. 5.5.3.

<sup>60</sup> G. ALBERTINI, Polizeigesetz und Polizeiverordnung des Kantons Graubünden. Ein Handbuch der Kantonspolizei Graubünden zum Bündner Polizeirecht, Zürich/Basel/Genf 2013, 6; BERGER (Fn. 57), 344.

<sup>61</sup> Vgl. § 2 POG, § 4 Abs. 1 und § 5 der Kantonspolizeiverordnung (KapoV) vom 28. April 1999 (LS 551.11); vgl. auch Anhang 1 Ziff. B.1 i.V.m. § 58 der Verordnung über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung (VOG RR) vom 18. Juli 2007 (LS 172.11).

<sup>62</sup> Z.B. für die Stadt Winterthur: Art. 2 Abs. 1 der Allgemeinen Polizeiverordnung (APV) vom 26. April 2004, § 10 der Verordnung über die Organisation der Stadtverwaltung (VOS) vom 10. Juli 2006 und § 6 der Vollzugsverordnung über die Organisation der Stadtverwaltung (VVOS) vom 13. Dezember 2006.

Staatsanwaltschaft.<sup>63</sup> Die Aufsicht über die Staatsanwälte obliegt dem Leitenden Staatsanwalt und der Oberstaatsanwaltschaft, welche ihrerseits unter der Aufsicht der Justizdirektion steht.<sup>64</sup>

Entsprechend ist auch der *Rechtswittelweg* gegen Anordnungen der Polizei teilweise davon abhängig, ob diese der Gefahrenabwehr oder der Straftatermittlung zuzuordnen sind.<sup>65</sup> Im Bereich der Gefahrenabwehr sind Anordnungen der Kantonspolizei bei der Sicherheitsdirektion, jene eines kommunalen Polizeikorps beim Statthalteramt mit Rekurs anzufechten, wobei der Rekursentscheid in beiden Fällen an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden kann.<sup>66</sup> Wo die Polizei Straftaten ermittelt, also gestützt auf die Strafprozessordnung tätig wird, kann gegen ihre Verfügungen und Verfahrenshandlungen nach Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO i.V.m. § 49 GOG beim Obergericht Beschwerde geführt werden. Wird die Polizei indes auf konkrete Anordnung der Staatsanwaltschaft hin tätig, ist nicht die polizeiliche Handlung als solche, sondern die Verfügung der Staatsanwaltschaft anzufechten.<sup>67</sup> Für den Weiterzug vom obersten kantonalen Gericht an das Bundesgericht steht für polizeigesetzliche Massnahmen die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, für strafprozessuale Massnahmen die Beschwerde in Strafsachen zur Verfügung.<sup>68</sup>

## V. Würdigung

Die Polizei, verstanden als Organisationseinheit der staatlichen Verwaltung, ist gewissermassen ein hybrides Gebilde. Obwohl sich die Gefahrenabwehr und die Ermittlung von Straftaten als Hauptaufgaben jeder Kantonspolizei und der grösseren Stadtpolizeikorps theoretisch mehr oder weniger präzise auseinanderhalten lassen, besteht in der

---

<sup>63</sup> Art. 15 Abs. 2 StPO; resp. in Übertretungsstrafsachen der Übertretungsstrafbehörde Art. 357 Abs. 1 StPO.

<sup>64</sup> §§ 115 und 116 GOG; vgl. auch Anhang 1 Ziff. A.2 und 3 i.V.m. § 58 VOG RR.

<sup>65</sup> Vgl. dazu B. SCHINDLER, Rechtsschutz im Polizeirecht: Eine Standortbestimmung, Sicherheit & Recht 2012, 215 ff.

<sup>66</sup> § 41 Abs. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG) vom 24. Mai 1959 (LS 175.2); § 19b Abs. 2 lit. b Ziff. 1 VRG i.V.m. Anhang 2 Ziff. 2.1 lit. a VOG RR; § 19b Abs. 2 lit. d VRG i.V.m. § 12 Abs. 1 des Bezirksverwaltungsgesetzes vom 10. März 1985 (LS 173.1). Abweichungen von diesem Grundsatz gibt es für den polizeilichen Gewahrsam sowie Wegweisungs- und Fernhalteanordnungen; vgl. dazu die konzise Darstellung im Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 26.1.2010, VB.2011.00710, Erw. 2.1 f.

<sup>67</sup> KELLER, in: ZH Komm. StPO (Fn. 2), Art. 393 N 14; das Gesetz sieht überdies gewisse Ausnahmen von der Anfechtbarkeit polizeilicher Ermittlungsmassnahmen vor (so z.B. in Art. 300 Abs. 2 StPO betreffend die Einleitung eines Vorverfahrens).

<sup>68</sup> Art. 82 ff. und 78 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) vom 17. Juni 2005 (SR 173.110); vgl. BGer vom 20.4.2016, 1C\_228/2015, Erw. 1 (nicht veröffentlichte Erw. von BGE 142 I 121).

Praxis eine hohe «Zweckambivalenz der polizeilichen Einsatzrealität»<sup>69</sup>. Mitunter sind es die gleichen Mitarbeitenden, die in einem konkreten Fall zunächst sicherheits- und hernach kriminalpolizeilich tätig werden oder zuweilen sogar beides gleichzeitig. Die Abgrenzung der Aufgabenbereiche ist überdies, wie dargelegt, ziemlich subtil.

Umso mehr erstaunt es, dass in der Schweiz zwar wohl das Strafprozessrecht, weniger aber das Polizeirecht als eigentlich eng verwandtes Rechtsgebiet vertieft erforscht ist.<sup>70</sup> SAUER führt dies darauf zurück, «dass das Polizeirecht in der Schweiz im Rahmen der universitären Ausbildung ein Schattendasein fristet»<sup>71</sup>.

Wir freuen uns deshalb sehr darüber, dass sich ANDREAS DONATSCH bereit erklärt hat, als Mitherausgeber und Autor an einem neuen Kommentar zum Polizeigesetz des Kantons Zürich mitzuwirken<sup>72</sup>, und hoffen, dass einige der aufgezeigten und viele weitere Fragen im Grenzbereich zwischen Polizeirecht und Strafprozessrecht dort einer sinnvollen Lösung nähergebracht werden können.

---

<sup>69</sup> So C. TROCHSLER-HUGENTOBLE/A. LOBSIGER, *Polizeiliche Befugnisse und Handlungsformen*, in: R.J. Schweizer (Hrsg.), *Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes*, Teil I, Basel 2008, 279 ff. N 22.

<sup>70</sup> Vgl. immerhin die bereits zitierten Werke sowie das kürzlich erschienene Buch von J. TIEFENTHAL über die kantonale Polizeihoheit mit Kommentar zum Schaffhauser Polizeigesetz, Zürich/Basel/Genf 2016.

<sup>71</sup> B. SAUER, *Das Recht der Vollzugspolizeien von Bund und Kantonen in der Schweiz. Eine vergleichende Untersuchung aus der Perspektive der bundesdeutschen Polizeirechtsordnung*, Diss. Würzburg 2007, 4.

<sup>72</sup> A. DONATSCH/T. JAAG/S. ZIMMERLIN (Hrsg.), *Kommentar zum Polizeigesetz des Kantons Zürich* (erscheint voraussichtlich 2018).