

Zwecke, Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzgebung im Polizeibereich

Rainer J. Schweizer/Lucien Müller | *Die Polizeigesetze sollen die öffentliche Sicherheit und Ordnung aufrechterhalten, gleichzeitig muss die Polizeigesetzgebung aber auch unnötige oder missbräuchliche staatliche Eingriffe in geschützte Freiheiten verhindern können. Entsprechend konfliktbeladen ist das Legalitätsprinzip im Polizeirecht. Nur mit einer ausdifferenzierten Sichtweise des Gesetzgebers kann den sich daraus ergebenden Schwierigkeiten begegnet werden.*

Inhaltsübersicht

- 1 Zur Einführung
- 2 Bekanntes zum Legalitätsprinzip und zum Bestimmtheitsgebot
- 3 Zur Bedeutung des Legalitätsprinzips im Polizeirecht
 - 3.1 Uneingeschränkte Geltung
 - 3.2 Restriktive Anwendung der polizeilichen Generalklausel
- 4 Hohe Anforderungen an die Bestimmtheit polizeirechtlicher Normen
 - 4.1 Zur mangelnden Vorhersehbarkeit und Komplexität polizeilichen Handelns
 - 4.2 Polizeirechtliche Normen als belastende Normen
 - 4.3 Umfassende Datenbearbeitungen
 - 4.4 Schwierige Kontrolle polizeilichen Handelns
 - 4.5 Zur Begrenzung polizeilichen Handelns durch das Verhältnismässigkeitsprinzip
- 5 Abschliessende Bemerkungen

1 Einführung

Gestützt auf die Polizeigesetze sollen die öffentliche Sicherheit und Ordnung aufrechterhalten, deren Störungen rasch beseitigt, Polizeigüter bestmöglich geschützt und Straftaten weitgehend verhindert werden. Dies setzt nicht nur Personal und Mittel, Schulung und Führung voraus, sondern auch, dass der Polizei Handlungs- und Entscheidungsspielräume, welche ein schnelles und situationsgerechtes Eingreifen erlauben, eingeräumt werden. Eine wichtige Möglichkeit, diese Flexibilität zu erreichen, besteht für den Gesetzgeber darin, unbestimmte Rechtsbegriffe zu verwenden und der Verwaltung Ermessen einzuräumen sowie Rechtsetzungskompetenzen an den Verordnungsgeber zu delegieren. Gleichzeitig muss eine Polizeigesetzgebung solche Handlungsspielräume aber auch angemessen beschränken, um

unnötige oder gar missbräuchliche staatliche Eingriffe in grundrechtlich geschützte Freiheiten zu verhindern. Dies wiederum verlangt eine möglichst genaue Determinierung polizeilichen Handelns schon im Gesetz selbst. Entsprechend konfliktbeladen ist somit das Legalitätsprinzip im Polizeirecht, und es verlangt daher eine ausdifferenzierte Sichtweise (vgl. Schweizer 1997, 384). Dies aber stellt den Gesetzgeber vor einige Schwierigkeiten.

Dieser Beitrag versucht in Erinnerung zu rufen, warum dem Legalitätsprinzip gerade auf dem Gebiet des Polizeirechts eine umfassende und hohe Bedeutung zukommt. Gleichzeitig sollen die häufig zur Rechtfertigung unbestimmter polizeirechtlicher Normen angeführten Gründe kritisch hinterfragt und Hinweise darauf gemacht werden, warum sich offene Normen nur beschränkt kompensieren lassen. Diese Ausführungen drängen sich umso mehr auf, als der Polizei gerade in jüngster Zeit vielfältige neue Kompetenzen und Befugnisse eingeräumt werden. Zu denken ist nur an die Einführung sog. «Wegweisungsartikel», den Ausbau der Videoüberwachung im öffentlichen oder öffentlich zugänglichen Raum oder an die im Bereich des Staatsschutzes angestrebte Einführung «besonderer Mittel der Informationsbeschaffung».¹

2 Bekanntes zum Legalitätsprinzip und zum Bestimmtheitsgebot

Artikel 5 Absatz 1 BV (SR 101) bildet die verfassungsrechtliche Grundlage des Legalitäts- oder Gesetzmässigkeitsprinzips.² Mit dieser Bestimmung wird für Bund und Kantone der Rechtsstaat im formellen Sinne verwirklicht (Häfelin/Müller/Uhlmann 2006, Rz. 368). Staatliches Handeln muss sich auf eine Rechtsgrundlage, in aller Regel eine generell-abstrakte Norm des öffentlichen Rechts, stützen (Hangartner 2008, Rz. 5 ff.). Rechtsfreie Räume gibt es grundsätzlich nicht (Tschannen/Zimmerli 2005, Rz. 1 zu § 19; ferner Moor 2001, Rz. 1: «L'Etat est soumis au droit»).

Das Gesetzmässigkeitsprinzip dient der «Rechtsgleichheit, Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit des staatlichen Handelns» (BGE 130 I 1, E. 3.1.) und ist damit grundlegende Voraussetzung zur Gewährleistung von Rechtssicherheit (Borer 1986, 78; Häfelin/Müller/Uhlmann 2006, Rz. 372 f.; Tschannen/Zimmerli 2005, Rz. 11 zu § 19). Neben diesem rechtsstaatlichen Anliegen dient das Gesetzmässigkeitsprinzip auch «dem demokratischen Anliegen der Sicherung der staatsrechtlichen Zuständigkeitsordnung» (BGE 130 I 1, E. 3.1.) und der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns (Tschannen/Zimmerli 2005, Rz. 2 und 10 zu § 19; Häfelin/Müller/Uhlmann 2006, Rz. 393 f.). Mit dem Gesetzmässigkeitsprinzip eng verbunden ist denn auch das Prinzip der Gewaltenteilung. Wichtiges gehört ins Gesetz selbst und darf

nicht dem Verordnungsgeber zur Regelung überlassen werden (vgl. zum Beispiel Feuz 2002, 80 ff.). Gerade für die Einschränkung von Freiheitsrechten ist das Gesetzmässigkeitsprinzip von zentraler Bedeutung (Art. 36 Abs. 1 BV). Es wird teilweise auch auf Gesetzesstufe verankert und konkretisiert, so auf Bundesebene bspw. in Artikel 17 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1; vgl. Jöhri/Studer 2006, Komm. zu Art. 17 DSG, Rz. 2.).

Die Rechtssätze müssen aber, um ein voraussehbares, berechenbares und rechtsgleiches Verwaltungshandeln sicherzustellen, ein hinreichendes und angemessenes Mass an Bestimmtheit aufweisen (vgl. Schweizer 2008, Komm. zu Art. 36 BV, Rz. 11; BGE 132 I 49, E. 6.2; 131 II 13, E. 6.5.1; 130 I 1, E. 3.1; 129 I 161, E. 2.2; 128 I 327, E. 4.2; 128 I 113, E. 3c; 123 I 1, E. 2b). Das Recht muss «ausreichend zugänglich» sein; und es soll für die Bürgerin und den Bürger ersichtlich sein, «welche rechtlichen Vorschriften auf einen gegebenen Fall anwendbar sind». Dabei muss das Gesetz «so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach einrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann» (BGE 109 Ia 273, E. 4d; ferner BGE 117 Ia 472, E. 3e; 124 I 40, E. 3b; 124 I 203, E. 2b; 125 I 361, E. 4a).³

Das Bestimmtheitsgebot hat darüber hinaus entscheidende Auswirkungen auf die Verteilung der Regelungslast und dient somit auch der Abgrenzung der Entscheidungszuständigkeit zwischen rechtsetzenden, rechtsanwendenden und rechtsprechenden Behörden. Je unbestimmter der Rechtssatz, desto grösser der Handlungs- und Entscheidungsspielraum von Verwaltungsbehörden und Gerichten (vgl. Ritter 1994, 171 f., 176 ff.; Schweizer 2008, Komm. zu Art. 36 BV, Rz. 15; Cottier 1991, 145 ff.; Borer 1986, 304 f.; Dubs 1974, 223, 237 ff.; Müller 2006, 152 ff.). Die Norm- oder Regelungsdichte entscheidet somit über «den Grad der Bindung der rechtsanwendenden Instanzen durch das Gesetz» (Dubs 1974, 223).

Die Verwendung unbestimmter Normen und die Einräumung von Ermessensspielräumen sind aber selbstverständlich keineswegs unzulässig.⁴ Gerade wenn einer bestehenden «Vielgestaltigkeit der Verhältnisse» nicht anders Rechnung getragen werden kann, sind die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Norm reduziert. Der Rechtssatz soll aber zumindest das Regelungsziel mit hinreichender Präzision bestimmen, um eine angemessene Kontrolle der Handhabung der Norm überhaupt zu ermöglichen (vgl. BGE 125 I 361, E. 4a; 125 I 369, E. 6; 123 I 112, E. 7a; Feuz 2002, 91 f.; Schweizer 2008, Komm. zu Art 36 BV, Rz. 15).⁵

Zulässigerweise unbestimmte Normen bedürfen jedoch kompensatorischer Massnahmen, sog. Bestimmtheitsurrogaten damit das Legalitätsprinzip nicht seiner Schutzfunktion entleert wird (Ritter 1994, 186 f.). Resultiert die Unbestimmtheit eines Rechtssatzes aus der Einräumung von Ermessen, so ist dieses in jedem Fall pflichtgemäss auszuüben; namentlich sind die Verfassungsgrundsätze der Rechtsgleichheit, der Verhältnismässigkeit und des öffentlichen Interesses zu beachten sowie selbstverständlich das Willkürverbot zu befolgen (BGE 122 I 267, 272 E. 3b; Cottier 1991, 206 ff.; Ritter 1994, 186 ff.; Borer 1998, 337 ff.). Als weiteres wichtiges Bestimmtheitsurrogat gilt sodann ein funktionierendes Rechtsschutz- und Rechtsmittelsystem (Moor 2001, Rz. 28; Borer 1998, 339 ff.; Cottier 1991, 206 ff.; Ritter 1994, 192 ff.; BGE 132 I 49, E. 6.2).⁶ Schliesslich hat auch die politische Kontrolle durch Regierung, Parlament, Medien und Öffentlichkeit eine hohe Bedeutung. Dies alles ist grundsätzlich anerkannt, doch die Umsetzung ist in der Rechtsetzung für die Polizei nicht unumstritten.

3 Zur Bedeutung des Legalitätsprinzips im Polizeirecht

3.1 Uneingeschränkte Geltung

Das Gesetzmässigkeitsprinzip hat auf dem Gebiet des Polizeirechts uneingeschränkte Geltung (vgl. u.a. Zimmerli 1984, 80; Saladin/Walder 1980, 31; Schwegler 2001, 26; Hug 1980, 67; Wiederin 1998, Rz. 139; s. auch BGE 113 Ia 1, E. 4d; vgl. aber zur polizeilichen Generalklausel hinten, Ziff. 3.2.). Trotz dieser – an sich selbstverständlichen – Feststellung, sei z.B. daran erinnert, dass gerade der Bereich des Staatsschutzes, in dem sich Missbräuche wegen der Geheimhaltung der Mittel, Aktivitäten und Erkenntnisse besonders schädlich auf die freiheitliche und demokratische Ordnung auswirken (vgl. die im Zusammenhang mit präventiven Überwachungsmassnahmen getroffene Feststellung in BGE 109 Ia 273, E. 9c), über Jahrzehnte hinweg in einer dem Legalitätsprinzip keineswegs genügenden Art und Weise geregelt war. Einziger Anknüpfungspunkt für den Staatsschutz war – bis zum Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS; SR 120) – der eigentlich von der gerichtlichen Polizei der Bundesstrafrechtspflege handelnde Artikel 17 Absatz 3 des Bundesgesetzes vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege (BStP; SR 312.0): Diese Bestimmung sah vor, dass der Bundesanwaltschaft «zur einheitlichen Durchführung des Fahndungs- und Informationsdienstes im Interesse der Wahrung der innern und äussern Sicherheit der Eidgenossenschaft das nötige Personal beigegeben» wird. Organisation, Aufgaben und Mittel der Staatsschutzorgane waren somit nicht durch das Gesetz geregelt. Die eigent-

liche Regelung erfolgte in (zum Teil geheimen) Bundesratsbeschlüssen und Verordnungen. Ausserdem fanden sich «keine klaren Kriterien» für die Beobachtung und Erfassung politisch-polizeilicher Vorgänge (vgl. dazu Schweizer 1991, 289; Vorkommnisse 1989 (PUK) vom 22. November 1989, BBl 1990 I, 807 ff.; Reinhard 1993, 65 ff.).

3.2 Restriktive Anwendung der polizeilichen Generalklausel

Ausnahmsweise vermag – im Polizeinotstand – die polizeiliche Generalklausel die gesetzliche Grundlage zu ersetzen (vgl. im Bund Art. 36 Abs. 1 dritter Satz sowie Art. 173 Abs. 1 Bst. a–c und Art. 185 Abs. 3 BV; dazu Schweizer 2008, Komm. zu Art. 36 BV, Rz. 17). Das Institut der polizeilichen Generalklausel ist jedoch missbrauchsanfällig (Müller/Jenni 2008, 4). Deshalb ist die polizeiliche Generalklausel restriktiv anzuwenden (Schweizer 2008, Komm. zu Art. 36 BV, Rz. 17; Trochsler-Hugentobler/Lobsiger 2008, Rz. 28). Ihre Anrufung hat sich auf «echte und unvorhersehbare sowie gravierende Notfälle» zu beschränken. Wenn «typische und erkennbare Gefährdungslagen trotz Kenntnis der Problematik nicht normiert werden» bzw. wurden, vermag sie eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage nicht zu ersetzen (BGE 130 I 369, E. 7.3; E. 126 I 112, E. 4a; E 121 I 22, E. 4b/aa; ferner BGE 111 Ia 246, E. 2 und 3a; Trochsler-Hugentobler/Lobsiger 2008, Rz. 28 f.; Pfander 1991, 65 ff.; kritisch betreffend das Kriterium der «Unvorhersehbarkeit der Gefahr» für die Anwendung der polizeilichen Generalklausel Müller/Jenni 2008, 15 ff., insb. 17).

Unter dem Gesichtspunkt des Legalitätsprinzips nicht unbedenklich war es deshalb, dass das Bundesgericht die Anordnung von Wegweisungs- und Fernhaltemassnahmen anlässlich des Weltwirtschaftsforums (WEF) gestützt auf die polizeiliche Generalklausel zuliess (BGE 130 I 369, E. 7.3). Es bestehen ernsthafte Zweifel an der – vom Bundesgericht behaupteten – mangelnden Vorhersehbarkeit der Gefährdungslage (vgl. Schweizer 2005, 525; Müller/Jenni 2008, 4 und Fn. 1 sowie 17 und Fn. 117).

Es ist festzuhalten, dass selbst aussergewöhnliche Gefährdungslagen grundsätzlich vorhersehbar sind, auch deshalb, weil sich die Bedrohungslage i.d.R. nicht sprunghaft ändert (vgl. Müller/Jenni 2008, 17; Pfander 1991, 53 f.). Aber auch wenn eine Gefährdungslage in Frage steht, die in ihrer konkreten Ausgestaltung und ihren spezifischen Auswirkungen im Einzelnen nicht vorhersehbar war, so sind doch die auch zur Bewältigung schwerwiegender und ausserordentlicher Bedrohungslagen (Grosskatastrophen, Terroranschläge u.ä.) nötigen Instrumente weitgehend bekannt⁷ und oftmals auch Gegenstand umfassender militärischer und polizeilicher Planungen

und Schutzdispositive (vgl. Schweizer 2005, 525; ferner Ritter 1994, 185). Daraus ergibt sich, dass dem Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel sehr enge Grenzen gezogen sind bzw. gezogen werden müssen.

4 Hohe Anforderungen an die Bestimmtheit polizeirechtlicher Normen

Im Polizeirecht hat das Legalitätsprinzip aber grundsätzlich nicht nur umfassende Geltung. Es sind – wie zu zeigen und in Erinnerung zu rufen ist – auch hohe Anforderungen an die Normdichte zu stellen. Nur sachliche Gründe, wie die Unmöglichkeit einer bestimmten Regelung oder ein zwingendes Bedürfnis, den rechtsanwendenden Behörden Handlungs- und Entscheidungsspielräume einzuräumen, vermögen die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Norm herabzusetzen. Ist aber eine bestimmte Regelung möglich und sinnvoll, dann darf der Gesetzgeber auf eine bestimmte Regelung nicht verzichten, hat sich also mit der Einräumung von Ermessen und der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe zurückzuhalten (vgl. Dubs 1974, 242 f.; Jöhri/Studer 2006, Komm. zu Art. 17, Rz. 15; Schweizer 2008, Komm. zu Art. 36 BV, Rz. 15). Wie darzulegen ist, kann insbesondere das Argument mangelnder Vorhersehbarkeit oder hoher Komplexität polizeilichen Handelns nur beschränkt zur Rechtfertigung offener Normen herangezogen werden. Und Bestimmtheitssurrogate, wie Rechtsschutzgarantien, Auskunftsrechte oder die strikte Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips, können zwar die mit einer unbestimmten Normierung verbundenen Gefahren verringern, aber keinesfalls von der – aus rechtsstaatlichen und demokratischen Gründen notwendigen (vgl. Kap. 2) – Pflicht entbinden, nach dem jeweils optimalen Grad an Bestimmtheit zu suchen und mit dem optimalen Grad an Bestimmtheit auch zu legitimieren.

4.1 Zur mangelnden Vorhersehbarkeit und Komplexität polizeilichen Handelns

Bekanntlich lassen sich offene Normen dann nur schwer vermeiden, wenn sich der Gesetzgeber mit einer Vielgestaltigkeit in den zu regelnden Verhältnissen, einer hohen Komplexität der im Einzelfall zu treffenden Entscheidungen oder einer bloss beschränkten Vorausssehbarkeit künftiger Entwicklungen konfrontiert sieht (vgl. BGE 131 II 13, E. 6.5.1; 128 I 327, E. 4.2; 123 I 1, E. 4 und BGE 109 Ia 273, E. 4d; Reinhard 1993, 152 f.; Dubs 1974, 241; Ritter 1994, 182 ff.; Müller 2006, 150 f.; s. schon vorne, Kap. 2.). Gerade für den Bereich des Polizeirechts betont das Bundesgericht, dass sich die Polizeitätigkeit «gegen nicht im Einzelnen bestimmbar Gefährdungsarten und Gefährdungsformen in vielgestaltigen und wandelbaren Verhältnissen» richte und «demnach situativ den konkreten Umständen anzupassen» sei (BGE 132 I 49, E. 6.2; BGE

128 I 327, E. 4.2). Im Zusammenhang mit dem Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit falle «es im Allgemeinen schwer, sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen als auch in Bezug auf die möglichen polizeilichen Massnahmen bestimmte Normen zu schaffen» (BGE 132 I 49 E. 6.3; ferner BGE 128 I 327, E. 4.2).

Im Speziellen vertritt das Bundesgericht diese Auffassung etwa für Wegweisungs- und Fernhaltemassnahmen. Hier seien die Gefahrensituationen «unterschiedlichster Natur» und könnten «verschiedenartigste Dimensionen aufweisen». Deshalb liessen sich «weder die Voraussetzungen noch die notwendigen Massnahmen im Einzelfall» präzise umschreiben (BGE 128 I 327, E. 4.2; s. auch BGE 132 I 49 E. 6.3).⁸ Vor diesem Hintergrund beurteilte das Bundesgericht denn auch die Regelung der Wegweisungs- und Fernhaltemassnahmen in Artikel 8a der bündnerischen Verordnung über die Kantonspolizei (KaPoVo).⁹ Dieser sah in Absatz 1 – generalklauselartig (vgl. Müller/Jenni 2008, 11 und Fn. 71) – vor: «Die Kantonspolizei kann zur Wahrung der Sicherheit und Ordnung sowie zur Gefahrenabwehr ereignisbezogen die notwendigen Massnahmen anordnen.» In Absatz 2 wurden – ohne Normierung spezifischer Eingriffsschwellen – die möglichen Massnahmen aufgezählt. Obwohl das Bundesgericht selbst feststellte, dass die Norm keine «Präzisierungen zum örtlichen und persönlichen Anwendungsbereich» enthält, erachtete es die Norm nicht als zu unbestimmt (BGE 128 I 327, E. 4.2).¹⁰ Sogar für den – besonders grundrechtssensiblen – Bereich der präventiven Überwachung¹¹ vertritt das Bundesgericht die Auffassung, dass es aufgrund der «nicht abstrakt erfassbaren Vielfalt der Eingriffsvoraussetzungen» verglichen mit der repressiven Überwachung noch weniger möglich sei, «bestimmte Anforderungen zu umschreiben, soll der Vielgestaltigkeit der möglichen Fälle beigegeben werden» (BGE 109 Ia 273, E. 9c).

Tatsächlich ist eine realitätsgerechte Steuerung und Normierung polizeilichen Handelns mit Schwierigkeiten verbunden (Pfander 1991, 53; Zimmerli 1984, 80) und es bedarf – wie schon einleitend bemerkt (vgl. Kap. 1) – gerade der Bereich der Gefahrenabwehr und der Verbrechensbekämpfung flexibler behördlicher Handlungsspielräume, um der jeweiligen Situation angepasst und angemessen agieren zu können (vgl. Ritter 1994, 184; Schweizer 1997, 384).¹² Im Sicherheits- und Ordnungsrecht ist aber mit der Aussage, es sei polizeiliches Handeln nicht vorhersehbar oder so komplex, dass es zwingend unbestimmter Normen bedürfe, Zurückhaltung zu üben. Auch wenn eine Gefahr in ihrem konkreten Ausmass nicht vorhersehbar sein mag, sind – wie das schon im Zusammenhang mit der polizeilichen Generalklausel festgestellt wurde (s. Kap. 3.2) – die einzelnen zu deren Bewältigung dienenden

Eingriffsmittel grundsätzlich bekannt und deshalb oftmals auch Bestandteil eingeübter polizeilicher Routineabläufe oder Gegenstand von internen Weisungen und Schutzdispositiven (Pfander 1991, 54; Ritter 1994, 185; Hug 1980, 56; Schweizer 2005, 525).¹³ Polizeiliches Handeln ist damit aber auch einer gesetzlichen Regelung zugänglich, und entscheidende Effizienzverluste sind nicht zu befürchten (Wiederin 1998, Rz. 139; Pfander 1991, 55). So zeigt sich am Beispiel von § 16 des neuen Zürcher Polizeigesetzes (nPolG-ZH),¹⁴ dass eine einigermaßen bestimmte Regelung von Wegweisungs- und Fernhaltungsmassnahmen durchaus möglich ist. Danach ist eine Wegweisung oder Fernhaltung nur zulässig, wenn «diese Person ernsthaft und unmittelbar gefährdet ist» (Bst. a), «begründeter Verdacht besteht, sie werde eine andere Person ernsthaft gefährden» (Bst. b), «sie Einsätze zur Wiederherstellung oder Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung insbesondere durch die Polizei, Kräfte des Bevölkerungsschutzes oder der Rettungsdienste behindert, stört oder sich in solche Einsätze einmischt» (Bst. c), «sie die Polizei an der Durchsetzung vollstreckbarer Entscheide hindert, stört oder sich einmischt» (Bst. d) oder «sie die Erfüllung polizeilicher Aufgaben zu vereiteln versucht» (Bst. e).

Besonders im Bereich des Staatsschutzes dürfen mit einem Hinweis auf eine «Vielgestaltigkeit der möglichen Fälle» nicht leichtfertig unbestimmte Normen verwendet und toleriert werden. Abgesehen davon, dass Eingriffsbefugnisse des Staatsschutzes durchaus einer Normierung zugänglich sind (vgl. schon Saladin/Walder 1980, 85 f.), bergen hier offene Normierungen besondere Risiken in sich (vgl. auch Kap. 3.1). Kann der Staatsschutz auch ohne das Vorliegen einer konkreten Gefahr oder eines Tatverdachts – beides im Rechtsstaat bewährte, wichtige und griffige Eingriffsschwellen – in Grundrechte eingreifen, sind die Voraussetzungen zur Anordnung entsprechender Massnahmen im Gesetz anderweitig und mit hinreichender Bestimmtheit gesetzlich festzulegen (vgl. Reinhard, 108; Denninger 2007, Rz. 53; vgl. auch Kap. 4.3). Dies gilt erst recht, wenn die Eingriffe verdeckt erfolgen und auch schwere Grundrechtseingriffe beabsichtigt sind.¹⁵ Es ist deshalb höchst zweifelhaft, inwiefern die in der bundesrätlichen Vorlage zur BWIS-II-Reform genannten Eingriffsschwellen («mutmasslicher Gefährder», «konkrete und aktuelle Tatsachen» usw.) den Einsatz «besonderer Informationsbeschaffungsmittel» zu begrenzen vermögen und damit mit dem Legalitätsprinzip vereinbar sind (vgl. Fn. 1 und Müller/Widmer/Schweizer 2008). Jedenfalls kann die Absicht, Freiheit und Demokratie auch in ausserordentlichen und komplexen Bedrohungslagen

zu schützen, gerade nicht von der Pflicht entbinden, polizeiliches Handeln möglichst bestimmt zu normieren.¹⁶

Schliesslich dürfen unbestimmte Normen auch nicht leichtfertig mit dem Argument gerechtfertigt werden, es seien künftige technische Entwicklung im Zeitpunkt der Regelung nicht vorhersehbar. Denn gerade neue technische Entwicklungen können zu zusätzlichen, womöglich schwerwiegenden Grundrechtseingriffen führen und bedürfen daher einer demokratisch legitimierten, ausdrücklichen Rechtsgrundlage. Die Offenheit des § 32 nPolG-ZH, wonach die Polizei «zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben allgemein zugängliche Orte mit technischen Geräten offen oder verdeckt überwachen und soweit notwendig Bild- und Tonaufnahmen machen» kann, rechtfertigt der Zürcher Regierungsrat (auch) damit, dass es die gewählte Formulierung ermögliche, «technische Entwicklungen bei den einzusetzenden Geräten nachzuvollziehen». ¹⁷ Es ist jedoch zweifelhaft, ob z.B. der Einsatz biometrischer Erkennungssysteme in § 32 nPolG eine genügende gesetzliche Grundlage fände.

4.2 Polizeirechtliche Normen als belastende Normen

Gerade polizeirechtliche Normen sind oftmals belastende Normen und erlauben vielfältige Grundrechtseingriffe (vgl. Müller/Jenni 2008, 11). Man denke nur, wie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) bei einer erkennungsdienstlichen Behandlung (vgl. BGE 128 II 259, E. 3.2.), einer Observation¹⁸ oder bei der präventiv-polizeilichen Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume (BGE 133 I 77, E. 3.2.), das Recht auf Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) bei der Auferlegung eines Rayon- und Kontaktverbotes (im Rahmen sog. «Gewaltschutzmassnahmen», vgl. BGE 134 I 140, E. 5.2) oder bei polizeilichen Wegweisungs- und Fernhaltmassnahmen (vgl. BGE 132 I 56, E. 5.2; 130 I 373, E. 1; 130 I 398, E. 5.3; 128 I 327, E. 3.3)¹⁹ und selbstverständlich das Recht auf Leben und auf körperliche Unversehrtheit (Art. 10 Abs. 1 und 2 BV) beim polizeilichen Schusswaffengebrauch gefährdet sind (vgl. u.a. Hug 1980, 8 ff.).

Es ist allgemein anerkannt, dass mit der Schwere der Auswirkungen einer Norm auf die Rechtsstellung des Einzelnen auch die Anforderungen an deren Bestimmtheit wachsen (vgl. u.a. Häfelin/Müller/Uhlmann 2006, Rz. 387 f.; Rouiller 1992, 17 ff.; Reinhard 1993, 152; BGE 132 I 49, E. 6.2). Die belastende, in Grundrechte eingreifende Norm soll «nicht unnötig wesentliche Wertungen der Gesetzesanwendung» überlassen (BGE 109 Ia 273, E. 4d; 115 Ia 277, E. 7a). Gerade auch polizeirechtliche Eingriffsbefugnisse sind deshalb möglichst bestimmt abzufassen (vgl. Müller 1979, Fn. 192; Ritter 1994, 250 f.). Dies gilt

aber nicht nur dann, wenn schwere Eingriffe drohen (Dubs 1974, 242 f.; Ritter 1994, 180; Jöhri/Studer 2006, Komm. zu Art. 17 DSG, Rz. 15; Schweizer 2008, Komm. zu Art. 36 BV, Rz. 15). Wenn das Bundesgericht bei der Überprüfung polizeirechtlicher Befugnisnormen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Legalitätsprinzip darauf hinweist, dass es sich um bloss leichte Grundrechtseingriffe handle (BGE 132 I 49, E. 6.3, i.c. handelte es sich um Wegweisungs- und Fernhaltemassnahmen, s. auch Kap. 4.1), darf dies denn auch keineswegs so verstanden werden, dass bei einem leichten Grundrechtseingriff die Anforderungen an die Bestimmtheit von Normen schon an sich herabgesetzt werden. Denn auch wenn im Einzelfall ein bloss leichter Grundrechtseingriff zu erwarten ist, so müssen doch auch in solchen Fällen die Rechtssicherheit gewährleistet und eine rechtsgleiche Anwendung sichergestellt werden. Zudem bereitet es einige Schwierigkeiten, zwischen leichten und schweren Grundrechtseingriffen zu differenzieren (Schweizer 2008, Komm. zu Art. 36 BV, Rz. 12). Die Beurteilung hat zudem kontextspezifisch zu erfolgen: Auch wenn eine staatliche Massnahme zwar in der Regel nur eine geringfügige Beeinträchtigung von Grundrechten zur Folge haben mag, so kann sie sich auf bestimmte Personengruppen in bestimmten Umständen durchaus schwerwiegend auswirken (vgl. Schefer 2006, 16 f. und 26 f. im Zusammenhang mit Wegweisungsmassnahmen bzw. Aufenthaltsverboten).

4.3 Umfassende Datenbearbeitungen

Die Informations- bzw. Datenverarbeitung ist unerlässlich, stetig an Bedeutung zunehmender Bestandteil der polizeilichen Aufgabenerfüllung. (vgl. bes. Saladin/Walder 1980, 61.).²⁰ Es sind damit auch die datenschutzrechtlichen Anforderungen an die gesetzliche Grundlage zu beachten (vgl. u.a. Ritter 1994, 255 ff.; EGMR, Urt. vom 13. Juni 1979, Marckx, Serie A 31; EGMR, Urt. vom 9. Oktober 1979, Airey, Serie A Nr. 2; EGMR, Urt. vom 26. März 1985, X. und Y., Serie A Nr. 91, Ziff. 23: Gewährleistungspflichten des Staates auf Schutz des Privat- und Familienlebens). So wird denn auf Bundesebene für die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen eine formell-gesetzliche Grundlage verlangt (Art. 17 Abs. 2 DSG), unabhängig davon, ob mit der Datenbearbeitung im Einzelfall auch ein schwerer Grundrechtseingriff verbunden ist oder nicht (Ruegg/Flückiger/November/Klausner 2006, 58).²¹ Von einer formell-gesetzlichen Grundlage kann nur in Ausnahmefällen abgesehen werden (vgl. Art. 17 Abs. 2 Bst. a–c; Jöhri/Studer 2006, Komm. zu Art. 17 DSG, Rz. 46).²² Auch sind hohe Anforderungen an die Normbestimmtheit zu stellen, damit die Datenbearbeitung für die Betroffenen erkennbar und transparent ist. Dies gilt umso mehr, als

mit der Teilrevision des DSG der Grundsatz der Erkennbarkeit der Datenbeschaffung sowie des Bearbeitungszwecks ausdrücklich im Gesetz verankert worden ist (vgl. Art. 4 Abs. 4 DSG; Jöhri/Studer 2006, Komm. zu Art. 17 DSG, Rz. 21.). Schliesslich ist auch der Zweck der Datenbearbeitung möglichst präzise zu umschreiben, ansonsten das Zweckbindungsgebot (dazu Peter 1994, 126 ff.) seine zentrale Schutzfunktion kaum zu erfüllen vermag.

Im Bereich des Datenschutzes ist aber auch den Anforderungen des europäischen Übereinkommens vom 28. Januar 1981 zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten (SR 0.235.1) und den das Übereinkommen konkretisierenden Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates Rechnung zu tragen. So schreibt z.B. Ziff. 2.1 der Empfehlung Nr. R (87) 15 vom 17. September 1987 über die Nutzung personenbezogener Daten im Polizeibereich²³ vor, dass sich die Sammlung von Personendaten zu polizeilichen Zwecken auf dasjenige zu beschränken hat, was zur Verhinderung konkreter Gefahren oder zur Verfolgung eines bestimmten Deliktes notwendig ist. Ausnahmen davon müssen Gegenstand spezifischer innerstaatlicher Gesetzesbestimmungen sein.²⁴ Erwähnt werden muss, gerade vor dem Hintergrund des zunehmenden Einsatzes technischer Überwachungsgeräte im öffentlichen Raum, auch Ziff. 2.3 der Empfehlung, wonach für die Datensammlung mittels technischem Überwachungsgerät spezifische Bestimmungen verlangt werden.²⁵

Zudem muss das Gesetz Schutzmassnahmen vorsehen, um eine unsachgemässe, zweckwidrige oder missbräuchliche Verwendung von Personendaten zu verhindern. So stellte das Bundesgericht im Zusammenhang mit Videoüberwachungsmassnahmen fest, dass sich aus Artikel 3 Absatz 4 des Polizeireglementes der Stadt St. Gallen vom 16. November 2004 (RS 412.11); wonach eine missbräuchliche Verwendung des Bildmaterials durch geeignete technische und organisatorische Massnahmen sicherzustellen sei, nicht ergebe, «was im Einzelnen unter diesen Massnahmen zu verstehen ist und wie dieser Schutz verwirklicht werden soll.» Dementsprechend betont das Bundesgericht, dass «im Interesse von Rechtsicherheit und Rechtsklarheit [...] eine Regelung im Polizeireglement angezeigt gewesen» wäre (BGE 133 I 77, E. 5.4).

Vor diesem Hintergrund als nicht unproblematisch erscheint deshalb z.B. § 32 nPolG-ZH (zum Wortlaut der Bestimmung vgl. Kap. 4.1.). Da eine Überwachung mit technischen Mitteln einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung darstellt, ist, wie der Regierungsrat feststellt, eine gesetzliche Grundlage erforderlich.²⁶ Doch die Bestimmung setzt der Datenbearbeitung mittels technischem Überwachungsgerät keine wirklichen

Grenzen, und wie die Norm gehandhabt werden wird, ist nur schwer vorhersehbar, zumal auch eine verdeckte Überwachung zulässig ist.²⁷ Auch ist der Zweck unter Hinweis auf die umfassenden (vgl. BGE 132 I 49, E. 6.2; 128 I 327, E. 4.2; Schweizer/Sutter/Widmer 2008, Rz. 2 und Fn. 50; ferner Reinhard 1993, 60 ff.) gesetzlichen Aufgaben der «Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung» (vgl. § 3 Abs. 1 nPolG-ZH) sehr offen formuliert. Für den Einzelnen ist es daher nur schwer erkennbar, unter welchen Voraussetzungen und für welche Zwecke die Aufzeichnungen verwendet werden können. Schliesslich bleibt zu bemängeln, dass sich keine Bestimmungen darüber finden, wie eine missbräuchliche Verwendung des Bildmaterials verhindert werden soll. Dies ist nicht nur, aber besonders vor dem Hintergrund problematisch, dass gemäss § 53 Absatz 2 nPolG-ZH Aufzeichnungen nach § 32 bis zu einem Jahr aufbewahrt werden können. Auch wenn die Möglichkeit besteht, präzisierende Bestimmungen auf dem Verordnungsweg zu erlassen, muss der Erlass der wichtigen und grundlegenden Bestimmungen doch dem Gesetzgeber vorbehalten sein. Eine vergleichbare Situation ergibt sich aus Artikel 22 Absatz 1 PolG-GR (s. Fn. 9), wonach die Kantonspolizei «zur Abwehr erheblicher Gefahren [...] nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zur Erfüllung ihrer Aufgaben technische Mittel einsetzen und den Geheimbereich tangieren» kann. Auch hier hat der Verweis auf die polizeilichen Aufgaben praktisch keine eingrenzende Funktion, sondern führt im Gegenteil zu weitreichenden Eingriffsbefugnissen. Denn ähnlich wie in § 3 nPolG-ZH findet sich auch in Artikel 2 PolG-GR eine weite Umschreibung der polizeilichen Aufgaben. Ebenso ist fraglich, inwiefern der Wendung «zur Abwehr erheblicher Gefahren» eine begrenzende Funktion zukommt, soll doch nach Auffassung des Regierungsrates gestützt auf Artikel 22 Absatz 1 PolG-GR auch eine «Fahrzeugidentifikation via Nummernschild» möglich sein.²⁸ Hierbei handelt es sich aber um eine Datenbearbeitung im Vorfeld einer möglichen Gefahr bzw. um eine Massnahme, um Gefahren erst zu erkennen. Die Problematik dieser unbestimmten Normierung verschärft sich durch den Umstand, dass auch der Geheimbereich polizeilich tangiert werden kann. Albertini hält zwar fest, dass der Gesetzgeber «nicht beabsichtigt haben dürfte, aus bloss sicherheitspolizeilicher Interessenslage heraus einen Eingriff in die persönliche Geheimnisse zu statuieren» (Albertini 2005, Komm. zu Art. 22 PolG-GR, Rz. 2). Diese Einschränkung ergibt sich indessen nicht aus dem Gesetz, was der Rechtssicherheit abträglich ist.

Gerade die polizeiliche Videoüberwachung, mit der – u.U. auch besonders schützenswerte – Personendaten regelmässig von «Nichtstörern» und ohne Vorliegen einer konkreten Gefahr beschafft, aufbewahrt und allenfalls wei-

terbearbeitet werden, bei der neue technische Entwicklungen (wie z.B. biometrische Erkennungssysteme) oder die Möglichkeit, Persönlichkeitsprofile zu erstellen, zusätzliche Risiken für die Persönlichkeit des Einzelnen bergen (vgl. Ruegg/Flückiger/November/Klauser 2006, 57 ff.; EGMR, Urt. vom 28. Januar 2003, Peck, Rec. 2003-I, Ziff. 59 ff.), fordert aber eine möglichst bestimmte Normierung. Obwohl den Polizeibehörden eine gewisse Flexibilität in der Auswahl der überwachten Orte zugestanden werden muss, ist es doch erforderlich, dass der Gesetzgeber selbst gewisse Vorentscheidungen trifft. Dass dies möglich ist, stellt z.B. der Kanton Basel-Stadt unter Beweis, ergeben sich doch aus § 58 Absatz 1 des Polizeigesetzes vom 13. November 1996 (PolG-BS; SG 510.000) und § 6a des Datenschutzgesetzes vom 18. März 1992 (DSG-BS; SG 153.260) deutliche und einsichtige Beschränkungen des Einsatzes von Videoüberwachung im öffentlichen Raum. So kann die Kantonspolizei gemäss § 58 PolG-BS «aus Gründen der Beweissicherung» Teilnehmer einer öffentlichen Veranstaltung aufnehmen, «sofern die konkrete Gefahr besteht, dass Straftaten begangen werden.» Und § 6a Absatz 1 DSG-BS verlangt eine (periodisch zu überprüfende) Autorisierung des Videoeinsatzes durch die Aufsichtsstelle, schränkt in Absatz 2 den Einsatz von Videoüberwachung auf den Schutz vor «strafbaren Handlungen» ein und bestimmt, dass «nur die zur Erreichung des Zweckes notwendigen Orte» überwacht werden dürfen. Die Überwachung ist zudem erkenntlich zu machen (Abs. 3). Und schliesslich regelt Absatz 4, in welcher Frist die Aufnahmen auszuwerten sind. Präzisiert werden diese Bestimmungen in der Videoüberwachungsverordnung vom 4. Januar 2005 (SG 153.290).

Aber auch die gesetzliche Grundlage des Strategischen Nachrichtendienstes (SND), des Militärischen Nachrichtendienstes (MND) und des Luftwaffennachrichtendienstes (LWND) in Artikel 99 des Militärgesetzes vom 3. Februar 1995 (MG; SR 510.10) wirft Fragen bezüglich der Vereinbarkeit mit dem Legalitätsprinzip und insbesondere dem Bestimmtheitsgebot auf. So hat der «Nachrichtendienst» gemäss Artikel 99 Absatz 1 MG zur Aufgabe, «sicherheitspolitisch bedeutsame Informationen über das Ausland zu beschaffen, auszuwerten und zu verbreiten», und ist befugt, «soweit und solange es seine Aufgaben erfordern», auch «Personendaten, mit Einschluss von besonders schützenswerten Personendaten und von Persönlichkeitsprofilen, zu bearbeiten, gegebenenfalls ohne Wissen der betroffenen Personen» (Abs. 2). Da die Aufgabe der Nachrichtendienste aber sehr offen formuliert ist, vermag das Gesetz selbst die Datenbearbeitung kaum an einschränkende Voraussetzungen zu binden. Daran ändert auch der Konkretisierungsversuch der nachrichtendienstlichen Aufgabenbereiche in den Artikeln 2–4 der Nachrichten-

dienstverordnung VBS vom 26. September 2003 (VND; SR 510.291) grundsätzlich nichts. Zwar finden sich in Artikel 9 VND («Bearbeitung von Personendaten») eine Auflistung der Bearbeitungszwecke, doch ermöglicht Artikel 9 an sich erst recht umfassende Datenbearbeitungen, und es ist sehr fraglich, ob sich diese Befugnis noch auf Artikel 99 MG zurückführen lässt. Schliesslich ist auf die Verordnung vom 15. Oktober 2003 über die elektronische Kriegsführung (VEKF; SR 510.292) hinzuweisen, welche ihrerseits umfangreiche Datenbearbeitungen ermöglicht. Zumindest zweifelhaft ist es, inwiefern sich diese Verordnung auf die im Ingress angegeben gesetzlichen Grundlagen (Art. 99 Abs. 3 MG sowie Art. 13, 14 und 30 BWIS) stützen kann.

4.4 Schwierige Kontrolle polizeilichen Handelns

Polizeiliches Handeln ergeht häufig in der Form von Realakten, (vgl. u.a. Mohler 2007, 461 ff.; BGE 130 I 369, E. 6.1; 128 I 167, E. 4.5), welche darüber hinaus nur sehr beschränkt dokumentiert werden. Damit verstärken sich die im Bereich des verfügungsfreien Staatshandelns trotz Einführung der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) nach wie vor bestehenden Unklarheiten bezüglich des Rechtsschutzes.²⁹ Dies und der Umstand, dass der Rechtsschutz erst im Anschluss an einen möglicherweise unverhältnismässigen oder unrichtigen Entscheid erfolgt, verlangt nach möglichst bestimmt abgefassten Normen. Damit können dem polizeilichen Handeln schon von Beginn weg Schranken gesetzt und Unsicherheiten bei der Anwendung der Normen reduziert werden. Bestimmte, präzise rechtliche Vorgaben verringern für die Polizei auch das Risiko, dass polizeiliches Handeln überhaupt verwaltungsintern oder gerichtlich überprüft werden muss. Dass Handlungsspielräume klar umgrenzt werden, liegt damit auch im Interesse der Polizei selbst und vermag eine schnelle und effiziente Handhabung der Normen durchaus zu begünstigen.

Kontrolldefizite ergeben sich schliesslich daraus, dass die polizeiliche Arbeit nicht ohne Informationsdatenbanken auskommt.³⁰ Die damit erreichte ständige und leichte Verfügbarkeit von Personendaten und die Möglichkeit ihrer Verknüpfung schränken die informationelle Selbstbestimmung der betroffenen Personen stark ein und bergen für die Persönlichkeit des Einzelnen erhebliche Risiken. Auskunfts- und Berichtigungsrechte bringen hier zwar eine gewisse Entlastung, dennoch ist schon in grundsätzlicher Weise zu vermeiden, dass unnötig und übermässig Daten über den Einzelnen erhoben und langfristig gespeichert werden. Dies gilt nicht nur, aber ganz besonders im Bereich des Staatsschutzes, wo das Auskunftsrecht zusätzlichen, empfindlichen Beschränkungen unterliegt.³¹ Das Gesetz hat deshalb mit hin-

reichender Bestimmtheit festzulegen, was die Gründe sind, welche zu einer Erfassung von Personendaten führen, zu welchen Zwecken sie verwendet werden dürfen, wie ihre Richtigkeit kontrolliert, welchen Behörden unter welchen Voraussetzungen sie zugänglich sind sowie wann sie zu vernichten oder zu archivieren sind.

Selbstverständlich sind auf jeden Fall genügende Rechtsschutzmöglichkeiten, mindestens im Sinne von Artikel 13 EMRK (SR 0.101), gerade im grundrechtssensiblen Polizeibereich unerlässlich (vgl. EGMR, Urte. vom 15. November 1996, Chahal, Rec. 1996-V, Ziff. 145; Urte. vom 16. Dezember 1997, Camenzind, Rec. 1997-VIII, Ziff. 54; Urte. vom 4. Mai 2000, Rotaru, Rec. 2000-V, Ziff. 69; Schweizer 1997, 384; Wiederin 2003, 238 f.); diese sind mit administrativen und parlamentarischen Kontrollen zu ergänzen (vgl. EGMR Urte. vom 26. März 1987, Leander, Serie A Nr. 116, Ziff. 76 ff.; Urte. vom 4. Mai 2000, Rotaru, Rec. 2000-V, Ziff. 59 und 69). Es muss aber daran erinnert werden, dass solche Rechtsschutz- und Kontrollmöglichkeiten die Unbestimmtheit einer Norm ausnahmsweise, aber immerhin dann zu kompensieren vermögen, wenn eine bestimmte Regelung nicht möglich oder unzweckmässig ist (vgl. Kap. 2; ferner Reinhard, 153; Ritter 1994, 180 f.). Ist eine Norm jedoch ohne sachlichen Grund unbestimmt gehalten, lässt sich dies nicht mit einem Hinweis auf eine «genügende verfahrensmässige Kompensation» rechtfertigen (vgl. aber BGE 109 Ia 295, in dem es der Norm klarerweise an Bestimmtheit mangelte, vgl. Reinhard 1993, 108; vgl. auch Denninger 2007, Rz. 53; vgl. ferner Kap. 4.3).

4.5 Zur Begrenzung polizeilichen Handelns durch das Verhältnismässigkeitsprinzip

Die strikte Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips bildet eine Möglichkeit, die mit der Unbestimmtheit einer Norm verbundenen Gefahren auszugleichen (vgl. Kap. 2). Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist im Bereich komplexen Staatshandelns (Schweizer 2008, Komm. zu Art. 36 BV, Rz. 27) und insbesondere auch auf dem Gebiet des Polizeirechts und des polizeilichen Handelns (BGE 132 I 49, E. 6.2 f.; 128 I 327, E. 4.2 und E. 4.3.3; Ogg 2002, 198; Schweizer 1997, 384; Zimmerli 1984, 80) von zentraler Bedeutung. Im Zusammenhang mit den in Artikel 8a KaPoVo (zum Wortlaut s. Kap. 4.1.) sehr unbestimmt normierten Wegweisungs- und Fernhaltemassnahmen hat das Bundesgericht denn auch betont, wie wichtig es ist, «dass die Polizeiorgane ausdrücklich auf die Einhaltung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes verpflichtet werden.» (BGE 128 I 327, E. 4.3.3; s. auch BGE 109 Ia 146 E. 4b und E. 5 Betonung des Verhältnismässigkeitsprinzips bei Personen- und Identitäts-

kontrollen). Und im Zusammenhang mit der Regelung der präventiven Überwachungsmaßnahmen in der damaligen baselstädtischen Strafprozessordnung hat das Bundesgericht zwar festgestellt, dass Missbräuche hier besonders schädlich sind und dass bei der zu untersuchenden Bestimmung die «Voraussetzungen für die präventive Überwachung [...] wenig präzise umschrieben sind». Das Bundesgericht kam jedoch zum Schluss, dass bei verfassungskonformer Auslegung eine verhältnismässige Anwendung der Normen möglich sei (BGE 109 Ia 273, E. 9c; s. auch Reinhard 1993, 108; vgl. ferner Kap. 4.1 und 4.4).

Die staatliches Handeln begrenzende und beschränkende Funktion des Verhältnismässigkeitsprinzips ist offensichtlich, dennoch bedarf die Frage nach der Verhältnismässigkeit im Einzelfall selbst wieder der Konkretisierung und bietet gerade in der Anwendung im polizeilichen Alltag nur beschränkt Rechtssicherheit (vgl. Cottier 1991, 209). Wertungen über das im Einzelfall erforderliche und dem Einzelnen zumutbare Staatshandeln müssen, soweit möglich und sinnvoll, schon im Gesetzestext selbst getroffen werden (ebenso Ogg 2002, 197 f.). Nur so kann die Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns garantiert und diesem die nötige demokratische Legitimation verliehen werden. Polizeiliche Massnahmen können, was sich am Beispiel verschiedener Kantone zeigt, durchaus bestimmter umschrieben und Abwägungen und Wertungen schon im Gesetzestext vorgenommen werden. Im Kanton Zürich z.B. werden Wegweisungs- und Fernhaltungsmassnahmen zeitlich begrenzt («24 Stunden», vgl. § 33 Abs. 1 nPolG-ZH; für weitere Beispiele vgl. Kap. 4.1 und betreffend Videoüberwachung Kap. 4.3). Und der Kanton Basel-Stadt hat beim Erlass der Strafprozessordnung vom 8. Januar 1997 (SG 257.100) in § 86 Abs. 3³² selbst den Beweis erbracht, dass eine bestimmtere Normierung präventiver Überwachungsmaßnahmen möglich ist (s. Kap. 4.1 und 4.4).

5 Abschliessende Bemerkungen

Weil polizeirechtliche Normen i.d.R. belastende bzw. Grundrechtseingriffe legitimierende Normen sind, weil sie oftmals zu umfassenden Datenbearbeitungen führen und weil polizeiliches Handeln nur beschränkt kontrollierbar ist, muss eine möglichst bestimmte Normierung polizeirechtlicher Eingriffsbefugnisse gefordert werden. Dies gilt selbst dann, wenn die Anwendung der betreffenden Norm nur leichte Grundrechtseingriffe zur Folge hat.

Da den polizeirechtlichen Normen dennoch regelmässig eine gewisse Unbestimmtheit innewohnt, kommt einem effektiven und umfassenden Rechtsschutz, administrativen und parlamentarischen Kontrollmöglichkeiten, Auskunfts- und Berichtigungsrechten sowie der strikten Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips eine zentrale Bedeutung zu. Diese Bestimmtheitssurrogate können aber die Offenheit einer Norm nur dann kompensieren, wenn diese sachlich begründet und notwendig ist. Besonders kritischer Beleuchtung bedarf dabei das Argument der mangelnden Vorhersehbarkeit und der hohen Komplexität polizeilichen Handelns. Bedrohungs- und Gefahrenlagen sind (von Naturkatastrophen allenfalls abgesehen) grundsätzlich vorhersehbar, und auch wenn ihr genaues Ausmass oder ihre konkreten Auswirkungen sich erst bei ihrer Aktualisierung zeigen. Daher sind die Mittel und Massnahmen, mit denen ihnen begegnet werden muss, grundsätzlich bekannt und deshalb auch normierbar.

Jedenfalls bedürfen die Verwendung offener, unbestimmter Formulierung und die Einräumung von Ermessen im Polizeirecht besonderer Begründung, namentlich in den regierungs- oder bundesrätlichen Botschaften. Nur so wird ersichtlich, ob die offene Formulierung einem echten Bedürfnis entspricht, und nur so kann deren demokratische Legitimation gestärkt werden. Allein die Schwierigkeiten, Normen bestimmt abzufassen, rechtfertigen nicht, sich in offene Regeln zu flüchten. Ein Blick auf die vielfältigen kantonalen Regelungen zeigt denn auch, dass eine präzise Festlegung und Begrenzung polizeilicher Handlungs- und Entscheidungsspielräume durchaus möglich sind.

Rainer J. Schweizer, Prof. Dr. iur., Advokat, Professor für öffentliches Recht einschliesslich Europarecht und Völkerrecht an der Universität St. Gallen, E-Mail: rainer.schweizer@unisg.ch

Lucien Müller, lic. iur. HSG, Rechtsanwalt, Doktorand am Lehrstuhl von Prof. Rainer J. Schweizer, Universität St. Gallen, E-Mail: lucien.mueller@unisg.ch

Anmerkungen

- 1 Darunter fallen die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, die Beobachtung an nicht allgemein zugänglichen Orten auch mittels technischem Überwachungsgerät und das geheime Durchsuchen eines Datenverarbeitungssystems, vgl. dazu die Botschaft vom 15. Juni 2007 zur Änderung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS, Besondere Mittel der Informationsbeschaffung), BBl 2007 5037 ff. sowie Müller/Widmer/Schweizer 2008.
- 2 Bis zum Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung am 1. Januar 2000 galt das Legalitätsprinzip als ungeschriebener Verfassungsgrundsatz, den das Bundesgericht aus dem Gewaltenteilungsprinzip, dem in Art. 4 Abs. 1 aBV enthaltenen Willkürverbot sowie dem Gebot der Rechtsgleichheit ableitete, vgl. Ritter 1994, 58 f., 161; Urt. des Bundesgerichts vom 31. März 1965, ZBl 1965, 324; BGE 109 Ia 273, E. 4d. Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit findet sich auch in Kantonsverfassungen, vgl. die Beispiele bei Häfelin/Müller/Uhlmann 2006, Rz. 378.
- 3 Das Bundesgericht bezieht sich ausdrücklich auf die Rechtsprechung des EGMR in dessen Urt. vom 26. April 1979, Sunday Times, Serie A, Nr. 38, Ziff. 49 sowie vom 25. März 1983, Silver u.a., Serie A, Nr. 61, Ziff. 87 f. (ständige Rechtsprechung, vgl. zuletzt das Urt. vom 17. Juni 2008, Meltex Ltd and Mesrop Movsesyan, Ziff. 80).
- 4 Der Begriff der Bestimmtheit ist dabei nicht gleichzusetzen mit «Klarheit» oder «Genauigkeit»: Während unbestimmte Normen, wie erläutert, nicht an sich unzulässig sind, lässt sich die Verwendung unklarer und unpräziser Normen nicht rechtfertigen, vgl. Cottier 1991, 148 und Dubs 1974, 223.
- 5 Dies entspricht der Auffassung des EGMR, vgl. aus der jüngsten Rechtsprechung Urt. vom 15. November 2007, Galstyan, Ziff. 106 und Urt. vom 22. Mai 2008, Alithia Publishing Company Ltd und Constantinides, Ziff. 47.
- 6 Dem mit unbestimmten Normen verbundenen – verstärkten – Bedürfnis nach Rechtssicherheit kann gemäss Rechtsprechung auch durch eine «gleichmässige und den besonderen Umständen Rechnung tragende Behördenpraxis» (BGE 129 I 161, E.2.2; 123 I 1, E. 4b) oder eine «ständige, reichhaltige und publizierte Gerichtspraxis» (vgl. BGE 125 I 369, E. 6 unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EGMR im Urt. vom 25. Mai 1993, Kokkinakis, Serie A, Nr. 260-A, Ziff. 40) Rechnung getragen werden. Als Bestimmtheitsurrogate in Frage kommen auch Begründungs-
- pflichten für Entscheide und Informationspflichten über die aktuelle und zukünftige Verwaltungspraxis, vgl. Engi 2006, 24; Ritter 1994, 187 f.; Cottier 1991, 209 ff.
- 7 Dies gilt ganz besonders für Massnahmen der Datenbearbeitung, vgl. Schwegler 2001, 26; Saladin/Walder 1980, 85.
- 8 Vgl. auch Urt. der Vorinstanz in BVR 2005, 118 ff.
- 9 Diese Verordnung wurde mittlerweile aufgehoben. Die Bestimmungen zur Wegweisung und Fernhaltung finden sich jetzt in Art. 12 des Polizeigesetzes des Kantons Graubünden vom 20. Oktober 2004 (BR 613.009).
- 10 Dies war auch deshalb problematisch, da die Notwendigkeit der Bestimmung v.a. mit Blick auf Grossveranstaltungen wie das World Economic Forum in Davos (WEF) oder die Ski-Weltmeisterschaft im Oberengadin gerechtfertigt wurde (vgl. Botschaft vom 25. September 2001, Teilrevision der Verordnung über die Kantonspolizei [KaPo-VO], H. Nr. 7/2001-2002, 421 ff.; BGE 128 I 327, 328 f.), tatsächlich aber umfassend anwendbar war.
- 11 I.c. ging es um die Befugnis, den Post-, Telefon- und Telegrafatenverkehr zu überwachen oder technische Überwachungsgeräte einzusetzen, um ein Verbrechen oder Vergehen zu verhindern, s. BGE 109 Ia 273, 275.
- 12 Müller (1979, 169) bestreitet jedoch, dass im Polizeiwesen ein besonderes Flexibilitätsbedürfnis bestehe.
- 13 Fehleinschätzung der Gefahrensituation eines Beamten während des Einsatzes kann Haftung des Staates nach Art. 2 EMRK auslösen. Dieser prozedurale Aspekt des Grundrechtsschutzes wurde besonders im Zusammenhang mit der Terrorismusbekämpfung deutlich: EGMR, Urt. vom 4. Mai 2001, McKerr, Rec. 2001-III, Ziff. 160.
- 14 Angenommen in der Volksabstimmung vom 24. Februar 2008, voraussichtliches Inkrafttreten am 1. Januar 2009.
- 15 Entgegen der Auffassung des Bundesgerichts in BGE 109 Ia 273 hätte es denn auch am Gesetzgeber selbst gelegen, in der damaligen baselstädtischen Strafprozessordnung die Voraussetzungen für die Anordnung präventiver Überwachungsmaßnahmen (vgl. vorne, Fn. 11) zu normieren. Vgl. dazu Kölz (1994, 342), wonach das Bundesgericht aufgrund seiner geäusserten Bedenken die betreffende Norm hätte aufheben müssen: «Es wäre klarerweise Aufgabe des Gesetzgebers gewesen, die vom Bundesgericht aufgestellten Schranken in präzisierender Form zu normieren – wenn auch mit Hilfe von subsidiären Generalklauseln.» Das Bundesgericht hätte «diese fahrlässige Normierung des

- baselstädtischen Gesetzgebers nicht tolerieren dürfen». Der EGMR fordert in ständiger Rechtsprechung besondere, klare gesetzliche Massnahmen bei Beschränkungen der Grund- und Menschenrechte durch geheime polizeiliche Datenbearbeitungen: vgl. EGMR, Urt. vom 6. September 1978, Klass u.a., Serie A Nr. 28 (EuGRZ, 1979, 278 ff.); Urt. vom 25. Februar 1987, Leander, Serie A Nr. 116; Urt. vom 24. August 1998, Lambert, Rec. 1998-V, 2230 ff. (EuJZ 1999, 570 ff.); Urt. vom 4. Mai 2000, Rotaru, Rec. 2000-V (EuJZ 2001, 74 ff.); Urt. vom 25. September 2001, P.G. und J.H., Rec. 2001-IX.
- 16 Vgl. auch das grundlegende Urteil des EGMR vom 6. September 1978, Klass u.a., Serie A Nr. 28, Ziff. 49, wo das Gericht im Zusammenhang mit einem Gesetz zur geheimen Überwachung des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs festhielt: «The Court, being aware of the danger such a law poses of undermining or even destroying democracy on the ground of defending it, affirms that the Contracting States may not, in the name of the struggle against espionage and terrorism, adopt whatever measures they deem appropriate.» Vgl. zur nur sehr beschränkten Möglichkeit, unbestimmte polizeirechtliche Normen mit Geheimhaltungsinteressen zu rechtfertigen, auch Ritter 1994, 184 f.; s. auch Kap. 3.1.
- 17 Antrag des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 5. Juli 2006, 45.
- 18 Vgl. zur Eingriffsqualität der polizeilichen Observation Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1085, 1252 sowie Zalunardo-Walser 1998, 52 f., 57 ff. und Reinhard 1993, 224. Vgl. EGMR, Urt. vom 28. Januar 2003, Peck, Rec. 2003-I, Ziff. 59 ff.: Zum Schutzbereich von Art. 8 EMRK gehört es grundsätzlich auch, sich im öffentlichen Raum zu bewegen, ohne dass dies polizeilich aufgezeichnet wird.
- 19 Differenzierend Schefer 2005, 23 f. und Baumann 2004, 510, 528, 534. Zum Eingriff in die Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV) durch Wegweisungs- und Fernhaltungsmassnahmen s. BGE 132 I 49, E. 5.3.
- 20 Zu denken ist nur an die zunehmende Installation von Videoüberwachungsanlagen im öffentlichen Raum (vgl. z.B. Basler Zeitung vom 13. August, 13) oder die Bestrebungen, dem Staatsschutz zusätzliche Möglichkeiten zur Informationsbeschaffung einzuräumen (vgl. Schweizer 1997, 384 und Fn. 1).
- 21 Gerade die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen dürfte jedoch i.d.R. einen schweren Grundrechtseingriff darstellen, vgl. Gutachten des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten vom 9. August 1995, aufdatiert am 25. April 1996, VPB 60.77, Ziff. 2.1; Schwegler 2001, 27.
- 22 Dass die Datenbearbeitung in einer für den Einzelnen grundsätzlich erkennbaren Art und Weise erfolgen muss, ergibt sich aber schon aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. Art. 4 Abs. 2 DSG und Maurer-Lambrou/Steiner 2006, Komm. zu Art. 4 DSG, Rz. 8).
- 23 Recommendation No. R (87) 15 of the Committee of Ministers to member states of the Council of Europe regulating the use of personal data in the police sector.
- 24 «The collection of personal data for police purposes should be limited to such as is necessary for the prevention of a real danger or the suppression of a specific criminal offence. Any exception to this provision should be the subject of specific national legislation.»
- 25 «The collection of data by technical surveillance or other automated means should be provided for in specific provisions.»
- 26 Antrag des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 5. Juli 2006, 45.
- 27 Man könnte insofern auch von einer gewissen «Scheintatbestandlichkeit» sprechen.
- 28 Botschaft vom 15. Juni 2004, Erlass eines kantonalen Polizeigesetzes, Heft Nr. 5/2004–2005, 876.
- 29 Eingehend zur Anfechtbarkeit polizeilicher Realakte unter dem Gesichtspunkt der Rechtsweggarantie Mohler 2007, 461 ff.
- 30 In Zürich bspw. das Polizeiinformationssystem POLIS, vgl. den dazu ergangenen Entscheid BGer 1P.71/2006.
- 31 Zur Problematik des indirekten Auskunftsrechts im Staatschutz vgl. Mona-Magni 2007, 364 ff.; Eidg. Datenschutzkommission, Urt. vom 15.2./23.5.2006 Nr. 09/05, ZBl 7/2007, 392 ff.
- 32 «Die Vorsteherin oder der Vorsteher des Sicherheitsdepartementes kann zur Verhinderung eines Verbrechens oder Vergehens, dessen Schwere oder Eigenart den Eingriff rechtfertigt, den Post- und Fernmeldeverkehr überwachen oder technische Überwachungsgeräte einsetzen lassen, wenn bestimmte Umstände auf die Vorbereitung einer solchen Tat schliessen lassen und wenn die notwendigen Ermittlungen ohne die Überwachungen wesentlich erschwert würden.»

Literatur

- Albertini, Gianfranco, 2005, Die polizeilichen Massnahmen gemäss Art. 9-22 des Polizeigesetzes des Kantons Graubünden vom 20. Oktober 2004, Chur.
- Baumann, Felix, 2004, Inhalt und Tragweite der Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), ZBl 2004, S. 505 ff.
- Borer, Thomas, 1986, Das Legalitätsprinzip und die auswärtigen Angelegenheiten, Basel.
- Cottier, Thomas, 1991, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage, 2. Auflage, Chur/Zürich.
- Denninger, Erhard, 2007, Gefahrenabwehr, in: Litsken, Hans/Denninger, Erhard, Handbuch des Polizeirechts, 4. Auflage, München, S. 299 ff.
- Dubs, Hans, 1974, Die Forderung der optimalen Bestimmtheit belastender Rechtsnormen, ZSR II 1974, S. 223 ff.
- Engi, Lorenz, 2006, Gesetzmässigkeit der Verwaltung heute, recht 2006, S. 17 ff.
- Feuz, Roland, 2002, Materielle Gesetzesbegriffe, Bern.
- Häfelin, Ulrich/Müller, Georg/Uhlmann, Felix, 2006, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich.
- Hangartner, Yvo, 2008, Komm. zu Art. 5 BV, in: Ehrenzeller, Bernhard/Mastronardi, Philippe/Schweizer, Rainer J./Vallender, Klaus A., St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 2. Auflage, Zürich.
- Hug, Thomas, 1980, Schusswaffengebrauch durch die Polizei, Zürich.
- Jöhri, Yvonne/Studer, Marcel, 2006, Komm. zu Art. 17 DSG, in: Maurer-Lambrou, Urs/Vogt, Nedim Peter, Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz, 2. Auflage, Basel.
- Kölz, Alfred, 1985, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1983, ZBJV 1985, S. 334 ff.
- Maurer-Lambrou, Urs/Steiner, Andrea, 2006, Komm. zu Art. 4 DSG, in: Maurer-Lambrou, Urs/Vogt, Nedim Peter, Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz, 2. Auflage, Basel.
- Mohler, Markus H.F., 2007, Zur Anfechtbarkeit polizeilicher intervenierender Realakte unter dem Gesichtspunkt der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV-Justizreform, AJP 2007, S. 461 ff.
- Mona-Magni, Tiziana, Das indirekte Auskunftsrecht – zur Praxis der Eidgenössischen Datenschutzkommission, ZBl 2007, S. 364 ff.
- Moor, Pierre, 2001, Principes de l'activité étatique et responsabilité de l'Etat, in: Thürer, Daniel/Aubert, Jean-François/Müller, Jörg Paul, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich, S. 265 ff.
- Müller, Georg, 1979, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzverteilung, Basel.
- Müller, Georg, 2006, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2. Auflage, Bern.
- Müller, Lucien/Widmer, Nina/Schweizer, Rainer J., BWIS-II Reform: Kritische Bemerkungen, digma 3/2008, S. 124 ff.
- Müller, Markus/Jenni, Christoph, Polizeiliche Generalklausel, Sicherheit & Recht 1/2008, S. 4 ff.
- Ogg, Marcel, 2002, Die verwaltungsrechtlichen Sanktionen und ihre Rechtsgrundlagen, Zürich.
- Peter, James Thomas, 1994, Das Datenschutzgesetz im Privatbereich, Zürich.
- Pfander, Urs, 1991, Garantie Innerer Sicherheit, Chur.
- Reinhard, Hans, 1993, Allgemeines Polizeirecht – Aufgaben, Grundsätze, Handlungen, Bern.
- Ritter, Werner, 1994, Das Erfordernis der genügenden Bestimmtheit – dargestellt am Beispiel des Polizeirechts, Chur/Zürich.
- Rouiller, Claude, 1992, Le principe de la légalité en droit public suisse, in: Morand, Charles-Albert, La légalité: un principe à géométrie variable, Basel, S. 7 ff.
- Ruegg, Jean/Flückiger, Alexandre/November, Valérie/Klauser, Francisco, 2006, Vidéosurveillance et risques dans l'espace à usage public – Représentations des risques, régulation sociale et liberté de mouvement, Genève.
- Saladin, Peter/Walder, Hans, 1980, Gutachten zum Verhältnis von Datenschutz und Polizei, Bern.
- Schefer, Markus, 2005, Grundrechte in der Schweiz – Ergänzungsband zur dritten Auflage des gleichnamigen Werks von Jörg Paul Müller, Bern.
- Schefer, Markus, 2006, Die Beeinträchtigung von Grundrechten – zur Dogmatik von Art. 36 BV, Bern.
- Schwegler, Ivo, 2001, Datenschutz im Polizeiwesen von Bund und Kantonen, Bern.
- Schweizer, Rainer J., 1991, Notwendigkeit und Grenzen einer gesetzlichen Regelung des Staatsschutzes – Überlegungen vor der Neuordnung, ZBl 1991, S. 285 ff.
- Schweizer, Rainer J., 1997, Entwicklungen im Polizeirecht von Bund und Kantonen, AJP 1997, S. 379 ff.
- Schweizer, Rainer J., 2005, Zur Nachführung des Legalitätsprinzips, in: Bovay, Benoît / Nguyen, Minh Son, Mélanges en l'honneur de Pierre Moor, Bern, S. 517 ff.
- Schweizer, Rainer J./Sutter, Patrick/Widmer, Nina, 2008, Grundbegriffe, in: Schweizer, Rainer J., Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR Bd. III/1, Basel, S. 53 ff.

- Schweizer, Rainer J., 2008, Komm. zu Art. 36 BV, in: Ehrenzeller, Bernhard/Mastronardi, Philippe/Schweizer, Rainer J./Vallender, Klaus A., St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 2. Auflage, Zürich.
- Trochsler-Hugentobler, Carmen/Lobsiger, Adrian, 2008, Polizeiliche Befugnisse und Handlungsformen, in: Schweizer, Rainer J., Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR Bd. III/1, Basel, S. 279 ff.
- Tschannen, Pierre/Zimmerli, Ulrich, 2005, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern.
- Wiederin, Ewald, 1998, Sicherheitspolizeirecht, Wien.
- Wiederin, Ewald, 2003, Privatsphäre und Überwachungsstaat, Wien.
- Zalunardo-Walser, Roberto, 1998, Verdeckte kriminalpolizeiliche Ermittlungsmassnahmen unter besonderer Berücksichtigung der Observation, Zürich.
- Zimmerli, Ulrich, 1984, Zum Gesetzmässigkeitsprinzip im Verwaltungsrecht, recht 1984, S. 73 ff.

Résumé

Les lois sur la police ont pour buts le maintien de l'ordre et de la sécurité publics, l'élimination des perturbations, la prévention des délits et la protection des biens juridiques de police. Mais la législation sur la police doit en même temps limiter la marge de manœuvre de l'Etat de manière à éviter des atteintes abusives aux libertés fondamentales. Les motifs fréquemment avancés pour justifier le recours à des normes de droit indéterminées doivent être soumis à un examen critique; il importe aussi d'expliquer pourquoi il n'est possible de contrebalancer des normes ouvertes que partiellement. Rien d'étonnant alors que l'application du principe de la légalité dans le droit de la police soit source de controverse. Une vision différenciée est dès lors nécessaire, ce qui pose certaines difficultés au législateur.