

Rechtsgutachten

Prof. Dr. Andreas Donatsch, Rechtsanwalt

Umgang mit gefährlichen Personen

Mögliche gesetzgeberische Lösungen auf Stufe Bund und Kantone

erstattet zuhanden

**Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD),
vertreten durch Generalsekretär Fürsprecher Roger Schneeberger**

**Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, handelnd durch das Bundesamt für
Polizei (fedpol)**

Zürich, 4. April 2019

Inhaltsübersicht

Literatur.....	4
Abkürzungen.....	8
I. Einleitung und Auftrag	14
A. Ausgangspunkt und Einschätzungen der KKJPD und von fedpol	14
B. Auftrag	16
C. Gegenstand des Gutachtens und Schwerpunktbildung	17
II. Gutachterliche Stellungnahme	18
A. Entzug der Freiheit	18
1. Anordnung sowie Vollzug von Strafen und Massnahmen	18
a. Anordnung und Vollzug von Strafen	18
b. Anordnung und Vollzug von Massnahmen.....	18
2. Zumindest teilweise polizeirechtlich motivierte Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie Friedensbürgschaft	19
a. Wesen der strafprozessual geregelten Wiederholungs- und Ausführungsgefahr	19
b. Wesen der Friedensbürgschaft	20
c. Zuständigkeiten	21
3. Sicherheitspolizeilich begründeter Gewahrsam	23
a. Wesen des sicherheitspolizeilichen Gewahrsams.....	23
b. Anordnung sicherheitspolizeilichen Gewahrsams gegenüber einer (psychisch) gesunden Person.....	24
c. Anordnung sicherheitspolizeilichen Gewahrsams gegenüber einer psychisch kranken Person	24
d. Anordnung sicherheitspolizeilichen Gewahrsams im Anschluss an einen Straf- oder Massnahmenvollzug.....	25
4. Vereinbarkeit sicherheitspolizeilich begründeten Gewahrsams mit der EMRK und dem IPBPR.....	25
a. Grundlegendes	25
b. Straf- und Massnahmenvollzug.....	27
c. Nichtbefolgen einer gerichtlichen Anordnung oder Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 lit. b EMRK	27
d. Hinderung der Begehung einer Straftat im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK.....	32
e. Anordnung von sicherheitspolizeilichem Gewahrsam bei psychisch Kranken im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK.....	35

f.	Anordnung von sicherheitspolizeilichem Gewahrsam im Anschluss an den Straf- oder Massnahmenvollzug.....	39
5.	Anordnung sowie Höchstdauer des sicherheitspolizeilichen Gewahrsams und Zuständigkeiten	42
a.	Anordnung sicherheitspolizeilichen Gewahrsams	42
b.	Höchstzulässige Dauer des Haftprüfungsverfahrens	43
c.	Höchstzulässige Dauer des sicherheitspolizeilichen Gewahrsams	44
6.	Zwischenfazit und rechtsvergleichende Hinweise	47
a.	Zusammenfassung der wesentlichsten Eckpunkte.....	47
b.	Rechtsvergleich betreffend die Höchstdauer sicherheitspolizeilichen Gewahrsams	49
B.	Eingrenzung auf eine Liegenschaft.....	50
1.	Wesen und rechtliche Einordnung der Massnahme	50
2.	Zuständigkeiten	54
C.	Wegweisung, Kontakt- und Annäherungsverbot.....	55
1.	Wesen und rechtliche Einordnung der Massnahmen	55
2.	Zuständigkeiten	59
D.	Elektronische Fussfessel, Überwachung, Ausweis- und Schriftensperre, Personenschutz.....	59
1.	Wesen und rechtliche Einordnung	59
2.	Zuständigkeiten	61
E.	Gefährderermahnung	61
1.	Wesen und rechtliche Einordnung der Gefährderermahnung	61
2.	Zuständigkeiten	63
F.	Allgemeine Prävention.....	63
G.	Weitere Bemerkungen.....	64
III.	Beantwortung der Gutachterfragen	64
IV.	Anhang: Auswahl an gesetzlichen Regelungen.....	71

Literatur

- ALBERTINI GIANFRANCO, Polizeigesetz und Polizeiverordnung des Kantons Graubünden, Zürich/Basel/Genf 2013
- ALBERTINI GIANFRANCO/FEHR BRUNO/VOSER BEAT (Hrsg.), Polizeiliche Ermittlung, Ein Handbuch der Vereinigung der Schweizerischen Kriminalpolizeichefs zum polizeilichen Ermittlungsverfahren gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2008
- BAUMANN ANDREAS, Aargauisches Polizeigesetz, Praxiskommentar, Zürich/Basel/Genf 2006
- CONINX ANNA, Haft wegen Ausführungsgefahr – Notwendige Beschränkung einer hybriden Rechtsfigur zwischen Strafprozessrecht und Polizeirecht, ZSR 2016 I, 383 ff.
- CONINX ANNA/MONA MARTINO, Strafprozessualer Zwang und positive Schutzpflichten – Verbrechensverhütung als Legitimation von Zwangsmassnahmen, ZStrR 2017, 1 ff.
- DONATSCH ANDREAS/HANSJAKOB THOMAS/LIEBER VIKTOR (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014
- DONATSCH ANDREAS/SCHMID NIKLAUS, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 2000
- DONATSCH ANDREAS/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/WOHLERS WOLFGANG, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014
- DONATSCH ANDREAS/TAG BRIGITTE, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013
- DONATSCH ANDREAS/THOMMEN MARC/WOHLERS WOLFGANG, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2017
- DREWES MICHAEL/MALMBERG KARL MAGNUS/WALTER BERND, Bundespolizeigesetz (BPolG) Zwangsanwendung nach Bundesrecht, VwVG/UZwg, 5. Aufl., Stuttgart u.a. 2015
- DUMITRESCU ADRIAN, Die Präventivhaft nach Art. 221 Abs. 2 StPO, AJP 2015, 447 ff.

- FROWEIN JOCHEN ABR./PEUKERT WOLFGANG (Hrsg.), Europäische Menschenrechts-Konvention, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl 2009
- GOLLWITZER WALTER, Menschenrechte im Strafverfahren, MRK und IPBPR, Kommentar, Berlin 2005
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016
- HEESEN DIETRICH/HÖNLE JÜRGEN/PEILERT ANDREAS/MARTENS HELGO (Hrsg.), Bundespolizeigesetz, Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz, Gesetz über den unmittelbaren Zwang, Kommentar, 5. Aufl., Hilden 2012
- JAAG TOBIAS/ZIMMERLIN SVEN, in: Jositsch Daniel/Schwarzenegger Christian/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Die Polizei zwischen Gefahrenabwehr und Ermittlung von Straftaten, in: Festschrift für Andreas Donatsch, Zürich 2017, 399 ff.
- JOSITSCH DANIEL/EGE GIAN/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018
- LENTJES MEILI CHRISTIANE, Präventiv oder Repressiv?, in: Liber amicorum für Andreas Donatsch, Zürich 2012, 437 ff.
- LISKEN/DENNINGER, Handbuch des Polizeirechts, Denninger Erhard/Rachor Frederik (Hrsg.), 5. Aufl., München 2012
- MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/RAUMER STEFAN (Hrsg.), EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2017
- MOECKLI DANIEL/KELLER RAPHAEL, Wegweisungen und Rayonverbote – ein Überblick, Sicherheit & Recht 2012, 231 ff.
- MOHLER MARKUS H. F., Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012
- MONA MARTINO/WEBER JONAS (Hrsg.), Fürsorge oder Präventivhaft, Zum Zusammenwirken von strafrechtlichen Massnahmen und Erwachsenenschutz, Materialien der «Fachgruppe Reform des Strafwesens», Bd. 11, Bern 2018
- MOREILLON LAURENT/PAREIN-REYMOND AUDE, CPP, Code de procédure pénale, 2^e édition, Bâle 2016

- NIGGLI MARCEL A./HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014 (zit.: BSK StPO I bzw. BSK StPO II)
- NIGGLI MARCEL A./WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, 4. Aufl., Basel 2019 (zit.: BSK StGB I bzw. BSK StGB II)
- OBERHOLZER NIKLAUS, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012
- PABEL KATHARINA/SCHMAHL STEFANIE, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, mit einschlägigen Texten und Dokumenten, 20. Lieferung, Köln 2016
- PIETH MARK, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Aufl., Basel 2016
- PIQUEREZ GÉRARD/MACALUSO ALAIN, Procédure pénale suisse, 3^e édition, Genève/Zürich/Bâle 2011
- RIEDO CHRISTOF/FIOLKA GERHARD/NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011
- RIKLIN FRANZ, StPO, Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, 2. Aufl., Zürich 2014
- SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017 (zit.: SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar)
- SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017 (zit. SCHMID/JOSITSCH, Handbuch)
- SEELMANN MARTIN, Präventive Strafverfolgung – ein notwendiges Oxymoron?, Strafprozessuale Haft ohne Anlasstat: Besondere Problemstellungen beim Haftgrund der Ausführungsgefahr nach Art. 221 Abs. 2 StPO, in: Coninx Anna/Ege Gian/Mausbach Julian (Hrsg.), Prävention und freiheitliche Rechtsordnung, Zürich/St. Gallen 2017, 107 ff.
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., Bern 2006

TIEFENTHAL JÜRIG MARCEL, Kantonale Polizeihöheit. Eine systematische Darstellung des kantonalen Polizeirechts anhand des Schaffhauser Polizeigesetzes, Zürich/Basel/Genf 2016

TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013

VILLIGER MARK E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Zürich 1999

WEDER ULRICH, Die gefährliche beschuldigte Person und die Wiederholungs- und Ausführungsgefahr, ZStrR 2014, 367 ff.

Abkürzungen

Abs.	Absatz
AIG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration vom 16.12.2005 (SR142.20)
AJP	Allgemeine Juristische Praxis
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ASOG Bln	Allgemeines Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin (Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsgesetz vom 9.8.2006 (GVBl. 2006 930)
ASZ	Amtliche Sammlung der Stadt Zürich
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
Bd., Bde.	Band, Bände
BGBI	(deutsches) Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
Botschaft	
Al-Qaïda	Botschaft zum Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen vom 12.11.2014, BBl 2014 8925 ff.
Botschaft Verlängerung	Botschaft zur Verlängerung des Bundesgesetzes über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen vom 20.11.2017, BBl 2018 87 ff.
Botschaft StPO	Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005, BBl 2006 1085 ff.
Botschaft	
Terrorismus	Botschaft zur Genehmigung und zur Umsetzung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung des Terrorismus mit dem da-

	zugehörigen Zusatzprotokoll sowie zur Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität, BBl 2018 6427 ff.
BPolG	Gesetz über die (deutsche) Bundespolizei vom 19.10.1994 (BGBl. 1, S. 2978 f.)
BÜPF	Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 18.3.2016 (SR 780.1)
BG Al-Qaïda	Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen vom 12.12.2014 (SR 122)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (SR 101)
BWIS	Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 21.3.1997 (SR 120)
bzw.	beziehungsweise
c.	contra
CPP	Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (SR 312.0)
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
E-	Entwurf
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EM	electronic monitoring
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 (SR 0.101)
f., ff.	und folgende
Fn.	Fussnote
GBL	Gesetzesblatt
GUG	Gesicherte Unterbringung von Gefährdern
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GS	Gesetzessammlung
GSG/ZH	Gewaltschutzgesetz vom 19.6.2006 (LS 351)

Hooligan-Konkordat	Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen vom 15.11.2007 (SAR 533.100)
Hrsg.	Herausgeber
HSOG	Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung vom 4.7.2018 (GVBl. I 2005 S 14)
IPBPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966 (SR 0.103.2)
i.V.m.	in Verbindung mit
JStPO	Schweizerische Jugendstrafprozessordnung (Jugendstrafprozessordnung) vom 20.3.2009 (SR 312.1)
KKJPD	Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren
lit.	litera (Buchstabe)
LS	Zürcher Loseblattsammlung (Gesetzessammlung)
LVwG	Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein (Landesverwaltungsgesetz) vom 2.6.1992 (GVObI. 1992 243, 534)
MRK	s. EMRK
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N.	Note
Nr.	Nummer
PAG/Bay	Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayrischen Staatlichen Polizei, Polizeiaufgabengesetz, vom 14.9.1990, in Kraft ab 25.5.2018 (BayRS 2012-1-1-I)
PAG/Thüringen	Thüringer Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei (Polizeiaufgabengesetz) vom 4.6.1992 (GVBl. 1992 199)
PMT/VE	Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (Vorentwurf)
PMT/Bericht/VE	Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zum Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus
PolG/AG	Gesetz über die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit (Polizeigesetz) vom 6.12.2005 (SAR 531.200)

PolG/AI	Polizeigesetz vom 29.4.2001 (550.000)
PolG/AR	Polizeigesetz vom 13.5.2002 (521.1)
PolG/BE	Polizeigesetz vom 8.6.1997 (551.1)
PolG/BE/Entwurf	Antrag des Regierungsrats für das Polizeigesetz des Kantons Bern vom 5.7.2017 (Geschäfts-Nr. 2013.POM.103)
PolG/BL	Polizeigesetz vom 28.11.1996 (700)
PolG/BS	Gesetz betreffend die Kantonspolizei des Kantons Basel-Stadt vom 13.11.1996 (510.100)
PolG/BW	Polizeigesetz von Baden-Württemberg vom 13.1.1992 (GBl. 1992, 2050)
PolG/FR	Gesetz über die Kantonspolizei vom 15.11.1990 (551.1)
PolG/GE	Loi sur la police de la République et canton de Genève vom 9.9.2014 (F 1 05)
PolG/GL	Polizeigesetz vom 6.6.2007 (V A/11/1)
PolG/GR	Polizeigesetz des Kantons Graubünden vom 20.10.2004 (613.000)
PolG/LU	Gesetz über die Luzerner Polizei vom 27.1.1998 (350)
PolG/NE	Loi sur la police neuchâteloise vom 20.2.2007 (561.1)
PolG/NRW	Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen vom 25.7.2003
PolG/NW	Gesetz über das Polizeiwesen vom 11.6.2014 (911.1)
PolG/OW	Polizeigesetz vom 11.3.2010 (510.1)
PolG/Sachs.	Polizeigesetz des Freistaates Sachsen vom 13.8.1999 (SächsGVBl 1999 Nr. 16, S. 466)
PolG/SG	Polizeigesetz vom 10.4.1980 (451.1)
PolG/SH	Polizeigesetz vom 21.2.2000 (354.100)
PolG/SO	Gesetz über die Kantonspolizei vom 23.9.1990 (511.11)
PolG/SZ	Polizeigesetz vom 22.3.2000 (520.110)
PolG/TI	Legge sulla polizia del 12 dicembre 1989 (561.100)
PolG/TG	Polizeigesetz vom 9.11.2011 (551.1)
PolG/UR	Polizeigesetz vom 30.11.2008 (3.8111)
PolG/ZG	Polizeigesetz vom 30.11.2006 (512.1)
PolG/ZH	Polizeigesetz vom 23.4.2007 (LS 550.1)

R (87) 19	Recommendation of the Committee of Ministers to member States on the organisation of crime prevention, 24 September 1987
Rec(2000)20	Recommendation of the Committee of Ministers to member States on the role of early psychosocial intervention in the prevention of criminality, 6 October 2000
Rec(2000)10	Recommendation of the Committee of Ministers to member States concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder and its Explanatory Memorandum, 22 September 2004
Rec(2014)3	Recommendation of the Committee of Ministers to member States concerning dangerous offenders, 19 February 2014
Rec(2014)4	Recommendation of the Committee of Ministers to member States on electronic monitoring, 29 February 2014
Rec(2018)6	Recommendation of the Committee of Ministers to member States on terrorists acting alone, 4 April 2018
Res. 61/171	Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen 61/171 zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten bei der Bekämpfung des Terrorismus vom 19.12.2006, Verteilung : Allgemein 1.3.2007
Rz.	Randziffer
S.	Seite
s.	siehe
SKP	Schweizerische Kriminalprävention
sog.	sogenannt
SOG/Hamb.	Hamburger Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vom 14.3.1966 (HmbGBl. S. 77)
SOG M-V	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg-Vorpommern (Sicherheits- und Ordnungsgesetz) vom 9.5.2001 (GVOBl. M-V 2001 S. 246)
SOG LSA	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung des Landes Sachsen-Anhalt vom 17.10.2013 (GVBl. LSA 2014 S. 380)

SOG/Nds.	Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung vom 19.1.2005 (Nds. GVBl. 2/2005 S. 9)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StBOG	Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (Strafbehördenorganisationsgesetz) vom 19.3.2010 (SR 173.71)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung) vom 5.10.2007 (SR 312.0)
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19.12.1958 (SR 741.01)
u.a.	und andere; unter anderem
Übereinkommen	
Terrorismus	Übereinkommen des Europarats zur Verhütung von Terrorismus vom 16.5.2005 (Treaty Series Nr. 196)
v.	vom
VE	Vorentwurf
vgl.	vergleiche
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
ZAG	Bundesgesetz über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (Zwangsanwendungsgesetz) vom 20.3.2008 (SR 364)
z.B.	zum Beispiel
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 (SR 210)
ZeugSG	Bundesgesetz über den ausserprozessualen Zeugenschutz vom 23.12.2011 (SR 312.2)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZP	Zusatzprotokoll
ZP Terrorismus	Zusatzprotokoll zum Übereinkommen des Europarats zur Verhütung des Terrorismus vom 22.10.2015 (Treaty Series Nr. 217)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

I. Einleitung und Auftrag

A. Ausgangspunkt und Einschätzungen der KKJPD und von fedpol

- 1 «Im Zusammenhang mit der aktuellen Bedrohungslage stellen sich verschiedene Fragen zu Möglichkeiten und Grenzen im Bereich der präventiven Haftanordnung, der gesicherten Unterbringung von Gefährdern sowie der Abklärung eben solcher Gefährder. Konkret geht es darum, ob und wie neue rechtliche Regelungen getroffen und damit allfällige Lücken geschlossen werden können. Dabei ist sowohl der Wahrung der öffentlichen Sicherheit als auch der Wahrung der Rechtsstaatlichkeit Rechnung zu tragen. Entsprechend drängt sich aus Sicht von EJPD und KKJPD eine gutachterliche Abklärung in diesem wichtigen und komplexen Themenbereich auf.

Die KKJPD hat in ihrer Stellungnahme zur PMT-Vorlage angeregt, eine Gesicherte Unterbringung von Gefährdern (GUG) zu prüfen. In der Phase vor der Einleitung eines Strafverfahrens steht mit der strafprozessualen Zwangsmassnahme der Untersuchungs- und Sicherheitshaft ein geeignetes und rechtsstaatlich abgestütztes Instrument zur Verfügung, um einer allfälligen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit entgegenzuwirken. Hingegen steht eine solche Möglichkeit nach Verbüßung einer Strafe nicht zur Verfügung. Um dem Sicherheitsbedürfnis der Bevölkerung Rechnung zu tragen, sollte eine Möglichkeit geschaffen werden, eine Person in spezifischen Einzelfällen nach Ablauf der Strafdauer zu inhaftieren, um weiterhin den Schutz der Öffentlichkeit vor schweren terroristisch motivierten Straftaten zu gewährleisten. Die sog. zivilrechtliche fürsorgerische Unterbringung nach Art. 426 ff. ZGB ist für diese Art von Gefährdern weder vorgesehen noch aus Sicherheitsüberlegungen geeignet. Auch im besonderen Fall einer Ausländerin oder eines Ausländers müssen entsprechende Massnahmen ergriffen werden können, wenn – wie das in der Praxis regelmässig der Fall ist – keine Ausschaffungshaft (gemäss Art. 75 ff. AIG) angeordnet werden kann, entweder wegen des sog. Non-Refoulement-Prinzips oder weil die auszuschaffende Person von keinem Staat als Staatsbürger anerkannt wird

Deshalb schlägt die KKJPD vor, die Einführung einer sogenannten gesicherten Unterbringung für Gefährder (GUG) in Betracht zu ziehen. Die GUG sollte sicherstellen, dass

rechtskräftig wegen terroristischer Straftaten verurteilte Personen, die auch nach Verbüßen ihrer Strafe weiterhin ein konkretes und ernsthaftes Rückfallrisiko für terroristische Gewalttaten aufweisen, nicht ohne nachfolgende Sicherungsmassnahmen aus dem Strafvollzug entlassen werden. Die KKJPD ist klar der Auffassung, dass die GUG eine ausdrückliche formell-gesetzliche Grundlage benötigt. Diese könnte in Ergänzung zu den in der Vorlage PMT vorgeschlagenen polizeilichen Massnahmen, namentlich zur Eingrenzung auf eine Liegenschaft, ins Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus (PMT) integriert werden.

Für die GUG wären folgende Eckpunkte festzuhalten:

1. Antragstellung an fedpol durch die zuständigen kantonalen Behörden;
2. Einbezug des Nachrichtendienstes;
3. Richterliche Prüfung und Rechtsmittel analog wie bei der Eingrenzung auf eine Liegenschaft;
4. Kostenübernahme durch den Bund, analog der Regelung in Art. 74 Abs. 5 StBOG, weil es sich dabei um den Vollzug eines Urteils der Bundesgerichtsbarkeit durch die Kantone handelt (vgl. dazu auch Anmerkungen in Fussnote 1).

Die heute im Strafvollzug der Kantone vorgesehenen und angewandten Instrumente der Risikoanalyse (d.h. die Instrumente des sog. Risikoorientierten Sanktionenvollzugs mit der sog. forensischen Abklärung und Vollzugsverlaufseinschätzung, in Kombination mit der Überprüfung von Risikotätern durch die sog. Gefährlichkeitskommissionen nach Art. 75a StGB, wie auch das Erstellen von Rückfallprognosegutachten durch spezialisierte forensische Psychiater) reichen aus, um das Gewaltpotential und auch die Rückfallgefahr von verurteilten Terroristen/extremistischen Gewaltstraftätern während des Freiheitsentzugs eindeutig einzuschätzen. Für die Anordnung präventiver Massnahmen nach einer Entlassung aus dem Strafvollzug müsste das Risiko für die Begehung einer konkreten und unmittelbar drohenden schweren Gewaltstraftat mittels der oben aufgeführten Evaluations- und Prognosemethoden durch die zuständige kantonale Vollzugsbehörde erhärtet sein. Damit die Verfahren für die bedingte Entlassung aus

dem Freiheitsentzug und eine mögliche Anordnung der GUG nach der Entlassung einheitlich und auch unter Einbezug der nachrichtendienstlichen Informationen erfolgen kann, müssten die für den Freiheitsentzug zuständigen kantonalen Behörden für Personen, welche zu terroristischen Aktivitäten gemäss dem neuen Art. 260ter StGB verurteilt worden sind, Gesuche um Vollzugsöffnungen, Verlegungen in den offenen Vollzug, Gesuche um bedingte Entlassung aus dem Freiheitsentzug und Gesuche um Anordnung der GUG an fedpol richten.

Sodann würde der Nachrichtendienst von fedpol zur Stellungnahme hinsichtlich spezifischer Fragestellungen eingeladen. Daraufhin verfügt fedpol gemäss den einschlägigen Bestimmungen des Verwaltungsverfahrens des Bundes bzw. erfolgt die richterliche Anordnung der Massnahme durch das Zwangsmassnahmengericht. Die Entscheidung von fedpol bzw. dem Zwangsmassnahmengericht könnten mittels Beschwerde an das Bundesgericht weitergezogen werden.

Mit dieser zusätzlichen Massnahme könnte das Instrumentarium zur Gewährleistung der Sicherheit aus Sicht der KKJPD vervollständigt werden. Ein Anliegen, welches für die Kantone, welche für die innere Sicherheit die Hauptverantwortung tragen, von zentraler Bedeutung ist.

Die KKJPD und das EJPD sind im Rahmen der Sitzung des Kontaktorgans EJPD-KKJPD vom 16. Februar 2018 zum Schluss gelangt, dass es sinnvoll ist, die aufgeworfenen Fragestellungen im Rahmen eines Rechtsgutachtens prüfen zu lassen.»

B. Auftrag

2.
 1. Welche Möglichkeiten von präventiven Massnahmen gegenüber Gefährdern gibt es aktuell in der Schweiz (aufgeschlüsselt nach eidgenössischem und kantonalem Recht) und welche Kompetenzverteilungen bzw. -beschränkungen gelten für Bund und Kantone? a) Im Straf- und Strafprozessrecht? b) Im Zivilrecht? c) Im öffentlichen Recht?
 2. Wäre die Schaffung einer formellen gesetzlichen Grundlage auf Stufe Bund für eine Gesicherte Unterbringung für terroristische Gefährder (GUG) im Sinne der

vorstehenden Ausführungen unter rechtsstaatlichen und insbesondere unter menschen- und völkerrechtlichen Aspekten grundsätzlich möglich? Wäre sie mit dem nationalen und internationalen Recht vereinbar, insbesondere mit der EMRK? Auf welche Verfassungsgrundlage würde sich die Massnahme stützen?

3. Wie müssten Voraussetzungen (Anordnungszuständigkeit etc.), Ausgestaltung (Periodizität der Überprüfung etc.) und (gerichtliche) Überprüfung einer GUG gesetzlich geregelt werden? Für welchen (maximalen) Zeitraum dürfte eine GUG angeordnet werden?
4. Wie wäre eine solche Massnahme gegenüber dem Anwendungsbereich von Art. 221 Abs. 2 StPO abzugrenzen?
5. Wie wäre eine solche Massnahme gegenüber der Verwahrung im Sinne von Art. 64 ff. StGB abzugrenzen?

C. Gegenstand des Gutachtens und Schwerpunktbildung

- 3 Im vorliegenden Gutachten können nicht sämtliche Fragen beantwortet werden, zu welchen im Zusammenhang mit den gestellten Fragen Stellung genommen werden könnte. Behandelt werden vor allem diejenigen Themenbereiche, welche im eingangs durch die Auftraggeber geschilderten Kontext von einer gewissen Relevanz sein können. Entsprechend wird beispielsweise beim sicherheitspolizeilichen Gewahrsam nicht auf Ausschaffungshaft gemäss AIG (Art. 5 Ziff. 1 lit. d EMRK), die Haft «bei Minderjährigen zum Zwecke überwachter Erziehung und zur Vorführung vor die zuständige Behörde» (Art. 5 Ziff. 1 lit. d EMRK), oder auf die Haft «mit dem Ziel, eine Verbreitung ansteckender Krankheiten zu verhindern» bzw. bei «Alkohol- oder Rauschgiftsüchtigen» (Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK) eingegangen.

Da der Vollzug von Strafen und Massnahmen, welche vom zuständigen Gericht verhängt worden sind, aus konventionsrechtlicher Sicht kaum problematisch ist, wird diese Art des Freiheitsentzugs nur kurz angesprochen.

Schliesslich ist angesichts der zur Verfügung stehenden Mittel eine Schwergewichtsbildung nötig. Das hat zur Folge, dass die Ausführungen im Zusammenhang mit dem

sicherheitspolizeilichen Gewahrsam und mit der Eingrenzung grösseren Tiefgang aufweisen als diejenigen zu den übrigen Massnahmen. Selbst in diesem Zusammenhang steht das Recht auf Bewegungsfreiheit (Art. 32 BV, Art. 5 EMRK sowie Art. 9 IPBPR) im Zentrum. Auf die weiteren Grundrechte wird nur am Rande eingegangen.

II. Gutachterliche Stellungnahme

A. Entzug der Freiheit

1. Anordnung sowie Vollzug von Strafen und Massnahmen

4 Die Kompetenz zur Anordnung des Freiheitsentzugs im Zusammenhang mit der Verhängung von Strafen und Massnahmen liegt beim Bund. Er ist gestützt auf Art. 123 Abs. 1 BV zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafrechts zuständig. Vorbehalten bleiben gemäss Art. 335 Abs. 1 und 2 StGB (neben einem Teil des Übertretungsstrafrechts) die strafrechtlich sanktionierten Widerhandlungen gegen das kantonale Verwaltungs- und Prozessrecht¹.

5 Überdies kann der Bund Vorschriften zum Vollzug von Strafen und Massnahmen erlassen (Art. 123 Abs. 2 StGB)².

a. Anordnung und Vollzug von Strafen

6 Durch den Vollzug einer gerichtlich ausgesprochenen Freiheitsstrafe wird dem Betroffenen die Freiheit entzogen³.

b. Anordnung und Vollzug von Massnahmen

7 Freiheitsentziehende Massnahmen sind – wie der Terminologie zu entnehmen ist – mit einem Freiheitsentzug verbunden⁴.

¹ DONATSCH/TAG, § 3 Ziff. 1.22; HILF, in: Niggli/Wiprächtiger, Art. 335 N. 9 ff.

² Vgl. dazu Art. 74 ff. StGB.

³ Vgl. Art. 74 StGB.

⁴ Vgl. dazu Vierter Titel des StGB: «Vollzug von (...) freiheitsentziehenden Massnahmen»; STRATENWERTH, AT II, § 8 N. 1 f.

2. **Zumindest teilweise polizeirechtlich motivierte Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie Friedensbürgschaft**

a. **Wesen der strafprozessual geregelten Wiederholungs- und Ausführungsgefahr**

8 Beim Vollzug von Untersuchungs- und Sicherheitshaft wird der inhaftierten Person die Freiheit entzogen. Bei beiden Haftarten handelt es sich um eine Haft, welche im Zusammenhang mit einem Strafverfahren angeordnet wird. Entsprechend setzt deren Anordnung grundsätzlich voraus, dass ein Strafverfahren eröffnet worden ist bzw. eröffnet wird, was wiederum das Bestehen eines (dringenden) *Tatverdachts* erforderlich macht⁵.

9 Letzteres gilt allerdings nur mit Bezug auf den Haftgrund der Wiederholungs- bzw. Fortsetzungsgefahr (Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO)⁶. Demgegenüber setzt die Ausführungsgefahr nach Art. 221 Abs. 2 StPO nicht den dringenden Tatverdacht eines schweren Verbrechens oder Vergehens voraus, sondern lediglich, dass «ernsthaft zu befürchten ist, eine Person werde ihre Drohung, ein schweres Verbrechen auszuführen, wahrmachen». Die Haft wegen drohender Ausführungsgefahr kann demnach nach wohl herrschender Lehre ohne (dringenden) Tatverdacht und damit *ohne besonderen Konnex zu einer laufenden Strafuntersuchung* – möglich wären etwa Drohung gemäss Art. 180 StGB oder strafbare Vorbereitungshandlungen nach Art. 260^{bis} StGB – angeordnet werden⁷. Aus diesem Grund ist von «Haft», nicht von «Untersuchungshaft» die Rede⁸.

10 Da (und sofern) der Haftgrund der Ausführungsgefahr somit nicht im Zusammenhang mit einer – gestützt auf einen konkreten Tatverdacht eröffneten – Strafuntersuchung stehen muss, ist *sein Schutzzweck ein rein präventiver*. Es handelt sich um reine Präventivhaft zwecks Verhinderung eines möglichen Verbrechens⁹. Begründet werden

⁵ Art. 309 Abs. 1 lit. a und Art. 221 Abs. 1 StPO.

⁶ Vgl. HUG/SCHWEIDEGGER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Art. 221 N. 30.

⁷ CONINX/MONA, 2; FORSTER, in: Niggli/Wiprächtiger, Art. 221 N. 16; HUG/SCHWEIDEGGER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Art. 221 N. 41; OBERHOLZER, N. 927; PIETH, 144 f.; PIQUEREZ/MACALUSO, N. 1206; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N. 1643; RIKLIN, Art. 221 N. 5; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N. 1026; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, Art. 221 N. 14; unzutreffend PMT/Bericht/VE, 7.

⁸ Vgl. FORSTER, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, Art. 221 N. 16; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, Art. 221 N. 14; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N. 1026.

⁹ Vgl. dazu etwa BGE 137 I 31 E. 4.4; 140 I 2 E. 6.1; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, § 7 Ziff. 2.322; OBERHOLZER, N. 928.

präventive Massnahmen im Zusammenhang mit Strafverfahren durch das Bundesgericht und einen Teil der Lehre mit «positiven Schutzpflichten» bzw. mit den «grundrechtlichen Schutzpflichten» des Staates¹⁰. Der EGMR hat in seiner Praxis drei Ebenen definiert, auf welchen der Staat zum Schutz von Rechtsgütern aktiv werden muss: Erstens obliegt ihm zum Schutz von Rechtsgütern eine gesetzgeberische Pflicht¹¹, zweitens muss er im Rahmen der gesetzlich umschriebenen Regelungen zum Zwecke des Rechtsgüterschutzes aktiv werden¹² und drittens ist der Staat gehalten, Straftaten gegen gewichtige Individualrechtsgüter zu verfolgen¹³. Diese Praxis des EGMR allein vermag aber die Zuständigkeit des Bundes für die Normierung dieser präventiven Haft nicht zu begründen.

b. Wesen der Friedensbürgschaft

- 11 Besteht die Gefahr, dass jemand ein angedrohtes Verbrechen oder Vergehen ausführen oder wiederholen wird, so kann dieser Person gemäss Art. 66 StGB auf Antrag des Bedrohten vom Gericht das Versprechen abgenommen werden, die Tat nicht auszuführen und Sicherheit zu leisten. Verweigert die Person das Versprechen oder leistet sie die Sicherheit nicht, obschon sie dazu in der Lage wäre, so kann sie durch Sicherheitshaft zur Abgabe des Versprechens oder zur Leistung der Sicherheit angehalten werden. Die Sicherheitshaft dauert längstens zwei Monate.
- 12 Die Anordnung der Friedensbürgschaft setzt eine Drohung gegenüber einer bestimmten Person voraus. Überdies muss die bedrohte Person einen Antrag auf Anordnung der Friedensbürgschaft stellen. Sie kann ihren Antrag zurückziehen.
- 13 Somit hängt es allein von der bedrohten Person ab, ob die Friedensbürgschaft angeordnet wird oder nicht. Damit ist die Friedensbürgschaft «auf Verhältnisse zugeschnitten, in denen der potentielle Täter und sein Opfer (...) durch die Zugehörigkeit zur gleichen überschaubaren sozialen Gruppe miteinander verbunden sind»¹⁴.

¹⁰ Z.B. BGE 139 IV 121 E. 4.8; CONINX/MONA, 8 ff.; WEDER, 369 f.

¹¹ Z.B. EGMR v. 20.12.2004, Makaratzis c. Griechenland, Nr. 50385/99, Ziff. 49 ff.

¹² Z.B. EGMR v. 28.10.1998, Osman c. Grossbritannien, Nr. 87/1997/871/1083, Ziff. 115 f.

¹³ EGMR v. 7.2.2006, Scavuzzo-Hager u.a. c. Schweiz, Nr. 41773/98, Ziff. 70 ff.; EGMR v. 22.1.2011, Soare u.a. c. Rumänien, Nr. 24329/02, Ziff. 160 ff.

¹⁴ BGE 137 IV 252 E. 2.4; BGer v. 15.4.2008, 6B_10/2008 E. 1.4.

14 Bei der Sicherheitshaft nach Art. 66 Abs. 2 StGB handelt es sich um eine *Beugehaft* (Exekutivzwang). Mit dieser soll unmittelbar nicht die angedrohte Tat verhindert, sondern die Befolgung der richterlichen Anordnung bewirkt werden¹⁵. Mittelbar dient die Massnahme allerdings ebenfalls der Gefahrenabwehr.

15 Daraus folgt, dass sich polizeilicher Gewahrsam zur Gefahrenabwehr und die Anordnung von Friedensbürgschaft höchstens am Rande tangieren.

c. Zuständigkeiten

16 Die Kantone verfügen auf ihrem Territorium über die *originäre* Kompetenz für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Art. 3 und 57 Abs. 1 BV). Sie verfügen über die entsprechende Rechtsetzungskompetenz bezüglich der Gefahrenabwehr bzw. der Gewährleistung von Sicherheit¹⁶.

17 Die (zumindest teilweise) sicherheitspolizeilich motivierte Haft ist auf Stufe Bundesrecht insbesondere in Art. 221 Abs. 2 StPO und Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO sowie (indirekt) in der Bestimmung über die Friedensbürgschaft gemäss Art. 66 StGB (und zudem in Art. 426 ff. ZGB) geregelt. Der Bund kann auch in weiteren Bereichen Spezialbestimmungen mit sicherheitspolizeilich motivierter Haft erlassen¹⁷.

18 Somit besteht – abgesehen von der Friedensbürgschaft und dem fürsorglichen Freiheitsentzug etc. – jedenfalls mit der Regelung der Haftgründe der Wiederholungs- (Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO) und insbesondere der Ausführungsgefahr (Art. 221 Abs. 2 StPO) ein *Kompetenzkonflikt* zwischen der Bundeszuständigkeit im Rahmen der StPO (Art. 123 BV) und der kantonalen Zuständigkeit gemäss Bundesverfassung (Art. 3 und 57 Abs. 1 BV). Da für das Bundesgericht gemäss Art. 190 BV die Bestimmungen des Strafprozessrechts massgebend sind, kann es insbesondere der Regelung der Haft

¹⁵ KISSLING, in: Niggli/Wiprächtiger, Art. 66 N. 23; STRATENWERTH, § 13 N. 12; TRECHSEL/BERTOSSA, in: Trechsel/Pieth, Art. 66 N. 5; vgl. auch JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER, § 7 Ziff. 6.112.

¹⁶ Z.B. BGE 140 I 2 E. 10.2.1; 140 I 363 E. 5; MOHLER, N. 197 ff.

¹⁷ Vgl. dazu etwa Art. 6 lit. a i.V.m. Art. 19 ZAG; MOHLER, N. 163; OBERHOLZER, in: Mona/Weber, 24 f. Der Bund ist gemäss Art. 173 Abs. 1 lit. b und c sowie Art. 185 Abs. 2-4 BV zuständig für die Wahrung der inneren Sicherheit, sofern die Grundlagen des Staates und seiner verfassungsrechtlichen Ordnung bedroht sind (konstitutionelles Notstandsrecht).

wegen Ausführungsgefahr gemäss Art. 221 Abs. 2 StPO nicht wegen Verfassungswidrigkeit die Anwendung versagen¹⁸. Bei dieser Sachlage empfiehlt es sich, davon auszugehen, dass der Haftgrund der Ausführungsgefahr nach Art. 221 Abs. 2 StPO – aber auch derjenige der Wiederholungsgefahr nach Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO sowie die Friedensbürgschaft nach 66 StGB (und der fürsorgliche Freiheitsentzug nach Art. 426 ff. ZGB etc.) – neben den Bestimmungen der kantonalen Polizeigesetze anwendbar sind.

- 19 Teilt man diese Auffassung, so muss das grundsätzlich zur Folge haben, dass die Kantone in ihren Polizeigesetzen die Konstellationen, welche durch die erwähnten Bestimmungen des Bundesrechts normiert sind, nicht (mehr) regeln dürfen¹⁹. Anders wäre nur zu entscheiden, wenn von einem Fall paralleler Kompetenzen ausgegangen würde, bei welchem definitionsgemäss Bund und Kantone gleichzeitig und unabhängig voneinander tätig sein könnten²⁰. Dies scheint angesichts der identischen Regelungsmaterie (es ist kaum möglich, Bundesinteressen an der Verhinderung schwerer Verbrechen bzw. schwerer Verstösse gegen Polizeigüter von entsprechenden kantonalen Interessen zu unterscheiden) eher ausgeschlossen. Von der vorliegend zu beurteilenden Konstellation unterscheidet sich im Übrigen der in einem unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts entschiedene Fall, in welchem es darum ging, ob die inhaftierte Person, welche wegen zeitlicher Überhaft gemäss kantonalen StPO zu entlassen ist, gestützt auf ein kantonales Polizeigesetz wegen Gefährlichkeit in polizeilichen Gewahrsam genommen werden darf bzw. muss²¹.
- 20 Da die erwähnten Regelungen des Bundes nicht mit Blick auf alle denkbaren Beeinträchtigungen von Rechtsgütern abschliessend sein können, bedeutet dies im Falle des Haftgrundes der Ausführungsgefahr für die kantonale Zuständigkeit, dass mit oder ohne Zusammenhang mit einem Strafverfahren ohne Missachtung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts gemäss Art. 49 Abs. 1 BV – gestützt auf eine entsprechende gesetzliche Bestimmung – grundsätzlich (und theoretisch) solche Personen in sicher-

¹⁸ Vgl. z.B. BGE 126 V 334 E. 2d; 134 I 105 E. 6; 135 I 161 E. 2.1; 143 V 9 E. 6.2 und 6.3.

¹⁹ Z.B. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 1091.

²⁰ Z.B. BGE 117 Ia 202 E. 5; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 1100 f.

²¹ BGer v. 20.5.2009, 1B_100/2009 E. 3.5.

heitspolizeilichen Gewahrsam gemäss Polizeigesetz genommen werden können, welche ernsthaft mit nicht als schwer, jedoch gleichwohl als erheblich einzustufenden Verbrechen oder mit (schweren) Vergehen drohen.

21 Zudem sind die Kantone zuständig, sicherheitspolizeilichen Gewahrsam gestützt auf eine entsprechende gesetzliche Norm vorzusehen bei Personen, welche nicht mit der Begehung von Delikten drohen, denen aber deren Begehung zugetraut wird und werden muss. Voraussetzung ist aber, dass Art. 221 Abs. 2 StPO (und allfällige weitere Normen in bundesrechtlichen Erlassen wie Art. 426 ff. ZGB etc.²²) nicht einschlägig sind.

22 Bei der Regelung des sicherheitspolizeilichen Gewahrsams sind die Kantone (und der Bund) an das Verfassungsrecht gebunden. Zu beachten ist demnach im vorliegenden Zusammenhang insbesondere das Verhältnismässigkeitsprinzip. Entsprechend kann die Anordnung von sicherheitspolizeilichem Gewahrsam nur dann zulässig sein, wenn dieser zur Verhinderung einer erheblichen Straftat verhältnismässig und insbesondere unerlässlich ist²³. Zentral sind sodann die in Art. 31 BV garantierten Rechte beim Freiheitsentzug.

3. Sicherheitspolizeilich begründeter Gewahrsam

a. Wesen des sicherheitspolizeilichen Gewahrsams

23 Beim sicherheitspolizeilichen Gewahrsam handelt es sich um eine *Massnahme öffentlich-rechtlicher Natur*, nicht um eine solche mit strafrechtlichem Charakter²⁴.

24 Teilweise werden strafprozessuale und sicherheitspolizeiliche Massnahmen in der Gesetzgebung weder in inhaltlicher noch in terminologischer Hinsicht konsequent auseinandergehalten²⁵.

25 Auf das Übereinkommen Terrorismus ist im vorliegenden Zusammenhang nicht einzugehen. Dieses Übereinkommen hat insbesondere materiell-strafrechtliche Normen

²² Vgl. Rz. 17.

²³ Vgl. auch MALMBERG, in: Drewes/Malmberg/Walter, § 39 N. 13 ff.; MARTENS, in: Heesen/Hönle/Peilert/Martens, § 39 BPolG N. 19.

²⁴ BGE 137 I 31 E. 4; ALBERTINI, 91.

²⁵ Vgl. z.B. JAAG/ZIMMERLIN, 404 ff.; LENTJES MEILI, 447 ff.; MOHLER, N. 807; ZUBER, in: Albertini/Fehr/Voser, 302 f.

(Art. 5-7 und 9 Übereinkommen Terrorismus, Art. 2-6 ZP Terrorismus), ihre Anwendung, die internationale Zusammenarbeit (Art. 17-20 des Übereinkommen Terrorismus) sowie die Übermittlung von Informationen (Art. 22 des Übereinkommen Terrorismus) zum Gegenstand, nicht aber polizeirechtliche Bestimmungen²⁶.

b. Anordnung sicherheitspolizeilichen Gewahrsams gegenüber einer (psychisch) gesunden Person

26 Im Vordergrund steht die Konstellation, in welcher weder die Voraussetzungen gemäss Art. 221 Abs. 2 StPO und nach Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO noch nach Art. 66 StGB gegeben sind und in welcher eine (psychisch) gesunde gefährliche Person wegen der von ihr ausgehenden Gefahr für Polizeigüter inhaftiert werden soll.

27 Es ist nicht erforderlich, dass diese Person mit der Begehung von Delikten droht. Eine Gefahr für Polizeigüter kann auch bestehen, wenn aufgrund konkreter Umstände auf die erhöhte Wahrscheinlichkeit einer bevorstehenden Beeinträchtigung von Rechtsgütern bzw. einer Begehung von Delikten geschlossen werden darf und muss²⁷.

28 Zulässig ist sicherheitspolizeilicher Gewahrsam insbesondere auch im Zusammenhang mit einer Wegweisung²⁸.

c. Anordnung sicherheitspolizeilichen Gewahrsams gegenüber einer psychisch kranken Person

29 Zum eigenen Schutz, aber auch zum Schutz der Allgemeinheit, kann eine psychisch kranke Person in sicherheitspolizeilichen Gewahrsam genommen werden²⁹. Im Vordergrund steht in diesem Zusammenhang die fürsorgerische Unterbringung gemäss Art. 426 ff. ZGB³⁰. Bei dieser handelt es sich um eine spezialgesetzliche Regelung des Bundesrechts mit präventiv-polizeilicher Zielsetzung.

²⁶ Botschaft Terrorismus, 6442 ff.

²⁷ Vgl. dazu nachstehend Rz. 40, 42, 53, 60, 68, 81, 127.

²⁸ Vgl. nachstehend Rz. 135 ff.

²⁹ Vgl. nachstehend Rz. 64 ff.

³⁰ Vgl. nachstehend Rz. 105, 107.

d. Anordnung sicherheitspolizeilichen Gewahrsams im Anschluss an einen Straf- oder Massnahmenvollzug

30 Eine Besonderheit stellen die Konstellationen dar, in welchen eine Person im Anschluss an den Straf- oder Massnahmenvollzug in Polizeigewahrsam genommen werden soll³¹.

4. Vereinbarkeit sicherheitspolizeilich begründeten Gewahrsams mit der EMRK und dem IPBPR

a. Grundlegendes

31 Von einem Freiheitsentzug nach Art. 5 EMRK bzw. Art. 9 IPBPR wird ausgegangen, wenn der betroffenen Person die persönliche Freiheit, insbesondere die körperliche Bewegungsfreiheit, während einer nicht unbedeutenden Dauer (namentlich in einer Zelle) entzogen wird. Damit ist die Abgrenzung zwischen dem Freiheitsentzug und der blossen Freiheitsbeschränkung (welche insbesondere *nicht* unter Art. 31 BV sowie Art. 5 EMRK und Art. 9 IPBPR fällt) von erheblicher Bedeutung. Ausschlaggebend für die Grenzziehung sind insbesondere die Intensität, die Dauer und die konkreten Auswirkungen des Eingriffs bzw. die Modalitäten des Vollzugs³². Zudem spielt das Ziel, welches mit der Massnahme erreicht werden soll, eine gewisse Rolle³³. Beispiele für Freiheitsbeschränkungen sind etwa die Verbringung einer Person auf den Polizeiposten zur Feststellung der Identität (Anhalten) oder zwecks Blutentnahme, und dies auch dann, wenn der Betroffene dort aus organisatorischen Gründen während einer gewissen Zeit – beispielsweise ein bis zwei Stunden – warten muss.

³¹ Vgl. nachstehend Rz. 76 ff.

³² BGE 134 I 140 E. 3.2; 136 I 87 E. 6.5.3; 142 I 121 E. 3.6.2; BGer v. 22.1.2014, 1C_350/2013 E. 3; BGer v. 20.4.2016, 1C_226/2015 E. 3.6.2; EGMR v. 8.6.1976, Engel u.a. c. Niederlande, Nr. 5370/72, Ziff. 56 ff.; EGMR v. 6.11.1980, Guzzardi c. Italien, Nr. 7367/76, Ziff. 89 ff.; EGMR v. 25.6.1996, Amuur c. Frankreich, Nr. 19776/92, Ziff. 38 ff.; EGMR v. 15.3.2012, Austin u.a. c. Grossbritannien, Nr. 39692/09, 40713/09 und 41008/09, Ziff. 57; EGMR vom 31.1.2017, Rozhkov c. Russland, Nr. 38898/04, Ziff. 74; EGMR v. 23.2.2017, Tommaso c. Italien, Nr. 43395/09, Ziff. 80 f.; vgl. auch DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, § 7 Ziff. 2.12; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 352 ff.; PEUKERT, in: Frowein/Peukert, Art. 5 N. 10 f.; GOLLWITZER, Art. 5 MRK N. 17; MALMBERG, in: Drewes/Malmberg/Walter, § 39 N. 3; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: Meyer-Ladewig u.a., Art. 5 N. 10; RENZIKOWSKI, in: Pabel/Schmahl, Art. 5 N. 46 ff., N. 49; TIEFENTHAL, Art. 24d N. 12; VILLIGER, N. 316 ff.

³³ BGE 142 I 121 E. 3.6.2; BGer v. 20.4.2016, 1C_226/2015 E. 3.6.2; EGMR v. 15.3.2012, Austin u.a. c. Grossbritannien, Nr. 39692/09, 40713/09 und 41008/09, Ziff. 58 f.; vgl. auch BAUMANN, N. 329; PEUKERT, in: Frowein/Peukert, Art. 5 N. 16; a.M. RENZIKOWSKI, in: Pabel/Schmahl, Art. 5 N. 69.

- 32 Wird eine Person in sicherheitspolizeilichen Gewahrsam genommen, so wird ihr die Freiheit entzogen. Der sicherheitspolizeiliche Gewahrsam steht damit nicht nur unter dem Gesetzesvorbehalt (Art. 31 Abs. 1 und Art. 36 Abs. 1 BV), sondern auch unter dem Richtervorbehalt (Art. 31 Abs. 4 BV). Überdies werden die Voraussetzungen, unter welchen einer Person die Freiheit entzogen werden darf, in Art. 5 EMRK sowie in Art. 9 und 11 IPBPR geregelt.
- 33 Bei den Rechten, welche aus Art. 5 EMRK und Art. 9 sowie 11 IPBPR abgeleitet werden, handelt es sich um *Minimalgarantien*. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die durch Art. 31 BV gewährten Garantien weitergehende Rechte beinhalten³⁴.
- 34 In Art. 5 Ziff. 1 lit. a bis f EMRK findet sich die *erschöpfende* Liste zulässiger Gründe für die Freiheitsentziehung. Die konventionskonforme Anordnung polizeilichen Gewahrsams muss folglich unter einen dieser Anwendungsfälle fallen. Eine Freiheitsentziehung, welche sich nicht unter Art. 5 Ziff. 1 EMRK subsumieren lässt, kann demnach nicht rechtmässig sein³⁵.
- 35 Die Freiheit muss gemäss Art. 5 Ziff. 1 EMRK und Art. 9 Ziff. 1 IPBPR auf die gesetzlich vorgesehene Weise entzogen werden. Das bedingt nicht nur, dass die nationalen gesetzlichen Bestimmungen eingehalten, sondern auch, dass keine willkürlichen Entschiede gefällt werden³⁶. Dazu gehört, dass der Freiheitsentzug angesichts der konkreten Umstände notwendig ist und keine mildereren Massnahmen zur Verfügung stehen³⁷. Die Menschenrechte sind zu beachten³⁸.
- 36 Den staatlichen Behörden, insbesondere der Polizei, muss ein gewisses Mass an Ermessen bei operativen Entscheidungen eingeräumt werden. Solche Entscheidungen

³⁴ BGE 142 I 121 E. 3.6.1.

³⁵ BGE 137 I 31, E. 7.1; 142 I 121 E. 3.6.1; EGMR v. 6.11.1980, *Guzzardi c. Italien*, Nr. 7367/76, Ziff. 96; EGMR v. 4.4.2000, *Witold Litwa c. Polen*, Nr. 26629/95, Ziff. 49; EGMR v. 29.1.2008, *Saadi c. Grossbritannien*, Nr. 13229/03, Ziff. 43; EGMR v. 10.6.2010, *Borer c. Schweiz*, Nr. 22493/06, Ziff. 40; EGMR v. 7.3.2013, *Ostendorf c. Deutschland*, Nr. 15598/08, Ziff. 65; EGMR v. 28.11.2013, *Glien c. Deutschland*, N. 7345/12, Ziff. 71; EGMR v. 17.3.2016, *Hammerton c. Grossbritannien*, Nr. 6287/10, Ziff. 74; EGMR v. 31.1.2017, *Rozhkov c. Russland*, Nr. 38898/04, Ziff. 80; GOLLWITZER, Art. 5 MRK, N. 33; PEUKERT, in: Frowein/Peukert, Art. 5 N. 35; RENZIKOWSKI, in: Pabel/Schmahl, Art. 5 N. 131.

³⁶ EGMR v. 24.10.1979, *Winterwerp c. Niederlande*, Nr. 6301/73, Ziff. 37 ff., 45; EGMR v. 19.1.2012, *Reiner c. Deutschland*, Nr. 28527/08, Ziff. 83.

³⁷ EGMR v. 26.7.2011, *Karamanof c. Griechenland*, Nr. 46372/09, Ziff. 42; EGMR v. 4.4.2017, *V.K. c. Russland*, Nr. 9139/08, Ziff. 30; EGMR v. 4.12.2018, *Ilmseher c. Deutschland*, Nr. 10211/12 und 27505/14, Ziff. 137.

³⁸ Vgl. Ziff. 8 Rec(2014)3; Ziff. 3 Rec(2018)6; Ziff. 1 ff. Res. 61/171.

sind fast immer kompliziert, und die Polizei, die Zugang zu Informationen und Erkenntnissen hat, die der Allgemeinheit nicht zur Verfügung stehen, ist in der Regel am besten in der Lage, sie zu treffen³⁹.

b. Straf- und Massnahmenvollzug

37 Gemäss Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK ist die Freiheitsentziehung nach einer Verurteilung durch das zuständige Gericht rechtmässig. Als «Verurteilung» («conviction», «condemnation») gilt gestützt auf die *autonome* Auslegung dieses Begriffs durch den EGMR⁴⁰ nicht nur der Entscheid betreffend eine Freiheitsstrafe, sondern auch derjenige betreffend eine freiheitsentziehende Massnahme⁴¹. Als derartige Massnahmen gelten u.a. die Behandlung einer psychischen Störung (Art. 59 StGB), die Suchtbehandlung (Art. 60 StGB) und die Verwahrung (Art. 64 StGB). Enthält die Massnahme einen präventiven Aspekt, so fällt der Freiheitsentzug solange unter Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK, als eine kausale Verbindung zwischen dem Urteil und der Aufrechterhaltung der Massnahme besteht⁴².

c. Nichtbefolgen einer gerichtlichen Anordnung oder Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 lit. b EMRK

38 Gemäss Art. 5 Ziff. 1 lit. b (Alternative 1) kann eine Person inhaftiert werden, wenn sie eine rechtmässige gerichtliche Entscheidung nicht befolgt. Rechtmässig ist eine derartige Entscheidung nur dann, wenn gesetzlich vorgesehen ist, dass und unter welchen Voraussetzungen der Normadressat im Falle der Nichtbefolgung in Haft genommen werden kann⁴³.

³⁹ EGMR v. 24.10.1979, Winterwerp c. Niederlande, Nr. 6301/73, Ziff. 40; EGMR v. 10.6.2010, Sabeva c. Bulgarien, Nr. 44290, Ziff. 58; EGMR v. 21.12.2010, Witek c. Polen, Nr. 13453/07, Ziff. 46; EGMR v. 19.1.2012, Reiner c. Deutschland, Nr. 28527/08, Ziff. 78; EGMR v. 22.10.2018, S., V. und A. c. Dänemark, Nr. 35553/12, 36678/12 und 36711/12, Ziff. 123.

⁴⁰ EGMR v. 8.6.1976, Engel u.a. c. Niederlande, Nr. 5100/71, Ziff. 68; RENZIOWSKI, in: Pabel/Schmahl, Art. 5 N. 134.

⁴¹ GOLLWITZER, Art. 5 MRK N. 42; PEUKERT, in: Frowein/Peukert, Art. 5 N. 45; RENZIOWSKI, in: Pabel/Schmahl, Art. 5 N. 147; VILLIGER, N. 332.

⁴² EGMR v. 17.12.2009, M. c. Deutschland, Nr. 19359/04, Ziff. 88; EGMR v. 19.9.2013, H.W. c. Deutschland, Nr. 17167/11, Ziff. 103 ff.; RENZIOWSKI, in: Pabel/Schmahl, Art. 5 N. 146. Zur Frage der schuldunfähigen beschuldigten Person vgl. EGMR v. 23.2.1984, Luberti c. Italien, Nr. 9019/80, Ziff. 25 ff.

⁴³ GOLLWITZER, Art. 5 MRK N. 50; RENZIOWSKI, in: Pabel/Schmahl, Art. 5 N. 170.

- 39 Einen Anwendungsfall von Art. 5 Ziff. 1 lit. b (Alternative 1) EMRK stellt der Freiheitsentzug im Zusammenhang mit der Friedensbürgschaft dar.
- 40 Freiheitsentziehung ist nach Art. 5 Ziff. 1 lit. b (Alternative 2) EMRK als letztes Mittel⁴⁴ zulässig, um eine gesetzliche Verpflichtung zu erfüllen. Dies muss der Zweck des sicherheitspolizeilichen Gewahrsams sein⁴⁵. Dabei geht es um Fallkonstellationen, in denen die Durchsetzung *einer spezifischen und konkreten Pflicht* zur Diskussion steht, welcher der Betroffene nachkommen müsste und welcher er wohl nicht nachkommen wird⁴⁶. Der Zweck des sicherheitspolizeilichen Gewahrsams muss die Erfüllung der betreffenden Pflicht sein; der sicherheitspolizeiliche Gewahrsam darf keinen punitiven Charakter haben⁴⁷. Sobald die Verpflichtung erfüllt ist, entfällt die Grundlage für die Aufrechterhaltung des sicherheitspolizeilichen Gewahrsams⁴⁸.
- 41 Ist die betroffene Person zur Vornahme einer Handlung verpflichtet und kommt sie dieser Pflicht nach, entfällt die Grundlage für deren sicherheitspolizeilichen Gewahrsam. Besteht die Pflicht hingegen in einer Unterlassung, kann es schwierig sein, den Zeitpunkt zu bestimmen, in welchem die betroffene Person ihrer Pflicht nachgekommen ist. Diese ist jedenfalls spätestens dann erfüllt, wenn sie «aufgrund des Verstreichens des für die in Rede stehende Straftat veranschlagten Zeitpunkts wegfällt. Der Gerichtshof schliesst nicht aus, dass, abhängig von den Umständen einer Rechtssache, eine Person vor dem für die fragliche Straftat angesetzten Zeitpunkt zeigen kann, dass sie nicht länger vorhat, diese Straftat zu begehen, indem sie beispielsweise anbietet, sich

⁴⁴ MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: Meyer-Ladewig u.a., Art. 5 N. 22.

⁴⁵ BGE 142 121 E. 3.6.4; BGer v. 20.4.2016, 1C_226/2015 E. 3.6.4; EGMR v. 22.5.2008, Iliya Stefanov c. Bulgarien, Nr. 65755/01, Ziff. 72; EGMR v. 7.3.2013, Ostendorf c. Deutschland, Nr. 15598/08, Ziff. 72; EGMR v. 5.7.2016, O. M. c. Ungarn, Nr. 9912/15, Ziff. 42; EGMR v. 22.10.2018, S., V. und A. c. Dänemark, Nr. 35553/12, 36678/12 und 36711/12, Ziff. 80.

⁴⁶ BGE 137 I 31 E. 7.3; 142 I 121 E. 3.6.4; EGMR v. 8.6.1976, Engel u.a. c. Niederlande, Nr. 5370/72, Ziff. 69; EGMR v. 6.11.1980, Guzzardi c. Italien, Nr. 7367/76, Ziff. 101; EGMR v. 22.2.1989, Ciulla c. Italien, Nr. 11152/84, Ziff. 36; EGMR v. 17.3.2016, Hammerton c. Grossbritannien, Nr. 6287/10, Ziff. 77; EGMR v. 31.1.2017, Rozhkov c. Russland, Nr. 38898/04, Ziff. 75.

⁴⁷ BGE 137 I 31 E. 7.4; EGMR v. 27.7.2010, Gatt c. Malta, Nr. 2822/08, Ziff. 46; EGMR v. 7.3.2013, Ostendorf c. Deutschland, Nr. 15598/08, Ziff. 70; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: Meyer-Ladewig u.a., Art. 5 N. 35.

⁴⁸ EGMR v. 25.9.2003, Vasileva c. Dänemark, Nr. 52792/99, Ziff. 36; EGMR v. 15.12.2005, Epple c. Deutschland, Nr. 77909/01, Ziff. 37.

zu entfernen und dem Ort der geplanten Straftat fernzubleiben, und dies auch belegt»⁴⁹.

- 42 Art. 5 Ziff. 1 lit. b (Alternative 2) EMRK darf jedoch *nicht als Generalklausel* verstanden werden, sicherheitspolizeilichen Gewahrsam gegenüber Personen anzuordnen, wenn dies «zur Beachtung der allgemeinen Pflicht jedes Bürgers, Recht und Ordnung zu respektieren, erforderlich erscheint»⁵⁰. Die Anordnung, in unmittelbarer Zukunft keine Straftat zu begehen, kann ebenfalls nicht als hinreichend konkret und spezifisch erachtet werden. Sie genügt den Anforderungen von Art. 5 Ziff. 1 lit. b (Alternative 2) EMRK nicht⁵¹. Es müssen spezifische Massnahmen angeordnet worden sein, welchen nicht Folge geleistet worden ist⁵². Die Anwesenheit der Polizei vermag für sich allein keine genügend konkrete Verpflichtung zu begründen⁵³. Die Verpflichtung muss *mindestens bezüglich des Ortes und der Zeit ihrer Begehung, der zu verhindernden spezifischen Tat und ihres Opfers beziehungsweise ihrer Opfer eingegrenzt* werden⁵⁴. Schliesslich muss die Bedeutung, die der Erzwingung der sofortigen Erfüllung der fraglichen Verpflichtung in einer demokratischen Gesellschaft zukommt, in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung des Rechts auf Freiheit stehen⁵⁵.
- 43 Ob es mit der Bestimmung vereinbar ist, Normen in Polizeigesetzen zu statuieren, welche es zur Verhinderung von noch nicht ausreichend bestimmbareren Gefahren erlauben, Störer für eine begrenzte Zeit in sicherheitspolizeilichen Gewahrsam zu nehmen, ist umstritten⁵⁶.

⁴⁹ Vgl. dazu EGMR v. 7.3.2013, Ostendorf c. Deutschland, Nr. 15598/08, Ziff. 100.

⁵⁰ BGE 137 I 31 E. 7.4; EGMR v. 7.3.2013, Ostendorf c. Deutschland, Nr. 15598/08, Ziff. 68; vgl. auch GOLLWITZER, Art. 5 MRK N. 53 f.; PEUKERT, in: Frowein/Peukert, Art. 5 N. 55; RENZIKOWSKI, in: Pabel/Schmahl, Art. 5 N. 176; VILLIGER, N. 334.

⁵¹ EGMR v. 1.7.1961, Lawless c. Irland (No. 3), Nr. 332/57, Ziff. 12 ff.; EGMR v. 1.12.2011, Schwabe und M. G. c. Deutschland, Nr. 8080/08 und 8577/08, Ziff. 73, 82; EGMR v. 7.3.2013, Ostendorf c. Deutschland, Nr. 15598/08, Ziff. 69 ff., 93 f., 99, 101; EGMR v. 22.10.2018, S., V. und A. c. Dänemark, Nr. 35553/12, 36678/12 und 36711/12, Ziff. 86.

⁵² EGMR v. 7.3.2013, Ostendorf c. Deutschland, Nr. 15598/08, Ziff. 69.

⁵³ EGMR v. 22.10.2018, S., V. und A. c. Dänemark, Nr. 35553/12, 36678/12 und 36711/12, Ziff. 83.

⁵⁴ EGMR v. 17.12.2009, M. c. Deutschland, Nr. 19359/04, Ziff. 89, 102; EGMR v. 7.3.2013, Ostendorf c. Deutschland, Nr. 15598/08, Ziff. 66; BGE 137 I 31 E. 7.4; 142 I 121 E. 3.6.4; BGer v. 20.4.2016, 1C_226/2015 E. 3.6.4; RENZIKOWSKI, in: Pabel/Schmahl, Art. 5 N. 174; vgl. auch die weniger einschneidende Ziff. 17 Rec(2014)3.

⁵⁵ EGMR v. 25.9.2003, Vasileva c. Dänemark, Nr. 52792/99, Ziff. 37; EGMR v. 27.7.2010, Gatt c. Malta, Nr. 2822/08, Ziff. 46; EGMR v. 7.3.2013, Ostendorf c. Deutschland, Nr. 15598/08, Ziff. 73; EGMR v. 31.1.2017, Rozhkov c. Russland, Nr. 38898/04, Ziff. 77; vgl. auch BGE 142 I 121 E. 3.2.

⁵⁶ Gollwitzer, Art. 5 MRK N. 57.

- 44 Von einem rechtmässigen sicherheitspolizeilichen Gewahrsam ist etwa ausgegangen worden bei der Weigerung, die Identität bekannt zu geben⁵⁷ oder als Zeuge auszusagen⁵⁸, zur Sicherstellung der Anwesenheit einer Person in einer Gerichtsverhandlung⁵⁹ oder im Falle der Weigerung, Sicherheit für eine eventuelle Verletzung der Kautionsauflagen zu leisten⁶⁰. Daraus geht hervor, dass die «Verpflichtung» eng eingegrenzt werden muss.
- 45 Sicherheitspolizeilicher Gewahrsam wegen Missachtung einer polizeilichen Wegweisung bzw. Fernhaltung kann beim Vorliegen einer entsprechenden (genügenden) gesetzlichen Grundlage unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit zulässig sein⁶¹. Vorausgesetzt wird die *konkrete Gefahr* schwerer Rechtsgüterbeeinträchtigungen⁶². Die Rechtfertigung eines Freiheitsentzugs zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung (Art. 5 Ziff. 1 lit. b EMRK [Alternative 2]) setzt im Falle der Wegweisung bzw. der Fernhaltung voraus, dass diese Massnahmen ausreichend bestimmt sind und dass die betroffene Person die ihr auferlegte, konkrete Pflicht nicht bzw. bis dahin nicht erfüllt hat, obschon ihr dies möglich gewesen wäre⁶³. Nach Auffassung des EGMR war die Verpflichtung, in der Zeit vor, während oder nach einem bestimmten Fussballspiel oder in der Nähe des Austragungsorts keine Schlägerei mit Hooligans zu verabreden und bei einer solchen Auseinandersetzung keine Straftaten wie Körperverletzung und Landfriedensbruch zu begehen, hinreichend konkret.
- 46 Was die Nichterfüllung der Verpflichtung anbelangt, reicht es nach dem EGMR im Fall einer polizeilichen Wegweisung bzw. Fernhaltung aus, wenn die betreffende Person eindeutige und aktive Schritte unternommen hat, die darauf hindeuten, dass sie ihre

⁵⁷ EGMR v. 25.9.2003, Vasileva c. Dänemark, Nr. 52792/99, Ziff. 35, 38.

⁵⁸ EGMR v. 22.8.2008, Iliya Stefanov c. Bulgarien, Nr. 65755/01, Ziff. 73 ff.; EGMR v. 22.2.2011, Soare u.a. c. Rumänien, Nr. 24329/02, Ziff. 234 ff.

⁵⁹ EGMR v. 27.3.2012, Lolova-Karadzova c. Bulgarien, Nr. 17835/07, Ziff. 31 f.

⁶⁰ EGMR v. 27.7.2010, Gatt c. Malta, Nr. 2822/08, Ziff. 47.

⁶¹ Vgl. BGE 137 I 31 E. 6; 142 I 121 E. 3; BGer v. 20.4.2016, 1C_226/2015 E. 3.5; EGMR v. 24.3.2005, Epplé c. Deutschland, Nr. 77909/01, Ziff. 33 f.; vgl. auch MALMBERG, in: Drewes/Malmberg/Walter, § 39 N. 7 f.; MARTENS, in: Heesen/Hönle/Peilert/ Martens, § 39 BPolG N. 14; RENZIKOWSKI, in: Pabel/Schmahl, Art. 5 N. 179.

⁶² BGE 142 I 121 E. 3.5.2; BGer v. 20.4.2016, 1C_226/2015 E. 3.5.2; vgl. auch BGer v. 22.6.2016, 6B_195/2016 E. 2.2.

⁶³ EGMR v. 24.3.2005, Epplé c. Deutschland, Nr. 77909/01, Ziff. 37 f.; EGMR v. 22.10.2018, S., V. und A. c. Dänemark, Nr. 35553/12, 36678/12 und 36711/12, Ziff. 83; BGE 136 I 87 E. 6.3; 137 I 31 E. 7.5.2; ALBERTINI, 94.

Verpflichtung nicht erfüllen wird. Sie muss auf die konkrete Handlung, die sie zu unterlassen hat, hingewiesen worden sein und sich unwillig gezeigt haben, diese zu unterlassen⁶⁴. Die konkrete Handlung, die sie zu unterlassen hat, muss ihr bekannt sein «und sie muss keinen Willen gezeigt haben, dementsprechend zu handeln⁶⁵».

- 47 Sicherheitspolizeilicher Gewahrsam ist gestützt auf Art. 5 Ziff. 1 lit. b (Alternative 2) EMRK etwa zulässig im Falle der Missachtung eines Platzverweises bzw. eines Ra-
yonverbots, sofern damit der erheblichen Gefahr der Begehung von qualifizierten Straftaten begegnet werden soll⁶⁶. Der Gewahrsam wegen Missachtung einer polizeilichen Wegweisung bzw. Fernhaltung ist eine rein sicherheitspolizeiliche Massnahme. Ihr kommt kein pönaler Charakter zu⁶⁷. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass eine Fernhaltung auch mit Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK vereinbar sein kann, falls ein dringender Tatverdacht sowie ein Haftgrund bestehen⁶⁸.
- 48 Nach hier vertretener Auffassung darf eine Person (unter Vorbehalt von Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK) dann zum Zweck der Gefährlichkeitsabklärung in sicherheitspolizeilichen Gewahrsam genommen werden, wenn konkrete Umstände vorliegen, welche auf die mit erhöhter Wahrscheinlichkeit unmittelbar bevorstehende Begehung von erheblichen Delikten schliessen lassen (sofern dieser Sachverhalt nicht unter Art. 221 Abs. 2 StPO fällt). Ohne solche Indizien – mithin allein mit der Begründung, es sei die Gefährlichkeit einer Person abzuklären – ist die Anordnung sicherheitspolizeilichen Gewahrsams nicht zulässig⁶⁹. Überdies müssen die Bedingungen entweder von Art. 5 Ziff. 1 lit. b oder von Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK erfüllt sein.

⁶⁴ EGMR v. 7.3.2013, Ostendorf c. Deutschland, Nr. 15598/08, Ziff. 93 ff.; vgl. auch BGE 142 I 121 E. 3.6.4; BGER v. 20.4.2016, 1C_226/2015 E. 3.6.4.

⁶⁵ Vgl. dazu vorstehend Rz. 41, und EGMR v. 7.3.2013, Ostendorf c. Deutschland, Nr. 15598/08, Ziff. 90; vgl. auch BGE 137 31 E. 7.5.2.

⁶⁶ Vgl. auch BGE 137 I 31 E. 7.5; ALBERTINI, 94.

⁶⁷ BGE 136 I 87 E. 6.5; 137 I 31 E. 5.2; 140 I 2 E. 6.1 und 6.3; EGMR v. 9.11.2010, Osypenko c. Ukraine, Nr. 4634/04, Ziff. 57; EGMR v. 22.2.2011, Soare u.a. c. Rumänien, Nr. 24329/02, Ziff. 236; EGMR v. 16.10.2014, Göthlin c. Schweden, Nr. 8307/11, Ziff. 57; EGMR v. 22.10.2018, S., V. und A. c. Dänemark, Nr. 35553/12, 36678/12 und 36711/12, Ziff. 80.

⁶⁸ BGE 142 I 121 E. 3.6.5.

⁶⁹ MARTENS, in: Heesen/Hönle/Peilert/Martens, § 39 BPolG N. 20; vgl. auch RENZIKOWSKI, in: Pabel/Schmahl, Art. 5 N. 48, 183.

d. Hinderung der Begehung einer Straftat im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK

49 Der Freiheitsentzug im Zusammenhang mit einer Untersuchungs- und Sicherheitshaft ist nach Art. 5 Ziff. 1 lit. c (Alternative 1) EMRK zulässig.

50 Obschon sicherheitspolizeilicher Gewahrsam zwecks Verhütung von Delikten in Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK ausdrücklich vorgesehen ist, hat der EGMR wiederholt entschieden, weil eine Freiheitsentziehung, mit der eine Person an der Begehung einer Straftat gehindert werden soll, zusätzlich «zum Zweck der Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde» erfolgen müsse, könne die Freiheitsentziehung nach Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK nur in Verbindung mit einem Strafverfahren zulässig sein⁷⁰. Da die Eröffnung eines Strafverfahrens sowohl nach der zitierten EMRK-Norm wie auch nach Art. 309 Abs. 1 lit. a StPO einen (hinreichenden) Tatverdacht voraussetzt, müsste danach Art. 221 Abs. 2 StPO als konventionswidrig erachtet werden, falls die Inhaftierung – wie von der herrschenden Lehre befürwortet⁷¹ – nicht im Zusammenhang mit einem Strafverfahren (welches wie gesagt einen Tatverdacht voraussetzt) erfolgt. In derartigen Verfahren ist zwar formell – nicht aber der Sache nach – ein Strafverfahren im Gange, weil kein bestimmter Tatverdacht abgeklärt werden soll.

51 In einem neueren Entscheid⁷² hat der EGMR nun seine diesbezügliche *Praxis*⁷³ geändert. Er hat unter Hinweis auf die Entwicklungen in Europa im Bereich von Massenveranstaltungen im Sport, insbesondere zufolge des Fussball-Hooliganismus⁷⁴, entschieden, sicherheitspolizeilicher Gewahrsam ohne Bezug zu einem Strafverfahren könne mit Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK vereinbar sein⁷⁵.

⁷⁰ EGMR v. 1.12.2011, Schwabe und M. G. c. Deutschland, Nr. 8080/08 und 8577/08, Ziff. 72; EGMR v. 7.3.2013, Ostendorf c. Deutschland, Nr. 15598/08, Ziff. 68, 82; PEUKERT, in: Frowein/Peukert, Art. 5 N. 70; TIEFENTHAL, Art. 24d N. 13; VILLIGER, N. 346 ff.; kritisch z.B. MALMBERG, in: Drewes/Malmberg/Walter, § 39 N. 14a ff.; MARTENS, in: Heesen/Hönle/Peilert/Martens, § 39 BPolG N. 19; RENZIKOWSKI, in: Pabel/Schmahl, Art. 5 N. 212.

⁷¹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 8 ff.

⁷² EGMR v. 22.10.2018, S., V. und A. c. Dänemark, Nr. 35553/12, 36678/12 und 36711/12.

⁷³ Vgl. vorne Rz. 50.

⁷⁴ EGMR v. 22.10.2018, S., V. und A. c. Dänemark, Nr. 35553/12, 36678/12 und 36711/12, Ziff. 94.

⁷⁵ Zusammenfassung in EGMR v. 22.10.2018, S., V. und A. c. Dänemark, Nr. 35553/12, 36678/12 und 36711/12, Ziff. 137.

- 52 In diesem Zusammenhang hat der EGMR den Begriff der Straftat («[...] to prevent his committing an *offence*», «[...] de l'empêcher de commettre une *infraction*») so ausgelegt, dass sich dieser nicht auf Handlungen beschränken muss, die nach nationalem Recht einen Straftatbestand darstellen. So sei «die Verletzung des Friedens» als Straftat i.S.v. Art. 5 Ziff. 1 lit. c (Alternative 2) EMRK zu erachten, und zwar unabhängig davon, ob ein entsprechender nationaler Tatbestand existiere oder nicht⁷⁶.
- 53 Damit sicherheitspolizeilicher Gewahrsam mit Art. 5 Ziff. 1 lit. c (Alternative 2) EMRK vereinbar sei, müsse überzeugend nachgewiesen werden, dass die fragliche Person in die *konkrete und spezifische Straftat* involviert wäre, wenn sie daran nicht durch die Haft gehindert würde⁷⁷. Diese Einschätzung ist gestützt auf entsprechende gesetzliche Vorschriften überzeugend zu begründen⁷⁸.
- 54 Aufgrund seiner Auslegung im erwähnten Entscheid führt der EGMR aus, um es der Polizei nicht unmöglich zu machen, ihre Pflichten zur Aufrechterhaltung der Ordnung und zum Schutz der Öffentlichkeit zu erfüllen, müsse die Inhaftierung einer Person ausserhalb des Strafverfahrens grundsätzlich nach Art. 5 Ziff. 1 lit. c (Alternative 2) EMRK zulässig sein. Dabei müsse immerhin darauf geachtet werden, den Betroffenen vor Willkür zu schützen⁷⁹. Allerdings sei der Polizei ein gewisses Mass an Ermessen bei operativen Entscheidungen einzuräumen. Solche Entscheidungen seien fast immer kompliziert, und die Polizei, die Zugang zu Informationen und Erkenntnissen hat, die der Allgemeinheit nicht zur Verfügung stehen, sei in der Regel am besten in der Lage, sie zu treffen⁸⁰.
- 55 Im Weiteren ist mit dem sicherheitspolizeilichen Gewahrsam gemäss Art. 5 Ziff. 1 lit. c (Alternative 2) EMRK der Zweck «zur Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde» («for the purpose of bringing him before the competent legal authority», «en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente») verbunden⁸¹. Ob dieser Zweck erfüllt

⁷⁶ Angedeutet bereits in EGMR v. 23.9.1998, Steel und andere c. Grossbritannien, Nr. 67/1997/851/1058, Ziff. 46 ff., 55.

⁷⁷ EGMR v. 22.10.2018, S., V. und A. c. Dänemark, Nr. 35553/12, 36678/12 und 36711/12, Ziff. 91.

⁷⁸ EGMR v. 22.10.2018, S., V. und A. c. Dänemark, Nr. 35553/12, 36678/12 und 36711/12, Ziff. 92.

⁷⁹ EGMR v. 22.10.2018, S., V. und A. c. Dänemark, Nr. 35553/12, 36678/12 und 36711/12, Ziff. 116.

⁸⁰ Vgl. dazu vorne Rz. 36; EGMR v. 22.10.2018, S., V. und A. c. Dänemark, Nr. 35553/12, 36678/12 und 36711/12, Ziff. 123.

⁸¹ EGMR v. 22.10.2018, S., V. und A. c. Dänemark, Nr. 35553/12, 36678/12 und 36711/12, Ziff. 117 ff., 128.

- ist, ist gestützt auf eine objektive Beurteilung des Verhaltens der Behörden zu entscheiden. Das bedeutet, dass Art. 5 Ziff. 1 lit. c (Alternative 2) EMRK verletzt wird, wenn nicht von Anfang an die Absicht besteht, die inhaftierte Person zügig vor ein Gericht zu bringen, dass aber kein Verstoss gegen diese Bestimmung vorliegen muss, wenn die betreffende Person im Falle eines kurzen Freiheitsentzugs freigelassen wird, bevor sie einem Richter vorgeführt werden kann, etwa weil die Gefahr nicht mehr besteht oder weil eine vorgeschriebene kurze Frist abgelaufen ist⁸².
- 56 In jedem Fall – also auch wenn die betroffene Person vor der Vorführung vor den Richter freigelassen wird – muss sie ein durchsetzbares Recht auf einen Entscheid über eine Entschädigung gemäss Artikel 5 Absatz 5 EMRK haben⁸³.
- 57 Die Auslegung, wonach sicherheitspolizeilicher Gewahrsam mit Art. 5 Ziff. 1 lit. c (Alternative 2) EMRK vereinbar ist, muss gemäss EGMR mit Blick auf den Schutz vor Willkür durch wichtige Garantien flankiert werden.
- 58 So muss gemäss EGMR unter dem Gesichtspunkt der Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs gemäss Art. 5 Ziff. 1 EMRK das Ziel darin liegen, eine *konkrete Straftat an einem bestimmten Ort innerhalb eines bestimmten Zeitrahmens, gegebenenfalls mit bestimmten Opfern*, zu verhindern⁸⁴. Der EGMR geht in diesem Zusammenhang davon aus, die berechnete Annahme, die betroffene Person organisiere auf bestimmten Plätzen innerhalb auf Stunden genau bezeichneten Zeiträumen eine Schlägerei zwischen Fussball-Hooligans, welche eine erhebliche Gefahr für die Sicherheit der zum gegebenen Zeitpunkt anwesenden, friedlichen Fussballanhänger und unbeteiligten Dritten hätte darstellen können, genüge diesen Anforderungen⁸⁵.
- 59 Was das zu verhindernde Delikt anbelangt, so genügt es nach dem EGMR, wenn entsprechende polizeirechtliche Unterlassungspflichten im Verletzungsfall mit Geldstrafe belegt werden können, oder wenn einschlägige Strafbestimmungen verletzt werden.

⁸² EGMR v. 22.10.2018, S., V. und A. c. Dänemark, Nr. 35553/12, 36678/12 und 36711/12, Ziff. 125 ff.

⁸³ EGMR v. 22.10.2018, S., V. und A. c. Dänemark, Nr. 35553/12, 36678/12 und 36711/12, Ziff. 125, 136.

⁸⁴ EGMR v. 22.10.2018, S., V. und A. c. Dänemark, Nr. 35553/12, 36678/12 und 36711/12, Ziff. 127, 156 ff.; vgl. auch die weniger weit gehende Voraussetzung gemäss Ziff. 17 Rec(2014)3.

⁸⁵ EGMR v. 22.10.2018, S., V. und A. c. Dänemark, Nr. 35553/12, 36678/12 und 36711/12, Ziff. 158 f.

Bei diesen kann es sich etwa – übertragen auf das schweizerische Recht – um den Raufhandel nach Art. 133 StGB oder den Angriff gemäss Art. 134 StGB handeln⁸⁶.

60 Sodann muss die Annahme aufgrund einer objektiven Beurteilung berechtigt sein, dass die betreffende Person – würde sie nicht inhaftiert – *mit hoher Wahrscheinlichkeit an der fraglichen Straftat beteiligt wäre*⁸⁷.

61 Schliesslich muss der sicherheitspolizeiliche Gewahrsam verhältnismässig und insbesondere mit dem Subsidiaritätsprinzip⁸⁸ vereinbar sein. Die Wahrscheinlichkeit der konkret zu verhindernden Straftat muss gross, die Straftat muss erheblich (Gefahr für Leib und Leben oder erheblicher materieller Schaden) und der sicherheitspolizeiliche Gewahrsam muss zur Vermeidung der Straftat geeignet und notwendig sein⁸⁹.

62 Was die Zeitspanne anbelangt, innerhalb welcher die betroffene Person dem Richter zugeführt werden muss, so hat dies unverzüglich («promptly», aussitôt») zu geschehen. Da – anders als im Strafverfahren – kein Tatverdacht abzuklären ist, sondern die risikobegründenden Tatsachen bereits zu Beginn der Inhaftierung feststehen, muss die Zeitspanne bis zur Vorführung vor den Richter kürzer sein als bei Untersuchungs- und Sicherheitshaft. Sie kann daher nicht mehrere Tage, sondern sollte nur Stunden betragen⁹⁰.

63 Da der sicherheitspolizeiliche Gewahrsam kein Strafverfahren voraussetzt, ist nicht erforderlich, dass die Behörden mit der Absicht handeln, ein Strafverfahren durchzuführen und die betreffende Person gegebenenfalls anzuklagen⁹¹.

e. Anordnung von sicherheitspolizeilichem Gewahrsam bei psychisch Kranken im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK

64 Gemäss Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK ist die Anordnung von Haft zulässig bei (...) psychisch Kranken («persons of unsound mind», «un aliéné»), Alkohol- und Rauschgiftsüchtigen

⁸⁶ EGMR v. 22.10.2018, S., V. und A. c. Dänemark, Nr. 35553/12, 36678/12 und 36711/12, Ziff. 159.

⁸⁷ EGMR v. 22.10.2018, S., V. und A. c. Dänemark, Nr. 35553/12, 36678/12 und 36711/12, Ziff. 127, 158, 160.

⁸⁸ EGMR v. 22.10.2018, S., V. und A. c. Dänemark, Nr. 35553/12, 36678/12 und 36711/12, Ziff. 163 ff.

⁸⁹ EGMR v. 22.10.2018, S., V. und A. c. Dänemark, Nr. 35553/12, 36678/12 und 36711/12, Ziff. 127, 161.

⁹⁰ EGMR v. 22.10.2018, S., V. und A. c. Dänemark, Nr. 35553/12, 36678/12 und 36711/12, Ziff. 133 f.

⁹¹ EGMR v. 22.10.2018, S., V. und A. c. Dänemark, Nr. 35553/12, 36678/12 und 36711/12, Ziff. 135.

(«alcoholics oder drug addicts», «un alcoholic», «un toxicomane») und Landstreichern («vagrants», «vagabond»).

- 65 Der Begriff der psychischen Krankheit wird vom EGMR *autonom* – d.h. unabhängig von den Auslegungen der jeweiligen nationalen Gesetzesbestimmungen – und unter Berücksichtigung der Entwicklung im Bereich der Psychiatrie⁹² ausgelegt⁹³. Allein deshalb, weil die Ansichten oder das Benehmen einer Person von den von einer Gesellschaft überwiegend akzeptierten Normen abweicht, kann nicht von einer psychischen Krankheit ausgegangen werden⁹⁴.
- 66 Ob eine Person als psychisch krank zu erachten ist, muss gestützt auf ein *aktuelles*⁹⁵ *ärztliches Gutachten* beurteilt werden⁹⁶. Der Sachverständige muss über die notwendigen Fachkenntnisse verfügen⁹⁷.
- 67 Die Inhaftierung einer Person wegen einer psychischen Krankheit bedingt, dass erstens im Zeitpunkt des Entscheids über die Anordnung des sicherheitspolizeilichen Gewahrsams⁹⁸ die Krankheit durch die zuständige Stelle nicht nur gestützt auf ein (objektives) medizinisches Gutachten festgestellt wird, sondern auch, dass zweitens die Störung so schwer wiegt, dass eine Inhaftierung notwendig ist, und dass drittens die Inhaftierung nur solange aufrechterhalten wird wie die Erkrankung fortbesteht⁹⁹.

⁹² EGMR v. 24.10.1979, Winterwerp c. Niederlande, Nr. 6301/73, Ziff. 37; EGMR v. 28.10.2003, Rakevich c. Russland, Nr. 58973/00, Ziff. 26.

⁹³ EGMR v. 4.4.2000, Witold Litwa c. Polen, Nr. 26629/95, Ziff. 60; EGMR v. 20.2.2003, Hutchison Reid c. Grossbritannien, Nr. 50272/99, Ziff. 52; EGMR v. 28.11.2013, Glien c. Deutschland, N. 7345/12, Ziff. 73; EGMR v. 4.12.2018, Ilseher c. Deutschland, Nr. 10211/12 und 27505/14, Ziff. 149.

⁹⁴ EGMR v. 24.10.1979, Winterwerp c. Niederlande, Nr. 6301/73, Ziff. 37.

⁹⁵ EGMR v. 21.12.2010, Witek c. Polen, Nr. 13453/07, Ziff. 41; EGMR v. 18.2.2014, Ruiz Rivera c. Schweiz, Nr. 8300/06, Ziff. 60; EGMR v. 6.10.2016, W.P. c. Deutschland, Nr. 55594/13, Ziff. 49.

⁹⁶ EGMR v. 24.10.1979, Winterwerp c. Niederlande, Nr. 6301/73, Ziff. 39; EGMR v. 4.12.2018, Ilseher c. Deutschland, Nr. 10211/12 und 27505/14, Ziff. 129 f., 145.

⁹⁷ EGMR v. 18.2.2014, Ruiz Rivera c. Schweiz, Nr. 8300/06, Ziff. 59; EGMR v. 3.6.2014, Vogt c. Schweiz, Nr. 45553/06, Ziff. 36; EGMR v. 4.12.2018, Ilseher c. Deutschland, Nr. 10211/12 und 27505/14, Ziff. 130; vgl. auch Art. 2 Ziff. 3 Rec2004)10.

⁹⁸ EGMR v. 19.4.2012, B. c. Deutschland, Nr. 61272/09, Ziff. 68; EGMR v. 28.11.2013, Glien c. Deutschland, N. 7345/12, Ziff. 74; EGMR v. 4.12.2018, Ilseher c. Deutschland, Nr. 10211/12 und 27505/14, Ziff. 134.

⁹⁹ EGMR v. 17.1.2012, Stanev c. Bulgarien, Nr. 36760/06, Ziff. 145; EGMR v. 28.11.2013, Glien c. Deutschland, N. 7345/12, Ziff. 72; EGMR v. 4.12.2018, Ilseher c. Deutschland, Nr. 10211/12 und 27505/14, Ziff. 145.

- 68 Nach der Praxis des EGMR setzt die Inhaftierung einer Person wegen einer psychischen Krankheit ein Ausmass der Gesundheitsstörung voraus, welches die Einsperung der betreffenden Person notwendigerweise erfordert, weil sie eine Therapie, Medikamente oder eine andere klinische Behandlung benötigt, um ihren Zustand zu heilen oder zu lindern, aber auch, weil die Person Kontrolle und Überwachung benötigt, um zu verhindern, dass sie sich selbst oder andere Personen schädigt¹⁰⁰. Die Annahme einer schweren psychischen Krankheit setzt aber nicht voraus, dass die betreffende Person gemäss StGB als schuldunfähig oder als vermindert schuldfähig zu erachten ist¹⁰¹.
- 69 Der EGMR hat bisher nicht entscheiden müssen, ob eine bestimmte sexuelle Neigung, nämlich eine (nicht pathologische) Pädophilie, welche eine therapeutische Behandlung erfordert und bei welcher zufolge der psychischen Störung ein hohes Risiko künftiger erheblicher strafbarer Handlungen gegenüber Kindern besteht, genügend schwer ist, um als psychische Störung i.S.v. Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK zu gelten; der EGMR hat aber daran gezweifelt¹⁰². Hingegen ist der EGMR von einer im Sinne der zitierten EMRK-Bestimmung schweren psychischen Störung ausgegangen in einem Fall von nach wie vor vorhandenen sexuellen Gewaltfantasien, welche Angriffe auf den Hals und die Strangulierung von Frauen sowie die Masturbation auf deren unbelebten Körpern zum Gegenstand haben. Dieser sexuelle Sadismus hat die Entwicklung der betreffenden Person seit ihrer Pubertät beeinflusst und ist die Ursache einer brutalen Straftat gewesen¹⁰³.
- 70 Der psychisch kranken Person kann die Freiheit somit zum Schutz der Allgemeinheit, aber auch zu ihrem eigenen Schutz in einer dafür geeigneten Einrichtung entzogen werden. Soweit der sicherheitspolizeiliche Gewahrsam zum Schutze des Betroffenen mit dessen rechtswirksamer Einwilligung erfolgt, liegt nach hier vertretener Auffassung

¹⁰⁰ EGMR v. 20.2.2003, Hutchison Reid c. Grossbritannien, Nr. 50272/99, Ziff. 52; EGMR v. 28.11.2013, Glien c. Deutschland, Nr. 7345/12, Ziff. 78 ff., 83; EGMR v. 4.12.2018, Ilseher c. Deutschland, Nr. 10211/12 und 27505/14, Ziff. 133, 158; vgl. auch BGE 138 III 593 E. 5..

¹⁰¹ EGMR v. 28.11.2013, Glien c. Deutschland, N. 7345/12, Ziff. 84; EGMR .m 4.12.2018, Ilseher c. Deutschland, Nr. 10211/12 und 27505/14, Ziff. 149.

¹⁰² EGMR v. 28.11.2013, Glien c. Deutschland, N. 7345/12, Ziff. 87 ff.

¹⁰³ EGMR v. 4.12.2018, Ilseher c. Deutschland, Nr. 10211/12 und 27505/14, Ziff. 147, 151, 158.

- keine durch Art. 5 EMRK erfasste Freiheitsentziehung vor (sog. unechter Gewahrsam)¹⁰⁴.
- 71 Bei der Entscheidung, ob die Inhaftierung einer Person wegen einer schweren psychischen Störung zulässig ist, gewährt der EGMR der über den Freiheitsentzug entscheidenden Behörde einen gewissen Ermessensspielraum. Im Vordergrund steht dabei die Begründetheit klinischer Diagnosen, da es in erster Linie Sache dieser Behörde sei, die entsprechenden Gutachten zu bewerten¹⁰⁵.
- 72 Obschon dies in den Entscheiden des EGMR nicht bzw. nur indirekt zum Ausdruck gebracht wird, muss zwischen der psychischen Krankheit und der Gefahr für die betreffende Person bzw. die Allgemeinheit ein Zusammenhang bestehen¹⁰⁶.
- 73 Schliesslich setzt die Anwendung von Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK voraus, dass zwischen der Krankheit und dem Ort sowie den Bedingungen der Inhaftierung ein Zusammenhang besteht. Gemeint ist damit, dass der Freiheitsentzug bei einer psychisch kranken Person nur dann rechtmässig sein kann, wenn er in einem Krankenhaus, einer Klinik oder einer anderen geeigneten Einrichtung durchgeführt¹⁰⁷ und wenn die notwendige Behandlung für die betreffende psychische Störung angeboten wird¹⁰⁸.
- 74 Im Falle des Verdachts auf eine Straftat ist für die Inhaftierung einer psychisch kranken Person Art. 5 Ziff. 1 lit. c und nicht Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK massgebend¹⁰⁹.

¹⁰⁴ MALMBERG, in: Drewes/Malmberg/Walter, § 39 N. 4; GOLLWITZER, Art. 5 MRK N. 58; TIEFENTHAL, Art. 24d N. 5.

¹⁰⁵ EGMR v. 5.10.2004, H.L. c. Grossbritannien, Nr. 45508/99, Ziff. 98; EGMR v. 24.3.2009, Puttrus c. Deutschland, Nr. 1241/06; EGMR v. 28.6.2012, S. c. Deutschland, Nr. 3300/10, Ziff. 81; EGMR v. 28.11.2013, Glien c. Deutschland, N. 7345/12, Ziff. 74; EGMR v. 4.12.2018, Inseher c. Deutschland, Nr. 10211/12 und 27505/14, Ziff. 130.

¹⁰⁶ Vgl. etwa die Erwägungen in EGMR v. 28.11.2013, Glien c. Deutschland, N. 7345/12, Ziff. 79; EGMR v. 4.12.2018, Inseher c. Deutschland, Nr. 10211/12 und 27505/14, Ziff. 158.

¹⁰⁷ EGMR v. 20.2.2003, Hutchison Reid c. Grossbritannien, Nr. 50272/99, Ziff. 49; EGMR v. 11.5.2004, Brand c. Niederlande, Nr. 49902/99, Ziff. 62; EGMR v. 13.1.2011, Kallweit c. Deutschland, Nr. 17792/07, Ziff. 46; EGMR v. 28.11.2013, Glien c. Deutschland, N. 7345/12, Ziff. 75, 92 ff.; EGMR v. 4.12.2018, Inseher c. Deutschland, Nr. 10211/12 und 27505/14, Ziff. 129 f., 138 ff.

¹⁰⁸ EGMR v. 28.11.2013, Glien c. Deutschland, N. 7345/12, Ziff. 95; vgl. auch Art. 9 f. Rec(2000)10; vgl. auch BGer v. 22.11.2013, 5A_614/2013 E. 5.2.; BGer v. 8.7.2014, 5A_500/2014 E. 4; BGer v. 23.11.2015, 5A_765/2015 E. 4.1; BGer v. 11.7.2016, 5A_228/2016, E. 4.3.

¹⁰⁹ GOLLWITZER, Art. 5 MRK N. 75.

75 Dass im Übrigen auch Landstreicher gemäss Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK in Polizeigewahrsam genommen werden können, ist erstaunlich. Der EGMR hat die Definition des Begriffs «Landstreicher» als Person ohne festen Wohnsitz, ohne Mittel zum Unterhalt und ohne regelmässige Berufstätigkeit («vagrants are persons who have no fixed abode, no means of subsistence and no regular trade or profession») nicht beanstandet¹¹⁰. Eine Person, welche keiner Erwerbstätigkeit nachgeht, kann nicht deshalb als Landstreicher gelten, weil sie im Verdacht steht, ihren Lebensunterhalt durch Straftaten zu bestreiten und entsprechend für die Gemeinschaft als gefährlich angesehen wird¹¹¹.

f. Anordnung von sicherheitspolizeilichem Gewahrsam im Anschluss an den Straf- oder Massnahmenvollzug

76 Wird bzw. würde eine Person aus dem Straf- oder Massnahmenvollzug entlassen und stellt diese weiterhin eine Gefahr für die Allgemeinheit dar, so stellt sich die Frage, ob diese Person zufolge der von ihr ausgehenden Gefahr weiterhin inhaftiert bleiben darf.

77 Zunächst ist unzweifelhaft, dass sich eine derartige Haft («nachträgliche Sicherheitsverwahrung», «retrospective» oder «retrospectively ordered preventive detention» oder «subsequent preventive detention», «détention de sûreté rétroactive» oder «détention de sûreté ordonnée rétroactivement» oder «détention de sûreté subséquente»¹¹²) nicht auf Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK stützen kann, weil die auf einer rechtmässig ergangenen Verurteilung basierende Strafe oder Massnahme abgeschlossen ist und gestützt auf einen weiteren Entscheid Haft angeordnet werden soll¹¹³.

78 Die Anordnung einer schuldunabhängigen Freiheitsentziehung im Falle fortbestehender Gefährlichkeit lässt sich mit Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK vereinbaren, *sofern diese im damaligen Entscheid als Rechtsfolge angeordnet worden ist*¹¹⁴. Ohne eine solche Anordnung ist die nachträgliche Verlängerung der Freiheitsentziehung gestützt auf das

¹¹⁰ EGMR v. 18.6.1971, De Wilde, Ooms und Versyp c. Belgien, Nr. 2832/66; 2835/66, 2899/66, Ziff. 68 ff.; vgl. auch PEUKERT, in: Frowein/Peukert, Art. 5 N. 83; VILLIGER, N. 338.

¹¹¹ EGMR v. 6.11.1980, Nr. 7367/76, Ziff. 98.

¹¹² EGMR v. 4.12.2018, Inseher c. Deutschland, Nr. 10211/12 und 27505/14, Ziff. 104, 106.

¹¹³ EGMR v. 4.12.2018, Inseher c. Deutschland, Nr. 10211/12 und 27505/14, Ziff. 144; RENZIKOWSKI, in: Pabel/Schmahl, Art. 5 N. 154.

¹¹⁴ EGMR v. 17.12.2009, M. c. Deutschland, Nr. 19359/04, Ziff. 86 ff.; EGMR v. 21.10.2010, Grosskopf c. Deutschland, Nr. 24478/03, Ziff. 47 ff.; EGMR v. 9.6.2011, Schmitz c. Deutschland, Nr. 30493/04, Ziff. 38 ff.; EGMR v. 9.6.2011, Mork c. Deutschland, Nr. 31047/04 und 43386/08, Ziff. 51 ff.

- ursprüngliche Urteil unter Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK nicht zulässig, und zwar unabhängig davon, wie sie begründet wird¹¹⁵.
- 79 Demgegenüber ist Art. 65 Abs. 2 StGB nach hier vertretener Auffassung konventionskonform, weil die Bestimmung als Wiederaufnahme bzw. Revision zu Ungunsten der betroffenen Person ausgestaltet ist und weil aus diesem Grund ein Urteil gestützt auf einen neuen Sachverhalt mit einem neuen Schuldspruch ergeht¹¹⁶.
- 80 Ebenfalls ausgeschlossen ist die Begründung einer nachträglichen Haft zufolge fortbestehender Gefährlichkeit mit 5 Ziff. 1 lit. c (Alternative 1) EMRK. Zwar soll die betreffende Person im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 lit. c (Alternative 1) EMRK an der Begehung einer Straftat gehindert werden, jedoch ist dieser Haftgrund ausschliesslich dann anwendbar, wenn die Person einer Gerichtsbehörde zugeführt und wenn eine nach Ort, Zeit sowie allfälligem Opfer genügend konkrete Tat verhindert werden soll. Zudem setzt die Bestimmung einen Tatverdacht und folglich grundsätzlich voraus, dass deswegen ein Strafverfahren eröffnet worden ist¹¹⁷.
- 81 Art. 5 Ziff. 1 lit. c (Alternative 2) EMRK erlaubt es nicht, im Sinne einer allgemeinen Strategie die Allgemeinheit vor einem bestimmten gefährlichen, zu strafbarem Verhalten neigenden Individuum zu schützen¹¹⁸. Denkbar wäre die Anordnung nachträglicher Haft als sicherheitspolizeilicher Gewahrsam, wenn die fragliche Person in eine konkrete und spezifische Straftat – dazu gehört auch die Verletzung des Friedens – involviert wäre, und wenn sie an der Begehung dieser Straftat durch die Haft gehindert werden soll¹¹⁹.

¹¹⁵ RENZIKOWSKI, in: Pabel/Schmahl, Art. 5 N. 157.

¹¹⁶ Vgl. BGE 136 IV 156 E. 3; 144 IV 321 E. 3; zutreffend RENZIKOWSKI, in: Pabel/Schmahl, Art. 5 N. 164.

¹¹⁷ Vgl. vorne Rz. 50.

¹¹⁸ EGMR v. 11.12.2009, M. c. Deutschland, Nr. 19359/04, Ziff. 89, 102; EGMR v. 14.4.2011, Jendrowiak c. Deutschland, Nr. 30060/04, Ziff. 35; EGMR v. 4.12.2018, Ilmseher c. Deutschland, Nr. 10211/12 und 27505/14, Ziff. 145.

¹¹⁹ Vgl. dazu Rz. 51 ff.

- 82 Sodann wäre nachträgliche Haft mit Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK vereinbar bei psychisch kranken Personen, wenn von diesen wegen ihrer Krankheit Gefahren für die Allgemeinheit oder den Betroffenen selbst ausgehen und die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind¹²⁰.
- 83 Schliesslich ist die Frage zu beantworten, ob die Anordnung nachträglicher Haft gegen Art. 7 Ziff. 1 Satz 2 EMRK und Art. 15 Ziff. 1 Satz 2 IPBPR verstösst, wonach nachträglich keine schwerere als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden darf.
- 84 Der Begriff der Strafe («penalty», «peine») gemäss Art. 7 Ziff. 1 Satz 2 EMRK wird durch den EGMR *autonom* ausgelegt¹²¹. Die Frage, ob die für die Begehung des Delikts ausgesprochene Strafe oder Massnahme nachträglich erhöht wird oder ob von einer neuen Massnahme auszugehen ist, beurteilt sich u.a. nach der Art und Weise, in welcher die nachträgliche Haft vollzogen wird¹²².
- 85 Der EGMR geht in konstanter Praxis davon aus, dass die nachträgliche Inhaftierung einer gesunden Person grundsätzlich als Strafe im Sinne von Art. 7 Ziff. 1 Satz 2 EMRK zu qualifizieren ist¹²³. Dasselbe gilt, wenn eine psychisch kranke Person unter denselben bzw. ähnlichen Bedingungen inhaftiert bleibt wie gestützt auf das ursprüngliche Urteil, d.h. auch gemäss nachträglichem Entscheid nicht in einer geeigneten Einrichtung mit dem Ziel der Behandlung der gesundheitlichen Störung inhaftiert wird¹²⁴.
- 86 Demgegenüber ist die Inhaftierung einer erheblich psychisch kranken Person im Anschluss an den Vollzug eines strafrechtlichen Urteils oder einer freiheitsentziehenden Massnahme dann nicht als Strafe i.S.v. Art. 7 Ziff. 1 Satz 2 EMRK und Art. 15 Ziff. 1 Satz 2 IPBPR zu erachten, wenn sie wegen und im Hinblick auf die Notwendigkeit der

¹²⁰ Vgl. dazu vorne Rz. 64 ff.

¹²¹ EGMR v. 26.2.1995, Welch c. Grossbritannien, Nr. 17440/90, Ziff. 27; EGMR v. 21.10.2013, Del Rio Prada c. Spanien, Nr. 42750/09, Ziff. 81; EGMR v. 4.12.2018, Ilmseher c. Deutschland, Nr. 10211/12 und 27505/14, Ziff. 203; GOLLWITZER, Art. 7 MRK N. 11.

¹²² EGMR v. 4.12.2018, Ilmseher c. Deutschland, Nr. 10211/12 und 27505/14, Ziff. 207 ff.

¹²³ EGMR v. 17.11.2009, M. c. Deutschland, Nr. 19359/04, Ziff. 124 ff.; EGMR v. 28.11.2013, Glien c. Deutschland, N. 7345/12, Ziff. 76 ff.

¹²⁴ EGMR v. 17.11.2009, M. c. Deutschland, Nr. 19359/04, Ziff. 124 ff.; EGMR v. 4.12.2018, Ilmseher c. Deutschland, Nr. 10211/12 und 27505/14, Ziff. 228.

Behandlung einer psychischen Störung in einer entsprechenden Einrichtung angeordnet wird¹²⁵. In derartigen Fällen sind demnach Art. 7 Ziff. 1 Satz 2 EMRK sowie Art. 15 Ziff. 1 Satz 2 IPBPR nicht verletzt.

5. Anordnung sowie Höchstdauer des sicherheitspolizeilichen Gewahrsams und Zuständigkeiten

a. Anordnung sicherheitspolizeilichen Gewahrsams

87 Grundsätzlich kann in einem Gesetz – und damit auch in einem kantonalen Polizeigesetz – geregelt werden, dass einer Person die Freiheit entzogen wird (Art. 31 Abs. 1 BV, Art. 5 EMRK, Art. 9 IPBPR).

88 Im Falle eines Freiheitsentzugs im Rahmen eines Strafverfahrens i.S.v. Art. 5 Ziff. 1 lit. c (Alternative 1) EMRK muss gemäss Art. 31 Abs. 3 BV sowie Art. 5 Ziff. 3 EMRK sofort nach der Festnahme ein Gericht über die Rechtmässigkeit der Haft entscheiden.

89 Gestützt auf Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK und die neuste Rechtsprechung des EGMR ist auch in den Konstellationen gemäss Alternative 2 die unverzügliche Vorführung vor den Richter zumindest anzustreben¹²⁶.

90 In den übrigen Konstellationen (insbesondere Art. 5 Ziff. 1 lit. b, lit. d, lit. e und lit. f) muss die inhaftierte Person gemäss Art. 31 Abs. 4 BV sowie Art. 5 Ziff. 4 EMRK und Art. 9 Ziff. 4 IPBPR *unmittelbaren* Zugang zu einem Gericht haben, um einen Entscheid über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs erwirken zu können. Die Anordnung der Haft durch ein Gericht – wie sie für die Konstellationen gemäss Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK vorgesehen ist – ist weder nach der BV noch nach den Konventionen erforderlich¹²⁷.

¹²⁵ EGMR v. 7.1.2016, Bergmann c. Deutschland, Nr. 23279/14, Ziff. 151 ff., 181 f.; EGMR v. 6.10.2016, W.P. c. Deutschland, Nr. 55594/13, Ziff. 76 ff.; vgl. auch GOLLWITZER, Art. 7 MRK N. 12.

¹²⁶ Vgl. Rz. 55.

¹²⁷ BGE 136 I 87 E. 6.5.1 und 6.5.2; EGMR v. 21.10.1986, Sanchez-Reisse c. Schweiz, Nr. 9862/82, Ziff. 45; EGMR v. 30.11.2000, G. B. c. Schweiz, Ziff. 33, 38.

91 Denkbar (nicht aber notwendig) ist allerdings, auch im Falle des sicherheitspolizeilichen Gewahrsams nach Art. 5 Ziff. 1 lit. b und lit. e EMRK ein Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK entsprechendes Haftprüfungsverfahren vorzusehen¹²⁸. Danach würde im Falle eines Freiheitsentzugs die Polizei bzw. allenfalls eine andere Behörde beim Gericht die Anordnung des polizeilichen Gewahrsams beantragen.

92 Als Gericht, welches die Rechtmässigkeit der Haft prüft, kommt z.B. das Zwangsmassnahmengericht in Frage.

b. Höchstzulässige Dauer des Haftprüfungsverfahrens

93 In den Konstellationen, in welchen die Haft von Amtes wegen durch einen Richter zu prüfen ist (Art. 5 Ziff. 1 lit. c [Alternative 1 und 2] EMRK) muss die inhaftierte Person nach Art. 5 Ziff. 3 EMRK unverzüglich («promptly», «aussitôt», nach Art. 9 Ziff. 3 IPBPR: «promptly», «dans le plus court délai») dem Richter zugeführt werden.

94 Die höchstzulässige Dauer bis zur Entscheid im Haftprüfungsverfahren lässt sich nicht abstrakt festlegen. Nach den Bestimmungen der Strafprozessordnung müsste die Prüfung der Haftanordnung analog Art. 224 Abs. 2 und Art. 226 Abs. 1 StPO innert allerhöchstens 96 Stunden erfolgen¹²⁹. In der Regel sollte die inhaftierte Person innert 48 Stunden dem Richter vorgeführt werden¹³⁰. Längere Fristen sind nur ausnahmsweise¹³¹ zulässig¹³². Für den sicherheitspolizeilichen Gewahrsam nach Art. 5 Ziff. 1 lit. c (Alternative 2) hat der EGMR erkannt, bis zur Zuführung vor den Richter dürften nicht Tage, sondern lediglich Stunden vergehen¹³³.

95 Im Falle eines Haftentlassungsgesuchs gemäss Art. 5 Ziff. 4 EMRK bzw. Art. 9 Ziff. 4 IPBPR muss über dieses «innerhalb kurzer Frist» (Art. 5 Ziff. 4 EMRK: «speedily», «à bref délai»; Art. 9 Ziff. 4 IPBPR: «without delay», «sans délai», «unverzüglich») entschieden werden.

¹²⁸ So z.B. Art. 64 lit. c PolG/BE/Entwurf.

¹²⁹ BGE 137 IV 92 E. 3.2.

¹³⁰ BGE 131 I 36 E. 2.6; 136 I 274 E. 2.2; 137 IV 92 E. 3.1.

¹³¹ Vgl. EGMR v. 20.2.2003, Hutchison Reid c. Grossbritannien, Nr. 50272/99, Ziff. 75 ff. (Haftentlassungsgesuch einer in einer Anstalt untergebrachten, psychisch kranken Person).

¹³² Vgl. dazu nachstehend Rz. 97.

¹³³ Vgl. vorne Rz. 62.

96 Nach Art. 31 Abs. 4 BV sowie Art. 5 Ziff. 4 EMRK muss der Richter direkt angerufen werden können und nicht auf indirektem Weg nach Durchlaufen einer oder mehrerer Administrativinstanzen¹³⁴.

97 Die analoge Anwendung der strafprozessualen Bestimmungen über das Haftprüfungsverfahren (Art. 228 StPO)¹³⁵ verbietet sich im Zusammenhang mit dem sicherheitspolizeilichen Gewahrsam jedenfalls dann, wenn den staatlichen Behörden die zu verhindernde Gefahr bereits im Voraus bekannt ist und nicht – wie nach der Eröffnung des Strafverfahrens – die Grundlagen für die Annahme eines dringenden Tatverdachts erst noch abgeklärt werden müssen. Massgebend sind bei der Überprüfung des sicherheitspolizeilichen Gewahrsams die konkreten Umstände des Einzelfalls. Von Bedeutung sind insbesondere die Komplexität des Verfahrens sowie das Verhalten der Behörden und der betroffenen Person im Einzelfall¹³⁶.

98 Geboten ist eine sorgfältige und zügige Erledigung der Haftrichterentscheide. Hohe Belastungen der staatlichen Organe vermögen Verzögerungen nicht zu rechtfertigen. Das System muss so organisiert werden, dass eine zügige Behandlung von Entscheidungen betreffend die Haft gewährleistet ist¹³⁷ – auch an Wochenenden und Feiertagen. Dies gilt nicht nur für die Polizei und das Gericht, sondern auch für weitere Beteiligte wie etwa solche, welche psychiatrische Dienstleistungen erbringen etc.

c. Höchstzulässige Dauer des sicherheitspolizeilichen Gewahrsams

99 Zur höchstzulässigen Dauer des sicherheitspolizeilichen Gewahrsams können der BV und der EMRK sowie dem IPBPR unmittelbar keine Angaben entnommen werden.

100 Die Frist beginnt ab dem Zeitpunkt zu laufen, in welchem der betroffenen Person die Freiheit effektiv entzogen wird¹³⁸.

¹³⁴ BGE 136 I 87 E. 6.5; BGer v. 22.1.2014, 1C_350/2013 E. 3.2, 3.7; EGMR v. 16.6.2005, Storck c. Deutschland, Nr. 61603/00, Ziff. 114 ff.; TIEFENTHAL, Art. 24d N. 17.

¹³⁵ Vgl. z.B. HUG/SCHIEDERGER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Art. 228 N. 1 ff.

¹³⁶ BGE 142 I 135 E. 3.1; BGer v. 22.1.2014, 1C_350/2013 E. 3.3; EGMR v. 30.11.2000, M. B. c. Schweiz, Nr. 28256/95, Ziff. 37; EGMR v. 13.7.2006, Fuchser c. Schweiz, Nr. 55894/00, Ziff. 43; EGMR v. 9.7.2009, Mooren c. Deutschland, Nr. 11364/03, Ziff. 106 f.

¹³⁷ Z.B. EGMR v. 12.5.2005, Öcalan c. Türkei, Nr. 46221/99, Ziff. 104 (sieben Tage); EGMR v. 30.11.2000, G.B. c. Schweiz, Nr. 27426/95, Ziff. 38; RENZIOWSKI, in: Pabel/Schmahl, Art. 5 N. 355.

¹³⁸ Vgl. BGer v. 22.1.204, 1C_350/2013 E. 3.7.

- 101 Sicherlich ist die betroffene Person aus dem sicherheitspolizeilichen Gewahrsam zu entlassen, wenn der Zweck der Massnahme erreicht ist bzw. nicht mehr erreicht werden kann¹³⁹. Sodann müssen der Grundsatz der Verhältnismässigkeit¹⁴⁰ und das Beschleunigungsgebot¹⁴¹ respektiert werden.
- 102 Mit Bezug auf den strafprozessualen Haftgrund der Ausführungsgefahr wird von einem Teil der Lehre postuliert, die maximale Haftdauer in analoger Anwendung der Regelung zur Friedensbürgschaft gemäss Art. 66 Abs. 2 StGB auf zwei Monate zu begrenzen¹⁴². Die Analogie ist aber problematisch, weil es sich bei der Haft nach Art. 66 Abs. 2 StGB dem Wesen nach um eine Beugehaft handelt und weil im Falle der Ausführungsgefahr analog die Bestimmungen zur Untersuchungshaft anzuwenden sind¹⁴³.
- 103 Die Orientierung an der Schwere der angedrohten bzw. befürchteten Straftat könnte ein angemessenes Kriterium sein¹⁴⁴. Bei schweren Straftaten kann aus diesem Kriterium aber keine Obergrenze abgeleitet werden. Es wäre allein gestützt darauf möglich, praktisch jede Haftdauer zu rechtfertigen.
- 104 Sodann wird vorgeschlagen, auf die Warnwirkung abzustellen. Nach dieser Lehrmeinung ist davon auszugehen, dass die Wahrscheinlichkeit der Begehung der befürchteten Straftat mit der Dauer der Haft abnehme¹⁴⁵. Diesem Kriterium kommt nach hier vertretener Auffassung keine eigenständige Bedeutung zu, da im Falle einer markanten Abnahme der Gefahr die inhaftierte Person zufolge Wegfalls des Haftgrundes ohnehin zu entlassen ist.
- 105 Schliesslich lässt sich argumentieren, wenn die ernsthafte Wahrscheinlichkeit einer Gefährdung von gewichtigen Rechtsgütern bestehe, müsse gutachterlich abgeklärt werden, ob dies tatsächlich der Fall sei bzw. ob die Voraussetzungen einer fürsorglichen Unterbringung gemäss Art. 426 ff. ZGB erfüllt seien. Falls von der betreffenden Person eine hohe Gefahr ausgeht und die gutachterlichen Abklärungen ambulant nicht

¹³⁹ SEELMANN, 122.

¹⁴⁰ Art. 5 Abs. 2 und 36 Abs. 3 BV.

¹⁴¹ Art. 31 Abs. 4 BV, Art. 5 Ziff. 3 EMRK sowie Art. 9 Ziff. 3 IPBPR.

¹⁴² HUG/SCHIEDEGGER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Art. 221 N. 46; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, Art. 226 N. 8; vgl. auch MOREILLON/PAREIN-REYMOND, Art. 221 N. 53; vgl. dazu auch BGE 125 I 361 E. 6.

¹⁴³ Botschaft StPO, 1229.

¹⁴⁴ Vgl. dazu OBERHOLZER, N. 931.

¹⁴⁵ DUMITRESCU, 447, 452.

möglich sind, müsse die Haft so lange dauern, wie es für die Erstellung eines (vorläufigen) Gutachtens erforderlich sei. Dabei wäre ein besonderes Augenmerk auf das Beschleunigungsgebot zu richten, welches den Staat verpflichtet, die Gefährdungsabklärung möglichst voranzutreiben. Insgesamt wäre bei dieser Argumentation eine maximale Haftdauer von einem bis zwei, maximal und ausnahmsweise sogar von drei Monaten denkbar¹⁴⁶.

- 106 Soweit ersichtlich, hat sich der EGMR nicht detailliert zur höchstzulässigen Dauer von sicherheitspolizeilichem Gewahrsam geäußert. Bei einer Person, welche ihrer Verpflichtung nicht nachgekommen ist, sich durch einen Psychiater untersuchen zu lassen, hat der EGMR u.a. erkannt, da die zu untersuchende Person bis zum ersten Treffen mit dem Psychiater acht Tage habe warten müssen, liege eine Verletzung von Art. 5 Ziff. 1 lit. b EMRK vor¹⁴⁷. In einem anderen Fall hat der EGMR entschieden, sicherheitspolizeilicher Gewahrsam von rund 19 Stunden sei zu lang, da die betreffende Person gemäss nationalem Recht vorher hätte entlassen werden können, wenn der zuständige Haftrichter nicht mit Verzögerung erschienen wäre, zumal die dem Betroffenen vorgeworfene Ordnungswidrigkeit mit höchstens 250 Euro hätte geahndet werden können¹⁴⁸. Seiner Entscheidung begründet der EGMR mit den Umständen des Falles und unter Hinweis auf die Bedeutung des Rechts auf Freiheit nach der Konvention¹⁴⁹.
- 107 Die Frage, welche Maximaldauer bei sicherheitspolizeilichem Gewahrsam mit übergeordnetem Recht vereinbar ist, lässt sich nicht in genereller Weise beantworten. Von entscheidender Bedeutung sind in diesem Zusammenhang – abgesehen vom Vorliegen der fortbestehenden Tatbereitschaft bzw. der Gefährlichkeit – insbesondere das dem Rechtsgut der Freiheit zukommende Gewicht sowie das Subsidiaritäts- und das Proportionalitätsprinzip. Entscheidend ist demnach, ob die im Einklang mit der Rechtsordnung stehende Verpflichtung des Betroffenen auf andere Weise (auch nicht mittels des Haftgrunds der Ausführungsfahr nach Art. 221 Abs. 2 StPO, mittels fürsorglicher Freiheitsentzugs nach Art. 426 ff. ZGB) durchgesetzt werden kann und ob das

¹⁴⁶ Vgl. auch CONINX, 399; SEELMANN, 127.

¹⁴⁷ EGMR v. 3.12.2002, Nowicka c. Polen, Nr. 30218/96, Ziff. 62 ff.

¹⁴⁸ EGMR v. 24.3.2005, Epple c. Deutschland, Nr. 77909/01, Ziff. 40 ff.

¹⁴⁹ EGMR v. 24.3.2005, Epple c. Deutschland, Nr. 77909/01, Ziff. 45.

mit der Verpflichtung anvisierte Ziel in einem angemessenen Verhältnis zu den Grundrechtseingriffen steht. Besonders ist darauf zu achten, dass das Beschleunigungsgebot respektiert wird. Dazu gehört nicht nur, dass die mit der Sache befassten Polizeibeamten und Richter die erforderlichen Massnahmen unverzüglich treffen. Durch geeignete Einsatzdispositive ist zudem dafür zu sorgen, dass genügend personelle Ressourcen für die Umsetzung der polizeilichen Massnahmen sowie für die Beurteilung der sich im Zusammenhang mit dem Gewahrsam stellenden Fragen bzw. für die zu treffenden Entscheide verfügbar sind.

- 108 In der Praxis dürfte das Problem der Erkenntnismöglichkeit der Polizei und des Richters im Vordergrund stehen. Diese müssen über den relevanten Sachverhalt gestützt auf Indizien (Mitführen von Gegenständen, E-Mail-Verkehr etc.) sowie Erfahrungstatsachen entscheiden und dabei festlegen, ob und gegebenenfalls welche Gefahr von der betroffenen Person ausgeht oder etwa, ob diese die ihr untersagte Handlung unterlassen wird. Die Überprüfung derartiger Entscheide muss selbstverständlich von einem *Ex-ante-Standpunkt* aus erfolgen¹⁵⁰.

6. Zwischenfazit und rechtsvergleichende Hinweise

a. Zusammenfassung der wesentlichsten Eckpunkte

- 109 Abgesehen von Untersuchungs- und Sicherheitshaft kann die Anordnung von Haft zum Schutz von Polizeigütern zunächst erfolgen wegen Nichtbefolgung einer richterlichen Anordnung (Art. 5 Ziff. 1 lit. b [Alternative 1]) – einen Anwendungsfall stellt die Friedensbürgschaft nach Art. 66 StGB dar – und zur Erfüllung einer konkreten gesetzlichen Verpflichtung (Art. 5 Ziff. 1 lit. b [Alternative 2]). Im Vordergrund stehen in diesem Zusammenhang Anordnungen betreffend den Aufenthaltsort der betroffenen Person.
- 110 Nach neuerer Rechtsprechung des EGMR ist sicherheitspolizeilicher Gewahrsam mit Art. 5 Ziff. 1 lit. c (Alternative 2) EMRK – es geht dabei namentlich um Untersuchungs- und Sicherheitshaft im Zusammenhang mit einem Strafverfahren – vereinbar, wenn die Wahrscheinlichkeit besteht, dass auf diese Weise die Begehung einer nach Ort, Zeit und allfälligen Opfern bestimmbarer Straftat – als solche kann auch «die Verletzung

¹⁵⁰ MARTENS, in Heesen/Hönle/Peilert/Martens, § 39 BPolG N. 20.

des Friedens» gelten (unabhängig davon, ob ein entsprechender nationaler Tatbestand gesetzlich geregelt ist oder nicht) – verhindert werden kann. Bei dieser Konstellation des sicherheitspolizeilichen Gewahrsams ist die betroffene Person unverzüglich einem Richter vorzuführen.

- 111 Schliesslich ist sicherheitspolizeilicher Gewahrsam unter gewissen Umständen zulässig gegenüber psychisch kranken Personen (Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK) – im Vordergrund steht die fürsorgerische Unterbringung gemäss Art. 426 ff. ZGB. Die Vereinbarkeit mit Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK setzt nicht nur ein objektives ärztliches Gutachten voraus, sondern auch den Vollzug in einer auf Behandlung der Krankheit ausgerichteten Institution. Es besteht kein konventionsrechtlicher Anspruch auf einen unverzüglichen, gerichtlichen Entscheid zu Beginn des sicherheitspolizeilichen Gewahrsams, jedoch hat die inhaftierte Person jederzeit das Recht, ein Haftentlassungsgesuch zu stellen (Art. 31 Abs. 4 BV, Art. 5 Ziff. 4 EMRK, Art. 9 Ziff. 4 IPBPR).
- 112 Unmittelbar im Anschluss an den Vollzug der freiheitsentziehenden Strafe oder Massnahme kann sicherheitspolizeilicher Gewahrsam angeordnet werden, wenn sich dieser auf einen zu diesem Zeitpunkt gefällten (neuen) Entscheid abstützen kann, der den Anforderungen von Art. 5 Ziff. 1 EMRK, insbesondere von Art. 5 Ziff. 1 lit. c (Alternative 2) oder von Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK genügt.
- 113 Über die zulässige Höchstdauer des sicherheitspolizeilichen Gewahrsams lassen sich weder der Praxis des EGMR noch der Praxis der nationalen Gerichte oder der Literatur konkrete Anhaltspunkte entnehmen.

b. Rechtsvergleich betreffend die Höchstdauer sicherheitspolizeilichen Gewahrsams

- 114 Die meisten Kantone beschränken die Haftdauer in ihren Polizeigesetzen auf 24 Stunden¹⁵¹, wobei eine Verlängerung teilweise möglich ist. In einzelnen kantonalen Polizeigesetzen¹⁵² bzw. anderen Gesetzen¹⁵³ ist eine längere Maximaldauer vorgesehen.
- 115 Nach dem Recht einiger deutscher Bundesländer ist die Polizei berechtigt, die betroffene Person während maximal 48 Stunden in sicherheitspolizeilichem Gewahrsam zu halten. Auf ein entsprechendes Gesuch hin kann der Richter gestützt auf das Polizeigesetz sicherheitspolizeilichen Gewahrsam anordnen bzw. verlängern. Als Höchstdauer sind in einzelnen Bundesländern zwischen 48 Stunden und zwei Wochen vorgesehen¹⁵⁴. Gemäss dem deutschen Bundespolizeigesetz liegt die Höchstdauer bei vier Tagen¹⁵⁵. Teilweise werden bereichsspezifische Höchstfristen gesetzt, wobei die längste Haftdauer bei Freiheitsentzügen zur Verhinderung von Straftaten festgelegt wird¹⁵⁶. Demgegenüber beträgt die Höchstdauer der Freiheitsentziehung zum Zwecke der Identifizierung in der Regel nur zwölf¹⁵⁷ bis höchstens 24 Stunden¹⁵⁸.
- 116 Nach Art. 17 Abs. 1 Ziff. 2 PAG/Bay kann die Polizei eine Person in Gewahrsam nehmen, «um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit oder einer Straftat zu verhindern». Die Polizei hat gemäss Art. 18 Abs. 1 PAG/Bay unverzüglich eine richterliche

¹⁵¹ Z.B. § 11 Abs. 1 PolG/Al; § 31 Abs. 4 PolG/AG (24 Stunden); Art. 16 Abs. 1 PolG/AR («für kurze Zeit»); § 27 Abs. 5 PolG/BL (24 Stunden); § 37 Abs. 2 PolG/BS (24 Stunden); Art. 17 Abs. 3 PolG/GL (24 Stunden); Art. 15 Abs. 3 PolG/GR (24 Stunden); § 16 Abs. 3 PolG/LU (24 Stunden); Art. 35 PolG/NW (24 Stunden); Art. 16 Abs. 5 PolG/OW (24 Stunden); Art. 24d Abs. 2 PolG/SH (24 Stunden); § 17 Abs. 3 PolG/SZ (24 Stunden); § 35 Abs. 1 PolG/TG (24 Stunden); Art. 7c Abs. 3 PolG/TI (24 Stunden); Art. 20 Abs. 3 PolG/UR (24 Stunden); § 14 Abs. 2 PolG/ZG (24 Stunden); § 27 PolG/ZH (24 Stunden, eine Verlängerung der Dauer ist möglich, eine zeitliche Beschränkung fehlt).

¹⁵² Z.B. Art. 34 Abs. 2 PolG/BE (sieben Tage); § 65 Abs. 1 PolG/BE/Entwurf (14 Tage); Art. 56 PolG/NE (acht Tage); Art. 40 Abs. 3 PolG/SG (acht Tage); § 31 Abs. 3 PolG/SO (zehn Tage); gemäss Art. 94 PolG/BE/Entwurf ist eine maximale Gewahrsamsdauer von 14 Tagen vorgesehen.

¹⁵³ Z.B. § 14 Abs. 1 und 2 GSG/ZH (24 Stunden plus Verlängerung von vier Tagen).

¹⁵⁴ Z.B. § 33 Abs. 1 Ziff. 3 ASOG Bln; § 28 Ziff. 3 Nr. 3 PolG/BW; § 13 c SOG/Hamb; § 35 Abs. 2 HSOG; § 22 Ziff. 3 PAG/Thüringen; § 22 Abs. 7 PolG/Sachs; § 40 Abs. 1 Ziff. 3 SOG LSA; § 56 Abs. 5 SOG M-V. § 204 f., insbesondere § 204 Abs. 5 LVwG sieht keine Höchstdauer des richterlich angeordneten Freiheitsentzugs vor.

¹⁵⁵ § 42 Abs. 2 BPolG; vgl. dazu MARTENS, in: Heesen/Hönle/Peilert/Martens, § 42 BPolG N. 5.

¹⁵⁶ Vgl. dazu RACHOR, in: Lisken/Denninger, E N. 568; weiter etwa § 21 SOG/Nds.

¹⁵⁷ § 42 Abs. 2 BPolG; § 13 Ziff. 2 SOG/Hmb.

¹⁵⁸ Vgl. dazu RACHOR, in: Lisken/Denninger, E N. 569.

Entscheidung über Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung herbeizuführen. Die Höchstdauer des Polizeigewahrsams ist nicht begrenzt. Es wird lediglich festgehalten, die Haft dürfe nicht mehr als drei Monate betragen und könne jeweils um längstens drei Monate verlängert werden¹⁵⁹.

B. Eingrenzung auf eine Liegenschaft

1. Wesen und rechtliche Einordnung der Massnahme

117 Gemäss dem erläuternden Bericht zum Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Bekämpfung von Terrorismus (PMT/Bericht/VE) soll gemäss Art. 23I PMT/VE als einschneidende präventiv-polizeiliche Massnahme die Eingrenzung auf eine Liegenschaft vorgesehen werden. Dabei kann ein Gefährder verpflichtet werden, eine Liegenschaft nicht zu verlassen, wenn

- «a. konkrete und aktuelle Anhaltspunkte bestehen, dass sie oder er eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben darstellt, die anders nicht abgewendet werden kann; und
- b. eine oder mehrere gestützt auf Artikel 23h-23k verfügte Anordnungen nicht eingehalten wurden.»

118 Beispielhaft wird angeführt, die Eingrenzung auf eine Liegenschaft sei möglich, «wenn eine Gefährderin oder ein Gefährder unberechenbar ist und über eine hohe Gewaltbereitschaft verfügt, wenn die Gefährderin oder der Gefährder in der Vergangenheit mehrfach gewalttätig in Erscheinung getreten ist, bei ihr oder ihm ein hohes Rückfall-Risiko besteht, sie oder er in der Vergangenheit Waffen verwendet hat, um einer Drohung Nachdruck zu verleihen, oder wenn sich die Gefährderin oder der Gefährder zu allfällig terroristischen Zwecken in einem Konfliktgebiet aufgehalten hat»¹⁶⁰.

119 Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Massnahme der Eingrenzung auf eine Liegenschaft mit einem Freiheitsentzug gleichzusetzen oder lediglich als Freiheitsbeschränkung zu qualifizieren ist. Falls von einem Freiheitsentzug auszugehen ist, sind Art. 31 BV sowie Art. 5 EMRK und Art. 9 IPBPR zu beachten, und die

¹⁵⁹ Vgl. Anhang.

¹⁶⁰ PMT/Bericht, 19.

Eingrenzung auf eine Liegenschaft wäre als sicherheitspolizeilicher Gewahrsam zu qualifizieren.

- 120 Für die Grenzziehung zwischen Freiheitsentzug und Freiheitsbeschränkung kann grundsätzlich auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden¹⁶¹.
- 121 Zur Beantwortung der Frage, ob die Eingrenzung auf eine Liegenschaft als Freiheitsentzug oder lediglich als Freiheitsbeschränkung zu erachten ist, sind die gesamten Umstände zu berücksichtigen. Massgebend sind neben der Intensität und der Dauer die konkreten Auswirkungen des Eingriffs bzw. die Modalitäten des Vollzugs¹⁶². Der Bundesgesetzgeber wirft in seinem Bericht die angesprochene Frage der Abgrenzung auf, lässt sie aber offen. Immerhin wird vorgesehen, dass das Zwangsmassnahmengericht über die betreffende Massnahme zu entscheiden hat¹⁶³. Das ist aus verfassungs- und konventionsrechtlicher Sicht nur dann notwendig, wenn ein Freiheitsentzug zur Diskussion steht.
- 122 Die Verpflichtung, eine bestimmte Liegenschaft während längerer Zeit nicht zu verlassen, stellt nach dem Konventionsrecht grundsätzlich einen Freiheitsentzug dar¹⁶⁴.
- 123 Das Bundesgericht hat entschieden, Bundesrecht werde nicht verletzt, wenn eine Ersatzanordnung an die Untersuchungshaft angerechnet werde, sofern der Vollzug einer Ersatzanordnung dem Vollzug von Untersuchungshaft ungefähr gleichzusetzen sei; das sei insbesondere dann der Fall, wenn der betreffenden Person «ausserordentlich einschneidende Auflagen gemacht (worden sind), welche die persönliche Freiheit stark

¹⁶¹ Vgl. vorne Rz. 31 f.

¹⁶² Vgl. vorne Rz. 31.

¹⁶³ PMT/Bericht, 19 f.

¹⁶⁴ EGMR v. 2.8.2001, Mancini c. Italien, Nr. 44955/98, Ziff. 17; EGMR v. 28.11.2002, Lavents c. Litauen, Nr. 58442/00, Ziff. 63; EGMR v. 8.7.2004, Vachev c. Bulgarien, Nr. 42987/98, Ziff. 60, 66 ff.; EGMR v. 30.9.2004, Nikolova c. Bulgarien, Nr. 40896/98 (Nr. 2), Ziff. 60, 74; EGMR v. 30.3.2006, Pekov c. Bulgarien, Nr. 50358/99, Ziff. 60; EGMR v. 15.7.2014, Ninescu c. Republik Moldau, Nr. 47306/07, Ziff. 53 f.; EGMR v. 28.4.2015, Delijorgji c. Albanien, Nr. 6858/11, Ziff. 75; EGMR v. 5.7.2016, Buzadji c. Republik Moldau, Nr. 23755/07, Ziff. 104 ff.; DONATSCH, Kommentar StPO ZH, N. 31 zu § 72; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, § 7 Ziff. 2.12; PEUKERT, in Frowein/Peukert, Art. 5 N. 12; GOLLWITZER, Art. 5 MRK N. 18; RENZIKOWSKI, in: Pabel/Schmahl, Art. 5 N. 46 ff., N. 55; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, Art. 237 N. 9.

beschnitten», und wenn es ihr insbesondere «verwehrt (gewesen sei), sich frei zu bewegen, sich aufzuhalten und zu wohnen, wo sie wollte»¹⁶⁵ (Verpflichtung, in einem Männerheim zu wohnen).

- 124 Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass die Massnahme des Hausarrests bzw. der Eingrenzung auf eine Liegenschaft eine besondere Form des sicherheitspolizeilichen Gewahrsams darstellt¹⁶⁶.
- 125 Wird die Massnahme der Eingrenzung auf eine Liegenschaft im Vollzug in erheblichem – nicht nur in geringem¹⁶⁷ – Masse gelockert, etwa dadurch, dass die betreffende Liegenschaft auf Antrag der betroffenen Person mit Bewilligung der zuständigen Behörde (nicht nur aus wichtigen Gründen wie Arztbesuch etc.) verlassen werden darf¹⁶⁸, so könnte in der Eingrenzung anstelle einer freiheitsentziehenden allenfalls eine freiheitsbeschränkende Massnahme gesehen werden¹⁶⁹. Es ist dann im Einzelfall zu entscheiden, ob die Bewilligungspraxis derart grosszügig ist, dass nicht von einem Freiheitsentzug gesprochen werden kann.
- 126 Werden Ausnahmen von der Eingrenzung auf eine Liegenschaft bewilligt, können generell oder für die Zeit während der Abwesenheit von der fraglichen Liegenschaft weitere Massnahmen vorgesehen werden, so insbesondere elektronische Fussfesseln, Pass- und Schriftensperre, Meldepflichten etc.
- 127 Da und soweit die auf konkreten und aktuellen Anhaltspunkten beruhende Annahme, eine potenziell gefährliche Person werde entgegen ihrer Verpflichtung zu rechtskonformem Verhalten eine terroristische Straftat begehen (Art. 23e PMT VE) weder hinsichtlich Ort, Zeit und potenziellen Opfern noch hinsichtlich der Straftat im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 lit. b (Alternative 2) EMRK noch Art. 5 Ziff. 1 lit. c (Alternative 2) ausreichend konkret ist, ist die Anordnung von sicherheitspolizeilichem Gewahrsam bzw. die Eingrenzung auf eine Liegenschaft (Art. 23l PMT VE) gegenüber einer gesunden Person

¹⁶⁵ BGE 113 IV 118 E. 2d; vgl. auch BGE 120 IV 176 E. 2.

¹⁶⁶ Vgl. vorne Rz. 122 und nachstehend Rz. 133.

¹⁶⁷ Vgl. dazu EGMR v. 28.5.1985, Ashingdane c. Grossbritannien, Nr. 8225/78, Ziff. 44 ff.; GOLLWITZER, Art. 5 MRK N. 18; RENZIKOWSKI, in: Pabel/Schmahl, Art. 5 N. 55.

¹⁶⁸ Vgl. Art. 23l Abs. 2 PMT/VE und § 27 b Abs. 2 PolG/BW.

¹⁶⁹ Dasselbe könnte theoretisch unter Umständen der Fall sein, wenn sich die Eingrenzung auf eine extrem grosse Liegenschaft beziehen würde, vgl. BGer v. 23.3.2018, 2C_933/2017 E. 5.5.

– ohne erhebliche Lockerungen im Vollzug¹⁷⁰ – nach der Praxis des EGMR zu diesen Konventionsbestimmungen somit nicht zulässig¹⁷¹.

- 128 Dabei können zwei Entscheide des EGMR zur Grenzziehung zwischen Freiheitsentziehung und Freiheitsbeschränkung herangezogen werden: Im Fall Guzzardi¹⁷² wurde die betroffene Person – mit anderen verbannten Personen – für drei Jahre auf die rund 2.5 Quadratkilometer grosse Insel Asinara vor der Küste Sardiniens verbannt. Diese Person lebte mit ihrer Familie in einer Wohnung, welche sie von 22 Uhr bis 7 Uhr nicht verlassen durfte. Die Verbannten wurden von der Polizei bewacht, alle Telefongespräche mussten angemeldet werden. Andere Möglichkeiten zu sozialen Kontakten oder zur Aufnahme einer Arbeit gab es nicht, das Gelände durfte nur zum Arztbesuch oder aus anderen wichtigen Gründen nach einer Genehmigung und unter polizeilicher Aufsicht verlassen werden. Nach Auffassung des EGMR führt zwar keiner dieser Gründe für sich allein, wohl aber eine Gesamtbetrachtung dazu, dass von einem Freiheitsentzug auszugehen ist. Eine ähnliche Einschränkung der Bewegungsfreiheit liegt im Fall Nada¹⁷³ vor. Der Betroffene lebte in einer italienischen Exklave in der Schweiz, welche ein Gebiet von ca. 1.6 Quadratkilometer umfasst. Diese Exklave konnte er deswegen nicht verlassen, weil ihm die Einreise in die Schweiz mit der Begründung verweigert wurde, sein Name stehe auf einer geheimen Liste von Terrorverdächtigen des UN-Sicherheitsrates. In dieser Konstellation wurde ein Freiheitsentzug verneint, wohl u.a. deshalb, weil der Betroffene nicht unter permanenter polizeilicher Überwachung stand. Das bedeutet, dass die polizeiliche Überwachung im Falle der Eingrenzung (mit erheblichen Vollzugslockerungen) keinesfalls intensiv sein darf.
- 129 Würde die Eingrenzung mit der Möglichkeit erheblicher Lockerungen im Vollzug als gesetzliche Norm in Betracht gezogen, wäre sicherheitshalber zu gewährleisten, dass die verfassungs- und konventionsrechtlichen Voraussetzungen für die Anordnung bzw. Aufrechterhaltung von Haft eingehalten werden.

¹⁷⁰ Vgl. Rz. 125.

¹⁷¹ Vgl. vorne Rz. 31. Vgl. auch Ziff. 24 iii Rec(2014)3

¹⁷² EGMR v. 6.11.1980, Guzzardi c. Italien, Nr. 7367/76, Ziff. 95.

¹⁷³ EGMR v. 12.9.2012, Nada c. Schweiz, Nr. 10593/08, Ziff. 224 ff.

2. Zuständigkeiten

- 130 Zum Verhältnis der polizeirechtlichen Eingrenzung zum Strafrecht und Strafprozessrecht kann grundsätzlich auf die diesbezüglichen Ausführungen zum Verhältnis von Strafprozessrecht bzw. Strafrecht und sicherheitspolizeilichem Gewahrsam verwiesen werden¹⁷⁴.
- 131 Zuzufolge der derogatorischen Kraft des Bundesrechts nach Art. 49 Abs. 1 BV ist die Eingrenzung zur Abwehr bevorstehender strafbarer Handlungen gestützt auf kantonales Polizeirecht in jenen Bereichen nicht zulässig, in welchen (abschliessende) eidgenössische Regelungen vorliegen. Bundesrechtliche Regelungen existieren mit dem Haftgrund der Wiederholungsgefahr (Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO) sowie (mit *ausschliesslich* sicherheitspolizeilicher Zielrichtung) mit dem Haftgrund der Ausführungsgefahr gemäss Art. 221 Abs. 2 StPO¹⁷⁵ bzw. mit den Ersatzmassnahmen für diese (Art. 237 StPO). Zu diesen Ersatzmassnahmen gehört insbesondere Art. 237 Abs. 2 lit. c StPO¹⁷⁶. Hinzu kommen die Regelungen betreffend bedingt oder teilbedingt ausgesprochenen Strafen¹⁷⁷ sowie diejenigen im Zusammenhang mit der bedingten Entlassung¹⁷⁸.
- 132 Eine weitere bundesrechtliche Regelung bestünde – würde diese zum Gesetz – mit Art. 231 PMT/VE. Eine Art. 231 PMT/VE entsprechende kantonale Regelung für den Bereich des Terrorismus wäre im Fall des Inkrafttretens von Art. 231 PMT/VE demzufolge bundesrechtswidrig.
- 133 Da ein Gefährder, der ernsthaft damit droht, ein schweres Verbrechen auszuführen, nach Art. 221 Abs. 2 StPO wegen Ausführungsgefahr in Haft versetzt werden kann, und da gemäss Art. 231 PMT/VE Hausarrest angeordnet werden können soll, wenn eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben im Zusammenhang mit dem Terrorismus besteht, werden in den beiden Bestimmungen – abgesehen davon, dass Art. 221 Abs.

¹⁷⁴ Vgl. dazu vorne Rz. 16 ff.

¹⁷⁵ Vgl. auch die Friedensbürgschaft nach Art. 66 StGB, vorne Rz. 11 ff.

¹⁷⁶ Vgl. dazu BGE 137 IV 122 E. 6.2.

¹⁷⁷ Art. 44 Abs. 2 i.V.m. Art. 94 StGB.

¹⁷⁸ Art. 62 Abs. 3 i.V.m. Art. 94 StGB bzw. Art. 87 Abs. 2 i.V.m. Art. 94 StGB.

2 StPO als Massnahme des Strafprozessrechts verstanden wird¹⁷⁹ – ähnliche Konstellationen geregelt. Der Anwendungsbereich von Art. 23I PMT/VE ist vor allem insoweit weiter, als keine Drohung vorausgesetzt wird; die Bestimmung ist hingegen enger, weil sich deren Schutzbereich ausschliesslich auf Leib und Leben im Zusammenhang mit Terrorismus – und nicht generell auf schwere Verbrechen – bezieht.

- 134 Sofern Art. 23I PMT/VE Gesetz wird, wäre es den Kantonen in Anwendung kantonaler Polizeigesetze erlaubt, renitente Gefährder, von welchen eine konkrete Gefahr ausgeht, unter den vorstehend umschriebenen Voraussetzungen¹⁸⁰ – zu diesen gehört die Anordnung bzw. jedenfalls die Überprüfung durch ein Gericht – in sicherheitspolizeilichen Gewahrsam zu nehmen bzw. unter Hausarrest (gegebenenfalls unter erheblichen Vollzugserleichterungen) zu stellen, sofern es sich dabei *nicht* um Terrorismus bzw. eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben im Zusammenhang mit Terrorismus handelt, wobei aufgrund von konkreten Anhaltspunkten jedoch mit erheblichen Eingriffen in gewichtige andere Rechtsgüter¹⁸¹ unmittelbar zu rechnen ist¹⁸².

C. Wegweisung, Kontakt- und Annäherungsverbot

1. Wesen und rechtliche Einordnung der Massnahmen

- 135 Das Strafrecht kennt in Art. 67b StGB Rayon-, Kontakt- und Annäherungsverbote, deren Missachtung gestützt auf Art. 294 Abs. 2 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe sanktioniert werden kann¹⁸³. Dabei handelt es sich um eine sogenannte «andere Massnahme» strafrechtlicher Natur, welche im Zusammenhang mit einem Strafurteil ausgesprochen wird¹⁸⁴.

¹⁷⁹ Vgl. dazu vorne Rz. 9.

¹⁸⁰ Vgl. vorne Rz. 38 ff.

¹⁸¹ Zusätzlich ist gemäss E-Art. 23I PMT/VE die Missachtung vorgängig ergangener Anordnungen erforderlich.

¹⁸² Vgl. vorne Rz. 42, 58.

¹⁸³ Vgl. DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, § 101 Ziff. 2; GLOOR/FIOLKA, in: Niggli/Wiprächtiger, Art. 294 N. 6 ff.

¹⁸⁴ HAGENSTEIN, in: Niggli/Wiprächtiger, Art. 67b N 20.

- 136 Ferner sind entsprechende Weisungen gestützt auf strafrechtliche Bestimmungen möglich bei bedingt oder teilbedingt ausgesprochenen Strafen¹⁸⁵ sowie im Zusammenhang mit der bedingten Entlassung¹⁸⁶.
- 137 Das Strafprozessrecht kennt als minderschwere Zwangsmassnahme für Untersuchungs- und Sicherheitshaft die Ersatzmassnahmen, «sich nur oder sich nicht an einem bestimmten Ort oder in einem bestimmten Haus aufzuhalten» (Art. 237 Abs. 2 lit. c StPO) sowie «das Verbot, mit bestimmten Personen Kontakte zu pflegen» (Art. 237 Abs. 2 lit. g StPO). Diese Ersatzmassnahmen können ausschliesslich im Zusammenhang mit einem Strafverfahren angeordnet werden¹⁸⁷.
- 138 Denkbar sind entsprechende bundesrechtliche Massnahmen sodann in weiteren Bundesgesetzen.
- 139 Schliesslich können die Kantone sicherheitspolizeilich motivierte Wegweisungen sowie Kontakt- und Annäherungsverbote in ihren Polizeigesetzen regeln. Bei diesen Massnahmen handelt es sich um solche öffentlich-rechtlicher Natur, nicht um solche mit strafrechtlichem oder strafprozessuellem Charakter¹⁸⁸.
- 140 Mit der polizeirechtlich begründeten Wegweisung und der Fernhaltung wird eine Person zur Abwehr einer Gefahr vorübergehend eines Ortes verwiesen oder es wird ihr das Betreten eines bestimmten Ortes verboten¹⁸⁹. Mit dem Annäherungs- und Kontaktverbot¹⁹⁰ wird ihr untersagt, sich einer Person zu nähern bzw. mit dieser in Kontakt zu treten. Damit werden der Schutz von Personen und der Schutz von Objekten vor Störungen und Beeinträchtigungen sowie die Gewährleistung der Sicherheit von Polizei, Feuerwehr und Rettungskräften bezweckt¹⁹¹.

¹⁸⁵ Art. 44 Abs. 2 i.V.m. Art. 94 StGB.

¹⁸⁶ Art. 62 Abs. 3 i.V.m. Art. 94 StGB bzw. Art. 87 Abs. 2 i.V.m. Art. 94 StGB.

¹⁸⁷ Z.B. HÄRRI, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, Art. 237 N 11 ff.; HUG/SCHIEDEGGER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Art. 237 N. 7 ff.; RIKLIN, Art. 237 N. 4.

¹⁸⁸ BGE 137 I 31 E. 4; ALBERTINI, 78.

¹⁸⁹ RACHOR, in: Liskén/Denninger, E N. 434 f.

¹⁹⁰ Vgl. Art. 23i/ PMT/VE; PMT/Bericht/VE, 18.

¹⁹¹ Vgl. auch Ziff. 17 iv und v Rec(2014)3

- 141 Mit der Wegweisung und Fernhaltung ist kein Freiheitsentzug¹⁹² verbunden. Entsprechend kann weder Art. 5 EMRK noch Art. 9 IPBPR zur Anwendung gelangen¹⁹³. Hingegen tangieren diese Massnahmen insbesondere das Grundrecht auf körperliche Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV)¹⁹⁴, können aber auch weitere Rechte betreffen wie etwa die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 BV), die Versammlungs- (Art. 22 BV, Art. 11 EMRK sowie Art. 21 IPBPR)¹⁹⁵ oder die Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 Abs. 1 und 2 BV, Art. 10 EMRK sowie Art. 19 IPBPR)¹⁹⁶. Die Menschenwürde gemäss Art. 7 BV wird durch eine Wegweisung bzw. Fernhaltung als solche in der Regel nicht tangiert¹⁹⁷.
- 142 Wie bereits vorstehend erwähnt, ist sicherheitspolizeilicher Gewahrsam wegen Missachtung einer polizeilichen Wegweisung bzw. Fernhaltung sowie eines Kontakt- und Annäherungsverbots in konventionsrechtlicher Hinsicht gestützt auf Art. 5 Ziff. 1 lit. b EMRK (zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung) zulässig. Vorausgesetzt ist, dass eine konkrete Verpflichtung, welche dem Betroffenen auferlegt worden ist, bis dahin nicht erfüllt worden ist, obschon dies möglich gewesen wäre¹⁹⁸.
- 143 Die Anordnung der Massnahmen kann schriftlich (als Verfügung), mündlich oder in der Form entsprechender Zeichen (z.B. Handzeichen, rot-weiss gestreiftes Flatterband, quergestelltes Polizeifahrzeug) ergehen.
- 144 Da die Massnahmen regelmässig mit Eingriffen in die Grundrechte des Betroffenen verbunden sind, sind die Voraussetzungen für die Einschränkung von Grundrechten einzuhalten¹⁹⁹. Die Massnahmen setzten insbesondere eine entsprechende gesetzliche Grundlage voraus²⁰⁰.

¹⁹² Vgl. dazu vorne Rz. 31.

¹⁹³ PEUKERT, in: Frowein/Peukert, Art. 5 N. 13; GOLLWITZER, Art. 5 MRK N. 20.

¹⁹⁴ BGE 128 I 327 E. 3.3; 130 I 369 E. 2; 132 I 49 E. 5.2; 137 I 31 E. 6.2, 6.6; BGer v. 20.4.2016, 1C_226/2015 E. 4.1; vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 353; TIEFENTHAL, Art. 24e N. 14; auch MARTENS, in: Heesen/Hönle/Peilert/Martens, § 39 BPolG N. 2. Hingegen kann das Recht auf Freizügigkeit verletzt sein, welches ebenfalls konventionsrechtlich geschützt ist, vgl. Art. 2 des 4. ZP zur EMRK sowie Art. 12 IPBPR.

¹⁹⁵ BGE 132 I 49 E. 5.3; 137 I 31 E. 6.1; BGer v. 20.4.2016, 1C_226/2015 E. 4.1.

¹⁹⁶ BGE 130 I 369 E. 2; BGer v. 20.4.2016, 1C_226/2015 E.4.1.

¹⁹⁷ BGE 132 I 49 E. 5.1.

¹⁹⁸ Vgl. dazu vorne Rz. 46.

¹⁹⁹ MOECKLI/KELLER, 238.

²⁰⁰ § 34 PolG/AG.

- 145 Die gesetzliche Regelung muss ausreichend *bestimmt* sein²⁰¹. Das Bundesgericht hat entschieden, eine Regelung (Art. 29 Abs. 1 lit. b PolG/BE²⁰²) entspreche in Anbetracht «der Schwierigkeit der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Massnahme, des offenen Kreises der Normadressaten und der geringen Schwere des Grundrechtseingriffes» den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots. Auch die in Art. 22A lit. b PolG/GE vorgesehene Umschreibung, eine Person könne weggewiesen werden, welche «importune sérieusement des tiers» sei im Gegensatz zu derjenigen, welche «empêche sans motif l'usage normal du domaine public», genügend bestimmt²⁰³.
- 146 Wie bereits vorstehend erwähnt, ist sicherheitspolizeilicher Gewahrsam wegen Missachtung einer polizeilichen Wegweisung bzw. Fernhaltung in konventionsrechtlicher Hinsicht gestützt auf Art. 5 Ziff. 1 lit. b EMRK (zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung) zulässig. Vorausgesetzt ist, dass eine konkrete Verpflichtung, welche dem Betroffenen auferlegt worden ist, bis dahin nicht erfüllt worden ist, obschon dies möglich gewesen wäre²⁰⁴.
- 147 Während einzelne Kantone keine zeitliche Höchstdauer der Wegweisung bzw. Fernhaltung vorsehen²⁰⁵, kennen andere Kantone – teilweise nur in Fällen häuslicher Gewalt – eine solche²⁰⁶.
- 148 Die Höchstdauer in den Gesetzen der deutschen Bundesländer beträgt in der Regel zwischen 14²⁰⁷ und 20²⁰⁸ und Tagen.

²⁰¹ BGE 132 I 49 E. 6.2 und 6.3.

²⁰² «Die Kantonspolizei kann Personen von einem Ort vorübergehend wegweisen oder fernhalten, wenn (...) b der begründete Verdacht besteht, dass sie oder andere, die der gleichen Ansammlung zuzurechnen sind, die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden oder stören» (...).

²⁰³ BGer v. 16.12.2009, 1C_226/2009 E. 4.

²⁰⁴ Vgl. dazu vorne Rz. 46; weiter ALBERTINI, 79; MARTENS, in: Heesen/Hönle/Peilert/Martens, § 39 BPolG N. 14.

²⁰⁵ Art. 29 PolG/BE; § 19 PolG/SZ; Art. 22 PolG/UR.

²⁰⁶ Art. 10a Abs. 1 PolG/AI (zehn Tage); § 34 Abs. 3 PolG/AG (maximal 20 Tage); Art. 17 PolG/AR (zehn Tage, Art. 18 [Verlängerung um maximal 10 Tage]); Art. 29a Abs. 1 und 4 PolG/BE (28 Tage); § 26^{bis} und 26a PolG/BL (72 Stunden Platzverweis; § 26a: zwölf Tage bei häuslicher Gewalt und anderen Gefährdungen); § 37a PolG/BS (zwölf Tage); Art. 16a und 16b PolG/GL (15 Tage); Art. 31e Abs. 1 PolG/FR (24 Stunden); Art. 16 Abs. 1 PolG/GR (zehn Tage bei häuslicher Gewalt); § 19 Abs. 2 PolG/LU (ein Monat); Art. 57c PolG/NE (20 Tage); Art. 31 Abs. 2 PolG/NW (14 Tage); Art. 18 Abs. 3 PolG/OW (ein Monat); Art. 24e PolG/SH (24 Stunden); Art. 29^{bis} Abs. 2 PolG/SG (ein Monat); § 37 Abs. Abs. 1 und 2 PolG/SO (ein Monat); § 19b Abs. 2 PolG/SZ (14 Tage); § 45 Abs. 1 und § 59 PolG/TG (14 Tage); Art. 9a Abs. 3 (24 Stunden) und 10b (zehn Tage) PolG/TI; § 16 Abs. 3 PolG/ZG (30 Tage); § 34 Abs. 2 PolG/ZH (14 Tage).

²⁰⁷ § 17 Abs. 2 SOG/Nds.

²⁰⁸ § 12b Abs. 1 und 3 SOG/Ham.

2. Zuständigkeiten

- 149 Was das Verhältnis von polizeirechtlicher Wegweisung und Fernhaltung sowie Kontakt- und Annäherungsverbot zum Strafrecht und Strafprozessrecht anbelangt, so kann grundsätzlich auf die diesbezüglichen Ausführungen zum Verhältnis von Strafprozessrecht bzw. Strafrecht und sicherheitspolizeilichem Gewahrsam verwiesen werden²⁰⁹.
- 150 Zuzug der derogatorischen Kraft des Bundesrechts sind Wegweisungs- und Fernhaltmassnahmen gestützt auf kantonales Polizeirecht zur Abwehr bevorstehender strafbarer Handlungen in jenen Bereichen nicht zulässig, in welchen entsprechende eidgenössische Regelungen mit derselben Zweckbestimmung vorliegen.

D. Elektronische Fussfessel, Überwachung, Ausweis- und Schriftensperre, Personenschutz

1. Wesen und rechtliche Einordnung

- 151 Die elektronische Fussfessel (electronic monitoring, EM) ist im Strafrecht vorgesehen im Zusammenhang mit dem Vollzug von Freiheitsstrafen und Ersatzfreiheitsstrafen (Art. 79b StGB)²¹⁰. Im Strafprozessrecht existiert eine Norm, welche es erlaubt, Ersatzmassnahmen für Untersuchungs- und Sicherheitshaft durch den «Einsatz technischer Geräte und deren feste Verbindung mit der zu überwachenden Person anzuordnen» (Art. 237 Abs. 3 StPO).
- 152 Gefährder können durch polizeirechtliche Bestimmungen mittels elektronischer Fussfesseln überwacht werden, sofern dafür eine entsprechende (verfassungskonforme) gesetzliche Grundlage im kantonalen Polizeirecht geschaffen wird²¹¹.
- 153 Im Zusammenhang mit einem Strafverfahren können der Post- und Fernmeldeverkehr überwacht (Art. 269 ff. StPO) und es können technische Überwachungsgeräte zur Überwachung der beschuldigten Person eingesetzt werden (Art. 280 f. StPO). Gestützt

²⁰⁹ Vgl. dazu vorne Rz. 16 ff.

²¹⁰ Vgl. etwa KOLLER, in: Niggli/Wiprächtiger, Art. 79b N. 1 ff.

²¹¹ Vgl. auch Ziff. 17 x Rec(2014)3; Ziff. 8 Rec (2010)4.

- auf Art. 23m PMT/VE sollen bei einem Gefährder der Einsatz technischer Ortungsgeräte und Mobilfunklokalisierung möglich werden²¹².
- 154 Im Rahmen des Polizeirechts ist zu prüfen, ob zur Verhütung von schweren Verletzungen wichtiger Polizeigüter bzw. von schweren Straftaten die Telekommunikation der Gefährder (ohne deren Wissen) bzw. die Überwachung im Internet (nachträglich oder in Echtzeit) gestützt auf eine entsprechende, zu schaffende (verfassungskonforme) gesetzliche Grundlage (erforderlich ist jedenfalls bei Echtzeitüberwachung die Genehmigung durch ein Gericht) überwacht werden kann und soll²¹³. Eine solche Regelung kennen etwa das deutsche Bundespolizeigesetz²¹⁴ und das deutsche Bundesland Baden-Württemberg²¹⁵.
- 155 Gestützt auf entsprechende gesetzliche Grundlagen können eine Observation (analog Art. 282 f. StPO), eine verdeckte Ermittlung (analog Art. 285a ff. StPO, die Zusammenarbeit mit privaten Informanten oder die Videoüberwachung bestimmter öffentlicher Plätze etc. angeordnet werden.
- 156 Mit weiteren Massnahmen (Ausreiseverbot²¹⁶, Ausweis- und Schriftensperre²¹⁷, Meldeauflagen²¹⁸, Schutz gefährdeter Personen etc.) kann die Gefahr einer Rechtsgüterbeeinträchtigung zwar nicht ausgeschlossen, wohl aber vermindert werden. Derartige Massnahmen finden sich im Übrigen auch auf Bundesebene²¹⁹.
- 157 Zulässig sind in der Regel – je nach der Grösse der Gefahr bzw. der Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts – Kombinationen dieser Massnahmen. So kann eine Person in besonders schweren Fällen (unter erheblichen Vollzugslockerungen) in ihrer Wohnung eingegrenzt werden, etwa mit der Auflage, diese nur auf Gesuch sowie mit Bewilligung der

²¹² PMT/Bericht/VE, 20 f.

²¹³ Das BÜPF wäre mit Bezug auf den sachlichen Anwendungsbereich anzupassen, vgl. PMT/VE, Ziff. 11.

²¹⁴ § 28 Abs. 2 Ziff. 2 BPolG; vgl. dazu DREWES, in: Drewes/Malmberg/Walter, § 22a N. 5, 15 ff.; MARTENS, in: Heesen/Hönle/Peilert/Martens, § 28 BPolG N. 28 ff.

²¹⁵ Vgl. dazu § 23 b PolG/BW.

²¹⁶ Art. 23k Abs. 1 PMT/VE.

²¹⁷ Art. 23k Abs. 2 und 3 PMT/VE.

²¹⁸ Art. 23h PMT/VE; PMT/Bericht/VE, 17 f.; Art. 1 ff. ZeugSG; vgl. auch Ziff. 24 i Rec(2014)3.

²¹⁹ Vgl. etwa Art. 44 Abs. 2 i.V.m. Art. 94 StGB und Art. 237 Abs. 2 StPO.

Polizei zu verlassen. Zusätzlich kann der Aufenthaltsort dieser Person mittels elektronischer Fussfessel überwacht werden²²⁰.

2. Zuständigkeiten

158 Soweit keine entsprechende bundesrechtliche Regelung mit derselben Zielrichtung besteht bzw. geschaffen wird (Art. 23m PMT/VE), sind die Kantone aufgrund ihrer originären Kompetenz zur Gesetzgebung²²¹ im Bereich der elektronischen Fussfessel, der Überwachung der Telekommunikation sowie mit technischen Geräten, der Ausweis- sowie Schriftensperre und der Meldepflichten zuständig.

E. Gefährderermahnung

1. Wesen und rechtliche Einordnung der Gefährderermahnung

159 Ziel der Gefährderermahnung ist es, das Gewaltpotential von Personen frühzeitig zu erkennen, dieses einzuschätzen und die Situation mit geeigneten Mitteln zu entschärfen, um schwere Gewalttaten zu verhüten. Voraussetzung hierfür ist, dass die Polizei Kenntnis von Personen mit erhöhter Gewaltbereitschaft hat. Für ein wirksames Bedrohungsmanagement ist daher ein Melderecht der Behörden über gewaltbereite Personen an die Polizei erforderlich. Die Polizei wiederum muss die vorhandenen Daten bearbeiten und zumindest an andere öffentliche Organe weitergeben können²²².

160 Wird eine Person bei der Polizei aufgrund einer Beurteilung der Lage als Gefährder eingestuft und als solcher intern gekennzeichnet, so hat dies keine bzw. nur beschränkt unmittelbare Auswirkungen auf die Person des Gefährders. Da und soweit Polizeibeamte diese Qualifikationen bei ihrer Tätigkeit einsehen können, entfalten derartige Einstufungen eine Aussenwirkung. So wird eine Person, welche als Gefährder erachtet wird, anlässlich einer Kontrolle mit hoher Wahrscheinlichkeit mit eingehenderen Abklärungen rechnen müssen als eine Person, welche bei der Polizei nicht verzeichnet ist.

²²⁰ Vgl. dazu vorne Rz. 151.

²²¹ Vgl. dazu vorne Rz. 16.

²²² Allgemein hierzu Schweizerische Kriminalprävention, SKP Info 2/2015, 2 ff.; ferner TIEFENTHAL, Art. 23 N. 65 ff.; SCHWARZENEGGER/REINHARD BRUNNER (Hrsg.), Bedrohungsmanagement – Gewaltprävention, Zürich/Basel/Genf 2017.

- 161 Im Rahmen der sog. Gefährderermahnung richtet sich die Polizei an Gefährder bzw. gefährdende Personen, ermahnt sie zu einem gesetzeskonformen Verhalten und macht sie auf die möglichen Konsequenzen ihrer allfälligen Handlungen aufmerksam.
- 162 In Konstellationen, in welchen eine Gefährderermahnung in Frage kommt, ist das Risiko einer Beeinträchtigung von Polizeirechtsgütern oder von Straftaten in der Regel nicht derart hoch, dass von einer konkreten Gefahr ausgegangen werden könnte. Noch viel weniger steht entsprechend fest, dass der Gefährder eine nach Ort, Zeit und potenziellen Geschädigten bestimmte Tat begehen wird. Bei der Gefährderermahnung geht es daher in der Regel nicht um die Abwehr einer konkreten Gefahr, sondern um Gefahrverhütung bzw. Gefahrenprophylaxe im Vorfeld konkreter Gefahren²²³.
- 163 Zum Teil wird geltend gemacht, die Gefährderermahnung bedürfe keiner ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage²²⁴. Je nach Umständen kann die Gefährderansprache indes in die Grundrechte des Gefährders eingreifen, so in die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) oder in die Privatsphäre (Art. 13 BV). Dies ist etwa der Fall, wenn die Gefährderansprache in Gegenwart Dritter erfolgt, z.B. am Arbeitsplatz oder in der Schule, oder wenn die Ansprache zwangsweise erfolgt (z.B. durch Vorladung auf den Polizeiposten). Freiheitsrechte werden überdies tangiert, wenn der Gefährder zufolge der Einschätzung als gefährliche Person durch die Polizei vermehrt kontrolliert wird und wenn anlässlich von Kontrollen Durchsuchungen etc. – allenfalls in Anwesenheit von Begleitpersonen – erfolgen.
- 164 Für die Beantwortung der Frage, ob für die Gefährderermahnung eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist, ist zudem von Relevanz, ob man in der Tätigkeit der Polizei lediglich eine Information des Gefährders sieht oder ob auf die Wirkung dieser Information beim Adressaten abgestellt wird. Ausschlaggebend dürfte sein, dass eine derartige Information geeignet ist, eine verständige Person an der Stelle des Gefährders nachhaltig zu beeindrucken bzw. gefügig zu machen²²⁵. Überschreitet die durch die

²²³ PEILERT, in: Heesen/Hönle/Peilert/Martens, § 14 BPolG N. 11.

²²⁴ Botschaft des Regierungsrates des Kantons Solothurn zur Änderung des Gesetzes über die Kantonspolizei und weiterer Erlasse vom 14.5.2013 (RG [Rechtssetzungsgeschäft] 097/2013), 13.

²²⁵ Vgl. dazu mutatis mutandis die Praxis zu den Straftatbeständen der Drohung gemäss Art. 180 StGB und der Nötigung nach Art. 181 StGB: BGE 99 IV 212 E. 1; 120 IV 17 E. 2; 122 IV 322 E. 1.

Polizei vermittelte Information in Anbetracht der gegebenen Umstände das «üblicherweise geduldete Mass der Beeinflussung eindeutig (...)»²²⁶, sodass eine verständige Person in der Lage des Gefährders vernünftigerweise keinen anderen Entschluss mehr treffen kann, als den polizeilichen «Ratschlägen» Folge zu leisten, so ist von einem Eingriff in Grundrechtspositionen des Gefährders auszugehen²²⁷. Da bei Gefährderansprachen mit derartigen Wirkungen zu rechnen ist, bedarf die Gefährderermahnung einer formell-gesetzliche Grundlage²²⁸. Für eine gesetzliche Grundlage spricht im Übrigen auch, dass sich die Gefährderermahnung zu einem typischen polizeilichen Handlungsmittel entwickelt hat.

- 165 Eine gesetzliche Grundlage ist zudem auch deshalb zu schaffen, weil von der Gefährderermahnung ein Protokoll bzw. eine Aktennotiz mit persönlichkeitsbezogenen Daten zu erstellen ist, welches bzw. welche aufbewahrt wird²²⁹. Dasselbe gilt für die Bearbeitung und die allfällige Weiterleitung der betreffenden Daten an Behörden und allenfalls Private (Arbeitgeber, Arzt etc.).

2. Zuständigkeiten

- 166 Soweit keine entsprechende bundesrechtliche Regelung mit derselben Zielrichtung besteht, sind die Kantone aufgrund ihrer originären Kompetenz zur Gesetzgebung im Bereich der Gefährderermahnung zuständig.

F. Allgemeine Prävention

- 167 Der Staat ist gehalten, im Rahmen seiner Möglichkeiten Präventionsmassnahmen gegen terroristische Gewalt bzw. Straftaten zu ergreifen und umzusetzen²³⁰.

²²⁶ BGE 129 IV 6 E. 2.1.

²²⁷ RACHOR, in: Lisken/Denninger, E N. 757; vgl. auch Botschaft des Regierungsrates des Kantons Solothurn (Fn. 224), 13.

²²⁸ PEILERT, in: Heesen/Hönle/Peilert/Martens, § 14 BPolG N. 13.

²²⁹ Vgl. für den Kanton Zürich § 12 PolG/ZH.

²³⁰ Vgl. Ziff. 1 ff. R (87) 19; Rec(2000)20, Ziff. II/1 ff., II/13 ff; Ziff. 4 ff. Rec(2018)6.

G. Weitere Bemerkungen

168 Da Personen mit Gefährdungspotenzial nicht an die Kantonsgrenzen gebunden und da erfolgversprechende Massnahmen gegen solche Personen mit einem hohen Aufwand verbunden sind, erscheint der Abschluss eines Konkordats prüfenswert, dessen Ziel es sein muss, nicht nur Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen zu treffen²³¹, sondern schwere Straftaten und Verletzungen von Polizeirechts-
gütern ganz allgemein zu erkennen und möglichst zu verhindern.

III. Beantwortung der Gutachterfragen

(1) Welche Möglichkeiten von präventiven Massnahmen gegenüber Gefährdern gibt es aktuell in der Schweiz (aufgeschlüsselt nach eidgenössischem und kantonalem Recht) und welche Kompetenzverteilungen bzw. -beschränkungen gelten für Bund und Kantone? a) Im Straf- und Strafprozessrecht? b) Im Zivilrecht? c) Im öffentlichen Recht?

169 Die einschneidendste präventive Massnahme ist der Entzug der Freiheit. Dabei kann es sich um die Einschliessung in einer Zelle bzw. einem Zimmer, aber auch um Hausarrest²³² handeln.

170 Der Freiheitsentzug ist teilweise bundesrechtlich geregelt. Im Vordergrund stehen in diesem Zusammenhang neben dem Vollzug von Strafen und Massnahmen die Haftgründe mit teilweise (Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO) bzw. ausschliesslich präventiver (Art. 221 Abs. 2 StPO) Zielsetzung. Denkbar ist polizeilicher Gewahrsam auch gestützt auf andere Bundesgesetze. Solche Freiheitsentzüge sind insbesondere in Art. 66 StGB (Friedensbürgschaft)²³³ sowie Art. 426 ff. ZGB (fürsorgerische Unterbringung)²³⁴ geregelt und in Art. 23I PMT/VE vorgesehen²³⁵.

²³¹ Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen vom 15.11.2007, abgeschlossen von der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren.

²³² Vgl. Rz. 31, 124 ff.

²³³ Vgl. Rz. 11. ff.

²³⁴ Vgl. Rz. 29, 105, 107.

²³⁵ Vgl. Rz. 117 ff.

- 171 Gestützt auf ihre originäre Kompetenz im Bereich des Polizeirechts²³⁶ können die Kantone – sofern keine entsprechende bundesrechtliche Regelung mit derselben Zielrichtung besteht – polizeilichen Gewahrsam namentlich gesetzlich vorsehen gegenüber psychisch gesunden Personen im Falle der Nichtbefolgung einer gerichtlichen Anordnung oder zur Erzwingung einer konkreten gesetzlichen Verpflichtung i.S.v. Art. 5 Ziff. 1 lit. b EMRK²³⁷, zur Hinderung einer Straftat i.S.v. Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK sowie gegenüber psychisch kranken Personen zur Vermeidung von konkreten und erheblichen Selbst- und Drittgefährdungen i.S.v. Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK²³⁸.
- 172 Ist der Vollzug einer Strafe oder Massnahme abgeschlossen, so sind die Anordnung und der Vollzug einer anschliessenden Freiheitsentziehung mit Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK nicht vereinbar. Eine Freiheitsentziehung ist aber im Falle eines in diesem Zeitpunkt gestützt auf die aktuelle Sachlage gefällten neuen Entscheids zulässig. Dieser Entscheid kann sich auf Art. 65 Abs. 2 StGB stützen oder auf einen der Gründe gemäss Art. 5 Ziff. 1 lit. b, lit. c (Alternative 2) und lit. e EMRK. Im erstgenannten Fall ist der Bund zuständig. In den übrigen Konstellationen sind es die Kantone, sofern die betreffende Materie nicht in einem Gesetz des Bundes mit entsprechender Zweckbestimmung geregelt ist²³⁹.
- 173 Für den Freiheitsentzug im Bereich des Straf- und Strafprozessrechts ist der Bund ausschliesslich zuständig, ebenso für die Regelung der fürsorgerischen Unterbringung. Im Übrigen sind die Kantone für die Regelung der polizeirechtlichen Belange kompetent, sofern der Bund im betreffenden Teilbereich keine bundesrechtliche Regelung mit entsprechender Zielrichtung statuiert²⁴⁰.
- 174 Weitere Massnahmen gegenüber Gefährdern sind Eingrenzungen, Wegweisungen, Kontakt- und Annäherungsverbote, elektronische Fussfesseln, Meldepflichten, Personenschutz und Gefährderansprachen. Denkbar wäre auch die Überwachung mit anderen technischen Geräten sowie die Überwachung der Telekommunikation²⁴¹.

²³⁶ Vgl. Rz. 16.

²³⁷ Vgl. Rz. 38 ff.

²³⁸ Vgl. Rz. 64 ff.

²³⁹ Vgl. Rz. 76 ff.

²⁴⁰ Vgl. Rz. 16 ff.

²⁴¹ Vgl. Rz. 151 ff.

- 175 Für die Kompetenzabgrenzungen zwischen Bund und Kantonen kann auf die soeben gemachten Ausführungen verwiesen werden²⁴².

²⁴² Vgl. Rz. 170, 173.

(2) Wäre die Schaffung einer formellen gesetzlichen Grundlage auf Stufe Bund für eine Gesicherte Unterbringung für terroristische Gefährder (GUG) im Sinne der vorstehenden Ausführungen unter rechtsstaatlichen und insbesondere unter menschen- und völkerrechtlichen Aspekten grundsätzlich möglich? Wäre sie mit dem nationalen und internationalen Recht vereinbar, insbesondere mit der EMRK? Auf welche Verfassungsgrundlage würde sich die Massnahme stützen?

- 176 Die Eingrenzung von Gefährdern auf eine Liegenschaft, mithin der Hausarrest, stellt grundsätzlich einen Freiheitsentzug dar²⁴³. Ein Freiheitsentzug ist nur unter den Voraussetzungen von Art. 5 Ziff. 1 lit. a-f EMRK möglich²⁴⁴. Den Konstellationen gemäss Art. 5 Ziff. 1 lit. b und c EMRK ist gemeinsam, dass eine Inhaftierung nur zulässig sein kann, wenn die Annahme berechtigt ist, es stehe eine nach Ort, Zeit und potenziell Verletzten bestimmte Straftat bzw. Verletzung von wichtigen Polizeigütern bevor²⁴⁵. Im Falle einer psychischen Krankheit genügt eine erhebliche Gesundheitsstörung, welche die Einsperrung der betroffenen Person erfordert, um deren Zustand zu heilen bzw. zu lindern sowie gegebenenfalls um zu verhindern, dass sie sich selbst oder andere Personen schädigt²⁴⁶.
- 177 Da und sofern ein terroristischer Gefährder inhaftiert werden soll, weil von ihm erfahrungsgemäss eine allgemeine Gefahr ausgeht, ist eine Inhaftierung bzw. eine Eingrenzung mit dem Konventionsrecht somit nicht vereinbar. Anders verhielte es sich nur dann, wenn mit der Inhaftierung eine nach Ort, Zeit und potenziell Verletzten bestimmte Straftat bzw. bestimmte Verletzung von wichtigen Polizeigütern verhindert werden soll.
- 178 Würde die Massnahme der Eingrenzung durch erhebliche Vollzugslockerungen so ausgestaltet, dass diese nicht als Freiheitsentzug, sondern lediglich als Freiheitsbeschränkung zu qualifizieren ist, sind Art. 31 BV, Art. 5 EMRK sowie Art. 9 IPBPR nicht anwendbar (wohl aber sind andere Grundrechte, nämlich insbesondere Art. 7-30 und Art. 32-36 BV zu beachten)²⁴⁷.

²⁴³ Vgl. Rz. 122 ff.

²⁴⁴ Vgl. Rz. 34.

²⁴⁵ Vgl. Rz. 42, 53.

²⁴⁶ Vgl. Rz. 68.

²⁴⁷ Vgl. Rz. 125 ff.

179 Der Bund stützt sich im Bereich des Strafrechts auf Art. 123 BV und im Übrigen auf Art. 57 Abs. 1 und Abs. 2 BV²⁴⁸. Den Kantonen kommt die originäre Kompetenz im Bereich des Polizeirechts zu (Art. 3 und 57 Abs. 1 BV)²⁴⁹.

180 Der Bund könnte seine Zuständigkeit damit begründen, er sei gemäss ungeschriebener Bundeskompetenz zur Wahrung der inneren Sicherheit der Eidgenossenschaft zuständig, der Bund habe den Bestand des gesamtschweizerischen Gemeinwesens zu gewährleisten und zu sichern und für die Abwehr von Gefahren zu sorgen, die dieses Gemeinwesen existenziell bedrohen und/oder es bestehe ein enger Sachzusammenhang zu einem Strafverfahren, weshalb dem Bund eine implizite Kompetenz (implied power) zustehe. Da für das Bundesgericht gemäss Art. 190 BV die Bestimmungen von Bundesgesetzen faktisch massgebend sind, weil dieses Gericht deren Anwendung nicht versagen kann, empfiehlt es sich nicht, Bereiche durch kantonales Recht zu regeln, in welchen der eidgenössische Gesetzgeber (abschliessend) legiferiert hat²⁵⁰.

(3) *Wie müssten Voraussetzungen (Anordnungszuständigkeit etc.), Ausgestaltung (Periodizität der Überprüfung etc.) und (gerichtliche) Überprüfung einer GUG gesetzlich geregelt werden? Für welchen (maximalen) Zeitraum dürfte eine GUG angeordnet werden?*

181 Falls die Eingrenzung auf eine Liegenschaft (mangels erheblicher Vollzugslockerungen) als Freiheitsentzug qualifiziert und als zulässig erachtet wird, ist in den Fällen gemäss Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK ein Gericht für die Anordnung der Massnahme zuständig (vgl. auch Art. 31 Abs. 3 BV)²⁵¹. In den übrigen Fällen (Art. 5 Ziff. 1 lit. b und lit. e EMRK) muss die Massnahme weder gemäss Art. 31 BV noch nach Art. 5 EMRK durch ein Gericht angeordnet werden²⁵². Die Anordnung durch die Polizei oder eine andere Behörde ist (unter Beachtung der übrigen Anforderungen) möglich.

²⁴⁸ Vgl. Rz. 18.

²⁴⁹ Vgl. Rz. 16, 18.

²⁵⁰ Vgl. Rz. 16 ff.

²⁵¹ Vgl. Rz. 88 f.

²⁵² Vgl. Rz. 90.

182 Bei jeder Art von Freiheitsentzug hat die betroffene Person das Recht (Art. 31 Abs. 4 BV, Art. 5 Ziff. 4 EMRK, Art. 9 Ziff. 4 IPBPR), jederzeit ein Gericht anzurufen, welches über die Rechtmässigkeit der Massnahme entscheidet. Weder in der BV noch im Konventionsrecht existieren explizite Vorschriften, nach welchen periodisch Überprüfungen von Freiheitsentzügen vorzunehmen sind.

183 Welches die maximale Dauer der Freiheitsentziehung sein kann, lässt sich weder dem Konventionsrecht und der Praxis dazu noch der Literatur entnehmen²⁵³. Die Maximalfrist ist jedenfalls im Zusammenhang mit dem Umstand zu bestimmen, dass es eine nach Ort, Zeit und potenziell Verletzten bestimmte Straftat bzw. Verletzung von wichtigen Polizeigütern zu verhindern gilt. Die Annahme, eine solche konkrete Tat werde ausgeführt, kann regelmässig nur für die unmittelbare Zukunft getroffen werden. Jedenfalls daraus ergibt sich die Beschränkung der Maximaldauer im konkreten Fall.

(4) Wie wäre eine solche Massnahme gegenüber dem Anwendungsbereich von Art. 221 Abs. 2 StPO abzugrenzen?

184 Die Inhaftierung einer Person wegen Ausführungsgefahr gemäss Art. 221 Abs. 2 StPO ist materiell betrachtet eine polizeiliche Massnahme, welche allerdings zufolge ihrer Regelung im Strafprozessrecht bundesrechtlicher sowie strafverfahrensrechtlicher Natur ist. Strafverfahrensrechtlicher Natur ist sie, obschon grundsätzlich kein Tatverdacht erforderlich ist und damit an sich die Grundlage für die Eröffnung einer Strafuntersuchung fehlt²⁵⁴.

185 Ein Gefährder, der ernsthaft damit droht, ein schweres Verbrechen auszuführen, kann gestützt auf Art. 221 Abs. 2 StPO wegen Ausführungsgefahr in Haft versetzt werden. Gemäss Art. 23I PMT/VE soll Hausarrest angeordnet werden können, wenn eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben besteht. Daraus folgt, dass in beiden Bestimmungen ähnliche Konstellationen geregelt werden. Der Anwendungsbereich von E-Art. 23I PMT/VE ist vor allem insoweit weiter, als keine Drohung vorausgesetzt wird; die Bestimmung ist hingegen enger, weil sich deren Schutzbereich ausschliesslich auf Leib

²⁵³ Vgl. Rz. 99 ff., 107.

²⁵⁴ Vgl. Rz. 8 ff.

und Leben im Zusammenhang Terrorismus – und nicht generell auf schwere Verbrechen – bezieht²⁵⁵.

(5) Wie wäre eine solche Massnahme gegenüber der Verwahrung im Sinne von Art. 64 ff. StGB abzugrenzen?

186 Die Verwahrung erfolgt im Anschluss an ein Strafverfahren wegen eines Verbrechens gestützt auf einen entsprechenden Entscheid. Der Freiheitsentzug weist einen kausalen Zusammenhang mit diesem Verbrechen auf. Demgegenüber wäre die Eingrenzung auf eine Liegenschaft wegen eines möglicherweise bevorstehenden Verbrechens anzuordnen²⁵⁶.



Prof. Dr. Andreas Donatsch

²⁵⁵ Vgl. Rz. 133.

²⁵⁶ Vgl. Rz. 37, 78, 85 f.

IV. Anhang: Auswahl an gesetzlichen Regelungen

PoIG/BW

§ 22 *Besondere Mittel der Datenerhebung*

(1) Besondere Mittel der Datenerhebung sind:

1. die voraussichtlich innerhalb einer Woche länger als 24 Stunden dauernde oder über den Zeitraum einer Woche hinaus stattfindende Observation (längerfristige Observation),
2. der verdeckte Einsatz technischer Mittel zur Anfertigung von Lichtbildern und Bildaufzeichnungen sowie zum Abhören und Aufzeichnen des nicht öffentlich gesprochenen Wortes auf Tonträger,
3. der verdeckte Einsatz technischer Mittel zur Feststellung des Aufenthaltsortes oder der Bewegungen einer Person oder einer beweglichen Sache,
4. der Einsatz von Polizeibeamten unter Geheimhaltung ihrer wahren Identität (Verdeckte Ermittler) und
5. der Einsatz von Personen, deren Zusammenarbeit mit der Polizei Dritten nicht bekannt ist (Vertrauenspersonen).

(2) Der Polizeivollzugsdienst kann personenbezogene Daten durch den verdeckten Einsatz technischer Mittel zur Anfertigung von Lichtbildern und Bildaufzeichnungen von den in § 20 Abs. 2 genannten Personen zur Abwehr einer erheblichen Gefahr oder von den in § 20 Abs. 3 Nr. 1, 2 und 4 genannten Personen zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten erheben, wenn andernfalls die Wahrnehmung seiner Aufgaben gefährdet oder erheblich erschwert würde.

(3) Der Polizeivollzugsdienst kann personenbezogene Daten durch besondere Mittel der Datenerhebung

1. zur Abwehr einer Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leben, Gesundheit und Freiheit einer Person oder für bedeutende fremde Sach- und Vermögenswerte über die in § 20 Abs. 2 genannten Personen oder
2. zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten mit erheblicher Bedeutung über die in § 20 Abs. 3 Nr. 1 und 2 genannten Personen

erheben, wenn andernfalls die Wahrnehmung seiner Aufgaben gefährdet oder erheblich erschwert würde.

(4) Daten dürfen auch dann nach Absatz 2 oder 3 erhoben werden, wenn Dritte unvermeidbar betroffen werden.

(5) Straftaten mit erheblicher Bedeutung sind

1. Verbrechen,
2. Vergehen, die im Einzelfall nach Art und Schwere geeignet sind, den Rechtsfrieden besonders zu stören, soweit
 - a) sie sich gegen das Leben, die Gesundheit oder die Freiheit einer oder mehrerer Personen oder bedeutende fremde Sach- oder Vermögenswerte richten,
 - b) es sich um Taten auf den Gebieten des unerlaubten Waffen- oder Betäubungsmittelverkehrs, der Geld- oder Wertzeichenfälschung, des Staatsschutzes (§§ 74a und 120 des Gerichtsverfassungsgesetzes) oder nach den §§ 86a, 109h, 126, 130 und 130 a des Strafgesetzbuches handelt,
 - c) sie gewerbs-, gewohnheits-, serien-, bandenmäßig oder sonst organisiert begangen werden.

(6) Der Einsatz von Mitteln nach Absatz 1, ausgenommen der verdeckte Einsatz technischer Mittel nach Nummer 2, bedarf der Anordnung durch die Leitung eines regionalen Polizeipräsidiums, des Polizeipräsidiums Einsatz oder des Landeskriminalamts. Diese können die Anordnungsbefugnis auf besonders beauftragte Beamte des höheren Dienstes übertragen.

(7) Bild- und Tonaufzeichnungen, die ausschließlich die nicht in Absatz 2 und 3 genannten Personen betreffen, sind unverzüglich, spätestens jedoch nach zwei Monaten zu löschen, soweit sie im Einzelfall nicht zur Verfolgung von Straftaten erforderlich sind.

(8) Der Betroffene ist von einer Maßnahme nach Absatz 2 oder 3 zu unterrichten, sobald dies ohne Gefährdung des Zwecks der Maßnahme geschehen kann. Die Unterrichtung unterbleibt, wenn hierdurch die weitere Verwendung des Verdeckten Ermittlers oder der Vertrauensperson für Maßnahmen nach Absatz 1 Nummer 4 oder 5 oder Leben oder Gesundheit einer Person gefährdet würde, sich an den die Maßnahme auslösenden Sachverhalt ein Ermittlungsverfahren gegen die betroffene Person anschließt oder seit Beendigung der Maßnahme fünf Jahre verstrichen sind.

§ 28 Gewahrsam

(1) Die Polizei kann eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn

1. auf andere Weise eine unmittelbar bevorstehende erhebliche Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung nicht verhindert oder eine bereits eingetretene erhebliche Störung nicht beseitigt werden kann, oder
2. der Gewahrsam zum eigenen Schutz einer Person gegen drohende Gefahr für Leib oder Leben erforderlich ist und die Person
 - a) um Gewahrsam nachsucht oder
 - b) sich erkennbar in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand oder sonst in einer hilflosen Lage befindet oder
 - c) Selbsttötung begehen will, oder

3. die Identität einer Person auf andere Weise nicht festgestellt werden kann.

(2) Der in Gewahrsam genommenen Person sind der Grund dieser Maßnahme und die gegen sie zulässigen Rechtsbehelfe unverzüglich bekanntzugeben.

(3) Der Gewahrsam ist aufzuheben, sobald sein Zweck erreicht ist. Er darf ohne richterliche Entscheidung nicht länger als bis zum Ende des Tags nach dem Ergreifen aufrechterhalten werden. Eine richterliche Entscheidung über den Gewahrsam ist unverzüglich herbeizuführen. Der Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung bedarf es nicht, wenn anzunehmen ist, dass die Entscheidung erst nach Wegfall des Grundes des Gewahrsams ergehen würde. In der Entscheidung nach Satz 3 ist die höchstzulässige Dauer des Gewahrsams zu bestimmen; diese darf nicht mehr als zwei Wochen betragen.

(4) Für die Entscheidung nach Absatz 3 Satz 3 ist das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk die in Gewahrsam genommene Person festgehalten wird. Für das Verfahren gelten die Vorschriften des Buches 1 Abschnitte 1 bis 3 sowie 6, 7 und 9 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechend, soweit

1. in diesem Gesetz nichts anderes bestimmt ist oder

2. sich aus den Besonderheiten der richterlichen Entscheidung als einer Eilentscheidung nichts anderes ergibt.

Die richterliche Entscheidung kann ohne persönliche Anhörung der in Gewahrsam genommenen Person ergehen, wenn diese rauschbedingt außerstande ist, den Gegenstand der persönlichen Anhörung durch das Gericht ausreichend zu erfassen und in der Anhörung zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen beizutragen. Sofern eine persönliche Anhörung durch das Gericht erforderlich ist, kann sie im Bereitschaftsdienst (§ 4 Absatz 2 des Gesetzes zur Ausführung des Gerichtsverfassungsgesetzes und von Verfahrensgesetzen der ordentlichen Gerichtsbarkeit) auch telefonisch durchgeführt werden. Die richterliche Entscheidung wird mit Erlass wirksam; sie bedarf zu ihrer Wirksamkeit nicht der Bekanntgabe an die in Gewahrsam genommene Person. Die Entscheidung kann im Bereitschaftsdienst auch mündlich

ergehen; in diesem Fall ist sie unverzüglich schriftlich niederzulegen und zu begründen. Gegen die Entscheidung des Amtsgerichts findet die Beschwerde zum Landgericht statt; für die Beschwerde gelten die Vorschriften des Buches 1 Abschnitt 5 Unterabschnitt 1 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechend. Ist eine richterliche Entscheidung nach Absatz 3 Satz 3 ergangen, so ist die Anfechtungsklage ausgeschlossen.

PAG/Bay

Art. 17 Gewahrsam

(1) Die Polizei kann eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn

1. das zum Schutz der Person gegen eine Gefahr für Leib oder Leben erforderlich ist, insbesondere weil die Person sich erkennbar in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand oder sonst in hilfloser Lage befindet,
2. das unerlässlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit oder einer Straftat zu verhindern; die Annahme, daß eine Person eine solche Tat begehen oder zu ihrer Begehung beitragen wird, kann sich insbesondere darauf stützen, daß
 - a) die Person die Begehung der Tat angekündigt oder dazu aufgefordert hat oder Transparente oder sonstige Gegenstände mit einer solchen Aufforderung mit sich führt; dies gilt auch für Flugblätter solchen Inhalts, soweit sie in einer Menge mitgeführt werden, die zur Verteilung geeignet ist,
 - b) bei der Person Waffen, Werkzeuge oder sonstige Gegenstände aufgefunden werden, die ersichtlich zur Tatbegehung bestimmt sind oder erfahrungsgemäß bei derartigen Taten verwendet werden, oder ihre Begleitperson solche Gegenstände mit sich führt und sie den Umständen nach hiervon Kenntnis haben mußte, oder
 - c) die Person bereits in der Vergangenheit mehrfach aus vergleichbarem Anlaß bei der Begehung von Ordnungswidrigkeiten von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit oder Straftaten als Störer betroffen worden ist und nach den Umständen eine Wiederholung dieser Verhaltensweise zu erwarten ist;
3. dies zur Abwehr einer Gefahr für ein in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 bis 3 oder Nr. 5 genanntes bedeutendes Rechtsgut unerlässlich ist,

4. dies unerlässlich ist, um Maßnahmen nach Art. 16 durchzusetzen, oder
5. einer Anordnung nach Art. 34 Abs. 1 Satz 1 nicht Folge geleistet wird.

(2) Die Polizei kann Minderjährige, die sich der Obhut der Sorgeberechtigten entzogen haben oder sich an Orten aufhalten, an denen ihnen eine sittliche Gefahr oder Verwahrlosung droht, in Gewahrsam nehmen, um sie den Sorgeberechtigten oder dem Jugendamt zuzuführen.

(3) Die Polizei kann eine Person, die aus dem Vollzug von Untersuchungshaft, Freiheitsstrafen oder freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung entwichen ist oder sich sonst ohne Erlaubnis außerhalb der Vollzugsanstalt aufhält, in Gewahrsam nehmen und in die Anstalt zurückbringen.

Art. 18 Richterliche Entscheidung

(1) ¹Wird eine Person auf Grund von Art. 13 Abs. 2 Satz 3, Art. 14 Abs. 5, Art. 15 Abs. 3 oder Art. 17 festgehalten, hat die Polizei unverzüglich eine richterliche Entscheidung über Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung herbeizuführen. ²Die richterliche Entscheidung kann ohne persönliche Anhörung der in Gewahrsam genommenen Person ergehen, wenn diese rauchbedingt nicht in der Lage ist, den Gegenstand der persönlichen Anhörung durch das Gericht ausreichend zu erfassen und in der Anhörung zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen beizutragen. ³In diesen Fällen wird die richterliche Entscheidung mit Erlass wirksam und bedarf hierzu nicht der Bekanntgabe an die in Gewahrsam genommene Person. ⁴Dauert die Freiheitsentziehung länger als bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen, ist in den Fällen des Satzes 2 unverzüglich eine erneute richterliche Entscheidung herbeizuführen. ⁵Ist eine Anhörung hierbei nicht möglich, hat sich das Gericht einen persönlichen Eindruck von der in Gewahrsam genommenen Person zu verschaffen. ⁶Der Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung bedarf es nicht, wenn anzunehmen ist, daß die Entscheidung des Richters erst nach Wegfall des Grundes der polizeilichen Maßnahme ergehen würde.

(2) ¹Ist die Freiheitsentziehung vor Erlaß einer gerichtlichen Entscheidung beendet, kann die festgehaltene Person, bei Minderjährigkeit auch ihr gesetzlicher Vertreter, innerhalb eines Mo-

nats nach Beendigung der Freiheitsentziehung die Feststellung beantragen, daß die Freiheitsentziehung rechtswidrig gewesen ist, wenn hierfür ein berechtigtes Interesse besteht. ²Der Antrag kann bei dem zuständigen Gericht schriftlich oder durch Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle dieses Gerichts gestellt werden.

(3) Für Gerichtskosten gelten die Vorschriften des Gerichts- und Notarkostengesetzes entsprechend, soweit durch Rechtsvorschrift nichts anderes bestimmt ist.

Art. 19 Behandlung festgehaltener Personen

(1) ¹Wird eine Person auf Grund von Art. 13 Abs. 2 Satz 3, Art. 14 Abs. 5, Art. 15 Abs. 3 oder Art. 17 festgehalten, ist ihr unverzüglich der Grund bekanntzugeben; sie ist über die ihr zustehenden Rechtsmittel zu belehren. ²Zu der Belehrung gehört der Hinweis, daß eine etwaige Aussage freiwillig erfolgt.

(2) ¹Der festgehaltenen Person ist unverzüglich Gelegenheit zu geben, einen Angehörigen oder eine Person ihres Vertrauens zu benachrichtigen, soweit dadurch der Zweck der Freiheitsentziehung nicht gefährdet wird. ²Unberührt bleibt die Benachrichtigungspflicht bei einer richterlichen Freiheitsentziehung. ³Die Polizei hat die Benachrichtigung zu übernehmen, wenn die festgehaltene Person nicht in der Lage ist, von dem Recht nach Satz 1 Gebrauch zu machen und die Benachrichtigung ihrem mutmaßlichen Willen nicht widerspricht. ⁴Ist die festgehaltene Person minderjährig oder ist für sie ein Betreuer mit dem Aufgabenkreis der Personensorge oder der Aufenthaltsbestimmung bestellt, so ist in jedem Fall unverzüglich der Betreuer oder derjenige zu benachrichtigen, dem die Sorge für die Person obliegt.

(3) ¹Die festgehaltene Person soll gesondert, insbesondere ohne ihre Einwilligung nicht in demselben Raum mit Straf- oder Untersuchungsgefangenen untergebracht werden. ²Männer und Frauen sollen getrennt untergebracht werden. ³Der festgehaltenen Person dürfen nur solche Beschränkungen auferlegt werden, die der Zweck der Freiheitsentziehung oder die Ordnung im Gewahrsam erfordert. ⁴ Art. 96 Abs. 1 und 2 des Bayerischen Strafvollzugsgesetzes (BayStVollzG) und hinsichtlich der Verwendung technischer Mittel zudem Art. 33 Abs. 6 gelten entsprechend.

Art. 20 Dauer der Freiheitsentziehung

Die festgehaltene Person ist zu entlassen,

1. sobald der Grund für die Maßnahme der Polizei weggefallen ist,
2. wenn die Fortdauer der Freiheitsentziehung durch richterliche Entscheidung für unzulässig erklärt wird,
3. in jedem Fall spätestens bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen, wenn nicht vorher die Fortdauer der Freiheitsentziehung durch richterliche Entscheidung angeordnet ist. In der richterlichen Entscheidung ist die Dauer der Freiheitsentziehung zu bestimmen. Sie darf nicht mehr als drei Monate betragen und kann jeweils um längstens drei Monate verlängert werden.

Art. 34 Elektronische Aufenthaltsüberwachung

(1) ¹Zur Abwehr einer Gefahr oder einer drohenden Gefahr für ein in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 bis 3 oder Nr. 5 genanntes bedeutendes Rechtsgut kann gegenüber der dafür verantwortlichen Person angeordnet werden, die für eine elektronische Überwachung ihres Aufenthaltsorts erforderlichen technischen Mittel ständig in betriebsbereitem Zustand bei sich zu führen und deren Funktionsfähigkeit nicht zu beeinträchtigen. ²Eine Anordnung kann insbesondere mit Maßnahmen nach Art. 16 Abs. 2 verbunden werden.

(2) ¹Die Polizei darf mit Hilfe der von der verantwortlichen Person mitgeführten technischen Mittel automatisiert Daten über deren Aufenthaltsort sowie über etwaige Beeinträchtigungen der Datenerhebung erheben und speichern. ²Soweit es technisch möglich ist, ist sicherzustellen, dass innerhalb der Wohnung der verantwortlichen Person keine über den Umstand ihrer Anwesenheit hinausgehende Aufenthaltsdaten erhoben werden. ³Soweit dies zur Erfüllung des Überwachungszwecks erforderlich ist, dürfen die erhobenen Daten zu einem Bewegungsbild verbunden werden.

(3) ¹Maßnahmen nach Abs. 1 Satz 1 dürfen nur durch den Richter angeordnet werden, bei Gefahr im Verzug auch durch die in Art. 36 Abs. 4 Satz 2 genannten Personen. ²In der schriftlichen Anordnung sind Adressat und Art sowie einzelfallabhängig Umfang und Dauer der Maßnahme zu bestimmen und die wesentlichen Gründe anzugeben. ³Die Erstellung eines Bewegungsbildes ist nur zulässig, wenn dies richterlich besonders gestattet wird; Satz 1 gilt entsprechend. ⁴Die Maßnahme ist auf höchstens drei Monate zu befristen und kann um jeweils längstens drei Monate verlängert werden.

(4) ¹Die nach Abs. 1 erhobenen Daten sind spätestens zwei Monate nach Beendigung der Maßnahme zu löschen, soweit sie nicht zulässigerweise für andere Zwecke verarbeitet werden. ²Bei jedem Abruf sind der Zeitpunkt, die abgerufenen Daten, der Bearbeiter und der Grund des Abrufs samt Geschäftszeichen zu protokollieren.

Art. 35 Postsicherstellung

(1) ¹Die Polizei kann ohne Wissen des Betroffenen Postsendungen sicherstellen, wenn sich diese im Gewahrsam von Personen oder Unternehmen befinden, die geschäftsmäßig Post- oder Telekommunikationsdienste erbringen oder daran mitwirken (Postdienstleister), und von einer Person versandt wurden oder an eine Person gerichtet sind,

1. die für eine Gefahr oder eine drohende Gefahr für ein in Art. 11 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, 2 oder Nr. 5 genanntes bedeutendes Rechtsgut verantwortlich ist, oder
2. bei der bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie für eine Person nach Nr. 1 bestimmte oder von dieser herrührende Postsendungen entgegennimmt oder weitergibt und sie daher in Zusammenhang mit der Gefahrenlage steht, ohne diesbezüglich das Recht zur Verweigerung des Zeugnisses nach den §§ 53, 53a StPO zu haben,

sofern die Abwehr der Gefahr auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. ²Postdienstleister haben die Sicherstellung zu ermöglichen und unter den Voraussetzungen des Satzes 1 der Polizei auf Verlangen Auskünfte über derzeit oder ehemals in ihrem Gewahrsam befindliche oder angekündigte Postsendungen zu erteilen.

(2) Maßnahmen nach Abs. 1 dürfen nur durch den Richter angeordnet werden, bei Gefahr im Verzug auch durch die in Art. 36 Abs. 4 Satz 2 genannten Personen.

(3) ¹In der schriftlichen Anordnung sind einzelfallabhängig anzugeben:

1. der Adressat der Maßnahme, möglichst mit Namen und Anschrift,
2. die Dauer,
3. eine möglichst genaue Bezeichnung des Auskunftsverlangens und der der Sicherstellung unterliegenden Postsendungen sowie
4. die wesentlichen Gründe.

²Die Maßnahme ist auf höchstens drei Monate zu befristen und kann um jeweils längstens drei Monate verlängert werden.

(4) ¹Die Öffnung der ausgelieferten Postsendungen steht dem Gericht zu. ²Es kann diese Befugnis widerruflich auf die Polizei übertragen, soweit dies in zeitlicher Hinsicht erforderlich ist. ³Bestehen Zweifel hinsichtlich der Verwertbarkeit der erlangten Erkenntnisse, hat die Entscheidung hierüber im Benehmen mit der in Art. 41 Abs. 5 Satz 1 genannten Stelle zu erfolgen.

(5) ¹Ist eine Übertragung nach Abs. 4 Satz 2 nicht erfolgt, legt die Polizei die ihr ausgelieferten Postsendungen unverzüglich ohne vorherige inhaltliche Kenntnisnahme und ungeöffnet dem Gericht vor. ²Dieses entscheidet unverzüglich über die Öffnung.

(6) Postsendungen sind unverzüglich an den vorgesehenen Empfänger weiterzuleiten, soweit

1. ihre Öffnung nicht angeordnet wurde oder
2. nach der Öffnung die Zurückbehaltung zur Gefahrenabwehr nicht mehr erforderlich ist

Art. 36 Besondere Mittel der Datenerhebung

(1) Besondere Mittel der Datenerhebung sind

1. die planmäßig angelegte Beobachtung einer Person, die durchgehend länger als 24 Stunden oder an mehr als zwei Tagen durchgeführt werden soll (längerfristige Observation),
2. der verdeckte Einsatz technischer Mittel
 - a) zur Anfertigung von Bildaufnahmen oder -aufzeichnungen außerhalb von Wohnungen, auch unter Verwendung von Systemen zur automatischen Erkennung und Auswertung von Mustern im Sinn von Art. 33 Abs. 5 und zum automatischen Datenabgleich,
 - b) zur Feststellung des Standortes oder der Bewegungen einer Person oder einer beweglichen Sache,
 - c) zum Abhören oder zur Aufzeichnung des außerhalb von Wohnungen nichtöffentlich gesprochenen Wortes.

(2) Die Polizei kann zur Abwehr einer Gefahr oder einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut personenbezogene Daten mit den besonderen Mitteln nach Abs. 1 erheben über

1. die hierfür Verantwortlichen,
 2. Kontakt- und Begleitpersonen, wenn bestimmte Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass sie mit der Gefahrenlage in Zusammenhang stehen oder
 3. unter den Voraussetzungen des Art. 10 über die dort genannten Personen,
- wenn andernfalls die Erfüllung polizeilicher Aufgaben gefährdet oder wesentlich erschwert würde.

(3) ¹Datenerhebungen nach Abs. 2 dürfen auch durchgeführt werden, wenn Dritte unvermeidbar betroffen werden. ²Bei dem Einsatz von Mitteln nach Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b gelten, soweit dieser nicht ausschließlich zum Schutz der bei einem polizeilichen Einsatz tätigen Personen erfolgt (Personenschutzmaßnahme), Art. 34 Abs. 2 Satz 2 und 3, Abs. 3 Satz 3 sowie Art. 49 Abs. 4 entsprechend.

(4) ¹Maßnahmen unter Einsatz besonderer Mittel der Datenerhebung nach Abs. 1 Nr. 1 und 2 Buchst. c dürfen nur durch den Richter angeordnet werden. ²Bei Gefahr im Verzug dürfen die Maßnahmen auch durch den Leiter des Landeskriminalamts oder eines Präsidiums der Landespolizei angeordnet werden. ³Diese Anordnungsbefugnis kann auf Polizeivollzugsbeamte, die die Ausbildungsqualifizierung für die Ämter ab der vierten Qualifikationsebene absolviert haben, oder Beamte mit der Befähigung zum Richteramt, die in Ämter ab der vierten Qualifikationsebene, fachlicher Schwerpunkt Polizeivollzugsdienst, gewechselt sind, übertragen werden. ⁴In der schriftlichen Anordnung sind Adressat und Art sowie einzelfallabhängig Umfang und Dauer der Maßnahme zu bestimmen und die wesentlichen Gründe anzugeben. ⁵Die jeweilige Maßnahme ist auf höchstens drei Monate zu befristen und kann um jeweils längstens drei Monate verlängert werden.

(5) ¹Maßnahmen unter Einsatz besonderer Mittel der Datenerhebung nach

1. Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a, soweit sie nicht auf die Fertigung von Bildaufnahmen beschränkt sind, sowie
2. Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b

dürfen nur durch die in Abs. 4 Satz 2 und 3 genannten Personen angeordnet werden. ²Der verdeckte Einsatz technischer Mittel nach Abs. 1 Nr. 2 als Personenschutzmaßnahme darf durch die in Abs. 4 Satz 2 und 3 genannten Personen, bei Gefahr im Verzug auch durch einen vom Leiter des Landeskriminalamts oder eines Präsidiums der Landespolizei bestellten Beauftragten der Behörde oder den verantwortlichen Einsatzleiter angeordnet werden. ³Abs. 4 Satz 4 und 5 gilt entsprechend.

PoIG/NRW

§ 35 **Gewahrsam**

(1) Die Polizei kann eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn

1. das zum Schutz der Person gegen eine Gefahr für Leib oder Leben erforderlich ist, insbesondere weil die Person sich erkennbar in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand oder sonst in hilfloser Lage befindet,
2. das unerlässlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit zu verhindern,
3. das unerlässlich ist, um eine Platzverweisung nach § 34 durchzusetzen,
4. das unerlässlich ist, um eine Wohnungsverweisung oder ein Rückkehrverbot nach § 34a durchzusetzen,
5. das unerlässlich ist, um private Rechte zu schützen, und eine Festnahme und Vorführung der Person nach den §§ 229, 230 Abs. 3 des Bürgerlichen Gesetzbuches zulässig ist,
6. das unerlässlich ist, um eine Aufenthaltsanordnung oder ein Kontaktverbot nach § 34b oder die Anordnung einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung nach § 34c durchzusetzen.

(2) Die Polizei kann Minderjährige, die sich der Obhut der Sorgeberechtigten entzogen haben, in Gewahrsam nehmen, um sie den Sorgeberechtigten oder dem Jugendamt zuzuführen.

(3) Die Polizei kann eine Person, die aus dem Vollzug von Untersuchungshaft, Freiheitsstrafen oder freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung entwichen ist oder sich sonst ohne Erlaubnis außerhalb der Justizvollzugsanstalt aufhält, in Gewahrsam nehmen und in die Anstalt zurückbringen.

§ 36 Richterliche Entscheidung

(1) Wird eine Person auf Grund von § 10 Abs. 3, § 12 Abs. 2 Satz 3 oder § 35 festgehalten, hat die Polizei unverzüglich eine richterliche Entscheidung über Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung herbeizuführen. Der Herbeiführung der richterlichen Entscheidung bedarf es nicht, wenn anzunehmen ist, dass die Entscheidung des Richters erst nach Wegfall des Grundes der polizeilichen Maßnahmen ergehen würde.

(2) Für die Entscheidung nach Absatz 1 ist das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk die Freiheitsentziehung herbeigeführt wurde. Das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften des 7. Buches (Verfahren in Freiheitsentziehungssachen) des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

§ 37 Behandlung festgehaltener Personen

(1) Wird eine Person auf Grund von § 10 Abs. 3, § 12 Abs. 2 Satz 3 oder § 35 festgehalten, ist ihr unverzüglich der Grund bekannt zu geben.

(2) Der festgehaltenen Person ist unverzüglich Gelegenheit zu geben, einen Angehörigen oder eine Person ihres Vertrauens zu benachrichtigen, soweit dadurch der Zweck der Freiheitsentziehung nicht gefährdet wird. Unberührt bleibt die Benachrichtigungspflicht bei einer richterlichen Freiheitsentziehung. Die Polizei soll die Benachrichtigung übernehmen, wenn die festgehaltene Person nicht in der Lage ist, von dem Recht nach Satz 1 Gebrauch zu machen und die Benachrichtigung ihrem mutmaßlichen Willen nicht widerspricht. Ist die festgehaltene Person minderjährig oder ist für sie zur Besorgung aller ihrer Angelegenheiten ein Betreuer bestellt, so ist in jedem Falle unverzüglich derjenige zu benachrichtigen, dem die Sorge für die Person obliegt. Dies gilt auch, wenn der Aufgabenkreis des Betreuers die in § 1896 Abs. 4 und § 1905 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Angelegenheiten nicht erfasst.

(3) Die festgehaltene Person soll gesondert, insbesondere ohne ihre Einwilligung nicht in demselben Raum mit Straf- oder Untersuchungsgefangenen untergebracht werden. Männer und Frauen sind getrennt unterzubringen. Der festgehaltenen Person dürfen nur solche Beschrän-

kungen auferlegt werden, die der Zweck der Freiheitsentziehung oder die Ordnung im Gewahrsam erfordert. Im Ausnahmefall, wenn dies zum Schutz der Person erforderlich ist, kann die festgehaltene Person mittels Bild- und Tonübertragung offen beobachtet werden. Zur Wahrung der Intimsphäre kann der Toilettenbereich durch geeignete Sichtschutzwände abgegrenzt werden.

§ 38 Dauer der Freiheitsentziehung

(1) Die festgehaltene Person ist zu entlassen,

1. sobald der Grund für die Maßnahme der Polizei weggefallen ist,
2. wenn die Fortdauer der Freiheitsentziehung durch richterliche Entscheidung für unzulässig erklärt wird,
3. in jedem Falle spätestens bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen, wenn nicht vorher die Fortdauer der Freiheitsentziehung auf Grund dieses oder eines anderen Gesetzes durch richterliche Entscheidung angeordnet ist.

(2) Durch die in Absatz 1 Nummer 3 vorgesehene richterliche Entscheidung kann in folgenden Fällen eine abweichende Frist des polizeilichen Gewahrsams bestimmt werden:

1. gemäß § 35 Absatz 1 Nummer 2 bis zu 14 Tagen, wenn es sich um eine Straftat nach § 12 Absatz 1 StGB (Verbrechen) handelt. Durch weitere richterliche Entscheidung ist eine einmalige Verlängerung um bis zu 14 Tage zulässig,
2. gemäß § 35 Absatz 1 Nummer 3, wenn eine Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person besteht, bis zum Ablauf der nach § 34 angeordneten Maßnahme, maximal jedoch bis zu sieben Tagen,
3. gemäß § 35 Absatz 1 Nummer 4 bis zum Ablauf der nach § 34a Absatz 5 angeordneten Maßnahme, maximal jedoch bis zu zehn Tagen,
4. gemäß § 35 Absatz 1 Nummer 6 bis zu sieben Tagen,

5. zum Zwecke der Feststellung der Identität bis zu insgesamt zwölf Stunden, wenn nicht vorher die Fortdauer der Freiheitsentziehung auf Grund dieses oder eines anderen Gesetzes durch richterliche Entscheidung angeordnet wurde. Sofern Tatsachen die Annahme begründen, dass die Identitätsfeststellung innerhalb der Frist nach Satz 1 vorwiegend verhindert worden ist, genügt es, wenn die richterliche Entscheidung über die Fortdauer des Gewahrsams zum Zwecke der Identitätsfeststellung spätestens bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen herbeigeführt wird. In diesem Fall darf die Freiheitsentziehung die in Nummer 2 genannte Frist nicht überschreiten.
- (3) Nach Vollzug der in Absatz 1 Nummer 3 getroffenen richterlichen Entscheidung ist der in Gewahrsam genommenen Person ein anwaltlicher Beistand zu gewähren.

SOG/Nds

§ 18 Gewahrsam

(1) Die Verwaltungsbehörden und die Polizei können eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn dies

1. zum Schutz der Person gegen eine Gefahr für Leib oder Leben erforderlich ist, insbesondere weil die Person sich erkennbar in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand oder sonst in hilfloser Lage befindet,
2. unerlässlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung
 - a) einer Straftat oder
 - b) einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Gefahr für die Allgemeinheit zu verhindern, oder
3. unerlässlich ist, um eine Platzverweisung nach § 17 durchzusetzen.

(2) Die Verwaltungsbehörden und die Polizei können eine Person, die aus dem Vollzug einer richterlich angeordneten Freiheitsentziehung entwichen ist oder sich sonst ohne Erlaubnis außerhalb der Vollzugsanstalt aufhält, in Gewahrsam nehmen und in die Anstalt zurückbringen.

(3) Die Polizei kann eine minderjährige Person, die sich der Sorge der erziehungsberechtigten Personen entzogen hat, in Obhut nehmen, um sie einer erziehungsberechtigten Person oder dem Jugendamt zuzuführen.

§ 19 Richterliche Entscheidung

(1) ¹Kommt es aufgrund einer Maßnahme nach § 13 Abs. 2 Satz 2, § 16 Abs. 3 oder § 18 zu einer Freiheitsentziehung, so haben die Verwaltungsbehörden oder die Polizei unverzüglich eine richterliche Entscheidung über die Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung zu

beantragen. ²Der Herbeiführung der richterlichen Entscheidung bedarf es nicht, wenn anzunehmen ist, dass die Entscheidung erst nach Wegfall des Grundes der Maßnahme ergehen wird.

(2) ¹Die festgehaltene Person, bei deren Minderjährigkeit auch ihre gesetzliche Vertreterin oder ihr gesetzlicher Vertreter, kann auch nach Beendigung der Freiheitsentziehung innerhalb eines Monats die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung beantragen. ²Der Antrag kann bei dem nach Absatz 3 Satz 2 zuständigen Amtsgericht schriftlich oder durch Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle dieses Gerichts gestellt werden.

(3) ¹Für die Entscheidung nach Absatz 1 ist das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk die Person festgehalten wird. ²Für die Entscheidung nach Absatz 2 ist das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk die Person in Gewahrsam genommen wurde. ³Das Justizministerium wird ermächtigt, durch Verordnung die Zuständigkeit einem Amtsgericht für die Bezirke mehrerer Amtsgerichte zu übertragen, sofern dies für eine sachdienliche Förderung oder schnellere Erledigung der Verfahren zweckmäßig ist.

(4) ¹Für das gerichtliche Verfahren gelten die §§ 3 bis 48, 58 bis 69 und 76 bis 85 des Gesetzes über das Verfahren in Familienangelegenheiten und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) entsprechend, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt. ²Gegen eine Entscheidung, durch welche der Antrag der Verwaltungsbehörde oder der Polizei abgelehnt wird, steht dieser die Beschwerde zu. ³Beschwerdegericht im Sinne der §§ 58 bis 69 FamFG ist das Oberlandesgericht. ⁴Entscheidungen des Oberlandesgerichts sind unanfechtbar. ⁵Für die Gerichtskosten gelten, soweit durch Rechtsvorschrift nichts anderes bestimmt ist, die Vorschriften des Gesetzes über Kosten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für Gerichte und Notare entsprechend.

§ 20 Behandlung festgehaltener Personen

(1) ¹Wird eine Person auf Grund des § 13 Abs. 2 Satz 2, des § 16 Abs. 3 oder des § 18 festgehalten, so ist ihr unverzüglich der Grund bekannt zu geben. ²Sie ist über die ihr zustehenden Rechtsbehelfe zu belehren.

(2) ¹Der festgehaltenen Person ist unverzüglich Gelegenheit zu geben, eine Person ihrer Wahl zu benachrichtigen und zu ihrer Beratung hinzuzuziehen, soweit dadurch der Zweck oder die Durchführung der Maßnahme nicht gefährdet wird. ²Die Verwaltungsbehörde oder die Polizei soll die Benachrichtigung übernehmen, wenn die festgehaltene Person dazu nicht in der Lage ist und die Benachrichtigung ihrem mutmaßlichen Willen nicht widerspricht. ³Ist die festgehaltene Person minderjährig oder ist für sie eine Betreuerin oder ein Betreuer bestellt, so ist unverzüglich diejenige Person zu benachrichtigen, der die Sorge für die Person oder die Betreuung in persönlichen Angelegenheiten obliegt.

(3) Unberührt bleibt die Benachrichtigungspflicht bei einer richterlichen Freiheitsentziehung.

(4) ¹Die festgehaltene Person soll gesondert, insbesondere ohne ihre Einwilligung nicht in demselben Raum mit Straf- oder Untersuchungsgefangenen untergebracht werden. ²Männer und Frauen sollen getrennt untergebracht werden. ³Der festgehaltenen Person dürfen nur solche Beschränkungen auferlegt werden, die der Zweck der Freiheitsentziehung oder die Ordnung im Gewahrsam erfordert.

(5) Wird der Gewahrsam nach § 18 Abs. 1 im Wege der Amtshilfe in einer Justizvollzugsanstalt vollzogen, so gelten die §§ 171, 173 bis 175 und 178 Abs. 3 Satz 1 des Strafvollzugsgesetzes entsprechend.

§ 21 Dauer der Freiheitsbeschränkung oder Freiheitsentziehung

¹Die festgehaltene Person ist zu entlassen,

1. sobald der Grund für die Maßnahme der Verwaltungsbehörde oder der Polizei weggefallen ist,
2. wenn die Fortdauer der Freiheitsentziehung durch richterliche Entscheidung nach § 19 für unzulässig erklärt wird,
3. in jedem Falle spätestens bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen,

wenn nicht vorher die Fortdauer der Freiheitsentziehung durch richterliche Entscheidung angeordnet ist. ²In der richterlichen Entscheidung ist die höchstzulässige Dauer der Freiheitsentziehung zu bestimmen; sie darf im Fall des § 18 Abs. 1 Nr. 2 nicht mehr als zehn Tage, in den

übrigen Fällen nicht mehr als vier Tage betragen. ³ Eine Freiheitsentziehung zum Zweck der Feststellung der Identität soll nicht länger als sechs Stunden dauern.