

**§§ 25 und 27 PolG; §§ 33 Abs. 1 und 51 Abs. 1 GOG. Polizeilicher
Gewahrsam. Erstinstanzlich gerichtliche Zuständigkeit für die Überprüfung
der Rechtmässigkeit sowie für die Verlängerung des polizeilichen
Gewahrsams. Zulässiges Rechtsmittel. Anwendbares Recht.**

Zuständig für die Beurteilung der Rechtmässigkeit und für die Verlängerung des polizeilichen Gewahrsams gemäss PolG ist der Haftrichter. Gegen den haftrichterlichen Entscheid kann Beschwerde bei der III. Strafkammer des Obergerichts erhoben werden. Im gesamten Verfahren ist Verwaltungsrecht anzuwenden (Erw. 4.1-12).

Sachverhalt: X. hielt sich am 4. August 2013 um ca. 06.00 Uhr in alkoholisiertem Zustand im Hauptbahnhof Zürich auf. Gemäss Polizeirapport soll er u.a. auf dem Perron des Gleises 41 grundlos Passanten "angepöbelt" und Streit gesucht und sich gegenüber zwei intervenierenden SBB-Sicherheitsangestellten aggressiv und beleidigend verhalten haben. Die anschliessend aufgebotenen zwei Securitrans-Funktionäre haben X. Handfesseln angelegt und ihn zum Posten Hauptbahnhof der Kantonspolizei Zürich geführt. Dort wurde bei X. um 06.15 Uhr ein Blutalkoholgehalt von 1,58 Gewichtspromillen gemessen. Er wurde von Beamten der Kantonspolizei anschliessend der Zentralen Ausnüchterungsstelle (ZAS) zugeführt. Hinsichtlich des Verhaftungsgrunds wurde im Polizeirapport auf § 25 Polizeigesetz (PolG) verwiesen mit dem Hinweis "Trunkenheit und Fremdgefährdung". X. befand sich von 07.36 bis 10.25 Uhr in der ZAS. Er erhob in der Folge beim Stadtrat Zürich "Einsprache betr. polizeilicher Gewahrsam". Das Schreiben wurde dem Bezirksgericht Zürich, Zwangsmassnahmengericht, weitergeleitet. Im Rahmen des vor dem Zwangsmassnahmengericht geführten Verfahrens liess X. beantragen, es sei die Unrechtmässigkeit des polizeilichen Gewahrsams festzustellen. Mit Verfügung vom 21. Oktober 2013 stellte das Zwangsmassnahmengericht fest, dass der von der Kantonspolizei am 4. August 2013 gegen X. angeordnete polizeiliche Gewahrsam rechtmässig gewesen sei. Dagegen liess X. Beschwerde beim Obergericht erheben.

Aus den Erwägungen:

"4.1 Die Prozessvoraussetzungen - und damit die Zuständigkeit der hiesigen Kammer für die Behandlung der erhobenen Beschwerde - sind von Amtes wegen zu prüfen (Art. 39 Abs. 1 StPO; § 5 Abs. 1 VRG).

4.2 Vorab ist zu bemerken, dass die Vorinstanz zutreffend von einem polizeilichen Gewahrsam im Sinne von § 25 PolG bzw. von einem Freiheitsentzug im Sinne von Art. 31 Abs. 4 BV ausging. Der Beschwerdeführer wurde gemäss Verhafterapport um ca. 06.00 Uhr festgehalten, anschliessend in Handfesseln gelegt und in den Polizeiposten Hauptbahnhof überführt, hernach der ZAS zugeführt, wo er in einer Zelle bis 10.25 Uhr verblieb (Urk. 11/7). Im Lichte der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist namentlich wegen der einschneidenden Modalitäten des mehrere Stunden andauernden Eingriffs in die persönliche Freiheit des Beschwerdeführers (Fesselung, Gefangenentransport, Einsperrung in eine Zelle) ein Freiheitsentzug im Sinne von Art. 31 Abs. 4 BV zu bejahen (Urteile BGE 1C_350/2013, 1C_352/2013 und 1C_354/2013 vom 22. Januar 2014, je insb. Erw. 3.6.2).

4.3 Die Vorinstanz erwog unter der Überschrift "IV. Rechtsmittel", zu prüfen sei, ob bei der gerichtlichen Beurteilung des Polizeigewahrsams polizeirechtliche bzw. in einem weiteren Sinne verwaltungsrechtliche Fragen oder ob strafprozessuale Fragen zu entscheiden seien. Im ersten Fall wäre eine Beschwerde an das Verwaltungsgericht sachgerecht, währenddessen im zweiten Fall eine strafprozessuale Beschwerde an das Obergericht angezeigt wäre. Für freiheitsentziehende Massnahmen, welche länger als 24 Stunden dauerten, erkläre § 27 Abs. 2 PolG die Bestimmungen der Strafprozessordnung für sinngemäss anwendbar. Es wäre unsinnig, freiheitsentziehende Massnahmen die weniger als einen Tag dauerten, einer anderen Verfahrensordnung (z.B. den verwaltungsrechtlichen Verfahrensbestimmungen) zu unterstellen. Im Interesse einer einheitlichen Verfahrensanwendung kämen daher auch bei der Überprüfung der Rechtmässigkeit des Polizeigewahrsams, der weniger als einen Tag dauere,

die strafprozessualen Bestimmungen zur Anwendung. Die in § 27 Abs. 2 PolG enthaltene Verweisung sei somit umfassend zu verstehen. Gegen den Entscheid sei daher die Beschwerde an das Obergericht des Kantons Zürich zulässig.

4.4 In der Beschwerde wird vorgebracht, entgegen der Ansicht der Vorinstanz sei auf das Verfahren nicht die eidgenössische StPO, sondern das kantonale Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG) anwendbar. Es bestünden im vorliegenden Verfahren keinerlei Berührungspunkte zum Strafrecht, da dem Beschwerdeführer keine Widerhandlungen gegen Strafnormen vorgeworfen würden. Der Regierungsrat habe in der Weisung zum PolG ausdrücklich festgehalten, dass der Gewahrsam im PolG nur für Fälle ausserhalb der Strafverfolgung zu regeln sei.

4.5 Vorab ist zu erwähnen, dass die Vorinstanz ausschliesslich gestützt auf das PolG und damit einzig verwaltungsrechtlich argumentiert hat. Sie hat nämlich einleitend auf den Inhalt von § 25 PolG hingewiesen. Anschliessend erwog sie zusammengefasst, es sei eine Fremdgefährdung im Sinne von § 25 lit. a PolG zu bejahen, weshalb die Anordnung des polizeilichen Gewahrsams bzw. das polizeiliche Verbringen des Beschwerdeführers in die ZAS geeignet gewesen sei, die öffentliche Sicherheit gefährdende Handlungen des Beschwerdeführers zu verhindern. Das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung im öffentlichen Raum sei höher zu bewerten als das Interesse des Beschwerdeführers an der Aufrechterhaltung seiner Bewegungsfreiheit. Dass die Vorinstanz nebst den Bestimmungen des PolG strafprozessuale Normen bzw. Normen der StPO angewendet hätte, ergibt sich aus den Erwägungen nicht. Es erscheint daher insofern widersprüchlich, wenn die Vorinstanz ausführt, wenn polizeirechtliche bzw. verwaltungsrechtliche Fragen zu entscheiden seien, sei eine Beschwerde an das Verwaltungsgericht sachgerecht, sie indessen dennoch eine Beschwerde an das Obergericht für zulässig erachtet.

Zu Recht hat die Vorinstanz das PolG angewendet. Die polizeilichen Massnahmen nach PolG - und damit auch die Anordnung eines polizeilichen Gewahrsams im Sinne von § 25 PolG - stellen nicht eine strafrechtliche, sondern eine verwaltungsrechtliche Verfügung dar. Sie können nicht als Massnahmen strafprozessualer Natur verstanden werden (BGE 136 I 106 Erw. 6.5 m.H. auf

BGE 134 I 136 Erw. 4.1; BGE 137 I 41 f. Erw. 4.2; Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 26. Januar 2012 [VB.2011.00710] Erw. 2.4). Im vorliegenden Fall begründete die Polizei die Arretierung des Beschwerdeführers und seine Verbringung in die ZAS einzig mit seiner Trunkenheit sowie Fremdgefährdung. In rechtlicher Hinsicht wurde im Rapport ausschliesslich auf § 25 PolG verwiesen. Es ergeben sich aus den Akten keinerlei Hinweise, dass die Arretierung des Beschwerdeführers und seine Verbringung in die ZAS gestützt auf Art. 217 StPO erfolgt wäre. Gegen ihn wurde offensichtlich danach auch kein Strafverfahren eröffnet, und gemäss Polizeirapport ist klar davon auszugehen, dass die Angelegenheit für die Polizei mit der Entlassung des Beschwerdeführers aus der ZAS erledigt war. Es ist daher von einem polizeilichen Gewahrsam auszugehen, der aus rein verwaltungsrechtlichen Gründen angeordnet wurde. Die Rechtmässigkeit des polizeilichen Gewahrsams war daher gestützt auf das PolG und allgemeine verwaltungsrechtliche Grundsätze sowie unter Berücksichtigung von BV und EMRK zu beurteilen.

4.6 Die hiesige Kammer hat sich noch nicht abschliessend zur Frage geäussert, ob Entscheide des Bezirksgerichts, in welchen die Frage des Vorliegens eines polizeilichen Gewahrsams im Sinne des PolG beurteilt wurde, an sie mittels Beschwerde - sei es eine solche im Sinne der Art. 393 ff. StPO oder eine gemäss anderen Rechtsgrundlagen - weitergezogen werden können. Allerdings hat die Kammer im Beschluss vom 5. Februar 2014 (UB120016) darauf hingewiesen, dass einerseits gemäss § 27 PolG der Haftrichter (bzw. die Haftrichterin; nachfolgend wird der Einfachheit halber nur noch die männliche Bezeichnung verwendet) und nicht das Zwangsmassnahmengericht zuständig sei, und andererseits unklar sei, ob gegen entsprechende Entscheide des Bezirksgerichts eine Beschwerde an die hiesige Kammer zulässig sei. Im damaligen Fall hatte die Kammer die Beschwerde aufgrund der besonderen Verfahrenskonstellation dennoch behandelt. Gemäss den verbindlichen, die gleiche Angelegenheit betreffenden Feststellungen des Bundesgerichts im Urteil vom 22. Januar 2014 (1C_354/2013) musste sich das Bezirksgericht erneut mit der Sache befassen, weshalb die Instanz, welche die damalige Beschwerde zu behandeln hatte, keinen Entscheidungsspielraum hatte, sondern den bezirksgerichtlichen

Entscheid aufheben und die Sache zurückweisen musste. Zudem lag der damalige polizeiliche Gewahrsam bereits fast drei Jahre zurück, weshalb im Lichte von Art. 31 Abs. 4 BV eine weitere Verfahrensverzögerung und damit ein allfälliger negativer Kompetenzkonflikt zwischen der Kammer und einer anderen Instanz vermieden werden musste.

4.7 Unter den in § 25 PolG genannten Voraussetzungen, darf die Polizei eine Person in Gewahrsam nehmen. Die Rechtmässigkeit des weniger als 24 Stunden dauernden Gewahrsams wird auf Gesuch der betroffenen Person durch die Haftrichterin oder den Haftrichter überprüft (§ 27 Abs. 1 PolG). Ist im Hinblick auf die Zuführung an eine für weitere Massnahmen zuständige Stelle ein Gewahrsam von mehr als 24 Stunden notwendig, so stellt die Polizei innert 24 Stunden ab Beginn des Gewahrsams der Haftrichterin oder dem Haftrichter einen begründeten Antrag auf Verlängerung. Für das Verfahren sind die Bestimmungen der Strafprozessordnung sinngemäss anwendbar (§ 27 Abs. 2 PolG).

Wie erwähnt, leitet die Vorinstanz aus der Verweisung auf die sinngemässe Anwendbarkeit der StPO in § 27 Abs. 2 PolG die Zulässigkeit einer Beschwerde im Sinne der StPO an das Obergericht (bzw. die hiesige Kammer als strafrechtliche Beschwerdeinstanz) gegen entsprechende haftrichterliche Entscheide ab, und folgert daraus, das Obergericht sei auch für die Beurteilung der Beschwerde betreffend Rechtmässigkeit eines weniger als 24 Stunden dauernden polizeilichen Gewahrsams zuständig.

Im Ergebnis gleich beurteilt das Verwaltungsgericht die Zuständigkeitsfrage. Im genannten Beschluss vom 26. Januar 2012 (VB.2011.00710) in Erw. 2.1 führte es nach der Zitierung von § 27 Abs. 1 und 2 PolG und unter Hinweis auf Art. 18 Abs. 1 und 20 Abs. 1 lit. c StPO in Verbindung mit § 29 Abs. 1 und § 49 des Gesetzes über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG) aus, die Überprüfung des polizeilichen Gewahrsams erfolge erstinstanzlich durch das Zwangsmassnahmengericht und zweitinstanzlich durch das Obergericht. Im Urteil vom 7. Februar 2013 (VB.2012.00272) in Erw. 2.4 wird unter Verweisung auf den Beschluss vom 26. Januar 2012 ebenfalls ausgeführt,

liege ein polizeilicher Gewahrsam vor, sei gemäss § 27 PolG erstinstanzlich das Zwangsmassnahmengericht und zweitinstanzlich das Obergericht zuständig.

Das Bundesgericht hat sich im Rahmen einer gegen das am 24. Februar 2008 von den Stimmberechtigten des Kantons Zürich angenommene PolG erhobenen Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zum damaligen Inhalt von § 27 PolG und dem Rechtsschutz gegen polizeiliches Handeln im Sinne des PolG geäussert (BGE 136 I 87 ff.). Darauf wird noch einzugehen sein (unten Erw. 4.10 lit. a).

4.8 § 27 Abs. 1 und Abs. 2 PolG sprechen ausdrücklich vom "Hafrichter". § 33 GOG ist mit der Marginalie "Zwangsmassnahmen des Verwaltungsrechts" versehen. Gemäss Abs. 1 dieser Norm ist das Einzelgericht des Bezirksgerichts Hafrichter im Sinne des PolG wie auch des Gewaltschutzgesetzes (GSG). Darauf hat die hiesige Kammer im Rahmen des erwähnten Verfahrens UB120016 in einem Zwischenentscheid und im genannten Beschluss vom 5. Februar 2014 hingewiesen. § 29 Abs. 1 GOG, auf welchen das Verwaltungsgericht im erwähnten Beschluss vom 26. Januar 2012 verweist, bezeichnet im örtlichen Zuständigkeitsbereich der Staatsanwaltschaft oder der Jugendanwaltschaft gemäss StPO und JStPO das Einzelgericht eines Bezirksgerichts als Zwangsmassnahmengericht in Haftverfahren und in anderen Bereichen der StPO. Diese Norm des GOG findet somit im Bereich des PolG keine Anwendung.

Dass Vorinstanz und Verwaltungsgericht dennoch von der Zuständigkeit des Zwangsmassnahmengerichts im Sinne von Art. 18 StPO ausgehen, gründet offensichtlich darauf, dass die beiden Behörden zufolge der in § 27 Abs. 2 PolG sinngemäss für anwendbar erklärten StPO trotz des klaren Wortlauts nicht den Hafrichter, sondern das Zwangsmassnahmengericht für zuständig erachten.

4.9 a) Das PolG datiert vom 23. April 2007. Im Antrag des Regierungsrates vom 5. Juli 2006 (ABI 2006, 856 ff.) wurde in der entsprechenden Weisung (ABI 2006, S. 873 ff.) unter anderem - soweit für die zu beurteilende Thematik von Bedeutung - Folgendes ausgeführt:

Die Polizeihochheit liege bei den Kantonen. In besonders bestimmten Bereichen stützten sich polizeiliche Massnahmen direkt auf Bundesrecht. Im Kanton Zürich fehlten zusammenfassende gesetzliche Bestimmungen über die Art der Aufgabenerfüllung durch die Polizei und über Massnahmen, welche die kantonalen und kommunalen Polizeikräfte zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch die Abwehr von Gefahren und die Beseitigung von Störungen ergreifen könnten. Als Ergänzung zum Polizeiorganisationsgesetz (POG), das regle, welche kantonale, städtische oder kommunale Behörde im Kanton Zürich für welche polizeilichen Aufgaben zuständig sei, solle das PolG bestimmen, nach welchen Grundsätzen, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Mitteln die polizeilichen Aufgaben durch diese Behörden zu erfüllen seien. Eine Kernfrage bei der Ausarbeitung eines Polizeigesetzes stelle die Abgrenzung zum Strafprozessrecht dar. Dieses regle die Aufgaben der Polizei im Rahmen der Strafverfolgung, d.h. im so genannten gerichtspolizeilichen Ermittlungsverfahren, während Gegenstand des Polizeirechts insbesondere die polizeilichen Massnahmen zur Gefahrenabwehr und zur Prävention sei. Die kommende Schweizerische Strafprozessordnung spreche für eine klare Trennung zwischen polizeilichem Handeln im Rahmen der Strafverfolgung, das in der Strafprozessordnung zu regeln sei, und polizeilichem Handeln zwecks Prävention und Gefahrenabwehr, das im PolG festzulegen sei. Andernfalls müsste das PolG nach Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung bereits wieder revidiert werden. Das PolG werde somit grundsätzlich nicht anwendbar sein, soweit es um die Erfüllung polizeilicher Aufgaben im Rahmen der Strafverfolgung gehe. Von diesem Grundsatz ausgenommen seien die Bestimmungen über die Aufgabenerfüllung im Allgemeinen, welche die Grundsätze des polizeilichen Handelns festlegten und die Anwendung polizeilichen Zwangs regelten (3. Abschnitt, §§ 8-17 der Gesetzesvorlage). Im PolG würden für das polizeiliche Handeln keine Begriffe der StPO verwendet, um die Massnahmen des PolG klar von jenen der StPO zu unterscheiden und damit Verwechslungen zu vermeiden. Polizeiliches Handeln im Rahmen der Strafverfolgung sei grundsätzlich nicht Regelungsbereich des PolG. Das polizeiliche Handeln im Rahmen der Strafverfolgung bleibe separat geregelt (derzeit in der kantonalen, später in einer

schweizerischen Strafprozessordnung). Die §§ 25 bis 27 PolG wiesen einen Zusammenhang mit dem Regelungsbereich des GSG auf. Bei der Erarbeitung des PolG habe sich deshalb die Frage gestellt, ob das GSG ins PolG integriert werden solle bzw. könne. Da jedoch das GSG verschiedene Fragen ausserhalb des Polizeirechts regle, sei von einer Integration des GSG ins PolG abgesehen worden. Die beiden Gesetze seien aber aufeinander abgestimmt. Der polizeiliche Gewahrsam stelle einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit der betroffenen Person dar. Die Anwendungsfälle seien deshalb abschliessend im Gesetz aufzuzählen, wobei wiederum nur die Fälle ausserhalb der Strafverfolgung – wenn kein Verdacht auf das Vorliegen einer strafbaren Handlung vorliege – im PolG zu regeln seien. Sei ein Gewahrsam von mehr als 24 Stunden notwendig, müsse gemäss § 27 Abs. 2 beim Haftrichter ein Gesuch um Verlängerung gestellt werden. Eine analoge Regelung sehe das GSG vor.

b) Das PolG sollte somit rein verwaltungsrechtliche polizeiliche Massnahmen regeln. Grundsätzlich und im Besonderen bezüglich des polizeilichen Gewahrsams sollte das PolG auf das GSG vom 19. Juni 2006 abgestimmt werden. Die ersten Fassungen von PolG und GSG stimmten daher hinsichtlich des polizeilichen Gewahrsams im Grundsatz überein. Die entsprechenden Normen nannten betreffend des weniger als 24 Stunden dauernden polizeilichen Gewahrsams keine gerichtliche Überprüfungsmöglichkeit (§ 27 Abs. 1 PolG, § 13 GSG). Bezüglich eines mehr als 24 Stunden dauernden polizeilichen Gewahrsams sahen die Gesetze vor, dass über die Verlängerung des Gewahrsams der Haftrichter zu entscheiden habe (§ 27 Abs. 2 PolG, § 14 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 2 GSG). Für das Verfahren betreffend Verlängerung des Gewahrsams erklärte das GSG die §§ 60 der StPO/ZH (somit die Normen über die Anordnung und Verlängerung der Untersuchungshaft) für sinngemäss anwendbar (§ 14 Abs. 2 GSG), während das PolG die Bestimmungen der zürcherischen StPO über die Haftanordnung (und damit ebenfalls die §§ 60 ff. der StPO/ZH) für sinngemäss anwendbar erklärte (§ 27 Abs. 2 PolG).

c) Später wurde § 27 Abs. 1 PolG dahingehend geändert, als dass nunmehr der Haftrichter auch für die Beurteilung der Rechtmässigkeit des bis zu 24 Stunden dauernden polizeilichen Gewahrsams für zuständig erklärt wurde.

d) Im Gesetz über die Anpassung der kantonalen Behördenorganisation und des kantonalen Prozessrechts in Zivil- und Strafsachen an die neuen Prozessgesetze des Bundes vom 10. Mai 2010 wurde (unter anderem) § 27 Abs. 2 PolG revidiert. In der entsprechenden regierungsrätlichen Weisung wird ausgeführt, die im PolG in § 2 Abs. 1 und § 27 Abs. 2 enthaltenen Verweisungen auf das kantonale Recht seien anzupassen (ABI 2009 S. 1676). Die damals revidierte Fassung von § 27 Abs. 2 PolG wurde danach nicht mehr geändert. Der Wortlaut der Norm, der nach wie vor die Bezeichnung "Haftrichter" enthält, wurde bereits zitiert (vorne Erw. 4.7).

e) Im PolG verblieb somit die ausdrückliche Zuständigkeit des Haftrichters für die Beurteilung der Rechtmässigkeit des polizeilichen Gewahrsams auch für die Zeit nach dem Inkrafttreten der eidgenössischen StPO. Insofern kann nicht von einem Versehen ausgegangen werden, da bekannt war, dass gemäss eidgenössischer StPO für strafprozessuale Haftanordnungen und -verlängerungen das Zwangsmassnahmengericht der Bezirksgerichte zuständig ist. Auch in der Lehre wird ausgeführt, der polizeiliche Gewahrsam im Sinne des PolG sei durch den Haftrichter zu überprüfen (Hauser/Schweri/Lieber, Kommentar GOG, Zürich u.a. 2012, § 33 N. 14 f, N. 17 und N. 21). Aus dem Wortlaut von § 27 Abs. 2 PolG und den entsprechenden Materialien ist zu schliessen, dass sich der Hinweis auf die sinngemässe Anwendung der StPO einzig auf das (im PolG nicht geregelte) Verfahren betreffend Verlängerung des Gewahrsams, nicht jedoch auf den Rechtsmittelweg bezieht (unklar Hauser/Schweri/Lieber, a.a.O., die in § 33 N 7 ausführen, die Verweisung beziehe sich auf die Art. 225 ff., 227 StPO, in § 33 N 21 dennoch dafür halten, der Entscheid des Haftrichters "unterliege analog der Beschwerde gemäss StPO an das Obergericht"). Im GSG, auf welches das PolG nach dem Gesagten abgestimmt werden sollte, wird in § 14 für das Verlängerungsverfahren auf die sinngemässe Anwendung ausschliesslich der Art. 224 ff. StPO verwiesen und trotz dieser Verweisung ausdrücklich die

Beschwerde an das Verwaltungsgericht als gegen den Haftrichterentscheid zulässiges Rechtsmittel bezeichnet. Beide Gesetze regeln denn auch das rein verwaltungsrechtliche Handeln der Polizei. Aus den Materialien dieser Gesetze ergeben sich weder Hinweise darauf, dass für die Beurteilung der Rechtmässigkeit des (bis zu 24 Stunden dauernden oder des zu verlängernden) polizeilichen Gewahrsams das bezirksgerichtliche Zwangsmassnahmengericht für zuständig erklärt werden wollte, noch dass gegen die Entscheide des Haftrichters die Beschwerde im Sinne der eidgenössischen StPO zulässig sein sollte.

Erwähnt sei auch, dass in Art. 8 des Konkordates über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen vom 15. November 2007 als eine von mehreren Massnahmen ein polizeilicher Gewahrsam vorgesehen ist. Der Kanton Zürich ist diesem Konkordat beigetreten. Im Gesetz über diesen Beitritt vom 18. Mai 2009 wird in § 2 Abs. 2 das Einzelgericht am Bezirksgericht Zürich als für die Überprüfung der Massnahmen nach Art. 4–9 des Konkordates zuständig erklärt. In § 33 Abs. 3 lit. b GOG wird der Haftrichter gemäss dem genannten Gesetz für zuständig erklärt.

f) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der kantonale Gesetzgeber für die Beurteilung der Rechtmässigkeit und die Verlängerung des polizeilichen Gewahrsams gemäss § 27 Abs. 1 und Abs. 2 PolG die Zuständigkeit des Haftrichters statuiert hat.

4.10 a) Das Bundesgericht erwog im bereits erwähnten Entscheid 136 I 87 ff. - soweit im hier interessierenden Kontext relevant - Folgendes: Das Polizeirecht sei grundsätzlich öffentlich-rechtlicher Natur. Tätigkeiten und Aufgaben der Polizei, wie insbesondere die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, würden von den für das Verwaltungsrecht massgebenden materiellen Grundsätzen beherrscht. In prozessualer Hinsicht unterlägen sie den Grundzügen des Verwaltungsverfahrens und folgten dem entsprechenden Rechtsmittelzug. In letzter Instanz seien entsprechende Massnahmen beim Bundesgericht mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten anzufechten. Das Polizeirecht weise zudem in verschiedener Hinsicht Bezüge zum Straf- und Strafprozessrecht auf. Die Polizei sei auch im Dienste der Strafverfolgung tätig.

Sie nehme nach § 2 Abs. 2 PolG und § 8 POG (Polizeiorganisationsgesetz) im Rahmen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozessordnung kriminalpolizeiliche Aufgaben (Verhütung strafbarer Handlungen, Feststellung und Aufklärung von Straftaten) wahr. In dieser Hinsicht folge der Rechtsweg den vom Strafprozessrecht vorgegebenen Grundsätzen. Letztinstanzlich könne das Bundesgericht mit Beschwerde in Strafsachen angerufen werden. Die verwaltungsrechtliche Polizeitätigkeit lasse sich indessen nicht leicht vom strafprozessualen, im Dienste der Strafverfolgung stehenden Aufgabenbereich unterscheiden. Die beiden Bereiche könnten sich überschneiden, könnten fliegend ineinander übergehen, etwa wenn ein Polizeifunktionär in Ausübung einer rein polizeilichen Tätigkeit auf allenfalls strafrechtlich relevante Sachverhalte treffe und entsprechende Massnahmen im Dienste der Strafverfolgung vornehme. Gemeinsam sei den Bereichen, dass bei gegebenen Voraussetzungen in vergleichbarer Weise in Grundrechte von Personen eingegriffen werden könne. Es kämen im Wesentlichen auch die gleichen verfassungsrechtlichen Garantien zum Schutz der Grundrechte zum Zug, insbesondere das Erfordernis eines öffentlichen Interesses und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Dies lege es nahe, für beide Seiten der polizeilichen Tätigkeit einen aufeinander abgestimmten harmonisierten Rechtsschutz vorzusehen. Dem sei im Polizeigesetz insofern bereits Rechnung getragen, als der die Dauer von 24 Stunden übersteigende Polizeigewahrsam nach § 27 Abs. 2 PolG einer Verlängerung durch den Haftrichter oder die Haftrichterin, welche für die strafprozessuale Haft zuständig sei, bedürfe. Soweit im Rahmen des Bundesrechts möglich, sei in diesem Sinne auf kantonaler Ebene eine aufeinander abgestimmte Rechtsmittelordnung anzustreben (BGE 136 I 93 f. Erw. 3.4).

b) Gemäss Bundesgericht war es somit naheliegend, für beide Seiten der polizeilichen Tätigkeit - verwaltungsrechtliche und strafprozessuale Tätigkeit - einen aufeinander abgestimmten harmonisierten Rechtsschutz vorzusehen, und es hielt fest, soweit im Rahmen des Bundesrechts möglich, sei auf kantonaler Ebene eine aufeinander abgestimmte Rechtsmittelordnung anzustreben. Diese Erwägungen sind als Anregungen, nicht jedoch als verbindliche Feststellungen aufzufassen. Soweit das Bundesrecht den Kantonen die Kompetenz für das

Legiferieren in bestimmten Bereichen lässt (vgl. Art. 49 Abs. 1 BV), sind die Kantone grundsätzlich frei in der Ausgestaltung ihrer Gesetzgebung, wobei sie selbstverständlich übergeordnetes Recht zu beachten haben. Dieser Raum für die Gesetzgebung besteht auch für die Tätigkeit der kantonalen und kommunalen Polizei (vgl. auch BGE 137 I 42 Erw. 4.4, wonach der verwaltungsrechtliche Gewahrsam mangels strafrechtlichen Charakters von vornherein nicht mit Art. 123 BV bzw. Art. 49 Abs. 1 BV in Konflikt geraten könne). Es trifft zwar zu, dass sich verwaltungsrechtliches und strafprozessuales polizeiliches Handeln überschneiden können. Soweit im Rahmen der Anwendung des PolG keine Überschneidungen mit dem strafprozessualen polizeilichen Handeln bestehen, ist nicht einzusehen, weshalb ein "harmonisierter Rechtsschutz" notwendig wäre. Das Bundesgericht führte im genannten Urteil zu Recht selber aus, dass die rein verwaltungsrechtliche Tätigkeit der Polizei - wozu auch der polizeiliche Gewahrsam im Sinne des PolG gehöre - den Grundzügen des Verwaltungsverfahrens unterliege und dem entsprechenden Rechtsmittelzug folge (vgl. ferner BGE 137 I 41 f. Erw. 4.2 und BGE 134 I 136 f. Erw. 4.1).

Die Tatsache, dass bei der Anwendung des PolG Überschneidungen zwischen verwaltungsrechtlichem und strafrechtlichem polizeilichem Handeln möglich sind, ist keine Seltenheit. Solche Überschneidungen bestehen auch im Bereich des GSG. Oft wird gegen denjenigen, welcher der Verübung häuslicher Gewalt verdächtigt wird, weshalb gegen ihn GSG-Massnahmen ergriffen werden, auch ein Strafverfahren eröffnet. Dennoch sind in Übereinstimmung mit dem Gesetz (§ 14 GSG, § 33 Abs. 1 GOG und § 43 Abs. 1 lit. a VRG) für die Beurteilung der GSG-Massnahmen (einschliesslich des polizeilichen Gewahrsams) erstinstanzlich der Haftrichter und zweitinstanzlich das Verwaltungsgericht zuständig. Gleiches gilt hinsichtlich der Art. 4–9 des Konkordates über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen (§ 33 Abs. 3 lit. b GOG und § 43 Abs. 1 lit. c VRG), selbst wenn gegen den Betroffenen zusätzlich ein Strafverfahren eröffnet wird. In Bezug auf den polizeilichen Gewahrsam im Sinne von § 27 PolG besteht auch im Lichte des höherrangigen Rechts (BV, EMRK) kein Erfordernis, entgegen dem klaren Wortlaut das Zwangsmassnahmengericht als zuständig zu erachten, da der Haftrichter ein unabhängiger Richter im Sinne von Art. 31 Abs. 4 BV ist.

Zudem ist zu wiederholen, dass der kantonale Gesetzgeber § 27 PolG bewusst mit den entsprechenden Normen des GSG abstimmen wollte. Die Zuständigkeit des Haftrichters im PolG entspricht somit dem klaren Willen des Gesetzgebers. Im Übrigen ist zu bemerken, dass in Fällen, in denen die Polizei von Anfang davon ausgeht, dass nicht allein verwaltungsrechtliche Gründe für einen polizeilichen Gewahrsam bestehen, sondern vielmehr die Voraussetzungen für eine strafprozessuale Festnahme im Sinne von Art. 217 StPO vorliegen, sie nach Art. 219 StPO vorgehen wird; in solchen Fällen stehen der von der Festnahme betroffenen Person die in der StPO statuierten Rechte zu.

c) In den vorgenannten Urteilen vom 22. Januar 2014 (1C_350/2013, 1C_352/2013, 1C_354/2013), welche im Zusammenhang mit der gestützt auf das PolG erfolgten polizeilichen Festhaltung von Personen im Anschluss an die Ereignisse des 1. Mai 2011 standen, hielt das Bundesgericht in Erw. 3.7 fest, da Art. 31 Abs. 4 BV bei einem Freiheitsentzug im Sinne dieser Bestimmung den unmittelbaren direkten Zugang zu einem unabhängigen Richter verlange, sei bei einem polizeilichen Gewahrsam nicht der verwaltungsverfahrensrechtliche Instanzenzug (Polizeibehörden und Sicherheitsdirektion) zu beschreiten, sondern es sei dafür das Zwangsmassnahmengericht zuständig. Das Bundesgericht hatte in diesen Urteilen zuvor in Erw. 3.1 festgehalten, zur Gewährleistung des Rechtsschutzes bei polizeilichem Gewahrsam sei nach § 27 Abs. 2 PolG erstinstanzlich das Zwangsmassnahmengericht und als zweite Instanz das Obergericht des Kantons Zürich zuständig. Das Bundesgericht begründete diese - dem Wortlaut und der inhaltlichen Auslegung von § 27 Abs. 2 PolG widersprechende - Auffassung indessen nicht, sondern verwies einzig auf den vorgenannten Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 26. Januar 2012 (VB.2011.00710). Wie bereits erwähnt, kann der Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts jedoch nicht zugestimmt werden, weil gemäss § 27 Abs. 2 PolG ausdrücklich der Haftrichter als für die Beurteilung der Rechtmässigkeit und die Verlängerung des (verwaltungsrechtlichen) polizeilichen Gewahrsams zuständig ist, was in § 33 Abs. 1 GOG bekräftigt wird. Somit kann aus den genannten Erwägungen des Bundesgerichts auch nicht verbindlich abgeleitet

werden, nicht der Haftrichter, sondern das Zwangsmassnahmengericht sei zur Gewährleistung des Rechtsschutzes bei polizeilichem Gewahrsam zuständig.

d) Somit bleibt es nach dem Gesagten dabei, dass der Haftrichter aufgrund der Regelung von § 27 PolG für die Beurteilung des sich ausschliesslich auf das PolG stützenden Gewahrsams bzw. für dessen Verlängerung zuständig ist.

Allerdings ist nicht zu übersehen, dass der polizeiliche Gewahrsam im Sinne des PolG eine Zwangsmassnahme des Verwaltungsrechts darstellt. Insofern ist somit der Haftrichter Zwangsmassnahmenrichter im Bereiche des Verwaltungsrechts. Zudem ist in aller Regel der gleiche bezirksgerichtliche Richter, der als Haftrichter amtiert, auch Zwangsmassnahmenrichter. So sind zum Beispiel die am Bezirksgericht Zürich tätigen Zwangsmassnahmenrichter auch als Zwangsmassnahmenrichter (bzw. Haftrichter) im Sinne § 33 GOG konstituiert (Konstituierung des Bezirksgerichts Zürich für die 1. Jahreshälfte 2014 Ziff. VI/2). Die Bezeichnung des zuständigen Richters bzw. Gerichts ist daher dann nicht von ausschlaggebender Bedeutung, wenn für die Beurteilung der Rechtmässigkeit des polizeilichen Gewahrsams richtigerweise Verwaltungsrecht und nicht die StPO angewendet wird.

4.11 Abschliessend ist daher festzuhalten, dass der kantonale Gesetzgeber im PolG bezüglich der Überprüfung und Verlängerung des polizeilichen Gewahrsams den Haftrichter als zuständiges Gericht bezeichnet hat. Im vorliegenden Fall hat zwar formell das Zwangsmassnahmengericht entschieden; dieses ist nach dem Gesagten aber zugleich als Richter im Sinne von § 33 GOG konstituiert, und zudem wurde in der angefochtenen Verfügung zu Recht materielles Verwaltungsrecht angewendet. Es stellt sich nunmehr die Frage, welches Rechtsmittel gegen haftrichterliche Entscheide gemäss PolG gegeben ist.

4.12 Das PolG beantwortet diese Frage nicht. Wie erwähnt, bezieht sich der Hinweis in § 27 Abs. 2 PolG betreffend die sinngemässe Anwendung der StPO nicht auf den Rechtsmittelweg.

Das Obergericht entscheidet Rechtsmittel gegen Entscheide der Bezirksgerichte gestützt auf materielles Verwaltungsrecht, sofern das GOG oder ein anderes Gesetz nichts anderes bestimmen (§ 51 Abs. 1 GOG). Wie dargelegt, werden die Tätigkeiten und Aufgaben der Polizei, wie insbesondere die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, nach den für das Verwaltungsrecht massgebenden materiellen Grundsätzen beherrscht. Im angefochtenen vorinstanzlichen Entscheid wird ausschliesslich verwaltungsrechtlich argumentiert. Gemäss § 43 Abs. 1 VRG ist die Beschwerde an das Verwaltungsgericht unzulässig gegen Entscheide der erstinstanzlichen Zivil- und Strafgerichte, ausgenommen Beschwerden betreffend Massnahmen nach gewissen Normen des GSG, des eidgenössischen Ausländergesetzes (AuG) und des vorerwähnten Konkordates über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen. Massnahmen des PolG werden somit nicht genannt, weshalb insofern von einem Ausschluss der Beschwerde an das Verwaltungsgericht auszugehen ist. Andere Gesetze sehen insofern keine Weiterzugsmöglichkeit gegen Haftrichterentscheide vor. Somit ist gemäss § 51 Abs. 1 GOG von einer Zuständigkeit des Obergerichts auszugehen. Die vom Gesamtgericht beschlossene Geschäftsverteilung unter den Kammern des Obergerichts 2014 (Geschäfts-Nr. OP130020; abrufbar unter www.gerichte-zh.ch/organisation/obergericht.html) weist Beschwerden im Sinne von § 51 Abs. 2 und Abs. 3 GOG der III. Strafkammer zu. Gemäss diesen Normen finden bei solchen Beschwerden die Normen des VRG (teilweise) Anwendung. Der III. Strafkammer weist die Geschäftsverteilung zudem alle übrigen Verfahren in Strafsachen zu, welche in die Zuständigkeit des Obergerichts fallen und nicht einer andern Kammer oder dem Zwangsmassnahmengericht am Obergericht oder der Verwaltungskommission zur Behandlung zugewiesen sind. Verfahren im Sinne von § 51 Abs. 1 GOG werden weder in der Geschäftsverteilung noch in einem anderen Erlass (auch nicht in der Verordnung über die Organisation des Obergerichts) weder einer andern Kammer als der III. Strafkammer, noch dem Zwangsmassnahmengericht am Obergericht noch der Verwaltungskommission zur Behandlung zugewiesen. Deshalb und weil die III. Strafkammer für die Beurteilung von Beschwerden gemäss § 51 Abs. 2 und Abs. 3 GOG zuständig ist,

ist ihre Zuständigkeit auch für Rechtsmittel im Sinne von § 51 Abs. 1 GOG zu bejahen. Damit ist die hiesige Kammer für die Behandlung der Beschwerde zuständig.

Dabei ist Verwaltungsrecht anzuwenden.

...."

Obergericht

III. Strafkammer

Beschluss vom 5. April 2014, UB130132

(Mitgeteilt von Dr. Titus Graf)