

## **BGE 147 I 103**

Bundesgericht (BGE), 2020-04-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_147\\_I\\_103](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_147_I_103)

FR: ATF 147 I 103

IT: DTF 147 I 103

### **Regeste**

Regeste a Art. 10 und 22 BV; Art. 11 EMRK; Art. 84 Abs. 1 PolG/BE; Unverhältnismässigkeit der Verbindung der Wegweisungs- und Fernhaltungsmassnahmen mit einer Strafdrohung nach Art. 292 StGB. Die automatische Verbindung zwischen den Wegweisungs- und Fernhaltungsmassnahmen mit der Strafdrohung nach Art. 292 StGB ist weder erforderlich noch verhältnismässig im engeren Sinne (E. 10.4).

Regeste b Art. 13 BV; Art. 8 EMRK; Art. 83 Abs. 1 lit. h und Art. 84 Abs. 4 PolG/BE; fehlende Verhältnismässigkeit einer Wegweisungsbestimmung, die sich gegen Fahrende richtet. Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit einer Wegweisung von Fahrenden bzw. einer Räumung des Halteplatzes sind verschiedene Elemente von Bedeutung. Die Wegweisung von Fahrenden und die Räumung des besetzten Geländes innerhalb von 24 Stunden sind unverhältnismässig, sowohl für Schweizer Fahrende, die längere Zeit am selben Ort verweilen, als auch für ausländische Fahrende, die nur auf der Durchreise sind (E. 14.4).

Regeste c Art. 13 BV; Art. 8 EMRK; Art. 118 Abs. 2 PolG/BE; Verfassungswidrigkeit einer Regelung zur präventiven polizeilichen Überwachung durch ein an einem Fahrzeug befestigtes GPS-Gerät. Die beschränkten im PolG/BE enthaltenen Garantien vermögen den Grundrechtseingriff durch die GPS-Überwachung nicht zu rechtfertigen. Das PolG/BE müsste mindestens dieselben verfahrensrechtlichen Garantien vorsehen, die bei der GPS-Überwachung gemäss StPO zur Anwendung kommen (E. 17.5).

Regeste a Art. 10 et 22 Cst.; art. 11 CEDH; art. 84 al. 1 LPol/BE; absence de proportionnalité de la commination de la peine prévue à l'art. 292 CP assortie aux mesures de renvoi et d'interdiction d'accès. La conjonction automatique entre les mesures de renvoi et d'interdiction d'accès et la commination de la peine prévue à l'article 292 CP n'est ni nécessaire ni proportionnée au sens étroit (consid. 10.4).

Regeste b Art. 13 Cst.; art. 8 CEDH; art. 83 al. 1 let. h et art. 84 al. 4 LPol/BE; défaut de proportionnalité d'une mesure de renvoi qui vise les gens du voyage. Divers éléments doivent être pris en considération lors de l'examen de la proportionnalité d'un renvoi de gens du voyage et d'une évacuation d'un campement. Le renvoi de gens du voyage et l'évacuation du terrain occupé sans autorisation dans un délai de 24 heures sont disproportionnés aussi bien pour les gens du voyage suisses, qui demeurent au même endroit pendant une période étendue, que pour les gens du voyage étrangers qui sont seulement de passage (consid. 14.4).

Regeste c Art. 13 Cst.; art. 8 CEDH; art. 118 al. 2 LPol/BE; inconstitutionnalité d'une réglementation autorisant la surveillance policière préventive au moyen d'une balise de localisation GPS installée dans un véhicule. Les garanties procédurales restreintes contenues dans la LPol/BE ne suffisent pas pour justifier l'atteinte portée aux droits

fondamentaux par la surveillance à l'aide d'une balise GPS. La LPol/BE devrait prévoir au moins les mêmes garanties qui prévalent en cas de surveillance par GPS selon le CPP (consid. 17.5).

Regesto a Art. 10 e 22 Cost.; art. 11 CEDU; art. 84 cpv. 1 LPol/BE; carenza di proporzionalità della relazione tra le misure di allontanamento e di divieto d'accesso con la comminatoria della pena prevista all'art. 292 CP. Il collegamento automatico tra le misure di allontanamento e di divieto d'accesso con la comminatoria della pena prevista all'art. 292 CP non è necessario né proporzionale in senso stretto (consid. 10.4).

Regesto b Art. 13 Cost.; art. 8 CEDU; art. 83 cpv. 1 lett. h e art. 84 cpv. 4 LPol/BE; carenza di proporzionalità di una norma di allontanamento diretta contro nomadi. Nell'ambito dell'esame della proporzionalità di una misura di allontanamento di nomadi e dello sgombero di un accampamento occorre considerare diversi elementi. L'allontanamento di nomadi e lo sgombero di un accampamento illegale entro 24 ore non sono proporzionali, sia per nomadi svizzeri che soggiornano per lungo tempo nello stesso posto, sia per quelli esteri, che sono soltanto di passaggio (consid. 14.4).

Regesto c Art. 13 Cost.; art. 8 CEDU; art. 118 cpv. 2 LPol/BE; incostituzionalità di una regolamentazione concernente l'osservazione preventiva di polizia mediante un localizzatore GPS fissato a un veicolo. Le limitate garanzie contenute nella LPol/BE non giustificano l'ingerenza nei diritti fondamentali mediante una sorveglianza GPS. La LPol/BE dovrebbe prevedere perlomeno le stesse garanzie procedurali applicabili nell'ambito della sorveglianza GPS secondo il CPP (consid. 17.5).

## **Erwägungen**

### **E. 10**

Die Beschwerdeführenden erblicken auch in mehreren Bestimmungen des neuen Polizeigesetzes vom 10. Februar 2019 zur Fernhaltung und Wegweisung eine Verletzung ihrer Grundrechte. Sie machen zunächst geltend, Art. 84 Abs. 1 PolG/BE, wonach die Wegweisungs- und Fernhaltungsmassnahmen nach Art. 83 Abs. 1 PolG/BE unter der Strafdrohung gemäss Art. 292 StGB ergehen, verstosse gegen die persönliche Freiheit ( Art. 10 BV ) und die Versammlungsfreiheit ( Art. 22 BV , Art. 11 EMRK ).

#### **E. 10.1**

Nach Ansicht der Beschwerdeführenden ist die automatische Verbindung jeglicher Wegweisungs- und Fernhaltungsmassnahmen mit einer Strafdrohung nach Art. 292 StGB nicht erforderlich; zudem erscheine die Strafdrohung (Busse bis zu Fr. 10'000.-) als unverhältnismässig schwerwiegend im Verhältnis zum vorgeworfenen Verhalten. Dies sei namentlich mit Blick auf das mündliche Aussprechen der Wegweisung samt Strafdrohung und der typischerweise hektischen Situation problematisch.

#### **E. 10.2**

Der Regierungsrat führt dagegen aus, das Aussprechen einer Wegweisung oder Fernhaltung unter Strafdrohung setze den ausdrücklichen Hinweis auf Art. 292 StGB voraus. Falls die Anordnung missachtet werde, lege die Strafjustiz die Höhe der Busse fest. Es bestehe somit ein gerichtlicher Rechtsschutz und Art. 84 Abs. 1 PolG/BE könne zweifelsohne verfassungskonform ausgelegt werden.

### **E. 10.3**

Nach Art. 10 Abs. 2 BV hat jeder Mensch das Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit. Ausserdem gewährleistet Art. 22 BV die Versammlungsfreiheit. Das Bundesgericht hat bereits mehrmals in Wegweisungs- und Fernhaltungsmassnahmen (unterschiedlich schwere) Eingriffe in die persönliche Freiheit erblickt ( BGE 132 I 49 E. 5.2 S. 56; BGE 130 I 369 E. 2 S. 372 f.; BGE 128 I 327 E. 3.3 S. 337 und E. 4.3.2 S. 344). Auch die Versammlungsfreiheit kann durch solche Massnahmen eingeschränkt werden ( BGE 132 I 49 E. 5.3 S. 56 f.; vgl. auch JÜRIG MARCEL TIEFENTHAL, Kantonales Polizeirecht der Schweiz, 2018, S. 220 ff.). Art. 84 Abs. 1 PolG/BE sieht vor, dass jegliche Wegweisungs- und Fernhaltungsmassnahmen unter der Strafdrohung gemäss Art. 292 StGB ergehen. Je nach Buchstabe des Art. 83 Abs. 1 PolG/BE, der BGE 147 I 103 S. 109 zur Anwendung kommt, können verschiedene Grundrechte betroffen sein. So kann eine Massnahme gestützt auf Art. 83 Abs. 1 lit. a PolG/BE, wonach die Kantonspolizei eine oder mehrere Personen von einem Ort vorübergehend wegweisen oder fernhalten kann, wenn die öffentliche Sicherheit und Ordnung gestört oder gefährdet wird, insbesondere durch eine Ansammlung, sowohl die persönliche Freiheit als auch die Versammlungsfreiheit beeinträchtigen (vgl. BGE 132 I 49 E. 5.2 ff. S. 56 f.). Je nach Einzelfall wiegt ein Eingriff schwerer oder weniger schwer. Eine Grundrechtseinschränkung bedarf jedoch in jedem Fall einer gesetzlichen Grundlage, muss durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein ( Art. 36 BV ).

### **E. 10.4**

Die gesetzliche Grundlage sowie das öffentliche Interesse an den betreffenden Massnahmen sind vorliegend nicht bestritten. Die Beschwerdeführenden machen einzig geltend, Art. 84 Abs. 1 PolG/BE sei unverhältnismässig. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt, dass eine Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Zieles geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung als zumutbar erweist. Es muss eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation vorliegen (vgl. BGE 143 I 304 E. 5.6.2 S. 412; BGE 140 I 2 E. 9.2.2 S. 24 mit Hinweisen). Im interkantonalen Vergleich erweist sich die neue Berner Regelung als äusserst unüblich. Soweit ersichtlich kennt einzig der Kanton Jura die automatische Verbindung der Wegweisungs- und Fernhaltungsmassnahmen mit einer Strafdrohung, wobei die entsprechende Verfügung in diesem Kanton im Gegensatz zum PolG/BE jedoch schriftlich ergehen muss (Art. 58 Abs. 1 lit. f des loi du 28 janvier 2015 sur la police cantonale [RSJU 551.1]). Einige andere Kantone kennen zwar eine automatische Verbindung der Strafdrohung mit einer Wegweisungs- oder Fernhaltungsmassnahme, jedoch nur in Fällen von häuslicher Gewalt (vgl. z.B. § 37a Abs. 2 des Gesetzes vom 13. November 1996 betreffend die Kantonspolizei des Kantons Basel-Stadt [PolG; SG 510.100]). Die restlichen Kantone sehen entweder die Möglichkeit der Anordnung einer Wegweisungs- und Fernhaltungsmassnahme unter Strafdrohung gemäss Art. 292 StGB gar nicht vor (vgl. z.B. Art. 12 des Polizeigesetzes des Kantons Graubünden vom 20. Oktober 2004 [PolG; BR 613.000]) oder nur in besonderen oder schwerwiegenden Fällen (vgl. z.B. § 34 Abs. 2 des Polizeigesetzes des Kantons Zürich vom 23. April 2007 [PolG; LS BGE 147 I 103 S. 110 550.1]; § 19 Abs. 3 des Gesetzes vom 27. Januar 1998 über die Luzerner Polizei [PolG; SRL 350]; § 42a Abs. 3 PolG/BS; Art. 31 Abs. 2 des Gesetzes des Kantons Nidwalden vom 11. Juni 2014 über das Polizeiwesen [PolG; NG 911.1]). Mit Ausnahme

der Fälle der häuslichen Gewalt verwenden die kantonalen Polizeigesetze bei der Anordnung einer Strafdrohung nach Art. 292 StGB stets eine Kann-Formulierung, die es der Polizei erlaubt, die Anordnung einer Strafdrohung und somit die Schwere der Massnahme an die konkrete Situation anzupassen (vgl. z.B. § 19 Abs. 3 PolG/LU sowie MOECKLI/ KELLER, Wegweisungen und Rayonverbote, Sicherheit & Recht 3/2012 S. 242 f.). Die neue Berner Regelung wäre somit im interkantonalen Vergleich die schärfste Wegweisungsregelung. Zwar ist die automatische und obligatorische Verbindung zwischen den Wegweisungs- und Fernhaltungsmassnahmen mit der Strafdrohung nach Art. 292 StGB eine geeignete Massnahme; sie erscheint jedoch nicht erforderlich, um den Schutz der öffentlichen Ordnung zu gewährleisten. Art. 84 Abs. 1 PolG/BE enthält keine Kann-Formulierung und kann aufgrund der klaren Äusserung des Regierungsrats im Vortrag vom 5. Juli 2017 zum PolG/BE (nachfolgend: Vortrag) auch nicht in eine solche uminterpretiert werden (vgl. oben E. 10.2); sie erlaubt es der Kantonspolizei somit nicht, die Wegweisung oder Fernhaltung je nach Umständen und Schweregrad des konkreten Falls mit oder ohne Strafdrohung zu erlassen. In nicht schwerwiegenden Fällen - namentlich wenn davon ausgegangen werden kann, dass die Betroffenen der polizeilichen Anordnung ohne Weiteres nachkommen werden - genügt jedoch eine einfache Wegweisung oder Fernhaltungsmassnahme. Eine Kann-Formulierung oder auch eine Beschränkung der Strafdrohung auf besonders schwere Fälle sind somit mildere, aber ebenso geeignete Massnahmen. Art. 84 Abs. 1 PolG/BE erweist sich auch nicht als verhältnismässig im engeren Sinne. Insbesondere in leichten Fällen erscheint die automatische Anordnung einer Strafdrohung nach Art. 292 StGB, die eine Busse von bis zu Fr. 10'000.- nach sich ziehen kann, als nicht zumutbar. Die vorliegende Regelung hätte nämlich zur Folge, dass ungeachtet der konkreten Gegebenheiten automatisch den objektiven Tatbestand erfüllen würde, wer einer Wegweisungs- oder Fernhaltungsmassnahme nicht unverzüglich nachkommt. Im Falle der Eröffnung eines Strafverfahrens durch die Staatsanwaltschaft müssten die betroffenen Personen anschliessend ein Strafverfahren durchlaufen, selbst in leichten Fällen und selbst wenn sie die BGE 147 I 103 S. 111 Massnahmen unter Umständen unverschuldet nicht respektiert haben. Allein schon die Einleitung und Durchführung eines Strafverfahrens aufgrund der Missachtung - oder nicht umgehenden Beachtung - einer polizeilichen Anordnung erweist sich für die Betroffenen diesfalls als unzumutbar. Ob das Strafverfahren zu Ende geführt wird oder ob es mit einer Verurteilung oder mit einem Freispruch (z.B. mangels Vorsatz) endet, ist bei der Verhältnismässigkeitsprüfung der vorliegenden Regelung nicht ausschlaggebend. Auch der vom Regierungsrat vorgebrachte Umstand, dass das Strafgericht die Höhe der Busse an die Schwere des Falls anpassen kann, ist dabei nicht entscheidend. Vielmehr ist bereits die fehlende Möglichkeit, eine Wegweisungs- oder Fernhaltungsmassnahme ohne Strafdrohung auszusprechen, unverhältnismässig. Die automatische und obligatorische Strafdrohung bei jeglichen Wegweisungs- und Fernhaltungsmassnahmen erweist sich daher in leichten Fällen stets als unzumutbar.

### **E. 10.5**

Zusammengefasst ergibt sich, dass Art. 84 Abs. 1 PolG/BE weder erforderlich noch verhältnismässig im engeren Sinne ist. Er ist aufzuheben. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass eine Wegweisung oder eine Fernhaltungsmassnahme unter Strafdrohung nach Art. 292 StGB angeordnet werden kann, auch wenn keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage besteht (Urteil 5A\_745/2014 vom 16. März 2015 E. 4; RIEDO/BONER, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. II, 4. Aufl. 2019, N. 86 und 99 zu Art. 292 StGB). Die Berner

Kantonspolizei kann die Wegweisungs- oder Fernhaltungsmassnahmen gemäss Art. 83 Abs. 1 PolG/BE somit weiterhin unter der Strafdrohung von Art. 292 StGB anordnen, sofern sie dabei den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachtet. Ausserdem ist anzufügen, dass verschiedene Handlungen gegen den öffentlichen Frieden und die öffentliche Gewalt bereits durch andere Bestimmungen unter Strafe gestellt sind (vgl. z.B. Art. 259, 260, 285 und 286 StGB).

## **E. 11**

Weiter erblicken die Beschwerdeführenden in Art. 83 Abs. 1 lit. h und Art. 84 Abs. 4 PolG/BE einen Verstoß gegen verschiedene Grundrechte und Staatsverträge. Sie machen insbesondere eine Verletzung des Anspruchs der Fahrenden auf Schutz der Privatsphäre und Achtung des Privat- und Familienlebens ( Art. 13 BV ; Art. 8 EMRK ), des Schutzes des kulturellen Lebens von ethnischen Minderheiten ( Art. 27 UNO-Pakt II [SR 0.103.2]) und des Rahmenübereinkommens des Europarates vom 1. Februar 1995 zum Schutz nationaler Minderheiten (SR 0.441.1; nachfolgend auch: RÜSNM) geltend. BGE 147 I 103 S. 112

### **E. 11.1**

Die Minderheit der Fahrenden ist in der Schweiz durch mehrere Staatsverträge, wie auch durch die Verfassung in verschiedener Hinsicht geschützt. Nach Art. 27 UNO-Pakt II darf Angehörigen von ethnischen, religiösen oder sprachlichen Minderheiten nicht das Recht vorenthalten werden, gemeinsam mit anderen Angehörigen ihrer Gruppe ihr eigenes kulturelles Leben zu pflegen, ihre eigene Religion zu bekennen und auszuüben oder sich ihrer eigenen Sprache zu bedienen. Art. 27 UNO-Pakt II begründet kein kollektives Recht für die erwähnten Minderheiten, sondern einzig ein individuelles und direkt gerichtlich anrufbares Recht darauf, dass die Merkmale ihrer Minderheit respektiert und gefördert werden. Betreffend Schutz der Lebensweise von Fahrenden geht jedoch der Schutzbereich des Art. 27 UNO-Pakt II gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht über jenen von Art. 8 EMRK hinaus ( BGE 145 I 73 E. 4.1 S. 83 f. mit Hinweis).

### **E. 11.2**

Gemäss Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) haben die Behörden generell die Zugehörigkeit von Personen zu einer ethnischen Minderheit oder einer Minderheit, die einer sich von der Mehrheit der Bevölkerung unterscheidenden Lebensweise nachgeht, zu berücksichtigen (Urteil des EGMR Chapman gegen Grossbritannien vom 18. Januar 2001, Recueil CourEDH 2001-I S. 91 § 93). Als Minderheit haben Fahrende einen Anspruch auf besondere Berücksichtigung ihrer Bedürfnisse und Lebensweise durch die Behörden, und zwar sowohl im Gesetzgebungsverfahren wie auch im konkreten Einzelfall (Urteil des EGMR Winterstein und andere gegen Frankreich vom 17. Oktober 2013, § 148; Urteil Chapman , § 96). Aus Art. 8 EMRK folgt nach der Rechtsprechung des EGMR eine positive Verpflichtung für die Vertragsstaaten, den Fahrenden ihre traditionelle Lebensweise zu ermöglichen (Urteil Winterstein , § 148; Urteil Chapman , § 96). Zur Identität der Fahrenden gehört insbesondere das Leben in Wohnwagen (Urteil Chapman , § 142). Aus Art. 8 EMRK folgt zwar kein eigentliches "Recht auf Wohnen" (Urteil Chapman , § 99); der EGMR betont jedoch, dass der Verlust einer Wohnung einer der schwerwiegendsten Eingriffe in das Recht auf Achtung der Wohnung darstellt und im Falle der Fahrenden auch in das Recht auf

Privat- und Familienleben (Urteil Win terstein , § 142 und 148). BGE 147 I 103 S. 113

### **E. 11.3**

Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens und der Wohnung folgt auch aus Art. 13 BV . In BGE 145 I 73 prüfte das Bundesgericht die Verfassungsmässigkeit eines Gesetzes des Kantons Neuenburg zu Halteplätzen für Fahrende (loi du 18 février 2018 sur le stationnement des communautés nomades [LSCN/NE; RSN 727.2]). Das Bundesgericht erachtete die dort vorgesehene Möglichkeit der Zwangsräumung als vereinbar mit Art. 8 EMRK . Der Neuenburger Grosse Rat hatte diese Massnahme ausdrücklich als "ultima ratio" bezeichnet und das Gesetz sah bloss eine "Kann-Vorschrift" vor, die es den Behörden erlaubt, das öffentliche Interesse einer Räumung gegen andere auf dem Spiel stehende Interessen (Dauer der Besetzung, fehlende Dringlichkeit, Möglichkeit, einen anderen Halteplatz zu finden, Achtung des Familienlebens) abzuwägen.

### **E. 11.4**

Schweizer Fahrende sind als nationale Minderheit ausserdem durch das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten (RÜSNM) geschützt. Als Vertragsstaat dieses Abkommens hat sich die Schweiz verpflichtet, jeder Person, die einer nationalen Minderheit angehört, das Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz und auf gleichen Schutz durch das Gesetz zu gewährleisten; jede Diskriminierung aus Gründen der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit ist verboten (Art. 4 Abs. 1). Die Schweiz hat sich auch dazu verpflichtet, die Bedingungen zu fördern, die es Angehörigen nationaler Minderheiten ermöglichen, ihre Kultur zu pflegen und weiterzuentwickeln und die wesentlichen Bestandteile ihrer Identität, nämlich ihre Religion, ihre Sprache, ihre Traditionen und ihr kulturelles Erbe, zu bewahren (Art. 5 Abs. 1). Art. 5 normiert eine positive Verpflichtung. Hinsichtlich der Fahrenden sind die Mitgliedstaaten insbesondere verpflichtet, Abstellplätze zur Verfügung zu stellen und die Bedürfnisse der Fahrenden in die Planungspolitik zu integrieren (vgl. JÜRGEN PIRKER, in: Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten, Handkommentar, 2015, Allgemeiner Teil, N. 4, 8 und 18 zu Art. 5 RÜSNM). Eine solche Verpflichtung hat das Bundesgericht im Übrigen bereits in BGE 129 II 321 aus Art. 8 EMRK , BGE 129 II 13 BV und Art. 2 und 3 RPG (SR 700) abgeleitet (E. 3.2 und 3.4 S. 327 ff.). In seiner Botschaft zum RÜSNM hielt der Bundesrat ausdrücklich fest, dass dieses in der Schweiz auf nationale sprachliche Minderheiten angewendet werden kann, aber auch auf andere schweizerische Bevölkerungsgruppen, wie die Mitglieder der jüdischen BGE 147 I 103 S. 114 Gemeinde oder die Fahrenden (Botschaft vom 19. November 1997 über das Rahmenübereinkommen des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten, BBl 1998 II 1293 Ziff. 22; siehe auch den Vierten Bericht der Schweiz zur Umsetzung des Rahmenübereinkommens des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten vom Februar 2017, S. 4). Das Rahmenübereinkommen enthält keine unmittelbar anwendbaren Bestimmungen ( BGE 145 I 73 E. 4.1 S. 84; vgl. RAINER HOFMANN, in: Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten, Handkommentar, Einführung, Überblick, Würdigung, 2015, N. 16). Während eine betroffene Person die Bestimmungen des RÜSNM in einem Einzelfall also nicht direkt vor einem Gericht geltend machen kann, sind insbesondere die gesetzgebenden Behörden dazu verpflichtet, Massnahmen zum Schutz der nationalen Minderheiten zu ergreifen. Soweit die Umsetzung des RÜSNM in den Kompetenzbereich der Kantone fällt, sind die kantonalen gesetzgeberischen Behörden verpflichtet, das RÜSNM als Teil des Bundesrechts zu beachten und umzusetzen ( Art. 5 Abs. 4, Art. 46 und Art. 49 Abs. 1 BV ; BGE 137 I 305 E.

3.2 S. 319; vgl. auch KÄLIN UND ANDERE, Völkerrecht, Eine Einführung, 4. Aufl. 2016, S. 115; JUDITH WYTTENBACH, Umsetzung von Menschenrechtsübereinkommen in Bundesstaaten, 2017, S. 346 und S. 436 ff.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Rz. 1344).

### **E. 12.1**

Nach Ansicht der Beschwerdeführenden erfüllen die strittigen Bestimmungen des PolG/BE betreffend die Wegweisung von illegal Campierenden die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage nach Art. 36 Abs. 1 BV nicht und sind auch nicht durch ein hinreichend legitimes und überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt. Sie hielten überdies auch vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip nicht stand, sondern bewirkten lediglich eine Verlagerung des Problems. Es stünden andere hinreichende und adäquate Instrumente, wie z.B. eine vorgängige Mediation, zur Verfügung. Die Massnahmen stellten ausserdem die Lebensweise der Fahrenden fundamental in Frage bzw. verunmöglichten diese, obwohl die Behörden positive Verpflichtung gegenüber der Gemeinschaft der Fahrenden hätten. Die angefochtenen Bestimmungen schafften nach Ansicht der Beschwerdeführenden ein prozessuales Sonderrecht gegen Fahrende, ohne rechtliches Gehör und ohne aufschiebende Wirkung. Eine BGE 147 I 103 S. 115 24-Stunden-Frist habe besonders schwere, möglicherweise traumatische Folgen für die Kinder und sei nicht notwendig. Schliesslich müssten in Bern im Gegensatz zur Neuenburger Regelung die auf dem Spiel stehenden öffentlichen und privaten Interessen nicht gegeneinander abgewogen werden.

### **E. 12.2**

Das Büro des Grossen Rates betont, die Fahrenden seien durch Art. 84 Abs. 4 PolG/BE besser gestellt als andere wild Campierende, die keinen Anspruch auf einen Transitplatz hätten. Es werde durch diese Bestimmung Druck auf den Kanton ausgeübt, dass dieser neue Transitplätze schaffe. Es sei zudem auch schon vor Erlass der neuen Bestimmungen verboten gewesen, illegal auf fremdem Grund zu campieren. Die materielle Rechtslage werde daher nicht geändert, lediglich das Verfahren zur Rechtsdurchsetzung. Die Bestimmungen des PolG/BE seien betreffend Räumung zudem restriktiver ausgestaltet als jene des LSCN/NE. Schliesslich sei die Wegweisungsverfügung anfechtbar und ein allfälliger Schaden könne auf dem Weg der Staatshaftung geltend gemacht werden.

### **E. 13**

Es gilt zunächst, die strittigen Normen auszulegen. Insbesondere fragt sich, ob diese nur auf Fahrende oder auch auf andere "illegal Campierende" anzuwenden sind.

#### **E. 13.1**

Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut der Norm (grammatikalisches Element). Vom klaren, eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, so etwa dann, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass dieser nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung (historische Auslegung), aus ihrem Sinn und Zweck (teleologische Auslegung) oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben (systematische Auslegung) ( BGE 142 I 135 E. 1.1.1 S. 138).

#### **E. 13.2**

Der Wortlaut von Art. 84 Abs. 4 PolG/BE, namentlich der letzte Teil ("sofern ein Transitplatz zur Verfügung steht") nimmt offenkundig Bezug auf Transitplätze, die

Fahrenden zur Verfügung gestellt werden. Es wird auch nicht bestritten, dass diese Norm nur auf Fahrende Anwendung findet. Art. 83 Abs. 1 lit. h PolG/BE spricht demgegenüber von der Wegweisung von "illegal Campierenden". Dem Wortlaut nach kann diese Norm auf Fahrende angewendet werden; ihr Anwendungsbereich würde jedoch nicht nur illegal campierende Fahrende, sondern jegliche "illegal Campierenden" einschliessen. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, sprechen sowohl die BGE 147 I 103 S. 116 Entstehungsgeschichte der Bestimmung, ihr Sinn und Zweck sowie ihre systematische Einordnung dafür, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt.

### **E. 13.3**

Die Art. 83 Abs. 1 lit. h und 84 Abs. 4 PolG/BE gehen auf zwei Motionen zurück, die 2015 bzw. 2017 im Grossen Rat des Kantons Bern eingereicht wurden. Die erste Motion beauftragte den Regierungsrat, eine Lösung zu präsentieren, die es den Gemeinden ermöglichen sollte, im Falle von illegal durch Fahrende besetzten privaten sowie öffentlichen Grundstücken effizient und ohne Verzug vorgehen zu können. Eine Räumung solle innert 24 Stunden erfolgen können (Motion Müller, "Mehr Handlungsspielraum für Gemeinden im Umgang mit Fahrenden", 2015.RRGR.881). Die zweite Motion beauftragte den Regierungsrat, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, nach der der Polizei das Recht zur sofortigen Wegweisung erteilt wird, wenn Grundstücke durch Fahrende besetzt werden. Zudem sollen bei Nichtbeachtung das Ausstellen von Bussen oder die sofortige Räumung möglich sein (Motion Güntensperger, "Gesetzliche Grundlagen zu Transitplätzen für Fahrende", 2017. RRGR.37). Beide Vorstösse wurden vom Grossen Rat angenommen. Im Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat zum PolG/BE verzichtete der Regierungsrat jedoch auf Spezialbestimmungen für Fahrende (Vortrag, a.a.O., S. 44 f.). Eine Einschätzung des Polizeirechtsexperten Dr. Markus Mohler habe ergeben, dass für Fahrende die Rechtsordnung als Ganzes ohne Ausnahmen gelte. Dies bedeute, dass verfahrensrechtliche Sonderregelungen in Bezug auf Fahrende eine Ungleichbehandlung oder gar Diskriminierung darstellen würden. Während die Grundbestimmungen zur Wegweisung und Fernhaltung auch auf Fahrende anwendbar seien, gelte es darauf hinzuweisen, dass diese nicht bereits durch ihre Lebensart als störend oder gefährdend anzusehen seien und dieser Umstand somit für die Anwendung der Bestimmungen nicht ausreiche (Vortrag, a.a.O., S. 44 f.). Auf Antrag einer Mehrheit der Sicherheitskommission fügte jedoch der Grosse Rat die Art. 83 Abs. 1 lit. h und Art. 84 Abs. 4 in das neue Polizeigesetz ein. Aus den Wortprotokollen des Grossen Rats ergibt sich, dass sich die Parlamentsdebatten zu den strittigen Artikeln ausschliesslich auf die Wegweisung von Fahrenden beschränkten (vgl. Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern 2017, S. 1613 ff. [erste Lesung], und 2018, S. 245 ff. [zweite Lesung]); eine andere Gruppe von "illegal Campierenden" wurde im Grossen Rat nicht BGE 147 I 103 S. 117 thematisiert. Die beiden Bestimmungen wurden in den parlamentarischen Beratungen zuweilen als "Fahrenden"-Artikel, als "Lex Fahrende" oder als "Regelung betreffend die Fahrenden" bezeichnet (vgl. z.B. die Wortmeldungen von Grossrätin Schindler [Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern 2017, S. 1614], Grossrätin Fuhrer-Wyss [Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern 2017, S. 1614, und Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern 2018, S. 247], Grossrat Müller [Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern 2017, S. 1615], Grossrätin Schwaar [Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern 2017, S. 1617], Grossrat Wenger [Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern 2017, S. 1618], Grossrat Jost [Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern 2018, S. 247 f.] und Regierungsrat Käser [Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern 2018, S. 251]). Aus der

Entstehungsgeschichte und den Ratsdebatten ergibt sich, dass der Grosse Rat nicht nur Art. 84 Abs. 4 PolG/BE, sondern auch Art. 83 Abs. 1 lit. h PolG/BE ausschliesslich für die Fahrenden erlassen hat.

#### **E. 13.4**

Aufgrund der Entstehungsgeschichte wird auch der direkte systematische Zusammenhang zwischen Art. 84 Abs. 4 und Art. 83 Abs. 1 lit. h PolG/BE sichtbar. In den Parlamentsdebatten wurde Art. 84 Abs. 4 PolG/BE mehrmals als Umsetzungsbestimmung von Art. 83 Abs. 1 lit. h PolG/BE bezeichnet (vgl. insb. Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern 2017, S. 1613 ff. [erste Lesung]). Dies ergibt sich auch aus dem Wortlaut des Art. 84 Abs. 4 PolG/BE, der sich explizit auf "Wegweisungen gemäss Artikel 83 Absatz 1 Buchstabe h" bezieht. Die beiden Artikel wurden zusammen konzipiert, zusammen beraten und auch zusammen eingefügt; sie sind somit als Einheit zu verstehen, was ebenfalls darauf schliessen lässt, dass Art. 83 Abs. 1 lit. h PolG/BE für die Fahrenden erlassen wurde.

#### **E. 13.5**

Die Wortprotokolle des Grossen Rats sind auch hinsichtlich des Sinnes und Zwecks der beiden Bestimmungen aufschlussreich. Es wird insbesondere ersichtlich, dass diese eingeführt wurden, um den Prozess der Wegweisung von illegal campierenden Fahrenden bzw. die Räumung der beanspruchten Plätze zu beschleunigen (Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern 2018, S. 249 f.). Die bisherige Verfahrensdauer für eine Wegweisung von Fahrenden - ca. eine bis zwei Wochen - wurde als zu lange erachtet. Auch das Büro des Grossen Rates betont in seiner Stellungnahme, dass BGE 147 I 103 S. 118 illegales Besetzen eines Standorts durch Wohnwagen bereits vor dem neuen Polizeigesetz habe geahndet werden können; die neuen Bestimmungen würden es jedoch der Polizei erlauben, die Fahrenden wegzuweisen, ohne dass vorgängig das Zivilgericht angerufen werden müsse. Art. 83 Abs. 1 lit. h und Art. 84 Abs. 4 PolG/BE zielen somit darauf ab, eine spezielle Regelung für Fahrende zu schaffen, die es der Polizei erlaubt, schnell gegen die unerlaubte Niederlassung an einem Standort vorzugehen.

#### **E. 13.6**

Angesichts der historischen, systematischen und teleologischen Auslegungselemente kann davon ausgegangen werden, dass der Grosse Rat des Kantons Bern die Bestimmungen zur Wegweisung von "illegal Campierenden" ausschliesslich auf die Fahrenden anwenden wollte. Während die Fahrenden somit zweifelsohne der Hauptanwendungsfall des Art. 83 Abs. 1 lit. h PolG/BE sind, erscheint dessen Anwendung auf andere Fälle aufgrund des Wortlauts zwar theoretisch nicht ausgeschlossen. Praktisch reichen jedoch a priori die anderen Wegweisungstatbestände des Art. 83 Abs. 1 PolG/BE sowie spezialrechtliche Bestimmungen aus, um andere Fälle von Wegweisungen zu bewältigen. Das Büro des Grossen Rats führt denn auch aus, dass in der Praxis in der Regel für andere Fallgruppen als die Fahrenden nicht auf die polizeiliche Wegweisung zurückgegriffen werden muss. Ausserdem hat das Kantonsparlament Bern die vom Büro des Grossen Rats erwähnte Problematik der "Waldmenschen" bereits in dem vor wenigen Jahren eingefügten Art. 38 Abs. 2 des kantonalen Waldgesetzes (KWaG; BSG 921.11) behandelt; nach dieser Bestimmung veranlasst der kantonale Forstdienst alle nötigen Massnahmen zur Behebung von Rechswidrigkeiten im Walde. Bei dieser Ausgangslage würde es sich rechtfertigen, Art. 83 Abs. 1 lit. h PolG/BE aufzuheben, sollte sich herausstellen, dass dieser im Hauptanwendungsfall grundrechtswidrig ist, zumal die anderen Fälle von illegalem

Camping anhand anderer Bestimmungen oder ohne polizeiliche Wegweisung bewältigt werden können. In den folgenden Ausführungen ist somit zu prüfen, ob Art. 83 Abs. 1 lit. h und Art. 84 Abs. 4 PolG/BE in ihrer Anwendung auf die Fahrenden grundrechtskonform sind.

#### **E. 14.1**

Wie der EGMR in seinem Urteil Winterstein festgestellt hat, gehört das Leben in Wohnwagen zur Identität der Fahrenden. Deren BGE 147 I 103 S. 119 Wegweisung von einem Halteplatz bzw. die Räumung eines solchen stellt daher einen Eingriff in deren Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens dar (vgl. Urteil Winterstein, § 142 und 148). Die Art. 83 Abs. 1 lit. h und 84 Abs. 4 PolG/BE zur Wegweisung von Fahrenden greifen somit in deren Grundrechte ein. Je nach Umständen des konkreten Einzelfalls wiegt der Eingriff schwerer oder weniger schwer. Ein schwerer Eingriff in das Privat- und Familienleben wird in der Regel dann vorliegen, wenn es sich bei den wegzuweisenden Personen um (in der Regel Schweizer) Fahrende handelt, deren Verweildauer auf den verschiedenen Plätzen meist hoch ist. Diesfalls gehen diese am Aufenthaltsort oft einer Arbeit nach und ihre Kinder besuchen am Aufenthaltsort die Schule (vgl. EspaceSuisse, Halteplätze für Jenische, Sinti und Roma, Raum&Umwelt, Februar 1/2019 S. 12). Der Grundrechtseingriff wiegt hingegen in der Regel weniger schwer bei (meist ausländischen) Fahrenden, die eben erst an einem Standort angekommen sind und weder beabsichtigen, dort länger als ein paar Tage zu verweilen noch ihre Kinder einzuschulen oder dort einer Arbeit nachzugehen, sondern auf der Durchreise sind.

#### **E. 14.2**

Grundrechte können nur unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV eingeschränkt werden. Das Legalitätsprinzip gemäss Art. 36 Abs. 1 BV verlangt eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtssätze ( BGE 144 I 126 E. 6.1 S. 137 f.). Je gewichtiger ein Grundrechtseingriff, desto höher sind dabei die Anforderungen an Normstufe und Normdichte. Schwere Eingriffe benötigen eine klare und genaue Grundlage im Gesetz selbst ( BGE 141 I 201 E. 4.1 S. 203).

##### **E. 14.2.1**

Die Beschwerdeführenden bringen vor, aus dem Gesetzestext gehe nicht hervor, ob mit "Transitplatz" (Art. 84 Abs. 4 PolG/BE) auch Stand- und Durchgangsplätze gemeint seien oder lediglich die vorwiegend von ausländischen Fahrenden besetzten Transitplätze. Es folge auch nicht aus den Bestimmungen, ob ein - als Alternative zur Verfügung stehender - Transitplatz zwangsläufig im Kanton Bern liegen müsse. Das Büro des Grossen Rats präzisiert in seiner Stellungnahme, dass mit "Transitplatz" tatsächlich ein Transitplatz im obigen Sinne gemeint ist. Beide Parteien stützen sich dabei auf die allgemein anerkannte und benutzte Terminologie betreffend Halteplätze für Fahrende: Standplätze (aire de séjour; area di sosta) sind für die Wintermonate bestimmt und werden BGE 147 I 103 S. 120 hauptsächlich von schweizerischen Fahrenden genutzt; Durchgangsplätze (aire de passage; area di passaggio) sind für kürzere Halte im Sommer bestimmt und dienen ebenfalls hauptsächlich schweizerischen Fahrenden; Transitplätze (aire de transit, area di transito), schliesslich sind grosse, meist von grossen Gruppen ausländischer Fahrender genutzte Plätze (vgl. BGE 145 I 73 E. 5.3.3 S. 91 ff. mit Hinweisen). Da der Aufenthalt auf Transitplätzen in der Regel von kurzer Dauer ist, verfügen diese nur über eine minimale Infrastruktur, namentlich ein befestigter Platz mit Wasseranschluss und Kehrrechtcontainer

(Stiftung Zukunft für Schweizer Fahrende, Fahrende und Raumplanung: Standbericht 2015, S. 10). Art. 84 Abs. 4 PolG/BE bezieht sich also ausdrücklich auf die dritte Kategorie von Halteplätzen. Diese müssen gemäss Büro des Grossen Rats im Kanton Bern liegen. Dies ergibt sich auch aus der Parlamentsdebatte: Mit Art. 84 Abs. 4 PolG/BE soll Druck auf den Kanton ausgeübt werden, Transitplätze im Kanton Bern zu schaffen. Auf diese Auslegung der Behörden von "Transitplatz" ist grundsätzlich abzustellen. Die diesbezüglichen Einwände der Beschwerdeführenden erweisen sich als unbegründet. Wenn eine sofortige Wegweisung bereits dann möglich sein soll, wenn auch nur ein Transitplatz im obigen Sinne zur Verfügung steht, hat dies jedoch zur Folge, dass diese Massnahme gegenüber Schweizer Fahrenden oder ausländischen Fahrenden, die nicht nur auf der Durchreise sind, auch dann vollzogen werden kann, wenn für sie keine angemessenen Ersatzplätze (Stand- oder Durchgangsplätze) zur Verfügung stehen. Dies ist hinsichtlich der Verhältnismässigkeit problematisch (vgl. E. 14.4.3.1 nachfolgend).

#### **E. 14.2.2**

Die Beschwerdeführenden machen weiter geltend, es sei nicht klar, was mit dem Terminus "Erlaubnis" (Art. 83 Abs. 1 lit. h PolG/BE) gemeint sei und ob allenfalls ein Vertrag nötig sei oder ein blosses Tolerieren auch ausreiche. Aus den Parlamentsdebatten ergibt sich nichts Näheres dazu. Das Büro des Grossen Rats erklärt hingegen in seiner Stellungnahme, mit "Erlaubnis" sei kein schriftlicher Vertrag gemeint; eine mündliche Erlaubnis reiche aus. Auf diese Präzisierung der Behörde ist grundsätzlich abzustellen. Das Gesetzesverständnis des Grossen Rates wirft jedoch die Frage auf, ob die Fälle, in denen die Fahrenden von Anfang an über keine Erlaubnis verfügen, gleich zu behandeln sind wie diejenigen, in denen den Fahrenden eine früher erteilte mündliche Erlaubnis nachträglich entzogen wird. Diese Problematik stellt sich oft bei einem spontanen Halt von Fahrenden auf einem Privatgrundstück, das sich meistens BGE 147 I 103 S. 121 in der Landwirtschaftszone befindet (vgl. EspaceSuisse, a.a.O., S. 14). Lassen sich Fahrende ohne jede Absprache mit der Eigentümerschaft auf einem Areal nieder, liegt für sie die Möglichkeit nahe, umgehend wieder weggewiesen zu werden. Dagegen präsentiert sich die Situation anders, wenn sich Fahrende zunächst erlaubterweise an einem Standort niederlassen und längere Zeit dort verweilen (möchten). Für sie ist es von Bedeutung, vorhersehen zu können, ob ihr anfänglich rechtmässiger Aufenthalt durch einen blossen (mündlichen) Entzug einer erteilten Erlaubnis ohne Weiteres zu einem illegalen Aufenthalt wird, mit der Folge, dass sie den Platz innerhalb von 24 Stunden verlassen und andernfalls eine polizeiliche Räumung gewärtigen müssen. Angesichts der Schwere des Grundrechtseingriffs einer Räumung für Fahrende, die länger an einem Ort verweilen, erscheint es fraglich, ob Art. 83 Abs. 1 lit. h PolG/BE genug bestimmt ist. Die Frage kann offenbleiben, wenn die Artikel bereits aus anderen Gründen aufzuheben sind.

#### **E. 14.3**

Die Beschwerdeführenden führen aus, die Bestimmungen seien nicht durch ein hinreichend legitimes und überwiegendes Interesse gerechtfertigt, unter anderem weil ein solches im Gesetz nicht genannt werde. Art. 36 Abs. 2 BV verlangt jedoch nicht, dass das rechtfertigende öffentliche Interesse ausdrücklich im Gesetz verankert ist. Die öffentlichen Interessen, die eine Wegweisung bzw. Räumung rechtfertigen könnten, sind vielfältig: je nach den Umständen des Einzelfalls können beispielsweise das Interesse an der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, der Umwelt-, Natur- oder Heimatschutz oder die zweckmässige Nutzung des Bodens die strittigen Massnahmen rechtfertigen (vgl. BGE 145 I 73 E. 7.1.2 S.

100). Dem Büro des Grossen Rats ist ausserdem darin zuzustimmen, dass auch der Schutz des Eigentums ein legitimes Interesse darstellen kann, das eine Wegweisung bzw. Räumung rechtfertigt.

#### **E. 14.4.1**

Für die Prüfung der Verhältnismässigkeit einer Wegweisung von Fahrenden bzw. einer Räumung des Halteplatzes sind gemäss EGMR verschiedene Elemente von Bedeutung. So muss berücksichtigt werden, ob die Besetzung von Anfang an unrechtmässig war oder ob der Aufenthalt anfänglich rechtmässig und beispielsweise durch Entzug der Erlaubnis illegal wurde. Weiter ist bei der Beurteilung von Bedeutung, ob ein anderer Halteplatz zur Verfügung steht oder nicht: steht kein geeigneter und zumutbarer Ersatzhalteplatz zur Verfügung wiegt der Eingriff schwerer (Urteil Winterstein, BGE 147 I 103 S. 122 § 148; Urteil Chapman, § 102 und 103; vgl. zum Fehlen von Halteplätzen auch JOËLLE SAMBUC BLOISE, *La situation juridique des Tziganes en Suisse*, 2007, S. 353 ff.). Auch die Dauer des Aufenthalts der Fahrenden an einer Örtlichkeit ist zu beachten: Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt, dass ein Fall, in dem sich eine ganze Gemeinschaft während längerer Zeit und friedlich an einem Ort niedergelassen hat, anders beurteilt wird, als eine routinemässige Wegweisung bei einer illegalen Besetzung (Urteil Winterstein, § 149 f.; Urteil des EGMR *Yordanova* und andere gegen Bulgarien vom 24. April 2012, § 121). Zudem ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Dringlichkeit der Räumung zu berücksichtigen (BGE 145 I 73 E. 7.1.2 S. 100 f.). Schliesslich wird in der Lehre die Auffassung vertreten, aus Art. 5 RÜSNM ergebe sich für Schweizer Fahrende, dass eine Zwangsäumung erst nach einer umfassenden Prüfung und nach Konsultation der Betroffenen erfolgen darf (vgl. PIRKER, a.a.O., N. 4, 8 und 18 zu Art. 5 RÜSNM).

#### **E. 14.4.2**

Das Büro des Grossen Rates stellt sich auf den Standpunkt, die Verhältnismässigkeit werde durch die Kann-Formulierungen in Art. 83 Abs. 1 lit. h und Art. 84 Abs. 4 PolG/BE gewährleistet: die Kantonspolizei habe ihr Entschliessungsermessen nach sachlichen Grundsätzen auszuüben und sei nicht verpflichtet, illegal Campierende in jedem Fall wegzuweisen und innerhalb von 24 Stunden eine Räumung des Geländes durchzuführen. Die Kann-Formulierung würde es der Kantonspolizei tatsächlich erlauben, den Fahrenden vor Aussprechen einer Wegweisungsmassnahme eine zusätzliche Frist von einigen Tagen oder Wochen zu gewähren. Die Kantonspolizei könnte an sich auch die in Art. 84 Abs. 4 PolG/BE vorgesehene Räumungsfrist von 24 Stunden um mehrere Tage verlängern. Es ist jedoch in diesem Zusammenhang daran zu erinnern, dass es die klare Absicht des Grossen Rates war, mit Hilfe der neuen Bestimmungen die bisherige, als zu lange empfundene Verfahrensdauer einer Wegweisung von Fahrenden bzw. einer Räumung (ca. ein bis zwei Wochen) zu verkürzen (vgl. hiervor E. 13.5). Wenn die Kantonspolizei in der Praxis also längere Fristen gewähren würde, würden die Bestimmungen die bisherige Rechtslage nicht ändern: eine Wegweisung würde im Endeffekt trotzdem ein bis zwei Wochen in Anspruch nehmen. Dies würde der Absicht der gesetzgeberischen Behörde klarerweise entgegenlaufen. Entgegen der Ansicht des Büros des Grossen Rats vermögen die Kann-Formulierungen allein die Verhältnismässigkeit der BGE 147 I 103 S. 123 Bestimmungen nicht zu gewährleisten. Vielmehr ist im Folgenden der Umstand zu berücksichtigen, dass die Bestimmungen als Verfahrensbeschleunigung konzipiert wurden.

#### **E. 14.4.3**

Die Verhältnismässigkeit der Wegweisung bzw. Räumung hängt stark von den Umständen des Einzelfalls ab; sie ist nachfolgend für verschiedene Fallgruppen zu prüfen.

#### **E. 14.4.3.1**

Schweizer Fahrende verweilen oft während längerer Zeit am selben Ort; dies ist insbesondere in den Wintermonaten der Fall. Sie gehen dort einer Arbeit nach und ihre Kinder besuchen die Quartier- oder Dorfschule (vgl. oben E. 14.1). Wenn nun ihr Aufenthalt aus irgendwelchen Gründen illegal wird, können sie gestützt auf Art. 83 Abs. 1 lit. h PolG/BE innert 24 Stunden weggewiesen werden. Dies bedeutet für die Betroffenen regelmässig den Verlust der Arbeit und somit der Lebensgrundlage. Ihre Kinder müssen zudem die Schule verlassen, was regelmässig eine wesentliche Erschwernis der - aufgrund der fahrenden Lebensweise ohnehin nicht einfachen - Beschulung der betroffenen Kinder zur Folge hat. Diese ihrerseits werden unvermittelt aus ihrem schulischen Umfeld herausgerissen, was ihre persönliche Entwicklung offensichtlich beeinträchtigen kann und es eventuell gar erforderlich macht, das Schuljahr zu wiederholen. Die Wegweisung gegenüber Schweizer Fahrenden kann aufgrund der gesetzlichen Regelung zudem vollzogen werden, ohne dass ein angemessener Halteplatz zur Verfügung gestellt werden muss. Denn, wie oben (E. 14.2.1) ausgeführt, bezieht sich Art. 84 Abs. 4 PolG/BE ausschliesslich auf Transitplätze und nicht auf Plätze, die für längere Aufenthalte und somit für die Bedürfnisse Schweizer Fahrender ausgestattet sind. Überdies erlaubt es die kurze Frist den Fahrenden nicht, den Halteplatz sauber und geordnet zu verlassen. Zwar wiegen bei einer längerfristigen und allenfalls rechtswidrigen Niederlassung von Fahrenden an einem bestimmten Ort unter Umständen auch die entgegenstehenden öffentlichen Interessen - insbesondere die öffentliche Ordnung und Sicherheit sowie der Umwelt-, Natur- und Heimatschutz - und das entgegenstehende Interesse der Eigentümerinnen und Eigentümer der betroffenen Grundstücke schwer. Gerade in diesen Fällen, also bei einem bereits länger dauernden Aufenthalt, dürfte es aber für die betroffenen Privaten bzw. für die Öffentlichkeit in der Regel jedoch nicht von Bedeutung sein, dass eine Wegweisung sofort vollzogen wird. Insgesamt überwiegen daher die oben aufgeführten, gewichtigen Interessen der BGE 147 I 103 S. 124 Schweizer Fahrenden daran, den Platz nicht innert 24 Stunden verlassen zu müssen. Die beiden Bestimmungen lassen sich somit in Bezug auf Schweizer Fahrende nicht verfassungskonform auslegen; sie verstossen gegen Art. 13 BV und Art. 8 EMRK. Ausserdem ist der kantonale Gesetzgeber aufgrund des übergeordneten Rechts verpflichtet, die Schweizer Fahrenden als nationale Minderheit in seiner Gesetzgebung zu schützen und dazu verpflichtet, ihnen Halteplätze zur Verfügung zu stellen. Zwangsräumungen sollen zudem erst nach einer umfassenden Prüfung erfolgen (vgl. oben E. 11). Indem sie die Möglichkeit einer raschen Wegweisung und Zwangsräumung vorsehen, genügen Art. 83 Abs. 1 lit. h und Art. 84 Abs. 4 PolG/BE diesen Ansprüchen nicht. Auch der Umstand, dass Schweizer Fahrende weggewiesen werden können, ohne dass ein angemessener Ersatzhalteplatz zur Verfügung steht, stellt eine Verletzung des RÜSNM dar. Die Regelung verletzt unter Umständen auch das Übereinkommen über die Rechte des Kindes (KRK; SR 0.107), das verlangt, dass bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt ist, der vorrangig zu berücksichtigen ist (Art. 3 Abs. 1 KRK). Die Berner Bestimmungen zur Wegweisung bzw. Räumung tragen diesem Umstand nicht Rechnung. Analoges gilt für ausländische Fahrende, die ebenfalls längere Zeit am selben Ort verweilen, einer Arbeit nachgehen und eventuell ihre Kinder einschulen. Sie stehen zwar nicht unter dem speziellen Schutz des RÜSNM, aber auch für sie bedeutet eine übereilte Wegweisung bzw. Räumung aus den oben genannten Gründen

einen unverhältnismässigen Eingriff in ihr Privat- und Familienleben ( Art. 13 BV und Art. 8 EMRK ) und unter Umständen eine Verletzung der KRK.

#### **E. 14.4.3.2**

Schliesslich ist die Verhältnismässigkeit der Regelung für (in der Regel ausländische) Fahrende zu prüfen, die im Kanton Bern lediglich auf der Durchreise sind und deren Aufenthalt an einem Halteplatz entsprechend kürzer ist. Sie gehen zwar unter Umständen einer Arbeit nach; diese ist jedoch oft nicht ortsgebunden. Zudem besuchen ihre Kinder im Regelfall auch nicht Schweizer Schulen (vgl. oben E. 14.1). Eine Wegweisung bzw. Räumung innert 24 Stunden oder innert weniger Tage könnte sich für diese Fallgruppe als verhältnismässig erweisen, zumindest wenn der Aufenthalt von Anfang an rechtswidrig war, d.h. ohne Erlaubnis des Eigentümers (vgl. oben E. 14.2.2). BGE 147 I 103 S. 125 Dies hängt jedoch davon ab, ob das Gesetz selbst weitere Gewährleistungen dafür enthält, dass von einer tatsächlich verhältnismässigen Anwendung der Regelung ausgegangen werden darf. Die Verfassungsmässigkeit hängt somit auch von den bestehenden formellen Garantien ab: Wenn ein wirksamer nachträglicher Rechtsschutz faktisch stark erschwert wird, ist bei der abstrakten Normenkontrolle ein strengerer Massstab anzusetzen. In BGE 145 I 73 hat das Bundesgericht die Neuenburger Regelung betreffend Räumung von Halteplätzen als verfassungsmässig erachtet. Das Büro des Grossen Rats macht geltend, die Berner Bestimmungen betreffend Räumung seien restriktiver ausgestaltet als jene des LSCN/NE und folglich ebenfalls verfassungsmässig. Ein Vergleich zeigt jedoch, dass das LSCN/NE im Gegensatz zum PolG/BE mehrere verfahrensrechtliche Garantien zugunsten der Fahrenden enthält. So kann eine Räumung im Kanton Neuenburg einzig durch die Vorsitzende oder den Vorsitzenden der Polizeidirektion angeordnet werden; im Kanton Bern kann dies durch subalterne Angehörige des Polizeikorps verfügt werden. Zwar bringt das Büro des Grossen Rats vor, dass eine Räumung nicht durch einen einzelnen Polizisten oder eine einzelne Polizistin erfolgen würde, sondern im Rahmen eines Grosseinsatzes. Eine solche Gewährleistung ergibt sich jedoch nicht aus dem Gesetz. Eine Räumung kann gemäss LSCN/NE sodann nur auf Antrag der Eigentümerin oder des Eigentümers des Grundstücks, der berechtigten Person oder einer Aufsichtsbehörde verfügt werden. Diese müssen überdies die Gründe der Rechtswidrigkeit des Aufenthalts angeben, gegebenenfalls anhand des abgeschlossenen Rahmenvertrags (vgl. Art. 25 LSCN/NE). Das Neuenburger Gesetz sieht ausserdem ausdrücklich vor, dass die Vertreterin oder der Vertreter der Fahrenden vor einer allfälligen Räumung von einer Aufsichtsbehörde angehört wird; die Aussagen werden protokolliert und an die Polizeidirektion weitergeleitet (Art. 26 LSCN/NE). Im Gegensatz dazu sehen die Berner Bestimmungen nicht ausdrücklich vor, dass den Fahrenden rechtliches Gehör gewährt wird; da die Wegweisung schriftlich vor Ort verfügt wird, bleibt auch keine Zeit, allfällige Aussagen der Fahrenden zu protokollieren und der Polizeidirektion vor einer Räumungsentscheid zu unterbreiten. Schliesslich muss die Räumungsverfügung im Kanton Neuenburg schriftlich ergehen, die Gründe für die Räumung nennen und ein Datum für die Abreise bzw. Räumung festsetzen (Art. 27 LSCN/NE). Das Polizeigesetz des Kantons Bern BGE 147 I 103 S. 126 hingegen enthält keine näheren Bestimmungen zur Nennung der Gründe für die Räumung. Zudem kann (und soll nach dem Willen des Gesetzgebers) eine Räumung innerhalb von 24 Stunden erfolgen. Innerhalb dieser Frist ist es praktisch unmöglich, eine Beschwerde - allenfalls in einer Fremdsprache - zu verfassen und einzureichen, zumal die Verfügung im Regelfall keine aufschiebende Wirkung hat (vgl. Art. 89 PolG/BE). Aus dieser Gegenüberstellung ergibt sich, dass die Neuenburger Gesetzgebung zu den Fahrenden über mehrere

Schutzmechanismen verfügt, die eine Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips sichert; die Berner Bestimmungen bieten dahingegen nur einen sehr eingeschränkten Rechtsschutz. Während die Räumung im Neuenburger Gesetz als Ultima Ratio konzipiert ist, erscheint sie im PolG/BE als Normalfall. Beim Halt der (meist ausländischen) Fahrenden auf der Durchreise wiegen die entgegenstehenden öffentlichen und privaten Interessen (vgl. oben E. 14.4.3.1) weniger schwer, da die Aufenthaltsdauer in der Regel kurz ist. Zwar wiegt auch der Anspruch der Fahrenden auf Privat- und Familienleben in dieser Konstellation weniger schwer. Angesichts des mangelhaften Rechtsschutzes, den das PolG/BE bietet, überwiegt er jedoch in der Interessenabwägung, womit sich Art. 83 Abs. 1 lit. h und Art. 84 Abs. 4 PolG/BE auch für (meist ausländische) Fahrende auf der Durchreise als unzumutbar erweisen.

#### **E. 14.5**

Nach dem Gesagten ist es nicht möglich, Art. 83 Abs. 1 lit. h und Art. 84 Abs. 4 PolG/BE grundrechtskonform auszulegen, ohne dabei den klar zum Ausdruck gebrachten Willen der gesetzgebenden Behörde grundlegend zu missachten. Die beiden Bestimmungen erweisen sich demnach sowohl für Schweizer Fahrende oder ausländische Fahrende, die länger an einem Ort verweilen, als auch für ausländische Fahrende auf der Durchreise als unverhältnismässig. Die Beschwerde ist in diesem Punkt begründet. Art. 83 Abs. 1 lit. h und Art. 84 Abs. 4 PolG/BE sind aufzuheben. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass eine Wegweisung von illegal campierenden Fahrenden oder anderen illegal Campierenden unter Umständen auch aufgrund eines anderen Tatbestands von Art. 83 Abs. 1 PolG/BE erfolgen kann, insbesondere wenn eine Gefährdung oder Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorliegt (lit. a). Die Kantonspolizei hat auf der Grundlage von Art. 83 Abs. 2 PolG/BE auch die Möglichkeit, die Wegweisung zu BGE 147 I 103 S. 127 vollziehen und den illegalen Halteplatz zu räumen. Dabei hat die Kantonspolizei jedoch die Garantien des Gesetzes des Kantons Bern vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG/BE; BSG 155.21) zu beachten und die Verhältnismässigkeit der Massnahme im Einzelfall zu prüfen. Eine Räumung ist im Regelfall nur denkbar, wenn ein zumutbarer Ersatzhalteplatz im Kanton für Fahrende zur Verfügung steht. Bei dieser Sachlage erübrigt es sich zu prüfen, ob die angefochtenen Bestimmungen auch gegen das Diskriminierungsverbot ( Art. 8 Abs. 2 BV ), das Rechtsgleichheitsgebot ( Art. 8 Abs. 1 BV ), das Willkürverbot ( Art. 9 BV ), die Niederlassungsfreiheit ( Art. 24 Abs. 1 BV ) und gegen verfahrensrechtliche Garantien ( Art. 29, 29a und 30 BV ; Art. 6 und 13 EMRK ) verstossen. Auch die Rügen betreffend Art. 83 Abs. 2 und Art. 89 Abs. 1 PolG/BE erübrigen sich: die Beschwerdeführenden rügen deren Verfassungswidrigkeit nur hinsichtlich der Fahrenden; für alle anderen Fälle enthält ihre Beschwerde keine Begründung und ist daher abzuweisen. Observation und Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten

#### **E. 15**

Schliesslich machen die Beschwerdeführenden geltend, Art. 118 PolG/ BE, insbesondere dessen Abs. 2, verletze das Recht auf Privatsphäre ( Art. 13 BV , Art. 8 Ziff. 1 EMRK ). Art. 118 PolG/BE normiert zweierlei: Zum einen regelt Art. 118 Abs. 1 PolG/BE - analog zu Art. 282 f. StPO - die Observation, d.h. die verdeckte Beobachtung von verdächtigen Personen, unter Umständen mithilfe von Bild- und Tonaufnahmen. Darüber hinaus normiert Art. 118 Abs. 2 PolG/BE auch den Einsatz von technischen Überwachungsgeräten, um den Standort von Personen oder Sachen festzustellen. Insofern unterscheidet sich die bernische

Regelung in relevanter Weise von derjenigen der StPO, welche diese Massnahme nicht unter den Tatbestand der Observation subsumiert, sondern unter denjenigen der Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten (Art. 280 f. StPO). Diese Überwachungsmassnahme unterliegt einer anderen, restriktiveren Regelung, die im Wesentlichen derjenigen für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs nachgebildet ist (vgl. Art. 281 Abs. 4 StPO).

### **E. 15.1**

Art. 13 BV, wie auch Art. 8 EMRK, schützen verschiedenste Aspekte der Privatsphäre, wozu auch der Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten gehört (BGE 144 I 126 E. 4.1 S. 131; BGE 140 I 381 BGE 147 I 103 S. 128 E. 4.1 S. 383; je mit Hinweisen). Dieses Recht auf informationelle Selbstbestimmung garantiert, dass grundsätzlich ohne Rücksicht darauf, wie sensibel die fraglichen Informationen tatsächlich sind, jede Person gegenüber fremder, staatlicher oder privater Bearbeitung von sie betreffenden Informationen bestimmen können muss, ob und zu welchem Zweck diese Informationen über sie bearbeitet werden (BGE 145 IV 42 E. 4.2 S. 46; BGE 144 I 281 E. 6.2 S. 301, BGE 144 I 126 E. 4.1 S. 131). Am grundrechtlichen Schutz ändert nichts, dass die Daten auf öffentlichen Strassen aufgezeichnet werden. Der Schutz der Privatsphäre beschränkt sich nicht auf private Räumlichkeiten, sondern erstreckt sich auch auf den privatöffentlichen Bereich. Erfasst werden somit auch Lebenssachverhalte mit persönlichem Gehalt, die sich im öffentlichen Raum ereignen (BGE 146 I 11 E. 3.1.1 S. 13 mit Hinweisen).

### **E. 15.2**

Bei der präventiven polizeilichen Observation gemäss Art. 118 PolG/BE handelt es sich um eine Überwachungsmassnahme durch Polizeiorgane, die zur Verhinderung von Straftaten und somit vor Begehung einer Straftat und vor Eröffnung eines Strafverfahrens eingesetzt wird (BGE 140 I 381 E. 4.2.1 S. 384). Als solche wird sie dem Polizeirecht und nicht dem Strafprozessrecht zugeordnet (vgl. BGE 140 I 353 E. 5 S. 359 ff. zur Abgrenzung der beiden Gebiete). Die präventive polizeiliche Observation mithilfe von Bild- und Tonaufnahmen stellt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung einen Eingriff in das Recht auf Privatsphäre dar (BGE 140 I 381 E. 4.3). Die Standortermittlung bzw. die Überwachung (in Echtzeit) durch ein am Fahrzeug der beobachteten Person befestigtes GPS-Peilgerät stellt ebenfalls einen Eingriff in das Recht auf Privatsphäre dar. Das Bundesgericht hat sich mehrmals zur Schwere dieses Grundrechtseingriffs geäussert. Im nicht publizierten Urteil 1B\_252/2017 vom 21. Februar 2018 bezeichnete es die Standortermittlung gemäss Art. 280 lit. c StPO als einen empfindlichen Eingriff in die Privatsphäre (E. 6.7). In BGE 144 IV 370 hielt das Bundesgericht fest, der Eingriff in die Privatsphäre durch ein GPS-Gerät dürfe nicht unterschätzt werden (E. 2.3 S. 373 ff.; vgl. auch BGE 146 IV 36 E. 2.1 S. 40). Der Eingriff wiege zwar weniger schwer als bei einer Abhörung und Aufzeichnung von nicht öffentlichen Gesprächen und der Beobachtung oder Aufzeichnung von Vorgängen an nicht öffentlichen oder nicht allgemein zugänglichen Orten (BGE 144 IV 370 E. 2.3 S. 373 ff.). Es gelte jedoch zu berücksichtigen, dass BGE 147 I 103 S. 129 das GPS-Gerät im Unwissen der überwachten Person an deren Fahrzeug angebracht werde; dahingegen sei es zum Beispiel bekannt, dass die Randdaten der Fernmeldekommunikation - aus denen sich ebenfalls ablesen lässt, wo sich die überwachte Person aufhielt - aufbewahrt und gespeichert würden (BGE 144 IV 370 E. 2.3 S. 375 f.; vgl. auch BGE 142 IV 34 E. 4.3.2 S. 38). Der Bundesrat schliesslich geht in der Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz davon aus, dass die dort vorgesehenen Massnahmen, wozu

auch das Orten des Standorts von Personen oder Sachen durch GPS-Geräte gehört, "stark in die Grundrechte eingreifen" (Botschaft vom 19. Februar 2014 zum Nachrichtendienstgesetz [nachfolgend: Botschaft NDG], BBl 2014 2105 ff., 2169). Auch der EGMR hat die Überwachung durch ein an einem Fahrzeug befestigtes GPS-Gerät mehrmals als einen Eingriff in die Privatsphäre gemäss Art. 8 EMRK bezeichnet; er äusserte sich jedoch nicht abschliessend zu dessen Schweregrad (Urteile Uzun gegen Deutschland vom 2. September 2010, § 52, und Ben Faiza gegen Frankreich vom 8. Februar 2018, § 55). Insgesamt ergibt sich, dass bei der (Echtzeit)Überwachung durch ein an einem Fahrzeug befestigtes GPS-Gerät von einem nicht leichten Eingriff in die Privatsphäre auszugehen ist.

## **E. 16**

Das Recht auf Privatsphäre kann gestützt auf und nach den Kriterien von Art. 36 BV bzw. Art. 8 Ziff. 2 EMRK eingeschränkt werden. Einschränkungen bedürfen demnach einer gesetzlichen Grundlage, müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein und sich als verhältnismässig erweisen. Das Legalitätsprinzip gemäss Art. 36 Abs. 1 BV verlangt eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtssätze ( BGE 144 I 126 E. 6.1 S. 137 f.). Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen. Er hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab ( BGE 144 I 126 E. 6.1 S. 138; BGE 143 I 253 E. 6.1 S. 264; BGE 140 I 381 E. 4.4 S. 386). Im Polizeirecht stösst das Bestimmtheitserfordernis aufgrund des Regelungsbereichs auf besondere Schwierigkeiten. Die Aufgaben der Polizei und die Begriffe der öffentlichen Sicherheit und BGE 147 I 103 S. 130 Ordnung lassen sich kaum abstrakt umschreiben. Die Polizeitätigkeit richtet sich gegen nicht im Einzelnen bestimmbar Gefährdungsarten und Gefährdungsformen in vielgestaltigen und wandelbaren Verhältnissen und ist demnach situativ den konkreten Umständen anzupassen ( BGE 140 I 381 E. 4.4 S. 386 mit Hinweisen). In gewissem Ausmass kann jedoch die Unbestimmtheit von Normen durch verfahrensrechtliche Garantien kompensiert werden, und es kommt dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit besondere Bedeutung zu ( BGE 136 I 87 E. 3.1 S. 90 f.).

## **E. 17**

Nach Ansicht der Beschwerdeführenden ist Art. 118 Abs. 2 PolG/BE in verschiedener Hinsicht nicht genügend bestimmt. Sie machen sinngemäss geltend, der Einsatz technischer Überwachungsgeräte zur Feststellung des Standorts müsse den gleich strengen Anforderungen genügen wie diejenigen, die bei der GPS-Überwachung gemäss StPO zur Anwendung kommen (Art. 281 Abs. 4 i.V.m. Art. 269-279 StPO ). Insbesondere dürfe eine Überwachung durch ein an einem Fahrzeug befestigtes GPS-Gerät nur bei besonders schweren Straftaten zum Einsatz kommen und müsse vorgängig gerichtlich genehmigt werden, um dem Legalitätsprinzip bzw. dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu genügen.

### **E. 17.1**

Gemäss Art. 280 lit. c StPO kann die Staatsanwaltschaft technische Überwachungsgeräte einsetzen, um den Standort von Personen oder Sachen festzustellen. Das Anbringen eines GPS-Geräts am Fahrzeug einer verdächtigen Person ist der Hauptanwendungsfall dieser Bestimmung ( BGE 144 IV 370 E. 2.1 S. 372 mit Hinweisen auf die Literatur). In BGE 144 IV 370 hat das Bundesgericht die Frage beantwortet, ob für die Überwachung durch ein GPS-Gerät die strengen Voraussetzungen von Art. 269 ff. StPO erfüllt sein müssen. Es hat

diese Frage bejaht, insbesondere weil der Eingriff in die Privatsphäre durch eine GPS-Überwachung nicht zu unterschätzen sei (E. 2.3 S. 376; Bestätigung des Urteils 1B\_252/2017 vom 21. Februar 2018 E. 7.2; vgl. oben E. 15.2). Diese Massnahme fällt demnach nur in Betracht, wenn ein dringender Verdacht besteht, dass eine in Art. 269 Abs. 2 StPO genannte Straftat begangen worden ist, die Schwere der Straftat die Überwachung rechtfertigt und die bisherigen Untersuchungshandlungen erfolglos geblieben sind oder die Ermittlungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden ( Art. 269 Abs. 1 StPO ). Sie muss ausserdem vorgängig durch das Zwangsmassnahmengericht BGE 147 I 103 S. 131 genehmigt werden ( Art. 272 Abs. 1 StPO ). Schliesslich darf die nachträgliche Mitteilung lediglich mit Zustimmung des Zwangsmassnahmengerichts aufgeschoben oder unterlassen werden, und dies nur unter den Voraussetzungen von Art. 279 Abs. 2 lit. a und b StPO .

### **E. 17.2**

Art. 118 Abs. 2 PolG/BE ist fast wortgleich wie Art. 280 lit. c StPO formuliert. So kann die Kantonspolizei technische Überwachungsgeräte einsetzen, um den Standort von Personen oder Sachen festzustellen. Gemäss Vortrag sind "beispielsweise" GPS-Geräte gemeint, mit denen Standorte eruiert werden können (Vortrag, a.a.O., S. 56). Im Vortrag wird weiter ausgeführt, dass der Einsatz technischer Überwachungsgeräte keine Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs erlaube; Absatz 2 beschränke sich demnach auf technische Überwachungsgeräte, welche die Kantonspolizei vorgängig am Zielfahrzeug montieren müsse (Vortrag, a.a.O., S. 56). Der Regierungsrat schliesst zwar den Einsatz von IMSI-Catchern und sog. GovWare aus; er nennt jedoch ausser dem GPS-Gerät keine anderen möglichen Überwachungsgeräte, die unter Absatz 2 fallen könnten. Die GPS-Überwachung gemäss Art. 118 Abs. 2 PolG/BE darf zur Erkennung und Verhinderung jeglicher Verbrechen oder Vergehen angeordnet werden; eine besondere Schwere der Tat ist somit nicht vorausgesetzt. Es müssen lediglich "ernsthafte Anzeichen dafür bestehen, dass Verbrechen oder Vergehen vor der Ausführung stehen" (Art. 118 Abs. 1 lit. a PolG/BE). Die GPS-Überwachung ist ausserdem subsidiär zu anderen Massnahmen der Informationsbeschaffung (Art. 118 Abs. 1 lit. b PolG/BE). Weiter bedarf die Massnahme keiner vorgängigen richterlichen Genehmigung; hat die Observation jedoch einen Monat gedauert, bedarf ihre Fortsetzung einer Genehmigung durch das kantonale Zwangsmassnahmengericht (Art. 119 PolG/BE). Schliesslich müssen die beobachteten Personen nachträglich über die Observation informiert werden (Art. 120 Abs. 1 i.V.m. Art. 283 StPO ). Die Mitteilung darf hier im Gegensatz zu Art. 279 Abs. 2 StPO (der Kraft des Verweises von Art. 281 Abs. 4 StPO für die strafprozessuale Überwachung mit technischen Geräten gilt) auch ohne Zustimmung des Zwangsmassnahmengerichts unter den Voraussetzungen von Art. 283 Abs. 2 lit. a und b StPO aufgeschoben oder unterlassen werden.

### **E. 17.3**

Aus der Gegenüberstellung ergibt sich, dass die polizeiliche präventive GPS-Überwachung gemäss PolG/BE deutlich weniger strengen Voraussetzungen unterliegt als jene im Rahmen einer BGE 147 I 103 S. 132 Untersuchung der Staatsanwaltschaft gemäss StPO. Es gilt somit die Frage zu beantworten, ob diese genügen, um den Grundrechtseingriff zu rechtfertigen, oder ob Art. 118 Abs. 2 PolG/BE das Recht auf Privatsphäre verletzt. Im Gegensatz zur Vereinbarkeit der präventiven Observation mit Bild- und Tonaufnahmen mit dem Recht auf Privatsphäre (vgl. BGE 140 I 381 E. 4.4.1) hat das Bundesgericht entgegen

der Ansicht des Regierungsrats diese Frage noch nicht beantwortet.

#### **E. 17.4**

Analog zum Berner Polizeigesetz regelt das Nachrichtendienstgesetz die präventive Tätigkeit zur Erkennung und Verhinderung von Straftaten, jedoch auf Stufe des Bundes und ausgeführt durch den Nachrichtendienst (vgl. insbesondere Art. 6 des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst [Nachrichtendienstgesetz, NDG; SR 121]). Für die Beurteilung der oben gestellten Frage rechtfertigt es sich daher zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) den Einsatz von Ortungsgeräten zur Feststellung des Standorts von Personen oder Sachen anordnen kann. Gemäss Art. 26 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 27 Abs. 1 NDG ist der Einsatz von GPS-Geräten genehmigungspflichtig und kann nur angeordnet werden, wenn eine konkrete Bedrohung im Sinne von Artikel 19 Absatz 2 Buchstaben a-d gegeben ist oder die Wahrung weiterer wichtiger Landesinteressen nach Artikel 3 dies erfordert, die Schwere der Bedrohung die Massnahme rechtfertigt und die nachrichtendienstlichen Abklärungen bisher erfolglos waren, sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden ( Art. 27 Abs. 1 NDG ). Die Massnahme bedarf sodann der Genehmigung des Bundesverwaltungsgerichts sowie der Freigabe durch die Vorsteherin oder den Vorsteher des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS). Gemäss Bundesrat bewirkt dieses zweistufige Verfahren, dass der Einsatz von den vom NDG vorgesehenen Beschaffungsmassnahmen, wozu auch die GPS-Überwachung zählt, nicht nur nach rechtlichen, sondern auch nach politischen Gesichtspunkten beurteilt wird (Botschaft NDG, BBl 2014 2165 f.). Schliesslich ist der NDB verpflichtet, nachträglich die überwachte Person über die Massnahmen zu informieren; ein Aufschub oder ein Verzicht der Mitteilung ist nur nach Durchlaufen des zweistufigen Genehmigungsverfahrens möglich ( Art. 33 NDG ). BGE 147 I 103 S. 133 Die präventive Überwachung mittels GPS-Gerät unterliegt somit auf Bundesebene gleich strengen, wenn nicht gar strengeren Voraussetzungen als die GPS-Überwachung im Rahmen einer Strafuntersuchung. Der Bundesrat hat die Schwere des Grundrechtseingriffs durch eine GPS-Überwachung in seiner Botschaft ausdrücklich thematisiert, erachtete den Grundrechtseingriff jedoch als gerechtfertigt aufgrund der verfahrensrechtlichen Garantien, insbesondere des zweistufigen Genehmigungsverfahrens. Der Vergleich mit dem NDG stellt ein gewichtiges Indiz dafür dar, dass die weniger strengen Voraussetzungen des PolG/BE den Grundrechtseingriff nicht zu rechtfertigen vermögen.

#### **E. 17.5.1**

Das Bundesgericht hat in Bezug auf die Telefonüberwachung wie auch in Bezug auf die Überwachung des Fernmeldeverkehrs über das Internet ausdrücklich festgehalten, dass eine erhebliche Gefahr von Missbräuchen besteht ( BGE 109 Ia 273 E. 9c S. 295; BGE 140 I 353 E. 8.7.2.4 S. 377). Da diese bei der präventiven Überwachung noch weit mehr als bei der repressiven Überwachung schädliche Folgen für die freiheitliche, demokratische Ordnung haben könnten, müssen angemessene und wirksame Garantien gegen Missbräuche vorhanden sein ( BGE 109 Ia 273 E. 9c S. 295; vgl. auch BGE 140 I 353 E. 8.7.2.3 S. 376). Auch der EGMR hat wiederholt festgehalten, dass verdeckte Überwachungsmassnahmen aufgrund der fehlenden Kontrolle durch die Öffentlichkeit und der Missbrauchsgefahr nur mit dem Legalitätsprinzip vereinbar sind, sofern das Gesetz adäquate und hinreichende Garantien gegen willkürliche Eingriffe in die Privatsphäre vorsieht( Ben Faiza gegen Frankreich , § 59; Uzun gegen Deutschland , § 63 mit Hinweisen).

### **E. 17.5.2**

Im Gegensatz zur GPS-Überwachung nach StPO handelt es sich bei jener nach PolG/BE um eine präventive Überwachungsmaßnahme; sie wird zur Erkennung und Verhinderung von Verbrechen oder Vergehen eingesetzt. Es besteht also kein konkreter, geschweige denn ein dringender Verdacht, dass eine Straftat begangen worden ist, sondern es bestehen lediglich "ernsthafte Anzeichen" dafür, dass Verbrechen oder Vergehen vor der Ausführung stehen. Angesichts der - sachlich unvermeidlichen - Unbestimmtheit dieses Tatbestandselements ist die Missbrauchsgefahr bei der GPS-Überwachung nach PolG/BE somit besonders hoch. Trotz BGE 147 I 103 S. 134 dieser Gefahr könnte die Kantonspolizei - mangels gegenteiliger Ausführung im Gesetz unter Umständen auch ein einzelner Polizist oder eine einzelne Polizistin - die Massnahme ohne vorgängige richterliche Genehmigung anordnen und bis zu einem Monat weiterführen, ohne dass während dieser Zeit die Möglichkeit bestünde, die rechtmässige Anwendung der Massnahme zu überprüfen. Zudem könnte die Kantonspolizei die nachträgliche Mitteilung an die beobachtete Person auch ohne richterliche Zustimmung aufschieben oder gar unterlassen; dies hätte zur Folge, dass eine Person bis zu einem Monat per GPS überwacht werden könnte, ohne dass die Massnahme jemals - weder vorgängig noch nachträglich - richterlich überprüft werden kann. Ausserdem könnten bereits einzelne Missbräuche dieser Überwachungsmöglichkeit unter Umständen zu einer generellen Misstrauensstimmung führen und hätten somit schädliche Folgen für die freiheitliche, demokratische Ordnung (vgl. BGE 109 Ia 273 E. 9c S. 295). Vor diesem Hintergrund vermögen die beschränkten im PolG/BE enthaltenen Garantien den Grundrechtseingriff durch die GPS-Überwachung nicht zu rechtfertigen. Vielmehr müsste das PolG/BE mindestens dieselben verfahrensrechtlichen Garantien vorsehen, die bei der GPS-Überwachung gemäss StPO zur Anwendung kommen, d.h. die Massnahme müsste vorgängig richterlich genehmigt werden, nur bei schweren Straftaten angeordnet werden können und die Mitteilung an die beobachtete Person sollte nur mit richterlicher Zustimmung aufgeschoben oder unterlassen werden können. Art. 118 Abs. 2 PolG/BE verletzt das verfassungsrechtlich garantierte Recht auf Privatsphäre.

### **E. 17.5.3**

Diese Schlussfolgerung drängt sich auch vor dem Hintergrund auf, dass sich die verwaltungsrechtliche Polizeitätigkeit oft nur schwer vom strafprozessualen, im Dienste der Strafverfolgung stehenden Aufgabenbereich unterscheiden lässt. Die beiden Bereiche können sich überschneiden und fließend ineinander übergehen. Dies legt es nahe, für beide Seiten der polizeilichen Tätigkeit einen aufeinander abgestimmten harmonisierten Rechtsschutz vorzusehen ( BGE 136 I 87 E. 3.4 S. 94). Dies ist jedoch vorliegend nicht möglich, zumal gemäss PolG/BE ein GPS-Gerät für das Erkennen jeglicher Vergehen und Verbrechen eingesetzt werden kann, dies jedoch nicht mehr zulässig ist, sobald sich der Verdacht erhärtet, die Straftat jedoch nicht unter den Deliktskatalog gemäss Art. 269 Abs. 2 StPO fällt. Die Polizei müsste in diesem Fall das GPS-Gerät vom Fahrzeug entfernen und die Ermittlungen ohne dieses BGE 147 I 103 S. 135 weiterführen. Der Rechtsschutz von Art. 118 Abs. 2 PolG/BE ist somit ungenügend abgestimmt auf denjenigen der StPO und begründet eine nicht gerechtfertigte Wertungsinkongruenz gegenüber der bundesrechtlichen Regelung.

### **E. 17.6**

Es gilt noch zu prüfen, ob Art. 118 Abs. 2 PolG/BE normerhaltend ausgelegt werden kann, insbesondere auf andere, weniger schwerwiegende Eingriffe beschränkt werden kann. Die

Überwachung durch ein GPS-Gerät stellt den Hauptanwendungsfall des Art. 280 lit. c StPO dar ( BGE 144 IV 370 E. 2.1 S. 372 mit Hinweisen). Wie bereits erwähnt, ist Art. 118 Abs. 2 PolG/BE weitgehend identisch mit der StPO-Norm. Es kann also davon ausgegangen werden, dass auch in Bezug auf Art. 118 Abs. 2 PolG/BE die Überwachung durch ein GPS-Gerät der Hauptanwendungsfall sein wird. In seinem Vortrag thematisiert der Regierungsrat denn auch keine anderen technischen Überwachungsmittel. Da einfache Bild- oder Tonaufnahmen ohnehin erlaubt sind, ist davon auszugehen, dass andere technische Überwachungsmittel, die unter Umständen unter Art. 118 Abs. 2 PolG/BE subsumiert werden können, in jedem Fall einen mindestens so schweren Eingriff in die Grundrechte darstellen wie die Überwachung per GPS. Auch der Einsatz dieser zukünftig entwickelten Überwachungsgeräte müsste somit den strengeren Voraussetzungen folgen. Vor diesem Hintergrund ist eine normerhaltende Auslegung der kantonalen Bestimmung nicht möglich. Art. 118 Abs. 2 PolG/BE ist somit aufzuheben.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.