

BGer 1C_39/2021 vom 29. November 2022

Bundesgericht, 2022-11-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_39_2021

FR: TF 1C_39/2021 du 29 novembre 2022

IT: TF 1C_39/2021 del 29 novembre 2022

Erwägungen

E. 1.1

Angefochten ist ein kantonaler Erlass; dagegen steht unmittelbar die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen (Art. 82 lit. b BGG), wenn der Kanton - wie vorliegend - kein Verfahren der abstrakten Normenkontrolle gegenüber kantonalen Gesetzen kennt (Art. 87 Abs. 1 BGG ; vgl. auch § 29 und 66 e contrario des kantonalen Gesetzes vom 15. November 1970 über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen [Verwaltungsrechtspflegegesetz; VRPG/SO; BGS 124.11]).

E. 1.2

Nach der Rechtsprechung zu Art. 89 Abs. 1 lit. a und b BGG ist zur Beschwerde gegen einen kantonalen Erlass legitimiert, wer durch die angefochtenen Bestimmungen zumindest virtuell betroffen ist, d.h. mit einer minimalen Wahrscheinlichkeit früher oder später einmal unmittelbar in seinen rechtlichen oder tatsächlichen Interessen betroffen sein könnte (BGE 147 I 308 E. 2.2 mit Hinweis).

Als Einwohnerinnen bzw. Einwohner des Kantons Solothurn sind die Beschwerdeführenden 1-8 von den angefochtenen Änderungen des Kantonspolizeigesetzes zumindest virtuell betroffen (vgl. Urteile 1C_181/2019 vom 29. April 2020, E. 1.2.3, nicht publiziert in: BGE 147 I 103 ; 1C_518/2013 vom 1. Oktober 2014, E. 1.2, nicht publiziert in: BGE 140 I 381). Ihre Beschwerdelegitimation ist grundsätzlich zu bejahen.

Die Beschwerdeführenden 9 und 10 arbeiten im Kanton Solothurn, sind jedoch in einem anderen Kanton wohnhaft. Durch ihren Arbeitsort könnten auch sie durch die angefochtenen Änderungen des Kantonspolizeigesetzes a priori mit einer minimalen Wahrscheinlichkeit früher oder später einmal unmittelbar in ihren rechtlichen oder tatsächlichen Interessen betroffen sein. Da die Beschwerdelegitimation für die Beschwerdeführenden 1-8 bereits bejaht wurde, kann diese Frage jedoch offen bleiben.

E. 1.3

Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen vorliegen, ist auf die Beschwerde grundsätzlich einzutreten.

E. 2.1

Steht die Vereinbarkeit eines kantonalen Erlasses mit übergeordnetem Recht in Frage, so ist im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle massgebend, ob der betreffenden Norm nach anerkannten Auslegungsregeln ein Sinn beigemessen werden kann, der sie mit den angerufenen übergeordneten Normen vereinbar erscheinen lässt. Das Bundesgericht hebt eine kantonale Norm nur auf, wenn sie sich jeder Auslegung entzieht, die mit dem übergeordneten Recht vereinbar ist, nicht jedoch, wenn sie einer solchen in vertretbarer Weise zugänglich ist. Es ist grundsätzlich vom Wortlaut der Gesetzesbestimmung

auszugehen und deren Sinn nach den anerkannten Auslegungsmethoden zu bestimmen. Eine mit übergeordnetem Recht konforme Auslegung ist namentlich zulässig, wenn der Normtext lückenhaft, zweideutig oder unklar ist. Der klare und eindeutige Wortsinn darf indes nicht durch eine mit übergeordnetem Recht konforme Interpretation beiseite geschoben werden. Für die Beurteilung, ob eine kantonale Norm aufgrund materieller Prüfung aufzuheben oder mit übergeordnetem Recht konform auszulegen sei, ist im Einzelnen auf die Tragweite des Grundrechtseingriffs, die Möglichkeit eines hinreichenden Schutzes bei einer späteren Normenkontrolle, die konkreten Umstände der Anwendung und die Auswirkungen auf die Rechtssicherheit abzustellen. Der blosser Umstand, dass die angefochtene Norm in einzelnen Fällen gegen übergeordnetes Recht verstossen könnte, führt für sich allein noch nicht zu deren Aufhebung (BGE 144 I 306 E. 2 ; 143 I 426 E. 2 ; 143 I 1 E. 2.3 ; 140 I 2 E. 4; je mit Hinweisen).

E. 2.2

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht, von Völkerrecht und von kantonalen verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 95 lit. a-c BGG). Die Verletzung von Grundrechten prüft das Bundesgericht nur insoweit, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und genügend begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG). Für derartige Rügen gelten qualifizierte Begründungsanforderungen (BGE 133 II 249 E. 1.4.2 mit Hinweisen). Das Bundesgericht prüft nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen. Diese Anforderungen gelten auch im Beschwerdeverfahren gegen einen kantonalen Erlass (BGE 143 I 1 E. 1.4).

E. 2.3

Das Bundesgericht urteilt vorliegend als erste und einzige gerichtliche Instanz (Art. 87 Abs. 1 BGG), da das Verfahrensrecht des Kantons Solothurn keine abstrakte Normenkontrolle gegenüber kantonalen Gesetzen erlaubt (vgl. oben E. 1.1). Ein von einer zulässigen Vorinstanz (Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 BGG) festgestellter Sachverhalt, der für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlich wäre (Art. 105 Abs. 1 BGG), fehlt daher. Soweit nötig hat das Bundesgericht den Sachverhalt somit eigenständig zu erheben (Urteil 2C_519/2016 vom 4. September 2017 E. 1.5.5). Es kann sich dabei auf die behördlichen Erklärungen stützen (BGE 138 I 331 E. 8.4.2; vgl. auch Urteil 2C_735/2017 vom 6. Februar 2018 E. 2), insbesondere jene zur künftigen Anwendung einer Vorschrift, auf notorische Tatsachen und auf die Beweismittel, welche die beschwerdeführenden Personen einreichen (Urteil 2C_519/2016 vom 4. September 2017 E. 1.5.5). Es unterzieht dies alles der freien Beweiswürdigung (Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP; SR 273] i.V.m. Art. 55 Abs. 1 BGG ; BGE 143 I 137 E. 2.3). Art. 99 Abs. 1 BGG (Novenverbot) findet keine Anwendung (vgl. JOHANNA DORMANN, Basler Kommentar zum BGG, 3. Aufl., 2018, N. 49 zu Art. 99 BGG).

E. 3

Die Beschwerdeführenden beantragen die Aufhebung von insgesamt fünf Bestimmungen des KapoG/SO.

E. 3.1

Drei dieser Bestimmungen sind neu: § 36septies zur verdeckten Fahndung, § 36octies zur automatisierten Fahrzeugfahndung und § 39ter betreffend Flugverbot für unbemannte Luftfahrzeuge bis 30 kg Gewicht. Sie können daher (soweit angefochten) im Verfahren der

abstrakten Normenkontrolle vollständig überprüft werden.

E. 3.2

Dagegen wurden die Bestimmungen zur Observation (§ 36ter KapoG/SO) und zur verdeckten Vorermittlung (§ 36quinquies KapoG/SO) nur teilweise geändert (lit. b von § 36ter Abs. 1; Einleitungssatz und lit. a von § 36quinquies Abs. 1 KapoG/SO).

Richtet sich die abstrakte Normenkontrolle gegen eine Teilrevision eines Erlasses, können grundsätzlich nur die damit geänderten oder neu aufgenommenen Bestimmungen angefochten werden. Bestimmungen, die nicht verändert wurden, können nur überprüft werden, sofern ihnen im Rahmen der Teilrevision des Erlasses eine gegenüber ihrem ursprünglichen Gehalt veränderte Bedeutung zukommt bzw. sie durch die Gesetzesrevision in einem neuen Licht erscheinen und den Beschwerdeführenden dadurch Nachteile entstehen (BGE 142 I 99 , E. 1.4 mit Hinweisen). Der Rechtsschutz gegen die unveränderten Bestimmungen bleibt dennoch gewährleistet, können diese doch im Anwendungsfall vorfrageweise auf ihre Verfassungs- und Konventionskonformität überprüft werden (konkrete Normenkontrolle).

E. 3.2.1

Gemäss der Publikation im kantonalen Amtsblatt wurde § 36ter Abs. 1 KapoG/SO (Observation) lediglich in lit. b geändert:

§ 36

ter

Abs. 1

1 Die Kantonspolizei kann Personen oder Sachen an allgemein zugänglichen Orten verdeckt sowie mit technischen Geräten beobachten und dabei insbesondere Bild- und Tonaufzeichnungen machen, wenn

b)

(geändert) mildere Massnahmen aussichtslos wären oder die Erkennung und Verhinderung der Straftat unverhältnismässig erschweren würden.

Neu wird in lit. b neben der Verhinderung einer Straftat auch deren Erkennung als Ziel der Massnahmen genannt. Entgegen der Auffassung des Kantons handelt es sich dabei um eine inhaltliche Änderung der Norm, die - unabhängig von ihrer Tragweite - der gerichtlichen Überprüfung zugänglich ist. § 36ter Abs. 1 lit. b KapoG/SO ist somit ein zulässiges Anfechtungsobjekt.

Dagegen ist nicht ersichtlich, inwiefern der unveränderte Einleitungssatz von § 36ter Abs. 1 KapoG/SO und insbesondere der darin schon bisher zugelassene Einsatz von "technischen Geräten" durch diese Modifikation eine andere Bedeutung erhalten hätte; diese Frage wurde auch im Gesetzgebungsverfahren nicht nochmals zur Diskussion gestellt (vgl. Botschaft des Solothurner Regierungsrats vom 27. Januar 2020 zur Änderung des KapoG/SO [RRB Nr. 2020/133], nachfolgend: Botschaft, S. 23 oben und Protokoll des Kantonsrats, Sitzung vom 6. Mai 2020, S. 217 oben; insofern anders als in den Fällen BGE 135 I 28 E. 3.1.2 und Urteil 1P.494/2001 vom 14. August 2002 E. 1.4, nicht publ. in: BGE 128 I 254). Der Einleitungssatz von § 36ter KapoG/SO ist daher nicht Streitgegenstand. Gleiches gilt für die übrigen, unveränderten Absätze dieser Bestimmung. Diese können und müssen nur

berücksichtigt werden, sofern dies zur Beurteilung von Tragweite und Zulässigkeit der Änderung (Observation auch zwecks Erkennung von Straftaten) erforderlich ist (vgl. unten E. 5.3).

E. 3.2.2

Analoges gilt für § 36quinquies Abs. 1 KapoG/SO. Im Amtsblatt wurden nur der Einleitungssatz und lit. a von Abs. 1 als geänderte Bestimmungen publiziert:

§ 36

quinquies

Abs. 1

(geändert)

1 Die Kantonspolizei kann zur Erkennung und Verhinderung von Verbrechen und Vergehen eine verdeckte Vorermittlung durchführen, wenn

a)

(geändert) aufgrund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass eine strafbare Handlung nach Artikel 286 Absatz 2 StPO oder Artikel 260 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 vor der Ausführung steht und

Im Einleitungssatz entfällt die bisherige räumliche Beschränkung der verdeckten Vorermittlung auf allgemein zugängliche Orte sowie virtuelle Begegnungsräume im Internet, die einem grösseren Benutzerkreis offen stehen; in lit. a wird der sachliche Anwendungsbereich der Massnahme neu formuliert (vgl. unten, E. 7). Beide Änderungen unterliegen damit der abstrakten Normenkontrolle. Zwar ist die Änderung von lit. a geringfügig und hat, für sich allein genommen, möglicherweise keine inhaltliche Änderung zur Folge. Zusammen mit dem revidierten Einleitungssatz von Abs. 1 gelesen, wird die verdeckte Vorermittlung aber in einem weiteren Umfang zugelassen als bisher, z.B. in privaten Räumen oder geschlossenen virtuellen Begegnungsräumen. Damit kommt lit. a eine gegenüber ihrem ursprünglichen Gehalt veränderte Bedeutung zu. Die Beschwerdeführenden sind daher befugt, die Vereinbarkeit dieser Bestimmung mit dem übergeordneten Recht prüfen zu lassen.

Die übrigen Teile von § 36quinquies Abs. 1 KapoG/SO wurden nicht geändert; die Beschwerdeführenden legen auch nicht dar, inwiefern diesen aufgrund der Teilrevision eine gegenüber ihrem ursprünglichen Gehalt veränderte Bedeutung zukommt. Diese sind nur insoweit zu berücksichtigen, als dies zur Beurteilung der Verfassungsmässigkeit des infolge der Änderung erweiterten Grundrechtseingriffs notwendig ist (vgl. unten E. 7.3.7).

E. 4

Im Folgenden sind zunächst die Rügen betreffend die verdeckten Vorermittlungsmassnahmen des KapoG/SO (Observation, verdeckte Fahndung, verdeckte Vorermittlung) zu behandeln (E. 5-7), um anschliessend auf die neuen Bestimmungen zur automatisierten Fahrzeugfahndung (E. 8) und zum Flugverbot für unbemannte Luftfahrzeuge bis 30 kg Gewicht (E. 9) einzugehen. Vorab sind einige einleitende Bemerkungen zur Abgrenzung des Polizeirechts und des Strafprozessrechts (E. 4.1), zu den verschiedenen verdeckten Vorermittlungstätigkeiten (E. 4.2) sowie zu den dadurch berührten Grundrechten und den Voraussetzungen ihrer Einschränkung anzubringen (E.

4.3).

E. 4.1

Der Bund ist aufgrund von Art. 123 Abs. 1 BV zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafprozessrechts befugt. In Ausübung dieser Kompetenz hat er die schweizerische Strafprozessordnung (StPO) erlassen. Diese enthält im 5. Titel ("Zwangsmassnahmen") verschiedene Massnahmen der Strafbehörden, die in Grundrechte der Betroffenen eingreifen und u.a. dazu dienen, Beweise zu sichern (Art. 196 lit. a StPO). Dazu gehören u.a. die im 8. Kapitel geregelten geheimen Überwachungsmassnahmen, darunter die Observation (Art. 282 f. StPO), die verdeckte Ermittlung (Art. 285a ff. StPO) und die verdeckte Fahndung (Art. 298a ff. StPO). Wie für alle in der StPO vorgesehenen Zwangsmassnahmen wird für die Ergreifung dieser Ermittlungsmassnahmen ein hinreichender Tatverdacht vorausgesetzt (Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO).

Nicht in der StPO geregelt sind verdeckte Massnahmen zur Erkennung und Verhinderung von Straftaten, bevor solche begangen worden sind. Diese präventive polizeiliche Tätigkeit ist Sache der Kantone (BGE 140 I 353 E. 5.5 und 5.6; Urteil 1C_518/2013 vom 1. Oktober 2014, in BGE 140 I 381 nicht publizierte E. 3.3 und 3.4). Diese verfügen auf ihrem Hoheitsgebiet über die originäre Kompetenz zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (sicherheits- oder verwaltungspolizeiliche Aufgaben).

E. 4.1.1

Da die kantonale Polizei auch im Dienst der Strafverfolgung tätig ist, weist das kantonale Polizeirecht in verschiedener Hinsicht Bezüge zum Straf- und Strafprozessrecht auf. Die sicherheits- bzw. verwaltungsrechtliche Polizeitätigkeit und der strafprozessuale bzw. gerichtspolizeiliche Aufgabenbereich der Polizei können sich überschneiden oder fliessend ineinander übergehen, etwa wenn die Polizei im Rahmen ihrer präventiven Kontrolltätigkeit eine strafbare Handlung feststellt und Massnahmen mit Blick auf die Strafverfolgung gemäss Art. 306 StPO vorkehrt, insbesondere die Spuren und Beweise sicherstellt (Abs. 2 lit. a). Das Bundesgericht hat kürzlich präzisiert, dass die Polizei diesfalls kriminal- bzw. gerichtspolizeiliche Aufgaben wahrnimmt und insofern an die strafprozessualen Regeln, namentlich an die Beweisverbotsregelungen der StPO, gebunden ist, auch wenn die Beweismittel im Rahmen der präventivpolizeilichen Tätigkeit erhoben worden sind (BGE 146 I 11 E. 4.1 mit Hinweisen).

E. 4.1.2

In der Botschaft zum KapoG/SO (Ziff. 2.1.4.1 und 2.1.4.2 S. 7 f.) wird dazu ausgeführt, die sicherheitspolizeiliche Aufgabe der Polizei sei auf die Zukunft ausgerichtet (Erkennung und Verhütung von Straftaten), während der Fokus bei der gerichtspolizeilichen oder repressiven Aufgabe auf der Vergangenheit liege (eine begangene Straftat sei möglichst aufzuklären). Sobald von einer Straftat auszugehen sei, bestehe der Zweck der polizeilichen Tätigkeit in der Aufklärung der Straftat; zur Anwendung komme einzig die StPO, die für jegliche Massnahme einen Tatverdacht voraussetze. Die Vorlage beziehe sich nicht auf diese gerichtspolizeiliche Aufgabe, sondern ausschliesslich auf den sicherheitspolizeilichen Aufgabenbereich der Polizei. Anknüpfungspunkt könne daher kein Verdacht einer Straftat sein, sondern die Wahrscheinlichkeit des Gefahreneintritts bzw. konkrete Anhaltspunkte, dass eine bestimmte Straftat vor der Ausführung stehe.

E. 4.2

Das Solothurner Polizeirecht sieht drei Arten von präventiven verdeckten Vorermittlungstätigkeiten vor: die Observation (als am wenigsten invasive Massnahme), die verdeckte Fahndung und die verdeckte Vorermittlung als schwersten Grundrechtseingriff (vgl. Botschaft, Ziff. 2.1.4.3.2 S. 9). Voraussetzung ist stets, dass aufgrund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass ein Verbrechen oder Vergehen (bzw. eine Katalogstraftat bei der verdeckten Vorermittlung) vor der Ausführung steht, und dass mildere Massnahmen aussichtslos wären oder die Erkennung und Verhinderung der Straftat unverhältnismässig erschweren würden (Botschaft, Ziff. 2.1.4.3.2 lit. d S. 10/11).

E. 4.2.1

Die Observation ist das systematische und über einen gewissen Zeitraum andauernde, gezielte Beobachten von bestimmten Personen oder Sachen an allgemein zugänglichen Orten durch Polizeiorgane in Zivil, ohne dass es zu einer Kontaktaufnahme kommt. Dabei können Bild- und Tonaufzeichnungen gemacht werden (vgl. Botschaft, Ziff. 2.1.4.3.2 lit. a S. 10; BGE 147 I 103 E. 15.2 ; 140 I 381 E. 4.2.1; vgl. per Analogie Art. 282 StPO).

E. 4.2.2

Eine verdeckte Fahndung liegt vor, wenn Polizeiangehörige zur Erkennung und Verhinderung einer Straftat mit mutmasslichen Straftäterinnen und Straftätern in Kontakt treten, ohne dabei ihre Identität und Funktion offenzulegen (vgl. per Analogie Art. 298a StPO ; BGE 140 I 381 E. 4.2.2). Der Kontakt ist lediglich oberflächlich und von kurzer Dauer, indem z.B. das Interesse an einem Treffen oder der Wille zum Abschluss eines Scheingeschäfts vorgetäuscht wird, ohne ein Vertrauensverhältnis aufzubauen (Botschaft, Ziff. 2.1.4.3.2 lit. b S. 10).

E. 4.2.3

Eine verdeckte Vorermittlung liegt schliesslich vor, wenn Angehörige der Polizei zur Verhinderung einer (besonders schweren) Straftat unter Verwendung einer falschen, durch Urkunden untermauerten Identität (Legende) und durch täuschendes Verhalten regelmässige und intensive Kontakte zu Personen knüpfen, um ein Vertrauensverhältnis aufzubauen und in ein kriminelles Umfeld einzudringen (vgl. Botschaft, Ziff. 2.1.4.3.2 lit. c S. 10; BGE 140 I 381 E. 4.2.3; Art. 285a StPO per Analogie). Diese Massnahme ist auf eine längere Dauer (meist mehrere Monate) ausgerichtet und stellt einen schweren Grundrechtseingriff dar (Botschaft, a.a.O.).

E. 4.3

Verdeckte (Vor-) Ermittlungsmassnahmen stellen regelmässig einen Eingriff in das in Art. 13 Abs. 1 BV sowie Art. 8 Ziff. 1 EMRK verankerte Recht auf Privatsphäre dar, zu dem auch der Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten gemäss Art. 13 Abs. 2 BV gehört (BGE 147 I 103 E. 15.1 ; 140 I 381 E. 4.3). Dieser garantiert, dass jede Person gegenüber fremder, staatlicher oder privater Bearbeitung von sie betreffenden Informationen, unabhängig von deren Sensibilität, bestimmen können muss, ob und zu welchem Zweck diese Informationen über sie bearbeitet werden (Recht auf informationelle Selbstbestimmung; vgl. BGE 147 I 346 E. 5.3.1 ; 146 I 11 E. 3.1.1; je mit Hinweisen). Der Schutz der Privatsphäre beschränkt sich dabei nicht auf private Räumlichkeiten; erfasst werden auch Lebenssachverhalte mit persönlichem Gehalt, die sich im öffentlichen Raum ereignen (BGE 146 I 11 E. 3.1.1 mit Hinweisen).

Art. 13 Abs. 1 BV stellt eine spezifische Konkretisierung des umfassenderen Rechts auf selbstbestimmte Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 10 Abs. 2 BV dar (vgl. JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., 2008, S. 139).

Geheime Ermittlungs- und Überwachungsmaßnahmen schränken auch das rechtliche Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) und das in Art. 13 EMRK gewährleistete Recht auf wirksame Beschwerde ein (vgl. dazu BGE 147 I 280 E. 7 mit Hinweisen), weil die betroffene Person vor Anordnung der Massnahmen nicht angehört wird und - solange sie von der Überwachung nichts weiss - dagegen auch keine Rechtsmittel ergreifen kann.

E. 4.3.1

Das Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre und auf informationelle Selbstbestimmung kann nach Art. 36 BV bzw. Art. 8 Ziff. 2 EMRK eingeschränkt werden. Einschränkungen bedürfen nach Art. 36 BV einer gesetzlichen Grundlage (Abs. 1), müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein (Abs. 2) und sich als verhältnismässig erweisen (Abs. 3); der Kerngehalt des Grundrechts ist unantastbar (Abs. 4). Gemäss Art. 8 Ziff. 2 EMRK darf in das Recht auf Achtung des Privatlebens nur eingegriffen werden, soweit dies gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

E. 4.3.2

Schwere Eingriffe in Grundrechte müssen in einem formellen Gesetz vorgesehen sein (Art. 36 Abs. 1 BV). Das Legalitätsprinzip verlangt zudem eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtssätze. Diese müssen so präzise formuliert sein, dass die Rechtsunterworfenen ihr Verhalten danach ausrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen können (BGE 147 I 450 E. 3.2.1 ; 146 I 11 E. 3.1.2; je mit Hinweisen; so auch die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 Ziff. 2 EMRK , vgl. z.B. Urteile

Amann gegen Schweiz vom 16. Februar 2000, § 56; Urteil

Zoltan Varga gegen Slowakei vom 22. November 2021, § 151). Je gewichtiger ein Grundrechtseingriff, desto höher sind die Anforderungen an Normstufe und Normdichte. Schwere Grundrechtseingriffe benötigen eine klare und genaue Grundlage im Gesetz selbst (vgl. BGE 147 I 450 E. 3.2.1 mit Hinweisen).

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 147 I 103 E. 16 mit Hinweisen). Im Polizeirecht stösst das Bestimmtheitserfordernis aufgrund des Regelungsbereichs auf besondere Schwierigkeiten. Die Aufgaben der Polizei lassen sich kaum abschliessend 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 147 I 103 E. 16 ; 146 I 11 E. 3.1.2 ; 140 I 381 E. 4.4; je 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 147 I 103 E. 16 mit Hinweis). Wo die Unbestimmtheit von Rechtssätzen zu einem Verlust an Rechtssicherheit führt, muss die Verhältnismässigkeit umso strenger geprüft werden (BGE 147 I 450 E. 3.2.1 in fine).

E. 4.3.3

Geheime Ermittlungs- und Überwachungsmaßnahmen und moderne Technologien der Datenerfassung können zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erforderlich sein, bergen aber auch die Gefahr einer Aushöhlung der Demokratie. Art. 13 Abs. 2 BV und Art. 8 EMRK verlangen daher angemessene und wirkungsvolle rechtliche Schutzvorkehrungen, um Missbrauch und Willkür vorzubeugen (BGE 144 I 126 E. 8.3.1 und 8.3.4 ; 138 I 6 E. 4.3; EGMR-Urteile

Klass und andere gegen Deutschland vom 6. September 1978 §§ 49 f.;

Rotaru gegen Rumänien vom 4. Mai 2000 § 59;

Roman Zakharov gegen Russland vom 4. Dezember 2015, §§ 231 f. mit Hinweisen). Nach ständiger Rechtsprechung des EGMR muss die Regelung nicht nur die Tatbestände (z.B. Straftaten) umfassen, welche Anlass zur Anordnung einer Massnahme geben können, und die Gruppe der potentiell betroffenen Personen näher umschreiben, sondern auch die maximale Dauer der Massnahme festlegen, das Verfahren für die Erhebung, Verwendung und Aufbewahrung der erlangten Daten sowie deren Löschung vorsehen und Vorkehrungen für der Übermittlung von Daten an Dritte treffen (vgl. Urteil

Zakharov gegen Russland , §§ 232 ff. und § 238 mit weiteren Hinweisen; zu den z.T. abweichenden Anforderungen an Massenüberwachungssysteme vgl. unten E. 8.2.2). Im Zusammenhang mit verdeckten Ermittlungs- und Überwachungsmaßnahmen kann auch der Anspruch auf wirksamen Rechtsschutz gemäss Art. 13 EMRK eingeschränkt oder aufgeschoben werden, wenn und solange überwiegende Geheimhaltungsinteressen dies rechtfertigen und das Überwachungssystem insgesamt mit Art. 13 BV und Art. 8 EMRK vereinbar ist (vgl. BGE 147 I 280 E. 7.1 ; 138 I 6 E. 6.2 mit zahlreichen Hinweisen). Dazu ist jeweils eine Gesamtschau vorzunehmen. Zu prüfen ist, ob das Gesetz angemessene und wirksame Garantien gegen Missbrauch vorsieht, unter Berücksichtigung nicht nur der materiellen Garantien (Umfang, Dauer und Art der Überwachungsmaßnahmen, Voraussetzungen ihrer Anordnung, usw.), sondern auch der innerstaatlich zur Verfügung stehenden Kontroll- und Beschwerdemöglichkeiten und ihrer Effizienz (vgl. BGE 147 I 280 E. 7.1 ; 138 I 6 E. 6.2 und 6.3; Urteile

Klass gegen Deutschland , §§ 50 ff.; Urteil

Roman Zakharov § 232). In der Regel müssen Betroffene zumindest nachträglich, nach Wegfall des Geheimhaltungsinteresses, über die Massnahme unterrichtet und muss ihnen eine Beschwerdemöglichkeit eingeräumt werden (BGE 138 I 6 E. 6.2 in fine mit Hinweisen).

E. 5

Die Aufzeichnungen sind sofort auszuwerten und spätestens nach 30 Tagen zu löschen. Vorbehalten bleibt die Verwendung der Daten zu Beweis Zwecken in einem Strafverfahren und die Weitergabe der Daten gemäss § 16ter InfoDG.

Voraussetzungen und Zweck der Observation entsprechen denjenigen von Art. 21A LPol/GE, das in BGE 140 I 381 als ausreichend bestimmt erachtet wurde. Dies gilt insbesondere für die Zielsetzung der "Erkennung und Verhinderung von Straftaten" gemäss dem modifizierten Abs. 1 lit. b. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden führt die neue Formulierung nicht zu einer spürbaren Ausweitung des sachlichen Anwendungsbereichs der Norm, weil kumulativ die Voraussetzung nach Abs. 1 lit. a erfüllt sein muss: Die Observation darf somit nicht im Sinne einer "

fishing expedition " zur Entdeckung irgendwelcher Straftaten angeordnet werden, sondern es bedarf konkreter Anhaltspunkte, dass ein Verbrechen oder Vergehen vor der Ausführung steht. Sofern es um bereits begangene Straftaten geht, findet ausschliesslich die StPO Anwendung (vgl. oben E. 4.1.2).

E. 5.1

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellt die polizeiliche Observation mithilfe von Bild- und Tonaufnahmen einen Eingriff in das in Art. 13 BV und Art. 8 EMRK verankerte Recht auf Privatsphäre dar (BGE 147 I 103 E. 15.2 ; 140 I 381 E. 4.3).

E. 5.1.1

In BGE 136 I 87 (E. 8) hob das Bundesgericht § 32 des Zürcher Polizeigesetzes wegen ungenügender Bestimmtheit auf, der eine Überwachung allgemein zugänglicher Orte mit technischen Geräten jeglicher Art und das Anfertigen von Bild- und Tonaufnahmen allgemein zulies, ohne den Zweck der Überwachung zu bestimmen und ihr Grenzen zu setzen. Das Bundesgericht qualifizierte die Bestimmung als grenzen- und konturlose Blankettnorm, die eine grenzenlose Überwachung des öffentlichen Raums im ganzen Kantonsgebiet aus beliebigen polizeilichen Gründen ermögliche (E. 8.3 S. 115).

Dagegen erachtete es § 106d der damaligen Zürcher StPO, der Bild- und Tonaufnahmen an allgemein zugänglichen Orten im Rahmen der Strafverfolgung zulies, als hinreichend bestimmt: Dieser weise eine klare Zweckausrichtung auf und verlange ernsthafte Gründe zur Annahme, dass Verbrechen oder Vergehen begangen worden sind oder vor der Ausführung stehen; zudem sei im Sinne der Verhältnismässigkeit erforderlich, dass Abklärungen auf andere Weise weniger Erfolg versprechen oder erschwert wären (BGE 136 I 87 E. 8.5).

E. 5.1.2

Auch Art. 21A des Genfer Polizeigesetzes (LPol/GE) zur präventiven Observation beurteilte das Bundesgericht als hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage (BGE 140 I 381 E. 4.4.1) : Die präventive Observation sei nur an öffentlich zugänglichen Orten zugelassen, um die Vorbereitung eines Vergehens oder Verbrechens zu erkennen oder dessen Begehung zu verhindern. Dabei würden zumindest ernsthafte Anhaltspunkte dafür verlangt, dass ein Verbrechen oder Vergehen begangen werden könnte. Ein Deliktskatalog sei nicht erforderlich. Auch Art. 282 StPO knüpfe die Zulässigkeit von Ton- und Bildaufnahmen lediglich an das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte, dass ein Verbrechen oder Vergehen begangen worden sei, ohne Beschränkung auf gewisse Straftatbestände. Es hob die Norm dennoch auf, weil sie keine nachträgliche Mitteilung der Observation an betroffene Personen vorsah.

E. 5.1.3

Anders beurteilte das Bundesgericht in BGE 147 I 103 E. 17 die Bestimmung von Art. 118 Abs. 2 des Berner Polizeigesetzes (PolG/BE), der den Einsatz technischer Überwachungsgeräte (insbes. GPS) zur Feststellung des Standorts von Personen oder Sachen zur Erkennung und Verhinderung jeglicher Verbrechen oder Vergehen zulässig. Die Überwachung durch ein GPS-Gerät sei strafprozessual nur unter den strengen Voraussetzungen von Art. 269 ff. StPO zulässig (Art. 281 Abs. 4 StPO ; vgl. BGE 144 IV 370 E. 2.4), d.h. sie falle nur in Betracht, wenn der dringende Verdacht bestehe, dass eine der in Art. 269 Abs. 2 StPO genannten Straftaten begangen worden sei; zudem müsse sie vorgängig durch das Zwangsmassnahmengericht genehmigt werden (Art. 272 Abs. 1 StPO). Eine polizeiliche, präventive GPS-Überwachung müsse mindestens dieselben Garantien vorsehen (E. 17.5.2 S. 134).

E. 5.2

§ 36ter KapoG/SO trägt die Überschrift "Observation" und lautet wie folgt (die angefochtene Änderung ist unterstrichen) :

1 Die Kantonspolizei kann Personen oder Sachen an allgemein zugänglichen Orten verdeckt sowie mit technischen Geräten beobachten und dabei insbesondere Bild- und Tonaufzeichnungen machen, wenn

a) aufgrund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass ein Verbrechen oder Vergehen vor der Ausführung steht und

b) mildere Massnahmen aussichtslos wären oder die

Erkennung und Verhinderung der Straftat unverhältnismässig erschweren würden.

2 Die Observation ist zudem zur Planung und Vorbereitung des Zugriffs auf eine Person zwecks Anhaltung oder vorläufiger Festnahme zulässig.

3 Hat eine Observation einen Monat gedauert, bedarf ihre Fortsetzung der Genehmigung durch den Haftrichter.

4 Die Kantonspolizei teilt der direkt betroffenen Person spätestens nach Beendigung der Massnahme Grund, Art und Dauer der Observation mit. Artikel 283 Absatz 2 der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) vom 5. Oktober 2007 gilt sinngemäss.

E. 5.3

Es liegt somit kein neuer oder vertiefter Grundrechtseingriff vor, dessen Verfassungsmässigkeit unter Berücksichtigung der übrigen (unveränderten) Bestimmungen von § 36ter KapoG/SO überprüft werden müsste. Auf die Rügen zur Anordnungszuständigkeit und zum Rechtsschutz ist daher in diesem Zusammenhang nicht einzugehen. Gleiches gilt für die Frage, welche "technischen Geräte" zur Observation eingesetzt werden können.

E. 6

Die Beschwerdeführenden machen weiter geltend, § 36septies KapoG/SO betreffend die verdeckte Fahndung verletze die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), das Recht auf Privatsphäre und auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 BV ; Art. 8 EMRK) sowie die Garantie einer wirksamen Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK . Die neu eingefügte Bestimmung lautet:

§ 36septies Verdeckte Fahndung

1 Die Kantonspolizei kann zur Erkennung und Verhinderung von Straftaten eine verdeckte Fahndung im Sinne von Artikel 298a StPO anordnen, wenn

a) aufgrund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass ein Verbrechen oder Vergehen vor der Ausführung steht und

b) mildere Massnahmen aussichtslos wären oder die Erkennung und Verhinderung der Straftat unverhältnismässig erschweren würden.

2 Hat eine verdeckte Fahndung einen Monat gedauert, bedarf ihre Fortsetzung der Genehmigung durch den Haftrichter.

3 Fliessen die im Rahmen einer verdeckten Fahndung gewonnenen Erkenntnisse nicht in ein Strafverfahren ein, sind sie innert 100 Tagen zu löschen beziehungsweise zu vernichten.

4 Die Kantonspolizei teilt der direkt betroffenen Person spätestens nach Beendigung der Massnahme mit, dass gegen sie verdeckt gefahndet worden ist. Die Mitteilung kann aufgeschoben oder unterlassen werden, wenn dies zum Schutz überwiegender öffentlicher oder privater Interessen notwendig ist.

5 Die Artikel 298c und 298d Absätze 1, 3 und 4 StPO gelten sinngemäss.

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung stellt die präventive verdeckte Fahndung einen Eingriff in das Recht auf Privatsphäre dar (BGE 140 I 381 E. 4.3). Dieses kann, wie oben (E. 4.3.2) ausgeführt, gestützt auf und nach den Kriterien von Art. 36 BV eingeschränkt werden.

E. 6.1

Die Beschwerdeführenden rügen zunächst, die gesetzliche Eingriffsschwelle liege äusserst tief, weil der Begriff "Verbrechen oder Vergehen" (Abs. 1 lit. a) sehr weit sei.

Wie das Departement jedoch zutreffend darlegt, orientiert sich die Norm an den Art. 298a und 298b StPO und hält sich an den vom Bundesgericht in BGE 140 I 381 E. 4.4.2 vorgezeichneten Rahmen: Danach ist für die verdeckte Fahndung (als mildere Massnahmen gegenüber der verdeckten Vorermittlung) weder ein Straftatenkatalog erforderlich, noch muss die Fahndung auf besonders schwere Delikte beschränkt werden. Vorliegend genügt es dem Bestimmtheitsgebot, wenn in § 36 septies Abs. 1 KapoG/SO die Art der Massnahme (durch den Verweis auf Art. 298a StPO), ihr Zweck (Erkennung und Verhinderung von Straftaten), die Voraussetzungen (lit. a: konkrete Anhaltspunkte, dass ein Verbrechen oder Vergehen vor der Ausführung steht) und die Subsidiarität gegenüber mildereren Massnahmen (lit. b) umschrieben werden.

E. 6.2

Die Beschwerdeführenden rügen weiter, der Kreis der zur Anordnung berechtigten Personen sei zu Unrecht nicht beschränkt worden; in anderen Kantonen sei die Anordnung gesetzlich ausdrücklich dem Kommando (Luzern) oder Angehörigen des Offizierskorps (Zürich) vorbehalten; nach Art. 286 StPO erfolge sie durch die Staatsanwaltschaft.

Das Departement bestreitet dies: Es entspreche auch der Praxis anderer Kantone (z.B. Bern, Luzern, Thurgau und Zürich), nur die anordnungsbefugte Behörde zu nennen. Im Kanton Solothurn werde die Anordnungskompetenz per Weisung des Polizeikommandos einigen wenigen, konkret bezeichneten Polizeifunktionären vorbehalten. Indessen sei vorgesehen, das Dienstreglement für die Kantonspolizei vom 21. Mai 1991 (DR; BGS 511.12)

anzupassen und darin neu auch die für die angefochtenen Massnahmen anordnungsbefugten Funktionäre zu regeln. Das Dienstreglement stelle formell eine Rechtsverordnung des Regierungsrates dar und geniesse aufgrund des nach kantonalem Recht vorgesehenen Verordnungsvetorechts des Kantonsrats sogar eine erhöhte demokratische Legitimation (vgl. Art. 79 Abs. 3 der Solothurner Kantonsverfassung vom 8. Juni 1986 [KV/SO; BGS 111.1] und § 44 Abs. 2 und 3 des Kantonsratsgesetzes vom 24. September 1989 [BGS 121.1]).

E. 6.2.1

Das Bundesgericht hat in BGE 140 I 353 E. 8.7.2.5 festgehalten, dass bei schweren Grundrechtseingriffen, wie z.B. der Überwachung des Fernmeldeverkehrs, sämtliche Voraussetzungen der präventiven polizeilichen Überwachung im Polizeigesetz selbst zu regeln seien; dazu zählte es auch die unverzügliche richterliche Genehmigung und die Gewährleistung des nachträglichen Rechtsschutzes. Die Anordnungsbefugnis innerhalb der zuständigen Behörde wurde nicht speziell erwähnt. Dazu bestand im damaligen Fall auch keine Veranlassung, weil die streitigen Bestimmungen des Zürcher Polizeirechts eine entsprechende Regelung (Anordnung durch das Polizeikommando bzw. durch Polizeioffizierinnen oder Polizeioffiziere) enthielt.

E. 6.2.2

Die Praxis der Kantone ist nicht einheitlich: Gewisse Polizeigesetze bezeichnen die für die Anordnung der verdeckten Fahndung zuständige polizeiinterne Stelle (vgl. z.B. § 37b Abs. 1 Polizeigesetz Basel-Landschaft (PolG) vom 28. November 1996 [PolG/BL; SGS 700]: Einsatzleitung; § 33b Abs. 1 des Freiburger Gesetzes über die Kantonspolizei (PolG) vom 15. November 1990 [PolG/FR; SGF 551.1]: Polizeioffizier oder -offizierin; so auch Art. 73 Abs. 2 Loi sur la police cantonale des Kantons Jura vom 28. Januar 2015 [LPol; 551.1]); andere Kantone (auch die von den Beschwerdeführenden genannten) kennen keine spezielle Regelung (vgl. § 15b PolG/LU: "die Luzerner Polizei"; § 32d Abs. 1 PolG/ZH "Angehörige der Polizei").

Die StPO begnügt sich durchwegs mit der Nennung der zuständigen Behörde (z.B. Staatsanwaltschaft oder Polizei). Art. 298b Abs. 1 StPO sieht vor, dass neben der Staatsanwaltschaft auch "die Polizei" eine verdeckte Fahndung im Ermittlungsverfahren anordnen kann; dies umfasst grundsätzlich sämtliche Polizeiangehörigen im Sinne von Art. 15 StPO (JONAS WEBER, in: Basler Kommentar zur StPO, 2. Aufl., 2014, N. 11 zu Art. 198 StPO). Allerdings haben die Kantone die Möglichkeit, die Anordnungsbefugnisse der Polizei generell oder für einzelne Zwangsmassnahmen Polizeiangehörigen mit einem bestimmten Grad oder einer bestimmten Funktion vorzubehalten (Art. 198 Abs. 2 StPO ; Übersicht über die kantonalen Regelungen in: BAPTISTE VIREDAZ/STEPHAN JOHNER, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2. Aufl., 2019, Art. 198 N. 5). In der Literatur wird dies für geheime Überwachungsmassnahmen als wünschenswert bezeichnet, weil es sich um erhebliche Grundrechtseingriffe handle, für deren Anordnung es einer besonderen Ausbildung bedürfe (TANJA KNODEL, in: Basler Kommentar zur StPO, N. 2 zu Art. 298b StPO ; NIKLAUS SCHMID/DANIEL JOSITSCH, Praxiskommentar StPO, 3. Aufl., 2013, N. 2 zu Art. 298b).

E. 6.2.3

Wie oben (E. 4.3.3) dargelegt, müssen bei geheimen staatlichen Massnahmen angemessene und wirksame Schutzvorkehrungen gegen Missbrauch und Willkür vorgesehen werden.

Dazu kann auch eine Beschränkung der Anordnungsbefugnis auf wenige, besonders ausgebildete Polizeiangehörige gehören. Eine solche Regelung muss bei schweren Grundrechtseingriffen im Gesetz selbst enthalten sein (Art. 36 Abs. 1 BV). Der EGMR verlangt dagegen lediglich eine Regelung (unabhängig von der Normstufe), die hinreichend zugänglich ("accessible") ist (vgl. z.B. Urteile des EGMR

Amann , § 50;

Roman Zakharov , § 228 mit Hinweisen). Unter diesem Blickwinkel erscheint eine bloss behördeninterne, nicht publizierte und damit den betroffenen Personen nicht zugängliche Weisung ungenügend.

Die Eingriffsintensität der verdeckten Fahndung ist allerdings sehr viel geringer als bei der verdeckten Vorermittlung; sie beschränkt sich in der Regel auf eine einfache Kontaktaufnahme mit der Zielperson (zur amtlichen Publikation bestimmtes Urteil 1B_404/2021 vom 19. Oktober 2021 E. 5.1.1.). Zwar werden dabei Identität und Funktion des Fahnders oder der Fahnderin nicht preisgegeben; diese werden aber nicht mit einer durch Urkunden gesicherten falschen Identität (Legende) ausgestattet und ihre wahre Identität wird nach ihrem Einsatz im Verfahren offengelegt (vgl. Parlamentarische Initiative Präzisierung des Anwendungsbereichs der Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung, Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 3. Februar 2012, BBl. 2012, 5591, Ziff. 2.2.1, S. 5595). Insofern erscheint eine Regelung in § 36septies KapoG/SO selbst entbehrlich. Dies entspricht, wie aufgezeigt, auch der Regelung in der StPO sowie in anderen kantonalen Polizeigesetzen.

Dagegen ist der Kanton auf seiner Zusicherung zu behaften, die Anordnungsbefugnis für die verdeckte Fahndung künftig im Dienstreglement und damit auf Verordnungsstufe zu regeln, um die vom EGMR geforderte Zugänglichkeit und damit Transparenz der Regelung sicherzustellen.

E. 6.3

Die Beschwerdeführenden erheben schliesslich Rügen im Zusammenhang mit dem Rechtsschutz. Sie machen geltend, der nachträgliche Rechtsschutz sei in § 36septies KapoG/SO nicht explizit geregelt. Sie gehen deshalb davon aus, dass der Beschwerdeweg an das Verwaltungsgericht gemäss § 50 KapoG/SO einschlägig sei. Dies sei ungenügend, weil § 30 Abs. 2 VRPG/SO eine Prüfung der Angemessenheit ausschliesse. Denkbar sei indessen auch die strafprozessuale Beschwerde nach Art. 298 Abs. 3 StPO i. V.m. Art. 393-397 StPO ; diese sei jedoch auf die präventive verdeckte Ermittlung nicht zugeschnitten. Zudem könne gemäss § 36septies Abs. 4 Satz 2 KapoG/SO die nachträgliche Mitteilung an Betroffene aufgeschoben oder unterlassen werden, zum Schutz überwiegender öffentlicher oder privater Interessen. Dies sei in der Praxis vermutlich die Regel, lasse sich doch in der Datenbank der Gerichte kein entsprechender Fall finden.

Das Departement wendet ein, das Rechtsschutzverfahren sei analog der StPO geregelt worden: Entsprechend Art. 298 Abs. 3 und Art. 393 ff. StPO gehe der Rechtsweg, wie bei den strafprozessualen Massnahmen, an das Obergericht. Dies sei angemessen und ausreichend.

E. 6.3.1

§ 36septies Abs. 5 KapoG/SO verweist u.a. auf Art. 298d Abs. 4 StPO , der seinerseits auf Art. 298 Abs. 3 StPO verweist: Danach können Personen, gegen die verdeckt ermittelt

wurde, strafprozessuale Beschwerde nach den Art. 393-397 StPO führen. Zuständig dafür ist im Kanton Solothurn das Obergericht (vgl. § 33bis Abs. 1 lit. a des Gesetzes über die Gerichtsorganisation vom 13. März 1977 [GO; BGS 125.12]). Diese Regelung (mit mehrfacher Verweisung) ist schwer verständlich; es ist daher zu begrüßen, dass die Zuständigkeit des Obergerichts für Beschwerden gegen verdeckte Massnahmen auf Verordnungsstufe (im Dienstreglement) ausdrücklich festgelegt werden soll, wie vom Departement in seiner Vernehmlassung angekündigt. Die Norm erscheint jedoch unter dem Blickwinkel des Bestimmtheitsgebots noch als zulässig, zumal davon auszugehen ist, dass Betroffene mit der nachträglichen Mitteilung (gemäss § 36septies Abs. 4 KapoG/SO) auf den Rechtsweg hingewiesen werden. Die Zuständigkeit des Obergerichts sowohl für präventive als auch für repressive geheime Überwachungsmaßnahmen ist nicht zu beanstanden, sondern erscheint vielmehr, aufgrund der z.T. schwierigen Abgrenzung der beiden Aufgabenbereiche, sinnvoll (vgl. BGE 147 I 103 E. 17.5.3).

E. 6.3.2

Den Beschwerdeführenden ist allerdings einzuräumen, dass die betroffene Person nachträglich über die verdeckte Fahndung informiert werden muss, um Rechtsschutz beanspruchen zu können. In BGE 140 I 381 wurden die Bestimmungen des Genfer Polizeigesetzes zu verdeckten Massnahmen aufgehoben, weil keine nachträgliche Benachrichtigung der betroffenen Personen vorgesehen war (E. 4.5.1, 4.5.2 und 4.5.3, jeweils in fine); dabei hielt das Bundesgericht Beschränkungen der Benachrichtigungspflicht zur Sicherstellung der Effizienz und der Vertraulichkeit der getroffenen Massnahmen grundsätzlich für möglich, ohne diese jedoch näher zu prüfen.

Gemäss § 36septies Abs. 4 Satz 1 KapoG/SO teilt die Kantonspolizei der direkt betroffenen Person spätestens nach Beendigung der Massnahme mit, dass gegen sie verdeckt gefahndet worden ist. Satz 2 sieht vor, dass die Mitteilung aufgeschoben oder unterlassen werden kann, wenn dies zum Schutz überwiegender öffentlicher oder privater Interessen notwendig ist. Eine Genehmigung des Zwangsmassnahmengerichts ist dafür nicht erforderlich.

Dagegen verweist Art. 298d Abs. 4 StPO für die strafprozessuale verdeckte Fahndung einzig auf die Abs. 1 und 3 von Art. 298 StPO, d.h. ein Aufschub oder Unterlassen der Mitteilung (gemäss Art. 298 Abs. 2 StPO) ist ausgeschlossen (so auch KNODEL, a.a.O., N. 17 zu Art. 298d StPO; SCHMID/JOSITSCH, a.a.O., N. 4 zu Art. 298d; VINCENT JEANNERET/CÉLINE GAUTIER, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2. Aufl., 2019, N. 46 zu Art. 298d StPO; THOMAS HANSJAKOB, Die neuen Bestimmungen zu verdeckter Fahndung und Ermittlung, *forum* 2013, 220; DERSELBE, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., 2014, N. 13 zu Art. 298d; a.A. aber nunmehr THOMAS HANSJAKOB/UMBERTO PAJAROLA, in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl., 2020, N. 15 f. zu Art. 298d StPO: analoge Anwendung von Art. 283 Abs. 2, aber ohne Genehmigung des Zwangsmassnahmengerichts). Insofern muss bei der verdeckten Fahndung zum Zwecke der Strafverfolgung immer eine Mitteilung an die beschuldigte Person erfolgen (so auch § 15b Abs. 8 PolG/LU). In der Literatur wird dazu ausgeführt, ein übergeordnetes öffentliches Interesse am Aufschub oder am Verzicht auf die Benachrichtigung sei bei verdeckten Fahndungen kaum denkbar, weil kein Risiko bestehe, dass sich die verdeckt fahndende Person einer grossen Gefahr aussetze, wenn ihre Identität bekannt werde. Ein übergeordnetes privates Interesse fehle in aller Regel, weil keine Privatpersonen in den

Einsatz einbezogen würden, die besonders geschützt werden müssten (HANSJAKOB, a.a.O., FP 2013, 220 und StPO-Kommentar, 2. Aufl., N. 13 zu Art. 298d; JEANNERET/GAUTIER, a.a.O.; KNODEL, a.a.O.; a.A. HANSJAKOB/PAJAROLA, a.a.O., N. 15 zu Art. 298d StPO).

Es ist nicht ersichtlich und wird weder in der Botschaft noch in der Vernehmlassung des Departements erläutert, welche öffentlichen oder privaten Interessen anders als bei der verdeckten Fahndung im Rahmen der StPO den Aufschub oder das Unterlassen der nachträglichen Mitteilung bei der präventiven verdeckten Fahndung und die damit verbundene Einschränkung des Rechtsschutzes rechtfertigen könnten. Im Übrigen könnte allfälligen überwiegenden Interessen an der Geheimhaltung der Identität der verdeckten Fahnderin oder des verdeckten Fahnders durch Beschränkung des Akteneinsichtsrechts Rechnung getragen werden, ohne den Rechtsschutz vollständig auszuschliessen.

Die von der StPO abweichende Regelung erscheint auch mit Blick auf die angestrebte Harmonisierung des Rechtsschutzes mit der StPO widersprüchlich, zumal die Abgrenzung zwischen präventiver und repressiver verdeckter Fahndung schwierig ist (HANSJAKOB, a.a.O., FP 2013, 221; vgl. Urteil 1B_404/2021 vom 19. Oktober 2021 E. 3.2, wonach Art. 298b Abs. 1 lit. a StPO auch bei laufenden, noch nicht abgeschlossenen Delikten anwendbar ist). Die Beschwerdeführenden weisen zu Recht darauf hin, dass die nach einem Monat vorgeschriebene Prüfung durch das Haftgericht (§ 36septies Abs. 2 KapoG/SO) den nachträglichen Rechtsschutz nicht ersetzen kann, da die betroffene Person an diesem Verfahren nicht beteiligt ist.

Die Beschwerde ist daher in diesem Punkt gutzuheissen und § 36septies Abs. 4 Satz 2 KapoG/SO aufzuheben.

E. 7

Die Artikel 141, 150 f. und 287-297 StPO gelten sinngemäss.

E. 7.1

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellt die verdeckte Vorermittlung einen schweren Eingriff in das Recht auf Privatsphäre dar, aufgrund des Vertrauensverhältnisses, das zwischen dem verdeckten, unter einer falschen Identität operierenden Ermittler und der Zielperson aufgebaut wird, sowie der erhöhten Missbrauchsgefahr infolge der durch falsche Urkunden belegten Legende (BGE 140 I 381 E. 4.4.3).

E. 7.2

Zu prüfen ist zunächst, ob die Norm hinreichend bestimmt ist.

E. 7.2.1

Die Beschwerdeführenden bestreiten dies. Sie sind der Auffassung, § 36quinquies KapoG/SO lasse neu auch die Überwachung von nicht für einen grösseren Benutzerkreis zugänglichen Internet-Plattformen, geschlossenen, durch passwortgeschützten Chatrooms oder verschlüsselter Kommunikation zu, ohne dass diese Anwendungsfälle genügend vorhersehbar seien. Auch die Überwachung mit sog. GovWare, wie z.B. die Überwachungssoftware "Pegasus", dürfte gemeint sein. Dafür bedürfe es jedoch einer speziellen Regelung, entsprechend den Art. 269bis (Einsatz von besonderen technischen Geräten zur Überwachung des Internetverkehrs), Art. 269ter StPO (Einsatz von besonderen Informatikprogrammen zur Überwachung des Fernmeldeverkehrs) oder § 15d PolG/LU

(Überwachung mit technischen Hilfsmitteln im Internet). Das Bundesgericht habe in BGE 140 I 353 E. 8.3 (zur vergleichbaren Bestimmung in § 32f PolG/ZH) erkannt, dass das Fernmeldegeheimnis umfassend zu verstehen sei und auch die Dienste von Internet-Providern erfasse. Dementsprechend sei die Geheimsphäre der E-Mail-Nutzer und -Nutzerinnen im Rahmen des technisch Möglichen verfassungsmässig zu wahren, und die staatlichen Behörden sollten über die normale Verwendung des Internets hinaus keinen besonderen Zugriff zum E-Mail-Verkehr haben.

E. 7.2.2

Das Departement bestreitet die Parallele zu Art. 269a f. StPO und § 32f PolG/ZH. § 36quinquies KapoG/SO entspreche vielmehr Art. 285a StPO ("verdeckte Ermittlung") bzw. § 32e PolG/ZH ("verdeckte Vorermittlung"). Die Bestimmung lasse von ihrem Wortlaut sowie nach ihrem Sinn und Zweck weder die Überwachung des Fernmeldeverkehrs noch den Einsatz von Software zur zielgerichteten Analyse von Massendaten zu. Die Überwachung des Fernmeldeverkehrs sei vielmehr in § 36bis KapoG/SO geregelt und sei ausschliesslich zur Suche und Rettung vermisster Personen und zur Fahndung nach verurteilten Personen zulässig.

E. 7.2.3

Diesen Ausführungen ist zuzustimmen. Von seinem Wortlaut her umfasst § 36quinquies Abs. 1 KapoG/SO nur die verdeckte Vorermittlung und nicht die - in § 36bis KapoG/SO geregelte - Überwachung des Fernmeldeverkehrs. Sie entspricht daher inhaltlich Art. 285a StPO und nicht den Art. 269bis f. StPO. Der Wegfall der (bisherigen) Einschränkung des räumlichen Anwendungsbereichs bedeutet damit lediglich, dass die Kontakte zu Zielpersonen nunmehr auch in privaten Räumen oder in kleineren bzw. geschlossenen virtuellen Begegnungsräumen stattfinden können, sofern der verdeckt ermittelnden Person Zutritt zu diesen (realen oder virtuellen) Räumen gewährt worden ist.

Nichts anderes ergibt sich aus der Botschaft (S. 23) : Dort wird ausgeführt, in der Praxis habe sich die geltende Bestimmung mit ihrem eingeschränkten Anwendungsbereich auf allgemein zugängliche Orte und virtuelle Begegnungsräume im Internet, die einem grösseren Benutzerkreis offenstünden, nicht bewährt. In der Schweiz ereigneten sich Straftaten eher selten auf offener Strasse. Gerade die schwersten Delikte würden von Tätergruppierungen mit unterschiedlich stark organisierten Strukturen gezielt in privaten oder bloss einem kleinen Kreis Gleichgesinnter zugänglichen (realen und virtuellen) Räumen angebahnt, vorbereitet oder begangen. Illegale Glücksspiele beispielsweise fänden nicht in der öffentlich zugänglichen Gaststube eines Restaurants statt, sondern in den als privat bezeichneten Hinterzimmern oder in Privatclubs. Tätergruppierungen nutzten die technischen Weiterentwicklungen gezielt, um sich in abgeschottete Räume zurückzuziehen und schwerste Straftaten in nicht allgemein zugänglichen Räumen vorzubereiten und auszuüben. Insbesondere Pädophile operierten nicht im allgemein zugänglichen Internet. Vielmehr zögen sie sich gezielt auf nicht allgemein zugängliche Plattformen und in geschlossene, passwortgeschützte Chatrooms zurück. Die Kommunikation erfolge bewusst über verschlüsselte Dienste. Bilder, Schriften und dergleichen im Sinne von Pornografie nach Art. 197 StGB würden über passwortgeschützte Kanäle gegenseitig ausgetauscht oder verkauft. Mit der geltenden Bestimmung habe die Polizei in solchen Räumen keinerlei Möglichkeit, schwerste Straftaten frühzeitig zu erkennen und zu verhindern. Analog zu den Bestimmungen in neueren Polizeigesetzen (z.B. Art. 114 PolG/BE, Art. 21d PolG/GR, §

15a PolG/LU, Art. 24g PolG/SH) sei auch die Polizei zu ermächtigen, unter den unverändert strengen Voraussetzungen in privaten Räumen eine verdeckte Vorermittlung durchzuführen.

Diese Erläuterung bestätigt, dass es (nur) darum geht, die verdeckte Vorermittlung in privaten Räumen bzw. in passwortgeschützten Chatrooms oder unter Verwendung von verschlüsselter Kommunikation zu ermöglichen, zu welchen der verdeckt ermittelnden Person aufgrund ihrer Legende und des aufgebauten Vertrauensverhältnisses Zugang gewährt worden ist. Dagegen gestattet die Norm nicht, sich mittels technischer Systeme oder spezieller Software Zugang zu verschlüsselter oder passwortgeschützter elektronischer Kommunikation zu verschaffen und diese zu überwachen.

E. 7.3

Streitig ist weiter der sachliche Anwendungsbereich der verdeckten Vorermittlung: Gemäss Abs. 1 lit. a muss aufgrund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen sein, dass eine strafbare Handlung nach Art. 286 Abs. 2 StPO oder Art. 260 StGB vor der Ausführung steht.

E. 7.3.1

Die Beschwerdeführenden beanstanden die Abweichung von der strafprozessualen Regelung der verdeckten Ermittlung: Diese verlange den konkreten Verdacht einer Straftat im Sinne von Art. 286 Abs. 2 StPO ; Art. 260 StGB sei in diesem Katalog nicht erwähnt, weshalb eine verdeckte Ermittlung zur Aufklärung eines Landfriedensbruchs ausgeschlossen sei. Es wäre daher widersprüchlich, verdeckte Vorermittlungen polizeirechtlich zuzulassen, die auf eine Verdachtsbegründung ausgerichtet seien. Das Bundesgericht habe in BGE 147 I 103 E. 17.5.2 für die - weniger weit gehende - GPS-Überwachung verlangt, dass das Polizeirecht mindestens dieselben verfahrensrechtlichen Garantien und Schranken vorsehen müsse, wie sie gemäss StPO zur Anwendung kommen. Dies müsse auch vorliegend verlangt werden, mit der Folge, dass nur Katalogtaten gemäss Art. 286 Abs. 2 StPO die verdeckte Vorermittlung rechtfertigen könnten. Dies dränge sich auch mit Blick auf die schwierige Abgrenzung von strafprozessualer und verwaltungsrechtlicher Polizeitätigkeit sowie mit Blick auf die Verwertbarkeit der Beweismittel in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren auf.

E. 7.3.2

Das Departement wendet ein, viele Kantone würden gar keinen Deliktskatalog kennen. Stehe dem Kanton die Berechtigung zur Normierung der verdeckten Vorermittlung im Allgemeinen zu, sei er auch berechtigt, den bundesrechtlichen Straftatenkatalog massvoll zu erweitern. Art. 260 StGB sei ein Vergehen gegen den öffentlichen Frieden und kein Bagatelldelikt. Nach dem KapoG/SO rechtmässig erhobene Beweise könnten in einem allfälligen Strafverfahren fraglos verwertet werden. Die Anwendung im konkreten Einzelfall sei von strengen Voraussetzungen abhängig, wobei die Verfahrensgarantien (haftrichterliche Genehmigung, nachträgliche Benachrichtigung, Rechtsweg) dem Strafprozessrecht nachgebildet seien. Die Bestimmung stehe einer verfassungs- und konventionskonformen Auslegung nicht entgegen, weshalb ihre Aufhebung nicht gerechtfertigt sei.

E. 7.3.3

Das Bundesgericht hat sich bisher zweimal mit kantonalen Bestimmungen zur präventiven verdeckten Vorermittlung befasst.

In BGE 140 I 353 schützte es die Zürcher Bestimmung (§ 32e PolG/ZH), die hinreichende Anhaltspunkte verlangt, dass es zu Straftaten im Sinne von Art. 286 Abs. 2 StPO kommen könnte (lit. a), wobei die Schwere dieser Straftaten eine verdeckte Vorermittlung rechtfertigen muss (lit. b); zudem müssen andere Massnahmen erfolglos geblieben sein oder die Vorermittlung sonst aussichtslos sein oder unverhältnismässig erschwert werden (lit. c). Das Bundesgericht bestätigte, dass den Kantonen neben den Art. 285a ff. StPO Raum verbleibe für die Einführung präventiver verdeckter Vorermittlungsmassnahmen (E. 5). Durch den Verweis u.a. auf Art. 293 StPO (in § 32e Abs. 4 PolG/ZH) werde verhindert, dass die verdeckte Vorermittlung zum unzulässigen Einsatz eines "

agent provocateur " führe. Auch die weiteren rechtsstaatlichen Anforderungen (in Bezug auf die richterliche Genehmigung der verdeckten Vorermittlung sowie die Verfahrensrechte und den Rechtsschutz der betroffenen Personen) seien erfüllt (E. 7).

In BGE 140 I 381 E. 4.4.3 erachtete das Bundesgericht die Bestimmung des Genfer Polizeigesetzes zur verdeckten Ermittlung (Art. 22 LPol/GE) unter dem Blickwinkel des Legalitätsprinzips, namentlich des Bestimmtheitsgebots, als ausreichend: Zwar enthalte die Norm keinen Deliktskatalog; die verdeckte Vorermittlung sei aber nur zulässig, wenn die besondere Schwere oder Eigenart der Straftat die Massnahme rechtfertige. Das Bundesgericht hob die Bestimmung jedoch aus einem anderen Grund auf (fehlende vorgängige richterliche Genehmigung und fehlende nachträgliche Information der betroffenen Personen; vgl. E. 4.5.3).

E. 7.3.4

Den Beschwerdeführenden ist einzuräumen, dass es widersprüchlich wäre, kriminalpolizeiliche Ermittlungen wegen Landfriedensbruchs zuzulassen, die auf eine Verdachtsbegründung ausgerichtet sind, obgleich das StPO eine verdeckte Ermittlung zur Aufklärung eines Landfriedensbruchs sogar bei Vorliegen eines konkreten Tatverdachts ausschliesst. § 36quinquies KapoG/SO ist indessen auf die Verhinderung von Straftaten ausgerichtet, deren Ausführung noch bevorsteht (vgl. Abs. 1 lit. a und oben, E. 4.1.2). Es handelt sich insofern um eine Massnahme der Gefahrenabwehr, deren Regelung in die Zuständigkeit der Kantone fällt. Es erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen, unter dem Blickwinkel der Prävention einen anderen Deliktskatalog zu definieren, als ihn die StPO für die Strafverfolgung, d.h. die Ahndung bereits begangener Delikte, kennt. Die Ausführungen in BGE 147 I 103 E. 17.5.2 beziehen sich nicht auf diese Problematik, sondern auf die rechtlichen Garantien, die aufgrund der höheren Missbrauchsgefahr bei präventiven Überwachungsmassnahmen nicht hinter den entsprechenden strafprozessualen Garantien zurückbleiben sollten.

E. 7.3.5

Wie aufgezeigt, hat das Bundesgericht im Entscheid zum Genfer Polizeigesetz für die präventive verdeckte Ermittlung keinen Deliktskatalog verlangt, d.h. es genügen lassen, dass die besondere Schwere oder Eigenart der Straftat die verdeckte Vorermittlung rechtfertigt. Diese Voraussetzung ist in § 36quinquies Abs. 1 lit. b KapoG/SO bereits enthalten, weshalb die Einführung eines Deliktskatalogs (in lit. a) eine zusätzliche Einschränkung (und keine Ausweitung) des Anwendungsbereichs darstellt. Eine verfassungsmässige Handhabung der Norm kann im Einzelfall, durch eine strenge Prüfung von Schwere und Eigenart der Straftat, sichergestellt werden.

E. 7.3.6

Allerdings bringt der kantonale Gesetzgeber mit der ausdrücklichen Erwähnung von Art. 260 StGB im Deliktskatalog zum Ausdruck, dass er diese Straftat zu den Delikten zählt, deren Erkennung und Verhinderung den Einsatz von verdeckten Ermittlern im Einzelfall (je nach Schwere und Eigenart) rechtfertigen kann. Dies ist im Folgenden näher zu prüfen.

E. 7.3.6.1

Grundsätzlich ist den Beschwerdeführenden beizupflichten, dass der Landfriedensbruch keine besonders schwere Straftat darstellt: Der Tatbestand ist bereits mit der Teilnahme an einer Veranstaltung erfüllt, die von einer für die öffentliche Friedensordnung bedrohlichen Grundstimmung getragen wird (BGE 108 IV 33 E. 1a). Die Begehung einer Gewalttätigkeit ist nicht Tatbestandsmerkmal, sondern lediglich objektive Bedingung der Strafbarkeit. Dafür genügen bereits Tätlichkeiten oder Sachbeschädigungen, d.h. Delikte, die für sich allein keine verdeckte Vorermittlung rechtfertigen. Bestehen dagegen Anhaltspunkte, dass es zu schweren Gewalt- oder Gefährdungsdelikten kommen könnte, die im Katalog gemäss Art. 286 Abs. 2 StPO aufgeführt sind, so kann die verdeckte Vorermittlung bereits zur Verhinderung dieser Straftaten angeordnet werden, d.h. es bedarf des Rückgriffs auf den Landfriedensbruch nicht.

Immerhin kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass es im Einzelfall gewichtige, der öffentlichen Sicherheit dienende Gründe geben kann, präventiv und verdeckt zu ermitteln, um Straftaten anlässlich einer bevorstehenden Versammlung zu verhindern, auch wenn diese nicht unter den Strafkatalog von Art. 286 Abs. 2 StPO fallen, aber aufgrund der besonderen Umstände eine erhebliche Gefahr begründen (z.B. Auslösung gefährlicher Panikbewegungen bei Massenanstössen).

E. 7.3.6.2

Das Zusammenfinden von Menschen ist durch die Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV ; Art. 11 EMRK) geschützt, sofern es sich im Rahmen einer gewissen Organisation zu einem weit verstandenen gemeinsamen Zweck bewegt (vgl. BGE 147 I 161 E. 4.2 mit Hinweisen). Zwar bezieht sich der Grundrechtsschutz ausschliesslich auf friedliche Veranstaltungen (BGE 127 I 164 E. 3d S. 173 oben; Urteil 6B_1217/2017 vom 17. Mai 2018 E. 6.1 mit Hinweisen zur Rechtsprechung des EGMR, in SJ 2019 I 181). Geht es jedoch - wie vorliegend - um präventive Massnahmen vor Ausführung einer Straftat, so ist noch offen, ob es bei einer bevorstehenden Versammlung zu Gewalttätigkeiten aus der Menge kommen wird.

Die Versammlungsfreiheit zählt zu den Grundpfeilern der Demokratie (EGMR i.S.

Kudrevicius und andere gegen Litauen vom 15. Oktober 2015, § 91 und § 142).

Grundsätzlich ist es daher Aufgabe der Behörden, durch geeignete Massnahmen dafür zu sorgen, dass öffentliche Versammlungen stattfinden können und friedlich bleiben (BGE 127 I 164 E. 3d; EGMR i.S.

Kudrevicius ; §§ 158 ff. mit Hinweisen). In der Regel geschieht dies durch ein ausreichendes Polizeiaufgebot. Das Einschleusen von verdeckten Ermittlern oder Ermittlerinnen in Gruppierungen, die öffentliche Versammlungen organisieren oder daran teilnehmen, ist rechtsstaatlich besonders heikel und muss ultima ratio bleiben. Dennoch kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass es Anwendungsfälle geben kann, in denen sich eine solche Massnahme zur Gefahrenabwehr und zum Schutz der Demonstrationsfreiheit der friedlichen Mehrheit rechtfertigen kann.

E. 7.3.7

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass § 36quinquies KapoG/SO gewichtige formelle Garantien enthält, um eine verfassungskonforme Auslegung und Anwendung im Einzelfall sicherzustellen:

Abs. 4 sieht ausdrücklich die Zuständigkeit des Kommandanten bzw. der Kommandantin vor, um verdeckte Vorermittelnde mit einer Legende auszustatten und ihnen Anonymität zuzusichern. Da die Verwendung einer Legende für die verdeckte Vorermittlung charakteristisch ist (vgl. oben E. 4.2.3), fällt diese praktisch immer in die Kompetenz des Polizeikommandos. Sofern dies ausnahmsweise nicht der Fall sein sollte, die Massnahme aber aufgrund ihrer Dauer und Intensität dennoch als verdeckte Vorermittlung im Sinne von § 36quinquies KapoG/SO und damit als besonders schwerer Grundrechtseingriff zu qualifizieren ist, wird Abs. 4 analog anzuwenden sein.

Gemäss § 36quinquies Abs. 1 lit. d KapoG/SO muss die verdeckte Vorermittlung vom Haftgericht genehmigt werden. Dieses kann und muss prüfen, ob (ausnahmsweise) eine verdeckte Vorermittlung zur Verhinderung eines Landfriedensbruchs verhältnismässig erscheint und kein unzulässiger Eingriff in die Versammlungsfreiheit vorliegt.

Zudem muss die betroffene Person grundsätzlich über die Überwachung informiert werden - der Aufschiebung oder die Unterlassung der Benachrichtigung ist nur mit richterlicher Genehmigung zulässig (§ 36quinquies Abs. 6 KapoG/SO i.V.m. Art. 298 Abs. 2 StPO). Für den nachträglichen Rechtsschutz verweist § 36quinquies Abs. 6 KapoG/SO auf Art. 298 Abs. 3 StPO , d.h. Personen, gegen die verdeckt ermittelt worden ist, können Beschwerde nach den Art. 393-397 StPO an das Obergericht führen (vgl. oben, E. 6.3.1) und die Rechtmässigkeit der betreffenden Überwachungsmassnahme auf diesem Weg einer gerichtlichen Überprüfung zuführen.

Unter Berücksichtigung dieses Kontextes, erscheint eine verfassungsmässige Handhabung von § 36quinquies Abs. 1 lit. a KapoG/SO nicht nur theoretisch, sondern auch in der Anwendungspraxis möglich.

E. 8

Angefochten ist weiter § 36octies KapoG/SO betreffend die automatisierte Fahrzeugfahndung. Diese Bestimmung lautet:

§ 36

octies

(neu)

Automatisierte Fahrzeugfahndung

1 Die Kantonspolizei kann Kontrollschilder von Fahrzeugen automatisiert erfassen und mit Datenbanken abgleichen.

2 Der automatisierte Abgleich ist zulässig:

- a) mit polizeilichen Personen- und Sachfahndungsregistern;
- b) mit Listen von Kontrollschildern von Fahrzeugen, deren Halter der Führerausweis entzogen oder verweigert worden ist;
- c) mit konkreten Fahndungsaufträgen der Kantonspolizei.

3 Die Löschung automatisch erfasster Daten erfolgt:

- a) bei fehlender Übereinstimmung mit einer Datenbank: unverzüglich;
- b) bei einer Übereinstimmung mit der Datenbank: nach den Bestimmungen des entsprechenden Verwaltungs- oder Strafverfahrens.

4 Einzelheiten bestimmt das Dienstreglement.

E. 8.1

Die Beschwerdeführenden machen geltend, § 36octies KapoG/SO verletze die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), das Recht auf Privatsphäre und informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 BV ; Art. 8 EMRK ; Art. 17 UNO-Pakt II sowie das Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten vom 28. Januar 1981, für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Februar 1998 [SR 0.235.1]), die Unschuldsvermutung (Art. 6 EMRK , Art. 32 BV) und das Recht auf wirksame Beschwerde (Art. 13 EMRK). Der Gesetzeswortlaut sei höchst unbestimmt und die Liste der zum Abgleich zulässigen Dateien schrankenlos. Da bei automatisierten Vorgängen eine Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall ausgeschlossen sei, müsse bereits im Rahmen der Gesetzgebung eine sorgfältige und differenzierte Interessenabwägung vorgenommen werden und ein strenger Massstab angesetzt werden. Die automatisierte Fahrzeugfahndung dürfe daher nur zum Schutz von Rechtsgütern von erheblichem Gewicht zugelassen werden, analog der Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten gemäss Art. 280 ff. StPO i.V.m. Art. 269 ff. StPO . Es fehlten organisatorische, technische und verfahrensrechtliche Schutzvorkehrungen. Die Löschung, Verwendung und Übermittlung der Daten und damit zusammenhängende Kontroll- und Zuständigkeitsfragen seien in § 36octies Abs. 3 KapoG/SO ungenügend geregelt; überdies fehle eine Dokumentationspflicht. Die Missbrauchsgefahr sei erheblich, zumal die Massnahme nicht bestimmten Polizeiorganen vorbehalten sei, sondern von jedem Polizisten und jeder Polizistin angeordnet werden könne. Eine nachträgliche Mitteilung an Betroffene und gerichtlicher Rechtsschutz seien nicht vorgesehen, was Art. 13 EMRK verletze. Das Gesetz sehe auch keinen polizeiinternen Kontrollmechanismus vor, um dies zu kompensieren.

E. 8.1.1

Bei der automatisierten Fahrzeugfahndung werden anhand mobiler oder stationärer Geräte die Kontrollschilder von vorbeifahrenden Fahrzeugen systematisch mittels Kamera erfasst. Das so erstellte Bild wird sodann in einen Datensatz mit Buchstaben und Ziffern des Kontrollschildes umgewandelt. Anschliessend wird der Datensatz mit einer oder mehreren Datenbanken automatisch abgeglichen. Neben der Identität des Fahrzeughalters oder der Fahrzeughalterin, die durch das Kontrollschild ermittelt werden kann, können je nach Kamera, Gerät und Software auch weitere Daten erhoben werden, insbesondere der Zeitpunkt der Kontrolle, der Standort, die Fahrtrichtung und die Fahrzeuginsassen. In BGE 146 I 11 (E. 3.2; vgl. auch nicht publ. E. 2.1) ging das Bundesgericht davon aus, die automatisierte Fahrzeugfahndung stelle einen schweren Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) dar: Im Unterschied zur Kontrollschilderhebung durch eine Polizeistreife ermögliche das System die massenhafte und praktisch unbegrenzte Erhebung und Auswertung von Daten. Erkennungsdienstliche Informationen würden nicht nur erhoben und (mehr oder weniger lang) aufbewahrt, sondern auch mit anderen Datensammlungen zusammengeführt und automatisch abgeglichen.

Sowohl die serielle und simultane Verarbeitung grosser und komplexer Datensätze wie auch der Umstand, dass die erkennungsdienstlichen Informationen mit anderweitig erhobenen Daten kombiniert werden, steigerten die Eingriffsintensität. Der Eingriff in das Recht auf Privatsphäre erfolge bei der automatisierten Fahrzeugfahndung weder anlassbezogen noch aufgrund eines konkreten Verdachts. Dies könne eine abschreckende Wirkung zeitigen (sog. "chilling effect"). Schliesslich besteht auch das Risiko, dass Betroffene aufgrund einer dem System immanenten Fehlerquote zu Unrecht in Verdacht gerieten (vgl. zum Ganzen: LUKAS BÜRGE, Zulässigkeit und Verwertbarkeit von polizeilichen Aufzeichnungen der automatisierten Fahrzeugfahndung und Verkehrsüberwachung, *forum* 1/2021, S. 58; vgl. auch die Beschlüsse des deutschen Bundesverfassungsgerichts zur automatisierten Kraftfahrzeugkennzeichenkontrolle, beide vom 18. Dezember 2018, betr. Bayern [1 BvR 142/15, in: BVerfGE 150, 244] sowie Baden-Württemberg und Hessen [1 BvR 2795/09 und 3187/10, in: BVerfGE 150, 309]).

E. 8.1.2

Nicht näher dargelegt und nicht ersichtlich ist dagegen, inwiefern die automatisierte Fahrzeugfahndung die Unschuldsvermutung verletzt (Art. 6 Abs. 2 EMRK , Art. 32 Abs. 1 BV). Die blossе Möglichkeit, dass erhobene Daten auch für strafprozessuale Zwecke genutzt werden könnten, genügt dafür nicht.

E. 8.2

Das Bundesgericht hat im bereits zitierten BGE 146 I 11 Anforderungen an die gesetzliche Grundlage für die automatisierte Fahrzeugfahndung formuliert (E. 8.2.1); überdies ist die neue Rechtsprechung des EGMR zu Systemen der Massenüberwachung zu berücksichtigen (unten, E. 8.2.2).

E. 8.2.1

In BGE 146 I 11 wurde ausgeführt, die automatisierte Fahrzeugfahndung bedürfe einer formellgesetzlichen Grundlage, wobei Einzelheiten in konkretisierenden Ausführungs- und Vollzugsverordnungen geregelt werden dürften (E. 3.3). Um den Garantien von Art. 13 BV zu genügen, müssten die systematische Datenerfassung und -aufbewahrung von angemessenen und wirkungsvollen rechtlichen Schutzvorkehrungen begleitet werden, um Missbrauch und Willkür vorzubeugen. Dafür müsse insbesondere der Verwendungszweck, der Umfang der Erhebung sowie die Aufbewahrung und Löschung der erhobenen Daten hinreichend bestimmt sein. Ferner bedürfe es organisatorischer, technischer und verfahrensrechtlicher Schutzvorkehrungen, soweit sich diese nicht aus der Datenschutzgesetzgebung oder anderen Bestimmungen ergeben (E. 3.3.1). Die Reichweite des Datenabgleichs müsse im Gesetz sachbezogen eingegrenzt werden, damit für die Teilnehmenden des Strassenverkehrs vorhersehbar sei, welche Informationen gesammelt, aufbewahrt und mit anderen Datenbanken verknüpft bzw. abgeglichen würden. Die Speicherung der erhobenen Daten habe sich am Verwendungszweck zu orientieren. Bestehe kein Bedarf für eine Weiterverwendung, seien die Daten grundsätzlich unverzüglich und spurlos zu löschen. Dies gelte insbesondere für Nichttrefferfälle (E. 3.3.2).

E. 8.2.2

Der EGMR hat im Urteil der Grossen Kammer vom 25. Mai 2021 i.S.

Centrum för Rättvisa gegen Schweden (§ 262) grundsätzliche Ausführungen zur Beurteilung von Systemen der Massenüberwachung gemacht. Er hielt fest, dass sein

üblicher Lösungsansatz betreffend gezielter Überwachung (vgl. oben, E. 4.3.3) an die Besonderheiten solcher Regime anzupassen sei, zum einen wegen der dieser Art der Überwachung innewohnenden Missbrauchsgefahr, zum andern wegen des legitimen, sie kennzeichnenden Geheimhaltungsbedürfnisses. So könne (anders als bei gezielten strafprozessualen Überwachungen) weder ein konkreter Tatverdacht noch eine präzise Umschreibung des betroffenen Personenkreises verlangt werden; dagegen sei es unabdingbar, mindestens den Zweck und die Umstände, unter denen solche Massnahmen angeordnet werden könnten, gesetzlich genügend klar zu umreissen (§ 262). Wie bisher müsse das nationale Recht zudem das Bewilligungsverfahren, das Verfahren zur Auswahl, Analyse und Verwendung der Daten, die zeitliche Dauer der Überwachung und der Aufbewahrung der Daten, die Verpflichtung zur Datenlöschung sowie die Voraussetzungen und Garantien bei der Datenübermittlung an Dritte definieren (§ 262 und § 275, zur Datenübermittlung an ausländische Behörden vgl. § 276). Zusätzlich sei zu verlangen, dass der Prozess von umfassenden Garantien ("

garanties de bout en bout") begleitet werde (§ 270 ff.). Hierfür seien die Notwendigkeit und die Verhältnismässigkeit der ergriffenen Massnahmen in jeder Phase (d.h. bei der Bewilligung der Anordnung, während der Durchführung der Überwachung, bei der Übermittlung von Daten an Dritte sowie nach Beendigung der Überwachung) von einer unabhängigen Behörde zu kontrollieren. Zur Ermöglichung dieser Kontrolle müsse jede Verfahrensetappe detailliert protokolliert werden (§ 270 in fine). Schliesslich sei eine effektive nachträgliche Beschwerdemöglichkeit einzuräumen (§ 271).

E. 8.2.3

Der zitierte Grundsatzentscheid des EGMR betraf die nachrichtendienstliche Überwachung der elektronischen Kommunikation per Funk und Kabel. Diese ist (nur) teilweise mit der automatisierten Fahrzeugkontrolle vergleichbar: Gemeinsam ist beiden Systemen die automatisierte Erfassung und Bearbeitung grosser Datenmengen, auch von Personen, die keinerlei Anlass für eine Überwachung gegeben haben. Dies ist mit einer erhöhten Missbrauchsgefahr verbunden und rechtfertigt grundsätzlich erhöhte Anforderungen an die Systemkontrolle. Dagegen wiegen die Geheimhaltungsinteressen bei der polizeilichen Fahndung weit weniger schwer als im Bereich des Nachrichtendienstes, weshalb es möglich erscheint, die Suchkriterien (Abgleichsdateien) gesetzlich einzuschränken (vgl. unten E. 8.5.1) und Auskunft über die gespeicherten Daten zu geben (unten E. 8.10.2). Auch Art und Umfang der erfassten Daten sind überschaubarer als bei der Funk- und Kabelaufklärung (vgl. unten E. 8.4). Insofern kann auf einzelne, vom EGMR verlangte Kontrollvorkehrungen (insbesondere die vorgängige richterliche Bewilligung) verzichtet werden (vgl. unten E. 8.9).

E. 8.3

Die Beschwerdeführenden machen zunächst geltend, § 36octies KapoG/SO sei zu unbestimmt, da nicht festgelegt werde, auf welche Art und Weise (z.B. offen oder verdeckt; dauerhaft, zeitlich begrenzt oder "fliegend", an einem Polizeifahrzeug montiert) die Kontrolle erfolge und an welchen Orten eine derartige Fahndung stattfinden dürfe. Die Norm lasse daher z.B. auch eine Fahndung auf privatem Grund, an der Zufahrtsstrasse zu einer Moschee, zu einem Lokal in der Rotlichtszene, zu einer Bank oder einer Anwaltskanzlei zu.

Das Departement legt in seiner Stellungnahme dar, die Notwendigkeit, Ort und Zeit sowie Art und Weise des Einsatzes der automatisierten Fahrzeugfahndung hingen von der jeweiligen Sicherheits- und Verkehrslage ab. Immerhin erfolge die automatisierte Fahrzeugfahndung nicht flächendeckend, sondern zielgerichtet (so auch die Botschaft, S. 25). Dass die automatisierte Fahrzeugfahndung mit mobilen oder (semi-) stationären Geräten oder auch "fliegend" erfolgen könne, sei allgemein bekannt und müsse nicht speziell geregelt werden.

E. 8.3.1

Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. In der Tat ist davon auszugehen, dass der Einsatz der mobilen oder (semi) stationären Geräte an Effektivität verlieren würde, wenn die Einsatzorte im Gesetz bestimmt wären: Analog zu anderen (herkömmlichen) Identitätskontrollen, bestimmt die Polizei nicht im Voraus, wo und wann diese durchgeführt werden. Die relative Unbestimmtheit der angefochtenen Norm betreffend Einsatzort ist der Polizeitätigkeit inhärent und verletzt daher das Bestimmtheitserfordernis nicht. Allerdings muss, wie bei jeder staatlichen und insbesondere polizeilichen Tätigkeit, der Verhältnismässigkeitsgrundsatz im Einzelfall beachtet werden (vgl. unten, E. 8.7).

E. 8.3.2

Dagegen muss nach der Rechtsprechung des EGMR zumindest die Dauer der Überwachung bestimmt sein (Urteil

Centrum för Rättvisa, § 249 und § 331 mit Hinweis). Vorliegend fehlt eine Regelung zur zeitlichen Beschränkung des Einsatzes. Dies ist insbesondere bei mobilen Geräten notwendig. Aber auch bei stationären Geräten erscheint es geboten, nach einer gewissen Zeitspanne erneut zu prüfen, ob der Einsatz am bisherigen Ort, zum bisherigen Zweck und unter den bisherigen Umständen weitergeführt, modifiziert oder beendet werden soll. Dieser Punkt muss zumindest in der Ausführungsverordnung präzisiert werden (vgl. unten, E. 8.11.4).

E. 8.4

Weiter rügen die Beschwerdeführenden, § 36octies Abs. 1 KapoG/SO sehe lediglich die Erfassung der "Kontrollschilder" vor. Gemäss dem heutigen Standard würden bei der automatisierten Fahrzeugfahndung auch weitere Daten erfasst, insbesondere der Zeitpunkt, der Standort, die Fahrtrichtung sowie die Fahrzeuginsassen.

E. 8.4.1

Der Wortlaut von § 36octies Abs. 1 KapoG/SO bezüglich der erfassten Daten ist klar: Danach werden einzig "Kontrollschilder von Fahrzeugen" automatisch erfasst. Dies impliziert jedoch ohne Weiteres, dass auch der Standort, die Fahrtrichtung und der Zeitpunkt erfasst werden. Durch den blossen Einsatz der automatisierten Fahrzeugfahndung weiss die Polizei, wo und wann die (semi) stationären Geräte aufgestellt sind bzw. die mobilen Geräte eingesetzt werden und in welche Richtung die Kamera zeigt. Dagegen impliziert der Wortlaut der angefochtenen Bestimmungen nicht, dass zusätzlich zum Kontrollschild auch die Fahrzeuginsassen per Foto erfasst werden. Da es sich um einen schweren Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung handelt (vgl. oben E. 8.1), würde eine solche Bearbeitung von Personendaten eine ausdrückliche Erwähnung im formellen Gesetz voraussetzen.

E. 8.4.2

Im Übrigen überzeugt nicht, was das Departement zu Gunsten der Erfassung der Fahrzeuginsassen vorbringt. In seiner Stellungnahme hält es fest, die Kamera fokussiere softwarebedingt auf die Kontrollschilder; zwar würden grundsätzlich auch die Fahrzeuginsassen fotografisch erfasst; diese seien aber "in aller Regel sehr schlecht erkennbar". Gleichzeitig führt das Departement aber aus, die Fotos von unbeteiligten Dritten liessen sich ohne Weiteres "verpixeln", was darauf hinweist, dass die Fahrzeuginsassen trotz allem auf den Fotos erkennbar sind. Mit dem technologischen Fortschritt wird es überdies immer unwahrscheinlicher, dass die auf dem Markt angebotenen Geräte eine derart schlechte Kamera enthalten, dass die Fahrzeuginsassen nicht erkennbar wären.

Entgegen der Auffassung des Departements ist auch der Vergleich mit Radarkameras unzulässig, da diese die Fahrzeuginsassen nur dann bildlich erfassen, wenn eine Verkehrsregelverletzung festgestellt wird; die automatisierte Fahrzeugfahndung erfasst dagegen systematisch alle Fahrzeuge und deren Insassen. Damit müssen die Strassenverkehrsteilnehmer und -teilnehmerinnen nicht rechnen. Personenaufnahmen dieses Ausmasses wären zudem unverhältnismässig. § 36octies KapoG/SO schliesst somit die bildliche Erfassung der Fahrzeuginsassen aus. Dies bedeutet, dass bei Bedarf die Software der zu beschaffenden Geräte so abgeändert bzw. umprogrammiert werden muss, dass die Fahrzeuginsassen nicht erfasst werden. Damit bedarf es keiner Regelung zur Löschung von Personendaten "unschuldiger Fahrzeuginsassen": Dürfen diese Daten nicht gespeichert werden, stellt sich auch das Problem ihrer Bearbeitung und Löschung nicht.

E. 8.5

Die Beschwerdeführenden machen weiter geltend, die angefochtene Norm bestimme nicht mit genügender Klarheit, mit welchen Datenbanken und Registern die erfassten Kontrollschilder abgeglichen werden könnten.

Der Wortlaut von § 36octies Abs. 2 KapoG/SO erlaubt den automatisierten Abgleich mit polizeilichen Personen- und Sachfahndungsregistern (lit. a), mit Listen von Kontrollschildern von Fahrzeugen, deren Halter oder Halterin der Führerausweis entzogen oder verweigert worden ist (lit. b) sowie mit konkreten Fahndungsaufträgen der Kantonspolizei (lit. c). Lit. b umfasst nach übereinstimmender Auffassung der Parteien nur Sicherungszüge von Fahrausweisen und nicht auch sog. Warnenzüge und wird von den Beschwerdeführenden nicht weiter beanstandet. Näher zu prüfen sind daher lit. a und c.

E. 8.5.1

Die Beschwerdeführenden rügen, aus lit. a ergebe sich nicht, welche polizeilichen Personen- und Sachfahndungsregister gemeint seien. Die Botschaft verweise diesbezüglich auf § 36 KapoG/SO. Der Katalog in § 36 Abs. 1 KapoG/SO sei indessen enorm umfangreich und letztlich schrankenlos. Die Liste polizeilicher Personen- und Sachregister könne beliebig erweitert werden. Es könne auch nicht ausgeschlossen werden, dass künftig ein automatisierter Abgleich mit sämtlichen Fahrzeugdatenbanken der Mitgliedstaaten der EU erfolge, im Rahmen der sog "Prümer Zusammenarbeit" (vgl. dazu das am 1. Oktober 2021 vom Parlament genehmigte Abkommen zwischen der Schweiz und der EU zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit [Prümer Zusammenarbeit] und des Eurodac Protokolls zwischen der Schweiz, der Europäischen Union und dem Fürstentum Liechtenstein betreffend den Zugang zu Eurodac für Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungszwecke; BBl 2021 742).

Das Departement hält fest, aus der Botschaft ergebe sich ausdrücklich, dass unter lit. a das Fahndungssystem des Bundes (RIPOL) und das Schengener Informationssystem (SIS) fielen. Es handle sich um bestehende Datenbanken; neu sei einzig, dass Personen, die bereits auf einer Fahndungsliste figurierten, auch mittels automatisierter Fahrzeugfahndung gesucht werden könnten. Die Voraussetzungen für die Ausschreibung, verdeckte Registrierung und Kontrolle seien in § 36 Abs. 1 KapoG/SO geregelt. Die Liste von Personen- und Sachfahndungsregistern könne nicht beliebig erweitert werden; hierfür bedürfte es vielmehr einer neuen gesetzlichen Grundlage.

§ 36 KapoG/SO und der (in § 36 Abs. 1 lit. d erwähnte) § 32 KapoG/SO lauten:

§ 36 KapoG/SO Ausschreibung, verdeckte Registrierung und gezielte Kontrolle

1 Die Kantonspolizei schreibt im Schweizerischen Polizeianzeiger eine Person aus, deren Aufenthaltsort unbekannt ist, wenn

- a) die Spezialgesetzgebung dies vorsieht;
- b) ihr Verhalten den ernstlichen Verdacht begründet, sie werde ein schweres Verbrechen begehen oder bereite ein solches vor;
- c) ihr eine amtliche Verfügung oder ein amtlicher Entscheid zugestellt werden muss;
- d) die Voraussetzungen von § 32 vorliegen;
- e) sie vermisst wird.

1bis Die Kantonspolizei kann zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit sowie zur Strafverfolgung Personen, Fahrzeuge und Container im Schengener Informationssystem zwecks verdeckter Registrierung ausschreiben und gezielt kontrollieren, sofern die Voraussetzungen nach Artikel 33 Absatz 2 oder 3 der Verordnung über den nationalen Teil des Schengener Informationssystems (N-SIS) und das SIRENE-Büro vom 7. Mai 2008 erfüllt sind.

2 Die Ausschreibung wird widerrufen, sobald der Grund entfallen ist.

§ 32 Zuführung Minderjähriger und Personen unter umfassender Beistandschaft

1 Die Kantonspolizei führt Minderjährige oder Personen unter umfassender Beistandschaft auf Begehren berechtigter Personen dem Inhaber der elterlichen Sorge oder der zuständigen Behörde zu, wenn sie sich der elterlichen oder der behördlichen Aufsicht entziehen oder von einem ihnen zugewiesenen Pflegeplatz entweichen.

Damit ist zwar der mögliche Inhalt der polizeilichen Fahndungsdateien gesetzlich umrissen. Dagegen ist den Beschwerdeführenden zuzustimmen, dass der Katalog von § 36 Abs. 1 KapoG/SO sehr weit ist und künftig selbst ohne Anpassung der betreffenden Bestimmung sogar noch erweitert werden kann, indem die "Spezialgesetzgebung" geändert wird, auf die lit. a verweist. Ein systematischer Abgleich der erfassten Kennzeichen mit allen genannten Personen- und Sachfahndungsregistern würde eine Vielzahl von Fällen umfassen, für welche die Anordnung einer automatisierten Fahrzeugfahndung entweder nicht erforderlich ist (z.B. in den Fällen gemäss § 36 Abs. 1 lit. d und e KapoG/SO, wenn keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die vermisste Person mit einem Auto unterwegs sein könnte) oder übermässig wäre, weil keine hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung vorliegt (z.B. Abgleich mit dem Register der Personen, denen eine amtliche Verfügung oder ein amtlicher Entscheid zugestellt werden muss gemäss lit. c).

Besteht ausnahmsweise ein erhebliches öffentliches Interesse an der Zustellung eines bestimmten Entscheids (z.B. eines Sicherheitsentzugs), bedarf es nicht des Abgleichs mit dem vollständigen Register, sondern es genügt ein Fahndungsauftrag im Einzelfall nach der Kennzeichnummer der konkret betroffenen Person (gemäss § 36octies Abs. 2 lit. c KapoG/SO).

§ 36octies Abs. 2 lit. a KapoG/SO genügt daher - auch in Verbindung mit § 36 Abs. 1 KapoG/SO - nicht, um den Anwendungsbereich der automatisierten Fahrzeugfahndung mit genügender Bestimmtheit einzuschränken bzw. die Verhältnismässigkeit der Massnahme sicherzustellen.

§ 36octies Abs. 2 lit. a KapoG/SO ist daher mangels genügender Bestimmtheit bzw. Unverhältnismässigkeit aufzuheben. Es wird Aufgabe des Gesetzgebers sein, diese Bestimmung auf diejenigen Personen- und Sachfahndungsdateien zu begrenzen, mit denen ein systematischer Abgleich erforderlich und verhältnismässig (im engeren Sinne) ist, aufgrund der Schwere der drohenden Gefahr oder des erheblichen Gewichts der öffentlichen Interessen (vgl. dazu unten, E. 8.7).

E. 8.5.2

Gemäss § 36octies Abs. 2 lit. c KapoG/SO ist der automatisierte Abgleich zudem mit "konkreten Fahndungsaufträgen der Kantonspolizei" zulässig. Die Beschwerdeführenden kritisieren, es sei nicht ersichtlich, welchen Anwendungsbereich diese Bestimmung neben der bereits sehr weiten lit. a haben könne; es handle sich um eine Blankettermächtigung, wonach jeder beliebige Polizist und jede beliebige Polizistin aufgrund einer beliebigen Fahndung auf die immense Datenmenge der automatisierten Fahrzeugfahndung zurückgreifen könne.

In der Botschaft wird dazu ausgeführt, ein konkreter Fahndungsauftrag der Polizei nach lit. c ergehe beispielsweise gegen verurteilte Straftäter, die aus dem Straf- oder Massnahmenvollzug geflüchtet seien, oder gegen Personen, nach denen im Zusammenhang mit schweren Straftaten, wie Anschlägen oder Entführungen, dringend gefahndet werde. Das Departement betont in seiner Vernehmlassung, lit. c ermögliche nicht die automatisierte Fahrzeugfahndung bei Bagatellen und leichten Delikten. Eine abschliessende Aufzählung der verschiedenen Kategorien von Fahndungsaufträgen lasse sich jedoch nicht bewerkstelligen.

Den Beschwerdeführenden ist einzuräumen, dass die Anwendungsbereiche von lit. a und lit. c zusammenhängen: Wäre ein automatisierter Abgleich mit sämtlichen Personen- und Sachfahndungsregistern zulässig, bliebe kaum mehr ein Spielraum für individuelle Fahndungsaufträge gemäss lit. c. Wird lit. a dagegen auf wenige Register beschränkt, bei denen ein systematischer Abgleich zulässig ist, muss die Möglichkeit verbleiben, im Einzelfall weitere Kennzeichen in das System einzugeben, um gezielt nach Personen oder Sachen zu fahnden, wenn Anhaltspunkte für eine Gefahr für Rechtsgüter oder öffentliche Interessen von erheblichem Gewicht bestehen (z.B. Vorbereitung schwerer Straftaten), und die automatisierte Fahrzeugfahndung als geeignetes, erforderliches und verhältnismässiges Mittel zu ihrer Auffindung erscheint (vgl. dazu unten, E. 8.7).

E. 8.6

Die Beschwerdeführenden stellen schon das öffentliche Interesse am Einsatz der automatisierten Fahrzeugfahndung in Frage. Der Bundesrat habe 2014 einen automatischen

Abgleich mit dem Schengener Informationssystem an der Grenze abgelehnt, weil dies zu einer Unmenge von falschen Treffern führen würde (Stellungnahme des Bundesrats zur Interpellation von NR Schläfli, Automatische Fahrzeugerkennung an der Landesgrenze, NR 14.3747).

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die automatisierte Fahrzeugfahndung eine effizientere und effektivere Fahndung ermöglicht als die herkömmlichen Methoden (z.B. die Errichtung von Kontrollstellen), ohne den Verkehrsfluss (z.B. an Autobahnen) zu stören. Dies liegt an sich im öffentlichen Interesse.

In der zitierten Stellungnahme führte der Bundesrat aus, dass die automatisierte Fahrzeugfahndung des Grenzwachtkorps (GWK) ein sehr gutes Hilfsmittel im Kampf gegen Schlepper, Drogenkuriere und Schmuggler sowie bei Alarmfahndungen und Kindsentführungen darstelle, das eine effiziente und ressourcenschonende Überwachung an neuralgischen Punkten erlaube. FedPol habe die Möglichkeit einer automatisierten, systematischen Abfrage im Schengener Informationssystem vertieft geprüft, sei jedoch zum Ergebnis gekommen, dass sowohl technische als auch rechtliche Hindernisse bestünden. Zudem würden andere Schengen-Staaten auf ihren Nummernschildern teilweise die gleichen Buchstaben- und Zahlenfolgen wie die Schweiz verwenden, was zu einer Unmenge von falschen Treffern führen würde. Damit stellte der Bundesrat den Nutzen der automatisierten Fahrzeugfahndung als Fahndungsmittel nicht generell in Frage, sondern betonte lediglich, dass die abzugleichenden Dateien sorgfältig, unter Berücksichtigung der Fehlerquote, festgelegt werden müssen.

E. 8.7

Die Beschwerdeführenden rügen weiter, § 36octies Abs. 2 lit. a-c KapoG/SO lasse schwere Grundrechtseingriffe zu, ohne Einzelfallprüfung und ohne einschränkende Kriterien, welche sicherstellen würden, dass die Verhältnismässigkeit der Massnahmen im engeren Sinne gewahrt sei. Ihres Erachtens darf die automatisierte Fahrzeugfahndung nur zum Schutz von Rechtsgütern von erheblichem Gewicht zugelassen werden.

E. 8.7.1

Gemäss § 36octies Abs. 1 KapoG/SO "kann" die Kantonspolizei Kontrollschilder von Fahrzeugen automatisiert erfassen und mit den (in Abs. 2 genannten) Daten abgleichen. Bei der Ausübung dieses Ermessens ist sie insbesondere an das Verhältnismässigkeitsprinzip gebunden (vgl. § 25 KapoG/SO).

E. 8.7.2

Für die Verhältnismässigkeit automatisierter Abläufe, die eine unbestimmte Vielzahl von Personen betreffen, die keinerlei Anlass zu einer Kontrolle gegeben haben, ist ein strengerer Massstab anzulegen als bei herkömmlichen Kontrollmassnahmen (z.B. die Anhaltung und Identitätsfeststellung gemäss § 34 KapoG/SO), bei welchen dem jeweiligen Einzelfall Rechnung getragen werden kann. Das allgemeine Interesse, jegliche zur Fahndung ausgeschriebene Personen oder Sachen zu identifizieren und aufzugreifen, genügt nicht, um die Durchführung beliebiger Kontrollen gegenüber jedermann, zu beliebiger Zeit und an beliebigen Orten zu rechtfertigen. Vielmehr bedarf es eines hinreichenden Anlasses für die Anordnung der automatisierten Fahrzeugfahndung; diese muss dem Schutz von Rechtsgütern oder öffentlichen Interessen von erheblichem Gewicht dienen (so zu Recht das deutsche Bundesverfassungsgericht; vgl. BVerfGE 150, 244 ff., Rn. 92, 95 und 106;

BVerfGE 150, 309, Rn. 73).

E. 8.7.3

Wird Abs. 2 lit. a jedoch wie oben (E. 8.5.1) dargelegt eingeschränkt und lit. c unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips gehandhabt (E. 8.5.2), so wird der Anwendungsbereich der automatisierten Fahrzeugfahndung auf Fälle beschränkt, in denen ein gewichtiges öffentliches Interesse den Grundrechtseingriff rechtfertigt. Es erscheint daher grundsätzlich möglich, § 360c des KapoG/SO in diesem Sinne verfassungskonform auszulegen. Allerdings muss dies nicht nur theoretisch möglich, sondern auch im Anwendungsfall effektiv sichergestellt sein (so auch der bereits zitierte Grundsatzentscheid des EGMR

Centrum för

Rättvisa, § 348 und § 351 mit Hinweisen). Dies ist im Folgenden näher zu prüfen, anhand der vorgesehenen datenschutzrechtlichen Sicherungen (E. 8.9), des Rechtsschutzes (E. 8.10) und der anderen Kontrollmechanismen (E. 8.11).

E. 8.8

Zuvor ist noch auf die Befürchtung der Beschwerdeführenden einzugehen, wonach die automatisierte Überwachung sowie die Erfassung und Verwendung biometrischer Daten erheblich an Bedeutung gewinnen werden, z.B. durch Gesichtserkennungssoftware oder sog. "Data Mining"-Anwendungen (mit Hinweis auf OLIVIA ZINGG, Data-Mining in der Polizeiarbeit - Rechtliche Rahmenbedingungen und regulative Herausforderungen, in: Monika Simmler [Hrsg.], Smart Criminal Justice - Der Einsatz von Algorithmen in der Polizeiarbeit und Strafrechtspflege, 2021, S. 195). Dateien könnten umfassend indiziert, verknüpft und Zusammenhänge generiert werden, um eine Suche nach Objekten oder Personen zu erlauben und Persönlichkeitsprofile zu erstellen. Dies könne zu einer Totalüberwachung der Gesellschaft führen und den Kerngehalt der informationellen Selbstbestimmung verletzen.

Diese Bedenken sind ernst zu nehmen, weshalb es einer einschränkenden Regelung und wirksamer Kontrollmassnahmen bedarf. Vorliegend ist jedoch aufgrund des Gesetzestextes gewährleistet, dass die Fahrzeuginsassen bei der automatisierten Fahrzeugfahndung nicht fotografisch festgehalten werden dürfen; dies schliesst den Einsatz von Gesichtserkennungstechnologie aus. Die aus der automatisierten Fahrzeugerhebung erlangten Daten dürfen grundsätzlich nur zweckgebunden verwendet und nicht beliebig mit anderen Dateien zusammengeführt werden (vgl. unten E. 8.9.2). Neue Geräte bzw. eine neue Software mit im Gesetz nicht vorgesehenen Funktionalitäten dürfen nicht ohne Gesetzesrevision eingesetzt werden. Zum heutigen Zeitpunkt ist der Kerngehalt von Art. 13 BV damit nicht berührt (so auch BGE 146 I 11 E. 3.1.2).

Der Gesetzgeber wird indessen die technische und gesellschaftliche Entwicklung im Auge behalten müssen und gegebenenfalls verpflichtet sein, ergänzende Bestimmungen zum Schutz des Kernbereichs der informationellen Selbstbestimmung zu erlassen (vgl. Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 12. April 2005 zur GPS-Observation [2 BvR 581/01], publ. in BVerfGE 112, 304, Rn. 60 mit Hinweisen).

E. 8.9

Zu den nach Art. 13 Abs. 2 BV erforderlichen Schutzvorkehrungen gegen Datenmissbrauch gehören insbesondere hinreichend bestimmte Regelungen zur Aufbewahrung, Löschung,

Verwendung und Übermittlung der erhobenen Daten (BGE 146 I 11 E. 3.3.1). Dies entspricht auch der Rechtsprechung des EGMR (vgl. oben, E. 8.2.2).

E. 8.9.1

§ 36octies Abs. 3 KapoG/SO regelt die Löschung der mittels automatisierter Fahrzeugfahndung erfassten Daten: Diese erfolgt unverzüglich bei fehlender Übereinstimmung mit einer Datenbank (lit. a) und gemäss den Bestimmungen des entsprechenden Verwaltungs- oder Strafverfahrens bei einer Übereinstimmung mit der Datenbank (lit. b).

§ 41 Abs. 1 KapoG/SO verweist für Daten und Akten der Kantonspolizei auf die allgemeinen Bestimmungen über das Amtsgeheimnis und den Datenschutz. Diese befinden sich im Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Solothurn vom 21. Februar 2001 (InfoDG/SO; BGS 114.1) sowie in der dazugehörigen Verordnung vom 10. Dezember 2001 (InfoDV/SO; BGS 114.2) und - speziell für die Polizei - der Verordnung vom 1. April 2003 über die polizeiliche Datenerhebung, -bearbeitung und -speicherung (PolDaVO; BGS 511.13). Letztere sieht für Daten, die einen Bezug zu einer Straftat haben, eine nach Delikten gestaffelte Aufbewahrungsdauer zwischen 3 und 90 Jahren vor (§§ 28 Abs. 2 und 30bis PolDaVO). Stehen die Personendaten im Zusammenhang mit einem administrativen Bewilligungsverfahren, werden sie grundsätzlich nach 10 Jahren gelöscht (§ 31 Abs. 1 PolDaVO). Spezielle Fristen gelten nach § 31bis PolDaVO für im Rahmen des kantonalen Bedrohungsmanagements (KBM) bearbeitete Personendaten.

Die Beschwerdeführenden rügen zunächst, es fehle eine Regelung für "unechte Treffer", die sich nachträglich als falsch herausstellten. Dem ist entgegenzuhalten, dass § 36octies Abs. 3 lit. a KapoG/SO auch auf diesen Fall anwendbar ist: Stellt sich heraus, dass der vermeintliche Treffer falsch ist, liegt eine "fehlende Übereinstimmung mit einer Datenbank vor", d.h. die erfassten Daten müssen unverzüglich gelöscht werden. Dass in diesen Fällen die Löschung nicht automatisch erfolgt, sondern manuell durch einen Polizeibeamten bzw. eine Polizeibeamtin, ändert nichts an der gesetzlichen Pflicht, die Daten unverzüglich zu löschen.

Dagegen ist den Beschwerdeführenden zuzustimmen, dass weder im KapoG/SO noch in der Ausführungsverordnung geregelt ist, wie lange (Treffer-) Daten aus der automatisierten Fahrzeugfahndung aufbewahrt werden dürfen, wenn (noch) kein Verwaltungs- oder Strafverfahren eingeleitet worden ist (vgl. zu dieser Konstellation Art. 7 Abs. 1 der Verordnung über den Einsatz von Bildaufnahme-, Bildaufzeichnungs- und anderen Überwachungsgeräten durch das Bundesamt für Zoll und Grenzsicherheit vom 4. April 2007 [SR 631.053]: Vernichtung nach einem Monat). Der Verweis auf die allgemeine Regelung zur Aufbewahrungsdauer erkennungsdienstlicher Daten genügt dafür nicht (so schon BGE 146 I 11 E. 3.3.2). Der Kanton Solothurn wird eine ausdrückliche Regelung erlassen müssen.

E. 8.9.2

Die Beschwerdeführenden befürchten überdies, dass die bei der automatisierten Fahrzeugfahndung gewonnenen Daten gestützt auf den neu geschaffenen § 42bis KapoG/SO (Elektronischer Datenaustausch) im Rahmen von "Schnittstellen" bzw. über "Scharniernormen" mit dem Bund, anderen Kantonen oder sogar mit ausländischen Behörden geteilt werden könnten.

§ 42bis KapoG/SO lautet:

§ 42bis Elektronischer Datenaustausch

1 Die Kantonspolizei kann mit den Polizeibehörden des Bundes und der Kantone bei der Übermittlung von Personendaten gemäss § 42 und zur Erkennung oder Bekämpfung von Verbrechen und Vergehen oder zur Suche nach vermissten oder entwichenen Personen auf elektronischem Weg zusammenarbeiten.

2 Sie kann soweit zur Aufgabenerfüllung erforderlich:

a) Schnittstellen zwischen eigenen polizeilichen Datenbearbeitungssystemen und jenen des Bundes und anderer Kantone einrichten;

b) mit den Polizeibehörden des Bundes und anderer Kantone gemeinsame Datenbearbeitungssysteme betreiben.

3 Zugriffsberechtigung, Beschränkungen und Einzelheiten unterstehen den kantonalen Bestimmungen zur Informationssicherheit und zum Datenschutz, soweit übergeordnetes Recht nichts Abweichendes vorsieht.

§ 42bis Abs. 1 KapoG/SO nimmt Bezug auf die allgemeinen Voraussetzungen der Amtshilfe nach § 42 KapoG/SO. Danach dürfen andern Amtsstellen, Behörden und Gemeinden Informationen nur übermittelt werden, wenn dies zur Erfüllung der Aufgaben des Informationsempfängers erforderlich ist.

Handelt es sich bei der automatisierten Fahrzeugfahndung um einen schweren Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, so ist für die Weiterverwendung dieser Daten ein vergleichbar gewichtiges öffentliches Interesse zu verlangen wie für die Datenerhebung (so auch BVerfGE 150, 244, Rn. 165; 150, 309, Rn. 91). Die Regelung im KapoG/SO, welche die Übermittlung zur Erfüllung irgendwelcher Aufgaben der anfordernden Behörde zulässt, genügt dafür nicht.

Zwar verweisen § 41 Abs. 1 und § 42bis Abs. 3 KapoG/SO auf das InfoDG/SO. Dieses enthält neben allgemeinen Grundsätzen zur Zweckbindung der Datenbearbeitung (§ 16 Abs. 2) und zur Bekanntgabe von Daten (§ 21; mit speziellen Anforderungen für die Übermittlung ins Ausland gemäss § 21a) auch eine einschränkende Regelung über die Weitergabe visuell aufgezeichneter Daten (§ 16ter InfoDG/SO) : Solche Daten dürfen nur übermittelt werden, wenn sie von der anfordernden Behörde zur Verfolgung eines Zweckes benötigt werden, welcher mit dem ursprünglichen Aufnahmезweck in einem sachlichen Zusammenhang steht (lit. a). Es ist allerdings unklar, ob diese Norm, die 2007, in anderem Zusammenhang, in das Gesetz eingefügt wurde, auf die Daten der automatisierten Fahrzeugfahndung anwendbar ist; sie wird weder in der Botschaft noch in der Vernehmlassung des Departements erwähnt.

Erforderlich ist somit eine klare Regelung, zu welchen weiteren (d.h. nicht der automatisierten Fahrzeugfahndung zugrunde liegenden) Zwecken die Daten verwendet, anderen Behörden übermittelt oder mit diesen über Schnittstellen oder gemeinsame Datenbearbeitungssysteme geteilt werden dürfen, und wer darüber entscheidet (vgl. dazu Art. 8 und 9 der bereits zitierten bundesrechtlichen Verordnung).

E. 8.9.3

Dagegen erscheint es nicht unabdingbar, alle diese Fragen im formellen Gesetz zu regeln. § 36octies Abs. 3 KapoG/SO enthält einige grundlegende Bestimmungen zum Datenschutz; § 36octies Abs. 4 KapoG/SO verweist für "die Einzelheiten" auf das Verordnungsrecht.

Allerdings beanstanden die Beschwerdeführenden zu Recht, dass § 36octies KapoG/SO in Kraft gesetzt worden ist, ohne dass die Verordnung angepasst wurde. Der Kanton macht in seiner Vernehmlassung geltend, er könne die Einzelheiten in Bezug auf den Datenschutz erst dann auf Verordnungsebene regeln, wenn der Entscheid über die Anschaffung der betreffenden Geräte gefallen sei und deren Typ feststehe. Ob dies zutrifft, kann dahingestellt bleiben: Jedenfalls darf gestützt auf § 36octies KapoG/SO keine automatisierte Fahrzeugfahndung angeordnet werden, solange die erforderlichen Datenschutzregelungen fehlen (vgl. auch unten, E. 8.11.4). Dies wird im Dispositiv festzuhalten sein.

E. 8.10

Die Beschwerdeführenden beanstanden weiter eine Verletzung von Art. 13 EMRK, weil kein Rechtsschutz vorgesehen sei; von der automatisierten Fahrzeugfahndung betroffene Personen würden auch nachträglich nicht benachrichtigt.

Eine nachträgliche Benachrichtigung aller Halter bzw. Führer von mittels automatisierter Fahndung erfassten Fahrzeugen ist nicht vorgesehen und aufgrund der grossen Menge an Daten auch kaum möglich. Dies erschwert den Rechtsschutz, schliesst ihn aber nicht völlig aus:

E. 8.10.1

Führt ein erfasstes Kontrollschild zu einer Übereinstimmung mit einer Datenbank (Treffer oder "Hit") und trifft die Polizei daraufhin Massnahmen (z.B. Anhaltung der Person, Abklärungen zur Identität des Fahrzeugführers bei Fahrzeugen, dessen Halter der Führerausweis aus Sicherheitsgründen entzogen worden ist; Rückführung einer vermissten Person), so erfährt die betroffene Person vom Einsatz der automatisierten Fahrzeugfahndung und kann sich dagegen zur Wehr setzen.

E. 8.10.2

Werden dagegen Kontrollschilder erfasst, die nicht in einer Datenbank aufgeführt sind (Nicht-Treffer), oder die nachträglich als falsche Treffer identifiziert werden, sind diese gemäss § 36octies Abs. 3 lit. a KapoG/SO unverzüglich zu löschen. Da jedoch bereits die automatisierte Erfassung eines Kennzeichens und dessen Abgleich mit einer Datenbank einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung darstellen, besteht auch in dieser Situation Anspruch potenziell Betroffener auf eine wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK (so auch das Verfassungsgericht des Landes Brandenburg, Urteil 62/19 vom 19. März 2021, https://verfassungsgericht.brandenburg.de/verfgbbg/de/entscheidungen/entscheidungssuche/detail-entscheidung/~19-03-2021-vfgbbg-6219_4106). In einem analogen Fall (betreffend die Funk- und Kabelaufklärung) erachtete das Bundesgericht daher ein Feststellungsgesuch gemäss Art. 25 Abs. 1 DSG als zulässig (BGE 147 I 280 E. 7.2-9.4); diese Bestimmung entspricht § 29 InfoDG/SO. Das Departement weist in seiner Vernehmlassung überdies auf die Möglichkeit hin, ein Feststellungsgesuch gemäss Art. 28bis VRPG/SO oder ein Auskunftsgesuch gemäss § 26 InfoDG/SO zu stellen.

E. 8.10.3

Dies gilt erst recht, wenn Daten aufgrund der automatisierten Fahndung gespeichert, aber kein Verfahren eröffnet worden ist.

E. 8.11

Die Beschwerdeführenden beanstanden schliesslich das Fehlen weiterer Kontrollmechanismen zur Begrenzung der Missbrauchsgefahr. § 36octies KapoG/SO schränke weder den Kreis der zur Anordnung berechtigten Personen ein noch sehe er eine Protokollierungspflicht noch eine Kontrollstelle vor. Die automatisierte Fahrzeugfahndung sei auch von der Berichterstattungspflicht nach § 43 KapoG/SO ausgenommen. § 36octies Abs. 4 KapoG/SO verweise für die Einzelheiten auf das Dienstreglement; dieses sei indessen noch nicht angepasst worden.

E. 8.11.1

In der Tat sind bei Systemen der Massenüberwachung zusätzliche Schutz- und Kontrollmechanismen erforderlich, um eine verfassungskonforme Handhabung im Anwendungsfall sicherzustellen, Missbräuche zu verhindern und ein Gefühl der Überwachung mit einem entsprechenden "

chilling effect " zu vermeiden. Allerdings bedarf es für die automatisierte Fahrzeugfahndung nicht einer gleich umfassenden Kontrolle ("

de bout à bout "), wie vom EGMR für die nachrichtendienstliche Funk- und Kabelaufklärung verlangt (vgl. oben, E. 8.2.2). Immerhin muss zumindest das Verfahren der Anordnung geregelt werden. Dazu gehört auch die Anordnungsbefugnis innerhalb der Kantonspolizei (vgl. oben, E. 6.2.3 und als Beispiel Art. 6 der Verordnung über den Einsatz von Bildaufnahme-, Bildaufzeichnungs- und anderen Überwachungsgeräten [...]; SR 631.053) sowie die maximale Geltungsdauer einer solchen Anordnung (oben E. 8.3.2).

E. 8.11.2

Zudem muss zur Gewährleistung einer verfassungskonformen Anwendung periodisch von einer unabhängigen Stelle kontrolliert werden, dass die automatisierte Fahrzeugfahndung nicht für eine systematische Überwachung und Datensammlung auf Vorrat missbraucht wird und die gesetzlichen Einschränkungen eingehalten werden (insbesondere Anordnung der automatisierten Fahrzeugfahndung nur zum Schutz gewichtiger Rechtsgüter und öffentlichen Interessen; keine Erfassung von Bildern der Fahrzeuginsassen; unverzügliche und spurlose Löschung von Nicht-Treffern und falschen Treffern; Wahrung der Aufbewahrungsfristen und Löschungsvorgaben bei Treffern, Überprüfung der Weitergabe solcher Daten). Die Öffentlichkeit muss in geeigneter Form über die Ergebnisse solcher Kontrollen informiert werden, um einen "

chilling effect " zu vermeiden.

Der blosse Hinweis in § 41 Abs. 1 KapoG/SO auf die allgemeinen Datenschutzbestimmungen genügt dafür nicht: Zwar kann der oder die kantonale Beauftragte für Information und Datenschutz von Amtes wegen oder auf Anzeige hin tätig werden, Akten und Dokumente herausverlangen und sich Datenbearbeitungen vorführen lassen (§ 33 InfoDG/SO). Diese allgemeine Befugnisnorm stellt jedoch nicht sicher, dass tatsächlich regelmässig (innerhalb bestimmter Zeitperioden) eine Kontrolle stattfindet. Die in § 5 Abs. 1 der Verordnung über die Dienstaufsicht und Kontrolle der Tätigkeiten der Polizei Kanton Solothurn zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 22. Mai 2012 (Dienstaufsichtsverordnung; BGS 511.121) verlangte jährliche Prüfung bezieht sich nur auf

die Aufgaben, welche der Kanton gestützt auf das Bundesgesetz zur Wahrung der inneren Sicherheit zu erfüllen hat (vgl. §§ 1 und 3 Dienstaufsichtsverordnung).

E. 8.11.3

Überdies sieht § 13 InfoDV/SO eine Pflicht zur Protokollierung nur für das automatisierte Bearbeiten besonders schützenswerter Personendaten und von Persönlichkeitsprofilen vor. Es besteht daher keine Gewähr, dass die Einsätze zur automatisierten Fahrzeugfahndung (nach Ort, Zeit und Dauer, Zweck und Art des Einsatzes, Umfang des Abgleichs mit Dateien), deren wesentliche Ergebnisse (einschliesslich Fehlerquote) sowie die Bearbeitung der dabei anfallenden Daten hinreichend dokumentiert und der zuständigen unabhängigen Kontrollstelle regelmässig in einer für sie verwertbaren Form zur Verfügung gestellt werden.

E. 8.11.4

Auch hier stellt sich die Frage, ob die fehlenden Kontrollmechanismen (zumindest in den Grundzügen) im Gesetz selbst zu regeln sind, d.h. ob es mit dem Legalitätsprinzip vereinbar ist, wenn § 36octies Abs. 4 KapoG/SO für "die Einzelheiten" auf das Dienstreglement verweist, ohne inhaltliche Vorgaben zu machen. Für eine Regelung im formellen Gesetz spricht der Umstand, dass es sich um einen schweren Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung handelt. Allerdings stellen die fehlenden Kontrollmechanismen nicht eigentliche Voraussetzungen des Grundrechtseingriffs dar, sondern dienen der Aufsicht und der Sicherstellung der Rechtmässigkeit des Vollzugs. Es erscheint daher zulässig, solche Sicherungen auf Verordnungsebene zu regeln; nicht ausreichend ist dagegen eine bloss interne Weisung (vgl. oben, E. 6.2.3).

Allerdings müssen die Verordnungsbestimmungen in Kraft sein, bevor eine automatisierte Fahrzeugfahndung gestützt auf § 36octies KapoG/SO angeordnet werden darf (vgl. oben, E. 8.9.5). Ansonsten wäre nicht sichergestellt, dass das Überwachungssystem insgesamt, bei der gebotenen Gesamtschau, mit Art. 13 BV und Art. 8 EMRK vereinbar ist (vgl. oben, E. 4.3.3). Dies ist im Urteilsdispositiv festzustellen.

E. 9

§ 39ter KapoG/SO lautet:

§ 39

ter Flugverbot für unbemannte Luftfahrzeuge bis 30 kg Gewicht

1 Bei einem Einsatz der Polizei, der Feuerwehr, des Zivilschutzes und des Rettungsdienstes gilt im Umkreis von 300 m um den Ereignisort ein Flugverbot. Der zuständige Polizeioffizier der Kantonspolizei kann das Flugverbot ganz oder teilweise aufheben.

2 In Gefährdungslagen für Personen und Sachen Dritter auf dem Boden kann der zuständige Polizeioffizier ein Flugverbot erlassen. Das Flugverbot tritt sofort in Kraft.

3 Im Übrigen richtet sich die Benützung des Luftraums nach der Bundesgesetzgebung über die Luftfahrt.

Die Missachtung eines Flugverbots nach § 39ter KapoG/SO wird mit Busse bestraft (§ 31ter des Gesetzes über das kantonale Strafrecht und die Einführung des Schweizerischen Strafgesetzbuches [BGS 311.1]).

Vor Bundesgericht angefochten ist lediglich Absatz 1 von § 39ter KapoG/SO.

E. 9.1

Die Beschwerdeführenden rügen einen unzulässigen Eingriff in die Meinungs- und Informationsfreiheit sowie die Medienfreiheit (Art. 16, 17 BV ; 10 EMRK), die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV , 8 EMRK) und die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV).

E. 9.1.1

Das Flugverbot beschränkt die Möglichkeit, die Arbeit von Polizei und Rettungskräften mittels Drohnen zu beobachten und aufzuzeichnen, und damit die Recherchetätigkeit der Medien, weshalb ein Eingriff in die durch Art. 17 BV und Art. 10 EMRK geschützte Medienfreiheit vorliegt. Berührt wird auch die Informationsfreiheit gemäss Art. 16 BV und Art. 10 EMRK . Danach hat jede Person das Recht, Informationen frei zu empfangen, aus allgemein zugänglichen Quellen zu beschaffen und zu verbreiten (Abs. 3). Dies umfasst auch das Suchen und Sammeln von Informationen aus eigener Beobachtung (MAYA HERTIG, in: Basler Kommentar zur BV, 2015, N. 24 zu Art. 16 BV).

Die Beschwerdeführenden arbeiten nicht beruflich als Journalist bzw. Journalistin, sondern sind anwaltlich tätig, vor allem im Bereich der Strafverteidigung. Sie können sich wie jedermann auf die Informationsfreiheit berufen. Sodann legen sie - zumindest implizit - dar, als Medienkonsumenten und -konsumentinnen ein schutzwürdiges Interesse an einer unabhängigen Berichterstattung über Polizeieinsätze zu haben. Auch insoweit können sie sich auf die Medienfreiheit berufen: Diese ist kein Selbstzweck, sondern darauf ausgerichtet, den Fluss von Informationen zugunsten der Empfängerinnen und Empfänger zu gewährleisten (STEPHAN C. BRUNNER/HERBERT BURKERT, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., zu Art. 17 BV , N. 33 mit Hinweisen).

E. 9.1.2

Das Grundrecht der persönlichen Freiheit schützt neben den in Art. 10 Abs. 2 BV ausdrücklich genannten Rechten auch das Recht auf Selbstbestimmung und auf individuelle Lebensgestaltung, soweit es sich um elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung des Menschen handelt (BGE 138 IV 13 E. 7.1 mit Hinweisen); sie hat dagegen nicht die Funktion einer allgemeinen Handlungsfreiheit (vgl. BGE 108 Ia 59 E. 4a mit Hinweisen). Vorliegend ist nicht ersichtlich, inwiefern der Möglichkeit, Drohnen auch über Einsatzstellen fliegen zu lassen, derart grundlegende Bedeutung zukommen soll.

E. 9.1.3

Das Eigentum an Grund und Boden erstreckt sich gemäss Art. 667 Abs. 1 ZGB auch auf den Luftraum, soweit für die Ausübung des Eigentums ein Interesse besteht. Insofern kann das Verbot, Drohnen in 300 m Umkreis eines Einsatzortes fliegen zu lassen, im Einzelfall auch zu einer (allerdings zeitlich begrenzten) Einschränkung der Eigentümerbefugnisse führen.

E. 9.1.4

Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Einschränkung der tangierten Grundrechte in § 39ter Abs. 1 KapoG/SO auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruht (E. 9.2), verhältnismässig ist (E. 9.3) und die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes wahrt (E. 9.4).

E. 9.2

Die Beschwerdeführenden rügen zunächst, die (strafbewehrte) Verbotsnorm sei nicht hinreichend bestimmt; insbesondere sei unklar, was mit einem "Einsatz" gemeint sei, z.B. ob schon eine alltägliche Patrouillentätigkeit, eine längere Verkehrskontrolle oder z.B. der Dauereinsatz im Rahmen eines Festes gemeint sei. Zudem werde nicht genügend zwischen öffentlichem und privatem Grund differenziert.

E. 9.2.1

Das Departement führt dazu aus, nach dem allgemeinen Sprachgebrauch handle es sich um Tätigkeiten der Gefahrenabwehr oder Schadensbekämpfung der jeweiligen Einsatzorganisation, die eine bestimmte Stärke aufweisen müssten; alltägliche Patrouillentätigkeit oder normale Feuerwehrrübungen fielen nicht darunter. Der Kanton Waadt kenne eine vergleichbare Formulierung ("

où se déroule une intervention " in Art. 3 Abs. 1 des Règlement concernant l'interdiction de survol de périmètres déterminés par des aéronefs sans occupants de poids inférieur à 30 kg [RISA; RSV 740.24]). Da solche Einsätze sowohl auf öffentlichem als auch auf privatem Grund erfolgen könnten, sei zu Recht keine Differenzierung vorgenommen worden. Um die Vorhersehbarkeit bzw. Erkennbarkeit von Flugverbotszonen für die Nutzer und Nutzerinnen sicherzustellen, werde die Kantonspolizei auf ihrer Homepage umfassend über die neue Regelung informieren; zudem würden die Absperrungen rund um Einsatzorte künftig so ausgestaltet, dass sowohl auf die horizontale als auch - soweit möglich - auf die vertikalen Zugangsbeschränkungen hingewiesen werde; entsprechende Informationen würden auch auf den digitalen Kanälen veröffentlicht. Im Übrigen könnten moderne Drohnen mit entsprechender Software die Flugverbotszonen erkennen und die betreffenden Gebiete umfliegen.

E. 9.2.2

Es ist den Beschwerdeführenden einzuräumen, dass der Begriff des "Einsatzes" sehr weit ist, da er sprachlich lediglich die Ausübung einer Tätigkeit oder eines Dienstes unter Einsatz von personellen oder sachlichen Mitteln voraussetzt. Zwar handelt es sich nicht um einen schweren Grundrechtseingriff; aufgrund der Strafbewehrung des Flugverbots ist jedoch ein genügend präziser Anwendungsbereich erforderlich. Schliesslich erscheint es auch unter dem Blickwinkel der Verhältnismässigkeit geboten, den Anwendungsbereich auf Fälle einzugrenzen, in denen typischerweise ein besonderes Schutzbedürfnis besteht (vgl. dazu unten, E. 9.3.3).

Insofern erscheint es notwendig, das generelle Flugverbot gemäss Abs. 1 auf Notfalleinsätze zu begrenzen, d.h. auf dringliche, nicht im Voraus geplante Einsätze, die der Rettung von Leib und Leben, der Abwendung einer erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder der Erhaltung bedeutender Sachwerte dienen. Diese Einsätze sind oft schon äusserlich, durch die Anfahrt mit Blaulicht und Wechselhorn zur Unfallstelle oder zum Tatort, erkennbar. Dagegen besteht bei von langer Hand geplanten Einsätzen (z.B. Sicherung eines Festbetriebs) oder Routinetätigkeiten (Patrouillen) genügend Zeit, um - sofern im Einzelfall nötig - ein Flugverbot nach Abs. 2 auszusprechen.

Dies entspricht auch der Regelung der EU, die ein Flugverbot für Drohnen in und um Gebiete vorsieht, "in denen ein Notfalleinsatz stattfindet" (

"à proximité ou à l'intérieur de zones où des mesures d'intervention

d'urgence

sont en cours"; vgl. Durchführungsverordnung (EU) 2019/947 der Kommission vom 24. Mai 2019 über die Vorschriften und Verfahren für den Betrieb unbemannter Luftfahrzeuge, Anhang A, UAS.OPEN.060 Ziff. 3 lit. e, und Anhang B, UAS.SEPC.060 Ziff. 3 lit. e).

E. 9.3

Die Beschwerdeführenden bestreiten schon, dass ein öffentliches Interesse für das Flugverbot bestehe; jedenfalls aber sei das Verbot nicht erforderlich und nicht verhältnismässig im engeren Sinn.

E. 9.3.1

Gemäss der Botschaft (S. 28) dient § 39ter Abs. 1 KapoG/SO erstens der Verhinderung von Kollisionen mit einem Rettungshelikopter oder anderen Einsatzgeräten und demnach der Sicherheit der Anwesenden vor Ort. Zweitens stelle sie die ungestörte Aufgabenerfüllung durch die Blaulichtorganisationen sicher. Drittens würden Aufnahmen von Ereignis- und Tatorten verunmöglicht; dadurch werde einerseits die Gefährdung der Untersuchung verhindert und andererseits das Persönlichkeitsrecht der Beteiligten, insbesondere der Unfallopfer, geschützt, indem das Erstellen und die missbräuchliche Verwendung von Bildaufnahmen verhindert werde. Diese öffentlichen Interessen seien höher zu gewichten als das private Interesse an der unbegrenzten Nutzung des Luftraums. Sofern zur Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe nötig, sei der zuständige Polizeioffizier bzw. die Polizeioffizierin im Einzelfall zur vollständigen oder teilweisen Aufhebung des Flugverbots ermächtigt. Damit könne im Einzelfall rasch verhältnismässig und angemessen reagiert werden.

E. 9.3.2

Die Beschwerdeführenden bestreiten das öffentliche Sicherheitsinteresse: Eine Gefährdung, z.B. durch den Absturz einer Drohne, sei bei Einsätzen der Polizei und Rettungskräfte nicht grösser als sonst. Dies belege § 36novies KapoG/SO, der es der Polizei erlaube, Drohnen im Zusammenhang mit Veranstaltungen und Kundgebungen, d.h. bei grossen Menschenansammlungen, einzusetzen.

Ein generelles Flugverbot sei auch nicht erforderlich, sondern es genüge die Möglichkeit, ein solches Verbot im Einzelfall auszusprechen (gemäss § 39ter Abs. 2 KapoG/SO). Überdies sei die Norm in personeller und in räumlicher Hinsicht zu weit und undifferenziert: Ein Perimeter von 300 m um die Unfallstelle würde die gesamte Altstadt Solothurns einschliesslich Grünflächen und Parkanlagen umfassen; dies sei viel weiter als die Absperrungen am Boden. In personeller Hinsicht fehle die Möglichkeit einer Ausnahme (z.B. per Akkreditierungsverfahren) für Videojournalisten und andere fachkundige Personen, die Gewähr für einen sicheren Einsatz der Drohnen böten.

Schliesslich führe das Flugverbot zu einer unverhältnismässigen Einschränkung der Informations- und Medienfreiheit. Es bestehe ein grosses Informationsinteresse der Öffentlichkeit, gerade im Zusammenhang mit Einsätzen der Polizei, der Feuerwehr, des Zivilschutzes und des Rettungsdienstes. Die in einer demokratischen Gesellschaft unabdingbare "Wächterfunktion" der Medien setze voraus, dass sich die Öffentlichkeit bzw. die Medien ein eigenes Bild machen könnten und sich nicht einzig auf Angaben der Polizei stützen müssten (mit Hinweis auf REGULA BÄHLER, Fotografen und Videojournalisten als Störer, Medialex 2015 Rz. 15). Die Koppelung mit einer Busdrohung bis zu Fr.

10'000.-- könne zu einem "chilling effect" führen und die Medien davon abhalten, ihre grundrechtlich geschützte Funktion wahrzunehmen (mit Hinweis auf EGMR,

GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus gegen Schweiz vom 9. Januar 2018, § 78).

Die vorgesehene Ausnahmeregelung sei unpraktikabel, da das zuständige Mitglied des Polizeikorps im Rahmen des Einsatzes absorbiert sein dürfte und keine Ressourcen für die Behandlung eines entsprechenden Gesuchs habe. Es fehle (anders als im Kanton Waadt) die Möglichkeit, eine generelle Ausnahmegewilligung zu erteilen, z.B. für Videojournalistinnen und -journalisten und andere, auf den Einsatz von Drohnen angewiesene Berufsgruppen.

E. 9.3.3

Grundsätzlich ist ein überwiegendes öffentliches Interesse an einem Flugverbot für Drohnen zu bejahen, wenn der Anwendungsbereich von § 39ter Abs. 1 KapoG/SO auf Notfalleinsätze beschränkt wird, da aufgrund der Dringlichkeit i.d.R. keine Zeit für eine differenzierte Güterabwägung sowie die Anordnung und Bekanntgabe eines Flugverbots im Einzelfall besteht. Die Gefahr eines Zusammenstosses oder einer Behinderung von Rettungshelikoptern oder Drohnen von Polizei und Rettungsdiensten erscheint in diesen Fällen reell. Zudem überwiegt in der Regel der Persönlichkeitsschutz der Opfer gegenüber dem Interesse der Allgemeinheit an Fotos vom Unfall- bzw. Tatort. Es ist nicht ersichtlich, dass ein geringerer Perimeter genügen würde, um diese Gefahren auszuschliessen: Das Departement weist darauf hin, dass Drohnen mit Kameras ausgestattet werden können, die auch über grössere Distanzen hochauflösende Fotos erstellen können.

Bei der gebotenen restriktiven Auslegung werden andere Einsätze der Polizei, namentlich Einsätze im Zusammenhang mit Kundgebungen und Grossveranstaltungen, nicht vom generellen Flugverbot erfasst, mit der Folge, dass die Medien ihrer "Wächterfunktion" nachkommen können, nicht nur am Boden, sondern auch unter Einsatz von Drohnen. Im Einzelfall verbleibt der Polizei die Möglichkeit, Flugverbote aus Sicherheitsgründen gestützt auf den nicht angefochtenen § 39ter Abs. 2 KapoG/SO anzuordnen.

E. 9.3.4

Im Übrigen bleibt auch bei Notfalleinsätzen (zumindest, wenn diese länger andauern, wie z.B. Überschwemmungen oder Chemieunfällen), die Möglichkeit, eine Ausnahmegewilligung gemäss § 39ter Abs. 1 Satz 2 KapoG/SO zu beantragen. Das Departement weist zu Recht darauf hin, dass die Erreichbarkeit der zuständigen Person durch die Alarmzentrale der Kantonspolizei sichergestellt werden muss, und Ausnahmegewilligungen in dringlichen Fällen mündlich erteilt werden können. Die Abweisung eines derartigen Gesuchs stellt eine anfechtbare Verfügung dar, gegen die Rechtsschutz möglich bleibt. Dies gilt auch nach Beendigung des Einsatzes, sofern sich die aufgeworfenen Fragen unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen können, eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre und die Beantwortung wegen deren grundsätzlicher Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt (vgl. BGE 147 I 478 E. 2.2; 146 II 335 E. 1.3 ; 139 I 206 E. 1.1), bzw. Art. 13 EMRK das Eintreten gebietet.

E. 9.4

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden fehlt es dem Kanton auch nicht an der Gesetzgebungskompetenz.

E. 9.4.1

Gemäss Art. 87 BV ist die Gesetzgebung über die Luftfahrt Sache des Bundes. Gestützt auf Art. 51 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Luftfahrt vom 21. Dezember 1948 (Luftfahrtgesetz, LFG; SR 748.0) ermächtigen Art. 2a der Verordnung über die Luftfahrt vom 14. November 1973 (Luftfahrtverordnung, LFV; SR 748.01) und Art. 19 der Verordnung des UVEK über Luftfahrzeuge besonderer Kategorien vom 24. November 1994 (VLK; SR 748.941) die Kantone, für unbemannte Luftfahrzeuge mit einem Gewicht von weniger als 30 kg Vorschriften zur Verminderung der Umweltbelastung und der Gefährdung von Personen und Sachen auf der Erde erlassen.

E. 9.4.2

Wie dargelegt, dient das Flugverbot bei Notfalleinsätzen (zumindest auch) dem Schutz von Personen und Sachen, insbesondere um eine Kollision mit Rettungshubschraubern oder deren Behinderung zu vermeiden. Dies genügt bereits zur Begründung der kantonalen Kompetenz, weshalb offenbleiben kann, ob nicht auch der Schutz des Persönlichkeitsrechts von Opfern der Verminderung der Gefährdung einer Person dient.

E. 10.1

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und im Übrigen abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

§ 36septies Abs. 4 Satz 2 KapoG/SO ist aufzuheben, d.h. die von einer verdeckten Fahndung betroffenen Personen sind ausnahmslos, spätestens nach Beendigung der Massnahme, darüber zu benachrichtigen, entsprechend der strafprozessualen Regelung (E. 6.3.2). Der Kanton wird darauf behaftet, die Befugnis zur Anordnung dieser Massnahme im Dienstreglement einschränkend zu regeln (E. 6.2.3).

Aufzuheben ist auch § 36octies Abs. 2 lit. a KapoG/SO (E. 8.5.1).

Die automatisierte Fahrzeugfahndung darf erst angeordnet werden, wenn die nötigen ergänzenden Schutz- und Kontrollvorkehrungen in Kraft getreten sind (vgl. E. 8.3.2 zur Dauer der Massnahme, E. 8.11.1 zur Anordnungsbefugnis, E. 8.9.1 zur Aufbewahrungsdauer von Daten, E. 8.9.2 zur Bearbeitung und Übermittlung zu anderen Zwecken, E. 8.11.2 zu periodischen Kontrollen durch eine unabhängige Stelle und E. 8.11.3 zur Protokollierung).

§ 39ter Abs. 1 KapoG/SO ist verfassungskonform dahin auszulegen, dass sich das dort vorgesehene, generelle Flugverbot für unbemannte Luftfahrzeuge bis 30 kg Gewicht auf Notfalleinsätze beschränkt.

E. 10.2

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind den Beschwerdeführenden die Kosten zur Hälfte aufzuerlegen, und es ist ihnen eine gekürzte Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 66 und 68 BGG). Dem Kanton Solothurn können weder Gerichtskosten auferlegt noch eine Parteientschädigung zugesprochen werden (Art. 66 Abs. 4 und Art. 68 Abs. 3 BGG).

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