

Einkesselung bei Demonstrationen:

Markus Husmann

Rechtsanwalt und Lehrbeauftragter,
Luzern

Xenia Rivkin

Rechtsanwältin, Genf

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte beurteilt in zwei neueren Fällen die Festhaltung von Demonstrierenden als unzulässig, schafft dabei aber nur beschränkt Klarheit. Ein Überblick der Auswirkungen dieser Entscheide auf Polizeibehörden.

Mit dem Urteil Arnold und Marthaler gegen die Schweiz taxierte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) die polizeiliche Einkesselung von Demonstranten und ihre anschliessende Festhaltung in einer Polizeikaserne anlässlich des 1. Mai 2011 in Zürich als unverhältnismässigen Freiheitsentzug. Mit einer grundrechtswidrigen polizeilichen Einkesselung beschäftigte sich der Gerichtshof auch im Urteil Auray und andere gegen Frankreich. Die Urteile sind im Resultat zwar zu begrüssen, vermögen aber nur beschränkt als Wegweiser für eine grundrechtskonforme Polizeipraxis zu dienen.

1. Eine sehr verbreitete Praxis

In einem gross angelegten Bericht aus dem Jahr 2024 untersuchte Amnesty International den Umgang von 21 europäischen Ländern mit Demonstrationen. Die Einkesselung sei in der Schweiz «a very common practice». ¹ Amnesty wie auch die Menschenrechtsgrüen der Uno und der OSZE empfehlen, auf solche Massnahmen zu verzichten beziehungsweise sie nur in Ausnahmesituationen einzusetzen: Die Massnahme habe eine abschreckende Wirkung und könne die Grundrechtsausübung vereiteln. ²

Für Aufsehen sorgte in jüngerer Zeit ein Polizeieinsatz der baselstädtischen Kantonspolizei am 1. Mai 2023, bei dem die Teilnehmer einer bewilligten Demonstration nach rund 250 Metern von Polizisten gestoppt und über acht

Stunden festgehalten wurden. Der Fall beschäftigt weiterhin die Justiz. ³ Rund zwölf Jahre zuvor hatte sich Ähnliches beim 1.-Mai-Fest in Zürich abgespielt.

In seinem diesbezüglichen Leitentscheid BGE 142 I 121 qualifizierte das Bundesgericht die polizeiliche Einkesselung sowie die anschliessende knapp dreieinhalbstündige Festhaltung eines potenziellen Teilnehmers einer unbewilligten Demonstration zwar als Freiheitsentzug, der mit einer Einschränkung in die Bewegungsfreiheit, die Versammlungsfreiheit und die Meinungsfreiheit verbunden war, erachtete diesen aber unter den gegebenen Umständen als verhältnismässig. Zu einem anderen Resultat kam nun der EGMR, der eine Verletzung von Artikel 5 EMRK bejaht.

2. Urteil Arnold und Marthaler

2.1 Sachverhalt

Im Anschluss an den offiziell bewilligten Anlass zum «Tag der Arbeit» am 1. Mai 2011 in der Stadt Zürich hielten sich die beiden Beschwerdeführer nach einer Kundgebung auf dem Helvetiaplatz in Zürich auf. Gegen 16.30 Uhr begann sich eine Gruppe von Demonstranten im Kanzleiareal zu formieren, darunter auch Personen mit verummten Gesichtern. Die Polizei kesselte das betroffene Gebiet ein. Personen, die aus Sicht der Polizei offensichtlich nicht an der Demonstration beteiligt waren, wurde gestattet, das Areal zu verlassen. ⁴

Die Beschwerdeführer wurden zwischen 17.30 und 19 Uhr aus

dem Polizeikessel herausgegriffen und – nachdem sie Identität unter Vorlage ihres Führerscheins angegeben hatten – in einem Kleintransporter in eine Polizeikaserne gebracht, wobei ihre Hände mit Kabelbindern gefesselt waren. Insgesamt wurden 542 Personen in Massenzellen untergebracht, um eine polizeiliche Überprüfung durchzuführen. Gegen 20.25 Uhr beziehungsweise zwischen 22 und 22.30 Uhr wurden die Identitätskontrollen durchgeführt.

2.2 Erwägungen

2.2.1 Allgemeines

Der Gerichtshof hielt in seinem Urteil vom 19. Dezember 2023 fest, es gebe keine Zweifel daran, dass die Inhaftierung der Beschwerdeführer auf der Polizeiwache am 1. Mai 2011 (rund dreieinhalb Stunden für den ersten Beschwerdeführer und zweieinhalb Stunden für den zweiten Beschwerdeführer), nachdem sie in die Polizeikette eingeschlossen worden waren, einen Freiheitsentzug im Sinne von Artikel 5 EMRK darstelle, wie dies bereits vom Bundesgericht anerkannt worden sei. Zugleich bezeichnete der Gerichtshof eine separate Prüfung der Frage, ob auch die Einkesselung (etwa eine Stunde für den ersten Beschwerdeführer und zweieinhalb Stunden für den zweiten Beschwerdeführer) als Freiheitsentzug zu qualifizieren sei, als verzichtbar, zumal sich der Hauptgegenstand der Beschwerde auf die Haft beziehe. ⁵ Insofern enthält das Urteil keinerlei Erwägungen zur Frage, inwiefern eine Einkesselung für sich genommen einen Freiheitsentzug darstellt. ⁶

Schranken für die Polizei

2.2.2 Freiheitsentzug

In der Folge prüfte der EGMR die gesetzlichen Grundlagen sowie die Verhältnismässigkeit des Freiheitsentzugs. In einem ersten Schritt erinnerte er daran, dass Artikel 5 Absatz 1 EMRK nicht bloss eine innerstaatliche Gesetzesgrundlage verlange, sondern diese in seiner Anwendung hinreichend zugänglich, präzise und vorhersehbar sein müsse.⁷ Während das Bundesgericht den Freiheitsentzug explizit auch auf § 3 PolG/ZH abstützte, bezeichnet der EGMR diesen als «manifestement pas suffisant» beziehungsweise als «pas assez spécifique pour justifier une détention».⁸ Hingegen erachtet der Gerichtshof § 21 Absatz 3 PolG/ZH explizit als eine hinreichende Gesetzesgrundlage für die Identitätskontrolle und die Festnahme.⁹

Daran anschliessend folgt das Kernstück des Urteils, die Prüfung, ob diese Massnahme im Lichte der in Artikel 5 Absatz 1 EMRK aufgelisteten Gründe auch unerlässlich und angemessen war.¹⁰ Die Schweiz begründete die Massnahmen einerseits mit der Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung gemäss Artikel 5 Absatz 1 litera b EMRK (der allgemeinen Verpflichtung, die öffentliche Ordnung nicht zu stören, sowie der Identitätskontrolle) und andererseits mit der Verhinderung einer Straftat gemäss Artikel 5 Absatz 1 litera c EMRK.¹¹

2.2.3 Keine Notwendigkeit

Der EGMR erinnerte daran, dass nach Artikel 5 Absatz 1 litera b EMRK die betroffene Person Schuldner einer nicht erfüllten

Verpflichtung sein muss und ihre Festnahme darauf abzielen muss, die Erfüllung dieser Verpflichtung zu gewährleisten, ohne dabei einen strafenden Charakter zu haben. Die Verpflichtung muss spezifisch und konkret sein. Mildere Mittel gehen einer Festnahme vor.

Betreffend Identitätskontrolle bezweifelte der EGMR, dass eine solche nicht an Ort und Stelle hätte durchgeführt werden können, zumal die Beschwerdeführer noch auf der Strasse einer ersten Identitätskontrolle unterzogen worden waren, sodass ihre Namen einfach und effizient für eine vertiefte Identitätskontrolle per Funk an die Polizeistation hätten übermittelt werden können. Der Gerichtshof erachtet es vor diesem Hintergrund als nicht ausgeschlossen, dass die Festnahme zwecks Identitätskontrolle vor allem einem schikanösen Zweck gedient habe oder zweckentfremdet wurde, insbesondere zur Fernhaltung der Personen.¹²

Betreffend die allgemeine Verpflichtung, die öffentliche Ordnung nicht zu stören, hielt der EGMR fest, dass sich § 21 PolG/ZH nicht auf solche Fälle beziehe, auch nicht in Verbindung mit § 3 PolG/ZH. Hinzu komme, dass die Beschwerdeführer nicht vorhatten, sich persönlich an Ausschreitungen zu beteiligen (was auch die Regierung einräume), zumal sie sich am Helvetiaplatz aufgehalten hätten und nicht im Kanzleiareal (wo es Anzeichen für eine illegale Demonstration gab). Da auch nicht erstellt sei, dass es einen Auflösungsbefehl gegeben habe,¹³ seien in diesem Zusammenhang die Anwendungsvoraussetzungen von Artikel 5 Absatz 1

litera b EMRK nicht erfüllt.¹⁴ Schliesslich könne die Massnahme nicht als notwendig bezeichnet werden, weil bereits die Einkesselung die Begehung von Straftaten verhindert habe, weshalb die anschliessende Festnahme einen nicht nachvollziehbaren, gar willkürlichen Charakter angenommen habe.¹⁵

2.2.4 Keine konkrete Gefahr

Artikel 5 Absatz 1 litera c EMRK erlaubt zwar grundsätzlich eine Festnahme zur Verhinderung einer Straftat. Die Behörden müssen aber laut Gerichtshof überzeugend darlegen, dass der Betroffene aller Wahrscheinlichkeit nach an der Begehung einer konkreten und bestimmten Straftat beteiligt gewesen wäre, wenn er nicht festgenommen worden wäre.¹⁶ Die Straftat müsse schwerwiegend sein.

In casu verneint der EGMR mit Blick auf den Ort, die Zeit und die potenziellen Opfer, dass die Wahrscheinlichkeit der Begehung einer konkreten und bestimmten Straftat erstellt war. Die Hinweise der Schweiz auf die Gewalt in den Vorjahren, Aufrufe zum Tragen von Vermummungen auf dem Kanzleiareal und Ausschreitungen im Rahmen des offiziellen 1.-Mairfests seien nicht geeignet, eine Teilnahme der Beschwerdeführer an der illegalen Demonstration zu beweisen, zumal ihnen jeglicher individuelle Beweischarakter fehlt.¹⁷ Insgesamt verneinte der EGMR eine angemessene Interessenabwägung zwischen der Notwendigkeit, die Begehung einer Straftat zu verhindern, und dem Recht der Beschwerdeführer auf Freiheit und bejahte eine Verletzung von Artikel 5 EMRK.

¹ Amnesty International, *Under Protected and Over Restricted: The State of the Right to Protest in 21 European Countries*, 2024, S. 118.

² Amnesty International, a.a.O., S. 118, 134.

³ Appellationsgericht Basel-Stadt, Entscheide VD.2023.80 und VD.2023.81 vom 21.12.2023 (nicht rechtskräftig).

⁴ Zum Sachverhalt vgl. EGMR, Entscheide 77686/16 und 76791/16 vom 19.12.2023, Arnold et Marthaler c. Schweiz, fortan: EGMR, Arnold et Marthaler, § 4–21.

⁵ EGMR, Arnold et Marthaler, § 43.

⁶ EGMR, Arnold et Marthaler, § 23 f.: Mit Blick auf die *Opinion séparée* der Richter Schukking, Gozev und Roosma darf angenommen werden, dass zumindest einzelne Richter dies klar verneint hätten und die Frage in der Folge bewusst offengelassen wurde.

⁷ EGMR, Arnold et Marthaler, § 49.

⁸ EGMR, Arnold et Marthaler, § 50, 65.

⁹ EGMR, Arnold et Marthaler, § 51.

¹⁰ EGMR, Arnold et Marthaler, § 52.

¹¹ EGMR, Arnold et Marthaler, § 53.

¹² EGMR, Arnold et Marthaler, § 63.

¹³ Vgl. in diesem Kontext auch die Bedeutung einer solchen behördlichen Aufforderung im Kontext des Strafrechts in Art. 260 Abs. 2 StGB sowie der abgaberechtlichen Überwälzung von Polizeikosten auf Demonstranten, BGer 1C_181/2019 vom 29.4.2020, E. 6.4.

¹⁴ EGMR, Arnold et Marthaler, § 66.

¹⁵ EGMR, Arnold et Marthaler, § 67.

¹⁶ EGMR, Arnold et Marthaler, § 72.

¹⁷ EGMR, Arnold et Marthaler, § 77 f.

3. Urteil Auray und andere

Nur sechs Wochen nach dem Entscheid Arnold und Marthaler fällt der EGMR ein weiteres bemerkenswertes Urteil in der Sache Auray und andere gegen Frankreich, dem die polizeiliche Einkesselung von Demonstranten in Lyon, Frankreich, zugrunde lag. Anders als im Schweizer Fall kam es dort nicht zu Massenfestnahmen, weshalb der Fokus auf der Einkesselung selbst lag. Die zeitliche Nähe dürfte kein Zufall sein. Das Urteil ergänzt den Schweizer Fall in entscheidenden Aspekten.

3.1 Sachverhalt

Zwischen dem 14. und 22. Oktober 2010 fanden in Lyon mehrere Demonstrationen gegen eine Gesetzesreform der Rentensysteme statt.¹⁸ Für den 21. Oktober 2010 war eine Demonstration am Nachmittag angekündigt. Als sich bereits am Vormittag mehrere Hundert Personen auf dem Platz befanden, wurde eine Platzsperre angeordnet, um «die Randalierer» einzudämmen und den reibungslosen Ablauf der Demonstration zu gewährleisten. In der Folge wurde auch der Startpunkt des Umzugs an die Place Antonin Poncet verschoben.

Die Place Bellecour wurde nach 13 Uhr vollständig abgeriegelt, und es sollte verhindert werden, dass sich «Störfaktoren» in die Demonstration einmischten. Im Verlauf des Nachmittags durften 100 «Nichtrandalierer» den Platz verlassen, um sich dem Umzug anzuschliessen. Die Demonstration endete um 16.45 Uhr, und die Einkesselung wurde gegen 17 Uhr aufgehoben. Nach deren Aufhebung durften Personen nach erfolgter Identitätskontrolle den Platz verlassen, aber die Situation eskalierte, und die Polizei setzte Wasserkanonen und Tränengas ein, um «aggressive Personen-

gruppen» aufzulösen. Bis 19 Uhr fanden Identitätskontrollen statt. Wer sich nicht ausweisen konnte, wurde auf einen Polizeiposten gebracht. Die zwölf Beschwerdeführer konnten die Place Bellecour zwischen 16.15 Uhr und 19 Uhr verlassen und waren somit verhindert, an der Demonstration teilzunehmen.

3.2 Erwägungen

3.2.1 Einkesselung als Freiheitsentzug

Die erste Frage, die der EGMR adressierte, war, ob die Einkesselung der Beschwerdeführer auf der Place Bellecour einen Freiheitsentzug nach Artikel 5 Absatz 1 EMRK darstellte. Der EGMR bestätigte seine Rechtsprechung, die er bereits im Fall Austin und andere gegen das Vereinigte Königreich vertreten hatte, und rief die darin etablierten vier Grundprinzipien in Erinnerung:¹⁹ 1. Die Polizei verfügt bei operativen Massnahmen über einen gewissen Ermessensspielraum. 2. Zur Qualifizierung eines Freiheitsentzugs im Sinn von Artikel 5 EMRK ist von der konkreten Situation auszugehen, und eine Reihe von Kriterien wie Art («genre»), Dauer, Auswirkungen und Art und Weise der Durchführung («modalités d'exécution») der betreffenden Massnahme ist zu berücksichtigen. Zwischen Freiheitsentzug und Freiheitsbeschränkung besteht nur ein Unterschied in Grad und Intensität, nicht in Art und Weise. Artikel 5 Absatz 1 EMRK betrifft nicht die einfache Einschränkung der Bewegungsfreiheit, diese wird von Artikel 2 des Vierten Zusatzprotokolls geschützt. 3. Das Ziel der operativen Massnahme spielt bei der Qualifikation keine Rolle. 4. Im Gegenzug ist der Kontext, in dem die operative Massnahme angeordnet wird, ein wichtiger Faktor. In Anwendung dieser vier Grundprinzipien kam der Gerichtshof

zum Schluss, dass die Freiheitsbeschränkung der Beschwerdeführer auf der Place Bellecour auf Umstände zurückzuführen war, die sich der Kontrolle der Behörden entzogen. Zudem war die Freiheitsbeschränkung notwendig, um eine tatsächliche Gefahr für Personen und Sachen abzuwenden, und sie war auf ein erforderliches Mindestmass beschränkt.

Trotz ihrer Dauer und ihren Auswirkungen auf die Beschwerdeführer war der Gerichtshof der Ansicht, dass die Einkesselung in Anbetracht ihrer Art und ihrer Durchführungsmodalitäten kein Freiheitsentzug im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 der Konvention darstellte. Der EGMR betonte jedoch im gleichen Zuge, dass dieses Resultat der spezifischen und aussergewöhnlichen Konstellation des Falles geschuldet war. Wäre die polizeiliche Massnahme nicht notwendig gewesen, um schwere Verletzungen von Personen oder Schäden an Sachen zu verhindern, wäre der Fall anders zu beurteilen gewesen.²⁰

3.2.2 Artikel 2 des Vierten Zusatzprotokolls zur EMRK

Der Gerichtshof prüfte, ob die Einkesselung eine ungerechtfertigte Beschränkung der Bewegungsfreiheit und damit eine Verletzung von Artikel 2 des Vierten Zusatzprotokolls zur EMRK²¹ darstellt. Der EGMR erinnerte einerseits daran, dass eine solche präventive Technik die Grundrechte und -freiheiten friedlicher Demonstranten (darunter die Bewegungs- und Meinungsfreiheit sowie die Freiheit, sich friedlich zu versammeln) beeinträchtigen kann. Es sei deshalb von wesentlicher Bedeutung, dass ein Anwendungsrahmen festgelegt werde, der die Umstände und Bedingungen des Einsatzes, die Modalitäten ihres Ablaufs und die zeitlichen Grenzen der Anwendung dieser präventiven Technik genau be-

stimme. Dies sei nicht nur deshalb notwendig, um der Gefahr willkürlicher Eingriffe der öffentlichen Gewalt in Freiheitsrechte entgegenzuwirken, sondern auch, um eine abschreckende Wirkung auf die Ausübung dieser Rechte und Freiheiten zu verhindern, spezifisch auf die Ausübung der Demonstrationsfreiheit.

Der Gerichtshof stellte fest, dass es zum Zeitpunkt des streitigen Sachverhalts keinen spezifischen rechtlichen Rahmen gegeben hatte, der diese Massnahme vorgesehen hatte. Er unterstrich dabei den Entscheid des französischen Conseil d'Etat, der 2021 einen Abschnitt des nationalen Ordnungsschemas zur Einkesselung aufgehoben hatte. Der Conseil d'Etat war zum Schluss gekommen, dass die Einkesselung die Demonstrationsfreiheit erheblich beeinträchtigen, von deren Ausübung abhalten und die Bewegungsfreiheit beeinträchtigen konnte, weshalb eine genaue Regelung der Fälle, in denen sie zur Anwendung kam, erforderlich sei, um sicherzustellen, dass ihr Einsatz angemessen, notwendig und den Umständen entsprechend sei.²²

Aus diesen Gründen kam der Gerichtshof zum Schluss, dass es sich bei der Einkesselung effektiv um eine Beschränkung der Bewegungsfreiheit handle und dass diese aufgrund einer fehlenden Gesetzesgrundlage in Frankreich im Jahr 2010 widerrechtlich war, ohne weiter zu prüfen, ob diese auch eine notwendige Massnahme dargestellt hatte, um das angestrebte Ziel zu erreichen.²³

3.2.3 Verletzung der Versammlungsfreiheit

Als dritte und letzte Frage prüfte der Gerichtshof, ob die Einkesselung die Grundrechte der Beschwerdeführer auf Freiheit der Meinungsäusserung und auf Versammlungs- und Vereinigungsfrei-

heit verletzt hatte. Nach Ansicht des Gerichtshofs war erstellt, dass die Beschwerdeführer effektiv an der Demonstration teilnehmen wollten, mit dem einzigen Ziel, ihre Meinung zu äussern. Der Gerichtshof anerkannte, dass die Einkesselung diese Teilnahme verhindert hatte und somit eine Einschränkung ihrer Grundrechte darstellte.²⁴ Der Gerichtshof rief in Erinnerung, dass jede Einschränkung eines Grundrechts gesetzlich vorgesehen sein muss. Auch hier, wie bei der Prüfung von Artikel 2 des Vierten Zusatzprotokolls, kommt der Gerichtshof zum Schluss, dass es an einer gesetzlichen Grundlage gefehlt hatte, weshalb er – im Lichte von Artikel 10 – auf eine Verletzung von Artikel 11 EMRK schloss.²⁵

4. Würdigung der Urteile

4.1 Allgemein

Der EGMR begründet sein Urteil Arnold und Marthaler gegen die Schweiz mit markigen Worten, erachtet es etwa als «pas exclu que la détention ait servi un but avant tout chicanier», und attestiert der Festnahme einen «caractère déraisonnable, voire arbitraire».²⁶ Diese Deutlichkeit kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Gerichtshof es unterlassen hat, sich mit grundsätzlichen Fragen im Zusammenhang mit Einkesselung, Kontrolle und Festnahme von Demonstranten auseinanderzusetzen und allgemeingültige Handlungsanweisungen zu skizzieren. Bedauerlich ist insbesondere, dass der EGMR im Urteil Arnold und Marthaler gegen die Schweiz erstens auf die anfangs noch erwogene Prüfung der Verletzung von Artikel 10 und 11 EMRK (Meinungs- und Versammlungsfreiheit) verzichtete und zweitens den Polizeikessel und die anschliessende Festnah-

me in einer Gesamtbetrachtung abgehandelt hat. Daraus folgt, dass dem Urteil kaum allgemeingültige Erwägungen zur grundrechtlichen Bewertung der polizeilichen Einkesselungstaktik entnommen werden können. Solche enthält hingegen – wenngleich nur in beschränktem Umfang – der Entscheid Auray und andere gegen Frankreich.

Im gleichen Zug fällt auf, dass es der EGMR in beiden Fällen unterlassen hat, sich mit einschlägigen Empfehlungen von gewichtigen internationalen Menschenrechtsgremien zu beschäftigen, obschon dies eine typische Arbeits- und Argumentationsweise bei der Urteilsbegründung des EGMR darstellt.

4.2 Empfehlungen internationaler Menschenrechtsgremien

4.2.1 Uno

Der UN-Menschenrechtsausschuss hat im Jahr 2020 in seinen «observations générales» zum Recht auf friedliche Versammlung gemäss Artikel 21 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte²⁷ festgehalten, dass gezielte repressive Massnahmen gegen bestimmte Personen der Einkesselung einer Gruppe vorzuziehen seien. Insbesondere sollten nur Personen, die direkt mit Gewalt in Verbindung stehen, isoliert werden und nur während einer minimalen erforderlichen Dauer. Wenn die Einschränkung wahllos oder als Strafe eingesetzt wird, stellt sie eine Verletzung des Rechts auf friedliche Versammlung dar und kann auch zur Verletzung anderer Rechte führen, wie des Rechts, nicht willkürlich inhaftiert zu werden, und des Rechts, nicht seiner Bewegungsfreiheit beraubt zu werden.²⁸

Ähnlich äusserte sich der Sonderberichterstatter der Vereinten Nationen für Menschenrechte in einem Bericht aus dem Jahr 2021.²⁹

- ¹⁸ Zum Sachverhalt vgl. EGMR, Entscheid 1162/22 vom 8.2.2024, Auray et al. c. Frankreich, fortan: EGMR, Auray et al. c. Frankreich, § 4–20.
- ¹⁹ EGMR, Entscheide 39692/09, 40713/09 und 41008/09 vom 15.3.2012, Austin et al. c. Vereinigtes Königreich, fortan: EGMR, Austin et al. c. Vereinigtes Königreich; vgl. hierzu Patricia Egli, «Grundrechte: Aktuelle Entwicklungen im Sicherheits- und Polizeirecht», in: Sicherheit & Recht 3/2012, S. 192 f.; Frank Meyer / Marta Wieckowska, «Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2012», in: Forumpoenale 4/2013, S. 244 f.; Helen Fenwick, «Marginalising Human Rights: Breach of the Peace, Kettling, the Human Rights Act and Public Protest», in: Public Law 4/2009, S. 746 ff.
- ²⁰ EGMR, Auray et al. c. Frankreich, § 64; ebenso bereits EGMR, Austin et al. c. Vereinigtes Königreich, § 68.
- ²¹ Protokoll Nr. 4 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, durch das gewisse Rechte und Freiheiten gewährleistet werden, die nicht bereits in der Konvention oder im Ersten Zusatzprotokoll enthalten sind (SEV Nr. 046).
- ²² EGMR, Auray et al. c. Frankreich, § 93.
- ²³ EGMR, Auray et al. c. Frankreich, § 94 f.
- ²⁴ EGMR, Auray et al. c. Frankreich, § 103 f.
- ²⁵ EGMR, Auray et al. c. Frankreich, § 109.
- ²⁶ EGMR, Arnold et Marthaler, § 63, 67.
- ²⁷ SR 0.103.2.
- ²⁸ CCPE, Observation Générale n. 37 (2020) sur le droit de réunion pacifique (Art. 21), CCPR/c/GC/37, § 84.
- ²⁹ Report of the Special Rapporteur on the Rights to Freedom of Peaceful Assembly and of Association, Clément Nyaletsossi Voule, A/HRC/47/24, § 55.

4.2.2 OSZE und Venedig-Kommission

Noch deutlicher sind die gemeinsamen Empfehlungen («Guidelines») des Bureau de l'OSCE pour les institutions démocratiques et les droits de l'homme (ODIHR) sowie der sogenannten Commission Européenne pour la démocratie par le droit (Venedig-Kommission) aus dem Jahr 2020. Demnach sollten die Behörden so weit wie möglich vermeiden, Teilnehmer einer Versammlung einzukesseln oder massenhaft festzunehmen. Staatliche Massnahmen sollten sich gegen einzelne Straftäter und nicht generell gegen alle Teilnehmer richten (Differenzierungsgebot), es sei denn, dies ist aufgrund des massiven Charakters der begangenen Gewalt unmöglich. Strategien, die die Versammlungsteilnehmer dazu zwingen, in einem begrenzten Bereich unter Polizeikontrolle zu bleiben, sollten generell vermieden werden, da sie nicht zwischen Teilnehmern und Nichtteilnehmern oder zwischen friedlichen und nicht friedlichen Teilnehmern unterscheiden.³⁰

Wenn die Massnahme der Einkesselung angewandt wird, sollte sie so kurz wie möglich sein und eine klare Kommunikation mit den Teilnehmern über die Gründe für das Abriegeln und eine angemessene Versorgung der Hilfsbedürftigen, einschliesslich des Zugangs zu Toiletten und Trinkwasser, enthalten. Einigen Leuten das Überschreiten einer polizeilichen Absperrung zu gestatten und gleichzeitig andere daran zu hindern, sei diskriminierend und sollte verhindert werden. Zudem müssten klare und zugängliche Protokolle für das Anhalten, Durchsuchen, Festnehmen oder Inhaftieren von Versammlungsteilnehmern erstellt werden. Die Massnahmen sollten nicht dazu verwendet werden, Informationen über die Teilnehmer zu sammeln,

und die so eingeschlossenen Personen sollten nicht gezwungen werden, persönliche Informationen preiszugeben, bevor sie den eingeschlossenen Bereich verlassen dürfen.³¹

4.3 Gesamtbetrachtung

Im Lichte dieser Empfehlungen einerseits und dem Urteil Auray und andere gegen Frankreich andererseits bestehen ernsthafte Zweifel an der Zulässigkeit der Einkesselungsmassnahme im Fall Arnold und Marthaler auch in Bezug auf die Bewegungs-, die Meinungs- und die Versammlungsfreiheit.

Aus dem Urteil folgt, dass am Helvetiaplatz zum Zeitpunkt der Einkesselung keine relevanten Gewaltvorfälle bestanden und dass betreffend Kanzleiareal solche lediglich aufgrund von Anzeichen befürchtet wurden. Vor diesem Hintergrund erscheint der Polizeikessel am Helvetiaplatz im Lichte des Differenzierungsgebots als wahllose Massnahme, die weder gegen bestimmte (gewalttätige) Personen gerichtet noch erforderlich war. Zudem erweckt die Massnahme nicht nur – wie vom EGMR anerkannt – den Eindruck einer Schikane, vielmehr war erklärtes Ziel, Informationen über die Teilnehmer zu sammeln beziehungsweise diese im Rahmen der sicherheitspolizeilichen Überprüfung zur Preisgabe persönlicher Informationen zu verpflichten. Dass der Polizeikessel in casu ein erster Schritt zur massenhaften Datenerfassung (sei es vor Ort oder auf dem Posten) dargestellt hatte und so einen grundrechtlichen Abschreckungseffekt haben konnte, hat der EGMR leider ausgeblendet.

Das Bundesgericht hat in diesem Kontext in einem jüngeren Leitentscheid³² festgehalten, dass eine unbewilligte, aber – abgesehen von Sachbeschädigungen (die nicht das Ziel der Aktion

gewesen zu sein scheinen) – friedliche Protestaktion nicht mit einer gewalttätigen Kundgebung gleichgesetzt werden dürfe.³³ Das Vertreten der eigenen Standpunkte in der Öffentlichkeit habe im politischen Kontext einen hohen Stellenwert, und die Furcht vor negativen Konsequenzen sollte die Betroffenen nicht von Äusserungen beziehungsweise Teilnahmen an friedlichen Kundgebungen abhalten. Eine systematische Registrierung und Einschüchterung politisch aktiver Personen, die friedlich von der Meinungs- und Versammlungsfreiheit Gebrauch machen, sei mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip nicht vereinbar. Die Befürchtung, das damit einhergehende Gefühl der «Fichierung» könne zu einem verpönten Abschreckungseffekt («chilling effect») führen, sei begründet.³⁴

Der Entscheid betraf zwar die Zulässigkeit der Erstellung eines DNA-Profiles und einer erkundungsdienstlichen Erfassung, die grosse Tragweite der entsprechenden Erwägungen für die Meinungs- und Versammlungsfreiheit ist aber offensichtlich. Nachdem auch gegenüber den Beschwerdeführern Arnold und Marthaler kein individueller Nachweis einer konkreten Bedrohung erbracht werden konnte, erweckt die Massnahme auch den Eindruck einer grundrechtlich verpönten Fichierung und Abschreckung.

Untermauert werden die Zweifel an der Zulässigkeit der Einkesselungsmassnahme auch im Lichte des Legalitätsprinzips, namentlich wenn man die Vorgaben des Urteils Auray und andere auf die vom EGMR im Urteil Arnold und Marthaler ausgesparte Problematik des Zürcher Polizeikessels anwendet. In ersterem Fall hat sich der EGMR in allgemeiner Weise zur Frage geäussert, inwiefern die Einkesselungsmassnahme einer

hinreichenden Rechtsgrundlage bedarf: La «Cour rappelle, s'agissant d'une technique à vocation préventive susceptible d'affecter les droits et libertés fondamentaux de manifestants pacifiques, dont la liberté de circulation, la liberté d'expression et la liberté de réunion pacifique, qu'il est essentiel que soit défini un cadre d'emploi déterminant de manière précise les circonstances et les conditions de sa mise en œuvre, les modalités de son déroulement et les limites dans le temps de son utilisation.»³⁵

Diese Erwägung erfolgte zwar im Rahmen der Prüfung einer Verletzung der vom Vierten Zusatzprotokoll geschützten Bewegungsfreiheit, wurde vom Gerichtshof aber via Verweis ebenso für die Feststellung einer fehlenden gesetzlichen Grundlage für eine Einschränkung der Meinungs- und Versammlungsfreiheit angewendet. Sie ist schon darum auch für die Schweiz (die das Vierte Zusatzprotokoll nicht unterzeichnet hat)³⁶ massgeblich. Hinzu kommt, dass die Bewegungsfreiheit in der Schweiz verfassungsmässig verankert ist. Im Rahmen der Auslegung der Verfassung ist in grundrechtlichen Kontexten richtigerweise auch die einschlägige Rechtsprechung des EGMR zur Bewegungsfreiheit zu beachten.

5. Konsequenzen für die Schweiz

5.1 Der Status quo der Polizeipraxis

Aus den vorangehenden Ausführungen ergeben sich – wenngleich nur in beschränktem Umfang – Schranken im Umgang mit Demonstrationen. Die Autoren haben die Kantone Zürich, Bern, Genf, Basel-Stadt sowie die Konferenz der Kantonalen Polizeikommandantinnen und -kommandanten der Schweiz (KKPKS)

befragt, inwiefern das Urteil Arnold und Marthaler Auswirkungen auf die Polizeipraxis in den Kantonen hat. Ebenfalls wurde angefragt, ob Weisungen zur Identitätskontrolle, Festnahme und Einschränkung der Bewegungsfreiheit im Zusammenhang mit der Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäusserung und Versammlung existierten und ob diese infolge des Urteils angepasst wurden.

Die Stadtpolizei Zürich verweist auf ihre im Nachgang zum Urteil Arnold und Marthaler publizierte Medienmitteilung vom 20. Dezember 2023³⁷ und hält fest, dass sie das Urteil detailliert geprüft habe und keinen Handlungsbedarf erkenne, weil seit dem 1. Mai 2011 die Vorgehensweisen sowie Arbeitsläufe bei Einkesselungen und der Abwicklung von Personenkontrollen angepasst wurden. Die einschlägige Rechtsprechung werde eng verfolgt und bei Bedarf analysiert, um die darin gemachten Ausführungen für künftige Einsätze zu berücksichtigen. Zum Thema polizeiliche Einkesselung, Modalitäten der Identitätskontrolle, Festnahme und Einschränkung der Bewegungsfreiheit im Zusammenhang mit Demonstrationen und Versammlungen bestünden verschiedene interne Regelwerke, Vorgaben und Ausbildungsmaterialien, die jedoch «aus polizeitaktischen Gründen» nicht offengelegt werden könnten.³⁸

Die Kantonspolizei Bern ist der Ansicht, dass ihre Praxis den Erwägungen im Urteil Arnold und Marthaler entspreche, weshalb kein Anpassungsbedarf bestehe. Sie verfüge über keine spezifischen internen Vorgaben zum Thema Einkesselung, Identitätskontrollen, Festnahmen und Gewahrsam im Zusammenhang mit Kundgebungen. Entsprechend wurden auch keine internen Vorgaben angepasst.³⁹

Von den Polizeien der Kantone Genf und Basel-Stadt gingen keine Stellungnahmen ein. Der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt hatte aber bereits zuvor in der Beantwortung einer schriftlichen Anfrage im Grossen Rat in Bezug auf das Urteil Auray und andere den Standpunkt vertreten, dass das PolG/BS eine rechtliche Grundlage für Einkesselungen enthalten würde. Es handle sich dabei um eine polizeiliche Massnahme gemäss § 46 PolG/BS («unmittelbarer Zwang») sowie um eine Personenkontrolle gemäss § 34 PolG/BS («bei einer grossen Gruppe von Personen»). Sobald die zu kontrollierenden Personen mittels Einkesselung umstellt wären, würde eine Kontrollstrasse errichtet, und es würde den betroffenen Personen ermöglicht, sich über eine Personenkontrolle aus dem Kontrollbereich zu entfernen. Die Kantonspolizei vertrete den Standpunkt, dass damit eine genügend bestimmte Rechtsgrundlage für eine Massenkontrolle bestehe, zumal sich nicht alle möglichen Störungen oder Gefährdungen voraussehen lassen würden.⁴⁰

Die KKPKS antwortete schriftlich, dass sie über keine Erhebungen bezüglich konkreter Auswirkungen dieses Urteils auf die Polizeipraxis in den Kantonen verfüge. Ebenfalls würden auf Ebene der KKPKS weder Anweisungen noch andere Richtlinien existieren, der Erlass entsprechender (An-)Weisungen oder Richtlinien liege in der Zuständigkeit der kantonalen Behörden. Sie verwies ebenfalls auf die erwähnte Medienmitteilung der Stadt Zürich, wonach die Stadtpolizei ihre Praxis bei grossen Einkesselungen bereits angepasst habe, sodass die Einschränkungen der Bewegungsfreiheit zum Zeitpunkt des Urteils im Hinblick auf künftige vergleichbare Ereignisse bereits behoben werden konnten. Sie wies

³⁰ European Commission for Democracy through Law, (Venice Commission) und OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (OSCE/ODIHR), Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly, 3. Auflage, CDL-AD (2019)017rev, § 35.

³¹ European Commission for Democracy through Law, a.a.O., § 217.

³² BGE 147 I 372.

³³ BGE 147 I 372, E. 4.4.1.

³⁴ BGE 147 I 372, E. 4.4.2.

³⁵ EGMR, Auray et al. c. Frankreich, § 92.

³⁶ Die Schweiz ist nebst Griechenland, der Türkei und Grossbritannien eines von vier Mitgliedstaaten des Europarats, welches das Vierte Zusatzprotokoll nicht ratifiziert hat, und nebst Griechenland eines von zwei Ländern, die es nicht unterzeichnet haben. Die restlichen 42 Mitgliedstaaten haben es unterzeichnet und ratifiziert.

³⁷ Stadtpolizei Zürich, Medienmitteilung vom 20.12.2023, Praxis bei grossen Einkesselungen schon lange angepasst, einsehbar unter: www.stadt-zuerich.ch/de/aktuell/medienmitteilungen/2023/12/231220a3.html.

³⁸ Zum Ganzen: Stadtpolizei Zürich, schriftliche Antwort vom 28.2.2025.

³⁹ Zum Ganzen: Kantonspolizei Bern, schriftliche Antwort vom 18.2.2025.

⁴⁰ Zum Ganzen: Regierungsrat Basel-Stadt, 20.8.2024, Regierungsratsbeschluss JSD/P245138.

ebenfalls darauf hin, dass die Polizeipraxis in den Kantonen an die Grundsätze der Gesetzmässigkeit und Verhältnismässigkeit gebunden sei und entsprechend auch «das diesbezüglich bindende Urteil des EGMR» berücksichtigen würde.⁴¹

5.2 Zu postulierende Schranken bei polizeilicher Einkesselung

Aus den besprochenen Urteilen und den Empfehlungen internationaler Menschenrechtsgremien ergibt sich durchaus Handlungsbedarf für die Schweiz. Folgende minimalen Leitlinien erscheinen für eine grund- und menschenrechtskonforme Polizeipraxis unabdingbar:

■ **Differenzierungsgebot:** Allem voran ist das Differenzierungsgebot konsequent einzuhalten: Ganz allgemein sind polizeiliche Massnahmen in erster Linie gegen Einzelpersonen anzuwenden, bei denen konkrete Anhaltspunkte bestehen, dass von ihnen ein gewalttätiges Verhalten ausgeht beziehungsweise gegenüber denen ein hinreichender Tatverdacht strafbarer Handlungen – von einer gewissen Schwere – besteht.⁴² Auch gegenüber solchen Personen sind Massnahmen in zeitlicher Hinsicht, aber auch betreffend Modalitäten und Intensität, verhältnismässig einzusetzen.

■ **Einkesselungen:** Ein Vorgehen gegen Personengruppen oder die Einkesselung einer Personengruppe erscheint nur in absoluten Ausnahmesituationen vertretbar, namentlich wo das Differenzierungsgebot praktisch nicht umgesetzt werden kann und überdies konkrete Hinweise und Anzeichen für eine hohe Wahrscheinlichkeit schwerer Ausschreitungen aus dieser Personengruppe heraus bestehen.⁴³ Mit der Rechtsprechung im Fall Austin ist ein «real risk of

serious injury, even death, and damage to property» zu fordern.⁴⁴ Gerade bei drohenden oder begangenen Sachbeschädigungen darf nicht leichtfertig mit einer Einkesselung reagiert werden. Das Bundesgericht hat eine Protestaktion, die mit angeblichen qualifizierten Sachbeschädigungen einherging,⁴⁵ die aber nicht das Ziel der Aktion waren, als friedliche Kundgebung geschützt, die nicht mit einer gewalttätigen Kundgebung gleichgesetzt werden dürfe.⁴⁶ Und selbst bei erheblichen Ausschreitungen ist zu berücksichtigen, dass gemäss dem Leitentscheid BGE 143 I 147 kleinere Gruppen, die am Rand einer Versammlung randalieren, den Grundrechtsschutz für die Versammlung als Ganzes nicht beseitigen können. Erst wenn sich bei einer anfänglich friedlichen Versammlung «Gewalt in einem Ausmass entwickelt, dass die meinungsbildende Komponente völlig in den Hintergrund tritt», könne der Schutz des Grundrechts entfallen.⁴⁷ Solange die Versammlung grundrechtlichen Schutz geniessen, erscheint ein Vorgehen gegen die gesamte Menschenmasse unzulässig. Im Rahmen der Verhältnismässigkeit sollte jedem Vorgehen gegen Personengruppen eine Abmahnung vorausgehen und somit die Möglichkeit gegeben werden, sich aus der Gruppe zu entfernen.

■ **Keine Willkür:** Ein Vorgehen gegen Personengruppen darf nie der Umgehung individueller Zurechenbarkeiten dienen. In keinem Fall zulässig ist eine wahllose Einkesselung. Ebenfalls stets unzulässig ist eine Einkesselung mit pönalem, das heisst strafendem Charakter.

■ **Keine Fichierung:** Unzulässig erscheint es, die Einkesselungen zum anlasslosen beziehungsweise verdachtsunabhängigen Sammeln

von video- und biometrischem Material, zur massenhaften erkennungsdienstlichen Erfassung oder zur DNA-Abnahme zu nutzen. Derartige Fichierungen sind abzulehnen.⁴⁸ Das Verlassen der Einkesselung sollte nicht an die Preisgabe persönlicher Informationen gekoppelt werden.⁴⁹

■ **Verhältnismässigkeit:** Jede Einkesselung sollte so kurz wie nötig dauern und eine klare Kommunikation mit den Betroffenen über die Gründe und eine angemessene Versorgung im Allgemeinen (Toiletten, Trinken, Essen) und von vulnerablen Personen insbesondere beinhalten.

■ **Gesetzliche Grundlage:** Soweit ersichtlich fehlen in der Schweiz hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlagen für polizeiliche Einkesselungen. Unseres Erachtens vermögen die ins Spiel gebrachten gesetzlichen Grundlagen⁵⁰ den menschenrechtlichen,⁵¹ aber auch den verfassungsmässigen⁵² Anforderungen an die Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit nicht zu genügen, zumal sie als «a very common practice» eben vorhersehbar und somit einer generell-abstrakten Regelung zugänglich sind.⁵³

■ **Vorhersehbarkeit:** Im Rahmen von Weisungen sollen die Modalitäten (Zuständigkeit zur Anordnung, Voraussetzungen und Begrenzung, Versorgungsmaßnahmen) geregelt werden. Diese Weisungen sollten öffentlich zugänglich sein.

■ **Dokumentationspflicht/Compliance:** Für Massnahmen von einer gewissen Eingriffsintensität – Anhalten, Durchsuchen, Festnehmen oder Inhaftieren – sollen in praxi klare und zugängliche Protokolle erstellt werden, damit deren Rechtmässigkeit als Realakte zumindest nachträglich einer justiziellen Prüfung unterzogen werden kann.

⁴¹ Zum Ganzen: Konferenz der kantonalen Polizeikommandantinnen und -kommandanten (KKPKS), schriftliche Antwort vom 24.2.2025.

⁴² Dies folgt nicht nur aus Art. 36 BV, sondern auch aus dem verwaltungsrechtlichen Störerprinzip sowie Art. 197 Abs. 1 und 2 StPO; s.a. Jean Gauthier/Barbra Wilson, «Le confinement de manifestants («Kettling») constitue-t-il une privatisation de liberté inadmissible au regard de l'article 5 CEDH?», in: André Kuhn et al. (Hrsg.), Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive – Festschrift für Martin Killias zum 65. Geburtstag, Bern 2013, S. 1031.

⁴³ BGE 142 I 121, E. 3.5.2; siehe auch OSCE, Human Rights Handbook on Policing Assemblies, 2016, S. 101 f.

⁴⁴ EGMR, Austin et al. c. Vereinigtes Königreich, § 62; ähnlich Patrice Martin Zumsteg, Demonstrationen in der Stadt Zürich, Verwaltungsrecht und Behördenpraxis am Massstab der Versammlungs- und Meinungsfreiheit, Zürich 2020, N 313.

⁴⁵ Der geltend gemachte Schaden betrug 80'000 Franken, BGE 147 I 372, E. 4.4.1.

⁴⁶ BGE 147 I 372, E. 4.4.1.

⁴⁷ BGE 143 I 147, E. 3.2.

⁴⁸ Siehe auch BGE 147 I 372, E. 4.4.2.

⁴⁹ Sofern im Anschluss eine sogenannte Wegweisung erteilt werden soll, erscheint indes zumindest eine Aufnahme der Personalien unumgänglich.

⁵⁰ Vgl. etwa § 46 und § 34 PolG/BS; § 3, § 21 und § 25 PolG/ZH.

⁵¹ Vgl. EGMR, Auray et al. c. Frankreich, § 92.

⁵² Art. 10 Abs. 2 sowie Art. 16 und 22 i.V.m. Art. 36 Abs. 1 BV.

⁵³ Vgl. in diesem Zusammenhang auch EGMR, Entscheidung 12675/05 vom 8.11.2009, Gsell Mario c. Schweiz, § 59.