

# Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: TB110010-O/U/mp

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. K. Balmer, Präsident, Dr. P. Martin und  
lic. iur. W. Meyer sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. R. Amsler

## **Beschluss vom 21. Januar 2011**

in Sachen

- 1) **S.** geboren 1984, von X, Ostrasse 47, 9999 Yz,
- 2) **Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich**, Florhofgasse 2, Postfach,  
8090 Zürich,

Gesuchsteller

gegen

- 1) **B.** Stadtpolizist,  
**Zustelladresse:** c/o Stadtpolizei Zürich, Bahnhofquai 3, Postfach,  
8021 Zürich 1,
- 2) **R.** Stadtpolizist,  
**Zustelladresse:** c/o Stadtpolizei Zürich, Bahnhofquai 3, Postfach,  
8021 Zürich 1,
- 3) **E.** Stadtpolizist,  
**Zustelladresse:** c/o Stadtpolizei Zürich, Bahnhofquai 3, Postfach,  
8021 Zürich 1,

Beschuldigte

betreffend **Eröffnung einer Strafuntersuchung gegen Beamte (§ 148 GOG)**

## Erwägungen:

### I.

1. Am 18. August 2010 um ca. 03:15 Uhr wurde S. (nachfolgend: Gesuchsteller) von Beamten der Stadtpolizei Zürich beim Taxistandplatz vor dem Hauptbahnhof Zürich verhaftet, nachdem er dort Taxis zerkratzt hatte und gegen die deswegen herbeigerufenen Polizisten aggressiv geworden war (Urk. 3/2/1). In der Folge eröffnete die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl eine Strafuntersuchung wegen Sachbeschädigung gegen den Gesuchsteller (Urk. 3/1).

2. Anlässlich einer Einvernahme als Angeschuldigter im Rahmen der gegen ihn geführten Untersuchung erstattete der Gesuchsteller am 9. Dezember 2010 bei der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl Strafanzeige wegen einfacher Körperverletzung, ev. Tötlichkeiten gegen die Beamten der Stadtpolizei Zürich, die ihn am 18. August 2010 festgenommen hatten. Der Gesuchsteller machte im Wesentlichen geltend, bei der Verhaftung habe ein Polizist Pfefferspray gegen ihn eingesetzt, worauf er in Handschellen gelegt und auf die Wache mitgenommen worden sei. Dort habe man ihm die Kleider ausgezogen und ihn gewürgt. Zudem habe man ihn auf den linken Fuss getreten, wodurch dieser angeschwollen sei, und man habe ihn unsanft am Arm gepackt, wodurch er einen immer noch sichtbaren blauen Fleck davongetragen habe (Urk. 3/2/4).

3. Die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl eruierte in der Folge die Personalien der angezeigten Polizeibeamten (Urk. 3/1). Mit Verfügung vom 5. Januar 2011 überwies die Leitende Staatsanwältin der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl die Akten gestützt auf § 148 GOG auf dem Dienstweg via Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich dem Obergericht des Kantons Zürich, zum Entscheid über Eröffnung oder Nichtanhandnahme einer Untersuchung gegen die Beschuldigten B., R. und E. wegen Amtsmissbrauchs etc., wobei sie beantragte, auf die Anzeige sei nicht einzutreten (Urk. 2).

## II.

1. Gemäss § 148 GOG – welche Bestimmung gleichzeitig mit der Schweizerischen Strafprozessordnung am 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist – entscheidet im Kanton Zürich über die Eröffnung oder Nichtanhandnahme einer Strafuntersuchung gegen Beamte im Sinne von Art. 110 Abs. 3 StGB wegen im Amt begangener Verbrechen oder Vergehen das Obergericht. Vorbehalten bleibt die Zuständigkeit des Kantonsrates zur Erteilung einer Ermächtigung zur Verfolgung von im Amt begangenen Verbrechen und Vergehen von Mitgliedern des Regierungsrates, des Obergerichts, des Verwaltungsgerichts oder des Sozialversicherungsgerichts (vgl. § 38 Abs. 1 KRG).

2. Unter dem bisherigen, kantonalzürcherischen Strafprozessrecht entschied seit dem 1. Januar 2005 die Anklagekammer des Obergerichts über die Eröffnung einer Untersuchung oder das Nichteintreten auf eine Strafanzeige, wenn Beamte gemäss Art. 110 Abs. 3 StGB und Behördenmitglieder strafbarer Handlungen im Zusammenhang mit ihrer amtlichen Tätigkeit verdächtigt wurden (§ 22 Abs. 6 StPO/ZH). Dies war eine Ausnahme von der Regel gemäss § 22 Abs. 4 und 5 StPO/ZH, wonach die Untersuchungsbehörde zum Entscheid über die Eröffnung einer Untersuchung oder das Nichteintreten auf eine Strafanzeige zuständig war. Auch die Entscheide der Anklagekammer ergingen indessen gestützt auf § 22 Abs. 4 und 5 StPO/ZH, mithin nach denselben rechtlichen Kriterien wie die entsprechenden Entscheide einer Untersuchungsbehörde. Gegen Entscheide der Anklagekammer auf Nichteintreten war nach bisherigem Recht – wie gegen entsprechende Entscheide der Untersuchungsbehörden – ein Rekurs beim Obergericht (wenn auch bei einer anderen Kammer) zulässig. Die Bestimmung von § 22 Abs. 6 StPO/ZH legte mit anderen Worten einzig eine abweichende sachliche Zuständigkeit zum Entscheid über die Eröffnung einer Untersuchung fest, wenn Beamte oder Behördenmitglieder einer strafbaren Handlung verdächtigt wurden. Vorbehalten blieb bereits unter bisherigem Recht die Zuständigkeit des Kantonsrates zur Erteilung einer Ermächtigung gemäss § 38 Abs. 1 KRG.

3. Während es den Kantonen bislang freistand, Zuständigkeiten und Verfahren im Strafprozess (in den Schranken von Verfassungs- und Konventionsrecht) beliebig auszugestalten, ist ihnen dies nach dem Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung nur noch dort erlaubt, wo ihnen der Bundesgesetzgeber einen entsprechenden Regelungsspielraum eingeräumt und insofern seine Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des Strafprozessrechts (vgl. Art. 123 BV) bewusst nicht ausgeschöpft hat. Im Übrigen sind dem Bundesrecht zuwiderlaufende kantonale Bestimmungen nichtig (Art. 49 Abs. 1 BV). Gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung ist für den Entscheid über die Eröffnung oder die Nichtanhandnahme einer Strafuntersuchung die Staatsanwaltschaft zuständig (Art. 309/310 StPO). Eine Kompetenz der Kantone, diese Zuständigkeit allenfalls abweichend zu regeln, ist in der StPO weder explizit noch sinngemäss vorgesehen. Vor diesem Hintergrund erscheint § 148 GOG alleine aufgrund seines Wortlautes ("Über die Eröffnung oder Nichtanhandnahme einer Strafuntersuchung (...) entscheidet das Obergericht.") als bundesrechtswidrig.

4. Der kantonale Gesetzgeber stützte sich beim Erlass von § 148 GOG auf die bundesrechtliche Kompetenznorm von Art. 7 Abs. 2 lit. b StPO (vgl. Antrag und Weisung des Regierungsrates zum GOG vom 1. Juli 2009, ABI 2009 S. 1490 ff., insb. S. 1520 und 1632, damals noch zu § 150). Nach Art. 7 Abs. 2 lit. b StPO können die Kantone vorsehen, dass die Strafverfolgung der Mitglieder ihrer Vollziehungs- und Gerichtsbehörden wegen im Amt begangener Verbrechen oder Vergehen von der Ermächtigung einer nicht richterlichen Behörde abhängt. Mit dieser Bestimmung sollte Art. 347 Abs. 2 lit. b aStGB – wonach die Kantone berechtigt waren, Bestimmungen zu erlassen, welche die Strafverfolgung der Mitglieder ihrer obersten Vollziehungs- und Gerichtsbehörden wegen Verbrechen oder Vergehen im Amt vom Vorentscheid einer nicht richterlichen Behörde abhängig machten – in die Schweizerische Strafprozessordnung überführt werden. Erst im Verlauf der parlamentarischen Beratungen zur StPO wurde die bisherige Regelung dahingehend erweitert, dass es den Kantonen ermöglicht wurde, die Strafverfolgung ihrer sämtlichen Beamten und Behördenmitglieder von der Ermächtigung (auch) einer nicht richterlichen Behörde abhängig zu machen (vgl. Riedo/Fiolka, in: Basler Kommentar, StPO/JStPO, Basel 2011, N 76 ff. zu Art. 7

StPO). Mit dem Erfordernis der Ermächtigung sollen Behördenmitglieder und Beamte vor mutwilliger Strafverfolgung geschützt und damit das reibungslose Funktionieren staatlicher Organe sichergestellt werden. Die Ermächtigung zur Strafverfolgung stellt – wo sie verlangt wird – eine zwingende Prozessvoraussetzung dar. Der Entscheid über die Ermächtigung ist weniger (straf-)rechtlicher, sondern vorwiegend (staats-)politischer Natur. Dabei ist das (öffentliche oder private) Interesse an der Durchführung einer Strafuntersuchung gegen tatverdächtige Beamte gegen das (öffentliche) Interesse am ungestörten Funktionieren des Staatsapparates abzuwägen. Die Ermächtigung zur Strafverfolgung kann deshalb aus zureichenden politischen Gründen verweigert werden, auch wenn sie unter rein strafrechtlichen Gesichtspunkten angezeigt wäre. Darin unterscheidet sich der Entscheid über die Ermächtigung zur Strafverfolgung massgeblich vom Entscheid über die Eröffnung oder Nichtanhandnahme einer Strafuntersuchung, welcher sich ausschliesslich nach strafprozessualen Kriterien richtet. Sodann richtet sich das Verfahren der Ermächtigungserteilung (bei kantonalen Beamten) ausschliesslich nach kantonalem Recht und der Entscheid über die Ermächtigung kann von der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV ausgenommen werden. Immerhin ist den interessierten Parteien von der entscheidenden Behörde das rechtliche Gehör zu gewähren (vgl. BGE 135 I 113 sowie Riedo/Fiolka, a.a.O., N 74, 95, 98 ff. zu Art. 7 StPO, je m.w.H.).

5. Betrachtet man die Entstehungsgeschichte von § 148 GOG, kommt man indessen unweigerlich zum Schluss, dass diese Bestimmung nicht nur nach ihrem Wortlaut, sondern auch nach ihrem Sinn und Zweck (entgegen den Ausführungen des Regierungsrates in seiner Weisung vom 1. Juli 2009) kein Ermächtungsverfahren im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b StPO normieren wollte, sondern lediglich – wie bisher § 22 Abs. 6 StPO/ZH – eine besondere sachliche Zuständigkeit zum Entscheid über die Eröffnung oder Nichtanhandnahme von Strafuntersuchungen gegen Beamte. So lautete § 139 Abs. 1 des Vorentwurfs der Justizdirektion zum GOG vom 25. September 2008 noch dahingehend, dass die Strafverfolgung von Beamten gemäss Art. 110 Abs. 3 StGB wegen im Amt begangener Verbrechen einer Ermächtigung des Obergerichts bedürfe. In § 150 Abs. 1 des Antrags des Regierungsrates zum GOG vom 1. Juli 2009 wurde diese

Formulierung dann durch die schliesslich als § 148 GOG in Kraft getretene Fassung ersetzt, ohne dass auf diese Änderung in der Weisung explizit eingegangen worden wäre. Hingegen wird in der Weisung ausgeführt, es gehe beim Entscheid des Obergerichts über die Eröffnung oder die Nichtanhandnahme einer Strafuntersuchung gegen Beamte "nur um das Feststellen des Anfangsverdachts nach rechtlichen Gesichtspunkten, nicht um einen Entscheid nach Opportunitätsgründen". Ferner sah der Antrag des Regierungsrates zum GOG vom 1. Juli 2009 in § 150 Abs. 2 vor, dass gegen Entscheide des Obergerichts über die Nichtanhandnahme Beschwerde gemäss StPO erhoben werden könne (vgl. ABI 2009 S. 1520 und 1632). Mithin sah der Antrag des Regierungsrates dasselbe (strafprozessuale) Rechtsmittel gegen den obergerichtlichen Entscheid über Eröffnung oder Nichtanhandnahme einer Untersuchung vor, welches auch gegen entsprechende Entscheide der Staatsanwaltschaft zulässig ist (vgl. Art. 310 Abs. 2 iVm. Art. 322 Abs. 2 StPO). Zwar wurde § 150 Abs. 2 des Antrags des Regierungsrates zum GOG in den Beratungen des Kantonsrates gestrichen, allerdings wiederum aus der strafprozessualen Überlegung, dass gegen Entscheide oberer kantonalen Gerichtsinstanzen die Beschwerde gemäss StPO nicht zur Verfügung stehe (KR-Sitzung vom 19. April 2010, KR-Prot. S. 10874 f.). Hinzu kommt schliesslich, dass in § 148 GOG (anders als in § 38 KRG) keinerlei Bestimmungen über den Ablauf des Verfahrens enthalten sind, obwohl ein kantonales Ermächtungsverfahren gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b StPO – wie ausgeführt – dem kantonalen Verwaltungsrecht und nicht etwa dem Strafprozessrecht unterstehen würde. Auch diesbezüglich scheint der kantonale Gesetzgeber davon ausgegangen zu sein, dass das Obergericht (wenigstens sinngemäss) die strafprozessualen Bestimmungen über die Eröffnung bzw. Nichtanhandnahme gemäss Art. 309 und 310 StPO anzuwenden hätte. All dies spricht dafür, dass mit § 148 GOG eben kein Ermächtungsverfahren im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b StPO geregelt werden sollte, sondern – wie unter dem bisherigen, kantonalen Strafprozessrecht – bloss eine abweichende sachliche Zuständigkeit des Obergerichts zur Eröffnung von Strafuntersuchungen gegen Beamte oder Behördenmitglieder. Eine solche Regelung verstösst indessen klar gegen die bundesrechtlichen Vorschriften von

Art. 309/310 StPO. Eine bundesrechtskonforme Auslegung bzw. Anwendung von § 148 GOG ist nicht möglich.

6. Nach dem Gesagten erweist sich § 148 GOG als bundesrechtswidrig, mithin als nichtig. Auf das darauf gestützte Gesuch der Staatsanwaltschaft an das Obergericht, über die Eröffnung oder Nichtanhandnahme einer Strafuntersuchung gegen die vorliegend beschuldigten drei Beamten der Stadtpolizei Zürich zu entscheiden, kann deshalb nicht eingetreten werden. Gemäss Art. 309/310 StPO ist alleine die Staatsanwaltschaft zuständig, um über die Eröffnung oder Nichtanhandnahme einer Strafuntersuchung im vorliegenden Fall zu entscheiden. Dies gilt bis auf Weiteres für sämtliche Verfahren gegen Beamte und Behördenmitglieder im Kanton Zürich, jedenfalls solange der kantonale Gesetzgeber keine Bestimmungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b StPO erlässt. Im Sinne einer einheitlichen Praxis in solchen Fällen wäre es gleichwohl wünschenswert, wenn auf Seiten der Staatsanwaltschaft eine zentrale Stelle mit dem Entscheid über die Eröffnung oder Nichtanhandnahme von Strafuntersuchungen gegen Beamte betraut würde (z.B. die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich, die bereits heute mit solchen Untersuchungen betraut ist, oder die Oberstaatsanwaltschaft). Eine solche Lösung wäre ohne Weiteres mit Art. 309/310 StPO vereinbar. Die Akten des vorliegenden Verfahrens sind in diesem Sinne der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich zur weiteren Veranlassung zu überweisen.

### III.

Für das vorliegende Verfahren sind keine Kosten zu erheben.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Auf das Gesuch um Eröffnung oder Nichtanhandnahme einer Strafuntersuchung gegen die Beschuldigten wird nicht eingetreten.
2. Die Akten werden der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich zur weiteren Veranlassung überwiesen.

3. Es werden keine Kosten erhoben.

4. Schriftliche Mitteilung an

-

5. Rechtsmittel:

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid ist **innert 30 Tagen**, von der Zustellung an, beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit, Art und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

---

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

III. Strafkammer

Zürich, den 21. Januar 2011

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. K. Balmer

lic. iur. R. Amsler