

Andreas Donatsch, Felix Blocher, **Zürich**

Outsourcing im Strafverfahren¹

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung

II. Zum Outsourcing im Allgemeinen

A) Der Begriff des «Outsourcing»

B) Gründe für das Outsourcing im Strafverfahren

III. Die Möglichkeiten des Outsourcing im materiellen und formellen Strafrecht

A) Gesetzlich geregelte Anwendungsfälle von Outsourcing i.w.S.

1. Outsourcing i.w.S. durch Regelungen im materiellen Strafrecht

2. Outsourcing i.w.S. gestützt auf ausdrückliche Normen des Strafverfahrensrechts

B) Outsourcing ohne ausdrückliche strafprozessuale Grundlage durch entsprechende Entscheide der Strafverfolgungsorgane

1. Arten der Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden

2. Grundsätze für die Übertragung von Verwaltungsaufgaben an Private

a) Zulässigkeit der Privatisierung im Zusammenhang mit der Ausübung von hoheitlichen Befugnissen

b) Zulässigkeit der Privatisierung im Bereich der Bedarfsverwaltung

c) Im Falle der Privatisierung zu beachtende Grundsätze

IV. Outsourcing im Strafverfahren und Kosten

A) Allgemeines zu den Kosten und der Auferlegung von Kosten

B) Besondere Probleme bei der Auferlegung von Kosten im Rahmen des Outsourcing

1. Ausgangslage

2. Rechtliche Schranken für die Überwälzung der Kosten des Outsourcing im Strafverfahren

I. Einleitung

In der Privatwirtschaft gehört das Outsourcing von Aufgaben dem Vernehmen nach gewissermassen zum Alltag. Nun könnte aus dem Umstand, dass der Staat bei der Durchführung von Strafverfahren hoheitliche Aufgaben wahrnimmt, geschlossen werden, in diesem Bereich könne das Outsourcing kaum von Relevanz sein. Dieser Schluss wäre jedenfalls für den Bereich der polizeilichen

ZStrR-2008-348

Gefahrenabwehr unzutreffend. So sieht etwa Art. 2 Abs. 1 lit. e des Zwangsanwendungsgesetzes² die Erfüllung polizeilicher Aufgaben durch Private vor. Weiter sollen Transportunternehmen mit Bewilligung des Bundesamtes für Verkehr gemäss Art. 3 Abs. 2 BGST den Sicherheitsdienst³ inskünftig einer privaten Organisation übertragen können, sofern sich diese mehrheitlich in schweizerischem Besitz befindet und ihren Sitz in der Schweiz hat. Die Angehörigen der Sicherheitsorgane werden gemäss Art. 5 BGST befugt sein, unmittelbaren Zwang anzuwenden, so etwa Personen anzuhalten, zu fesseln und der Polizei zu übergeben.⁴ Als drittes Beispiel mag die Regelung des Gefangenentransports im Kanton Zürich dienen. Dieser kann gestützt auf § 5 Abs. 2 POG⁵ durch Hilfskräfte und beauftragte Dritte erfolgen, welche nicht Angehörige der Polizei sind. Von Interesse dürfte in diesem Zusammenhang schliesslich sein, dass in der Schweiz neben rund 16 000 Polizistinnen und Polizisten ca. 10 000 Mitarbeitende privater Sicherheitskräfte tätig sind.

Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, ob auch im Bereich der Strafuntersuchung die Erfüllung gewisser Aufgaben ausgelagert bzw. privatisiert werden kann.

II. Zum Outsourcing im Allgemeinen

A) Der Begriff des «Outsourcing»

Der Begriff «Outsourcing» setzt sich aus den Worten «outside», «resource» und «using» zusammen. Dementsprechend wird damit zum Ausdruck gebracht, dass bei der Herstellung von Produkten, bei der Erbringung von Dienstleistungen

ZStrR-2008-349

oder ganz allgemein bei der Erfüllung irgendwelcher Aufgaben von Mitteln Dritter Gebrauch gemacht wird⁶.

Wird die Erfüllung der betreffenden Aufgabe an einen externen Dritten übertragen, welcher wirtschaftlich und rechtlich vom Outsourcinggeber – zumindest weitgehend – unabhängig ist, so spricht man von externem Outsourcing. Erfolgt die Zuweisung der betreffenden Aufgaben hingegen lediglich an einen anderen unternehmens- oder allenfalls auch konzerninternen Bereich, so bezeichnet man dies als internes Outsourcing. Im Bereich der Aufgabenerfüllung durch den Staat wird im zuletzt genannten Zusammenhang von Dezentralisierung gesprochen⁷.

Die Frage, wann der Outsourcingnehmer vom Outsourcinggeber «weitgehend unabhängig» erscheint, ist manchmal nicht einfach zu beantworten. In rein privatrechtlichen Verhältnissen stellt sich die Frage etwa in Konstellationen, in welchen der Outsourcinggeber substanziell am Unternehmen des Outsourcingnehmers beteiligt ist. Durchaus vergleichbar kann es sich bei der Auslagerung⁸ staatlicher Aufgaben verhalten, wenn diese an eine privatrechtlich organisierte Gesellschaft übertragen werden, welche zum grossen Teil oder gar vollumfänglich im Eigentum des Staates steht, wie dies etwa bei den Rüstungsbetrieben des Bundes⁹ oder bei der KANTAG Liegenschaftenverwaltung im Kanton Zürich der Fall ist.

Im Übrigen ist festzuhalten, dass es sich beim Ausdruck «Outsourcing» nicht um einen rechtlichen Begriff handelt und dass dazu – soweit ersichtlich – eine allgemeingültige und generell anerkannte Definition fehlt.

Im Folgenden wird unter «Outsourcing» der Umstand verstanden, dass die Bearbeitung von an sich bzw. bis anhin intern wahrgenommenen Aufgaben der Strafverfolgungsbehörden auf einen oder mehrere externe Dritte – bei diesen handelt es sich um Private – übertragen wird, wobei diese Dritten die betreffenden Leistungen zugunsten des Outsourcinggebers erbringen. Nicht erforderlich ist im vorliegenden Zusammenhang, dass der Dritte dauerhaft mit der Betreuung der betreffenden Aufgaben betraut wird. Entsprechend wird im Folgenden auch dann von «Outsourcing» gesprochen, wenn eine bestimmte Aufgabe lediglich im Rahmen

ZStrR-2008-350

eines Projekts oder im Einzelfall ausgelagert wird. Erfasst wird demnach auch das «Projektoutsourcing» und das «Outtasking». Da nach dem hier verwendeten Begriff des Outsourcing die zu besorgenden Aufgaben an Private übertragen werden, könnte auch von der Privatisierung von Aufgaben gesprochen werden¹⁰.

B) Gründe für das Outsourcing im Strafverfahren

Als Hauptursachen für das Outsourcing stehen in der Regel Kostenüberlegungen im Vordergrund. Im Zentrum steht wohl der Fall, bei welchem die Erfüllung der zu bewältigenden Aufgaben durch den externen Dritten preisgünstiger besorgt wird, als dies inhouse möglich wäre¹¹. Dieses Motiv für das Outsourcing dürfte im Strafverfahren jedenfalls beim betreffenden Strafverfolgungsorgan

nicht unmittelbar im Vordergrund stehen. Wenn die Erfüllung bestimmter Aufgaben im Rahmen eines Strafverfahrens an externe Dritte übertragen wird, so wird der Grund dafür in aller Regel darin liegen, dass zur Bewältigung dieser Aufgaben intern entweder die erforderlichen Fähigkeiten oder aber die entsprechenden personellen bzw. sachlichen Mittel nicht zur Verfügung stehen. Als Beispiel für den Mangel an Fähigkeiten mag der Auftrag zur Spiegelung von Computerdateien und zur Entschlüsselung von Daten dienen¹², als Beispiel für fehlende Personal- und Sachmittel das Einscannen von Akten im Falle sehr grosser Strafverfahren. Theoretisch wäre ein drittes Motiv für das «Outsourcing» denkbar, nämlich ein rechtliches. Man könnte nämlich Aufgaben deshalb auslagern, weil dem Strafverfolgungsorgan bestimmte Verhaltensweisen rechtlich verboten sind, nicht aber dem Outsourcingnehmer als Privatem. Dieser Variante wird in der Folge nicht weiter nachgegangen.

ZStrR-2008-351

III. Die Möglichkeiten des Outsourcing im materiellen und formellen Strafrecht

A) Gesetzlich geregelte Anwendungsfälle von Outsourcing i.w.S.

Lediglich im Sinne eines Überblicks soll zunächst dargelegt werden, dass verschiedentlich gesetzlich vorgesehen ist, Aufgaben, welche zur Aufklärung von Straftaten zu bewältigen sind, durch Private vornehmen zu lassen. Da hier eine gesetzliche Regelung besteht, wird auf diese Fälle später nicht weiter eingegangen.

1. Outsourcing i.w.S. durch Regelungen im materiellen Strafrecht

In der Gesetzgebung zum materiellen Strafrecht zeichnet sich vermehrt die Tendenz ab, Private mit der Aufklärung strafbarer Handlungen zu betrauen. Deutlich werden diese Bestrebungen vor allem im Zusammenhang mit der Gesetzgebung zur Geldwäscherei für Finanzintermediäre sowie mit der Regelung der Unternehmensstrafbarkeit. Anders als etwa bei der Hehlerei, bei welcher der potenzielle Täter wissen muss, dass die betreffende Sache durch ein Vermögensdelikt erlangt worden ist, werden an den Mitarbeiter eines Finanzinstituts im Zusammenhang mit dem Tatbestand der Geldwäscherei strengere Anforderungen gestellt. Er muss nicht nur den Kunden identifizieren, um das Risiko einer Geldwäschereihandlung auszuschliessen. Bei unüblichen Transaktionen oder Transaktionsstrukturen sind überdies die wirtschaftlichen Hintergründe sowie der Zweck der Transaktion bzw. der Geschäftsbeziehung abzuklären. Zudem läuft im Falle ungenügender Beachtung des Geldwäschereigesetzes sowie der entsprechenden Verordnung nicht nur der Mitarbeiter des Finanzinstituts Gefahr, sich strafbar zu machen, sondern gestützt auf Art. 102 Abs. 2 StGB auch das Unternehmen selbst, weil und soweit dieses nicht alle erforderlichen und zumutbaren Massnahmen getroffen hat, um die fragliche

Geldwäschereihandlung zu verhindern. Diese Gesetzgebung hat dazu geführt, dass jedenfalls bei grösseren Finanzinstituten eine Abteilung von «compliance officers» damit befasst ist, Vermögenswerte zu eruieren, welche im Sinne von Art. 305^{bis} StGB «aus einem Verbrechen herrühren». Der Sache nach handelt es sich dabei um Abklärungen, die sich mit Untersuchungshandlungen staatlicher Strafverfolgungsorgane vergleichen lassen, auch wenn diese selbstverständlich nicht im Rahmen eines Strafverfahrens getätigt werden. Insbesondere kommt das Finanzinstitut nicht umhin, risikorelevante Informationen zu beschaffen und Kundenprofile zu erstellen, um sich in die Lage zu versetzen, aus Verbrechen stammende Vermögenswerte in Anwendung von Art. 9 GwG der Meldestelle für Geldwäscherei zu melden und damit den Vorwurf der Geldwäscherei auszuschliessen. Sie sammeln also im Hinblick auf die Erhärtung von Sachverhalten, welche sich allenfalls unter Art. 305^{bis} StGB subsumieren lassen, Informationen und erstellen gestützt darauf Tat- oder

ZStrR-2008-352

Täterprofile – ähnlich wie dies die Kriminalpolizei und der kriminaltechnische Dienst tun. In diesem Sinne lässt sich sagen, der Staat habe mit der Geldwäschereigesetzgebung einen Teil der Aufklärungsarbeit zum Auffinden von Vermögenswerten, welche aus Verbrechen herrühren, an Private übertragen.

2. Outsourcing i.w.S. gestützt auf ausdrückliche Normen des Strafverfahrensrechts

Obschon das Strafverfahren grundsätzlich durch die staatlichen Organe durchzuführen ist, ist doch ausnahmsweise gesetzlich vorgesehen, die Ausführung bestimmter Tätigkeiten, welche sich im Rahmen der Strafverfolgung als notwendig erweisen, an Private zu übertragen. So wird dem Angeschuldigten gemäss § 12 Abs. 2 StPO ZH in den Fällen notwendiger Verteidigung ein amtlicher Verteidiger bestellt, wenn er selbst keinen Anwalt beizieht. Dem Geschädigten wird auf Verlangen ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beigegeben (§ 10 Abs. 5 StPO ZH). Beide Beauftragten gehören nicht der Verwaltung an. Im vorliegenden Zusammenhang dürfte aber neben dem Einsatz von Dolmetschern die Zuziehung von Sachverständigen in Anwendung von § 109 Abs. 1 StPO ZH im Vordergrund stehen, jedenfalls soweit es sich dabei nicht um Experten in öffentlich-rechtlicher Stellung handelt.

Der Grund für den Beizug von privaten Dolmetschern und Sachverständigen liegt darin, dass die erforderlichen Spezialkenntnisse zur Abklärung des prozessrelevanten Sachverhalts bei den Organen der Strafrechtspflege bzw. in der öffentlichen Verwaltung in der Regel nicht vorhanden sind.

Was die Sachverständigen betrifft, so können im Rahmen eines Strafverfahrens zwar solche Experten beigezogen werden, welche der öffentlichen Verwaltung angehören, wie dies bei den bei der Staatsanwaltschaft fest angestellten oder gewählten Sachverständigen¹³ oder auch bei

den Sachverständigen des Instituts für Rechtsmedizin der Fall ist. Oder es werden gar Personen als Sachverständige eingesetzt, welche den Strafverfolgungsorganen selbst angehören, so etwa die Schriftsachverständigen der Kantonspolizei Zürich¹⁴. In der Regel werden jedoch Private mit der Erstellung von Expertisen beauftragt. In diesen Konstellationen erfolgt die Abklärung des Sachverhalts gestützt auf § 109 Abs. 1 StPO ZH folglich mittels Outsourcing.

Dolmetscher bzw. Übersetzer sowie geeignete Personen zur Befragung von Stummen, Tauben oder Schwerhörigen sind gestützt auf § 130 GVG ZH beizuziehen. Auch bei diesen handelt es sich regelmässig um Private.

ZStrR-2008-353

B) Outsourcing ohne ausdrückliche strafprozessuale Grundlage durch entsprechende Entscheide der Strafverfolgungsorgane

Im Folgenden soll geprüft werden, ob und gegebenenfalls inwieweit es den Strafverfolgungsorganen gestattet ist, die Erfüllung von Aufgaben, welche im Strafverfahren zu erledigen sind, an Private «outzusourcen».

1. Arten der Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden

Bevor zur Frage Stellung genommen werden kann, ob und gegebenenfalls inwieweit Aufgaben, die im Zusammenhang mit der Strafverfolgung anfallen, an Private übertragen werden dürfen, ist zu differenzieren, wie die betreffenden Tätigkeiten aus verwaltungsrechtlicher Sicht zu qualifizieren sind. Generell gesehen handelt es sich bei der Durchführung von Strafprozessen um eine ausschliessliche Staatsaufgabe¹⁵.

Bei der Tätigkeit der Strafverfolgungsorgane steht sicherlich die Ausübung hoheitlicher Befugnisse im Vordergrund. In der Terminologie der Verwaltungsrechtslehre spricht man in diesem Zusammenhang von der Eingriffsverwaltung. Bei der Ausübung hoheitlicher Befugnisse werden dem Bürger einseitig Pflichten auferlegt. Überdies können seine Freiheiten eingeschränkt werden. Zu denken ist für den ersteren Fall etwa an die Statuierung von Erscheinungs- oder Editionspflichten. Freiheitseinschränkungen gehen etwa mit einer Verhaftung oder einer Beschlagnahme einher.

Von der Ausübung hoheitlicher Befugnisse bzw. der Eingriffsverwaltung zu unterscheiden ist die Bedarfsverwaltung. Bei dieser geht es um die Beschaffung, den Betrieb sowie den Unterhalt der Mittel, welche für die Tätigkeit der betreffenden Verwaltung erforderlich sind. Im Bereich der Strafverfolgung sind etwa Mittel zur Anwendung unmittelbaren Zwangs durch die Polizei zu beschaffen und zu unterhalten oder die elektronische Datenverarbeitung sicherzustellen. Mit der Bedarfsverwaltung wird kein Selbstzweck, sondern ausschliesslich das Ziel verfolgt, die

eigentlichen Aufgaben der Strafverfolgung zu ermöglichen. Die Bedarfsverwaltung stellt schlichtes Verwaltungshandeln dar.

Auf die übrigen Kategorien verwaltungsrechtlicher Tätigkeiten – die Leistungsverwaltung sowie die fiskalische Wettbewerbswirtschaft – braucht an dieser Stelle nicht eingegangen zu werden.

ZStrR-2008-354

2. Grundsätze für die Übertragung von Verwaltungsaufgaben an Private

a) Zulässigkeit der Privatisierung im Zusammenhang mit der Ausübung von hoheitlichen Befugnissen

Nach Art. 178 Abs. 3 BV (Bundesverwaltung) und Art. 98 KV ZH (kantonale Verwaltung) setzt die Zulässigkeit der Übertragung von staatlichen Aufgaben an private oder staatliche Organisationen ausserhalb der Verwaltung in der Regel ein Gesetz im formellen Sinne voraus¹⁶. Diese Voraussetzung muss gemäss der Wesentlichkeitstheorie jedenfalls bei denjenigen Tätigkeiten beachtet werden, mit welchen hoheitliche Befugnisse ausgeübt werden¹⁷. Dabei ist aber zu beachten, dass Aufgaben nicht «outgesourct» werden dürfen, die dem unverzichtbaren Kernbestand von exklusiven Verwaltungsaufgaben angehören¹⁸ und bei deren Erfüllung ein enger Bereich grundrechtlicher Freiheiten berührt wird¹⁹. Zu diesen gehört die Strafverfolgung im engeren Sinne. Mit Sicherheit wäre eine generelle Privatisierung der Strafverfolgung unzulässig²⁰. Nicht zulässig ist nach hier vertretener Auffassung aber auch das Outsourcing solcher Aufgaben an Private, welche mit intensiven Grundrechtseingriffen verbunden sind. Dies lässt sich mit dem Gewaltmonopol des Staates begründen, welches zwar in der BV nicht aufgeführt ist, wohl aber als ungeschriebenes Verfassungsrecht erachtet wird²¹. So wäre es u.E. nicht zulässig, in

ZStrR-2008-355

einem Gesetz vorzusehen, dass eine Privatfirma zur Anwendung der Normen über die Verhaftung oder der Bestimmungen über die Beschlagnahme befugt wäre. Ebenso erscheint die Privatisierung der Telefonüberwachung, von Eingriffen ins Postgeheimnis oder verdeckter Ermittlungen ausgeschlossen. Auf dieser Linie liegt auch § 5 Abs. 2 Satz 1 des zürcherischen Polizeiorganisationsgesetzes²². Gemäss dieser Bestimmung dürfen polizeiliche Zwangsmassnahmen und strafprozessuale Ermittlungshandlungen ausschliesslich durch Angehörige der Polizei durchgeführt werden. Im selben Absatz dieser Bestimmung findet sich im Übrigen die gesetzliche Grundlage für die Übertragung des Transports und die Betreuung von «bereits arretierten Personen». Aus dieser gesetzlichen Grundlage kann allerdings ausschliesslich die Polizei Rechte ableiten, nicht aber die Staatsanwaltschaft.

b) Zulässigkeit der Privatisierung im Bereich der Bedarfsverwaltung

Anders als bei der Eingriffsverwaltung ist es in der Regel zulässig, die Erfüllung von Aufgaben, welche zur Bedarfsverwaltung gehören, ohne gesetzliche Grundlage an Private zu übertragen²³. Dieser Grundsatz muss jedenfalls dann gelten, wenn der Bürger durch das betreffende Outsourcing bzw. dessen Auswirkungen nicht direkt betroffen ist²⁴. In der Regel ohne gesetzliche Grundlage zulässig ist somit auch die Übertragung von Aufgaben an sog. Verwaltungshelfer, welche in untergeordneter, unselbstständiger Funktion als blosse Werkzeuge der sie beauftragenden Behörde – ohne eigene Entscheidungsbefugnisse und ohne zum Bürger in einer (Aussen-)Rechtsbeziehung zu stehen – agieren²⁵.

Ist dies der Fall, so können die Polizei²⁶ wie auch die Staatsanwaltschaft²⁷ gestützt auf ihre Organisationskompetenz selbst entscheiden, ob eine bestimmte Aufgabe verwaltungsintern oder aber durch Private erfüllt werden soll²⁸.

Somit darf die Polizei beispielsweise den Unterhalt von Fahrzeugen oder Waffen und die Staatsanwaltschaft etwa die Betreuung des technischen Bereichs ihrer EDV-Anlage durch Private besorgen lassen.

Wie erwähnt, ist die Privatisierung der Bedarfsverwaltung nur dann völlig unproblematisch, wenn dadurch Dritte nicht direkt in ihren persönlichen Rechten betroffen werden²⁹. Das kann etwa bei der Datenbearbeitung, welche an sich zur

ZStrR-2008-356

Bedarfsverwaltung gehört, der Fall sein. Sobald jedoch die ernsthafte Möglichkeit besteht, dass der Umgang mit solchen Daten durch den Outsourcingnehmer Drittpersonen in ihren Rechten verletzt, ist für das Outsourcing der betreffenden Tätigkeit eine gesetzliche Grundlage erforderlich³⁰. Da und soweit für das Bearbeiten von Personendaten – auch elektronisch gespeicherter Daten – in hängigen Strafverfahren die Staatsanwaltschaft verantwortlich ist (§ 25 Abs. 1 StPO ZH, § 6 Abs. 1 DSGVO ZH³¹) und da folglich die Strafprozessordnung (§ 3 Abs. 2 lit. b DSGVO ZH) anwendbar ist, müsste eine entsprechende gesetzliche Grundlage in der StPO vorhanden sein. Das ist aber mit Bezug auf das Outsourcing von Tätigkeiten im Bereich der Datenverwaltung nicht der Fall. Dies bedeutet, dass die Privatisierung von Tätigkeiten im Bereich der elektronischen Datenverarbeitung im Rahmen des Strafverfahrens dann nicht zulässig ist, wenn der Outsourcingnehmer bei seiner Tätigkeit Kenntnis von schützenswerten Daten nehmen muss.

Daraus folgt nach hier vertretener Auffassung beispielsweise, dass die Strafverfolgungsorgane zwar Computerdateien durch Private «spiegeln» und sich die Kopien aushändigen lassen können. Selbstverständlich ist es aber ihre Aufgabe, die betreffenden Träger zuvor vorläufig sicherzustellen bzw. zu beschlagnahmen. Sobald es jedoch darum geht, diese Dateien zu durchsuchen und auszuwerten, ist ein Outsourcing ohne entsprechende gesetzliche Grundlage nach hier vertretener

Auffassung nicht zulässig, es sei denn, die Auswertung erfolge in einer Weise, welche die Interessen der durch die Daten Betroffenen nicht tangiere. Das hat im Ergebnis zur Konsequenz, dass die Kompetenz zur Auswertung von Datenspeichern bei den Strafverfolgungsbehörden vorhanden sein oder aber eine entsprechende gesetzliche Grundlage für das Outsourcing geschaffen werden muss³². Eine solche wäre mit § 109 Abs. 1 StPO ZH immerhin für diejenigen Konstellationen vorhanden, in welchen die Auswertung einem Sachverständigen übertragen würde.

c) Im Falle der Privatisierung zu beachtende Grundsätze

Wird die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe zulässigerweise an Private übertragen, muss gemäss Art. 35 Abs. 2 BV gewährleistet sein, dass sich die beauftragten Privaten bei der Ausübung ihrer Tätigkeiten an die Verfassung, insbesondere die Grundrechte, halten³³, wobei die Intensität der Bindung je nach der Schwere der möglichen Eingriffe unterschiedlich sein kann. Vom Grundsatz der Bindung an die verfassungsmässigen Rechte gingen Lehre³⁴ und Praxis übrigens schon vor dem

ZStrR-2008-357

Inkrafttreten der erwähnten BV-Bestimmung aus. So führte das Bundesgericht im Entscheid 103 Ia 551 aus, dass «der Staat dafür verantwortlich (ist), dass die private Organisation die ihr übertragene hoheitliche Funktion in gesetz- und verfassungsmässiger Weise erfüllt»³⁵. In diesem Sinne müssen die privaten Outsourcingnehmer vom Staat beaufsichtigt werden³⁶.

In materieller Hinsicht beinhaltet die Pflicht zur Berücksichtigung verfassungsmässiger Grundsätze vorab, dass sich der Outsourcingnehmer am öffentlichen Interesse zu orientieren sowie namentlich das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV), die besonderen Diskriminierungsverbote (Art. 8 Abs. 2 bis Abs. 4) und das Willkürverbot (Art. 9 BV) zu beachten hat³⁷. Ihm obliegt es aber auch, allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungshandelns Rechnung zu tragen. Insbesondere hat er bei seinem Handeln das Prinzip der Verhältnismässigkeit sowie das Prinzip von Treu und Glauben zu wahren³⁸.

Schliesslich ist beim Outsourcing im Strafverfahren speziell dafür Sorge zu tragen, dass die mit der Erfüllung von einzelnen Aufgaben betrauten Privaten nicht gegen die grundlegenden Prinzipien des Strafverfahrensrechts verstossen. So haben diese insbesondere darauf zu achten, dass durch ihre Tätigkeit Rechte des Angeschuldigten oder solche anderer Verfahrensbeteiligter nicht gefährdet werden. Entsprechend haben sie namentlich dafür zu sorgen, dass das Gebot der Unabhängigkeit, die Unschuldsvermutung oder der Beschleunigungsgrundsatz respektiert und dass das Gebot der Gleichbehandlung aller Verfahrensbeteiligten nicht unterlaufen wird. Weiter muss verhindert werden, dass das Gebot der Geheimhaltung missachtet wird. Namentlich dürfen

Akten nicht an Dritte weitergegeben werden – auch nicht an andere Amtsstellen, weil und soweit dadurch die Regeln der Amtshilfe missachtet werden könnten.

Je nach Art der zu privatisierenden Tätigkeit ist weiteren strafprozessualen Anforderungen Rechnung zu tragen. Dies kann am Beispiel des gesetzlich geregelten Outsourcing dargelegt werde. Da durch den Sachverständigen die Fachkenntnisse des Richters ergänzt werden, und da der Richter unabhängig und unbefangen sein muss, ist richtigerweise gesetzlich vorgeschrieben, dass auch der Outsourcingnehmer – der Experte – in gleicher Weise unabhängig und unbefangen ist³⁹. Sodann ist sicherzustellen, dass der Sachverständige in gleicher Weise wie das Strafverfolgungsorgan verpflichtet ist, nach der materiellen Wahrheit zu suchen. Dies wird dadurch gewährleistet, dass der Experte verpflichtet wird, sein Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen zu erstellen, und dass ihm die Sanktion von Art.

ZStrR-2008-358

307 StGB angedroht wird, falls er seinen diesbezüglichen Pflichten nicht nachkommt⁴⁰. Im Weiteren werden die Verantwortlichkeiten für den abzuklärenden Sachverhalt im Verhältnis zwischen dem Strafverfolgungsorgan und dem Sachverständigen festgelegt. Schliesslich werden die Rechte der Parteien umschrieben, und es wird auf die Pflicht zur Geheimhaltung sowie der Sache nach auf den Beschleunigungsgrundsatz hingewiesen⁴¹. Für die Dolmetscher werden die erwähnten Vorschriften als sinngemäss anwendbar erklärt⁴².

Diese Regeln für das gesetzlich vorgesehene Outsourcing im Falle von Sachverständigen und Dolmetschern machen deutlich, dass die Privatisierung einer Tätigkeit, welche die Rechte Dritter ernsthaft tangieren kann, ohne gesetzliche Grundlage mit den entsprechenden zusätzlichen flankierenden Schutzbestimmungen, nicht zulässig sein kann. Zwar könnte der Outsourcinggeber im Vertrag, welchen er mit dem Privaten abschliesst, die Pflichten festhalten, welche bei der Ausübung der betreffenden Tätigkeit zu beachten sind. Es kann jedoch nicht im Belieben des einzelnen Strafverfolgungsorgans sein, diese Pflichten zu bestimmen und über deren Aufnahme in den Outsourcingvertrag zu entscheiden.

Macht ein Bürger geltend, seine verfassungsmässigen oder anderen Rechte seien durch den Outsourcingnehmer verletzt worden, so muss dafür ein Rechtsweg zur Verfügung stehen⁴³. Auf die Frage, ob dabei der zivilrechtliche oder der öffentlich-rechtliche Weg vorzusehen sei, wird angesichts der vielen denkbaren Konstellationen sowie auch angesichts der unterschiedlichen Theorien und Auffassungen in Lehre und Praxis⁴⁴ an dieser Stelle nicht eingegangen.

Im Falle des Outsourcing staatlicher Aufgaben an Private wäre es überdies angezeigt, gesetzlich zu regeln, wie im Falle der Geltendmachung eines Schadens oder der Zufügung einer immateriellen Unbill vorzugehen wäre, mithin ob Privatrecht zur Anwendung gelangen soll oder aber ob von einem Fall der Staatshaftung auszugehen sei⁴⁵. Die Abgrenzung ist insbesondere deshalb

von erheblicher Relevanz, weil im Falle der Staatshaftung der Staat meist unabhängig vom Verschulden des Handelnden⁴⁶ und vereinzelt auch unabhängig von der Rechtswidrigkeit der

ZStrR-2008-359

Handlung⁴⁷ für allfällige Schäden haftet, und zwar in der Regel in Form einer ausschliesslichen Staatshaftung (so § 43 Abs. 4 und § 191 StPO ZH).

Je nach der Antwort auf die vorstehend gestellte Frage sind im Übrigen unterschiedliche Rechtsgrundlagen anwendbar. Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche von Beschuldigten aus strafprozessualen Handeln kantonal-zürcherischer Strafverfolgungsorgane richten sich im Falle einer Einstellung oder eines Freispruchs nach § 43 Abs. 2 und 3, § 191 und § 455 StPO und werden aus prozessökonomischen Gründen durch die Strafgerichte beurteilt bzw. ergehen direkt mit dem Einstellungsentscheid (§ 44 StPO)⁴⁸. Die Entschädigung erfolgt in diesen Fällen aus der Staatskasse (§ 43 Abs. 4 und § 191 StPO). Für die Haftung ist in erster Linie massgebend, ob die kantonalen Strafverfolgungsbehörden beim Outsourcing im Zusammenhang mit der Auswahl, Instruktion und Kontrolle der Tätigkeit des Privaten die nötige Sorgfalt haben walten lassen⁴⁹. Selbst wenn dies bejaht werden kann, ist eine Staatshaftung nach § 43 oder § 191 StPO nicht ausgeschlossen, da die von der Staatsanwaltschaft mit Untersuchungshandlungen betrauten Privaten der Sache nach als kantonale Strafverfolgungsorgane zu erachten sind. Kann davon angesichts der konkreten Umstände nicht ausgegangen werden oder werden Dritte durch Untersuchungshandlungen des Privaten geschädigt, kommt allenfalls das Haftungsgesetz des Bundes oder das Zürcher Haftungsgesetz zum Zuge⁵⁰; es gelten die allgemeinen Regeln der Staatshaftung⁵¹. Im Kanton Zürich haftet der Private

ZStrR-2008-360

neuerdings kausal für den Schaden, welchen er bei Erfüllung ihm übertragener öffentlicher Aufgaben durch rechtswidrige Tätigkeit oder Unterlassung verursacht hat, wobei im Übrigen die Bestimmungen des Bundeszivilrechts gelten und die Ansprüche auf dem Weg des Zivilprozesses geltend zu machen sind (§ 4 a. Abs. 1 Haftungsgesetz ZH, Art. 46 Abs. 2 KV ZH). Subsidiär ist sodann eine Staatshaftung für einen allfälligen Ausfall vorgesehen (§ 4 a. Abs. 2 Haftungsgesetz ZH, Art. 46 Abs. 2 letzter Satz KV ZH)⁵². Hingegen findet bei Übertragung öffentlicher Aufgaben mit gewerblichem Charakter nach Art. 61 Abs. 2 OR grundsätzlich Zivilrecht Anwendung⁵³. Gewerblichen Charakter hat insbesondere diejenige Aufgabe, die nicht «zum Kernbestand des staatlichen Funktionsbereiches gehört», also keine «wesentliche Staatsaufgabe»⁵⁴ darstellt, was im Bereich des Outsourcing von Untersuchungshandlungen – soweit ersichtlich – namentlich bei Hilfstätigkeiten untergeordneter Bedeutung der Fall sein dürfte. Generell ausgeschlossen ist eine Staatshaftung, wenn die Schädigung durch den Privaten in keinem funktionellen Zusammenhang

zur übertragenen Aufgabe steht und dem Staat auch keine mangelhafte Delegation bzw. Überwachung vorzuwerfen ist⁵⁵. In einem solchen Fall ist ausschliesslich der Private haftbar⁵⁶.

IV. Outsourcing im Strafverfahren und Kosten

A) Allgemeines zu den Kosten und der Auferlegung von Kosten

Im Strafverfahren entstehen Kosten, weil der Staat zum einen die notwendigen Justizorgane samt Infrastruktur zur Verfügung stellt. Diese werden unter dem

ZStrR-2008-361

Titel allgemeine Aufwendungen bzw. Gerichtsgebühr erfasst⁵⁷. Zum andern können je nach Fall besondere Kosten bzw. Auslagen hinzukommen, so beispielsweise für die Tätigkeit von Sachverständigen, Dolmetschern, für Zeugenentschädigungen wie auch Telefon- und Portoauslagen⁵⁸. Zu den besonderen Kosten gehören somit grundsätzlich u.a. auch Aufwendungen anderer staatlicher Institutionen ausserhalb der eigentlichen Strafverfolgungs- und Justizbehörden, z.B. Dienstleistungen rechtsmedizinischer Institute, aber auch Aufwendungen Privater, welche im Auftrag der Strafverfolgungsbehörden tätig werden.

Die Verfahrenskosten sind im Strafverfahren zunächst vom Staat zu tragen. Dasselbe gilt grundsätzlich nach dessen Abschluss, es sei denn, der Beschuldigte werde verurteilt oder er habe im Falle einer Einstellung oder eines Freispruchs die Einleitung der Untersuchung durch ein verwerfliches bzw. rechtswidriges oder leichtfertiges Verhalten verursacht⁵⁹. Davon ausgenommen sind gemäss Art. 6 Ziff. 3 lit. e EMRK sowie Art. 14 Ziff. 4 lit. f IPBPR lediglich die Dolmetscherkosten, welche dem auf die Übersetzung angewiesenen Beschuldigten in keinem Fall auferlegt werden dürfen.

Daraus ergibt sich als im vorliegenden Zusammenhang relevante Feststellung, dass die allgemeinen Aufwendungen des Staates für die Bereitstellung der Justizorgane, insbesondere die Kosten für deren Besoldung, nur mittelbar in Form von in der Regel nicht kostendeckenden Gerichts- oder Staatsgebühren überbürdet werden⁶⁰.

B) Besondere Probleme bei der Auferlegung von Kosten im Rahmen des Outsourcing

1. Ausgangslage

Wie erwähnt, können bzw. dürfen die Kosten, welche sich aus den allgemeinen Aufwendungen des Staates, insbesondere aus den Löhnen der Strafverfolgungsorgane, zusammensetzen, selbst im Falle der Kostenauflegung jedenfalls nicht vollumfänglich auf den Beschuldigten überwält werden. Werden nun aber Aufgaben, welche an sich durch die Strafverfolgungsorgane wahrgenommen werden

ZStrR-2008-362

müssten, «outsourct» bzw. an Private übertragen, so gehören die dafür geschuldeten Vergütungen zu den Auslagen, welche nach dem vorstehend Ausgeführten im Falle der Kostentragungspflicht dem Beschuldigten in vollem Umfang aufzuerlegen sind. Lässt die Staatsanwaltschaft beispielsweise in einem sehr grossen Wirtschaftsfall Akten durch eine Treuhandgesellschaft elektronisch erfassen und akturieren, so können dadurch erhebliche Auslagen entstehen. An sich ist das Erheben, Sortieren und Akturieren nun aber eine Aufgabe der Strafverfolgungsorgane. Während im ersten Fall zufolge des Outsourcing die Tätigkeit der Angestellten der Treuhandgesellschaft im vollen Umfang vergütet und als Auslagen zu erfassen sind, werden im Fall der Wahrnehmung der erwähnten Aufgaben durch die Strafverfolgungsbehörden die Kosten – Lohn, Büroinfrastruktur etc. – für derartige Tätigkeiten im Normalfall grösstenteils vom Staat getragen. Das hat zur Folge, dass dem einen Beschuldigten erhebliche Kosten auferlegt werden, weil in seinem Verfahren Aufgaben «outsourct» worden sind, während der andere Beschuldigte die Kosten für dieselben Tätigkeiten nicht tragen muss, weil die fraglichen Tätigkeiten durch die Strafverfolgungsorgane geleistet worden sind.

2. Rechtliche Schranken für die Überwälzung der Kosten des Outsourcing im Strafverfahren

Für den Kanton Zürich wird in Art. 18 Abs. 1 KV festgehalten, die Rechtspflege müsse «wohlfeil» sein⁶¹. Damit ist gemeint, dass das Verfahren für den Betroffenen bezahlbar sein soll. Er soll nicht zur Bezahlung der gesamten Gerichtskosten verpflichtet werden können⁶².

Dem eidgenössischen Verfassungsrecht lässt sich eine derartige ausdrückliche Bestimmung zu den Kosten der Rechtspflege nicht entnehmen. Insbesondere lässt sich aus der grundrechtlichen Rechtsweggarantie prinzipiell kein Anspruch auf kostenlosen Rechtsschutz oder Erlass allfälliger Kautionspflichten ableiten⁶³. Trotzdem wäre wohl eine vollständige Überwälzung aller Untersuchungskosten mit Blick auf das Äquivalenzprinzip problematisch⁶⁴ und würde nach hier vertretener Auffassung auch die einschlägigen Grundrechte tangieren, da ein effektiver Rechtsschutz

ZStrR-2008-363

gefährdet wäre⁶⁵. Geht man mit der hier vertretenen Auffassung davon aus, die Überwälzung sämtlicher Kosten, welche im Zusammenhang mit einem Strafverfahren anfallen, tangiere verfassungs- und konventionsrechtliche Ansprüche, so wäre nach Art. 36 BV auch unter diesem Aspekt eine gesetzliche Regelung für die Auferlegung erheblicher Kosten im Falle des Outsourcing von Aufgaben im Rahmen eines Strafverfahrens notwendig.

Abgesehen davon wäre die Auferlegung von Kosten in den Fällen, in welchen die Erfüllung von Aufgaben ausnahmsweise Privaten übertragen wird, in der Regel aber nicht, unter dem Gesichtspunkt des Rechtsgleichheitsgebots gemäss Art. 8 Abs. 1 BV problematisch. Generell-abstrakte Normen sind von den rechtsanwendenden Behörden auf alle gleich gelagerten Fälle in gleicher Weise anzuwenden⁶⁶. Es genügt dabei nicht, eine Gleichbehandlung «nur äusserlich, dem Scheine nach» zu gewährleisten⁶⁷. Werden ausschliesslich in bestimmten Verfahren Untersuchungshandlungen an Private übertragen und dadurch entstehende Mehrkosten im Falle der Kostentragungspflicht dem Beschuldigten auferlegt, so verletzt dies das Rechtsgleichheitsgebot, es sei denn, die Ungleichbehandlung gegenüber den übrigen, für die Betroffenen «günstigeren» Verfahren erfolge aus sachlichen Gründen. Sachlich begründet kann die Auslagerung an Private bei Abklärungen sein, welche nur durch Spezialisten vorgenommen werden können, die bei den Strafverfolgungsbehörden (noch) nicht vorhanden sind.

Eine Auslagerung allein aufgrund der Überlastung von Strafverfolgungsbehörden kann hingegen nur ausnahmsweise sachlich gerechtfertigt sein, so z.B. wenn dringende Untersuchungshandlungen aufgrund eines plötzlichen, nicht vorhersehbaren Anstiegs der Arbeitslast – z. B. wegen drohenden Eintritts der Verfolgungsverjährung in einem erst kurz davor eröffneten Fall – nicht mehr rechtzeitig vorgenommen werden könnten. Nur in solchen Ausnahmefällen dürften das öffentliche Interesse an der Aufklärung der fraglichen Sachverhalte sowie die Respektierung des Beschleunigungsgebots Eingriffe in das Rechtsgleichheitsgebot gestatten. Demgegenüber haben die Strafverfolgungsbehörden bei vorhersehbaren (zyklischen) Überlastungssituationen die im Rahmen des Strafverfahrens anfallenden Untersuchungshandlungen selbst wahrzunehmen. Um dies gewährleisten zu können, müssen sie die vorhandenen Mittel optimal einsetzen. Überdies müssen sie nach Möglichkeit danach trachten, im Falle neuer Aufgabenstellungen dafür zu sorgen, dass rechtzeitig Fachpersonal eingestellt und geschult wird⁶⁸.

1 Überarbeitete und erweiterte Fassung des Vortrages, den Prof. Andreas Donatsch am Kriminalistischen Institut des Kantons Zürich am 15. und 18. April 2008 gehalten hat.

2 Bundesgesetz über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes vom 20. März 2008 (Zwangsanwendungsgesetz, ZAG), BBl 2008 2311 ff.

3 Zum Sicherheitsdienst gehören die Beachtung der Transport- und Benützungsvorschriften sowie die Unterstützung der zuständigen Stellen bei der Verfolgung von Verstössen gegen Strafbestimmungen des Bundes, soweit sich diese Verstösse auf die Sicherheit der Reisenden, der Angestellten, der transportierten Güter, der Infrastruktur oder der Fahrzeuge oder auf den ordnungsgemässen Betrieb auswirken können.

- 4 Bundesgesetz über den Sicherheitsdienst der Transportunternehmen (BGST, Entwurf), BBl 2005 2569 ff., BBl 2007 2767 ff., vgl. auch die Debatte und die gegenüber dem Entwurf leicht abweichenden Beschlüsse des Nationalrates vom 11. März 2008, Amtl.Bull. NR 2008 185 ff. und die ständerätliche Debatte vom 22. September 2008: Nach dem Willen von National- und Ständerat soll hierbei zwischen Sicherheitsdienst und amtlich in die Pflicht zu nehmende Transportpolizei unterschieden werden, wobei nur Letzteren weiter reichende Polizeibefugnisse zukommen sollen.
- 5 Polizeiorganisationsgesetz vom 29. November 2004 (POG), LS 551.1.
- 6 R. Ryser, Outsourcing, Eine strafrechtliche Untersuchung, SSHW, Bd. 260, zugl. Diss. Zürich 2007, Zürich 2007, 5.
- 7 T. Jaag, Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Formen, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen, in: Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, hrsg. von T. Jaag, Zürich 2000, 25; W. Kälin/A. Lienhard/J. Wytttenbach, Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben, ZSR-Beiheft 46, Basel 2007, 57; U.P. Achermann, Privatisierung im öffentlichen Verkehr, Voraussetzungen der Privatisierung und Steuerung des privatisierten Vollzugs am Beispiel des öffentlichen Verkehrs, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Bd. 180, zugl. Diss. Zürich 2007, Zürich/Basel/Genf 2008, 9.
- 8 Kälin/Lienhard/Wytttenbach (Fn. 7), 57 f.
- 9 Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Rüstungsunternehmen des Bundes (BGRB), SR 934.21.
- 10 Vgl. Jaag (Fn. 7), 26.
- 11 Vgl. zu weiteren Motiven für Privatisierungsbestrebungen Achermann (Fn. 7), 30 ff.; vgl. auch J. Brüning, Privatisierungstendenzen im Strafprozess – Chancen und Risiken der Mitwirkung sachverständiger Privatpersonen und Risiken im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, StV 28 (2008) 103.
- 12 Vgl. den bei Brüning (Fn. 11), 100, wiedergegebenen Fall, in welchem die Staatsanwaltschaft Kiel Festplatten von Beschuldigten durch ein privates Spezialunternehmen auf kinderpornografische Inhalte untersuchen, gelöschte Daten rekonstruieren und die Beweismittel «aktengerecht» aufbereiten liess.
- 13 Vgl. § 22 Abs. 1 der Verordnung über die Organisation der Oberstaatsanwaltschaft und der Staatsanwaltschaften vom 27. Oktober 2004, LS 213.21.
- 14 14 Zum Schriftgutachten vgl. § 117 StPO ZH.
- 15 A. Müller, Staats- und verwaltungsrechtliche Kriterien für die Privatisierung von Staatsaufgaben, AJP 7 (1998) 68.
- 16 G. Biaggini, in: Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar, hrsg. von P. Ehrenzeller/P. Mastronardi, R. J. Schweizer/K. A. Vallender, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Art. 178 N 32.
- 17 Jaag (Fn. 7), 38; Kälin/Lienhard/Wytttenbach (Fn. 7), 60 f.; M. H. F. Mohler, Möglichkeiten und Grenzen der Zusammenarbeit zwischen der Polizei und privaten Sicherheitsunternehmen, AJP 10 (2001) 37, Achermann (Fn. 7), 108.
- 18 Vgl. Kälin/Lienhard/Wytttenbach (Fn. 7), 77.
- 19 M. Guery, Die Privatisierung der Sicherheit und ihre rechtlichen Grenzen, ZBJV 142 (2006), 288 f.
- 20 Biaggini (Fn. 16), Art. 178 N 28; Achermann (Fn. 7), 51 f. fordert für den Bereich der obligatorischen Staatsaufgaben, dass der Staat zumindest letztlich die Verantwortung für die ordnungsgemässe Erfüllung trägt.

- 21 Guery (Fn. 19), 296; vgl. auch S. Leutert, Polizeikostentragung bei Grossveranstaltungen, Eine Studie unter Berücksichtigung der Grundrechte, des Polizeirechts und des Abgaberechts, in: Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Bd. 165, zugl. Diss. Zürich 2005, Zürich 2005, 77: «Ohne Gewaltmonopol hätte der Staat keine hoheitliche Rechtssetzungs- und Rechtsausübungsgewalt, d.h. keine innere Souveränität.» Das staatliche Gewaltmonopol ist gewissermassen die Kehrseite zum wirksamen Rechtsschutz im Rechtsstaat, vgl. J. Isensee, Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates, in: Staatsorganisation und Staatsfunktion im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, hrsg. von G. Müller/R. A. Rhinow/G. Schmid/L. Wildhaber, Basel/Frankfurt a.M. 1982, 30, G. Biaggini, in: Verfassungsrecht der Schweiz, hrsg. von D. Thürer/J.-F. Aubert/J. P. Müller, Zürich 2001, 1160 f. Vgl. zum Gewaltmonopol als Privatisierungsschranke auch M. Gamma, Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung polizeilicher Gefahrenabwehr, Diss. Freiburg 2000, Bern/Stuttgart/Wien 2000, 55 f., 145 ff., Achermann (Fn. 7), 51, kritisch dazu jedoch H. P. Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, Frankfurt a.M. 1973, 100 f., welcher darauf hinweist, dass eine Definition obligatorischer Staatsaufgaben nach dem Erfordernis des Einsatzes hoheitlicher Mittel zu deren Erfüllung zirkulär ist.
- 22 Polizeiorganisationsgesetz vom 29. November 2004, LS 551.1.
- 23 A. Lienhard, Organisation und Steuerung der ausgelagerten Aufgabenerfüllung, AJP 11 (2002) 1168, Achermann (Fn. 7), 109.
- 24 Jaag (Fn. 7), 39.
- 25 So auch die deutsche Lehre, vgl. z. B. Brüning (Fn. 11), 102.
- 26 § 5 Abs. 1 Polizeiorganisationsgesetz vom 29. November 2004, LS 551.1.
- 27 Vgl. §§ 3 Abs. 2, 14 Abs. 1, 18 Abs. 1 und 19 Abs. 1 der Verordnung über die Organisation der Oberstaatsanwaltschaft und der Staatsanwaltschaften vom 27. Oktober 2004, LS 213.21.
- 28 Jaag (Fn. 7), 39 f.
- 29 Kälin/Lienhard/Wyttenbach (Fn. 7), 62, Achermann (Fn. 7), 109.
- 30 Lienhard (Fn. 23), 1168.
- 31 Gesetz über den Schutz von Personendaten (Datenschutzgesetz) vom 6. Juni 1993, LS 236.1.
- 32 Ähnlich für das dt. Recht, Brüning (Fn. 11), 103 f.
- 3 I. Häner, Grundrechtsgeltung bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Private, AJP 11 (2002) 1146 f.; M. Schefer, Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben, AJP 11 (2002) 1139, Achermann (Fn. 7), 78, 167 f.
- 34 Vgl. Müller (Fn. 15), 75.
- 35 Vgl. auch BGE 127 I 90.
- 36 U. Häfelin/G. Müller/F. Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, N 1509.
- 37 Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 36), N 1530 f.; Müller (Fn. 15), 78 f.
- 38 Vgl. dazu Kälin/Lienhard/Wyttenbach (Fn. 7), 63 f.
- 39 Vgl. z. B. § 111 StPO ZH; Art. 183 Abs. 3 eidg. StPO.
- 40 § 113 StPO ZH; Art. 184 Abs. 2 lit. f eidg. StPO. Vgl. zu diesbezüglichen Problemen im deutschen Recht Brüning (Fn. 11), 104.
- 41 §§ 110, 112, 114, 115 StPO ZH; Art. 184 Abs. 2 lit. d und e sowie Abs. 3 und 4 eidg. StPO.

- 42 § 130 Abs. 3 GVG ZH; Art. 68 Abs. 5 eidg. StPO.
- 43 M. Guery (Fn. 19), 294.
- 44 Vgl. dazu Y. Hangartner, Recht auf Rechtsschutz, AJP 11 (2002) 149 f.
- 45 45 Siehe auch Kälin/Lienhard/Wytenbach (Fn. 7), 66 f.
- 46 Vgl. Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz, VG [SR 170.32]) sowie Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 36), N 2262, dies im Gegensatz zu den Voraussetzungen der privatrechtlichen Haftung nach Art. 41 OR.
- 47 Vgl. die Entschädigungsansprüche nach § 43 und § 191 StPO ZH und die diesbezüglichen Bemerkungen weiter unten. Vgl. auch Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 36), N 2248 ff. zur Widerrechtlichkeit bei Ausübung hoheitlicher Gewalt.
- 48 N. Schmid, Strafprozessrecht, Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes, 4. Aufl., Zürich 2004, N 1218 ff., 1225 ff.; R. Hauser/E. Schwenk/K. Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel/Genf/München 2005, § 109 N 14 ff.; diese Staatshaftung ergibt sich in Bezug auf rechtswidrigen Freiheitsentzug direkt aus Art. 5 Abs. 5 EMRK; vgl. auch Art. 122 BStP.
- 49 Vgl. Achermann (Fn. 7), 300 f.
- 50 Vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. f VG (SR 170.32); § 4a des Gesetzes über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behörden und Beamten vom 14. September 1969, LS 170.1; Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 36), N 2240; vgl. aber auch die geplante Einschränkung des Anwendungsbereiches des VG auf hoheitliche Tätigkeiten im vom EJPD in Auftrag gegebenen Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts von P. Widmer/P. Wessner, Bern 1999, 19, dazu Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 36), N 2223, sowie ein entsprechendes Postulat von E. W. Stark, Einige Gedanken zur Haftpflicht für staatliche Einrichtungen, SJZ 86 (1990) 1 ff.
- 51 Vgl. allgemein zum Rechtsschutz bei Staatshaftung in Bund und Kanton Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 36), N 2301 ff.: Bei Schädigung durch Private, welche unmittelbar mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes betraut sind, ist in der Regel beim Eidgenössischen Finanzdepartement eine Verfügung zu erwirken, welche sodann mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und danach mittels Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht weiterziehbar ist (Art. 10 Abs. 1 und 19 Abs. 3 VG i.V.m. Art. 31 ff. VGG [SR 170.321] bzw. Art. 82 ff. BGG). Kantonale Regelungen sehen ein Rechtsmittel an ein kantonales Verwaltungsgericht oder die Zuständigkeit der Zivilgerichte (so § 19 Abs. 1 Haftungsgesetz ZH) vor, gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide ist in der Regel wiederum die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht möglich (Art. 82 ff. BGG, vgl. aber die Einschränkungen in Art. 85 Abs. 1 lit. a und 85 Abs. 2 BGG)).
- 52 Vgl. K. Meier, Orientierungshilfen im Dschungel der Staatshaftung, plädoyer 4/2008, 46. Zur früheren Rechtslage Achermann (Fn. 7), 298 mit Hinweisen auf abweichende Regelungen in anderen Kantonen.
- 53 Vgl. W. Wiegand, Zur Haftung für privatisierte Staatsbetriebe, recht 17 (1999) 13 f.
- 54 Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für die Staatshaftung vom 18. März 2005, VPB 69.78 Erw. 2.a.cc, vgl. auch Wiegand (Fn. 53), 9 f., Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 36), N 2243 f., 2269 ff. Dabei wird teilweise auch davon gesprochen, dass Staat oder beauftragter Private «nicht hoheitlich» auftreten, vgl. jedoch zur Unschärfe dieses Kriteriums Wiegand (Fn. 53), 9 Anm. 53.
- 55 Vgl. zum «funktionalen Zusammenhang» den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für die Staatshaftung vom 18. März 2005, VPB 67.64 sowie Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 36), N 2244.

- 56 BGE 108 Ib 389.
- 57 § 201 Ziff. 1 GVG ZH; Art. 422 Abs. 1 erster Halbsatz eidg. StPO.
- 58 § 201 Ziff. 2 GVG ZH; Art. 422 Abs. 2 eidg. StPO.
- 59 §§ 42 und 188 f. StPO ZH; Art. 426 Abs. 1 und 2 eidg. StPO.
- 60 Schmid (Fn. 48), N 1201; Nach den Grundsätzen der Kostendeckung und der Äquivalenz ohnehin ausgeschlossen sind über die staatlichen Aufwendungen gehende Kosten, siehe dazu R. Hauser/E. Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, Vorbem. zu §§ 201 ff. N 8 f. sowie die Bemerkungen des Bundesrates in der Botschaft zur eidg. StPO, BBl 2006 1325.
- 62 Vgl. G. Biaggini, in: Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, hrsg. von I. Häner/M. Rüssli/E. Schwarzenbach, Zürich 2007, Art. 18 N 19 ff.; zum früheren Art. 59 KV ZH: Hauser/Schweri (Fn. 60), Vorbem. zu §§ 201 ff. N 1.
- 62 Biaggini (Fn. 61), Art. 18 N 19.
- 63 BGE 128 I 239; H. Koller, Rechtsweggarantie als Grundrecht, in: Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Zürich 1998, 309, 329; Schmid (Fn. 48), N 954 Fn. 2.V
- 64 I. Häner, Rechtsschutz und Rechtspflegebehörden, in: Die neue Zürcher Kantonsverfassung, Materialien zur Zürcher Verfassungsreform, Bd. 9, hrsg. von L. L. Fosco/T. Jaag/M. Notter, Zürich 2006, 155; vgl. auch Protokoll der 21. Sitzung des Plenums des Verfassungsrates vom 31. Oktober 2002, 1153.
- 65 Vgl. Häner (Fn. 64), 154 f.; vgl. auch Achermann (Fn. 7), 103 ff., zum Anspruch auf Zugang zu wichtigen Dienstleistungen aus dem Sozialstaatsprinzip und dem Gleichbehandlungsgebot.
- 66 B. Weber-Dürler, Rechtsgleichheit, in: Verfassungsrecht der Schweiz (Fn. 21), 664 N 16.
- 67 BGE 60 I 182.
- 68 Vgl. dazu für die Situation in Deutschland das Urteil des BGH vom 11. Januar 2007, III ZR 302/05, sowie die dazugehörige Pressemitteilung Nr. 4/07 vom 11. Januar 2007 der Pressestelle des BGH.C