

Stellungnahme der NGO-Plattform Menschenrechte Schweiz

zum «Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus» (PMT) vom 22. Mai 2019

Die NGO-Plattform Menschenrechte Schweiz verurteilt entschieden jegliche Form des Terrorismus und fordert, dass die Verantwortlichen solcher Straftaten vor Gericht gestellt werden. Jedoch müssen sämtliche Massnahmen zur Bekämpfung terroristischer Gewalt, auch die polizeilich-präventiven Anordnungen, die Grundrechte und die Garantien eines fairen Verfahrens wahren.

Mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf sollen die polizeilichen Kompetenzen des Bundes ausgebaut werden. Insbesondere erhält das Bundesamt für Polizei fedpol durch die Revision des Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (E-BWIS) neue Zuständigkeiten im Bereich der präventiv-polizeilichen Gefahrenabwehr.¹ Die neuen Bestimmungen erweisen sich aus grund- und menschenrechtlicher Sicht zum Teil als hochproblematisch.

1. Grundsätzliche Kritik

Gemäss der Bundesverfassung ist die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts Sache des Bundes. Die Bundesversammlung trifft zudem Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und Bund und Kantone koordinieren ihre jeweiligen Anstrengungen.² Der Bundesrat stützte sich in seiner Botschaft auf diese Verfassungsgrundsätze, um seine Gesetzgebungskompetenz in der vorliegenden Sache zu begründen.

Fehlende Kompetenz auf Bundesebene

Da es im Gesetzesentwurf zu den PMT gemäss Botschaft gerade nicht um strafrechtliche, sondern um rein präventiv-polizeiliche Massnahmen ausserhalb des Strafverfahrens geht, lässt sich aus der Bundesverfassung (BV) keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes ableiten. Auch aus der Koordinationspflicht ergibt sich gemäss allgemeiner Auffassung der Lehre für den Bund keine Kompetenz zum Erlass von Bundesvorschriften.³ Mit dem neu eingeführten Hinweis auf Artikel 173 Absatz 2 BV wird vielmehr eine gesetzgeberische Unsitte weitergeführt, um die eigenhändige Schaffung von neuen Bundesbehörden und deren Aufgaben zu legitimieren. Dieser «Notnagel» in der Verfassung sagt jedoch nichts über die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen aus.

Verletzung des Subsidiaritätsgebots

Die Verfassung erteilt dem Bund keine Kompetenz zur Anordnung von Massnahmen zur Gefahrenabwehr. Aus diesem Grund durchbricht die Anordnungscompetenz des fedpol die verfassungsrechtliche Hoheit der Kantone, schafft doppelte Zuständigkeiten und verletzt damit das Subsidiaritätsgebot (Art. 5a BV). Insbesondere die Instrumente des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (E-BWIS)

¹ Der Bundesrat stellte 2013 die Gesetzgearbeiten zum Bundesgesetz über Polizeiliche Aufgaben des Bundes (PoLAG) ein. Mit dem Gesetz hätten die verschiedenen Polizeikompetenzen des Bundes in einem Erlass gebündelt werden sollen. Aufgrund des Berichts zur Klärung der Kompetenzen in der inneren Sicherheit (BBI 2012 4459) und der anschliessenden parlamentarischen Beratung verzichtete der Bundesrat auf das Gesetz.

² Art. 123 Abs. 1 BV; Art. 173 Abs. 1 bst. b. BV; Art. 57 Abs. 2 BV.

³ Vgl. ausführlicher dazu die Vernehmlassungen des Schweizerischen Gewerbeverbands, der Schweizer Sektion der Internationalen Juristenkommission, des Centre Patronal und der Universität Lausanne.

beständen parallel zu den kantonalen Hilfsmitteln im Polizeirecht oder dem Kindes- und Erwachsenenschutzrecht.

Tangierung des Legalitätsprinzips

Die Vorlage zielt darauf ab, abstrakte Gefahren immer früher – im präventiven Bereich – abzuwehren. Der vorliegende Gesetzesentwurf verwendet dazu verschiedene unbestimmte Rechtsbegriffe und Definitionen, die dem fedpol bei der Auswahl und Anordnung von Massnahmen einen grossen Ermessensspielraum einräumen. Als Grundlage für diese Anordnungen dienen «Anhaltspunkte», die auf Vermutungen und Spekulationen über die Absichten und zukünftigen Taten der betroffenen Person basieren. Die präventiven Massnahmen werden zwangsläufig auch Menschen treffen, von denen nur vermeintlich eine Gefahr ausgeht. Dies führt möglicherweise dazu, dass sie auch in ihrem persönlichen und beruflichen Umfeld dauerhaft als potentielle Terroristen stigmatisiert werden. Weiter ergeben sich Abgrenzungsschwierigkeiten zum Strafverfahren, eine faktische Umkehr der Beweislast und Beweisschwierigkeiten in Bezug auf geheime Informationen des Nachrichtendienstes des Bundes (NDB).

Da es sich bei den vorgesehenen Massnahmen um schwere Eingriffe in grundrechtlich geschützte Rechtsgüter handelt, müssen die entsprechenden Bestimmungen «so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten bzw. die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann [...]»⁴ Durch den schier grenzenlosen Ermessensspielraum der Behörden verstösst die Vorlage gegen das Bestimmtheitsgebot.

Forderung: Die Vorlage ist an den Bundesrat zurückzuweisen und auf ihre Verfassungsmässigkeit zu prüfen - insbesondere was die Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Bereich der Gefahrenabwehr wie auch die vorgesehene Anordnungskompetenz des fedpol betrifft. Ausserdem ist, unter besonderer Berücksichtigung der kantonalen Gesetze, spezifisch zu untersuchen, inwiefern die bereits bestehenden gesetzlichen Vorgaben und Massnahmen zur wirksamen Bekämpfung von Terrorismus nicht ausreichen.

2. Eingrenzung auf eine Liegenschaft

im Entwurf zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (E-BWIS).

Die Vorgesehene Eingrenzung des Aufenthalts auf eine Liegenschaft gemäss Art. 23o E-BWIS, mithin also der Entzug der Freiheit, ist die einschneidendste präventive Massnahme, welche der vorliegende Gesetzesentwurf vorsieht.

Hausarrest ist Freiheitsentzug!

Die Auflage, eine bestimmte Liegenschaft während längerer Zeit nicht verlassen zu dürfen, stellt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) grundsätzlich ein Freiheitsentzug dar. So stufte der Gerichtshof bereits einen sechstägigen Hausarrest als Freiheitsentzug ein, obwohl es dem Betroffenen erlaubt war, sein Haus ausnahmsweise für Arztbesuche, wichtige Besorgungen oder den Besuch des Gottesdienstes zu verlassen.⁵

⁴ BGE 138 I 378 E. 7.2

⁵ vgl. EGMR, *Dacosta Silva v. Spain*, 69966/01 (2006), Ziff. 13 und 42 sowie die Stellungnahme der Universität Bern mit weiteren Hinweisen zur Rechtsprechung des EGMR. Vgl. zur Abgrenzung zwischen Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentzug, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte SKMR, *Freiheitsentzug und Freiheitsbeschränkung*, 2017.

Zum gleichen Schluss kommt auch das vom Bundesrat in Auftrag gegebene Rechtsgutachten von Prof. Dr. Andreas Donatsch:

«Die Eingrenzung von Gefährdungen auf eine Liegenschaft, mithin der Hausarrest, stellt grundsätzlich einen Freiheitsentzug dar. Ein Freiheitsentzug ist nur unter den Voraussetzungen von Art. 5 Ziff. 1 lit. a-f EMRK möglich.»⁶

Obwohl der Bundesrat in der Botschaft festhält, dass der Hausarrest unter gewissen Umständen nur eine Freiheitsbeschränkung darstelle und damit nicht den verfassungs- und konventionsrechtlichen Anforderungen des sicherheitspolizeilichen Gewahrsams unterstehe, unterstellt er den Hausarrest dennoch als einzige Massnahme der Überprüfung durch ein Gericht. Dies ist aber nur notwendig, wenn ein Freiheitsentzug zur Diskussion steht.⁷

Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention

Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) hält fest, dass der polizeiliche Gewahrsam zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung – ohne Strafcharakter – zulässig ist.⁸ Für seine Rechtmässigkeit müssen die mit dem Hausarrest gesicherten Pflichten aber in den entsprechenden Bestimmungen spezifisch und genau umschrieben werden. Gemäss Artikel 23o E-BWIS kann dieser jedoch bereits dann angeordnet werden, wenn die betroffene Person gegen irgendeine nach Artikel 23k–23n E-BWIS angeordnete Massnahme verstösst. So könnte er schon bei einer Widerhandlung gegen die Gesprächsteilnahmepflicht zum Einsatz kommen, sofern er der allgemeinen Gefahrenabwehr dient.

Der Hausarrest ist für die betroffene Person damit nicht vorsehbar und es bleibt unersichtlich, inwiefern der Freiheitsentzug letztendlich eine Pflichterfüllung (i.c. Gesprächsteilnahmepflicht) bewirken soll.⁹ Sollte zudem die Pflicht nachträglich erfüllt werden, entfällt die Rechtfertigung für den Hausarrest mit sofortiger Wirkung. Bei Unterlassungspflichten (z.B. Kontaktverbot, Ausreiseverbot) stellt sich darüber hinaus folgende Problematik: Es ist praktisch unmöglich zu bestimmen, ab wann eine Person einer vernachlässigten Verpflichtung wieder nachkommt und der Hausarrest aufzuheben ist.

Der Hausarrest als Risiko für nahestehende Personen

Der Hausarrest birgt nicht zuletzt auch für die im selben Haushalt wohnenden Personen, insbesondere für Frauen und Kinder, gewisse Risiken. Häusliche Gewalt und Missbrauch könnten in solchen Fällen kaum festgestellt oder verhindert werden.

Der Freiheitsentzug zur allgemeinen Gefahrenabwehr ist menschenrechtswidrig

Das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Donatsch hält fest:

«Den Konstellationen gemäss Art. 5 Ziff. 1 lit. b und c EMRK ist gemeinsam, dass eine Inhaftierung nur zulässig sein kann, wenn die Annahme berechtigt ist, es stehe eine nach Ort, Zeit und potenziell Verletzten bestimmte Straftat bzw. Verletzung von wichtigen Polizeigütern bevor.»

⁶ Prof. Dr. Andreas Donatsch, Rechtsgutachten, Rz. 176 und Rz. 122 mit weiteren Hinweisen zur Rechtsprechung des EGMR.

⁷ Vgl. Donatsch, Rechtsgutachten, Rz. 121.

⁸ Art. 5 Abs. 1 bst. b EMRK.

⁹ Vgl. Ostendorf v. Germany 15598/08 vom 07. März 2013.

Da und sofern ein terroristischer Gefährder inhaftiert werden soll, weil von ihm erfahrungsgemäss eine **allgemeine Gefahr ausgeht, ist eine Inhaftierung bzw. eine Eingrenzung mit dem Konventionsrecht somit nicht vereinbar.**»¹⁰

Das Gutachten verlangt für den sicherheitspolizeilichen Gewahrsam «konkrete Umstände [...] die mit erhöhter Wahrscheinlichkeit unmittelbar bevorstehende Begehung von erheblichen Delikten schliessen lassen».¹¹ Der Freiheitsentzug zur allgemeinen Gefahrenabwehr ist demnach mit den Vorgaben der EMRK nicht zu vereinbaren.

Die Bestimmung ist überflüssig und systemfremd

Bereits heute kann eine Person aufgrund der Androhung eines schweren Verbrechens – trotz fehlenden Tatverdachts – gemäss Artikel 221 Absatz 2 der Strafprozessordnung (StPO) in Haft versetzt werden (Ausführungsgefahr). Darüber hinaus bestehen in diversen kantonalen Polizeigesetzen gesetzliche Bestimmungen zur konkreten Gefahrenabwehr. Die Regelung, wonach das Zwangsmassnahmengericht des Kantons Bern für die Überprüfung solcher Hausarreste zuständig sein soll, verdeutlicht schliesslich einen Systemfehler: dem fedpol werden auf Bundesebene Kompetenzen zugeteilt, ohne das entsprechende judikative Instanzen zur Überprüfung bestehen.

Forderung: Der Artikel 23o E-BWIS ist ersatzlos zu streichen. Falls an der Regelung festgehalten wird, ist die Zuständigkeit und Kompetenz des Zwangsmassnahmengerichts des Kantons Bern zu überprüfen¹². In jedem Fall ist die Frist zur Überprüfung des Hausarrests gemäss Artikel 23p Absatz 1 E-BWIS jenen gemäss Artikel 224 Absatz 2 und Artikel 226 Absatz 1 StPO anzupassen, damit die gerichtliche Überprüfung des Freiheitsentzugs nach spätestens 96 Stunden sichergestellt ist.

3. Altersgrenzen

im Entwurf zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (E-BWIS).

Das E-BWIS sieht in Artikel 24f. vor, dass Melde- und Gesprächsteilnahmepflichten, Kontaktverbote, räumliche Ein- und Ausgrenzungen, Ausreiseverbote, elektronische Überwachung und Mobilfunklokalisierungen sowie Ausreisebeschränkungen gegen Menschen zum Einsatz kommen dürfen, welche gerade einmal das 13. Altersjahr erreicht haben. Die Eingrenzung auf eine Liegenschaft (Hausarrest) soll bereits für Personen ab 16 Jahren zur Anwendung kommen.

Diese Altersgrenzen widersprechen der Zielsetzung des Jugendstrafrechts,

Das Schweizerische Jugendstrafrecht hat sich den «Schutz und die Erziehung» von Jugendlichen zum Grundsatz erklärt.¹³ In diesem Sinne müssen Sanktionen Grenzen setzen, jedoch eine erzieherische Wirkung entfalten. Das genannte präventive Massnahmenpaket hat im Gegensatz dazu eine Stigmatisierung oder gar eine Kriminalisierung von jungen Menschen zur Folge, welchen gerade aufgrund ihres Alters weitgehend die Fähigkeit fehlt, eigenständige und überlegte Entscheidungen zu treffen. Die polizeilichen Massnahmen wider-

¹⁰ Donatsch, Rechtsgutachten, Rz. 176.

¹¹ A.a.O., Rz. 48.

¹² vgl. zum Regelungsbedarf im Zusammenhang mit Verfahren der Terrorismusbekämpfung und dem Problem der Geheimakten sowie dem Vorschlag nach einem „in camera“-Verfahren die Stellungnahme des Bundesverwaltungsgerichts des Bundes.

¹³ Art. 2 Abs. 1 JStG

sprechen darüber hinaus dem Nationalen Aktionsplan zur Verhinderung und Bekämpfung von Radikalisierung und gewalttätigem Extremismus (NAP), welcher zum Schutz von Kindern und Jugendlichen gezielt individuelle Deradikalisierungsmassnahmen vorsieht.

... stehen im Konflikt mit der Verfassung

Gemäss Artikel 11 der Schweizerischen Bundesverfassung haben «Kinder und Jugendliche [...] Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung». Insbesondere die Möglichkeit eines vorbeugenden Hausarrests für 16-Jährige und präventive Kontaktverbote für Kinder im Alter von 13 Jahren stehen diesem Grundrecht diametral entgegen. Der Widerspruch verschärft sich in Anbetracht dessen, dass den Minderjährigen unter den polizeilichen Massnahmen keine besonderen Verfahrensrechte zustehen.¹⁴ Darüber hinaus berücksichtigt die Gesetzes-Vorlage in keiner Weise die geschlechterspezifischen Bedürfnisse von Kindern- und Jugendlichen, was den Grundsätzen der Gleichstellung entgegensteht.

... sowie im Widerspruch zur UNO-Kinderrechtskonvention

Die UNO-Kinderrechtskonvention legt fest, dass Kinder, d.h. alle Menschen, welche das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, im Konflikt mit dem Recht in einer Weise zu behandeln sind, die ihr Gefühl «für die eigene Würde und den eigenen Wert» aufbaut, ihre «Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten anderer stärkt», das Kindesalter berücksichtigt und die «soziale Wiedereingliederung sowie die Übernahme einer konstruktiven Rolle in der Gesellschaft» fördert.¹⁵

Die Schweiz hat sich demnach dazu verpflichtet, im Umgang mit Kindern im Justizsystem dem Grundgedanken der Resozialisierung den Vorrang einzuräumen. Dieser Reintegrationsgedanke ist aber insbesondere mit einem Kontaktverbot, der Ein- und Ausgrenzung und dem Hausarrest nicht vereinbar. Die Anwendung dieser Bestimmungen würde vielmehr die Grund- und Menschenrechte von Kindern und Jugendlichen bedingungslos einschränken. Dies obwohl im Bildungs- und Sozialbereich, im zivilrechtlichen Kinderschutz sowie im (Jugend-)Strafrecht bereits hinreichende und wirksame präventive Instrumente zur Verfügung stehen.¹⁶

Forderung: *Die vorgeschlagenen Massnahmen sind nicht auf Kinder und Jugendliche anzuwenden.*

¹⁴ Vgl. Kinderschutz bei der Anhörung und Vertretung von Kindern im zivilrechtlichen Verfahren (Art. 314a u. Art. 314abis ZGB).

¹⁵ Art. 40 Abs.1 und Abs. 2 lit. b KRK; General Comment No. 10 (2007).

¹⁶ Art. 40 Abs.2 lit. b KRK; Nationalen Aktionsplan zur Verhinderung und Bekämpfung von Radikalisierung und gewalttätigem Extremismus (NAP); Zivilrechtliche Kinderschutzmassnahmen gemäss Art. 307 ff. ZGB; u.a. Strafbare Vorbereitungshandlungen gemäss Art. 260bis StGB.