

Offener Brief von universitären Rechtsexpertinnen und Rechtsexperten

Der Entwurf des Bundesgesetzes über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus

Sehr geehrte Frau Bundesrätin, sehr geehrter Herr Bundesrat,
Sehr geehrte Frau Ständerätin, sehr geehrter Herr Ständerat,
Sehr geehrte Frau Nationalrätin, sehr geehrter Herr Nationalrat,

Der Terrorismus gehört zu den schlimmsten Ausprägungen verheerender und tödlicher Kriminalität, vor welcher der Staat die Bevölkerung bestmöglich zu bewahren hat. Daher soll das rechtliche Instrumentarium der Schweiz in der Terrorismusbekämpfung gestärkt werden, sowohl aus repressiver Sicht durch neue Tatbestände im Strafgesetzbuch als auch aus präventiver Sicht durch die polizeilichen Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus, die sogenannten «PMT».

Die Gesetzesvorlage zu den PMT, welche zur Schlussabstimmung bereitsteht, wurde auf rechtlicher Ebene heftig kritisiert: von internationalen Institutionen, verschiedenen Menschenrechtsorganisationen sowie Vertretern*innen der akademischen Forschung.

Bei dieser Kritik handelt es sich nicht lediglich um «politische Stellungnahmen»¹ oder «persönliche Meinungen»². Ganz im Gegenteil: sie sind das Ergebnis ernsthafter und vertiefter juristischer Analysen. Daraus folgt die Erkenntnis, dass staatliches Handeln in diesem Bereich in Anbetracht der inhärenten Risiken einer «Null-Risiko-Politik» mit grösster Vorsicht zu erfolgen hat. Angesichts der Tatsache, dass die vorliegenden Massnahmen weitreichende Beschränkungen von Grund- und Menschenrechten erlauben, deren Schutz durch die Bundesverfassung und internationale Abkommen (EMRK, UNO Pakt I und II, usw.) garantiert ist, verdient diese Kritik eine seriöse Überprüfung.

Folglich erlauben wir uns, bestimmte, aus unserer Sicht rechtlich besonders problematische Aspekte der Gesetzesvorlage hervorzuheben:

- **Repression ohne verfahrensrechtliche Garantien.** Die PMT werden ausserhalb des strikt strafrechtlichen Rahmens zur Anwendung kommen. Aufgrund ihres repressiven Charakters nähern sie sich strafrechtlichen Massnahmen an, ohne jedoch jene Garantien zu bieten, die zu jedem strafrechtlichen Verfahren gehören. Auch präventiv-polizeiliche Massnahmen dürfen nur unter strengen Bedingungen erlaubt

¹ Qualifiziert als solche durch Bundesrätin Karin Keller-Sutter während der parlamentarischen Debatte vom 18. Juni 2020: «Ich teile die international geäusserten Bedenken nicht und erachte sie als unbegründet. Es ist eine politische Stellungnahme; eine solche abzugeben, ist jedem unbenommen, man ist frei, das zu tun» (BO 2020 N 1111).

² Die Bundesrätin beschreibt die Stellungnahmen der Sonderberichterstatter*innen als solche: «[Ich] fand, dass sie persönliche Meinungen geäussert haben» (BO 2020 N 1112).

sein und dürfen keinesfalls als Ersatz strafrechtlicher Verfahren dienen, andernfalls sie unseren Rechtsstaat untergraben.

- **Das Gesetz öffnet der Willkür Tür und Tor.** Im Zentrum der Gesetzesvorlage steht der extrem unpräzise Begriff des «terroristischen Gefährders», welcher nicht die Begehung einer Straftat voraussetzt, sondern lediglich das Vorhandensein von «Anhaltspunkten», dass die betroffene Person «eine terroristische Aktivität ausüben wird», unter anderem durch die «Verbreitung von Furcht und Schrecken». Dafür bedarf es einer Gefährlichkeitseinschätzung, welche, wie auch der Bundesrat zugibt, mit «prognostischer Unsicherheit verbunden»³ ist. Der Begriff des «terroristischen Gefährders» ist daher von Subjektivität geprägt und öffnet der Willkür Tür und Tor.
- **Unzureichende richterliche Kontrolle.** Aufgrund der Schwierigkeit einer solchen Einschätzung sollte die richterliche Gewalt zeitgleich mit der Verfügung der polizeilichen Massnahmen zum Zug kommen. Diese Verfügungsmacht obliegt jedoch ausschliesslich einer administrativen Behörde, nämlich fedpol. Abgesehen von der Eingrenzung auf eine Liegenschaft treten die Massnahmen sofort und ohne vorgängige richterliche Kontrolle in Kraft. Aufgrund ihrer Rolle im Verfahren und ihres gesetzlichen Auftrags als polizeiliche Behörde erfüllt fedpol nicht die notwendigen Bedingungen, um die Wahrung der Grundrechte der betroffenen Person ausreichend sicherzustellen.
- **Einführung einer Gefährlichkeitsvermutung.** Da die Massnahmen aufgrund eines abstrakten Risikos einer potentiellen Straftatbegehung ausgesprochen werden, wird es sehr schwierig sein, sie anzufechten. Es etabliert sich eine *Gefährlichkeitsvermutung*, welche vor der richterlichen Behörde widerlegt werden muss. Das ist unserer Rechtsordnung und den ihr zugrunde liegenden Werten fremd. Das Fehlen einer aufschiebenden Rechtsmittelwirkung sowie einer vorgängigen richterlichen Kontrolle führt dazu, dass die von polizeilichen Massnahmen betroffene Person die beruflichen, sozialen und psychologischen Folgen selbst dann zu erdulden hat, wenn sich die Massnahmen als unbegründet erweisen.
- **Unvereinbarkeit mit der EMRK.** Die Eingrenzung auf eine Liegenschaft erfolgt ohne Bezug auf die Begehung einer bestimmten Straftat und dementsprechend auch ohne jegliche Konkretisierung hinsichtlich Zeitpunkt, Ort oder Opfer. In der zurzeit im Gesetzesentwurf vorgesehenen Form ist diese Massnahme - sollten keine erheblichen Lockerungen im Vollzug vorgesehen werden - mit Art. 5 EMRK *unvereinbar*. Dies wurde bereits von Professor Andreas Donatsch in seinem Rechtsgutachten zuhanden der Kantonalen Konferenz der Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) dargelegt.⁴ Unseres Erachtens wurde auch mit den letzten Anpassungen in der Gesetzesvorlage dieser Schlussfolgerung von

³ **BUNDESRAT**, Botschaft zum Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus, BBl 2019 4751, S. 4784.

⁴ **ANDREAS DONATSCH**, Rechtsgutachten, Umgang mit gefährlichen Personen. Mögliche gesetzgeberische Lösungen auf Stufe Bund und Kantone, Zürich, 4. April 2019. Abrufbar unter <https://www.kkjpd.ch> > News > 20.3.2020 Rechtsgutachten Prof. Donatsch, Rz 127, 177 und 178.

Prof. Donatsch unzureichend Rechnung getragen. Folglich wird es zu Freiheitseinschränkungen kommen, welche die minimalen Garantievorgaben von Art. 5 EMRK verletzen. Darüber hinaus wird mit der Eingrenzung auf eine Liegenschaft ein Verstoss gegen eine weniger einschneidende Massnahme sanktioniert, wodurch sie einen strafenden Charakter erhält. Folglich kann sie als strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK erachtet werden. Nichtsdestotrotz sind die sich daraus ergebenden Garantien nicht vorgesehen.

- **Aushebeln des Schutzes von Minderjährigen.** Die PMT können auch gegen Kinder ab dem vollendeten 12. Altersjahr verfügt werden (bei der Eingrenzung auf eine Liegenschaft ab dem vollendeten 15. Altersjahr). Die den PMT zugrunde liegende präventiv-repressive, auf den Ausschluss ausgerichtete Philosophie steht im Widerspruch zur UN-Kinderrechtskonvention, da diese Massnahmen nur schwer mit dem übergeordneten Interesse des Kindeswohls in Einklang zu bringen sind. Es ist besorgniserregend, dass diese Problematik in der Botschaft des Bundesrats nicht vertieft behandelt wurde.

In Anbetracht der genannten Schwachpunkte dieser Gesetzesvorlage, insbesondere die unpräzisen Definitionen sowie die unzureichende richterliche Kontrolle, befürchten wir, dass die Grundrechte von durch PMT betroffenen Personen verletzt werden und es zu einer hohen Anzahl an «falsch-positiven Ergebnissen» kommen kann, das heisst Personen, von denen zu Unrecht vermutet wird, dass sie «terroristische Aktivitäten ausüben» könnten.

Auch wenn ausser Frage steht, dass Terrorismus nach einer starken Antwort unserer Institutionen verlangt, muss staatliches Handeln im Rahmen der Rechtsstaatlichkeit erfolgen. Es ist ein starker Rechtsstaat, dessen die Schweiz bedarf, um der terroristischen Bedrohung entgegenzutreten. Die der Bundesversammlung unterbreitete Gesetzesvorlage ist hingegen höchst problematisch mit Blick auf die Bundesverfassung und internationale Menschenrechtsabkommen. Ihre Annahme würde unseren Rechtsstaat aushöhlen. Daher, geschätzte Parlamentarierinnen und Parlamentarier, appellieren die Unterzeichnenden an Ihre Wachsamkeit und Sorgfalt.

Wir danken Ihnen für die Aufmerksamkeit, die Sie diesem Schreiben entgegenbringen.

Mit freundlichen Grüssen

Hauptunterzeichende:

Prof. Dr. iur. **Frédéric Bernard**, Professeur ordinaire de droit public, Université de Genève

Prof. Dr. iur. **Véronique Boillet**, Professeure associée de droit public, Université de Lausanne

Prof. Dr. iur. **Nadja Capus**, Ordentliche Professorin für Strafrecht, Universität Neuenburg

Prof. Dr. iur. **Daniel Moeckli**, Ordentlicher Professor für Öffentliches Recht mit internationaler und rechtsvergleichender Ausrichtung, Universität Zürich

Prof. Dr. iur. **Laurent Moreillon**, Professeur associé de droit pénal, Université de Lausanne

Prof. Dr. iur. **Evelyne Schmid**, Professeure associée de droit international public, Université de Lausanne

Mitunterzeichnende:

Dr. iur. **Odile Ammann**, Habilitandin und Oberassistentin im Staats- und Völkerrecht, Universität Zürich

Prof. Dr. iur. **Stephan Breitenmoser**, Ordentlicher Professor für Europarecht, Universität Basel

Dr. iur. **Nicolas Bueno**, Habilitant et chargé de cours de droit international, Universités de Zurich et della Svizzera italiana

Prof. em. Dr. iur. **Denise Buser**, Emerita (Titularprofessorin für kantonales öffentliches Recht, Universität Basel)

Dr. iur. **Djemila Carron**, Maîtresse d'enseignement et de recherche en droits humains, Université de Genève

Prof. Dr. iur. **Ursula Cassani**, Professeure ordinaire de droit pénal, Université de Genève

Ass.-Prof. Dr. iur. **Anna Coninx**, Assistenzprofessorin für Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität Luzern

Dr. iur. **Matthieu Corbaz**, Chargé de cours de droit des étrangers, Université de Lausanne

Prof. Dr. iur. **Giovanni Distefano**, Professeur ordinaire de droit international public, Université de Neuchâtel et Académie de droit international humanitaire et de droits humains

Dr. iur. **Nathalie Dongois**, Maître d'enseignement et de recherche en droit pénal, Université de Lausanne

Prof. Dr. iur. **Andreas Eicker**, Ordentlicher Professor für Strafrecht und Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, Universität Luzern

Prof. Dr. iur. **Alexandre Flückiger**, Professeur ordinaire de droit public, Université de Genève

Prof. Dr. iur. **Gloria Gaggioli**, Professeur associée de droit international des droits de l'homme et droit international humanitaire, Université de Genève et Académie de droit international humanitaire et de droits humains

Prof. Dr. iur. **Sévane Garibian**, Professeure FNS de droit pénal international et Professeure titulaire de philosophie du droit, Universités de Genève et Neuchâtel

Dr. iur. **Grégoire Geissbühler**, Chargé de cours de méthodologie, argumentation et rédaction juridique, Université de Lausanne

Dr. iur. **Frank Haldemann**, Directeur du Master of Advanced Studies en justice transitionnelle, droits humains et État de droit, Académie de droit international humanitaire et de droits humains

Dr. crim., MLaw et lic. psy. **Véronique Jaquier Erard**, Chargée de cours de psychologie légale et victimologie, Universités de Neuchâtel et Lausanne

Prof. Dr. iur. **Yvan Jeanneret**, Professeur de droit pénal et de procédure pénale, Université de Genève

Prof. Dr. iur. **Manon Jendly**, Professeure associée de criminologie, Université de Lausanne

Prof. Dr. crim. **André Kuhn**, Professeur ordinaire de droit pénal et criminologie, Universités de Neuchâtel et Genève

Prof. Dr. iur. **Jörg Künzli**, Ordentlicher Professor für Staats- und Völkerrecht, Universität Bern

Dr. iur. **Michelle Lachenmeier**, Lehrbeauftragte im Fachbereich Strafrecht, Universität Basel

Prof. Dr. iur. **Thierry Largey**, Professeur associé de droit administratif, Université de Lausanne

Prof. Dr. iur. **Nicolas Levrat**, Professeur ordinaire de droit international et européen, Directeur du Global Studies Institute, Université de Genève

Prof. Dr. iur. **Matthias Mahlmann**, Ordentlicher Professor für Philosophie und Theorie des Rechts, Rechtssoziologie und Internationales Öffentliches Recht, Universität Zürich

Prof. Dr. iur. **Francesco Maiani**, Professeur associé de droit européen, Université de Lausanne

MLaw **Miriam Mazou**, Chargée de cours de CEDH Appliquée, Université de Lausanne

Prof. Dr. iur. **Sylvain Métille**, Professeur associé de protection des données et droit pénal informatique, Université de Lausanne et UniDistance

Prof. Dr. iur. **Martino Mona**, Ordentlicher Professor für Strafrecht, Universität Bern

Dr. iur. **David Mühlemann**, Lehrbeauftragter im Strafrecht, Universität Basel

Prof. Dr. iur. **Marcel Alexander Niggli**, Ordentlicher Professor für Strafrecht und Rechtsphilosophie, Universität Freiburg

Dr. iur. **Loïc Parein**, Chargé de cours d'introduction à l'organisation judiciaire et procédure en matière pénale et chargé d'enseignement de droit pénal des mineurs, Universités de Lausanne et Genève

Prof. Dr. iur. **Camille Perrier Depeursinge**, Professeure associée de droit pénal général et spécial, Université de Lausanne

Prof. Dr. iur. **Bertrand Perrin**, Professeur ordinaire de droit pénal et procédure pénale, Université de Fribourg

Dr. iur. **Sonja Pflaum**, Habilitandin und Lehrbeauftragte im Strafrecht, Universität Basel

Prof. Dr. iur. **Sarah Progin-Theuerkauf**, Ordentliche Professorin für Europarecht und Migrationsrecht, Universität Freiburg

Prof. Dr. iur. **Nicolas Queloz**, Professeur de droit pénal et criminologie, Université de Fribourg

Prof. em. Dr. iur. **Enrico Riva**, Emeritus (ordentlicher Professor für öffentliches Recht, Universität Basel)

Dr. iur. **Vanessa Rügger**, Lehrbeauftragte für Verfassungstheorie, Universität Basel

Prof. Dr. iur. **Marco Sassòli**, Professeur ordinaire de droit international public, Université Genève

Prof. Dr. iur. **Damien Scalia**, Professeur invité de droit international pénal, Université de Lausanne

Dr. iur. **Stefan Schlegel**, Oberassistent für Öffentliches Recht, Universität Bern

Prof. em. Dr. iur. **Rainer J. Schweizer**, Emeritus (ordentlicher Professor für öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht, Universität St. Gallen)

Dr. iur. **Maximilien Stauber**, Chargé de cours de propriété intellectuelle et protection des données, École polytechnique fédérale de Lausanne

Prof. Dr. iur. **Andreas Stöckli**, Ordentlicher Professor für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Freiburg

Prof. Dr. iur. **Bernhard Sträuli**, Professeur ordinaire de droit pénal, Université de Genève

Ass.-Prof. Dr. iur. **Sarah Summers**, Assistenzprofessorin für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie, Universität Zürich

Dr. iur. **Matthias Till Bürgin**, Lehrbeauftragter im Strafrecht, Universität Basel

Prof. em. Dr. iur. **Stefan Trechsel**, Emeritus (ordentlicher Professor für Strafrecht, Universität Zürich) und ehemaliger Präsident der Europäischen Kommission für Menschenrechte sowie Richter des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien

Prof. em. Dr. iur. **Hans Vest**, Emeritus (ordentlicher Professor für Strafrecht, Völkerstrafrecht und Rechtstheorie, Universität Bern)

Dr. iur. **Katia Villard**, Maître-assistante de droit pénal économique, Université de Genève

Prof. Dr. phil. **Joëlle Vuille**, Professeure ordinaire de droit pénal et de criminologie, Université de Fribourg

Prof. Dr. iur. **Jonas Weber**, Ordentlicher Professor für Strafrecht und Kriminologie, Universität Bern

Prof. Dr. iur. **Sophie Weerts**, Professeure associée de droit constitutionnel, légistique et interprétation judiciaire, Universités de Lausanne et Genève

Prof. Dr. iur. **Judith Wyttenbach**, Ordentliche Professorin für Staats- und Völkerrecht, Universität Bern

Dr. H. C. **Jean Zermatten**, Ancien Président du Comité de l'ONU des droits de l'enfants, ancien juge des mineurs, chargé de cours de droits de l'enfant et droit pénal des mineurs, Docteur *honoris causa* de l'Université de Fribourg, Universités de Fribourg et Genève

Prof. Dr. iur. **Andreas R. Ziegler**, Professeur ordinaire de droit international, Université de Lausanne