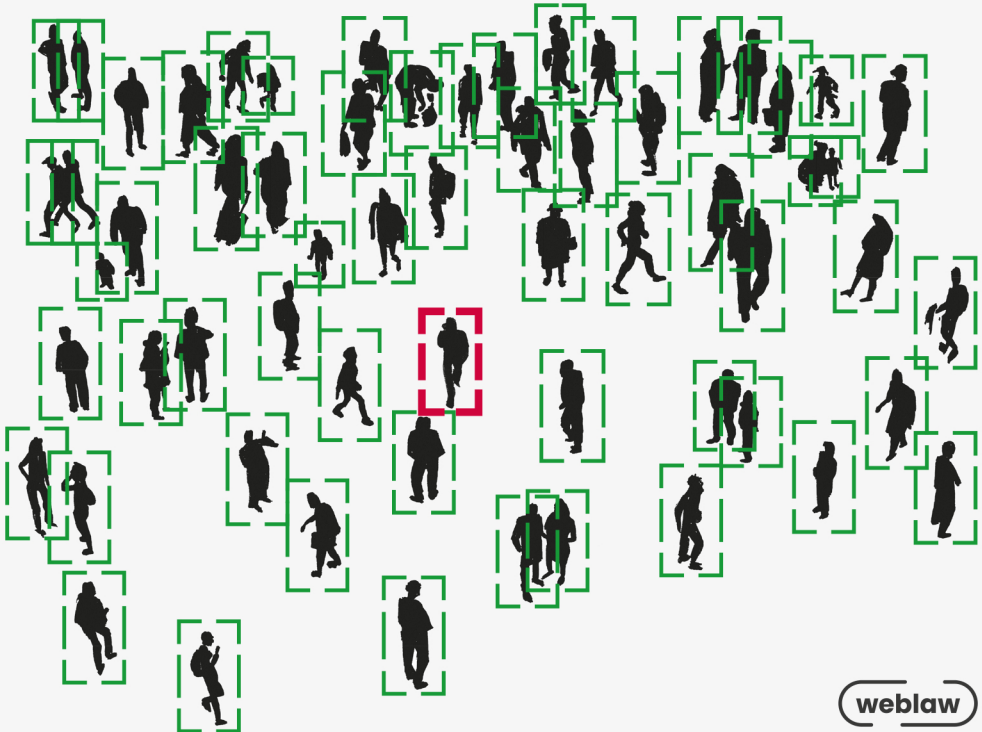




Joël Olivier Müller

Terroristische Gefährder in der Schweiz

Grundrechtliche Perspektive auf den Umgang mit einer
neuen Rechtsfigur und den Massnahmen zur Verhinderung
von terroristischen Aktivitäten



Joël Olivier Müller

Terroristische Gefährder in der Schweiz

Grundrechtliche Perspektive auf den Umgang mit einer neuen Rechtsfigur
und den Massnahmen zur Verhinderung von terroristischen Aktivitäten

Dr. iur Joël Olivier Müller, Rechtsanwalt

Inauguraldissertation zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern

Die Fakultät hat diese Arbeit am 15. Dezember 2022 auf Antrag der beiden Gutachter, Prof. Alberto Achermann (Erstgutachter) und Prof. Jörg Künzli (Zweitgutachter), als Dissertation angenommen.

O	Codex
I	Commentatio
II	Colloquium
III	Dissertatio
IV	Doctrina
V	Liber amicorum
VI	Magister
VII	Monographia
VIII	Thesis
IX	Scriptum
X	Anthologia

Editions Weblaw

ISBN 978-3-03916-177-5 (Print)

© Editions Weblaw, Bern 2023

Alle Rechte sind dem Verlag Editions Weblaw vorbehalten, auch die des Nachdrucks von Auszügen oder einzelnen Beiträgen. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig. Dies gilt insb. für Vervielfältigung, Übersetzung, Mikroverfilmung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Cover: Paolo Riva

VORWORT

Einer der grössten Vorzüge im akademischen Arbeitsalltag ist meines Erachtens das geringe Mass an Fremdbestimmung und die damit verbundene Freiheit in der Zeitgestaltung. In diesem Sinne durfte ich die zahlreichen «Disstage» nach meinem eigenen Rhythmus und Dafürhalten in jeweils kleinere Einheiten sequenzieren, in welchen ich Recherchen betrieb, Passagen niederschrieb, mich aber etwa auch mit Esswaren und Kaffee verpflegte, mit Arbeitskolleg:innen unterhielt oder in denen ich mir körperliche Ertüchtigung oder Rauchpausen verordnete.

An gewissen Tagen lief es rund, während es an anderen harzte und knarzte. Auf gemachte Erkenntnisse folgten grundsätzliche Zweifel an der Relevanz des Vorhabens und den eigenen Fähigkeiten. Frei nach Churchill und nicht unfrei von Pathos lässt sich in Bezug auf diesen lehrreichen Prozess resümieren, dass zum Verfassen einer Dissertation gehört, dass man einmal mehr aufsteht als man umgeworfen wird.

Mit Erleichterung stelle ich heute fest, dass ich und das Vorhaben stehen und letzteres zu einem mehr als annehmbaren Ende gekommen ist, was ohne die Unterstützung verschiedener Personen kaum denkbar gewesen wäre. Namentlich erwähnt seien Prof. Alberto Achermann als Doktorvater und Erstgutachter sowie Prof. Jörg Künzli als Zweitgutachter. Aus dem universitären Umfeld seien auch Prof. Martino Mona, welcher mich mit einem interessanten Gespräch motivieren konnte sowie mein Lehrstuhlkollege Lars Schneider, der mir in menschlicher und technischer Hinsicht eine wertvolle Stütze war, ausdrücklich verdankt. Dank gebührt auch der Berner Rechtsberatungsstelle für Menschen in Not und deren Geschäftsleiter Dominique Wetli für die Unterstützung meines Dissertationsvorhabens. Aus meinem privaten Umfeld sei für die sprachliche Korrektur ganz herzlich meiner Mutter gedankt. Auch meiner Lebenspartnerin, die fast zeitgleich mit der Abgabe der vorliegenden Dissertation ein Kind zur Welt gebracht hat, möchte ich meinen grössten Dank aussprechen. Die während der aufwendigen Abschlussphase gemeinsam in Berlin verbrachte Zeit, die heiteren Momente und ihre scharfsinnigen Kommentare sind untrennbar mit der Entstehung der vorliegenden Dissertation verbunden.

INHALTSÜBERSICHT

Vorwort V

Inhaltsübersicht VII

Inhaltsverzeichnis XI

Abkürzungsverzeichnis XXXIII

Literaturverzeichnis XLIII

Materialienverzeichnis LXI

Einleitung 1

I. Erkenntnisinteresse 1

II. Struktur und Vorgehensweise 2

III. Geschlechtergerechte Sprache 3

IV. Verwendung von Internet-, Bild- und Schriftquellen 4

1. Teil Sicherheit und deren Verhältnis zur Freiheit 5

§ 1 Positionen und Gedanken zu Sicherheit und Freiheit 5

I. Ausgewählte staatsphilosophische Grundpositionen 5

II. Zur Verhältnisbestimmung von individueller Freiheit und
kollektiver Sicherheit 10

III. Zusammenfassende Überlegungen 23

§ 2 Sicherheit als Konzept 28

I. Sicherheitsbegriff und schweizerische Sicherheitspolitik 28

II. Verfassungsrechtliche Sicherheitsordnung der Schweiz 39

2. Teil Terrorismus als Bedrohung von Freiheit und Sicherheit 55

§ 3 Erfassung des Phänomens Terrorismus 56

I. Wesensmerkmale 56

II. Völkerrechtlicher Umgang mit Terrorismus 65

§ 4 Erfassung der terroristischen Bedrohungslage in der Schweiz 75

I. Terrorismusspezifische Lagebeurteilungen 75

II. Wahrnehmung von terroristischen Bedrohungslagen 84

III.	Parlamentarische Vorstösse im Kontext von Terrorismus	88
3. Teil	Zum rechtlichen Umgang der Schweiz mit Terrorismus im Allgemeinen	105
§ 5	Schweizerische Strategie zur Terrorismusbekämpfung	105
I.	Strategieziele und Handlungsfelder	105
II.	Die Strategieziele umsetzende neue Erlasse	107
III.	Zur Strategiezielerreichung relevante Akteure	117
IV.	Schlussfolgerungen zu § 5	130
§ 6	Rechtliche Erfassung von Terrorismus in der Schweiz	132
I.	Polizeirechtliche Erfassung	132
II.	Strafrechtliche Erfassung	136
III.	Schlussfolgerungen zu § 6	143
4. Teil	Zum rechtlichen Umgang der Schweiz mit «terroristischen Gefährdern» im Besonderen	147
§ 7	Der terroristische Gefährder als Rechtssubjekt	148
I.	Der Gefährder in der Dogmatik der Gefahrenabwehr	148
II.	Begriffsherkunft und -verwendung	150
III.	Terroristische Gefährder (Art. 23e Abs. 1 BWIS)	157
IV.	Terroristische Aktivitäten (Art. 23e Abs. 2 BWIS)	159
V.	Anhaltspunkte nach Art. 23e Abs. 1 BWIS	170
VI.	Terroristische Gefährder als Prognoseergebnis	182
VII.	Auswirkungen der Kategorisierung als terroristischer Gefährder	197
VIII.	Schlussfolgerungen zu § 7	228
§ 8	Gegen terroristische Gefährder gerichtete BWIS-Massnahmen	244
I.	Für sämtliche BWIS-Massnahmen geltende Voraussetzungen	244
II.	Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS im Einzelnen	265
III.	Aspekte rund um den Rechtsschutz gegen BWIS-Massnahmen	336
IV.	BWIS-Massnahmen im Lichte der Garantien von Art. 6 EMRK	360
V.	Schlussfolgerungen zu § 8	373

§ 9	Hinweise zum Umgang mit «ausländischen terroristischen Gefährdern»	379
I.	Einleitung	380
II.	Feststellung sicherheitsrelevanter Umstände im Migrationsbereich	382
III.	Gefährdung der inneren und äusseren Sicherheit im AIG	384
IV.	Gefährdung der inneren und äusseren Sicherheit im AsylG	413
V.	Gefährdung der inneren und äusseren Sicherheit im BüG	428
VI.	Schlussfolgerungen zu § 9	442
Zusammenfassende Erkenntnisse		449
I.	Terrorismusbekämpfung als Verbundaufgabe unter Führung von Fedpol und NDB	449
II.	Aufweichung der Dogmatik mittels neuer Präventivmassnahmen	452
III.	Tendenz zur «Grundentrechtung» von terroristischen Gefährdern	453
IV.	Folgen der fehlenden Terrorismusdefinition im 5. Abschnitt des BWIS	459
V.	Strenge Anforderungen an Begründungspflicht und Ermessensausübung	464

INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort V

Inhaltsübersicht VII

Inhaltsübersicht VII

Abkürzungsverzeichnis XXXIII

Literaturverzeichnis XLIII

Materialienverzeichnis LXI

Einleitung 1

I. Erkenntnisinteresse 1

II. Struktur und Vorgehensweise 2

III. Geschlechtergerechte Sprache 3

IV. Verwendung von Internet-, Bild- und Schriftquellen 4

1. Teil Sicherheit und deren Verhältnis zur Freiheit 5

§ 1 Positionen und Gedanken zu Sicherheit und Freiheit 5

I. Ausgewählte staatsphilosophische Grundpositionen 5

1. Hobbes 6

2. Locke 7

3. Rousseau 8

4. Kant 9

II. Zur Verhältnisbestimmung von individueller Freiheit und
kollektiver Sicherheit 10

1. Das «Grundrecht auf Sicherheit» in der Grundrechtsdogmatik 11

A. Isensee als geistiger Vater 11

B. Kritische Würdigung zur Herleitung und den Rechtsfolgen 12

a.) Verkenntung der Tragweite staatlicher Schutzpflichten 12

b.) Unvereinbarkeit mit den Freiheitsgrundrechten 14

c.) Unklare Anwendung des «Super-Grundrechts auf
Sicherheit» 14

d.) Exkurs: Entindividualisierung der Gefahr	15
2. «Grundrecht auf Sicherheit» als Mehrheitsschutz.....	17
3. Die Minderheit als Feind	18
A. Schmitt.....	19
B. Jakobs	19
C. Depenheuer.....	20
III. Zusammenfassende Überlegungen	23
1. Inhärenter Güterkonflikt	23
2. Sicherheit legitimiert sich nicht aus sich selbst	24
A. Verwirklichung individueller Freiheit als Staatszweck.....	24
B. «Grundrecht auf Sicherheit» als Negativbeispiel.....	24
3. Berücksichtigung eines «Mehrheit-Minderheit-Konfliktes»	26
4. Fazit.....	28
§ 2 Sicherheit als Konzept	28
I. Sicherheitsbegriff und schweizerische Sicherheitspolitik	28
1. Sicherheit als mehrdimensionales Konzept.....	28
2. Sicherheitspolitik und Sicherheitsbegriff im Wandel	31
3. Erweiterter Sicherheitsbegriff	33
A. Horizontale und vertikale Begriffserweiterung	33
B. Menschliche Sicherheit im Besonderen	34
4. Aktuelle sicherheitspolitische Strategie der Schweiz	35
A. Sicherheitspolitische Bedrohungen.....	35
B. Sicherheitspolitische Prinzipien und Interessen der Schweiz.....	36
C. Sicherheitspolitische Ziele	36
D. Sicherheitspolitische Instrumente	37
II. Verfassungsrechtliche Sicherheitsordnung der Schweiz.....	39
1. Verfassungsrechtlicher Sicherheitsbegriff	39
A. Althergebrachtes Konzept: innere und äussere Sicherheit	39

B. Abgrenzung: innere und öffentliche Sicherheit.....	41
2. Kompetenz(un-)ordnung im Bereich der inneren Sicherheit	42
A. Kantonale Zuständigkeit als Regel	42
B. Bundesgerichtsbarkeit bei terroristischen Straftaten als Regelfall	43
C. Anwachsende und zweifelhafte Bundeskompetenzen als Tendenz	44
a.) Implizite Bundeskompetenzen.....	45
b.) Sicherheitsartikel (Art. 57 BV)	46
c.) Art. 123 BV	47
d.) Aufgabennormen	48
e.) Interventionsermächtigungen	48
D. Kompetenznorm im Bereich der äusseren Sicherheit	49
3. Fazit zur Kompetenzordnung im Bereich der inneren Sicherheit	50
A. Die Gewährleistung der inneren Sicherheit als Verbundaufgabe.....	50
B. Drohender Bedeutungsverlust des Föderalismus.....	51
C. Vertikale Verlagerung der Gesetzgebungskompetenz	51
a.) Rechtliche Ausgangslage und faktische Bedürfnisse	51
b.) PMT als aktuelles Beispiel.....	52
D. Wünschenswerte klare kantonale Positionsnahme	53
2. Teil Terrorismus als Bedrohung von Freiheit und Sicherheit.....	55
§ 3 Erfassung des Phänomens Terrorismus	56
I. Wesensmerkmale	56
1. Kernelemente des terroristischen Aktes.....	56
2. Abgrenzungen.....	58
A. Terror und Terrorismus	58
B. Terrorismus und legitimer Widerstand	58
3. Der (neue?) internationale Terrorismus.....	60

A.	9/11 als Schlüsselereignis	60
B.	Charakteristiken des internationalen Terrorismus	61
a.)	Bedeutungszunahme des religiös motivierten Terrorismus	61
b.)	Globale Zielsetzungen und entterritorialisierte Sicherheitsrisiken.....	63
c.)	Erweiterter Aktionsraum	63
d.)	Rechtlich schwer fassbare Akteure und gesteigerte Zerstörungsfähigkeit.....	64
e.)	Erhöhte mediale Aufmerksamkeit und erleichterte Verbreitung	65
II.	Völkerrechtlicher Umgang mit Terrorismus	65
1.	UN-Charta als Leitplanke	65
2.	Führungsrolle der UNO	66
3.	Fehlende international anerkannte Terrorismusdefinition.....	67
A.	Sektorielle Definitionen terroristischer Akte.....	68
B.	Terrorismusdefinition als politische Herausforderung.....	68
C.	Terrorismusdefinition als rechtliche Herausforderung	69
D.	Folgen der fehlenden Terrorismusdefinition	71
4.	Ausgewählte völkerrechtliche Defizite im Umgang mit Terrorismus.....	72
A.	Tendzen zur Personalisierung nichtstaatlicher Akteure	73
B.	Schwacher Rechtsschutz bei Individualsanktionen.....	73
§ 4	Erfassung der terroristischen Bedrohungslage in der Schweiz	75
I.	Terrorismusspezifische Lagebeurteilungen.....	75
1.	Behördliche Beurteilungen der terroristischen Bedrohungslage	76
A.	Berichte des Bundesrates	76
a.)	Sicherheitspolitische Berichte (1990-2021).....	76
b.)	Beurteilung der Bedrohungslage (2019-2021)	78
B.	NDB-Lageberichte (2010-2022)	80

C. Fedpol-Berichte (1999-2020)	82
2. Schlussfolgerungen	82
II. Wahrnehmung von terroristischen Bedrohungslagen	84
1. Sicherheitsgefühl und objektive Sicherheitslage	84
A. Sicherheit als Gefühl	86
B. Soziodemografische Einflussfaktoren	87
2. Schlussfolgerungen	88
III. Parlamentarische Vorstösse im Kontext von Terrorismus	88
1. Vorstösse im Bereich des Strafrechts	89
A. Grundlegende Anpassungsvorschläge	89
B. Verbot terroristischer Organisationen	90
C. Terrorismusfinanzierung und Bankgeheimnis	91
D. Jihadismusreisende und Plattformbetreiber	92
2. Vorstösse im Bereich des Migrationsrechts	93
A. Islamismus und Hassprediger	93
B. Migration als Sicherheitsrisiko	94
C. Asylsuchende als besonderes Sicherheitsrisiko	95
D. Ausbürgerung und Terrorismus	98
3. Vorstösse im Staatsschutz und Polizeibereich	99
A. Präventive Massnahmen anregende Vorstösse	99
B. Prävention von Gewaltextremismus	100
C. Ausweitung institutioneller Kompetenzen	100
4. Zur Terrorismusbekämpfung kritische Vorstösse	101
A. Grundsätzliche Kritik	101
B. Kritik an der Rolle der USA	102
C. Kritik an der Rolle der UNO	102
5. Gesamtbetrachtung	103
A. Zahlenmässige Auswertung	103
B. Inhaltliche Auswertung	104

3. Teil	Zum rechtlichen Umgang der Schweiz mit Terrorismus im Allgemeinen	105
§ 5	Schweizerische Strategie zur Terrorismusbekämpfung	105
I.	Strategieziele und Handlungsfelder	105
II.	Die Strategieziele umsetzende neue Erlasse	107
1.	Ausweitung präventiver und polizeilicher Massnahmen	107
A.	Terrorismusprävention mittels NAP	107
a.)	Wissen und Expertise	108
b.)	Zusammenarbeit und Koordination	108
c.)	Extremistisches Gedankengut und Gruppierungen	109
d.)	Ausstieg und Reintegration	109
e.)	Internationale Zusammenarbeit	110
B.	Terrorismusprävention mittels NDG	110
C.	Terrorismusprävention mittels PMT	110
a.)	Genese des PMT	110
b.)	PMT als Mantelerlass	112
aa)	Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS	112
ab)	ZentG und BPI	113
ac)	AIG	114
2.	Strafrecht: Ausweitung der Strafbarkeit	114
A.	Anpassungen auf der Ebene des STGB	115
B.	Weitere strafrechtliche Anpassungen	115
3.	Ausbau des internationalen Polizeiaustausches	116
III.	Zur Strategiezielerreichung relevante Akteure	117
1.	Bundesbehörden mit polizeilichen Aufgaben	117
A.	Nachrichtendienst des Bundes (NDB)	117
B.	Fedpol	120
a.)	Sicherheitspolizeiliche Tätigkeiten	120
b.)	Kriminalpolizeiliche Tätigkeiten	121
c.)	Gerichtspolizeiliche Tätigkeiten	122

	C. SEM.....	123
	D. BAZG	124
	2. Akteure mit koordinierenden Funktionen.....	125
	A. TETRA	125
	B. SVS	126
	C. FST P und IKAPOL	127
	3. Armee	128
	4. EDA	129
IV.	Schlussfolgerungen zu § 5	130
§ 6	Rechtliche Erfassung von Terrorismus in der Schweiz	132
I.	Polizeirechtliche Erfassung	132
	1. Schwierigkeiten rund um die polizeirechtliche Gefahr	132
	A. Polizeilicher Gefahrenbegriff	132
	B. Beschränkte Eignung des polizeilichen Gefahrenbegriffs.....	133
	2. Terroristische Bedrohungen als Risiko.....	134
	A. Begriffsverständnis	134
	B. Fehlende Debatte zur Risikoakzeptanz	135
II.	Strafrechtliche Erfassung	136
	1. Repressive Natur des Strafrechts.....	136
	2. Strafrechtliche Terrorismusdefinition	137
	3. Terrorismusbekämpfung mittels Vorverlagerung der Strafbarkeit.....	138
	A. Anwerbungshandlung und Ausreiseabsicht.....	140
	B. Würdigung der neuen Vorfeldtatbestände.....	141
	4. Hohe Strafandrohungen als Mittel zur Terrorismus- bekämpfung?	142
III.	Schlussfolgerungen zu § 6.....	143

4. Teil	Zum rechtlichen Umgang der Schweiz mit «terroristischen Gefährdern» im Besonderen	147
§ 7	Der terroristische Gefährder als Rechtssubjekt.....	148
I.	Der Gefährder in der Dogmatik der Gefahrenabwehr	148
1.	Die Gefahr als Handlungsschwelle.....	148
2.	Abgrenzung von Gefährder und Störer	149
3.	Prognosestellung im Gefahrenvorfeld.....	150
II.	Begriffsherkunft und -verwendung.....	150
1.	Bundesebene: Der Gefährder im BWIS	151
A.	Der mutmassliche Gefährder.....	151
B.	Vom Gefährder zum terroristischen Gefährder	151
C.	Diskrepanzen zwischen Entwurf und Vorentwurf.....	152
2.	Kantonebene: Gefährder als Subjekte des Polizeirechts	153
A.	Vorausschauende Polizeiarbeit und Bedrohungs- management	153
B.	Implizite Gefährderdefinitionen	155
a.)	Divergierende Gefährderdefinitionen im Polizeirecht	155
b.)	Würdigung.....	156
C.	Arbeitsdefinition	156
III.	Terroristische Gefährder (Art. 23e Abs. 1 BWIS)	157
1.	Der terroristische Gefährder als Gefährder	157
2.	Abgrenzung zur «Risikoperson»	159
IV.	Terroristische Aktivitäten (Art. 23e Abs. 2 BWIS).....	159
1.	Begriffsherkunft und fragwürdige Herleitung	160
A.	Legaldefinition und Anwendungsfälle	160
B.	Art. 19 NDG und 13a aBWIS als Vorgängerbestimmungen.....	161
C.	Fehlende Terrorismusdefinition und Übertragbarkeit Auf Art. 23e BWIS	162
D.	Von der «terroristischen Straftat» zur «terroristischen Aktivität».....	163

2.	Auslegung von Art. 23e Abs. 2 BWIS.....	164
A.	Zugrundeliegendes Ziel	164
B.	Eingesetzte Tathandlungen.....	166
a.)	Androhung und/oder Begehung einer «schweren Straftat».....	166
b.)	Verbreitung von Furcht und Schrecken.....	167
c.)	Eignung der Tathandlung zur Zielerreichung?.....	168
aa)	Verhältnis von Begünstigung und Verwirklichung.....	168
ab)	Berücksichtigung der Potentialität der befürchteten Tathandlung	169
V.	Anhaltspunkte nach Art. 23e Abs. 1 BWIS	170
1.	«Konkrete» Anhaltspunkte.....	171
A.	Materielle Beweisvoraussetzungen	171
B.	Zeitliche Handlungsdringlichkeit	172
2.	«Aktuelle» Anhaltspunkte.....	173
3.	Beispiele für «konkrete und aktuelle» Anhaltspunkte.....	174
A.	Rückzug aus sozialen Strukturen	174
B.	Terroristische Bestrebungen.....	176
C.	Verwendung «terroristischer Inhalte»	177
D.	Verständnisäusserung für terroristische Taten.....	180
E.	Würdigung: Beispiele mit wenig Aussagegehalt.....	181
VI.	Terroristische Gefährder als Prognoseergebnis	182
1.	Kausalität und Prognose im Recht.....	182
2.	Gefährlichkeitsprognosen im Straf- und Administrativrecht.....	184
A.	Gefährlichkeitsprognose bei Massnahmenanordnung.....	184
a.)	Sachverständigengutachten als Voraussetzung	184
b.)	Gefährlichkeitsprognose als wesentlicher Gutachtensinhalt.....	185
c.)	Gerichtliche Würdigung	186
B.	Präventiver Führerausweisentzug (Sicherungsentzug).....	187
C.	Gutprognose bei bedingter Entlassung	188

3. Gefährlichkeitsprognose nach Art. 23e BWIS	189
A. Prognosegegenstand gemäss Wortlaut und Botschaft	189
B. Methodische Unklarheiten	190
C. Einseitige Berücksichtigung Prognostischer Unsicherheiten?	192
D. Anregungen zur künftigen Prognosestellung.....	193
a.) Beweismassstab: «Beachtliches Risiko»	193
b.) Prognosemethodik: Gewichtende Gesamtwürdigung.....	194
c.) Fazit	196
VII. Auswirkungen der Kategorisierung als terroristischer Gefährder.....	197
1. Gefährderkategorisierung als Eingriff in die Persönlichkeits- rechte	197
2. Fehlerhafte Gefährderkategorisierung als Persönlichkeits- verletzung	198
A. Zur Feststellung der Fehlerhaftigkeit.....	198
B. Fehlerhafte Gefährderkategorisierung als Ehrverletzung.....	199
a.) Unzutreffender Vorwurf und mit Kategorisierung verbundener Makel.....	199
b.) Mutmasslicher terroristischer Gefährder	200
C. Unzutreffende Begriffsverwendung durch Dritte als Ehrverletzung.....	200
3. Gefährderkategorisierung und Datenschutzgrundrechte.....	201
A. Grundrechtlicher Datenschutz.....	201
B. Datenbearbeitungsgrundlagen für (mutmassliche) terroristische Gefährder.....	202
a.) Unklare Datenbearbeitungsgrundlage	202
b.) Unklarer Datenbearbeitungszweck	203
c.) Geschäfts- und Aktenverwaltungssysteme von Fedpol.....	204
d.) RIPOL-Eintrag.....	205
C. Datenschutzrechtliche Ansprüche des terroristischen Gefährders	205
a.) Auskunftsrecht	206

aa)	Grundsätzliche Auskunftspflicht von Fedpol	206
ab)	Ausnahmen von der Auskunftspflicht im Allgemeinen	207
ac)	Auskunftspflicht von Fedpol im Besonderen	208
b.)	Berichtigungs- und Löschungsrecht	209
aa)	Grundsätzliches	209
ab)	Berichtigungsrecht für Kategorisierungen in Informationssystemen	209
ac)	Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche	210
4.	Gefährderkategorisierung als Alltagserschwerung	212
A.	Ali J. alias «Der Apotheker»	213
a.)	Sachverhalt	213
aa)	Biografie	213
ab)	Kontroverse Lücken in der Biografie	214
ac)	Ausländerrechtliche Folgen der Gefährder- kategorisierung	214
ad)	Verweigerte erneute Zulassung zum Bachelor- studium	215
b.)	Rechtliches zur Nichtzulassung zum Studium im Besonderen	215
aa)	Anspruch auf willkürfreie Studienzulassung	216
ab)	Studierenden-Ordnung der Universität Basel	216
ac)	Anwendung der Studierenden-Ordnung auf Ali	216
ad)	Erfolglose kantonale Rechtsmittel	217
ae)	Willkürliche Verweigerung der Studienzulassung	218
B.	«Eszil» alias «einer der gefährlichsten Neonazis der Schweiz»	218
a.)	Sachverhalt	218
b.)	Rechtliches zum Ausschluss vom Studium im Besonderen	222
C.	Vergleichende Stellungnahme	224
a.)	Unterschiede	224

	b.) Gemeinsamkeiten und erkennbare Tendenzen.....	225
VIII.	Schlussfolgerungen zu §7.....	228
	1. Zum Akt der Kategorisierung als terroristischer Gefährder	228
	2. Folgen der fehlenden Terrorismusdefinition	229
	A. Potentiell zirkuläre und allzu weite Gefährderdefinition.....	229
	B. Fehlende Definition der terroristischen Aktivität.....	230
	C. Allzu weitreichende Umschreibung der terroristischen Aktivität.....	231
	3. Fehlendes Grundrechtsbewusstsein bei Prognosestellung.....	233
	4. Prüfschema zur Anwendung von Art. 23e BWIS.....	234
	A. <u>1. Schritt</u> : Tatsächliche Erstellung und Beurteilung der Anhaltspunkte	235
	a.) Bestehen konkrete Anhaltspunkte?.....	235
	b.) Sind die konkreten Anhaltspunkte aktuell?	236
	B. <u>2. Schritt</u> : Prognostische Beurteilung der Anhaltspunkte.....	237
	a.) Überblick.....	237
	b.) (Wie) lässt sich die befürchtete terroristische Aktivität im Einzelfall konturieren?	238
	c.) Handelt es sich bei der konkret befürchteten Verhaltensweise um eine terroristische Aktivität?	239
	d.) Was ist in methodischer Hinsicht bei der Prognose- stellung zu beachten?	241
	e.) (Ab) wann rechtfertigen erstellte Anhaltspunkte die Annahme der künftigen Ausübung einer terroristischen Aktivität?	243
§ 8	Gegen terroristische Gefährder gerichtete BWIS-Massnahmen.....	244
I.	Für sämtliche BWIS-Massnahmen geltende Voraussetzungen	244
	1. Geteilte Zuständigkeiten.....	244
	A. Verfügungs- und Vollzugszuständigkeit	244
	B. Antrags- und Anhörungsrecht	246
	2. Beachtung der Subsidiarität und Komplementarität	247
	A. Soziale und integrative Massnahmen	248

B. Kantonale Massnahmen der Gefahrenabwehr	249
C. Strafprozessuale Zwangs- oder Ersatzmassnahmen	250
3. Persönlicher Geltungsbereich	250
A. Umstrittene Altersgrenze	251
B. Vorgaben für die künftige Rechtsanwendung	255
4. Zeitlicher Geltungsbereich.....	256
A. Weites Ermessen bei der Massnahmedauer	256
B. Erneute Massnahmenanordnung	256
5. Beachtung von Art. 36 BV als allgemeine Anordnungs- voraussetzung.....	257
A. Gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV)	258
a.) Normstufe und Eingriffsintensität	258
b.) Normdichte	259
B. Öffentliches Interesse (Art. 36 Abs. 2 BV)	260
C. Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV)	261
a.) Eignung.....	261
b.) Erforderlichkeit.....	262
c.) Erforderlichkeit im Kontext der BWIS-Massnahmen.....	262
d.) Zumutbarkeit.....	263
D. Wahrung des Kerngehaltes (Art. 36 Abs. 4 BV)	264
6. Strafandrohung im Falle der Nichtbefolgung	264
7. Jährliche Veröffentlichung der angeordneten BWIS-Massnahmen.....	265
II. Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS im Einzelnen	265
1. Einleitende Bemerkungen zur weiteren Vorgehensweise	265
2. Meldepflicht	266
A. Neuartige Massnahmekombination mit Pflichtcharakter	266
B. Massnahmezweck.....	267
a.) Entgegenwirkung der Gefährdung.....	268
b.) Gefährdungseinschätzung durch Fachperson(en)	268

C. Vollzugsaspekte	269
a.) Zeitliche Abstände zwischen den Terminen.....	269
b.) Durchführungsort.....	270
c.) Informationspflichten	271
D. Grundrechtliche Aspekte	271
a.) Gebotene Klarheit des Verfügungsinhaltes.....	271
b.) Berührte Schutzbereiche	272
c.) Aussagepflicht zu potenziell strafrechtsrelevanten Sachverhalten?.....	272
d.) Unvereinbarer Doppelzweck und Zielkonflikt	275
e.) Verhältnismässigkeit	276
3. Kontaktverbot.....	277
A. Verbotsinhalt und Massnahmezweck.....	277
B. Unklare Vollzugsaspekte	277
a.) Verbotsinhalt bei Personengruppen	278
b.) Allzu weitgehend: Negative Beeinflussung von Drittpersonen.....	278
c.) Unklare Rechtsstellung der passiv betroffenen Drittperson.....	279
d.) Unklarheiten rund um «gegenseitige Kontaktverbote»	280
C. Grundrechtliche Aspekte	280
a.) Betroffene Schutzbereiche	280
b.) Ungenügende Normdichte	281
c.) Verhältnismässigkeit: Teilweise Eignung	281
d.) Verhältnismässigkeit: Erforderlichkeit	282
aa) Art. 23f Abs. 1 lit. b BWIS.....	282
ab) Art. 23f Abs. 1 lit. c BWIS	283
e.) Verhältnismässigkeit: Zumutbarkeit	283
4. Ein- und Ausgrenzung	284
A. Ausländerrechtliche Ein- und Ausgrenzungen	285
B. Art. 23m BWIS: Regelungsinhalt und Massnahmezweck	287

C.	Art. 23m BWIS: Vollzugs- und Grundrechtsaspekte	288
a.)	Betroffene Schutzbereiche und Eingriffsschwere	288
b.)	Hinreichende Begründung der Eignung der anvisierten Massnahme	289
c.)	Verhältnismässigkeit: Fehlende Erforderlichkeit der Eingrenzung?	290
aa)	Art. 23f Abs. 1 lit. b BWIS	291
ab)	Art. 23f Abs. 1 lit. c BWIS	292
d.)	Erforderlichkeit und Zumutbarkeit bei «ausländischen terroristischen Gefährdern»	293
5.	Ausreiseverbot	295
A.	Regelungsinhalt und Massnahmezweck	295
B.	Vollzugsaspekte	296
a.)	Schweizerische Reisedokumente	296
b.)	Ausländische Reisedokumente	296
c.)	Vorgehen bei Gefahr in Verzug	297
C.	Grundrechtliche Aspekte	298
a.)	Betroffene Schutzbereiche	298
b.)	Schwerer Grundrechtseingriff	298
c.)	Verhältnismässigkeit	299
aa)	Strenge Begründungspflicht punkto Eignung	299
ab)	Erforderlichkeit im Lichte von Art. 23f Abs. 1 lit. c BWIS	300
ac)	Zumutbarkeit	300
6.	Eingrenzung auf eine Liegenschaft	301
A.	Die Freiheitsentziehung nach Art. 5 EMRK	303
B.	Die Eingrenzung auf eine Liegenschaft als Freiheits- entziehung?	305
a.)	Unfreiwillige Unterbringung	305
b.)	Räumliche Begrenztheit des Unterbringungsortes	305
c.)	Eingrenzungsdauer	306

d.) Fazit: Freiheitsentziehung trotz Ausnahme- möglichkeiten.....	307
C. Zur Rechtmässigkeit der innerstaatlichen Rechts- grundlage	308
a.) Art. 23o Abs. 1 BWIS als Rechtsgrundlage.....	308
b.) Unzureichende Bestimmtheit der Gefährderdefinition	310
c.) Unzureichende Bestimmtheit von Art. 23o Abs. 1 lit. a BWIS	310
aa) Vergangene Verurteilungen	311
ab) Verwendung von Waffen oder explosions- gefährlichen Stoffen	311
ac) Auslandsaufenthalte	312
ad) Gewalttätiges Inerscheintreten.....	313
d.) Zwischenfazit	313
D. Art. 23o f. BWIS im Lichte der konventionsrechtlichen Haftzwecke	314
E. Erzwingungs- und Beugehaft (Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK)	315
a.) Gerichtliche Anordnung (erste Alternative)	315
b.) Gesetzliche Verpflichtung (zweite Alternative)	315
aa) Unmöglichkeit der freiwilligen Pflichterfüllung	315
ab) Rechtsfehlerhafte Begründung des Bundesrats	318
F. Untersuchungs-, Sicherheits und Präventivhaft (lit. c)	320
a.) Untersuchungs- und Sicherheitshaft.....	320
b.) Präventivhaft	321
aa) Allgemeines.....	321
ab) Unzureichend konkretisierter Gefahrenverdacht	322
G. Exkurs: Zur Konventionswidrigkeit der «GUG»	323
H. Art. 23o f. BWIS und das konventionsrechtliche Willkürverbot	324
I. Fazit: Mehrfache Konventionswidrigkeit	326
7. Elektronische Überwachung und Mobilfunklokalisierung.....	326
A. Regelungsinhalt und Massnahmezweck	326

B.	Weite Anordnungsvoraussetzungen	327
a.)	Drei Konstellationen	327
b.)	Aussichtslosigkeit	327
c.)	Übermässige Erschwerung	328
C.	(Technische) Überwachungsmöglichkeiten	328
a.)	Elektronische Aufenthaltsüberwachung	328
b.)	Mobilfunklokalisierung	330
D.	Datenbearbeitung	330
a.)	Weit gefasste Bearbeitungszwecke	330
b.)	Aufbewahrungsdauer und bearbeitungsberechtigte Personen	332
E.	Grundrechtliche Aspekte	333
a.)	Betroffene Schutzbereiche und Eingriffsintensität	333
b.)	Verhältnismässigkeit: Teilweise Eignung	334
c.)	Verhältnismässigkeit: Begründungspflicht punkto Erforderlichkeit	334
d.)	Verhältnismässigkeit: Strenge Zumutbarkeitsprüfung	335
III.	Aspekte rund um den Rechtsschutz gegen BWIS-Massnahmen	336
1.	Übersicht	336
2.	Rechtsschutz im Beschwerdeverfahren	336
A.	Anfechtungsobjekt	336
B.	Unklarheiten um die Beschwerdelegitimation	337
C.	Keine aufschiebende Wirkung	338
a.)	Grundsatz und Ausnahme	338
b.)	Zusätzliche verfahrensrechtliche Schwächung	339
c.)	Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung als Korrektiv	339
3.	Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren	340
A.	Parteistellung des mutmasslichen terroristischen Gefährders	340
B.	Unklare (Partei-)Stellung der antragsstellenden Behörde	341

4. Rechtsschutz durch Beachtung der Verfahrensgarantien	342
A. Zu Art. 29 BV und der Anwendbarkeit des VwVG.....	342
B. Der mutmassliche terroristische Gefährder und das rechtliche Gehör	343
a.) Recht auf Orientierung und Verfahrensbeteiligung.....	344
b.) Das Recht auf Akteneinsicht als besondere Heraus- forderung.....	345
aa) Grundsatz.....	345
ab) Ausnahmen	346
ac) Rechtsfolgen verweigerter Akteneinsicht	347
ad) Unmöglichkeit zur Mitteilung des wesentlichen Inhaltes	347
c.) Behördliche Pflichten und Anspruch auf Entscheid- begründung.....	349
aa) Anforderungen an die Begründungsdichte.....	349
ab) Begründung der Gefährdereigenschaft nach Art. 23e BWIS	350
ac) Begründung der Anordnungsvoraussetzungen	350
d.) Recht auf Vertretung und Verbeiständung.....	351
C. Mittellose mutmassliche terroristische Gefährder	352
a.) Zur Aussichtslosigkeit im Verwaltungsverfahren	353
b.) Zur Aussichtslosigkeit im Beschwerdeverfahren	354
c.) Zur Notwendigkeit der Rechtsvertretung	354
d.) Fazit	355
5. Rechtsschutz durch Rechtsbehelfe.....	355
A. Aufhebungsgesuch (Wiedererwägung).....	355
a.) Aufhebung von Amtes Wegen	355
b.) Offene praktische Aspekte	356
B. Unklarheiten rund um das Sistierungsgesuch	357
6. Schlussfolgerungen zu III.....	358
A. Unzureichende Berücksichtigung der Verfahrensrechte	358

	B. Prozessuale Unklarheiten rund um das Antragsrecht.....	359
	C. Prozessuale Unklarheiten rund um das Anhörungsrecht	360
IV.	BWIS-Massnahmen im Lichte der Garantien von Art. 6 EMRK.....	360
	1. Relevanz von Art. 6 EMRK	360
	2. Qualifikation der BWIS-Massnahmen im Lichte der «Engel-Kriterien».....	361
	A. Zuordnung im innerstaatlichen Recht	362
	B. Natur des Vergehens (Tatbestandsebene)	362
	C. Natur des Vergehens (Rechtsfolgeebene).....	363
	a.) Allgemeines.....	363
	b.) Mangelhafte Begründung des Bundesrates	364
	c.) Zwischenfazit	367
	D. Art und Schwere der angedrohten Strafe	368
	a.) Auf dem Spiel stehende Interessen.....	368
	b.) Potentiell schwere Konsequenzen	369
	3. Fazit: Erhebliche Rechtsunsicherheit	370
	A. Ungewisse Ausgangslage	370
	B. Gerichtliche Beurteilung unabdingbar	371
V.	Schlussfolgerungen zu § 8.....	373
	1. Ausreichende Begründung von BWIS-Massnahmen	373
	2. Fehlendes Bewusstsein für Verfahrensrechte und die EMRK	377
§ 9	Hinweise zum Umgang mit «ausländischen terroristischen Gefährdern».....	379
I.	Einleitung	380
	1. Migrationsrecht als Mittel zur Terrorismusbekämpfung.....	380
	2. Begriffsdefinition und Untersuchungsgegenstand	380
II.	Feststellung sicherheitsrelevanter Umstände im Migrations- bereich	382
III.	Gefährdung der inneren und äusseren Sicherheit im AIG	384
	1. Aufenthaltsbeendende Massnahmen.....	384

A. Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit als Widerrufsgrund	384
B. Anwendbarkeit auf «ausländische terroristische Gefährder»?	385
2. Wegweisungs- und Fernhaltungsmassnahmen	386
A. Einreiseverbote	387
a.) Gefährdung i.S.v. Art. 67 Abs. 4 AIG verneint	388
b.) Gefährdung i.S.v. Art. 67 Abs. 4 AIG bejaht	389
B. Ausweisung	390
a.) Fedpol als zuständige Behörde.....	390
b.) Ausweisung wegen konkreter Indizien auf Sicherheits- gefährdung	392
C. Exkurs: Die «öffentliche Ordnung» nach FZA.....	394
a.) Allgemeines zum FZA.....	394
b.) Zur Einschränkung von Freizügigkeitsrechten	394
3. Zwischenfazit zum «ausländischen terroristischen Gefährder»	396
4. Freiheitsentziehende Massnahmen	397
A. Neu geschaffene ausländerrechtliche Haftgründe	398
B. Würdigung der neuen Haftgründe	399
a.) Fragwürdige Notwendigkeit.....	399
b.) Zu den Begriffen «Gefährdung» und «Erkenntnisse»	400
c.) Drohende ausländerrechtlich getarnte Präventivhaft.....	402
C. Terroristische Gefährder im ausländerrechtlichen Haftvollzug	404
a.) Haftbedingungen	404
b.) Kontaktbeschränkungen	404
c.) Einzelhaft	406
d.) Würdigung	409
aa) Mangelnde begriffliche Kongruenz	409
ab) Unklarheiten in der künftigen Rechtsanwendung	410

ac) Unübersichtlicher Rechtsschutz	412
e.) Fazit	413
IV. Gefährdung der inneren und äusseren Sicherheit im AsylG	413
1. Flüchtlingsanerkennung und Asyl	413
2. Feststellung von Sicherheitsrisiken im Asylverfahren.....	414
3. Folgen verübter (terroristischer) Straftaten	415
A. Ausschluss aus der Flüchtlingseigenschaft.....	416
B. Asylausschluss oder –widerruf	418
4. Folgen einer befürchteten Sicherheitsgefährdung	419
A. Zum Begriff der inneren oder äusseren Sicherheit.....	420
B. SEM als beweisbelastete und rechtsanwendende Behörde....	420
C. Ausgewählte Kasuistik.....	421
a.) Gefährdung verneint: Anforderungen an NDB-Amtsberichte	421
b.) Gefährdung bejaht: Vermutung der unrechtmässigen Tätigkeit	423
aa) Sachverhalt	423
ab) Vermutung der unrechtmässigen Tätigkeit	424
ac) Würdigung.....	426
D. Zwischenfazit zum «ausländischen terroristischen Gefährder»	427
V. Gefährdung der inneren und äusseren Sicherheit im BüG	428
1. Bereits verübte (terroristische) Straftaten	429
A. Verweigerung der Einbürgerung	429
B. Bürgerrechtsentzug	430
a.) Bürgerrechtsentzug als «ultima ratio»	430
b.) Kasuistik: Erster Fall eines Bürgerrechtsentzugs	431
aa) Prozessgeschichte.....	431
ab) Erhobene und abgehandelte Vorbringen	432
ac) Verhältnismässigkeitsprüfung	433
ad) Ausgewählte Kritikpunkte	434

2.	Bestehende Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit...	436
A.	Verweigerung der Einbürgerung	436
B.	Ausgewählte Kasuistik	438
a.)	Sicherheitsgefährdung bejaht	438
b.)	Sicherheitsgefährdung verneint	439
C.	Zwischenfazit zum «ausländischen terroristischen Gefährder»	441
VI.	Schlussfolgerungen zu § 9	442
1.	Uneinheitliche Begriffsverwendung	442
2.	Ausgebaute Möglichkeiten zur Freiheitsentziehung	443
A.	Neue Haftgründe	443
B.	Kontaktbeschränkungen und Einzelhaft	444
3.	Beurteilung der Sicherheitsgefährdung im Allgemeinen	445
4.	Würdigung sicherheitsrelevanter Erkenntnisse im Besonderen	446
5.	Notwendigkeit einer (unentgeltlichen) Rechtsvertretung	447
	Zusammenfassende Erkenntnisse	449
I.	Terrorismusbekämpfung als Verbundaufgabe unter Führung von Fedpol und NDB	449
II.	Aufweichung der Dogmatik mittels neuer Präventivmassnahmen	452
III.	Tendenz zur «Grundentrechtung» von terroristischen Gefährdern	453
IV.	Folgen der fehlenden Terrorismusdefinition im 5. Abschnitt des BWIS	459
1.	Fehlende Definition von «terroristischen» Aktivitäten	459
2.	Allzu weite Umschreibung der «terroristischen» Aktivitäten	462
V.	Strenge Anforderungen an Begründungspflicht und Ermessens- ausübung	464

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

9/11	Terroranschläge vom 11.9.2001 in New York und Virginia
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEMR	Resolution 217 A (III) der Generalversammlung vom 10.12.1948, Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung des Vertrages von Lissabon vom 13.12.2007 (ABl. C 306 vom 17.12.2007)
Art./art.	Artikel/article
AIG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration vom 16.12.2005 (SR 142.20).
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Al-Qaïda /IS-Gesetz	Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen vom 12.12.2014 (SR 122)
AsylG	Asylgesetz vom 26.6.1998 (SR 142.31)
ATAF	Arrêt du Tribunal administratif fédéral
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
Aufl.	Auflage
BAZG	Bundesamt für Zoll und Grenzsicherheit
BBl	Bundesblatt
BDP	Bürgerlich-Demokratische Partei
BG	Bundesgesetz

BGE	Bundesgerichtsentscheid, amtlich publiziert oder zur amtlichen Publikation bestimmt
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz vom 17.6.2005 über das Bundesgericht (SR 173.110)
BJ	Bundesamt für Justiz
BKP	Direktionsbereich Bundeskriminalpolizei des Bundesamtes für Polizei
BGÖ	Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17.12.2004 (SR 152.3)
BGST	Bundesgesetz über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr vom 18.6.2010 (SR 745.2)
BPI	Bundesgesetz über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes vom 13.6.2008 (SR 361)
BPS	Bundesgesetz über die im Ausland erbrachten privaten Sicherheitsdienstleistungen vom 27.9.2013 (SR 935.41)
bspw.	beispielsweise
BÜPF	Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 18.3.2016 (SR 780.1)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (SR 101)
BVGE	Bundesverwaltungsgerichtsentscheid, amtlich publiziert oder zur amtlichen Publikation bestimmt
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung der amtlichen Sammlung (des deutschen Bundesverfassungsgerichtes)
BWIS	Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 21.3.1997 (SR 120)

BZG	Bundesgesetz über den Bevölkerungsschutz und den Zivilschutz vom 4.10.2002 (SR 520.1)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CVP	Christlichdemokratische Volkspartei / Die Mitte
CSS	Center for Security Studies ETH Zürich
DAA	Abkommen vom 26.10.2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags (Dublin-Assoziierungsabkommen; SR 0.142.392.68)
Diss.	Dissertation
DSG	Bundesgesetz vom 19.6.1992 über den Datenschutz (SR 235.1)
E./Erw.	Erwägung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EmbG	Bundesgesetz über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen (Embargogesetz) vom 22.3.2002 (SR 946.203)
EMRK	Konvention vom 4.11.1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
et al.	und andere
ETA	Euskadi Ta Askatasuna, (baskisch für: Baskenland und Freiheit)
etc.	et cetera
EU	Europäische Union

EUV	Vertrag über die Europäische Union, konsolidierte Fassung vom 7.6.2016 (Abl. C 202/13 vom 7.6.2016).
EURODAC	Verordnung (EG) Nr. 2725/2000 des Rates vom 11.12.2000 über die Einrichtung von «Eurodac» für den Vergleich von Fingerabdrücken zum Zwecke der effektiven Anwendung des Dubliner Übereinkommens (ABl. L 316 vom 15.12.2000)
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FBI	Federal Bureau of Investigation
Fedpol	Bundesamt für Polizei
FDP	Freisinnig-Demokratische Partei
FoK	Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10.12.984 (SR 0.105)
FN	Fussnote
FST P	Führungsstab Polizei
FZA	Abkommen vom 21.6.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681)
GIGA	German Institute of Global and Area Studies
GLP	Grünliberale Partei Schweiz
GPS	Global Positioning System / Globales Positionsbestimmungssystem
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7.12.2000 (ABl. C 303 vom 14.12.2007)
Grüne	Grüne Partei der Schweiz
GWK	Grenzwachtkorps

HRRS	Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber/Herausgeberin
Ibid.	ebenda
IFF	Institut für Föderalismus Universität Freiburg i.Ue.
insb.	insbesondere
IRA	Irish Republican Army
IS	Islamischer Staat
IschV	Verordnung über den Schutz von Informationen des Bundes (Informationsschutzverordnung) vom 4.4.2007, (SR 510.411).
IZRS	Islamischer Zentralrat Schweiz
i.S.v.	im Sinne von
Janus-VO	Verordnung über das Informationssystem der Bundeskriminalpolizei vom 15.10.2008, (SR 360.2)
KND	Kantonaler Nachrichtendienst
KKJPD	Kantonale Konferenz der Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LEGA	Lega die Ticinesi
LeGes	Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung
LTTE	Liberation Tigers of Tamil Eelam
m.E.	meines Erachtens
MG	Bundesgesetz über die Armee und die Militärverwaltung vom 3.2.1995 (SR 510.10)
m.H.a.	mit Hinweis auf

m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NATO	North Atlantic Treaty Organization / Nordatlantikpakt
NDB	Nachrichtendienst des Bundes
NDG	Bundesgesetz über den Nachrichtendienst vom 25.9.2015 (SR 121)
NGO	Nichtregierungsorganisation
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OIC	Organization of Islamic Cooperation
OSZE	Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa
PKK	Partiya Karkerên Kurdistanê (kurdisch für: Arbeiterpartei Kurdistans)
PLO	Palestine Liberation Organization
PolG-BE	Polizeigesetz des Kantons Bern vom 10.02.2019 (BSG 551.1)
PMT	Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus vom 22.5.2019
recht	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
resp.	respektive
RL	Richtlinie
Rs.	Rechtssache
Rz	Randziffer
S.	Seite
S+F	Sicherheit und Frieden Vereinte Nationen Zeitschrift für die Vereinten Nationen und ihre Sonderorganisationen
SAA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziie-

rung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands vom 26.10.2004, (SR 0.362.31).

SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft/Secrétariat d'État à l'Économie
SEM	Staatssekretariat für Migration/Secrétariat d'Etat aux migrations
SGK	Verordnung (EG) Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.3.2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex; ABL. L 105 vom 13.4.2006); neu kodifiziert durch die Verordnung (EU) Nr. 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9.3.2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (ABL. L 77 vom 23.3.2016, S. 1)
SlAG	Bundesgesetz über den Informationsaustausch zwischen den Strafverfolgungsbehörden des Bundes und denjenigen der anderen Schengen-Staaten vom 12.6.2009 (SR 362.2)
SIAK	Zeitschrift für Polizeiwissenschaft und polizeiliche Praxis
SIK	Sicherheitspolitische Kommission
SIK-NR	Sicherheitspolitische Kommission des Nationalrates
SIK-SR	Sicherheitspolitische Kommission des Ständerates
SIS	Schengener Informationssystem
sogn.	Sogenannt
SP	Sozialdemokratische Partei der Schweiz
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundesrechts
SRF	Schweizer Radio und Fernsehen
StFV	Verordnung über den Schutz vor Störfällen vom 27.2.1991 (SR 814.012)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5.10.2007 (SR 312.0)

SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19.12.1958 (SR 741.01)
SVP	Schweizerische Volkspartei
SVS	Sicherheitsverbund Schweiz
SWP	Stiftung Wissenschaft und Politik
u.a.	unter anderem
UN/UNO	Vereinte Nationen/Organisation der Vereinten Nationen
UN-Charta	Charta der Vereinten Nationen vom 26.6.1945 (SR. 0.120)
UN-Pakt I	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16.12.1966 (SR 0.103.1)
UN-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966 (SR 0.103.2)
USA	United States of AmericaÜVT Übereinkommen des Europarats zur Verhütung des Terrorismus vom 16. Mai 2005 (BBl 2018 6541 ff.)
VBS	Eidgenössisches Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkungen
VwVG	Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021)
WEF	The World Economic Forum
ZAG	Bundesgesetz über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes vom 20. März 2008 (SR 364)
ZentG	Bundesgesetz über die kriminalpolizeilichen Zentralstellen des Bundes und gemeinsame Zentren für Polizei- und Zollzusammenarbeit mit anderen Staaten vom 7.10.1994 (SR 360)

ZeugSG	Bundesgesetz über den ausserprozessualen Zeugenschutz vom 23.12.2011 (SR 312.2)
ZG	Zollgesetz vom 18.3.2005 (SR 631.0)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 (SR 210)
ZP	Zusatzprotokoll
ZP ÜVT	Zusatzprotokoll zum Übereinkommen des Europarats zur Verhütung des Terrorismus abgeschlossen am 22. Oktober 2015 (BBl 2018 6559)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

LITERATURVERZEICHNIS

ACHERMANN ALBERTO et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2017/2018, Bern 2019. [zit. AUTORIN, in: ACHERMANN et al., Jahrbuch Migrationsrecht 2018/2019, S. x]

ACHERMANN ALBERTO et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2018/2019, Bern 2019. [zit. AUTORIN, in: ACHERMANN et al., Jahrbuch Migrationsrecht 2018/2019, S. x]

ACHERMANN ALBERTO et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2019/2020, Bern 2020. [zit. AUTORIN, in: ACHERMANN et al., Jahrbuch Migrationsrecht 2019/2020, S. x]

ACHERMANN ALBERTO et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2020/2021, Bern 2021. [zit. AUTORIN, in: in: ACHERMANN et al., Jahrbuch Migrationsrecht 2020/2021, S. x]

ACHERMANN ALBERTO, Kurzgutachten zum Entzug des Bürgerrechts nach Artikel 48 BüG, Bern 2015. [zit. ACHERMANN, Gutachten-Bürgerrecht, S. x]

AHLERS HENRIK, Grenzbereich zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, Frankfurt 1998. [zit. AHLERS, S. x].

AJIL AHMED / LUBISHTANI KASTRIOT, Le terrorisme djihadiste devant le Tribunal pénal fédéral, Analyse des PROCÉDURES pénales de 2004 à 2020, in : jusletter 31 mai 2021. [zit. AJIL/LUBISHTANI, Rz x]

ALBRECHT PETER-ALEXIS, „Krieg gegen den Terror“ – Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht, in: ZSTW 4/2005, S. 852-864. [zit. P-A ALBRECHT, Krieg gegen den Terror, S. x]

ALBRECHT PETER-ALEXIS, Kriminologie, Eine Grundlegung zum Strafrecht, 4. Auflage, München 2010. [zit. P-A ALBRECHT, Kriminologie, S. x]

ALBRECHT PETER-ALEXIS, Die vergessene Freiheit – Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte, in: KritV 2/2003, S. 125-133. [zit. P-A ALBRECHT, Vergessene Freiheit, S. x]

ALTWEGG VIVIEN, Der Hausarrest als polizeiliche Massnahme zur Terrorismusbekämpfung aus kinderrechtlicher Sicht, Eine Analyse der Vereinbarkeit der neuen Massnahme des Bundesgesetzes über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus

(PMT) mit den kinderrechtlichen Garantien im Freiheitsentzug, in: *cognitio* 2021/2, S. 1-20. [zit. ALTWEGG, S. x]

ALTWICKER TILMANN, Statistikbasierte Argumentation im Verwaltungsrecht, in: *ZBl* 119/2018, S. 619-641. [zit. ALTWICKER, S. x]

ALWART HEINER / HALLMANN AMINA / KRÄMER KATHARINA (Hrsg.), *Freiheit und Freiheitsverluste in Rechtsregime, Gesellschaft und Wissenschaft*, Tübingen 2014. [zit. AUTORIN, in: Alwart/Heiner/Krämer, S. x]

AMARELLE CESLA / NGUYEN MIN SON (Hrsg.), *Code annoté de droit des migrations, Volume III : Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP)*, Berne 2014. [zit. : AUTORIN, in : Nguyen/Amarelle, (vol. III), Art. x Rz y]

AMARELLE CESLA / NGUYEN MIN SON (Hrsg.), *Code annoté de droit des migrations, Volume IV : Loi sur l'asile (LAsi)*, Berne 2015. [zit. : AUTORIN, in : Nguyen/Amarelle, (vol. IV), Art. x Rz y]

AMARELLE CESLA / NGUYEN MIN SON (Hrsg.), *Code annoté de droit des migrations, Volume V : Loi sur la nationalité (LN)*, Berne 2014. [zit. : AUTORIN, in : Nguyen/Amarelle, (vol. V), Art. x Rz y]

ARNDT FELIX (et al.), *Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit*, 48. Assistententagung Öffentliches Recht, Baden-Baden 2009. [zit. AUTORIN, in: Arndt et al., S. x]

AUBERT JEAN-FRANÇOIS / MAHON PASCAL, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich 2003. [zit. Comm. Cst.-AUBERT/MAHON, Art. x Rz y.]

AUER CHRISTOPH / MÜLLER MARKUS / SCHINDLER BENJAMIN (Hrsg.), *VwVG, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Kommentar*, Zürich/St. Gallen 2019. [zit. AUTORIN, in: Auer/Müller/Schindler, Art. x Rz y]

BARTHELMMESS PETRA Y., *Der 11. September und seine Auswirkungen auf die innere Sicherheit: Eine sicherheitspolitische und rechtsstaatliche Herausforderung*, in: *Bulletin* 2003 zur Schweizerischen Sicherheitspolitik, Zürich 2003, S. 129-158. [zit. BARTHELMMESS, S. x]

BAERISWYL BRUNO / PÄRLI KURT (Hrsg.), Datenschutzgesetz (DSG), Bern 2015. [zit. AUTORIN, in: Baeriswyl/Pärli, Art. x Rz y]

BALDUS MANFRED, Freiheit und Sicherheit nach dem 11. September 2001 – Versuch einer Zwischenbilanz, in: KritV 4/2005, S. 364-374. [zit. BALDUS, S. x]

BARCZAK TRISTAN, Vom Kreuzberg zum Breitscheidplatz – Gefährder- statt Gefahrenabwehr in den neuen Polizeigesetzen, in: KrimJ 2/2020, S. 97-11. [BARCZAK, S. x]

BAUTZE KRISTINA, Wie gefährlich sind «Gefährder»? , in: KJ 2/2018, S. 205-212. [zit. BAUTZE, S. x]

BÄCKER MATTHIAS / DENNINGER ERHARD / GRAULICH KURT (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Gefahrenabwehr – Strafverfolgung – Rechtsschutz, 6. Aufl. München 2018. [zit. BÄCKER/DENNINGER/GRAULICH, S. x]

BEHR HARTMUT, Die Antiterrorismuspolitik der UN seit dem Jahr 2001, in: Vereinte Nationen 4/2017, S. 147-152. [zit. BEHR, S. x]

BELSER EVA MARIA / STÖCKLI ANDREAS / WALDMANN BERNHARD, Der schweizerische Föderalismus funktioniert auch im Krisenmodus, in: Sonderausgabe Newsletter IFF 2/2020, S. 2-8. [zit. BELSER/STÖCKLI/WALDMANN, S. x]

BENDIEK ANNEGRET, Die Globale Strategie für die Aussen- und Sicherheitspolitik der EU, in: SWP-Aktuell Nr. 44, S. 1-4. [zit. BENDIEK, S. x]

BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017. [zit. BIAGGINI-BV-Kom, Art. x Rz y]

BIAGGINI GIOVANNI, Verfassungsrechtliche Abklärung betreffend die Teilrevision des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (Vorlage «BWIS»), in: VPB 2009 Nr. 14, S. 238-330. [zit. Gutachten-BIAGGINI, S. x.]

BOLZ SUSANNE, Auch Dschihadisten haben (Verfahrens-)Rechte, Die Würdigung nachrichtendienstlicher Akten und Informationen in Asylbeschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, in: jusletter vom 15.4.2019; Rz 1-50. [zit. BOLZ, Rz x]

BRUGGER WINFRIED, Freiheit und Sicherheit, Eine staatstheoretische Skizze mit praktischen Beispielen, Baden-Baden 2004. [BRUGGER, S. x]

BRUNNER FLORIAN / WILHELM MARTIN / UHLMANN FELIX, Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts, in: AJP 6/2020, S. 685-701. [zit. BRUNNER/WILHELM/UHLMANN, S. x]

BIELEFELDT HEINER, Freiheit und Sicherheit im demokratischen Rechtsstaat, Essay No. 1, Deutsches Institut für Menschenrechte, Bad Honnef/Berlin 2004. [zit. BIELEFELDT, S. x]

BIERI MATTHIAS / WENGER ANDREAS, Subsidiarität und die Schweizer Sicherheitspolitik, in: CSS Analysen zur Sicherheitspolitik Nr. 227, S. 1 – 4. [zit. BIERI/WENGER, S. x]

BREITENMOSER STEPHAN / GLESS SABINE / LAGODNY OTTO (Hrsg.), Schengen in der Praxis, Zürich/St. Gallen 2009. [zit. AUTORIN, in: Breitenmoser/Gless/Lagodny, S. x]

BREITSCHMID PETER / JUNGO ALEXANDRA (Hrsg.), Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB – PartG, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016. [zit. AUTORIN, in: Breitschmid/Jungo, Art. x Rz y]

BROCK LOTHAR, Die Transformation der Nord-Süd-Beziehungen nach dem Ende des Ost-West-Konflikts: Sicherheitsdiskurse als Empowerment?, in: Journal für Entwicklungspolitik Nr. 4/2007, S. 38-59. [zit. BROCK, in: JEP, S. x]

BUCHHOLTZ GABRIELE, Der EuGH liefert «Grundrecht auf Sicherheit» in Neuauflage, in: juwiss.de 25/2016, S. 1-5. [zit. BUCHHOLTZ, S. x]

BÜRLI NICOLE / KELLER HELEN, Überdenken der polizeilichen Generalklausel bei Vorliegen staatlicher Schutzpflichten, in: AJP 9/2011, S. 1143-1152. [zit. BÜRLI/KELLER, S. x]

BÜSCHING STEPHAN, Rechtsstaat und Terrorismus, Untersuchung der sicherheitspolitischen Reaktion der USA, Deutschlands und Grossbritanniens auf den internationalen Terrorismus, Frankfurt am Main 2010. [zit. BÜSCHING, S. x]

CARONI MARTINA et al., Migrationsrecht, 4. Auflage, Bern 2018. [zit. CARONI et al., S. x]

CONNE ANDREAS / PLÜSS KASPAR, Gewaltschutzmassnahmen im Kanton Zürich, in: Sicherheit & Recht 3/2011, S. 127-138. [zit. CONNE/PLÜSS, S. x.]

CONINX ANNA, Rechtsphilosophische Grundlagen des Strafens und aktuelle Entwicklungen im Massnahmenrecht, in: recht 4/2016, S. 157 – 179. [zit. CONINX, Grundlagen des Strafens, S. x]

CONINX ANNA, Zwangsmassnahmen zwischen Verwaltungsrecht und Strafrecht, in: Sicherheit & Recht 3/2014, S. 183-203. [zit. CONINX, Zwangsmassnahmen, S. x]

CONINX ANNA, Neue Terrorismusbekämpfung in der Schweiz – Grundlagen und Kritik, in: ZStrR 139/2021, S. 183 – 208. [zit. CONINX, Terrorismusbekämpfung, S. x]

CONINX ANNA / EGE GIAN / MAUSBACH JULIAN (Hrsg.), Prävention und freiheitliche Rechtsordnung, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zürich 2017. [zit. AUTORIN in: Coninx/Ege/Mausbach, S. x]

CONINX ANNA / MONA MARTINO, Strafprozessualer Zwang und positive Schutzpflichten – Verbrechensverhütung als Legitimation von Zwangsmassnahmen, in: ZStrR 135/2017, S. 1 – 16. [zit. CONINX/MONA, S. x]

CURRAT PHILIPPE, Le droit face à de nouvelles générations de guerre et de terrorisme, in: Anwaltsrevue 3/2016, S. 103-113. [zit. CURRAT, S. x]

DEPENHEUER OTTO, Selbstbehauptung des Rechtsstaates, Paderborn/München/Wien/Zürich 2007. [zit. DEPENHEUER, S. x]

DIGGELMANN OLIVER / RANDALL HERTIG MAYA / SCHINDLER BENJAMIN (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band I-III, Zürich/Basel/Genf 2020. [zit. AUTORIN, in: Diggelmann/Randall/Schindler, Band x, S. z]

DOBIN AXEL, Migration und Schutz der inneren Sicherheit, Rechtliche Fragen der Bekämpfung des islamistischen Terrorismus, Frankfurt am Main 2008. [zit. DOBIN, S. x]

DONATSCH ANDREAS, Umgang mit gefährlichen Personen, Mögliche gesetzgeberische Lösungen auf Stufe Bund und Kantone, Rechtsgutachten vom 4.4.2019 erstattet zuhanden der KKJPD und Fedpol. [zit. Gutachten – DONATSCH, S. x]

DONATSCH ANDREAS / JAAG TOBIAS / ZIMMERLIN SVEN (Hrsg.), Kommentar zum Polizeigesetz des Kantons Zürich, Zürich/Basel/Genf 2018. [zit. AUTORIN, in: Donatsch/Jagg/Zimmerlin, § x Rz y]

DONATSCH ANDREAS (Hrsg.), StGB/JStG Kommentar, Mit weiteren Erlassen und Kommentar zu den Strafbestimmungen des SVG, BetmG, AIG und OBG, 21. Aufl., Zürich 2022. [zit. AUTORIN, in: Donatsch, Art. x Rz y]

EGBUNA-JOSS ANDREA, Der Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Rahmen der internationalen Schutzgewährung, Berlin/Bern 2016. [zit. EGBUNA-JOSS, S. x]

EHRENZELLER BERNHARD et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014. [zit. AUTORIN, in: Ehrenzeller et al., Art. x Rz y]

FISCHER THOMAS / HOVEN ELISA (Hrsg.), Baden-Badener Strafrechtsgespräche, Band 3, Schuld, Baden-Baden 2017. [zit. AUTORIN, Titel Beitrag, in: Fischer/Hoven, S. x]

FREHNER SARAH / MULLIS ANNINA, Asylunwürdigkeit wegen «Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit»: von abstrakter Gefährdung und Beweislastumkehr, Kommentierung ausgewählter Aspekte von BVGE 2018 VI/5, in: sui generis 2019. [zit. FREHNER/MULLIS, S. x]

FREUDENBERG DIRK / GOERTZ STEFAN / MANINGER STEPHAN, Terrorismus als hybride Bedrohung des 21. Jahrhunderts, Akteure, Mittel und die Notwendigkeit einer modernen Sicherheitsarchitektur in Deutschland, Wiesbaden 2019. [zit. AUTORIN, in: Freudenberg/Goertz/Maninger, S. x]

FROWEIN JOCHEN ABR / PEUKERT WOLFGANG, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009 [zit. FROWEIN/PEUKERT, Art. x Rz y]

FUNKE MANFRED (Hrsg.), Terrorismus, Untersuchung zur Struktur und Strategie revolutionärer Gewaltpolitik, Düsseldorf 1977. [zit. AUTORIN, in: Funke, S. x].

FURGER DAVID, Due Diligence bei der Waffenausfuhrgenehmigung, in: S&R 3/2018, S. 171-184. [zit. FURGER, S. x]

GASSER HANS-PETER, Humanitäres Völkerrecht, Eine Einführung, Zürich/Basel/Genf 2007. [zit. GASSER, S. x]

GIERHAKE KATRIN, Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht, Eine Untersuchung zu den Grundlagen und Kriterien legitimer Terrorismusprävention, Berlin 2013. [zit. GIERHAKE, S. x]

GINBAR YUVAL, Why Not Torture Terrorists ?, Moral, practical, and legal aspects of the “ticking bomb” justification for torture, New York 2010. [zit. GINBAR, S. x]

GOLDHAMMER MICHAEL, Die Prognoseentscheidung im öffentlichen Recht, Tübingen 2021. [zit. GOLDHAMMER, S. x]

GONIN LUC / BIGLER OLIVER, Convention européenne des droits de l’homme (CEDH), Commentaire des articles 1 à 18 CEDH, Berne 2018. [zit. AUTORIN, in: Gonin/Bigler, Art. x Rz y]

GRABENWARTER CHRISTOPH / PABEL KATHARINA, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Auflage, Basel 2016. [zit. GRABENWARTER/ PABEL, Art. x Rz y]

HAEFELI FULVIO, Einreiseverbot und Ausweisung der Bundespolizei (Fedpol) bei Extremismus und Terrorismus, in: Sicherheit & Recht 1/2021 S. 3-11. [zit. HAEFELI, S. x]

HAGMANN JONAS (et al.), Schweizer Sicherheitspolitik in der Praxis: Eine empirische Momentaufnahme, in: Bulletin 2016 zur Schweizerischen Sicherheitspolitik, Zürich 2016, S. 99-134. [zit. HAGMANN (et al.), S. x]

HANSCHMANN FELIX, „Gefährder“ – eine neue alte Figur im Öffentlichen Recht, in: KJ 4/2017, S. 434-448. [zit. HANSCHMANN, S. x]

HAUX DARIO / PICECCHI DARIO / SCHREIBER MARKUS (Hrsg.), Recht und Risiko, Junge Rechtswissenschaft Luzern, Zürich/Basel/Genf 2019. [zit. AUTORIN, in: Haux/Picecchi/Schreiber, S. x]

HÄFELIN ULRICH / MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020. [zit. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, S. x]

HÄFELIN ULRICH / HALLER WALTER / KELLER HELEN / THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020. [zit. HÄFELIN et al., S. x]

HERMANN DIETER / PÖGE ANDREAS (Hrsg.), Kriminalsoziologie. Handbuch für Wissenschaft und Praxis. Baden-Baden 2018. [zit. AUTORIN, in: Hermann/Pöge, S. x]

HERZOG THOMAS, Terrorismus – Versuch einer Definition und Analyse internationaler Übereinkommen zu seiner Bekämpfung, Frankfurt am Main 1991. [zit. HERZOG, S. x]

HOFER NICOLA THOMAS, Spannungsfeld zwischen Individualsanktionen des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen gegen terrorverdächtige Personen und Menschenrechten, Diss. Universität Bern, Zürich/St. Gallen 2019. [zit. HOFER, S. x]

HIRTENLEHNER HELMUT / GRAFL CHRISTIAN, Verbrechensfurcht als Furcht vor «Ausländerkriminalität». Über die expressive Natur der Angst vor « Flüchtlingskriminalität» in: SIAK 2/2018, S. 21-36. [zit. HIRTENLEHNER/GRAFL, S. x]

HOFFMAN BRUCE, Terrorismus der unerklärte Krieg: neue Gefahren politischer Gewalt, Frankfurt am Main 2019. [zit. HOFFMAN, S. x]

HOFMANN FRANK, Das Phänomen des internationalen Terrorismus. Analyse und Bekämpfungsamssnahmen, in: S+F 4/1997, S. 211-217. [zit. HOFMANN, S. x]

HUMANRIGHTS.CH, kantonales Bedrohungsmanagement – eine gefährliche Entwicklung, Onlinebeitrag vom 1.5.2018. [zit. HUMANRIGHTS.CH, Bedrohungsmanagement]

HUMANRIGHTS.CH, Bundesverwaltungsgericht stellt bei Asylausschluss die Unschuldsvormutung in Frage, Onlinebeitrag vom 5.12.2018. [zit. HUMANRIGHTS.CH, Asylausschluss]

ISENSEE JOSEF, Das Grundrecht auf Sicherheit – Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, Berlin 1983. [zit. ISENSEE, S. x]

JAKOBS GÜNTHER, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung, in: ZStW 1/1985, S. 751-785. [zit. JAKOBS, in: ZStW, S. x]

JAKOBS GÜNTHER, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: HHRS 3/2004, S. 88-107. [zit. JAKOBS, in: HHRS, S. x]

JOSITSCH DANIEL / EGE GIAN / SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 9. Aufl., Zürich 2018. [zit. JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER, S. x]

JOSITSCH DANIEL / GEORGE POULIKAKOS, Lückenfüllung um jeden Preis?, Die bevorstehenden Gesetzesänderungen zur Verhütung von Terrorismus, in: Jusletter 28. Oktober 2018. [zit. JOSITSCH/ POULIKAKOS, Rz x]

JOSUA MARIA, Repression durch Anti-Terror-Gesetze in der arabischen Welt, in: Giga 4/2019, S. 1-12. [zit. JOSUA, S. x]

KAISER DANIEL, Führerausweisentzug – Erfolgsaussichten einer Beschwerde an das Bundesgericht, in: Strassenverkehr 2/2020, S. 4-19. [zit. KAISER, S. x]

KARPENSTEIN ULRICH / MAYER FRANZ (Hrsg.), EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, 2. Auflage, München 2015. [zit. AUTORIN, in: Karpenstein/Mayer, Art. x Rz y]

KÄLIN WALTER / LIENHARD ANDREAS / WYTTENBACH JUDITH, Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben, Basel 2007. [zit. KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, S. x]

Kiener Regina / Kälin Walter / Wytttenbach Judith, Grundrechte, 3. Auflage, Bern 2018. [zit. Kiener/Kälin/Wytttenbach, § x Rz y]

KIENER REGINA / BÜHLER RENÉ / BENJAMIN SCHINDLER (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Band III, Teil 2, Besonderer Teil, Basel 2018. [zit. AUTORIN, in: Kiener/Bühler/Schindler, S. x]

KRASMANN SUSANNE (et al.), Die gesellschaftliche Konstruktion von Sicherheit. Zur medialen Vermittlung und Wahrnehmung der Terrorismusbekämpfung, Berlin 2014. [zit. KRASMANN et al., S. x]

KREN KOSTKIEWICZ et al. (Hrsg.), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Aufl., Zürich 2016. [zit. AUTORIN, in: Kren Kostkiewicz (et al.), Art. X Rz y]

KUHN MATHIAS, Das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, in: recht 5/2014, S. 218-232. [zit. KUHN, S. x]

KULICK ANDREAS / GOLDHAMMER MICHAEL (Hrsg.), Der Terrorist als Feind? Personalisierung im Polizei- und Völkerrecht, 2020 Tübingen. [zit. AUTORIN, in: Kulick/Goldhammer, S. x]

KULICK ANDREAS, Gefahr, «Gefährder» und Gefahrenabwehrmassnahmen angesichts terroristischer Gefährdungslagen, in: AöR 2/2018, S. 175-219. [zit. KULICK, S. x]

LAQUEUR WALTER, Terrorismus die globale Herausforderung, Frankfurt am Main 1987. [zit. LAQUEUR, S. x]

LANGE HANS-JÜRGEN / WENDEKAMM MICHAELA / ENDRESS CHRISTIAN (Hrsg.), Dimensionen der Sicherheitskultur, Wiesbaden 2014. [zit. AUTORIN in: Lange/Wendekamm/Endress, S. x]

LEPSIUS OLIVER, Freiheit, Sicherheit und Terror: Die Rechtslage in Deutschland, in: *Leviathan* 1/2004, S. 64-88. [zit. LEPSIUS, S. x]

LEU NICOLAS / PARVEX DENIS, Das Verbot der «Al-Qaïda» und des «Islamischen Staats», in: *AJP* 6/2016, S. 756-767. [zit. LEU/PARVEX, S. x]

LINSI CHRISTIAN, Verfassungsrechtliche Zuständigkeit des Bundes für den Erlass von Polizeirecht, in: *LEGES* 3/2008, S. 465-493. [zit. LINSI, S. x]

LUBISHTANI KASTRIOT / MONOD HADRIEN, Mesures policières de lutte contre le terrorisme, in : *Sicherheit & Recht* 1/2020, S. 19-27. [zit. LUBISHTANI/MONOD, S. x]

MAEDER STEFAN, Schafft der Gesetzgeber das Strafrecht ab – und ist das etwas Schlechtes?, in: *recht* 1/2019, S. 12-24. [zit. MAEDER, S. x]

MAGNIN JOSIANNE, Die Polizei: Aufgaben, rechtsstaatliche Grenzen und Haftung, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2017. [zit. MAGNIN, S. x]

MATTES HANSPETER, Terrorismusbekämpfung durch die UN: vielfältige Massnahmen – wenig Erfolg, in: *GIGA* 7/2010, S. 1-7. [zit. MATTES, S. x]

MÄRKLI BENJAMIN / WYSS DAMIAN, Ausschaffungs-Motion: Volltreffer oder Rohrkrepiierer?, in: *AJP* 2019, S. 550-562. [zit. MÄRKLI/WYSS, S. x]

MERZ FABIEN, Dschihadreisende und die Sicherheit der Schweiz, in: *CSS Analysen zur Sicherheitspolitik*, Nr. 199/2016, S. 1-4. [MERZ, S. x]

METZGER JAN, Die Bedrohung durch politisch motivierte Gewaltbewegungen: Absichten, Trends, Fähigkeiten, Vorgehensweisen und Zielauswahl, in: *Land Power Revue der Schweizer Armee* Nr. 1, S. 7-9. [zit. METZGER, S. x]

MEYER-LADEWIG JENS / NETTESHEIM MARTIN / VON RAUMER STEFAN (Hrsg.), EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Auflage, Basel 2017. [zit. AUTORIN, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Art. x Rz y]

MICHEROLI SEBASTIAN, Die Bundeszuständigkeit im Bereich des materiellen Strafrechts als Kompetenzgrundlage für Sicherheits- resp. Polizeirecht des Bundes im Zusammenhang mit der Verhinderung von Straftaten, in: Jusletter vom 15. Mai 2017. [zit. MICHEROLI, S. x]

MOECKLI DANIEL (Hrsg.), Umstrittene Schweizer Sicherheitspolitik Dokumentation der Hearings zum Bericht 2010, in: Zürcher Beiträge zur Sicherheitspolitik Nr. 81, Zürich 2010. [zit. AUTORIN, in: Moeckli, Sicherheitspolitik, S. x]

MOECKLI DANIEL, Auslandeinsätze der Armee: Stand und Optionen, in: CSS Analysen zum Sicherheitsrecht, Nr. 67/2010, S. 1-3. [zit. MOECKLI, Auslandeinsätze, S. x]

MOECKLI DANIEL / KELLER RAPHAEL, Wegweisungen und Rayonverbote – ein Überblick, in: Sicherheit & Recht 3/2012, S. 231-245. [zit. MOECKLI/KELLER, S. x]

MOHLER MARKUS, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012. [zit. MOHLER, Grundzüge, S. x]

MOHLER MARKUS, Föderalismus im Sicherheits- und Polizeirecht – Reform dringend!, in: Newsletter IFF 1/2018. [zit. MOHLER, Föderalismus, S. x]

MOHLER MARKUS, Dem PMT-Gesetz fehlt die Verfassungsgrundlage, in: sui generis, S. 62-71. [zit. MOHLER, Verfassungsgrundlage, Rz x]

MOHLER MARKUS, PMT-Gesetz: Wichtige Bestimmungen sind weder verfassungs- noch EMRK-konform, in: sui generis, S. 135-145. [zit. MOHLER, fehlende Konformität, Rz x]

MOHLER MARKUS, PMT-Gesetz: Verfahren und Zweckerreichung, in: sui generis, S. 168-177. [zit. MOHLER, Zweckerreichung, Rz x]

MÜLLER JOËL O., Das revidierte Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen vom 2. Februar 2012 [“Hooligan-Konkordat”], in: recht 3/2013, S. 109 – 121. [zit. MÜLLER, Hooligan – Konkordat, S. x]

MÜLLER JOËL OLIVIER, «Nichts Genaues» weiss man nicht: Altersbestimmung im schweizerischen Asylverfahren, in: Jusletter vom 20.3.2017, S. 1-54. [zit. MÜLLER, Altersgutachten, Rz x]

MÜLLER LUCIEN / WIDMER NINA, BWIS-II-Reform: kritische Bemerkungen, in: *digma* 3/2008 S. 124-128. [zit. MÜLLER/WIDMER, S. x]

MÜLLER MARKUS / JENNI CHRISTOPH, Die polizeiliche Generalklausel – Ein Institut mit Reformbedarf, in: *Sicherheit&Recht* 1/2008, S. 4-19. [zit. MÜLLER/JENNI, S. x]

MÜLLER JÖRG PAUL / SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Auflage, Bern 2008. [zit. MÜLLER/SCHEFER, Art. x S. y]

MÜLLER RETO PATRICK, Innere Sicherheit Schweiz, Rechtliche und tatsächliche Entwicklungen im Bund seit 1848, Einsiedeln 2009. [zit. MÜLLER, Innere Sicherheit, S. x]

NEUMANN PETER R., Der Terror ist unter uns, Dschihadismus, Radikalisierung und Terrorismus in Europa, Berlin 2016. [zit. NEUMANN, S. x]

NGUYEN MIN SON / AMARELLE CESLA (Hrsg.), Code annoté de droit des migrations, Volume II : Loi sur les étrangers (LEtr), Berne 2017. [zit. : AUTORIN, in : Nguyen/Amarrelle, (vol. II), Art. x Rz y]

NIGGLI MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht, 4.Auflage, Basel 2018. [zit. AUTORIN, in: Niggli/Wiprächtiger, Art. x Rz y]

NIGGLI MARCEL ALEXANDER / HEER MARIANNE / WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung (StPO/JStPO), 2. Auflage, Basel 2014. [zit. AUTORIN, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, Art. x Rz y]

NOLL ANDREAS, Fernwirkung des strafprozessualen Nemo-tenetur-Satzes in andere Rechtsgebiete, in: *forum poenale* 2S/2020, S. 177-184. [zit. NOLL, S. x]

NUSSIO ENZO / BÖHMELT TOBIAS / BOVE VINCENZO, Do terrorists get the attention they want? Comparing effects of terrorism across Europe, in: *Public Opinion Quarterly*, Vol. 85, No. 3, 2021, S. 900–912. [zit. NUSSIO/BÖHMELT/BOVE, S. x]

PAPIER HANS-JÜRGEN / MÜNCH URSULA / KELLERMANN GERO (Hrsg.), Tutzingen Studien zur Politik, Freiheit und Sicherheit, Verfassungspolitik, Grundrechtsschutz, Sicherheits-gesetze, Band 8, Baden-Baden 2016. [zit. AUTORIN, in: Papier/Heer/Kellermann, S. x]

PETZSCHE ANNEKE, Strafrecht und Terrorismusbekämpfung: Eine vergleichende Untersuchung der Bekämpfung terroristischer Vorbereitungshandlungen in Deutschland, Grossbritannien und Spanien, Baden-Baden 2013. [zit. PETZSCHE, S. x].

PETZSCHE ANNEKE / HEGER MARTIN / METZLER GABRIELE (Hrsg.), Terrorismusbekämpfung in Europa im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, Historische Erfahrungen und aktuelle Herausforderungen, Baden – Baden 2019. [AUTORIN, in: Petzsche/Heger/Metzler, S. x]

POSPISIL JAN, Entwicklung und Sicherheit: Historische, theoretische und politische Bedingungen der Integration zweier Schlüsselkonzepte der globalen Machtbeziehungen, in: Journal für Entwicklungspolitik Nr. 4/2007, S. 17-38. [zit. POSPISIL, in: JEP, S. x]

PROGIN-THEUERKAUF SARAH, Zur Ablehnung des Asylantrags eines Antragstellers, der an den Aktivitäten einer terroristischen Vereinigung beteiligt war, in: Asyl 1/17, S. 28-30. [zit. PROGIN-THEUERKAUF, in: Asyl 1/17, S. x]

RECHSTEINER DAVID, Polizeiliche Generalklausel und Notverordnungsrecht des Bundesrates, in: Sicherheit & Recht 3/2016, S. 143 – 155. [zit. RECHSTEINER, S. x]

REINHARD HANS, Allgemeines Polizeirecht, Aufgaben, Grundsätze und Handlungen, Bern/Stuttgart/Wien 1993. [zit. REINHARD, S. x]

RENZ FRAUKE, Die Kriegsmaterialverordnung und das Schweizer System zur Kontrolle von Kriegsmaterialexporten, in: Sicherheit&Recht 3/2018, S. 155-156. [zit. RENZ, S. x]

ROBBERS GERHARD, Sicherheit als Menschenrecht, Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion, Baden-Baden 1987. [zit. ROBBERS, S. x]

ROTH SIMON, Das Verhältnis zwischen verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten und dem Grundsatz “nemo tenetur se ipsum accusare”, in: ZStrR 129/2011 S. 296-321. [zit. ROTH, S. x]

RUSCHEMEIER HANNAH, Was droht mit der drohenden Gefahr? Die Vorverlagerung polizeilicher Eingriffsbefugnisse auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, in: KrimJ 2/2020, S. 122-135. [zit. RUSCHEMEIER, S. x]

SAMELI KATHARINA, Freiheit und Sicherheit im Recht, Diss. Zürich, Zürich 1969. [zit. SAMELI, S. x]

SAUL BEN (Hrsg.), Research Handbook on international Law and Terrorism, Cheltenham 2014. [zit. AUTORIN, in: Saul, S. x]

SCHAAD THOMAS, Verhältnis zwischen der ausländerrechtlichen Mitwirkungspflicht und den strafprozessualen Verweigerungsrechten, in: Jusletter vom 20. März 2017. [zit. SCHAAD, Rz x]

SCHAFFHAUSER RENÉ, Aktuelle Fragen des Administrativmassnahmenrechts: Zwischen Warnungs- und Sicherungsentzug, in: Strassenverkehr SO/2014, S. 74-80. [zit. SCHAFFHAUSER, S. x]

SCHALLER CHRISTIAN, Völkerrechtliche Rahmenbedingungen und die Rolle der Vereinten Nationen bei der Terrorismusbekämpfung, Diskussionspapier FG 8, Nr. 7, Berlin 2007. [zit. SCHALLER, S. x.]

SCHEFFLER JAN, Einheitspolizei: Wegweisendes Modell oder falscher Reformeifer?, in: Sicherheit&Recht 2/2012, S. 87-100. [zit. SCHEFFLER, S. x]

SCHINDLER BENJAMIN, Polizeibegriff(e) im Verwaltungsrecht, in: Sicherheit&Recht 2/2017, S. 63-70. [zit. SCHINDLER, Polizei, S. x]

SCHINDLER DIETRICH (Hrsg.), Dokumente zur schweizerischen Neutralität seit 1945, Berichte und Stellungnahmen der schweizerischen Bundesbehörden zu Fragen der Neutralität 1945-1983, Band 9, Bern/Stuttgart 1984. [zit. SCHINDLER, Neutralität, S. x]

SCHMID GIAN ANDREA, Fehlurteil 2018: «Prognose ohne Belege», in: plädoyer1/19, S.81 f. [zit. SCHMID, S. x]

SCHMITT CARL, Der Begriff des Politischen, 5. Auflage, Berlin 1990. [zit. SCHMITT, S. x]

SCHULTE PHILIPP H., Terrorismus- und Anti-Terrorismus-Gesetzgebung, eine rechtssoziologische Analyse, Münster 2008. [zit. SCHULTE, S. x]

SCHULZE WESSEL MARTIN, Terrorismusstudien. Bemerkungen zur Entwicklung eines Forschungsfelds in: Geschichte und Gesellschaft, 3/2009, S. 357-457. [zit. SCHULZE WESSEL, S. x]

SCHUPPLI ROMAN, Private Sicherheitsdienste im Spannungsfeld von Gewaltmonopol und Grundrechten, in: *Sicherheit&Recht* 2/2019, S. 49-61. [zit. SCHUPPLI, S. x]

SCHWARZENEGGER CHRISTIAN / BRUNNER REINHARD (Hrsg.), *Bedrohungsmanagement – Häusliche Gewalt*, Zürich/Basel/Genf 2018. [zit. AUTORIN, in: Schwarzenegger/Brunner, S. x]

SCHWEIZER RAINER J. (Hrsg.), *Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes*, Band III, Teil 1, Basel 2008. [zit. AUTORIN, in: Schweizer, S. x]

SCHWEIZER RAINER J., Bundesstaatliche Kompetenzverteilung im Polizei- und Sicherheitsrecht, in: *Sicherheit&Recht* 3/2012, S. 185-192. [zit. SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. x]

SCHWEIZERISCHE FLÜCHTLINGSHILFE SFH (Hrsg.), *Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren*, 3. aktualisierte und erweiterte Auflage, Bern 2021. [zit. SFH, Handbuch Asyl- und Wegweisungsverfahren, S. x]

SHOR ERAN / HOADLEY STEPHEN (Editors), *Internationale Human Rights and Counter-Terrorism*, Singapore 2019. [AUTORIN, in: Shor/Hoadley, S. x]

SIX CLEMENS, Die Entwicklung von Sicherheit: Eine Einleitung, in: *Journal für Entwicklungspolitik* Nr. 4/2007, S. 4-17. [zit. SIX, in: JEP, S. x]

SMITH ROGER W., The Economy of Guilt, in: *Political Theory* 3/1975, S. 202. [zit. SMITH, Economy of Guilt, S. X]

SPESCHA MARC et al. (Hrsg.), *Migrationsrecht Kommentar*, Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG), Asylgesetz (AsylG), Bürgerrechtsgesetz (BüG) sowie Freizügigkeitsabkommen (FZA) mit weiteren Erlassen, 5. Aufl., Zürich 2019. [zit. AUTORIN, in: Spescha et al. (Hrsg.), Art. x (Name Erlass) Rz y]

SPRING MICHAEL, *Der Bewilligungswiderruf im schweizerischen Ausländerrecht*, Inauguraldissertation zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern, Zürich/St. Gallen 2022. [zit. SPRING, S. x]

STÖSSEL JASMINE, Electronic Monitoring im Schweizer Erwachsenenstrafrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Änderungen des Sanktionenrechts, Zürich/Basel/Genf 2018. [zit. STÖSSEL, S. x]

STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, 4. Aufl., Bern 2011. [zit. STRATENWERTH, Kap. x, § y, Rz z]

SZVIRCSEV TIBOR / WENGER ANDREAS (Hrsg.), Sicherheit 2019, Aussen-, Sicherheits- und Verteidigungspolitische Meinungsbildung im Trend, Zürich 2019. [zit. SZVIRCSEV/WENGER (HRSG.), Sicherheit 2019, S. x]

SZVIRCSEV TIBOR (et al.), Sicherheit 2020, Aussen-, Sicherheits- und Verteidigungspolitische Meinungsbildung im Trend, Zürich 2020. [zit. SZVIRCSEV et al. (Hrsg.), Sicherheit 2020, S. x]

SZVIRCSEV TRESCH TIBOR (et al.), Sicherheit 2021, Aussen-, Sicherheits- und Verteidigungspolitische Meinungsbildung im Trend, Zürich 2021. [zit. SZVIRCSEV et al. (Hrsg.), Sicherheit 2021, S. x]

TEICHMANN FABIAN / CAMPRUBI MADELEINE, Einreiseverbote von fedpol zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit – ein verfassungsrechtlicher Balanceakt, in: Sicherheit & Recht 1/2022, S. 3-12. [zit. TEICHMANN/CAMPRUBI, S. x]

THÜRER DANIEL, Kampf gegen den Terrorismus – Kampf für das Recht, in: NZZ Nr. 91 vom 20.4.2004, S. 15. [zit. THÜRER. S. 15]

TIEFENTHAL JÜRG MARCEL, Kantonale Polizeihöheit, Zürich – Basel – Genf 2016. [zit. TIEFENTHAL, Polizeihöheit, S. x]

TODESCHINI MARA, Terrorismusbekämpfung im Strafrecht, in: Thomas Sutter-Somm, IMPULSE – Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft, Band/Nr. 45. [zit. TODESCHINI, Rz x]

TRACHSLER DANIEL, Menschliche Sicherheit: Entstehung, Debatten, Trends, in: CSS Analysen zur Sicherheitspolitik Nr. 90, S. 1 – 3. [zit. TRACHSLER, S. x]

TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Auflage, Bern 2016. [zit. TSCHANNEN, § x Rz y]

TSCHANNEN PIERRE / ZIMMERLI ULRICH / MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014. [zit. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. x]

VEST HANS, Terrorismusbekämpfung – erweiterte Vorfelddurchleuchtung und -kriminalisierung oder Mut zur Lücke?, in: SJZ 10/2020, S. 323 – 335. [zit. VEST, S. x]

VOKINGER KERSTIN NOËLLE, Organisation der Ärzte-AG, Im Spannungsfeld zwischen staatlicher Regulierung und ärztlicher Selbstregulierung. Analyse de lege lata und Lösungsvorschläge de lege ferenda, Zürich/Basel/Genf 2016. [zit. VOKINGER, S. x]

VON RÜTTE BARBARA, Das neue Bürgerrechtsgesetz, in: Anwaltsrevue 2017, S. 202-214. [zit. VON RÜTTE, S. x]

VON SURY PATRICIA, Präventiver Gewaltschutz, Kleine Masterarbeit, Basel 2019. [zit. VON SURY, S. x]

VORMBAUM THOMAS (Hrsg.), Kritik des Feindstrafrechts, Berlin 2009. [zit. AUTORIN, in: Vormbaum, S. x]

WAECHTER KAY, Sicherheit und Freiheit in der Rechtsphilosophie, Tübingen 2016. [zit. WAECHTER, S. x]

WALDMANN PETER, Terrorismus Provokation der Macht, 3. Auflage, Hamburg 2011. [zit. WALDMANN, S. x]

WALDMANN BERNHARD / WEISSENBARGER PHILIPPE (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2. Auflage, Zürich 2016. [zit. AUTORIN, in: Waldmann/Weissenberger, Art. x Rz y]

WALDMANN BERNHARD / BELSER EVA MARIA/ EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015. [zit. AUTORIN, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. x Rz y]

WENGER ANDREAS / NÜNLIST CHRISTIAN, Aufwertung der sicherheitspolitischen Beiträge der Schweizer Ausseepolitik, in: Bulletin 2016 zur Schweizerischen Sicherheitspolitik, Zürich 2016, S. 20-49. [zit. WENGER/NÜNLIST, S. x]

WERDER GREGORI, Rechtsnatur und Charakter der Massnahmen des Hooligan-Konkordats, in: Sicherheit & Recht 3/2012, S. 249-252. [zit. WERDER, S. x]

WERKNER INES-JACQUELINE / OBERDORFER BERND (Hrsg.), Menschliche Sicherheit und gerechter Friede, Politisch-ethische Herausforderungen, Band 4, (e-book) Heidelberg 2019. [zit. AUTORIN, Titel des Beitrages, in: Werkner/Oberdorfer, S. x]

WICHMANN PETER, Al-Qaida und der globale Jihad, eine vergleichende Betrachtung des transnationalen Terrorismus, Wiesbaden 2014. [zit. WICHMANN, S. x]

WOLFRUM RÜDIGER (Hrsg.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law IX, Oxford 2012. [zit. AUTORIN, in: Wolfrum, S. x.]

WOLNY KERSTIN, Die völkerrechtliche Kriminalisierung von modernen Akten des internationalen Terrorismus, Berlin 2008. [zit. WOLNY, S. x]

WORTH ANNEKATRIN / TIEFENTHAL JÜRG MARCEL, Ausländerrechtliche Eingrenzung (Art. 74 AuG), in: Sicherheit & Recht 1/2017, S. 41-48. [zit. WORTH/TIEFENTHAL, S. x]

WÜRTEMBERGER THOMAS, Über Freiheit und Sicherheit, in: GÜNTER STRATENWERTH (et al.), Festschrift für Hans Welzl zum 70. Geburtstag, S. 23-29. [zit. WÜRTEMBERGER, S. x]

ZIMMERLIN SVEN, Das Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT), in: Sicherheit & Recht 3/2020, S. 184-200. [zit. ZIMMERLIN, S. x]

ZUMSTEG PATRICE MARTIN, Das geplante Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT) – Verfassungsgrundlage und Verfahrensrecht, in: sui generis 2021, S. 125-134. [zit. ZUMSTEG, Rz x]

ZÜND ANDREAS / ERRASS CHRISTOPH, Die polizeiliche Generalklausel in der Schweiz, Lausanne 2011, S. 1-23. [zit. ZÜND / ERRASS, S. x]

ZÜRCHER EMIL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf vom April 1908, Zürich 1914. [zit. ZÜRCHER, S. x]

ZWEIGLE THIEMO ALEXANDER, Gesetzgeber im Konflikt zwischen Rechtsstaatlichkeit und Terrorismusbekämpfung, Eine Untersuchung zu § 89a Abs. 2a StGB; Baden-Baden 2020. [zit. ZWEIGLE, S. x]

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaften

Botschaft zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Weiterentwicklung der Armee vom 3.9.2014, BBl 2014 6955 ff. [zit. Botschaft Armee, BBl 2014 6955 ff.]

Botschaft zum Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus vom 22.5.2019, BBl 2019 4751 ff. [zit. Botschaft PMT, BBl 2019 4751 ff.]

Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19.2.2014, BBl 2014 2105 ff. [zit. Botschaft NDG, BBl 2014 2105 ff.]

Botschaft zur Genehmigung und zur Umsetzung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll sowie zur Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität, 18.071 Geschäft des Bundesrates vom 14.9.2018, BBl 2018 6427 ff. [zit. Botschaft ÜVT, BBl 2018 6427 ff.]

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) (Besondere Mittel der Informationsbeschaffung) vom 15.6.2007, BBl 2007 5037 ff. [zit. Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5037 ff.]

Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das Schweizer Bürgerrecht (Bürgerrechtsgesetz, BüG) vom 4.3.2011, BBl 2011 2825 ff. [zit. Botschaft BüG, BBl 2011 2825 ff.]

Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7.3.1994, BBl 1994 1127 ff. [zit. Botschaft BWIS, BBl 1994 1127 ff.]

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) (Besondere Mittel der Informationsbeschaffung) vom 15.6.2007, BBl 2007 5037 ff. [zit. Botschaft BWIS II, BBl 2007 5037 ff.]

Botschaft zum Bundesgesetz über Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht vom 22.12.1993, BBl 1994 305 ff. [Botschaft ANAG, BBl 1994 305 ff.]

Zusatzbotschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit («BWIS II reduziert») vom 27.10.2010, BBl 2010 7841 ff. [zit. Zusatzbotschaft «BWIS II», BBl 2010 7841 ff.]

Berichte, Vorlagen und Stellungnahmen

BUNDESAMT FÜR VERFASSUNGSSCHUTZ, Arbeiterpartei Kurdistans (PKK), Februar 2019. [zit. BUNDESAMT FÜR VERFASSUNGSSCHUTZ, Verfassungsschutzbericht PKK, S. x]

BUNDESRAT, Antwortschreiben von Bundesrätin Karin Keller Sutter z.H. des Hochkommissariats für Menschenrechte vom 2. Juli 2020, S. 1 f. [zit. BUNDESRAT, Schreiben-KKS z.H. UNO Hochkommissariat für Menschenrechte, S. x]

BUNDESRAT, Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Sicherheitspolitik der Schweiz (Konzeption der Gesamtverteidigung) vom 27.6.1973, BBl 1973 112 ff. [zit. BUNDESRAT, Bericht 1973, BBl 1973 343 ff.]

BUNDESRAT, Schweizerische Sicherheitspolitik im Wandel. Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Sicherheitspolitik der Schweiz vom 1.10.1990, BBl 1990 847 ff. [zit. BUNDESRAT, Bericht 90, BBl 1990 847 ff.]

BUNDESRAT, Sicherheit durch Kooperation. Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Sicherheitspolitik der Schweiz (SIPOB B 2000) vom 7.6.1999, BBl 1999 7657 ff. [zit. BUNDESRAT, SIPOB 2000, BBl 1999 7657 ff.]

BUNDESRAT, Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Sicherheitspolitik der Schweiz vom 23.6.2010, BBl 2009 5133 ff. [zit. BUNDESRAT, SIPOB 2010, BBl 1999 7657 ff.]

BUNDESRAT, Die Sicherheitspolitik der Schweiz. Bericht des Bundesrates vom 24.8.2016, BBl 2016 7763 ff. [zit. BUNDESRAT, SIPOB 2016, BBl 2016 7763 ff.]

BUNDESRAT, Die Sicherheitspolitik der Schweiz. Bericht des Bundesrates. Entwurf vom 14.4.2021. [zit. BUNDESRAT, SIPOB 2021, BBl 2021 2895 ff., S. x]

BUNDESRAT, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Malama 10.3045 vom 3.3.2010, Innere Sicherheit. Klärung der Kompetenzen vom 2.3.2012, BBl 2012 4459 ff. [zit. Bericht Malama, BBl 2012 4459 ff.]

BUNDESRAT, Jährliche Beurteilung der Bedrohungslage Bericht des Bundesrates an die eidgenössischen Räte und die Öffentlichkeit vom 1.5.2019, BBl 2019 3147 ff. [zit. Bedrohungslage 2019, BBl 2019 3147 ff.]

NKVF, Stellungnahme der Nationalen Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF) zum Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT), vom 26.3.2018. [zit. NKVF, Stellungnahme-PMT, S. x]

SCHWEIZERISCHE KRIMINALPRÄVENTION (SKP), Kantonales Bedrohungsmanagement: Situationsanalyse, Bern 2015. [zit. SCHWEIZERISCHE KRIMINALPRÄVENTION, S. x]

STAATSSSEKRETARIAT FÜR MIGRATION (SEM), Weisungen und Erläuterungen, I. Ausländerbereich (Weisungen AIG), überarbeitete und vereinheitlichte Fassung Ohne Kapitel 4 «Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit» Bern, Oktober 2013 (aktualisiert am 1. Januar 2021). [zit. SEM, Weisungen-AIG, S. x].

UNO, UN DEVELOPMENT PROGRAMME, Human Development Report 1994, New York 1994. [zit. UNO, UN-DEVELOPMENT-Report 1994, S. x]

UNO-SONDERBERICHTERSTATTER / UN-HOCHKOMMISSARIAT FÜR MENSCHENRECHTE, Gemeinsame Stellungnahme der Sonderberichterstatter zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus, Referenz-Nr.: OL CHE 1/2020, vom 26.5.2020. [zit. UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. x]

UNO, In Larger Freedom, Towards Development, Security and Human Rights for all, Report of the Secretary-General of the United Nations for Decision by Heads of State and Government from the 21st of march 2005, New York 2005, UN Doc A/59/2005. [zit. UNO, In Larger Freedom, S. x]

ICJ, Vernehmlassung der Schweizerischen Sektion der Internationalen Juristenkommission zum Vorentwurf eines Bundesgesetzes über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT) vom 26.3.2018. [zit. ICJ-CH, Vernehmlassung-PMT, S. x]

VBS, Sicherheitsverbundübung 2019, Schlussbericht, November 2020, Kurzversion, S. 1-28, [zit. VBS, Schlussbericht SVÜ-19, S. x]BUNDESRAT, Jährliche Beurteilung der Bedrohungslage Bericht des Bundesrates an die eidgenössischen Räte und die Öffentlichkeit vom 29.4.2020, BBl 2020 4295 ff. [zit. Bedrohungslage 2020, BBl 2020 4295 ff.]

BUNDESRAT, Lage- und Gefährdungsanalyse Schweiz nach den Terroranschlägen vom 11. September 2001, Bericht des Bundesrates an das Parlament vom 26.6.2002, BBl 2002 1832 ff. [zit. Bericht Lage- und Gefährdungsanalyse nach 9/11, BBl 2002 1832 ff.]

BUNDESRAT, Strategie der Schweiz zur Terrorismusbekämpfung vom 18.9.2015, BBl 2015 7487 ff. [zit. Strategie Terrorismusbekämpfung, BBl 2015 7487 ff.]

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT, Vernehmlassung der Präsidentenkonferenz des Bundesverwaltungsgerichts zum Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT) vom 21.3.2018. [zit. BVGER-Vernehmlassung-PMT, S. x]

DEUTSCHER BUNDESTAG, Wissenschaftliche Dienste, Zum «Grundrecht auf Sicherheit», 2008. [zit. DEUTSCHER BUNDESTAG, Grundrecht auf Sicherheit, S. x]

EUROPARAT, Stellungnahme zum Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT) der Menschenrechtsbeauftragten des Europarates z.H. der sicherheitspolitischen Kommission des Nationalrates, Ref: CommHR/DM/sf 014-2020, vom 7. Mai 2020. [zit. EUROPARAT, Stellungnahme PMT, S. x.]

FEDPOL, Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zum Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT) vom 4.12.2007. [zit. FEDPOL, Erläuternder Bericht PMT, S. x]

FEDPOL, Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens zum Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT), Sommer 2018. [zit. FEDPOL, PMT-Vernehmlassungsergebnisse, S. x]

FEDPOL, Verordnung über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (VPMT), Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, Juni 2021. [zit. FEDPOL, Erläuternder Bericht VPMT, S. x]

HUMANRIGHTS.CH, Stellungnahme des Vereins humanrights.ch zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT) vom 27.3.2018. [zit. HUMANRIGHTS.CH, Vernehmlassung PMT, S. x.]

EINLEITUNG

I. ERKENNTNISINTERESSE

Spätestens seit den Anschlägen vom 11. September 2001 hat sich Terrorismus «in der Erfahrungswelt der Gesellschaft und ihrem Bewusstsein»¹ fest verankert. Liberale Gesellschaften «wehren sich nicht nur mit Beton gegen immer neue Dimensionen der Gefahr, etwa wenn Fahrzeuge zur Tötung ziviler Opfer missbraucht werden», sondern auch mittels «rechtlicher Aufrüstung». Terrorismus provoziert staatliche Machtgefüge und fordert liberale Demokratien heraus, weshalb Anti-Terrorismus-Politik einen stetigen Balanceakt zwischen der kollektiven Sicherheit der Bevölkerung, deren individuellen Freiheiten und der Wahrung der Grundrechte mutmasslicher Terroristen erfordert.²

Es stellen sich dabei grundlegende Fragen, namentlich inwieweit ein Rechtsstaat auf eine antilibérale Terrorismusbekämpfung zurückgreifen soll, ob dadurch Sicherheit überhaupt eher gewährleisten kann und welche «grundrechtlichen Kollateralschäden» damit einhergehen würden. Basierend auf dieser Ausgangslage soll vorab eine Übersicht zu Grundfragen rund um Terrorismus sowie dem allgemeinen Umgang der Schweiz mit Terrorismus vermittelt werden. Das eigentliche *Erkenntnisinteresse* und der *Schwerpunkt der Arbeit* liegen auf dem «terroristischen Gefährder» als neues Rechtssubjekt in der schweizerischen Rechtsordnung und den gegen dieses Rechtssubjekt gerichteten neuen polizei-präventiven Massnahmen zur Verhinderung von terroristischen Aktivitäten nach dem 5. Abschnitt des BWIS. In Bezug auf diese soll im Rahmen der vorliegenden Arbeit untersucht werden, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen eine künftige grundrechtskonforme Rechtsanwendung des 5. Abschnitts des BWIS möglich sein wird.³

¹ Siehe zu diesem Zitat und dem nachfolgenden Satz samt Zitaten PETZSCHE/HEGER/METZLER, S. 5.

² Vgl. hierzu und zum nächsten Satz auch BÜSCHING.

³ Zugleich erhofft sich der Verfasser, dass die vorliegende Arbeit den rechtsanwendenden Behörden und der Anwaltschaft bei Sonderfragen als Hilfsmittel und Argumentationshilfe in der künftigen Rechtsanwendung des 5. Abschnitts des BWIS dienen wird.

II. STRUKTUR UND VORGEHENSWEISE

Die in der vorliegenden Arbeit verwendete Methodik basiert auf einem *schrittweisen Vorgehen*, in welchem die Leserschaft ausgehend von allgemeineren thematischen Ausführungen an die sich aus dem Erkenntnisinteresse ergebenden spezifischeren Fragen herangeführt werden soll. Neben eher kurz gehaltenen *Einleitungs-* und *Schluss*teilen ist die vorliegende Arbeit in *vier Teile* gegliedert.

Die *ersten drei Teile* befassen sich im Sinne der schrittweisen Einführung mit allgemeineren Aspekten rund um Terrorismus.

Im *ersten Teil* folgen unter **§1** einleitende Überlegungen zum Spannungsverhältnis von kollektiver Sicherheit und individueller Freiheit. Unter **§2** wird der Leserschaft die durch Terrorismus bedrohte «Sicherheit» als Konzept und Begriff nähergebracht.

Im *zweiten Teil* werden dem «Terrorismus» als sicherheitspolitische Bedrohung nähere Konturen verliehen, indem unter **§3** das Phänomen näher vorgestellt wird. In **§4** wird der Fokus auf die Schweiz gelegt und dabei aufgezeigt, wie terroristische Bedrohlagen von den Sicherheitsbehörden, in der Politik und der Bevölkerung erfasst und wahrgenommen werden.

Der *dritte Teil* der Arbeit widmet sich dem *allgemeinen* rechtlichen Umgang der Schweiz mit terroristischen Bedrohungen. Unter **§5** werden die Ziele der schweizerischen Strategie zur Terrorismusbekämpfung und die zahlreichen zur Zielerreichung relevanten Erlasse und Akteure vorgestellt. Unter **§6** wird untersucht, wie Terrorismus im Polizeirecht und im Strafrecht dogmatisch erfasst werden und welche Entwicklungstendenzen sich dabei abzeichnen.

Der umfang- und inhaltsmässige Schwerpunkt der Arbeit findet sich im *vierten Teil*. Der vierte Teil hat *spezifisch* den rechtlichen Umgang der Schweiz mit Personen zum Inhalt, die von Fedpol gestützt auf Art. 23e BWIS als «terroristische Gefährder» kategorisiert wurden. Der grundrechtskonformen künftigen Rechtsanwendung des 5. Abschnitt des BWIS verpflichtet, werden im vierten Teil pragmatische Auslegungsansätze sowie konkrete Revisionsvorschläge vorgestellt, denen teilweise Empfehlungscharakter zukommt und die sich sowohl an die Anwaltschaft, die rechtsanwendenden Behörden und

Gerichte als auch an den Gesetzgeber richten. Im Sinne eines Perspektivenwechsels wird im vierten Teil auch immer wieder die grundrechtliche Warte von als «terroristischen Gefährder» kategorisierten Person eingenommen. Der Aufbau des sowie die methodische Vorgehensweise im vierten Teil basiert wiederum auf einem schrittweisen Vorgehen.

§7 erfasst und ordnet den «terroristischen Gefährder» als neues Rechtssubjekt ein und enthält eine Checkliste für eine grundrechtskonforme «Gefährderkategorisierung» nach Art. 23e BWIS. In **§8** werden die gegen terroristische Gefährder gerichteten neuen Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS vorgestellt und auf ihre praktische Anwendbarkeit und Grundrechtskonformität geprüft. **§9** gibt erste Hinweise auf die praxisrelevante Frage, inwieweit zur Wahrung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz neben Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS gegen «ausländische terroristische Gefährder» zusätzliche flüchtlings-, ausländer- und/oder bürgerrechtliche Massnahmen ergriffen werden können.

Im **Schlussenteil** werden wichtige Erkenntnisse der vorliegenden in einen Gesamtzusammenhang gestellt. Der Schwerpunkt liegt dabei auf besonders relevanten Aspekten rund um den rechtsstaatlich gebotenen Umgang mit terroristischen Gefährdern. Den wiedergegebenen Erkenntnissen kommen im Hinblick auf eine möglichst grundrechtskonforme künftige Rechtsanwendung des 5. Abschnitt des BWIS teilweise Empfehlungscharakter zu.

III. GESCHLECHTERGERECHTE SPRACHE

Dem Verfasser ist eine geschlechtergerechte Sprache ein Anliegen, weshalb in der vorliegenden Arbeit möglichst oft geschlechtsneutrale Formulierungen verwendet werden. Im Übrigen findet zum Teil auch das Binnen-I Verwendung. Soweit aus Gründen der Lesbarkeit eine geschlechtsneutrale Formulierung oder das Binnen-I nicht sachgerecht ist, sind das jeweils nicht ausdrückliche erwähnte Geschlecht sowie alle anderweitigen Geschlechteridentitäten mitgemeint. Gesagtes zeigt sich beispielhaft am sperrigen Begriff des «terroristischen Gefährders», bei welchem sämtliche «terroristischen Gefährder:innen» mitgemeint sind.

IV. VERWENDUNG VON INTERNET-, BILD- UND SCHRIFT-QUELLEN

Der Stand von in der vorliegenden Arbeit berücksichtigten Literatur und Rechtsprechung ist der 1. September 2022. Die angewandten Zitierregeln finden sich im Literaturverzeichnis. Die verwendeten und in den Fussnoten zitierten Internetquellen wurden allesamt zuletzt am 1. September 2022 besucht.

1. TEIL SICHERHEIT UND DEREN VERHÄLTNIS ZUR FREIHEIT

Im ersten Teil folgen unter **§1** einführende grundsätzliche Überlegungen zum Spannungsverhältnis von kollektiver Sicherheit und individueller Freiheit, welches im Umgang mit terroristischen Bedrohungen einen relevanten Anwendungsfall findet. Unter **I.** werden ausgewählte staatsphilosophische Grundpositionen vorgestellt. Die bisweilen diffizile Verhältnisbestimmung von Freiheit und Sicherheit wird sodann unter **II.** exemplarisch im Zusammenhang mit der umstrittenen Figur des «Grundrechts auf Sicherheit» besprochen. Unter **§2** wird der Leserschaft «Sicherheit» als Begriff, Zustand, Konzept und Teil der schweizerischen Sicherheitspolitik (dazu **I.**) sowie der schweizerischen Sicherheitsordnung (**II.**) nähergebracht.

§ 1 POSITIONEN UND GEDANKEN ZU SICHERHEIT UND FREIHEIT

I. AUSGEWÄHLTE STAATSPHILOSOPHISCHE GRUNDPOSITIONEN

Die Rechts- und Staatsphilosophie befasst sich mit der grundlegenden Frage, weshalb der Staat zu Macht und Ausübung von Zwang gegenüber seinen Bürgern legitimiert ist.⁴ Staatliche Machtausübung ist nicht selbstverständlich, sondern begründungsbedürftig. Soweit Rechts- und Staatskonzeptionen die Legitimität staatlicher Machtausübung aus allgemeinen Grundsätzen und Prinzipien herleiten, «sind ihre Antworten nicht auf ihren jeweiligen historischen Kontext beschränkt, sondern entfalten überzeitliche Argumentationskraft»⁵. In diesem Sinne kommen der Verhältnisbestimmung von Freiheit und Sicherheit und den nachfolgenden staatsphilosophischen Grundlagen auch im Kontext staatlicher Massnahmen zur Terrorismusbekämpfung Relevanz zu.⁶ In einer

⁴ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz GIERHAKE, S. 48; Ähnlich WÜRTEMBERGER, S. 23. Für einen Überblick zu den Menschenrechten und frühe Formen der Gewährleistung von Sicherheit ROBBES, S. 29 ff.

⁵ GIERHAKE, S. 48. Ähnlich BRUGGER, S. 12; WÜRTEMBERGER, S. 23; ROBBES, S. 29 ff.; BALDUS, S. 365; DOBIN, S. 37.

⁶ Vgl. u.a. MÖLLERS, in: JBÖS, S. 25; Ähnlich bereits WÜRTEMBERGER, S. 23.

einleitenden ideengeschichtlichen Betrachtung sollen die Grundzüge einiger Staatszwecklehren und Gesellschaftsvertragstheorien vorgestellt werden.⁷

1. Hobbes

«Wann immer die Rolle des Staates als Garant für die Sicherheit seiner Bürger diskutiert wird, taucht jedenfalls – und nicht zu Unrecht – der Name von Thomas Hobbes auf.»⁸

Auf den frühen Gesellschaftsvertragstheoretiker *Thomas Hobbes* (1588–1679) und dessen Staatstheorie berufen sich einerseits die Befürworter schärferer Sicherheitsgesetze.⁹ Andererseits greifen argumentativ auch Positionen auf Hobbes zurück, welche der Ausweitung von staatlichen Befugnissen zwecks Gewährleistung von Sicherheit kritisch gegenüberstehen, indem sie dessen Staatsphilosophie als eigentliche Dystopie verstehen, deren Verwirklichung es tunlichst zu vermeiden gilt.¹⁰ Gemäss Hobbes ist der Mensch in seinem Streben nach Selbsterhalt von Natur aus frei und wölfisch, wodurch die natürliche Entfaltung des Menschen die Freiheit Anderer gefährden würde.¹¹ Zur Überwindung dieses Naturzustandes, welcher einem Krieg «aller gegen alle» gleichkommt, schliessen sich die Bürger, gewissermassen aus Eigennutz, unter Abtretung individueller Freiheitsrechte im Rahmen eines Gesellschaftsvertrages zu einem Staat zusammen, welcher faktisch die Bändigung des Menschen durch sich selbst bewirkt.¹² Der originäre Zwecke Staates, welcher als omnipotente und übergeordnete Instanz an

⁷ «Die Entwicklung der Gesellschaftsvertragstheorie von Thomas Hobbes über John Locke und Jean-Jacques Rousseau zu Immanuel Kant stellt insoweit einen unverzichtbaren Schritt für das moderne Verständnis von Freiheit und Sicherheit dar», BRUGGER, S. 12 (m.w.H.). Vgl. auch HÄCHLER, in: Coninx/Ege/Mausbach, S. 5. Zum Verständnis von Freiheit und Sicherheit bei Platon und Aristoteles, vgl. WAECHTER, S. 4 ff.

⁸ Hierzu und den nächsten zwei Sätzen GIERHAKE, S. 52.

⁹ Entsprechend in Bezug auf Hobbes bspw. ISENSEE, S. 3 f.: «Aufgabe des Staates und Legitimation seiner Existenz ist die Herstellung einer Gesamtordnung der Sicherheit».

¹⁰ Statt vieler bspw. VEST, S. 335. Differenzierend bspw. BRUGGER, S. 24: «Die Hobbesscher Konstruktion zielt nicht auf eine Tyrannenherrschaft ab. Aber das gesellschaftliche Konfliktpotential wird als so bedrohlich eingestuft, dass nur noch selbstaufgelegtes staatliches Überwältigungspotential Leben, Freiheit und Eigentum sichert.»

¹¹ Vgl. statt vieler ANDEXINGER in: Lange/Wendekamm/Endress, S. 113; WÜRTENBERGER, S. 23. Eingehend und interessant zu Hobbes, ROBBES, S. 40 ff.

¹² Vgl. dazu ausführlicher BRUGGER, S. 22 ff.; WAECHTER, S. 24 f.; GIERHAKE, S. 59 f.

einen Leviathan resp. einen künstlichen Riesen erinnert, liegt in der Gewährleistung von Sicherheit.¹³ Ein solcher Sicherheitsstaat erfordert ein durchsetzungsfähiges Gewaltmonopol, wodurch die hobbsche Staatskonzeption absolutistischen Staatsmodellen und einer quasi unbegrenzten Staatsgewalt argumentativen Vorschub¹⁴ leistete, in welcher sich der «allmächtige Leviathan umgehend des letzten Anscheins eines gemütlichen Kuscheltiers»¹⁵ entledigte. Entsprechend erliessen die Machthabenden Fürsten im Zeitalter des Absolutismus Polizeiordnungen, in welchen sämtliche Belange, welche «Sicherheit» oder «Wohlfahrt» zum Inhalt hatten, umfassend normiert wurden.¹⁶ Im Rückblick sowie in Abgrenzung zur heute vorherrschenden Vorstellung des *Rechtsstaates* wird der absolutistische Fürstenstaat auch als *Polizeistaat* bezeichnet.¹⁷

2. Locke

Im Anschluss an Hobbes brachte der Staatsdenker *John Locke* (1632 –1704) zum Ausdruck, dass in der unbedingten Gewährleistung von Sicherheit als staatlichem Selbstzweck eine Bedrohung der freiheitlichen Ordnung liege.¹⁸ Auch Locke erachtet die Sicherheitsgewährleistung als Staatsaufgabe, jedoch niemals als Selbstzweck, indem er hervorhob, dass die Sicherheit auch durch den Missbrauch von Staatsgewalt bedroht sein kann.¹⁹ Im Vergleich zu Hobbes rückte Locke im Verhältnis von Freiheit und Sicherheit vermehrt das Individuum und dessen Freiheit ins Zentrum. Locke war einer der ersten, welcher

¹³ ANDEXINGER in: Lange/Wendekamm/Endress, S. 111; HÄCHLER in: Coninx/Ege/Mausbach, S. 5.

¹⁴ Vgl. DEUTSCHER BUNDESTAG, Grundrecht auf Sicherheit, S. 8.

¹⁵ Vest, S. 335 in Bezug auf die aktuelle Terrorismusbekämpfung.

¹⁶ Vgl. MAGNIN, S. 8; REINHARD, S.3; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 514, wonach dazu u.a. die Armenpflege, das Vormundschaftswesen, die Geldwirtschaft oder Kleidervorschriften zählten. Für Deutschland vgl. Polizeirecht-STOLLEIS, S. 2 ff., AHLERS, S. 9 ff.

¹⁷ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 514; SCHINDLER, Polizeibegriff, S. 64 f; MAGNIN, S. 8.

¹⁸ Siehe u.a. HÄCHLER in: Coninx/Ege/Mausbach, S. 6; ROBBES, S. 47: «Lockes Bestimmung der Sicherheit ist prinzipiell keine andere als die bei Hobbes, er zieht nur andere Konsequenzen, und vor allem: er erweitert den subjektiven, individuellen Rechtsgehalt. Während der Schutz vor Übergriffen anderer Einzelner in den Hintergrund tritt, gewinnt der Schutz vor der Staatsmacht an Gewicht».

¹⁹ Vgl. hierzu sowie zum nächsten Satz DEUTSCHER BUNDESTAG, Grundrecht auf Sicherheit, S.8; DOBIN, S. 37. Nach Locke ist der Staat «durch seine Machtfülle nicht nur Garant von Frieden, sondern selbst Gefahr für Leben, Freiheit und Eigentum seiner Bürger. Deshalb tritt Locke für eine gewaltenteilige Wahrnehmung der Staatsgewalten ein, eine für Hobbes nicht friedens- und freiheitssichernde, sondern –gefährdende Einrichtung!», BRUGGER, S. 26.

die Vorstellung unveräußerlicher individueller Freiheitsrechte klar formulierte, wonach alle Bürger, frei und mit gleichen Grundvoraussetzungen und Anrechten auf die Welt kommen. Die Bürger verlassen den Naturzustand nach Locke demnach nicht nur zur «Selbstbändigung», sondern auch, weil die individuellen Freiheitsrechte gegenüber den Machthabenden effektiver verteidigt werden können, womit Locke die Erforderlichkeit des Schutzes der Bürger vor staatlichen Eingriffen betonte.²⁰

3. Rousseau

Vor der Aufklärung war die Gesellschaft Europas geprägt von absolutistischer Sicherheit und einem geschlossenen Regierungssystem, welches dem Adel umfassende und den Bürgern kaum Vorteile gewährte.²¹ Die Sicherheit des Polizeistaates diente dabei primär der Sicherung der bestehenden Macht- und Besitzesgefüge und bedeutete für die einzelnen Bürger gegenteilig Unsicherheit und Willkür. Dieser Zustand wurde durch die Philosophie der Aufklärung des 18. Jahrhunderts vermehrt hinterfragt, wobei die individuelle Freiheit der Bürger als staatlicher Legitimationsgrund an Land gewann. Das berühmte Zitat von *Jean-Jacques Rousseau* (1712-1778)²²: «Der Mensch ist frei geboren, und überall liegt er in Ketten» drückt in diesem Sinne ein zentrales Anliegen der Aufklärung aus.²³ Ähnlich wie bei Locke steht auch in Rousseaus Gesellschaftsvertragstheorie «das Gefährdungspotential staatlicher Macht für menschliche Selbstentfaltung»²⁴ im Vordergrund.

²⁰ So HÄCHLER in: Coninx/Ege/Mausbach, S. 6. Mehr zum Widerstandesrecht nach Locke ROBBES, S. 47 f.

²¹ Vgl. hierzu und den nächsten zwei Sätzen ALBRECHT, Vergessene Freiheit, S. 127.

²² «Der bei Locke vorhandene Konflikt zwischen Sicherheit und Freiheit wird bei J.J. Rousseau im *Contrat social* (1762) theoretisch aufgelöst. Sicherheit ist auch bei ihm Staatsziel, tritt aber in ihrer Bedeutung weit hinter dem Staatsziel Freiheit zurück. Rousseau empfindet Staat und ständische Ordnung als Belastung, nicht die innere Unsicherheit aufgrund von Übergriffen der Bürger gegeneinander. Die vorstaatliche Freiheit des Einzelnen muss im Staat gesichert erhalten bleiben. Deswegen ist nur ein Staat legitim, in dem die Bürger die Selbstherrschaft über sich selber ausüben», WAECHTER, S. 49 f.

²³ Dadurch betont Rousseau auch, dass jeder Mensch eine eigene Würde habe, wobei der Kern dieser Würde die Freiheit seines Willens ist, welche ihre Grenzen in der Freiheit der Anderen findet: «Freiheit lebt von der Achtung der Würde anderer. Sie ist die Freiheit des Andersdenkenden, Anderslebenden, Andershandelnden. Sicherheit ist nichts anderes als eine ausbalancierte Freiheit. Nicht Sicherheit geht der Freiheit vor, sondern Freiheit ist die unverzichtbare Garantie der Sicherheit oder auch nur des Gefühls von Sicherheit». Hierzu ALBRECHT, Vergessene Freiheit, S. 127.

²⁴ BRUGGER, S. 26.

4. Kant

Massgeblich befasste sich im Zeitalter der Aufklärung *Immanuel Kant* (1724 – 1804) mit der Frage nach einer «guten» Staatskonzeption. In Anlehnung an Hobbes und Locke postulierte Kant, dass sich die politische Ordnung und das Recht «vor den Menschen und ihrer Freiheit und Gleichheit zu rechtfertigen haben und nicht umgekehrt»²⁵. Locke und Kant haben Sicherheit entsprechend «nicht mehr als isolierter Zweck, sondern nur noch als Mittel zur Erhaltung der Freiheit angesehen»²⁶. Kant stellte einen expliziten Zusammenhang zwischen staatlichen Sicherheitsverpflichtungen und den Freiheitsrechten der Bürger her, wonach staatliche Sicherheitsverpflichtungen der Realisierung der individuellen Freiheit zu dienen haben.²⁷ Ausgehend von der angeborenen Freiheit²⁸ aller Rechtssubjekte beschränkt Kant den Zweck des Staates weitaus eindeutiger als Locke auf die Freiheitsrealisation und Freiheitssicherung des Individuums.²⁹ Stellvertretend hierfür verstand die Philosophie der Aufklärung unter Sicherheit den Bestand grundrechtlicher Abwehrrechte als «persönliche Sicherheit des Menschen vor staatlichen Eingriffen»³⁰. Das kantinische Staatsdenken hat einen Zustand verschriftlicht, welcher

²⁵ Zu diesem Zitat sowie ausführlicher zu Kant BRUGGER, S. 28.

²⁶ DOBIN, S. 37.

²⁷ Vgl. GIERHAKE, S. 53: «Im Unterschied zu Hobbes geht es Kant demgemäss nicht um die Überwindung eines per se rechtsfeindlichen, kriegerischen Zustands unter den Menschen, sondern um die Überwindung eines Zustandes ungesicherten Rechts. Dies ist insofern bedeutsam, als dass der Staat nicht als Schutzmacht vor allgemein ungezügelter Gewalt und als Garant für ein zufriedenes Leben auftritt, sondern als eine Instanz, die allgemeine Freiheit – ausgestaltet in konkreten Rechtspositionen – zu bewahren hat». Vgl. auch WAECHTER, S. 50, wonach in Kants Gestalt des Menschenrechts kein Antagonismus von Freiheit und Sicherheit angelegt sei, da das formale apriorische Menschenrecht Freiheit sei. Allgemein zum kantinischen Freiheitsbegriff WÜRTENBERGER, S. 24.

²⁸ Nach Kant ist der Mensch Zweck an sich und Freiheit des Willens bedeutet für ihn, dass der Mensch Emotionen kontrollieren und auch unbequeme Entscheide treffen kann. Mit Vernunft und freiem Willen ausgestattet, gibt der Mensch nach Kant, im Unterschied zu Hobbes, seine Autonomie nicht aufgrund äusserer Gewalt, sondern aus innerer Einsicht auf. Das gemeinsame Eintreten in «eine solche gesetzliche Abhängigkeit ist als apriorische Vernunftordnung» für alle nachvollziehbar. GIERHAKE, S. 98.

²⁹ Hierzu und zum nächsten Satz ALBRECHT, Vergessene Freiheit, S. 127.

³⁰ DEUTSCHER BUNDESTAG, Grundrecht auf Sicherheit, S. 8.

für die nachfolgenden Ausführungen sowie für «für das Verständnis von Rechtsstaat und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit in der Moderne grundlegend ist»³¹.

II. ZUR VERHÄLTNISBESTIMMUNG VON INDIVIDUELLER FREIHEIT UND KOLLEKTIVER SICHERHEIT

Der vorstehende summarische Rückblick deutet an, dass der Ruf nach gesteigerter Sicherheit dann besonders laut wurde, wenn Situationen von Angst oder Bedrohung vorherrschten.³² Ein Rechtsstaat hat, soweit er durch eine Bedrohung, wie bspw. den Terrorismus, herausgefordert wird, auch heute noch das Verhältnis zwischen individueller Freiheit und kollektiver Sicherheit immer wieder neu auszutarieren.³³ Zur beispielhaften Veranschaulichung dieser Verhältnisbestimmung soll nachfolgend unter 1. das von JOSEF ISENSEE formulierte «Grundrecht auf Sicherheit» besprochen und kritisch gewürdigt werden. Obwohl diese umstrittene Rechtsfigur kaum anerkannt ist, werfen deren dogmatische Herleitung im Rahmen der vorliegenden Einführung relevante Fragen auf. Denn einerseits wird auf das «Grundrecht auf Sicherheit» als «Argumentationsfigur für Terrorabwehrmassnahmen»³⁴ zurückgegriffen. Andererseits ermöglicht das «Grundrecht auf Sicherheit» grundsätzliche Überlegungen zum Verhältnis von Freiheit und Sicherheit. Unter 2. soll aufgezeigt werden, dass die Anerkennung eines «Grundrechts auf Sicherheit» dazu führen würde, dass die Grundrechtsposition

³¹ BRUGGER, S. 26.

³² Das Gesagte lässt sich bspw. an der sicherheitsbefürwortenden Staatsphilosophie von Hobbes untermauern, dessen Leben von einer «schwankenden Staatsform, Bürgerkriegen und Hinrichtungen von politischen Gegnern und mithin erheblicher Unsicherheit geprägt war», WAECHTER, S. 23; WÜRTEMBERGER, S. 23, wonach Hobbes «angesichts des englischen Bürgerkrieges, der das Land in ein Chaos zu stürzen drohte, darüber nachgedacht (habe), wie im Kampf gegen Willkür und Gewalttätung die wachsende Unsicherheit im Inneren und die Störung des Rechtsfriedens zu bannen seien».

³³ Vgl. BUCHHOLTZ, S. 4; BALDUS, S. 366.

³⁴ BUCHHOLTZ, S. 4. Ähnlich VAN OOYEN, in: JÖS, S. 43; VON BERNSTORFF, in: Arndt et al., S. 45. ISENSEES Lehre wurde bspw. im Zuge der rechtspolitischen Debatte um 9/11 vom damaligen deutschen Bundesinnenminister Otto Schilly aufgegriffen und erlangte dadurch verbreitete Aufmerksamkeit, wonach das «Grundrecht auf Sicherheit zwar nicht direkt, aber sehr wohl indirekt im Grundgesetz» stehe und sich «aus der Verfassungs- und Rechtsgeschichte, wie es sich seit der Bill of Rights über verschiedene Verfassungsdokumente bis zur EMRK fortgesetzt habe», ergebe. Siehe dazu Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 13/247 vom 3.9.1998, S. 23105.

von gesellschaftlichen Minderheitsgruppen auch in demokratischen Prozessen eines Rechtsstaates tendenziell vernachlässigt werden könnte. In diesem Zusammenhang weist das «Grundrecht auf Sicherheit» inhaltliche Querbezüge zum im Kontext der Terrorismusbekämpfung immer wieder besprochenen «Feindrecht» auf, worauf nachfolgend unter 3. eingegangen wird. Auf dem Vorangehenden aufbauend, folgt unter III. eine zusammenfassende Würdigung zum Verhältnis von individueller Freiheit und kollektiver Sicherheit.

1. Das «Grundrecht auf Sicherheit» in der Grundrechtsdogmatik

A. Isensee als geistiger Vater

Anlässlich eines Vortrages von JOSEF ISENSEE, gehalten im Jahre 1982 vor der Berliner Juristischen Gesellschaft, trug dieser die staatszentriert³⁵ geprägte Lehre vom «Grundrecht auf Sicherheit» und sein dazugehöriges Verständnis staatlicher Schutzpflichten in einem freiheitlichen Verfassungsstaat erstmals vor.³⁶ Mit Verweis auf Hobbes liegt für ISENSEE die Rechtfertigung des modernen Verfassungsstaates einzig in der Gewährleistung von Sicherheit.³⁷ Das von der Aufklärung geprägte liberale Staatsverständnis

³⁵ Das «Grundrecht auf Sicherheit» im Sinne von ISENSEE weist Bezüge zu den im Bereich von Staatsnotständen konträr diskutierten Positionen zwischen einer staatszentrierten und einer verfassungszentrierten Lehre auf. Während dem der staatszentrierte Ansatz dem Staat alle erforderlichen Massnahmen zur Wiederherstellung der staatlichen Ordnung zubilligen möchte, stellt der verfassungszentrierte Ansatz ein übergesetzliches staatliches Selbsterwehrensrecht in Abrede, indem dieser positivrechtliche Verfassungsgrundlagen als notwendige staatliche Handlungsgrundlage selbst im Falle eines Notstandes verlangt. Ausführlicher BÜSCHING, S. 19 f. (m.w.H.).

³⁶ Vgl. DEUTSCHER BUNDESTAG, Grundrecht auf Sicherheit, S. 11.

³⁷ ISENSEE, S. 10f., 17. Die Relevanz der Sicherheitsidee betont er auf drei Ebenen. Erstens die «hobbesianische» Sicherheit im Verhältnis der Individuen untereinander, in welchem der Staat als sicherheitsgewährleistende Schutzmacht das Fundament bildet. Zweitens und darauf aufbauend die «liberale» Sicherheit, welche vor staatlicher Repression schützt und die Ausgestaltung von Freiheit und Gleichheit in einem demokratischen Rechtsstaat gewährleistet. Schliesslich die «soziale» Sicherheit, die vor wirtschaftlichen Risiken des gesellschaftlichen Daseins schützt und somit die tatsächlichen Voraussetzungen für ein menschenwürdiges Leben in Freiheit sichert und steigert. Zum Gesagten siehe ISENSEE, S. 17; GIERHAKE, S. 153; DEUTSCHER BUNDESTAG, Grundrecht auf Sicherheit, S. 11.

habe den Gegensatz von Freiheit und Sicherheit kultiviert und dabei Abwehrrechte gegen objektive staatliche Schutzpflichten ausgespielt.³⁸ ISENSEE sieht in der «liberalen Staatsabwehrdoktrin» die wahre Bedrohung der Freiheit, da die Gegenüberstellung von Freiheit und Sicherheit im Falle sicherheitsgewährleistender staatlicher Handlungen eine Kollision mit grundrechtlichen Eingriffsverboten bewirke.³⁹ Soweit Freiheitsrechte lediglich als Staatsabwehrrechte verstanden würden, seien diese als Grundlage für die Gewährleistung von Sicherheit und staatlicher Ordnung untauglich. Nach ISENSEE bilden die grundrechtlichen Abwehransprüche und die objektiven staatlichen Schutzpflichten kein Gegensatzpaar, sondern zwei Seiten einer Medaille bzw. ein «integrales Ganzes»^{40, 41}

B. Kritische Würdigung zur Herleitung und den Rechtsfolgen

a.) Verkennung der Tragweite staatlicher Schutzpflichten

Zur *dogmatischen Herleitung* des «Grundrechts auf Sicherheit» verwies ISENSEE auf den Umstand, dass die Sicherheit bereits «Gegenstand der klassischen Menschenrechtserklärungen»⁴² gewesen sei.⁴³ ISENSEE verstand sein «Grundrecht auf Sicherheit» als individualrechtliches *Gegenstück* zu der Gesamtheit der grundrechtlichen

³⁸ Vgl. ISENSEE, S. 32 f., DEUTSCHER BUNDESTAG, Grundrecht auf Sicherheit, S. 11 (m.w.H.).

³⁹ ISENSEE, S. 32, DEUTSCHER BUNDESTAG, Grundrecht auf Sicherheit, S. 11.

⁴⁰ ISENSEE, S. 21.

⁴¹ Vgl. dazu ISENSEE, S. 21; GIERHAKE, S. 153.

⁴² ISENSEE, S. 12 f. Konkret erwähnte ISENSEE die amerikanische Verfassung des 18. Jahrhunderts und die Verfassung der französischen Revolution. Für einen historischen Überblick zu frühen Menschenrechtserklärungen Nordamerikas und Frankreichs, ROBBES, S. 51 ff.

⁴³ Diese Argumentation geht nach Ansicht des Schreibenden indes fehl. So sieht zwar bspw. der Wortlaut von Art. 5 EMRK für jede Person ein «Recht auf Freiheit und Sicherheit» vor. Diese Sicherheitsgarantie weist jedoch weder einen eigenständigen Schutzbereich noch selbständige Bedeutung auf, da diese im Kontext des Begriffs der persönlichen (Bewegungs-)Freiheit zu interpretieren ist. Einem aufklärerischen Begriffsverständnis folgend, schützt dieses «Recht auf Sicherheit» vor willkürlichen staatlichen Eingriffen in die Bewegungsfreiheit, wobei es gemäss EGMR weder staatliche Eingriffe noch positive Ansprüche legitimiert. Vgl. hierzu statt vieler LIENARD/HÄSLER, in: Schweizer, S. 139 f.; DEUTSCHER BUNDESTAG, Grundrecht auf Sicherheit, S. 15; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, EMRK- Handkommentar, Art. 5 Rz 6 f. Ausführlicher zu Art. 5 EMRK weiter hinten §8, II. 6.

Schutzpflichten.⁴⁴ Damit insinuiert er die subjektive Einklagbarkeit des «Grundrechts auf Sicherheit», womit bedrohte Individuen im Bedarfsfalle auf Leistung bzw. auf Feststellung pflichtwidriger Unterlassung sicherheitsgewährleistender Maßnahmen klagen könnten.⁴⁵ ISENSEE hebt m.E. nicht ausreichend klar hervor, dass grundrechtliche Abwehransprüche eine subjektiv-rechtliche Dimension aufweisen, die sich in ihrem Inhalt gegen ein konkretes staatliches Verhalten richtet, während staatliche Schutzpflichten demgegenüber eher programmatischer Natur sind.⁴⁶ Denn staatliche Schutzpflichten resultieren aus dem objektiv-rechtlichen Normgehalt der Grundrechte und verpflichten den Staat «zu einer auf Grundrechtsgefährdungen bezogenen Risikovorsorge»⁴⁷. Der Schutzauftrag in Art. 35 BV verlangt vom Schweizer Staat etwa, dass dieser die zum Schutz der Grundrechte erforderlichen rechtlichen und tatsächlichen Massnahmen trifft und die dafür notwendigen organisatorischen und finanziellen Rahmenbedingungen sicherstellt.⁴⁸ Die Schutzpflicht billigt dem Gesetzgeber und den staatlichen Sicherheitsbehörden in Bezug auf die «schutzangemessenen Lösungen»⁴⁹ jedoch weite Ermessens- und Handlungsspielräume zu. Entsprechend resultieren aus der allgemeinen Schutzpflicht konkrete und subjektiv einklagbare staatliche Handlungspflichten nur ausnahmsweise, wenn der Staat gar keine oder völlig unzureichende Schutzvorkehrungen getroffen hat.⁵⁰ Ein im Sinne ISENSEE's subjektiv-rechtlich einklagbares «Grund-

⁴⁴ Vgl. zu den staatlichen Schutzpflichten TSCHENTSCHER, in: Diggelmann/Randall/Schindler, Band II, S. 1317 ff. (m.w.H.); TODESCHINI, Rz 24; MOHLER, fehlende Konformität, Rz 5 ff.; PAPIER, in: Papier/Heer/Kellermann, S. 15 f.; HOFFMANN-RIEM, in: Papier/Heer/Kellermann, S. 22 f.

⁴⁵ Vgl. hierzu sowie zum nächsten Satz ISENSEE, S. 33 f.; BUCHHOLTZ, S. 3.

⁴⁶ Vgl. auch DEUTSCHER BUNDESTAG, Grundrecht auf Sicherheit, S. 15. Ähnlich auch TODESCHINI: «Ein Recht auf Sicherheit sollte nur zum Zweck des Schutzes der Grundrechte und nicht zu deren Einschränkung existieren», TODESCHINI, Rz 24. Siehe dazu auch PAPIER, in: Papier/Heer/Kellermann, S. 13.

⁴⁷ Für die Schweiz siehe BGE 140 II 315 E. 4.8; WALDMANN, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 35 Rz 44. In Bezug auf Deutschland interessant VON BERNSTORFF, in: Arndt et al., S. 43 f. (m.w.H.).

⁴⁸ Der Gesetzgeber hat den Schutz der Grundrechte vor Verletzungen u.a. durch entsprechende Rechtsersasse zu sichern. Die rechtsanwendenden Behörden haben diese Erlassse wiederum grundrechtskonform auszulegen. Schliesslich haben auch Einrichtungen, in welchen die Grundrechtsträger ein besonderes Rechtsverhältnis zum Staat aufweisen im Rahmen ihrer Fürsorgepflicht ihrer Schutzpflicht Rechnung zu tragen. Vgl. WALDMANN, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 35 Rz 44.

⁴⁹ TSCHENTSCHER, in: Diggelmann/Randall/Schindler, Band II, S. 1319.

⁵⁰ TSCHENTSCHER, in: Diggelmann/Randall/Schindler, Band II, S. 1319. Vgl. dazu auch LIENARD/HÄSLER, in: Schweizer, S. 140 (m.w.H.). Für die restriktive Praxis des EGMR zur Begründung

recht auf Sicherheit» kann somit schon nur *mangels Kongruenz* mit der «Gesamtheit» der primär programmatischen Schutzpflichten, kein «integrales Ganzes» bilden. Im Übrigen wäre das Gegenstück zur Gesamtheit aller staatlicher Schutzpflichten nicht auf der subjektiven Grundrechtsebene, sondern wenn schon in der «Gesamtheit der staatlichen Hoheitsgewalt» auszumachen.⁵¹

b.) Unvereinbarkeit mit den Freiheitsgrundrechten

Ein subjektiv einklagbares «Grundrecht auf Sicherheit» befugt und verpflichtet einen Staat zu weitgehenden Eingriffen in die Freiheitsrechte, welche durch ihre Ausgestaltung als Abwehrrechte gegen autoritäre Staaten gerade beschränkt werden sollten.⁵² Zu Ende gedacht, liesse sich aus einem «Grundrecht auf Sicherheit» gegenüber den Rechtsunterworfenen gar ein staatlicher «*Anspruch auf ordnungsgemässes Verhalten*» ableiten. Ein mit grundrechtlichen Erwägungen begründetes Grundrecht auf Sicherheit droht daher gar die «*Verkehrung der Freiheitsrechte in ihr Gegenteil*»⁵³ zu bewirken, weshalb ALBRECHT in diesem die «radikalste Umkehrung des Verhältnisses von Freiheit und Sicherheit»⁵⁴ sowie die «größte Missachtung historischer Erfahrung mit der Funktion des Sicherheitsdenkens in den autoritären Staatsordnungen Europas des 20. Jahrhunderts»⁵⁵ ausgemacht hat.

c.) Unklare Anwendung des «Super-Grundrechts auf Sicherheit»

Mit Blick auf die praktische Anwendbarkeit eines «Grundrechts auf Sicherheit» gilt es zudem kritisch zu berücksichtigen, dass den auf Verfassungsebene verbrieften Frei-

staatlicher Handlungspflichten zum Schutz von Leib und Leben aus der «Schutzpflicht» vgl. EGMR, *Rantsev v. Cyprus*, 25965/04 (2010) sowie die diesbezüglichen Ausführungen von CONINX/MONA, S. 11. Zu den Schutzpflichten und der Rechtsprechung des EGMR siehe auch MOHLER, fehlende Konformität, Rz 5 ff.

⁵¹ So auch WALDMANN, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 35 Rz 44. Dazu auch interessant DOBIN, S. 42 ff.

⁵² Vgl. hierzu sowie zum nächsten Satz DEUTSCHER BUNDESTAG, Grundrecht auf Sicherheit, S. 16.

⁵³ DEUTSCHER BUNDESTAG, Grundrecht auf Sicherheit, S. 16.

⁵⁴ P-A ALBRECHT, Vergessene Freiheit, S.125; DEUTSCHER BUNDESTAG, Grundrecht auf Sicherheit, S. 17.

⁵⁵ P-A ALBRECHT, Kriminologie, S. 102; DEUTSCHER BUNDESTAG, Grundrecht auf Sicherheit, S. 17; VON BERNSTOFF, in: Arndt et al., S. 42, welcher von einer «aushöhlenden Tendenz» der Freiheitssubstanz der Grundrechte spricht.

heitsgrundrechten ein abstraktes, positivrechtlich kaum zu umschreibendes, «Super-Grundrecht auf Sicherheit» gegenüberstünde.⁵⁶ Im Einzelfall käme es regelmässig zu einer Kollision zwischen den einzuschränkenden Freiheitsrechten der gefährdenden Personen und dem zu schützenden «Grundrecht auf Sicherheit», wobei sich diese bestenfalls als gleichrangige Rechte gegenüberstehen würden, welche i.S. der praktischen Konkordanz⁵⁷ ausgeglichen werden müssten.⁵⁸ In Ermangelung eines stichhaltigen Ausgleichsprinzips wäre im Einzelfall gar eine «beliebige Verrechnung»⁵⁹ dieser Rechte zu befürchten. Ein verfassungsrechtlich verankertes «Grundrecht auf Sicherheit» hätte zudem zur Folge, dass die grundrechtlich geschützten Sicherheitsansprüche der Individuen ständig priorisiert werden könnten, da die Sicherheit im Abwägungsfalle doppelte Berücksichtigung fände. Einerseits auf der Ebene des Grundrechtseingriffs, welcher in der Gewährleistung des öffentlichen Sicherheitsinteresses liegt.⁶⁰ Andererseits auf der Ebene der vom Grundrecht auf Sicherheit subjektiv berechtigten Person, deren Rechtsposition es durch die Freiheitsrechte beschränkende und sicherheitsgewährenden Massnahmen zu schützen gilt.

d.) Exkurs: Entindividualisierung der Gefahr

Mit der «*Entindividualisierung der Gefahr*» umschreibt LEPSIUS⁶¹ eine von ihm festgestellte Entwicklung im Verhältnis von Freiheit und Sicherheit, auf welche nachfolgend kurz eingegangen werden soll. Zur Untermauerung seiner Feststellung greift LEPSIUS vergleichend auf die ersten, in den 1970er Jahren in der Bundesrepublik Deutschland erlassenen, Terrorismus-Gesetze zurück, welche von individuellen Bedrohungen ausgegangen seien und deren Massnahmen sich gegen individuelle Personenkreise gerichtet hätten. Dieser Zusammenhang zwischen individualisierter Gefahr und individuell zu-

⁵⁶ PAPIER, in: Papier/Heer/Kellermann, S. 13 f.; P-A ALBRECHT, Kriminologie, S. 102; DEUTSCHER BUNDESTAG, Grundrecht auf Sicherheit, S. 17.

⁵⁷ Die Verfassungsinterpretation ist einem möglichst schonenden Ausgleich der verschiedenen Verfassungs- und Grundrechtsinteressen verpflichtet; Sie soll *praktische Konkordanz* schaffen. Vgl. dazu BGE 139 I 16 E. 4.2.2. (m.w.H.).

⁵⁸ Vgl. zu diesem sowie zum nächsten Satz RUCH, in: Schweizer, S. 19; GIERHAKE, S. 154.

⁵⁹ BIELEFELDT, S.14.

⁶⁰ Vgl. dazu sowie zum nächsten Satz BGE 140 I 2 E. 10.5.2. Ähnlich auch schon SAMELI, S. 63.

⁶¹ Die nachfolgenden Ausführungen basieren auf LEPSIUS, S. 82 f.

rechenbaren freiheitsbeschränkenden Massnahmen hat sich nach LEPSIUS zusehends verflüchtigt. Er erklärt dies damit, dass im Kontext der Terrorismusbekämpfung ein «Perspektivwechsel im Menschenbild»⁶² stattgefunden habe, welcher zwar rechtlich schwer fassbar sei, jedoch für die Rechtfertigung von gesetzlichen Sicherheitsbefugnissen entscheidend sei. In diesem (womöglich etwas zugespitzten) Perspektivenwechsel wird der einzelne Mensch nicht mehr als «Individuum in Anspruch genommen, das einen bestimmten Gefahrenverdacht ausgelöst hat, sondern als Teil einer schon abstrakt gefährlichen Gesellschaft»⁶³. Dies bringt mit sich, dass menschliches Verhalten einem «prinzipiellen Gefahrenverdacht»⁶⁴ unterliegt, welches die Gefährlichkeit der Individuen vermutet.⁶⁵ Die Gefahr ist dabei insofern entindividualisiert, als dass sie nicht mehr von (mutmasslich) straffälligen Individuen, sondern von schwer fassbaren «Bedrohungslagen» ausgeht.⁶⁶ Diese «Entkoppelung des Gefahrenbegriffs von individuellen Handlungen»⁶⁷ zeitigt nach LEPSIUS Rückwirkungen, indem individuelle Freiheitsrechte nicht mehr gegen konkrete Grundrechtseingriffe abgewogen werden. Stattdessen stehen die kollektiven Freiheitsrechte der Gesellschaft kollektiven Sicherheitsinteressen gegenüber, wodurch sich das Abwägungsverhältnis «von der Abwägung individueller, subjektiv-rechtlicher Rechtspositionen zu einer *Abwägung von objektivrechtlichen Gesichtspunkten*»⁶⁸ verschiebt. In Bejahung eines «Grundrechts auf Sicherheit» wird die Freiheit Einzelner tendenziell nicht mehr individuell geschützt, weil das Individuum den Freiheitsstatus des Kollektivs (Gesellschaft) teilt und dabei

⁶² LEPSIUS, S. 82.

⁶³ LEPSIUS, S. 80. Ähnlich auch VON BERNSTORFF, in: Arndt et al., S. 46.

⁶⁴ Hierzu und zum nächsten Satz LEPSIUS, S. 80.

⁶⁵ Unter Bejahung der Annahme von LEPSIUS, wonach Individuen vom Recht zusehends als ein Teil einer bereits abstrakt gefährlichen Gesellschaft adressiert werden und dabei deren Gefährlichkeit vermutet wird, stellt sich im Verhältnis zwischen Staat und Individuum die Frage nach dem prozessualen Schutz des Individuums. Hierbei könnte im Sinne einer *sicherheitsrechtlichen Beweisregel*, ähnlich der strafprozessualen Unschuldsvermutung, nach Ansicht des Schreibenden eine *Ungefährlichkeitsvermutung* Abhilfe leisten. Siehe hierzu CONINX/MONA, S. 15 (m.w.H.). Kritisch dazu ZIMMERLIN, S. 199.

⁶⁶ Bedrohungslagen sind gemäss LEPSIUS schwer fassbar und wirken bisweilen diffus, da diese von Stereotypen geprägt seien. Vgl. LEPSIUS, S. 80. Kritisch zur Beurteilung der terroristischen Bedrohungslage in der Schweiz weiter hinten §4, II., IV.

⁶⁷ LEPSIUS, S. 83.

⁶⁸ LEPSIUS, S. 83.

nur «reflexiv» Anteil an der kollektiven Sicherheit nimmt.⁶⁹ Sicherheit wird dabei vom Kollektiv als zwingende Voraussetzung für allgemeine Freiheit verstanden. Soweit diese Freiheit des Kollektivs bedroht ist, muss das bedrohende Individuum Einschränkungen seiner individuellen Freiheit hinnehmen, da sie im Abwägungsverhältnis dem Ziel der Sicherung der kollektiven Freiheit dienen.

2. «Grundrecht auf Sicherheit» als Mehrheitsschutz

Die vorangehende von LEPSIUS formulierte *Verlagerungstendenz* vom Individual- hin zum Gesellschaftsschutz zeigen CONINX/MONA⁷⁰ im Bereich präventiver staatlicher Sicherheitsmassnahmen, welche dogmatisch auf der staatlichen Schutzpflicht fussen und gesellschaftlichen Schutzbedürfnissen Rechnung tragen, überzeugend auf. CONINX/MONA legen dar, dass soweit es in einem «demokratischen Präventionsstaat»⁷¹ um die *Abwehr* von (noch nicht eingetretenen) *Gefahren* geht, die Tendenz bestehe, dass sich die gesetzgebende Mehrheit als die «Guten» sieht, welche sich vor bestimmten Bedrohungslagen bzw. den «Bösen» schützen muss. In den damit verbundenen (politischen) Diskursen⁷² kommt dem Schutzbedürfnisse der Gesellschaft eine gewichtige Rolle zu, da sich die Mehrheit als potentiell Opfer sieht und die befürchtete Gefahr mittels Prävention (noch) vermeidbar scheint, wodurch die rasche Ergreifung von Präventivmassnahmen aus Sicht der Mehrheit geboten und plausibel erscheint.⁷³ Die Wertung der Rechtsfrage, ob die Vorteile staatlicher Präventivmassnahmen gegenüber den Nachteilen der betroffenen Person überwiegen, verkommt dabei zur *Perspektivenfrage*. In Bezug auf das Verhältnis von Sicherheit und Freiheit machen CONINX/MONA in diesem Kontext grundlegend einen «*Mehrheit-Minderheit-Konflikt*»⁷⁴ aus,

⁶⁹ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz LEPSIUS, S. 83; DEUTSCHER BUNDESTAG, Grundrecht auf Sicherheit, S. 16.

⁷⁰ Die nachfolgenden Ausführungen basieren im Wesentlichen auf CONINX/MONA, S. 1 ff.

⁷¹ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz CONINX/MONA, S. 15. Zum Begriff des Präventionsstaates HOFFMANN-RIEM, in: Papier/Heer/Kellermann, S. 20 f.

⁷² Für eine informative Übersicht zu relevanten Fragen in öffentlichen Sicherheitsdiskursen im Kontext von Terrorismus BALDUS, S. 365.

⁷³ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz CONINX/MONA, S. 15.

⁷⁴ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz CONINX/MONA, S. 15.

welcher jedoch weder berücksichtigt noch als solcher erkenntlich gemacht wird. Folge davon sei eine Gesetzgebung, die zur Befriedigung der Sicherheitsansprüche der Mehrheit tendenziell das Mass verliere, weil sie gefühlt nicht die Mehrheit, sondern eine bestimmte Minderheitskategorie von «Anderen» betrifft.⁷⁵ Ein «Grundrecht auf Sicherheit» könnte die gesetzgebende Mehrheitgesellschaft in ihrem Selbstverständnis zusätzlich bestärken, so dass diese immer weitreichendere präventive Massnahmen für vernünftig, notwendig und geeignet erachten würde, da von den Nachteilen lediglich die Minderheit der «Anderen», faktisch ausgegrenzten Menschen, betroffen wäre.⁷⁶ In der Tendenz würde ein «Grundrecht auf Sicherheit» somit die Freiheitsrechte der Minderheit einem eigentlichen *Gesellschaftsvorbehalt* unterstellen.⁷⁷

3. Die Minderheit als Feind

Aufbauend auf dem nach Ansicht des Schreibenden in der Verhältnisbestimmung von Freiheit und Sicherheit zu berücksichtigenden Mehrheit-Minderheit-Konflikt sollen an dieser Stelle inhaltliche Bezüge zu sogn. «Freund-Feind Unterscheidungen» erstellt werden.

«Die spezifisch politische Unterscheidung, auf welche sich die politischen Handlungen und Motive zurückführen lassen, ist die Unterscheidung in Freund und Feind. (...) Er ist eben der andere, der Fremde, und es genügt zu seinem Wesen, dass er in einem besonders intensiven Sinne existenziell etwas anderes und Fremdes ist, so dass im extremen Fall Konflikte mit ihm möglich sind (...).»⁷⁸

⁷⁵ Vgl. CONINX/MONA, S. 15. In der Schweiz wurden erstmals weitreichende Präventivmassnahmen vor der EURO 08 gegen (die gesellschaftlich verpönte Minderheit) der «Hooligans» erlassen. Vgl. hierzu MÜLLER, Hooligan-Konkordat, S. 109 ff.; WERDER, S. 249 ff. sowie BGE 140 I 2.

⁷⁶ CONINX/MONA, S. 13, 15. Zu Stossrichtungen und Tendenzen im Kontext der politischen Debatte in der Schweiz rund um die Terrorismusbekämpfung weiter hinten §4, I.

⁷⁷ Vgl. dazu auch LEPSIUS, S. 83.

⁷⁸ SCHMITT, S. 26 f.

A. Schmitt

Carl Schmitt (1888-1985)⁷⁹ sah die Hauptaufgabe der Politik in der Unterscheidung von Freund und Feind.⁸⁰ Er postulierte, dass die Existenz von «Feinden» Teil des Politischen und die damit verbundene Dichotomie konstitutiv für die politische Einheit einer Nation sei. Die vage schmittsche *Feindesdefinition* knüpft einzig an das «Anders- und Fremd-Sein»⁸¹ an. SCHMITT postuliert, dass dieser Feind eine öffentliche Gefahr für das gesamte «Volk» darstelle.⁸² Nach SCHMITT ist es allein das Volk, welches entscheidet, wann ein Ausnahmezustand eingetreten ist und «was geschehen soll, um ihn zu beseitigen»⁸³. Die Unterscheidung zwischen einer Normallage und einem Ausnahmezustand sowie die schmittsche «kategoriale Feindschaft»⁸⁴ wurden im Jahre 1983 im deutschen Strafrecht von GÜNTHER JAKOBS sowie hernach im Jahre 2007 im öffentlichen Recht von OTTO DEPENHEUER rezipiert.

B. Jakobs

Der umstrittenen Theorie des *Feindstrafrechts* liegen Beobachtungen JAKOBS im Umgang der Rechtsordnung mit kategorialen Gegnern zugrunde.⁸⁵ JAKOBS suchte festzustellen, welche Voraussetzung es einem Menschen überhaupt erst ermöglichen, in einer normativ definierten Gesellschaft Rechtsbeziehungen eingehen zu können. Als relevante Voraussetzung machte JAKOBS die Verlässlichkeit und das kognitive Vertrauen

⁷⁹ «Es ist eigenartig und vielleicht symptomatisch für den heutigen Zeitgeist: Carl Schmitt – deutscher Staatsrechtler und Staatstheoretiker, seinerzeit Hitler-Enthusiast mit dem Ruf eines “Kronjuristen” des Nazi-Regimes – erlebt im Zusammenhang mit modernen Terrorszenen eine Renaissance», THÜRER, S. 15. Siehe auch VON BERNSTORFFE, in: Arndt et al., S. 40 ff.

⁸⁰ Vgl. hierzu sowie zum nächsten Satz SCHMITT, S. 37; SAMOUR, in: Kulick/Goldhammer, S. 51 f.

⁸¹ Siehe auch GIERHAKE, S. 142. In der aktuellen Schreib- und Denkweise verknüpfte also bereits SCHMITT die Gefahr des Terrorismus mit dem Fremden als Migranten. Vgl. SAMOUR, in: Kulick/Goldhammer, S. 52.

⁸² SCHMITT, S. 39; Vgl. dazu und zum nächsten Satz auch SAMOUR, in: Kulick/Goldhammer, S. 52.

⁸³ SCHMITT, S. 13. Vgl. dazu auch BÜSCHING, S. 18.

⁸⁴ JAKOBS, in: HHRS, S. 92; GÄRDLITZ, in: Kulick/Goldhammer, S. 36.

⁸⁵ Vgl. hierzu und zu den nächsten zwei Sätzen GÄRDLITZ, in: Kulick/Goldhammer, S. 38. Kritisch und interessant zum Feindstrafrecht VORMBAUM, in: Vorbaum, VII ff. (m.w.H.); Ferner CURRAT, S. 106 ff. Zur Theorie an sich JAKOBS, in: ZStW, S. 751 ff.

in die prinzipielle Normtreue eines Bürgers aus. Soweit eine Person diese Bedingungen nicht erfüllt, soll diese von der Rechtsordnung nicht mehr als Bürger, sondern als rechtsexternes Individuum adressiert werden, weshalb Jakobs Feindstrafrecht nicht den Bürger, sondern den «Feind» adressiert. «Feinde» des Rechtsstaats sind nach JAKOBS «Unpersonen», welche «die kognitive Mindestgarantie nicht leisten, die für die Behandlung als Person erforderlich ist»⁸⁶, da sie sich «vermutlich dauerhaft, zumindest aber entschieden vom Recht abgewandt haben». JAKOBS stellte 1983 in der damaligen strafrechtlichen Terrorismusgesetzgebung Deutschlands bestehende Tendenzen einer «apersonalen Feindbekämpfung»⁸⁷ fest.

Exemplarisch nennt er die gewichtige Ausweitung ins Vorfeld der Gefahrenrealisierung sowie die weitgehende Überwachung von Verdächtigen, welche keine Privatsphäre mehr erlaube, weshalb die Unterscheidung zwischen einem Bürger- und einem Feindstrafrecht letztlich «ehrlicher» sei.⁸⁸

C. Depenheuer

Im öffentlichen Recht suchte DEPENHEUER im Jahre 2007 in Anbetracht des «Terrorkriegs»⁸⁹ staatliche Sicherheitsmassnahmen um der «staatlichen Selbstbehauptung» willen zu rechtfertigen (dazu a.).⁹⁰ In methodischer Hinsicht legt DEPENHEUER zuerst dar, in welchen Fällen die staatliche Ordnung grundlegend gefährdet ist (dazu b.), sodann definiert er den «Feind» des Rechtsstaates (dazu c.) sowie die aus dieser Qualifizierung resultierenden Konsequenzen (dazu d.). Im Hinblick auf die Bürger des Rechtsstaates prüft er schliesslich, welche Opfer Bürger im Falle des Kampfes gegen den Feind im äussersten Fall zu erbringen haben (dazu e.).⁹¹ DEPENHEUER postuliert grundlegend, dass die Politik und Bürgerschaft eines freiheitlichen Rechts-

⁸⁶ Hierzu sowie zum nächsten Zitat in diesem Satz JAKOBS, in: HHRS, S. 92.

⁸⁷ So auch GÄRDLITZ, in: Kulick/Goldhammer, S. 38.

⁸⁸ JAKOBS, in: HHRS, S. 88 ff.; SAMOUR, in: Kulick/Goldhammer, S. 52. Umgekehrt forderte bspw. WÜRTEMBERGER im Jahre 1974 «zur erfolgreichen Abwehr von Gewalt, Terror und Verbrechen» der «Liberalisierung des Strafrechts aus zwingenden Gründen Einhalt zu gebieten», indem er die Erhöhung der Strafandrohungen rund um Gewaltdelikte forderte. Vgl. WÜRTEMBERGER, S. 28.

⁸⁹ DEPENHEUER, S. 9.

⁹⁰ Vgl. dazu auch GIERHAKE, S. 168 ff.

⁹¹ Vgl. hierzu und zum Folgenden auch GIERHAKE, S. 170 ff.

staates sich im «hereinbrechenden Zeitalter des Terrors»⁹² vergewissern müssen, «ob und zu welchem Preis sie ihn gegebenenfalls zu verteidigen bereit»⁹³ sei.⁹⁴ Die nach DEPENEHEUER zentrale Frage im Bereich der Bekämpfung von Terrorismus formuliert er wie folgt:

«Will sich der freiheitliche Rechtsstaat nicht dem totalitären Anspruch seiner terroristischen Negation unterwerfen, muss er sich dieser Gefahr erwehren, gerät dadurch freilich in ein Dilemma: muss er denjenigen, die seine Werte und seine Rechtsstaatlichkeit grundsätzlich missachten und bekämpfen, teilhaben lassen an ebendiesen rechtlichen Gewährleistungen?»⁹⁵

In Anlehnung an SCHMITT und JAKOBS differenziert auch DEPENEHEUER zwei Arten von Gefährdungslagen.⁹⁶ Soweit Gefährdungen durch die rechtsstaatlichen straf- und polizeirechtlichen Massnahmen des «Bürgerrechts» beigegeben werden kann, liegen diese innerhalb der *Normallage*. Eine Gefährdung der Normallage im Sinne des *Ausnahmestandes* liegt dagegen vor, wenn der Mensch mit der «Gegenwelt des Normativen», namentlich «nackter Gewalt», konfrontiert ist. In einer solchen Lage könne sich der Staat nur faktisch, jedoch nicht rechtlich behaupten, weshalb das Bürgerrecht im Ausnahmestand zu suspendieren sei. DEPENEHEUER sieht im islamistischen Terror einen solchen Anwendungsfall, dem einzig mit «Feindrecht» beigegeben werden könne. In Übereinstimmung mit SCHMITT und JAKOBS liegt dem persönlichen Anwendungsbereich des DEPENEHEUERSCHEN Feindrechts ebenso eine Freund-Feind Unterscheidung zugrunde.⁹⁷ Als «*Freund*» definiert er Staatsbürger, welche den Staat

⁹² DEPENEHEUER, S. 9.

⁹³ DEPENEHEUER, S. 9. Diese absolute Argumentationsweise drückt bereits eine Freund-Feind Unterscheidung aus.

⁹⁴ «Allen freiheitlichen, demokratischen und rechtsstaatlichen Drapierungen der staatlichen Lebensform zum Trotz, die sich in Europa seit der Reformation in zähem Ringen gegen vielfältigste Widerstände nach und nach ausgebildet haben, bildet die Fähigkeit und die Bereitschaft, Frieden nach innen und Sicherheit nach aussen effektiv zu garantieren, das Fundament staatlich organisierter politischer Ordnung. Ohne Sicherheit keine Staatlichkeit und ohne Staatlichkeit keine freiheitlich-demokratische Rechtsstaatlichkeit.», DEPENEHEUER, S. 7.

⁹⁵ DEPENEHEUER, S. 58.

⁹⁶ Vgl. hierzu und den folgenden drei Sätzen DEPENEHEUER, S. 41; GIERHAKE, S. 171.

⁹⁷ In verfahrensrechtlicher Hinsicht sieht DEPENEHEUER zu Gunsten potentieller Feinde (immerhin) ein juristisches Verfahren auf «Feststellung des Feindstatus» vor. DEPENEHEUER, S.64 f.; GIERHAKE, S. 172.

und die «Rechtsordnung achten, ihn prinzipiell als legitim anerkennen, loyal und solidarisch die Lasten des Gemeinwesens tragen»⁹⁸. «Feind» hingegen ist, wer: «die politische Existenzform der verfassten Gemeinschaft aktiv negiert, die Verfassung des Staates aktiv verändern will, die Idee des freiheitlich-rechtstaatlichen Gemeinwesens (...) prinzipiell ablehnt und gewaltsam zu zerstören trachtet»⁹⁹. Die Implementierung des Feindrechts in die bestehende Verfassungs- und Rechtsordnung soll nach DEPENHEUER einerseits auf der *Ebene des Strafrechts* erfolgen, in welchem er aus den nämlichen Gründen wie JAKOBS¹⁰⁰ bereits Ansätze eines bestehenden Feindstrafrechts erkennt. Im Bereich des *polizeilichen Gefahrenabwehrrechts* schlägt DEPENHEUER eine Erweiterung der bestehenden Massnahmen¹⁰¹ vor, indem diese durch eine Sicherungsverwahrung, Internierungsmöglichkeiten für potenziell gefährliche Personen oder eine «rechtsstaatlich domestizierte Folter»¹⁰² erweitert werden sollen.¹⁰³ Im Kapitel zum Bürgeropfer umschreibt Depenheuer die Pflicht zum «Bürgeropfer», die aus einer dem Staat gegenüber bestehenden Loyalitätspflicht resultiert.¹⁰⁴ Den Staat versteht er als ein «ursprünglicher, den Individuen unverfügbar vorausgehender und konkreter Solidarverband»¹⁰⁵. Dieser trage den Freiheitsrechten des Individuums bereits dann ausreichend Rechnung, wenn: «die Bürger tatsächlich oder rechtlich die Gelegenheit haben, sich für oder gegen den konkreten Staat und seine politische Ordnung zu ent-

⁹⁸ DEPENHEUER, S. 55.

⁹⁹ DEPENHEUER, S. 56 f. Diese Definition geht indes sehr weit, indem demnach u.U. auch politische Oppositionelle als Feinde gelten könnten. An dieser Stelle sei im Sinne eines Ausblicks erwähnt, dass die Definition von terroristischen Aktivitäten i.S.v. Art. 23e Abs. 2 BWIS ähnlich weitgehend ist. Hierzu eingehend weiter hinten §8, IV.

¹⁰⁰ Vgl. Fn. 87; 88.

¹⁰¹ Bspw. Sicherheitschecks an Flughäfen, verstärkte Abhörmassnahmen, Kontaktsperren, Rasterfahndungen, Computerausspähung oder Videoüberwachung, vgl. dazu GIERHAKE, S. 172.

¹⁰² Grundlegend und ausführlich zu dieser Frage GINBAR, S. 1 ff.

¹⁰³ DEPENHEUER, S. 7; GIERHAKE S. 172. Mit Ausnahme der domestizierten Folter wurden sämtliche vorgeschlagenen Massnahmen im Rahmen des Gesetzesentwurfes zum Bundesgesetz zur Bekämpfung von terroristischen Massnahmen (PMT) in Bezug auf sog. «terroristische Gefährder» auf ähnliche Weise zur Debatte gestellt. Eingehend zum PMT weiter hinten §7 und §8.

¹⁰⁴ DEPENHEUER, S. 76 ff.

¹⁰⁵ DEPENHEUER, S. 90.

scheiden, d.h. letztlich im Staat zu bleiben oder zu emigrieren»¹⁰⁶. Soweit sich eine Person aber auf den Staat einlasse, werde das Verhältnis zwischen Staat und Bürger primär durch Grundpflichten geprägt, welche in Situationen elementarer Bedrohung eine loyale Opferbereitschaft bis hin zum Bürgeropfer notwendig machen könnten.¹⁰⁷

III. ZUSAMMENFASSENDE ÜBERLEGUNGEN

1. Inhärenter Güterkonflikt

Im Nachgang zur politischen Debatte um 9/11 berief sich ein deutscher Bundesminister des Inneren auf den Aufklärer Alexander von Humboldt und brachte vor, dass Sicherheit die Voraussetzung von Freiheit sei.¹⁰⁸ Der Bundesminister war sich nicht gewahr oder liess bewusst unerwähnt, dass sich die humboldtsche Aussage auf einen Staat bezog, welcher sich aufgrund seiner Willkürhaftigkeit für seine Bürger durch äusserste Unsicherheit kennzeichnete und Humboldt «Sicherheit», im Sinne der Aufklärung, staatskritisch als die grundrechtliche Gewährleistung von Bürgerrechten verstand. Dieses Beispiel illustriert einerseits, dass staatsphilosophische Grundlagen *als Argumentations- und Legitimationskonstrukte* für sicherheitsgewährleistende Massnahmen auch heute noch von Relevanz sind.¹⁰⁹ Andererseits zeigt es auch, dass in der politischen Sicherheitsdebatte mit Vereinfachungen und Polemik operiert wird und dabei staatsphilosophische Positionen argumentativ auch mal in ihr inhaltliches Gegenteil verkehrt werden. Doch auch Staatsphilosophien liefern im Verhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit keine Patentlösungen. Ursächlich hierfür ist der diesem Verhältnis zugrundeliegend *inhärente Güterkonflikt*, wonach das eine oftmals nur durch die Einschränkung des anderen verwirklicht werden kann.¹¹⁰ Diesem Güterkonflikt kann nur beigegeben werden, indem gewertet und abgewogen wird und im Anwendungsfalle eher die Gewährleistung

¹⁰⁶ DEPENHEUER, S. 89. Unbeantwortet bleibt hierbei die Frage, was gilt, wenn eine Person bspw. aus physischen oder ökonomischen Gründen zu einer Emigration gar nicht im Stande ist.

¹⁰⁷ Vgl. DEPENHEUER, S. 95.

¹⁰⁸ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz P-A ALBRECHT, *Vergessene Freiheit*, S. 125; BALDUS, S. 368 f.; Zum Sicherheitsverständnis von Humboldt ROBBES, S. 107 f.

¹⁰⁹ Vgl. hierzu sowie zum nächsten Satz interessant BALDUS, S. 368.

¹¹⁰ CONINX/MONA, S. 6; MOECKLI, S. 2262. Vgl. ferner auch schon SAMELI, S. 57; VAN OOYEN, in : JBÖS, S. 43.

kollektiver Sicherheitsinteressen oder die Verwirklichung individueller Freiheitsrechte priorisiert wird.

2. Sicherheit legitimiert sich nicht aus sich selbst

A. Verwirklichung individueller Freiheit als Staatszweck

Könnte ein Rechtsstaat im Sinne des «Grundrechts auf Sicherheit» und einer absoluten Priorisierung von kollektiven Sicherheitsinteressen grundrechtsintensive Massnahmen mit Sicherheitsinteressen begründen, würde sich grundsätzlich die Frage stellen, welchem Zweck ein «Grundrecht auf Sicherheit» dient und was es ausser sich selbst überhaupt schützt.¹¹¹ Hierbei wird ersichtlich, dass sich Sicherheit nicht aus sich selbst legitimieren kann. Sicherheit und staatliche Sicherheitsaufgaben erlangen nach Ansicht des Schreibenden nur dann grundsätzliche Berechtigung, wenn sie im Sinne der Aufklärung als Mittel dem Zwecke der Freiheitsrealisierung und -sicherung dienen und dabei in ihren Auswirkungen grundrechtskonform sind.¹¹² Nach Ansicht des Schreibenden spricht daher weitaus mehr dafür, dass im Verhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit der Staatszweck in der *Realisierung individueller Freiheit* und nicht in der Verwirklichung von Sicherheitsinteressen liegen sollte.¹¹³

B. «Grundrecht auf Sicherheit» als Negativbeispiel

Zur Untermauerung der vorstehend unter A. vertretenen Auffassung könnte man sich gegenteilig fragen, welche Gründe für eine (absolute) Priorisierung von Sicherheitsinteressen sprechen würden und welche Auswirkungen eine ebensolche zeitigen würde. Dabei dient die Kunstfigur des «Grundrechts auf Sicherheit», welches die Sicherheit auf die Stufe eines subjektiven Grundrechts hievt, als eigentliches *Negativbeispiel*. Ein aus allgemeinen staatlichen Schutzpflichten hergeleitetes «Grundrecht auf Sicherheit» verkehrt die subjektiv-rechtliche *Abwehrfunktion* der Freiheitsrechte *in ihr Gegenteil*, indem der Staat, über die bestehenden staatlichen Schutzpflichten hinaus, ganz allgemein

¹¹¹ Vgl. hierzu und den nächsten zwei Sätzen BUCHHOLTZ, S. 3.

¹¹² Vgl. auch GIERHAKE, S. 154; TODESCHINI, Rz 24; VAN OUYEN, in : JBÖS, S. 43.

¹¹³ So u.a. auch PAPIER, in: Papier/Heer/Kellermann, S. 17.

zu grundrechtsintensiven sicherheitswahrenden staatlichen Handlungen ermächtigt und verpflichtet würde. Aus *praktischen Gründen* spricht gegen ein «Grundrecht auf Sicherheit», dass dieses in der Rechtsanwendung im Einzelfall regelmässig mit den Freiheitsgrundrechten kollidieren würde und ein stichhaltiges Prinzip zum Ausgleich nicht besteht, was auf eine «*beliebige Verrechnung*» der Rechte hinauslaufen würde.¹¹⁴ Die Priorisierung der Sicherheit in Gestalt eines «Grundrechts auf Sicherheit» würde zudem eine *Tendenz* weg vom *Individual-* hin zum *Gesellschaftsschutz* zementieren. Dies veranschaulichen nicht zuletzt die den Konzeptionen von SCHMITT, JAKOBS und DEPENHEUER zugrundeliegenden Argumentationsstrukturen, welche allesamt auf die Dichotomie von Freund und Feind zurückgreifen. Die Ausführungen von Schmitt sprechen zwar im Singular vom «Einen» und dem «Anderen». SCHMITT sieht den Feind aber als Gefahr für das gesamte «Volk»¹¹⁵; wie auch JAKOBS und DEPENHEUER den Feind letztlich als «Unperson» verstehen, welche das Gemeinwesen an sich gefährdet, indem es dessen Grundwerte ablehnt und bekämpft. Alle drei Autoren definieren den «Feind» aus der Optik der «guten» Mehrheit der Gesellschaft und setzen diesen in ein Verhältnis zu den Sicherheitsinteressen der Mehrheit, wodurch sich der Feind zwingend und stets in der numerischen Minderheit befindet. Ob die Mehrheit die Minderheit pauschal als «Feind», oder aber anderweitig und differenzierter kategorisiert, ist letztlich nicht entscheidend, da die konkrete Bezeichnung von der Mehrheit festgelegt wird und dabei massgeblich von den in der Mehrheitsgesellschaft portierten Bildern und Narrativen geprägt ist.¹¹⁶ Je spezifischer die Kategorisierung eines sich in der Minderheit befindlichen «Feindes» ausfällt, umso geringer ist dessen numerischer Anteil im Verhältnis zur

¹¹⁴ Im Zuge einer solchen Kollision bzw. Verrechnung würde die Sicherheit zudem gewissermassen «doppelt» berücksichtigt. Einerseits im Rahmen der Eingriffsprüfung in die betroffenen Freiheitsrechte, welche ein öffentliches Sicherheitsinteresse verlangt. Andererseits auf der Ebene des vom Grundrecht auf Sicherheit subjektiv Berechtigten, dessen Grundrechte der Staat zu schützen hat. Vgl. dazu etwa BGE 140 I 2 E. 10.5.2. Ausführlicher zu den Eingriffsvoraussetzungen von Art. 36 BV im Zusammenhang mit den Massnahmen zur Verhinderung von terroristischen Aktivitäten weiter hinten §8, I., 5.

¹¹⁵ Siehe SCHMITT, S. 29; JAKOBS, in: HHRS, S. 88 ff.; SAMOUR, in: Kulick/Goldhammer, S. 52.

¹¹⁶ Bspw. bestehen im Kontext der aktuellen schweizerischen Terrorismusbekämpfung Anhaltspunkte, dass der Begriff des «Feindes» durch spezifischere Kategorisierungen, wie bspw. «Risikoperson», «Jihadismusreisender» oder – für die gegenständliche Arbeit besonders relevant – «terroristischer Gefährder», surrogiert wurde. Ausführlicher zu dieser neuen Rechtsfigur weiter hinten §7, II.-V., VIII.

Gesamtbevölkerung, wodurch der mögliche Rückhalt durch die Mehrheitsgesellschaft für die betroffene Minderheitsgruppe umso unwahrscheinlicher wird.

3. **Berücksichtigung eines «Mehrheit-Minderheit-Konfliktes»**

Die vorstehenden Überlegungen verdeutlichen, dass in der Verhältnisbestimmung von Freiheit und Sicherheit die faktische *Existenz* eines «*Mehrheit-Minderheit-Konfliktes*» anerkannt und mitberücksichtigt werden sollte.¹¹⁷ Die Thematik der vorliegenden Arbeit dient dabei als exemplarisches Anschauungsbeispiel. Indem der schweizerische Gesetzgeber zur Verhinderung von terroristischen Aktivitäten unter Hinweis auf überwiegende Sicherheitsinteressen gegen «terroristische Gefährder»¹¹⁸ gerichtete Normen geschaffen hat, hat dieser damit auch substantielle Eingriffe¹¹⁹ in die individuellen Freiheitsrechte der zahlenmässig vernachlässigbaren Minderheitskategorie der «terroristischen Gefährdern» in Kauf genommen. Diese Konstellation exemplifiziert einen «Mehrheit-Minderheit-Konflikt», welcher zudem ein Feind-Freund-Schema zugrunde liegt, indem die gesetzgebende Mehrheit der als feindlich wahrgenommenen Minderheitskategorie der «terroristischen Gefährder» einschneidendes Sonderrecht zumutet. Dabei sollte im Verhältnis zwischen individueller Freiheit und kollektiver Sicherheit anerkannt werden, dass ein bestehender «Mehrheit-Minderheit-Konflikt» die Gefahr birgt, dass eine (vermeintlich) bedrohte gesetzgebende Mehrheit sicherheitssteigernder Gesetzgebung selbst dann zustimmen könnte, wenn diese unverhältnismässige Auswirkungen auf die Rechtsposition der die Gefährdung begründenden Minderheit zeitigen.¹²⁰ JAKOBS selbst begründete die Notwendigkeit der «ehrlichen Unterscheidung» zwischen

¹¹⁷ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz auch CONINX/MONA, S. 15.

¹¹⁸ Ausführlich zur Definition des terroristischen Gefährders i.S.v. Art. 23e BWIS weiter hinten §7.

¹¹⁹ Ausführlich zu einzelnen Massnahmen zur Verhinderung von terroristischen Aktivitäten nach dem 5. Abschnitt des BWIS sowie den damit verbundenen Grundrechtseingriffen weiter hinten §8, II.

¹²⁰ Vgl. hierzu auch BINDER/JACKSON, in: Kulick/Goldhammer, S. 141. Ansätze für einen «Mehrheit-Minderheit-Konflikt» hat der Schreibende im Rahmen der nachfolgenden Auswertung politischer Vorstösse in der Schweiz gemacht, welche zur Bekämpfung von Terrorismus Verschärfungen im Bereich des Ausländer- und Asylrechts forderten. Die bürgerliche gesetzgebende Mehrheit verlangte dabei einschneidende Einschränkungen zu Lasten der ausländischen Minderheit. Hierzu Fn. 512.

Bürger- und Feindstrafrecht u.a. auch damit, dass die Bekämpfung von Terrorismus eine Verlagerung der Strafbarkeit weit ins Vorfeld, mithin eine Erosion des liberalen Strafrechts, bewirke, welche für Bürger nicht zumutbar sei.¹²¹ Indem JAKOBS dem «Bürger» das liberale Strafrecht erhalten und das weitgehende Instrumentarium des Feindstrafrechts ersparen wollte, argumentiert er ausschliesslich aus einer Mehrheitsperspektive und veranschaulicht dadurch implizit die problematischen Folgen eines aus einem Mehrheit-Minderheit-Konflikts resultierenden Denk- und Handlungsmusters. In Anerkennung der Existenz von «Mehrheit-Minderheit-Konflikten» sollte in einem zweiten Schritt die rechtliche *Position der Minderheit*, bspw. eines «terroristischen Gefährders», eingenommen werden.¹²² Wie kann sich diese rechtlich gegen eine in Sicherheitsbelangen überschüssende Gesetzgebung der Mehrheit erwehren? Im Rahmen dieses notwendigen *Perspektivenwechsels* wird im rechtlichen Verhältnis von individueller Freiheit und kollektiver Sicherheit der herausragende Wert der, im Zuge der Aufklärung ausgebildeten, subjektiv-grundrechtlichen Abwehransprüche gegen staatliche Eingriffe deutlich. Dabei binden die Grundrechte auch die gesetzgebende Mehrheit normativ zurück und schützen diese letztlich auch vor ihrem eigenen sicherheitspolitischen Übereifer. Die vorstehenden Ausführungen verdeutlichen, dass im Verhältnis von Freiheit und Sicherheit in einem demokratischen Staat der Bestand eines «Mehrheit-Minderheit-Konfliktes» sowie der Minderheitsposition angemessen berücksichtigt werden sollte, wodurch wiederum ersichtlich wird, dass ein auf die Verwirklichung der individuellen Freiheitsrechte ausgerichteter Staatszweck eher im Interesse aller Grundrechtsberechtigten liegt, als dies ein die Sicherheit an sich priorisierender Staatszweck täte.¹²³

¹²¹ Siehe hierzu JAKOBS, in: HHRS, S. 88 ff.; SAMOUR, in: Kulick/Goldhammer, S. 52.

¹²² Siehe dazu und den nachfolgenden zwei Sätzen interessant CONINX/MONA, S. 8 f. Einen solchen Perspektivenwechsel legt bereits der in der Präambel zur BV enthaltene Passus, wonach «(..) die Stärke des Volkes sich misst am Wohl der Schwachen», nahe. Hierzu ausführlicher weiter hinten §7 und §8.

¹²³ Überzeugend formuliert von GIERHAKE: «Ist Ziel der Schaffung eines Staates allgemeine Freiheitsrealisation, so kann der «Preis», den der Einzelne für die vom Staat geleistete Garantie zahlen muss, niemals seine eigene Freiheit sein.» GIERHAKE, S. 97.

4. Fazit

Einleitend gilt es zu resümieren, dass Freiheit wohl ein gewisses Mass an Sicherheit erfordert und dass es absolute Sicherheit auch um jeden Preis nicht geben kann. Im Einzelfall ist stets ein verhältnismässiger Ausgleich zwischen den im Interesse der Mehrheit liegenden Sicherheit(-smassnahmen) und den von einer Minderheit eingeschränkten Freiheit(-srechten) zu suchen.¹²⁴

«Es bleibt also bei dem (nur scheinbar) paradoxen Befund, dass der wehrhafte Staat um der Freiheit Willen verletzlich ist und zugleich seine Wesensbedingung – die Freiheit – nicht umfassend schützen kann. Vielleicht aber liegt in dieser Verletzlichkeit gerade eine Stärke, die sich in den schwächsten Momenten besonders entfalten kann – dann nämlich, wenn sich der Rechtsstaat seiner rechtsstaatlichen Mittel bedient.»¹²⁵

§ 2 SICHERHEIT ALS KONZEPT

I. SICHERHEITSBEGRIFF UND SCHWEIZERISCHE SICHERHEITSPOLITIK

1. Sicherheit als mehrdimensionales Konzept

Sicherheit, aus dem Lateinischen «securitas», wurde in der Zeit des römischen Reiches als «subjektiver Seelenzustand der Freiheit von Sorge und Schmerz»¹²⁶ verstanden. Der Sicherheitsbegriff umfasst eine äussere und eine innere Komponente, welche sich in der Unterscheidung zwischen objektiver Sicherheitslage und subjektivem Sicherheits-

¹²⁴ Vgl. auch MOECKLI, in: Diggelmann/Randall/Schindler, Band III, S. 2262; BUCHHOLTZ, S. 3.

¹²⁵ BUCHHOLTZ, S. 5. Ähnlich und überzeugend auch DOBIN, S. 40. Dazu in Bezug auf die schweizerische Terrorismusbekämpfung treffend die Wortmeldung von Min Li Marti: «Wir müssen uns auch die Frage stellen, wie wir vermitteln wollen, dass unsere Werte, unsere Demokratie und unser Rechtsstaat der totalitären Ideologie von Terroristen überlegen sind, wenn wir unsere Grundwerte, unsere Grundrechte selber nicht ernst nehmen». Siehe Wortmeldung Min Li Marti, Nationalrat Sommersession, AB 2020 S. 1103 f.

¹²⁶ ROBBERS, S. 29 (m.w.H.); BRUGGER, S. 7; <https://brockhaus.de/ecs/enzy/article/sicherheit>.

gefühl¹²⁷ manifestiert.¹²⁸ Sicherheit¹²⁹ ist als Begriff und Konzept schwer fassbar, weil sie in unterschiedlichen Rahmenbedingungen Verwendung findet und in ihren Ausprägungen gesellschaftliche, technische und individuelle Dimensionen beschlägt, weshalb der mehrdimensionale Sicherheitsbegriff sowie damit verbundene Sicherheitsfragen sämtliche menschlichen Lebensbereiche durchdringen.¹³⁰ In diesem Kontext wirkt der Begriff der «Risikogesellschaft» plastisch, wonach das Leben aller Individuen umfassend mit potenziellen Gefahren durchdrungen ist, diese nicht gänzlich verhindert werden können und menschliche Entscheidungen daher stets von einem gewissen Mass an Unsicherheit resp. einem *Restrisiko* geprägt sind.¹³¹ Eine Annäherung an das Konzept von Sicherheit lässt sich auch erreichen, wenn man sich umgekehrt überlegt, wann eine Situation von Unsicherheit besteht. Als *Ist-Zustand* lässt sich Sicherheit negativ als die «Abwesenheit ihrer objektiven Gegenbegriffe»¹³² definieren.¹³³ Unsicherheit charakte-

¹²⁷ Vgl. hierzu eingehend MEYER, in: Arndt et al., S. 111 ff. (m.w.H.), welcher zu Recht darauf hinweist, dass dieser Begriff einen Pleonasmus darstellt. Zur Sicherheitslage und zum subjektiven Sicherheitsempfinden im Kontext von terroristischen Bedrohungen weiter hinten §4, II. und III.

¹²⁸ Vgl. ANDEXINGER, in: Lange/Wendekamm/Endress, S. 113. Beide Komponenten können Wechselwirkungen aufweisen, indem bspw. das individuelle Sicherheitsgefühl letztlich die subjektive Bewertung einer objektiv (oder vermeintlich objektiv) bestehenden Sicherheitslage darstellt und umgekehrt aus einer Vielzahl subjektiv verängstigter Personen eine objektive Bedrohung für die Sicherheitslage resultieren kann. Dazu auch MEYER, in: Arndt et al., S. 120 ff. (m.w.H.).

¹²⁹ Die deutsche und die italienische Sprache kennt einzig den Begriff «Sicherheit bzw. sicurezza», während dem im Englischen und Französischen zwischen «sécurité bzw. safety» im Sinne von Betriebssicherheit, und «sûreté bzw. security», verstanden als die Sicherheit vor Gefahren aus intendierten Angriffen, differenziert wird. Vgl. SCHWEIZER/MOHLER, in: Ehrenzeller et al., Vorb. Art. 57 Rz 10; DEUTSCHER BUNDESTAG, Grundrecht auf Sicherheit, S. 5.

¹³⁰ Vgl. dazu ausführlicher DIGGELMANN/ALTWICKER, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 57 Rz 12 ff. (m.w.H.). Siehe auch HALLMANN/KRÄMER, in: Alwart/Heiner/Krämer, S. 1 ff. Zur Sicherheit als «sozialem Konstrukt» SIX, in: JEP, S. 6 f.

¹³¹ «Auch im Bereich der inneren Sicherheit kann es nicht annähernd einen Zustand absoluter Sicherheit geben. Der Staat, der alle Risiken ausschliessen wollte, müsste alles wissen, alles können und alles dürfen, er würde also zu einer Quelle dessen, was er eigentlich ausschliessen wollte, der Unsicherheit.», DOBIN, S. 45. Zum Ganzen auch, BRUGGER, S. 7 f.

¹³² Möglich Gegenbegriffe wären bspw. Gefahr, Bedrohung, Risiko, Unordnung oder Angst.

¹³³ Siehe auch DIGGELMANN/ALTWICKER, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 57 Rz 11; RUCH, in: Schweizer, S. 21: «Sicherheit kann verstanden werden als Abwesenheit von Gefahr – von Ereignissen, die Schaden bewirken können –, als Situation, in der jede Beeinträchtigung eines bestehenden Zustands und jede negative Beeinflussung eines unerwünschten Zustands ausbleibt und ausbleiben muss».

risiert sich dabei durch die Grösse der Wahrscheinlichkeit, mit welcher ein Schaden bzw. ein bestimmter Nachteil eintritt, wobei die Grösse der Wahrscheinlichkeit eines Schadeneintritts das «Risiko» darstellt.¹³⁴ Sicherheit lediglich als Lage oder Ist-Zustand zu erfassen, lässt unberücksichtigt, dass diese auch eine eigentliche «Wertidee»¹³⁵ darstellt und ihr als Staatsziel¹³⁶ überdies auch ideelle Bedeutung zukommt.¹³⁷ Über den Ist-Zustand hinaus stellt Sicherheit auch eine normative Zielsetzung und soziale Fiktion eines (letztendlich unerreichbaren) Zustandes dar.¹³⁸ Schon nur umgangssprachlich werden mit Sicherheit auch Begriffe, wie bspw. «Geborgenheit, Schutz, Risikolosigkeit, Gewissheit, Verlässlichkeit, Vertrauen, oder Vorausssehbarkeit»¹³⁹ assoziiert. Vertrauen und Vorausssehbarkeit implizieren dabei – über den Ist-Zustand hinaus – eine eigentliche erwartungsvolle «Zukunftssicherheit»¹⁴⁰, welche den Staat zur Vornahme von diffizilen prognostischen Beurteilungen verpflichtet.¹⁴¹

¹³⁴ Vgl. RUCH, in: Schweizer, S. 26 (m.w.H.). Mit anderer Risikodefinition SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, in: Schweizer, S. 69. Ausführlicher zum Begriff des Risikos im Kontext von terroristischen Bedrohungen in der Schweiz weiter hinten §8, I., 2.

¹³⁵ Als *Wertidee* wird Sicherheit *subjektiv* nach Massgabe des Bildungsstandes oder der zugrundeliegenden politischen Einstellung *unterschiedlich beurteilt*, indem bspw. politisch links eingestellte Personen sich im öffentlichen Raum signifikant sicherer fühlen, als sich politisch in der Mitte oder rechts verortende Personen, da Letztere dem Wert «Sicherheit» einen höheren Stellenwert einräumen und sie diesen auch eher als bedroht wahrnehmen. Hierzu ausführlicher §4, III.; SZVIRCSEV et al. (Hrsg.), Sicherheit 2020, S. 87 f. (m.w.H.).

¹³⁶ Vgl. für die Schweiz Art. 2 Abs. 1 BV. Hierzu sogleich §2, I., 2.

¹³⁷ «Sicherheit bezeichnet in diesem Sinne weniger einen Zustand oder eine eindeutig fassbare soziale Situation – wenngleich sich im Alltag auch dieser Wortgebrauch feststellen lässt –, sondern ein Programm, eine Zielbestimmung, die sich in sozialem Handeln, in politischen Aktionen, in psychischen Reaktionen, technischen Vorkehrungen, wissenschaftlichen Berechnungen, moralischen Appellen, gesetzlichen Regelungen und gesellschaftlichen Institutionen ausdrücken kann.» <https://brockhaus.de/ecs/enzy/article/sicherheit>. Vgl. auch DEUTSCHER BUNDESTAG, Grundrecht auf Sicherheit, S. 4.

¹³⁸ So auch DEUTSCHER BUNDESTAG, Grundrecht auf Sicherheit, S. 7.

¹³⁹ <https://brockhaus.de/ecs/enzy/article/sicherheit>.

¹⁴⁰ Vgl. hierzu HÄCHLER in: Coninx/Ege/Mausbach, S. 5. Allgemein zu Prognoseentscheiden im Sicherheitsrecht ALTWICKER, S. 631 f.

¹⁴¹ Dies zeigt sich beispielhaft im polizei-präventiven Umgang der Schweiz mit sog. «terroristischen Gefährdern». Ausführlich zur Prognosestellung bei der polizei-präventiven Terrorismusbekämpfung weiter hinten §7, VI. Eingehend und interessant zu Prognoseentscheidungen im öffentlichen Recht GOLDHAMMER, S. 1 ff.

2. Sicherheitspolitik und Sicherheitsbegriff im Wandel

Art. 2 Abs. 1 BV sieht vor, dass die Schweizerische Eidgenossenschaft die «Freiheit und die Rechte des Volkes» schützt und die «Unabhängigkeit und Sicherheit des Landes»¹⁴² wahrt.¹⁴³ Die *schweizerische Sicherheitspolitik* dient der *Verwirklichung* der Zielbestimmung von Art. 2 Abs. 1 BV.¹⁴⁴ Die Ziele, Interessen und Strategien der schweizerischen Sicherheitspolitik orientieren sich wiederum an den globalen Entwicklungen, was sich durch einen summarischen Rückblick in die nähere Vergangenheit verdeutlichen lässt.¹⁴⁵ Während des kalten Krieges wurde die internationale Politik und der sicherheits- und machtpolitische Diskurs durch den «tiefgreifenden bipolaren Antagonismus»¹⁴⁶ zwischen den Supermächten USA und Sowjetunion dominiert. Bei dieser Ausgangslage mass sich die Schweiz als Kleinstaat einen stark beschränkten sicherheitspolitischen Handlungsspielraum zu.¹⁴⁷ Im sicherheitspolitischen Diskurs überwog die Ansicht, dass die Sicherheit des Landes am zuverlässigsten durch eine Doktrin der *bewaffneten*

¹⁴² Vgl. hierzu ausführlicher EHRENZELLER, in: Ehrenzeller et al., Art. 2 Rz 6 ff.; BIAGGINI-BV-Kom, Art. 2 Rz 8; SAMELI, S. 60 ff.

¹⁴³ Dem Wesen einer *Staatszielbestimmung* entsprechend, statuiert Art. 2 BV Ziele und Aufgaben, denen primär programmatische Bedeutung zukommen. Die einzelnen in Art. 2 BV vorgesehenen Ziele lassen sich in Freiheits-, Sicherheits- Wohlfahrts- und Nachhaltigkeitsziele kategorisieren. Vgl. hierzu ausführlicher BELSER, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 2 Rz 4, 9; BIAGGINI-BV-Kom, Art. 2 Rz 2.

¹⁴⁴ Vgl. BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7833. «Die schweizerische Sicherheitspolitik hat zum Ziel, die Handlungsfähigkeit, Selbstbestimmung und Integrität der Schweiz und ihrer Bevölkerung sowie ihre Lebensgrundlagen gegen Bedrohungen und Gefahren zu schützen und einen Beitrag zu Stabilität und Frieden jenseits der Grenzen zu leisten», BUNDESRAT, SIPOL 2010, BBl 2010 5143; BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7833.

¹⁴⁵ Vgl. WENGER/NÜNLIST, S. 24.

¹⁴⁶ WENGER/NÜNLIST, S. 24.

¹⁴⁷ Vgl. hierzu sowie zum nächsten Satz HAGMANN (et al.), S. 99. Vgl. für einen Überblick über den damaligen Kontext auch das erste umfassende Strategiepapier zur schweizerischen Sicherheitspolitik BUNDESRAT, Bericht 1973, BBl 1973 112 ff. Vgl. auch WENGER/NÜNLIST, S. 24.

*Neutralität*¹⁴⁸ gewährleistet werden könne.¹⁴⁹ Nach Ende des kalten Krieges nahmen die konventionellen militärischen Bedrohungen ab, womit neue «Bedrohungen und Gefahren»¹⁵⁰ in den sicherheitspolitischen Fokus gelangten.¹⁵¹ Exemplarisch zeigt dies der, rund einen Monat vor dem «Berliner Mauerfall», veröffentlichte «Bericht 90», welcher erstmals vorsah, dass auch *nicht machtpolitisch bedingte* Entwicklungen, u.a. in den Bereichen Drogenhandel¹⁵², Migration¹⁵³ und Ökologie¹⁵⁴ von sicherheitspolitischer Relevanz seien. Diese neuen Bedrohungsbilder wiesen allesamt internationale Bezüge auf, wodurch der Stellenwert nationaler und internationaler sicherheitspolitischer Kooperation augenscheinlich wurde. Ab dem Jahre 2000 basierte die sicherheitspolitische Strategie der Schweiz auf dem Credo «*Sicherheit durch Kooperation*»¹⁵⁵. Sicherheitspolitik

¹⁴⁸ Vgl. SCHINDLER, Neutralität, S.353 m.H.a. BBL 1947 I 543, wo bereits 1947 zu lesen stand: «Mit seiner Neutralitätspolitik hofft das Schweizervolk sich auch fernerhin von allen kriegerischen Auseinandersetzungen fernhalten zu können; es sieht in der unbedingten Neutralität ein wertvolles Mittel zur Wahrung des Friedens und damit zur Behauptung seiner Unabhängigkeit. Dieses Bekenntnis zur Neutralität ist aber nur dann wirksam, wenn der Wille und die Möglichkeit besteht ihrer allfälligen Verletzung mit bewaffneter Macht entgegenzutreten». Vgl. für eine kritische Übersicht über die *verschiedenen Diskurse zum Neutralitätsverständnis*, KREIS, S. 255 ff. Das Neutralitätsrecht ist nach Ansicht des Bundesrates auf die Terrorismusbekämpfung nicht anwendbar, da keine zwischenstaatliche Kriegsführung vorliegt. Vgl. dazu Stellungnahme des Bundesrates vom 1.3.2006 auf die *Interpellation Nr. 05.3796* Terrorbekämpfung. Gefährdungsanalyse vom 14.12.2005.

¹⁴⁹ HAGMANN (et al.), S. 99; WENGER/NÜNLIST, S. 25 (m.w.H.).

¹⁵⁰ Eine *Bedrohung* setzt einen Willen voraus, die Schweiz oder ihre Interessen zu schädigen oder zumindest eine solche Schädigung in Kauf zu nehmen. Eine *Gefahr* setzt keinen Willen zur Schädigung voraus und umschliesst in diesem Sinne bspw. auch Naturgefahren sowie technische Gefahren. Vgl. BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBL 2016 7787.

¹⁵¹ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz MOECKLI, in: Moeckli, Sicherheitspolitik, S. 9; HAGMANN (et al.), S. 100. Zu den neuen Bedrohungen nach Ende des kalten Krieges auch POSPISIL, in: JEP, S. 23 f.

¹⁵² BUNDESRAT, Bericht 90, BBl 1990 857.

¹⁵³ «Es muss mit transnationalen Wanderungsströmen grossen Ausmasses zwischen armen Regionen und aus den armen in die reichen Länder gerechnet werden, wenn es nicht gelingt, durch Geburtenkontrolle, wirtschaftliche und finanzielle Massnahmen sowie internationale Zusammenarbeit allen Menschen Hoffnung auf ein menschenwürdiges Leben in ihrer Heimat zu geben». BUNDESRAT, Bericht 90, BBl 1990 859.

¹⁵⁴ Bereits damals in der an sich gebotenen Klarheit: «In vielen lebenswichtigen Naturkreisläufen ist durch menschliche Einwirkung eine starke globale Belastung festzustellen, die zum Teil alarmierende Ausmasse angenommen hat». BUNDESRAT, Bericht 90, BBl 1990 860.

¹⁵⁵ Die schweizerische Strategie der nationalen und internationalen Sicherheitskooperation wurde im «SIPOL 2000» erstmals eingeführt. BUNDESRAT, SIPOL 2000, BBl 1999 7658, 7686.

wurde seither verstärkt als *Querschnittsaufgabe* derjenigen staatlichen Akteure und Aktivitäten verstanden, welche die Prävention, Abwehr und Bewältigung von Gefahren und Bedrohungen zum Gegenstand haben.¹⁵⁶

3. Erweiterter Sicherheitsbegriff

A. Horizontale und vertikale Begriffserweiterung

Wie bereits erwähnt, wurde Sicherheit bis zum Ende des kalten Krieges im sicherheitspolitischen Kontext als Schutz der staatlichen Souveränität und der territorialen Integrität vor militärischen Bedrohungen verstanden.¹⁵⁷ Der mit dem Ende des kalten Krieges einhergehende Systemwandel in Europa zeitigte auch Auswirkungen auf den Sicherheitsbegriff an sich. Die OSZE formulierte bereits im Jahre 1990 einen Ansatz für einen umfassenden Sicherheitsbegriff im Jahre 1990, welcher eine politisch-militärische, eine wirtschaftlich-ökologische und eine menschliche Dimension beinhaltete.¹⁵⁸ Der vormals staatszentrierte Sicherheitsbegriff wurde so um ökonomische, ökologische, demografische sowie technische Dimensionen erweitert, was eine «*horizontale Erweiterung*»¹⁵⁹ des Sicherheitsbegriffs zur Folge hatte. Parallel dazu erfuhr der Sicherheitsbegriff auch eine «*vertikale Perspektiverweiterung*»¹⁶⁰, indem neben dem Staat auch das Individuum in das Konzept der Sicherheit miteingedacht wurde.¹⁶¹ Dem Konzept der nationalen Sicherheit wurde folglich vermehrt das *Konzept menschlicher Sicherheit* gegenübergestellt.¹⁶²

¹⁵⁶ BUNDESRAT, SIPOL 2000, BBl 1999 7664; Vgl. auch HAGMANN (et. al), S. 100.

¹⁵⁷ Vgl. hierzu und zu den folgenden zwei Sätzen TRACHSLER, S. 2; WERKNER, Gerechter Frieden durch menschliche Sicherheit, in: Werkner/Oberdorfer, S. 2, SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, in: Schweizer, S. 70.

¹⁵⁸ Vgl. OSCE – Human Dimension 2, S. 58 ff; BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 7807.

¹⁵⁹ Vgl. zu diesem Zitat, dem gesamten und dem nächsten Satz WERKNER, Gerechter Frieden durch menschliche Sicherheit, in: Werkner/Oberdorfer, S. 2 (m.w.H.). Vgl. auch SIX, in: JEP, S. 6 f.

¹⁶⁰ WERKNER, Gerechter Frieden durch menschliche Sicherheit, in: Werkner/Oberdorfer, S. 3; DEBIEL, Human Security und die Vereinten Nationen, in: Werkner/Oberdorfer, S. 15.

¹⁶¹ SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, in: Schweizer, S. 70.

¹⁶² MOECKLI, in: Diggelmann/Randall/Schindler, Band III, S. 2262. «Diejenigen, die auf Seiten der Zivilgesellschaft für einen erweiterten Sicherheitsbegriff eintraten, hofften, mit dessen Hilfe

B. Menschliche Sicherheit im Besonderen

Das Konzept menschlicher Sicherheit wurde insbesondere durch den UN Human Development Report¹⁶³ von 1994 politisch lanciert.¹⁶⁴ Menschliche Sicherheit umfasste gemäss dem UN Human Development Report sieben Dimensionen. Namentlich wirtschaftliche Sicherheit, Nahrungssicherheit, Gesundheit, Umweltsicherheit, persönliche Sicherheit, Sicherheit der Gemeinschaft und politische Sicherheit. Die weit gefasste UNDP-Definition beinhaltete eine *persönliche Sicherheitsdimension*¹⁶⁵, namentlich die Freiheit von Furcht sowie eine *persönliche Entwicklungsdimension*, die Freiheit von Not, welche die ökonomisch-soziale Sicherheit des Individuums zum Gegenstand hat.¹⁶⁶ Referenzpunkt des Konzepts ist der einzelne Mensch in all seinen Ausprägungen.¹⁶⁷ Staatliche Sicherheitsgewährleistung soll dabei dem Schutz des Lebens, des wirtschaftlichen Auskommens sowie weiterer elementarer Bedürfnisse der menschlichen Existenz dienen. Im UNO-System erwies sich dieses neue Konzept als unkonventionell, weil es veranschaulichte, dass die Sicherheit eines Individuums auch durch Staaten bedroht sein kann. Dadurch verdeutlichte es «den janusköpfigen Charakter des Staates als Garant und Gefährder der physischen und psychischen Integrität

ihre Kritik der militärischen Sicherheitspolitik zu schärfen, indem sie sich auf die Sprache der offiziellen Politik einliessen. Man stellte dem Sicherheitsbegriff der Hohen Politik nicht länger den eigenen Friedensbegriff entgegen, sondern machte der Hohen Politik den Sicherheitsbegriff streitig.» BROCK, in: JEP, S. 42.

¹⁶³ Der UN Human Development Report von 1994 ist abrufbar unter <https://hdr.undp.org/en/content/human-development-report-1994>.

¹⁶⁴ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz TRACHSLER, S. 2 (m.w.H.); POSPISIL, in: JEP, S. 27 ff.; THÜRER, S. 15.

¹⁶⁵ «The Secretary-General fully embraces a broad vision of collective security. The threats to peace and security in the 21st century include not just international war and conflict, but terrorism, weapons of mass destruction, organized crime and civil violence». Siehe UNO, In Larger Freedom, S. 24 f.

¹⁶⁶ Vgl. auch DIGGELMANN/ALTWICKER, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 57 Rz 17 (m.w.H.).

¹⁶⁷ Siehe hierzu und zum nächsten Satz MOECKLI, in: Diggelmann/Randall/Schindler, Band III, S. 2262.

des Individuums»¹⁶⁸.¹⁶⁹ Gewisser Kritik¹⁷⁰ unbeachtlich, stiess das Konzept innert kurzer Zeit auf beachtliche internationale Resonanz und fand dabei u.a. auch Eingang in die Aussenpolitik der Schweiz.¹⁷¹

4. Aktuelle sicherheitspolitische Strategie der Schweiz

A. Sicherheitspolitische Bedrohungen

Als für die Schweiz massgebliche Bedrohungen nennt der «SIPOL 2021» Bedrohungen aus dem Cyberraum, Beeinflussungsaktivitäten und Desinformation, Terrorismus, gewalttätiger Extremismus, bewaffnete Konflikte, die Entwicklung und Weiterverbreitung von Waffensystemen, verbotener Nachrichtendienst, schwere und organisierte Kriminalität, Katastrophen und Notlagen (wie bspw. Pandemien) sowie sicherheitspolitisch relevante Aspekte der Migration.¹⁷² Gemäss Bundesrat können die einzelnen Bedrohungen dabei «gleichzeitig, koordiniert und sich wechselseitig verstärkend auf

¹⁶⁸ DEBIEL, Human Security und die Vereinten Nationen, in: Werkner/Oberdorfer, S. 15. Ähnlich auch POSPISIL, in: JEP, S. 26.

¹⁶⁹ DEBIEL, Human Security und die Vereinten Nationen, in: Werkner/Oberdorfer, S. 15. Zum Ganzen auch BROCK, in: JEP, S. 53 f.

¹⁷⁰ Neben der Kritik wegen definitorischer Unschärfe und allzu üppiger konzeptioneller Breite wurden gegenüber dem Konzept, insbesondere von Seiten nicht-westlicher Staaten, auch Befürchtungen geäussert, wonach die menschliche Sicherheit als Vorwand verwendet werden könnte, um das im UN-System damals unbestrittene Prinzip der staatlichen Souveränität aufzuweichen und letztlich eine interventionistische Politik zu befördern. Vgl. WERKNER, Gerechter Frieden durch menschliche Sicherheit, in: Werkner/Oberdorfer, S. 4; TRACHSLER, S. 2. In diesem Sinne auch kritisch POSPISIL, in: JEP, S. 27.

¹⁷¹ Vgl. WERKNER, Gerechter Frieden durch menschliche Sicherheit, in: Werkner/Oberdorfer, S. 4. Art. 54 BV erteilt der Aussenpolitik explizit den Auftrag, sich für die Achtung der Menschenrechte einzusetzen, die Demokratie zu fördern und zu einem friedlichen Zusammenleben der Völker beizutragen. Innerhalb des EDA ist die Abteilung Menschliche Sicherheit zuständig für die Förderung des Friedens und der Menschenrechte im Rahmen der aussenpolitischen Strategie des Bundesrats. Die menschliche Sicherheit ist im Bereich konkreter politischer Massnahmen in unzähligen Projekten von internationalen Organisationen, Staaten und NGOs aber nach wie vor fest verankert. So griff etwa auch die EU das Konzept im Rahmen ihrer Sicherheitsstrategie von 2003 auf. Vgl. zum Vorangehenden TRACHSLER, S. 3; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, in: Schweizer, S. 70.

¹⁷² Siehe SIPOL 2021, BBI 2021 2895 ff., S. 12. Ausführlicher zu den vorerwähnten einzelnen Bedrohungslagen siehe SIPOL 2021, BBI 2021 2895 ff., S. 12-22.

die Schweiz einwirken und das politische System der Schweiz, ihre Bevölkerung und ihre Infrastruktur gefährden»¹⁷³.

B. Sicherheitspolitische Prinzipien und Interessen der Schweiz

Die *sicherheitspolitischen Prinzipien* bestimmen «den Rahmen für die Gestaltung der Schweizer Sicherheitspolitik», wobei diese «im Lichte politischer und gesellschaftlicher Entwicklungen immer wieder zu überprüfen» sind.¹⁷⁴ Zu den Prinzipien zählen im Verhältnis zu ausländischen Staaten die *Kooperation* und die *Neutralität* der Schweiz sowie deren Engagement für die Demokratie, die Respektierung des Völkerrechts und die Rechtsstaatlichkeit.¹⁷⁵ Innerhalb der Schweiz basiert die Sicherheitspolitik auf dem *Milizprinzip*, dem *Föderalismus* und der *Subsidiarität*, weshalb die Sicherheitspolitik nach wie vor als *Verbundaufgabe* von Bund, Kantonen und Gemeinden verstanden wird.¹⁷⁶ Neben den vorerwähnten Prinzipien sind für die langfristige Gestaltung der Sicherheitspolitik übergeordnete *sicherheitspolitische Interessen* massgebend.¹⁷⁷ Der Bundesrat erwähnt den zwischenstaatlichen «Gewaltverzicht», staatliche «Selbstbestimmung und Handlungsfreiheit» sowie die Gewährleistung der «Sicherheit der Bevölkerung und kritischer Infrastrukturen» als relevante Interessen.

C. Sicherheitspolitische Ziele

Gemäss Bundesrat liegt dem *sicherheitspolitischen* Sicherheitsbegriff ein umfassendes Verständnis zugrunde.¹⁷⁸ Neben «militärischen Bedrohungen und hybriden Formen der Konfliktaustragung sowie den Bedrohungen durch Terrorismus, gewalttätigen Extremismus und Kriminalität werden auch die sicherheitspolitischen Auswirkungen globaler Herausforderungen bei Klima, Gesundheit und Migration» sowie gegenseitige «Abhängigkeiten der Bedrohungen und Gefahren» berück-

¹⁷³ Siehe SIPOL 2021, BBl 2021 2895 ff., S. 12.

¹⁷⁴ Vgl. zu diesem Satz und den enthaltenen Zitaten SIPOL 2021, BBl 2021 2895 ff., S. 23.

¹⁷⁵ Vgl. hierzu ausführlicher SIPOL 2021, BBl 2021 2895 ff., S. 23.

¹⁷⁶ Vgl. hierzu ausführlicher SIPOL 2021, BBl 2021 2895 ff., S. 23.

¹⁷⁷ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz ausführlicher SIPOL 2021, BBl 2021 2895 ff., S. 23 f.

¹⁷⁸ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz samt Zitaten E-SIPOL 2021, BBl 2021 2895 ff., S. 24.

sichtigt. Das *allgemeine sicherheitspolitische Ziel* der Schweiz ist nach wie vor der Schutz der Handlungsfähigkeit, Selbstbestimmung und Integrität der Schweiz, ihrer Bevölkerung sowie ihrer Lebensgrundlagen vor Bedrohungen und Gefahren.¹⁷⁹ Aufgrund der sicherheitspolitischen Lage, Prinzipien und Interessen formuliert der Bundesrat als Schwerpunkt der Sicherheitspolitik für die kommenden Jahre im SIPOL 2021 *spezifische sicherheitspolitische Ziele*. Namentlich die Stärkung der Früherkennung von Bedrohungen, Gefahren und Krisen [Ziel 1] sowie der internationalen Zusammenarbeit, Sicherheit und Stabilität [Ziel 2].¹⁸⁰ Weiter nennt er die verstärkte Ausrichtung auf hybride Konfliktführung [Ziel 3], den Schutz der freien Meinungsbildung und unverfälschter Information [Ziel 4], die Verstärkung des Schutzes vor Cyberbedrohungen [Ziel 5], die Verhinderung von Terrorismus, gewalttätigem Extremismus, organisierter und übriger transnationaler Kriminalität [Ziel 6], die Stärkung der Resilienz und Versorgungssicherheit bei internationalen Krisen [Ziel 7], die Verbesserung des Schutzes vor Katastrophen und Notlagen und der Regenerationsfähigkeit [Ziel 8] und die Stärkung der Zusammenarbeit zwischen Behörden des Krisenmanagements [Ziel 9].¹⁸¹

D. Sicherheitspolitische Instrumente

Zur Erreichung der sicherheitspolitischen Ziele kann die Schweiz auf verschiedene Politikbereiche und Instrumente zurückgreifen.¹⁸² Die sicherheitspolitischen Instrumente bestehen in und aus *operativen Elementen*, namentlich der Armee, dem Bevölkerungsschutz, dem Nachrichtendienst, der Polizei, der Eidgenössischen Zollverwaltung, dem Zivildienst sowie aus Teilaspekten *einzelner Politikbereiche*, namentlich der Wirtschafts- und der Aussenpolitik.¹⁸³ Im Unterschied zum SIPOL 2021 unterteilte der SIPOL 2016 in

¹⁷⁹ Vgl. BUNDESRAT, SIPOL 2010, BBI 2010 5143; BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBI 2016 7833; SIPOL 2021, BBI 2021 2895 ff., S. 23, wo als allgemeines Ziel zusätzlich auch die Leistung eines Beitrages zu Stabilität und Frieden jenseits der Grenzen genannt wird.

¹⁸⁰ Ausführlicher zu den Zielen 1 und 2 SIPOL 2021, BBI 2021 2895 ff., S. 24.

¹⁸¹ Ausführlicher zu den Zielen 3 bis 9 E-SIPOL, S. 25 f.

¹⁸² Vgl. BUNDESRAT, SIPOL 2010, BBI 2010 5143; BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBI 2016 7833.

¹⁸³ Vgl. dazu ausführlicher SIPOL 2021, BBI 2021 2895 ff., S. 27 ff.; BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBI 2016 7844. Die Armee, der Bevölkerungsschutz, der Nachrichtendienst und die Polizei dienen und befassen sich beinahe ausschliesslich mit der Sicherheit der Schweiz, ihrer Bevölkerung und ihrer Infrastruktur. Bei anderen Instrumenten der Sicherheitspolitik, wie der Aussen- und Wirt-

Berücksichtigung der verschiedenen sicherheitspolitischen Bedrohungen den *Einsatz sicherheitspolitischer Instrumente* chronologisch in die Phasen *Prävention*, *Abwehr* und *Bewältigung*.¹⁸⁴ *Prävention* erfordert die Früherkennung möglicher Bedrohungen und Gefahren, so dass die sicherheitspolitischen Instrumente angemessen auf diese ausgerichtet werden können.¹⁸⁵ Im Falle einer verwirklichten Bedrohung zielen die sicherheitspolitischen Instrumente auf deren *Abwehr* durch passiven Schutz¹⁸⁶ sowie durch aktive Interventionen¹⁸⁷. Schliesslich dienen die sicherheitspolitischen Instrumente auch der *Bewältigung* der Folgen einer verwirklichten Bedrohung.¹⁸⁸

schaftspolitik oder der Zollverwaltung und dem Zivildienst ist Sicherheit nur eines von diversen Aufgabengebieten. Im Übrigen existiert eine Vielzahl weiterer Behörden, welche zur Sicherheit der Schweiz beitragen, welche jedoch nicht den sicherheitspolitischen Instrumenten zugerechnet werden. So etwa das Bundesamt für Informatik und Telekommunikation, das SEM, oder die Transportpolizei, die für Sicherheit und Ordnung im öffentlichen Verkehr eingesetzt wird. Private Sicherheitsfirmen gehören dahingegen nicht zu den sicherheitspolitischen Instrumenten des Landes. Vgl. zum Vorangehenden BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 7844; Zu den privaten Sicherheitsunternehmen etwa auch KÄLIN/LIENHARD/WYTTEBACH, S. 39-44, 49 ff.; SCHUPPLI, S. 49 ff.

¹⁸⁴ BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7844. Ausführlicher zur Rolle der relevantesten operativen sicherheitspolitischen Instrumente im Kontext der Terrorismusbekämpfung in der Schweiz weiter hinten §5, III.

¹⁸⁵ Vgl. hierzu ausführlicher BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7844.

¹⁸⁶ Die sicherheitspolitischen Instrumente dienen dabei der Verhinderung oder Beschränkung eines Schadens, indem diese bspw. für die Überwachung und Bewachung von kritischen Infrastrukturen oder den Bezug von Schutzräumen eingesetzt werden. Vgl. BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7844.

¹⁸⁷ Dabei werden die sicherheitspolitischen Instrumente gegen die *Urheber einer Bedrohung* eingesetzt, wodurch deren Fähigkeit (weiteren) Schaden zu verursachen, verringert oder gänzlich aufgehoben werden soll. Vgl. BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7844.

¹⁸⁸ BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7844 f. Neben der ausdrücklichen Erwähnung als Ziel 7 im SIPOL 2021 setzte bereits der SIPOL 2016 bei der Bewältigung zumindest implizit auf das Konzept der *Resilienz*. Damit ist Widerstands- und Regenerationsfähigkeit Bedrohungs- und Gefahrenlagen gemeint. «Der Begriff wird in der Sicherheitsforschung sowohl verwendet, um die Fähigkeit zur reaktiven Bewältigung eines erlittenen Schadens als auch die andauernde Fähigkeit zum Verkraften von Katastrophen zu beschreiben. Die Sicherheitsforschung versteht unter Resilienz darüber hinaus sowohl die Fähigkeit, Angriffe abwehren und Schäden aushalten und reparieren zu können, als auch die, Strukturen aufzubauen, in denen es zu solchen Angriffen und Schäden gar nicht erst kommt. Um diesen Zustand zu erreichen, bedarf es gemäß der Strategie eines umfassenden Ansatzes, der alle relevanten Stakeholder einbindet.» BENDIEK, S. 2.

II. VERFASSUNGSRECHTLICHE SICHERHEITSORDNUNG DER SCHWEIZ

1. Verfassungsrechtlicher Sicherheitsbegriff

Wie vorstehend aufgezeigt, beschlagen Sicherheitsfragen nahezu sämtliche Lebensbereiche der menschlichen Existenz, wobei diese durch verschiedenartigste Bedrohungen und Gefahren beeinträchtigt werden kann, weshalb es gewissermassen in der Natur der Sache, dass die BV *keinen allgemeinen Sicherheitsbegriff* kennt.¹⁸⁹ Der Begriff «Sicherheit» findet innerhalb der BV viel mehr vielfältige und uneinheitliche Verwendung.¹⁹⁰ In der BV verwendete Sicherheitsbegriffe wie bspw. die «Ernährungssicherheit», die «Sicherheit von Mensch, Tier und Umwelt» oder die «innere und äussere Sicherheit» sind daher stets bereichs-, kontext- und bestimmungsbezogen zu erfassen.

A. Althergebrachtes Konzept: innere und äussere Sicherheit

Auf einem traditionellen Sicherheitsverständnis beruhend, sieht die BV in Anlehnung an den territorialen Ausgangspunkt einer Bedrohung in verschiedenen Bestimmungen die Unterscheidung zwischen «*innerer*» und «*äusserer*» Sicherheit vor.¹⁹¹ Bedrohungen und Gefahren, deren Ursprung im Ausland liegt, wurden dem Bereich der äusseren

¹⁸⁹ Vgl. hierzu sowie zu den nächsten beiden Sätzen DIGGELMANN/ALTWICKER, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 57 Rz 11; BIAGGINI-BV-Kom, Vorbemerkungen Art. 57-61 Rz 2. Sicherheit wird in der BV u.a. in den Art. 41 Abs. 1 lit. a, 57 Abs. 2, 76 Abs. 3, 86 Abs. 3^{bis} lit. b, 94 Abs. 2, 104, 120 Abs. 2 verwendet.

¹⁹⁰ Innerhalb der Lehre besteht weder über die grundsätzliche Notwendigkeit noch über den allfälligen Inhalt einer «Sicherheitsverfassung» Einigkeit. Die Sicherheitsverfassung wird engen, vgl. MEYER, in: Schweizer, S. 238; MOECKLI, in: Diggelmann/Randall/Schindler, Band III, S. 2259 f., und weiten, vgl. insbesondere MOHLER, Grundzüge, S. 30 f. (m.w.H.), Begriffskonzeptionen unterworfen und/oder in «formelle und materielle» Teile, vgl. dazu SCHWEIZER/MOHLER, in: Ehrenzeller et al., Vorb. Art. 57 Rz 1 ff., gegliedert. Grundlegend kritisch zu der Figur der «Bereichsverfassung» BIAGGINI-BV-Kom, Einleitung Rz 10.

¹⁹¹ Vgl. bspw. die Art. 57 Abs. 1, 58 Abs. 2, 173 und 185 BV. Die Unterscheidung in innere und äussere Sicherheit diente historisch auch der Kompetenzklärung, indem das Militär für Bedrohungen von aussen und die kantonalen Polizeikörper für jene von innen zuständig waren. Vgl. MOECKLI, in: Diggelmann/Randall/Schindler, Band III, S. 2261 f.; Bericht Malama, BBL 2012 4476 f.; BIAGGINI-BV-Kom, Vorbemerkungen Art. 57 Rz 4. Zum Ganzen auch Botschaft BWIS, BBL 1994 1137 ff.

Sicherheit zugerechnet.¹⁹² Liegt der Ursprung einer Bedrohung demgegenüber in der Schweiz stünde traditionellerweise eine Gefährdung der inneren Sicherheit der Schweiz im Raum. Eine Gefährdung der inneren Sicherheit beschlägt in ihrer staatspolitischen Ausprägung die grundlegenden Aspekte des friedlichen Zusammenlebens, weshalb es den Bestand und das Funktionieren staatlicher Strukturen an sich zu wahren gilt.¹⁹³ Ebenso sollen elementare Gefährdungen der Gesellschaft sowie Einzelner verhindert werden. Die Unterscheidung zwischen innerer und äusserer Sicherheit wird in Betracht zunehmend vernetzter und grenzüberschreitender Bedrohungs- und Gefahrenlagen als nicht mehr zeitgemäss erachtet.¹⁹⁴ De facto kommt der Unterscheidung zwischen innerer und äusserer Sicherheit indes auch heute noch Relevanz zu, weil sie in bestimmten Verfassungsbestimmungen vorgesehen ist und daher als Kompass in der sicherheitsrechtlichen Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen fungiert.¹⁹⁵

¹⁹² ZUMSTEG, Rz 23; MOECKLI, in: Diggelmann/Randall/Schindler, Band III, S. 2261; Comm. Cst.-AUBERT/MAHON, Art.57 Rz 2; BIAGGINI-BV-Kom, Art. 57 Rz 4. Dem Bund kommt eine umfassende Verbandskompetenz für die Landesverteidigung zu, da es sich dabei um eine «auswärtige Angelegenheit» i.S.v. Art. 54 Abs. 1 BV handelt. Ebenso ist der Bund im Falle eines bewaffneten Konflikts ausschliesslich zuständig. Vgl. auch DIGGELMANN/ALTWICKER, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 57 Rz 33.

¹⁹³ Vgl. dazu und zum nächsten Satz MOECKLI, in: Diggelmann/Randall/Schindler, Band III, S. 2261; SCHWEIZER/MOHLER, in: Ehrenzeller et al., Vorb. Art. 57 Rz 9; BIAGGINI-BV-Kom, Vorb. Art. 57 Rz 4.

¹⁹⁴ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz Bericht Malama, BBL 2012 4477. Zur Kritik an der Unterscheidung zwischen innerer und äusserer Sicherheit vgl. statt vieler DIGGELMANN/ALTWICKER, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 57 Rz 20 (m.w.H.).

¹⁹⁵ Anstelle der Unterscheidung zwischen innerer und äusserer Sicherheit schlug der Bundesrat im Jahre 2012 zwecks Zuordnung von Bundeszuständigkeiten vergeblich die Einführung eines *umfassenden öffentlichen Sicherheitsbegriffs* vor, welcher vier Sicherheitsbereiche umfassen würde: *a.* polizeiliche Gefahrenabwehr, Staatsschutz und Strafverfolgung, *b.* Vorbeugung, Vorsorge und Bewältigung von natur- und zivilisationsbedingten Katastrophen und Notlagen, *c.* Abhalten und Abwehr eines militärischen Angriffs sowie *d.* Wahrung der Interessen der Schweiz im Ausland und Beiträge zum internationalen Krisenmanagement. Vgl. Malama, BBL 2012 4478. Dies würde nach Ansicht des Schreibenden auch eine Anpassung derjenigen BV-Bestimmungen verlangen, welche die althergebrachte Differenzierung zwischen innerer und äusserer Sicherheit noch beinhalten, da andernfalls ein umfassender öffentlicher Sicherheitsbegriff nur schwerlich anwendbar wäre. Zur Kompetenzordnung im Bereich der inneren Sicherheit sogleich §2, II., 2.

B. Abgrenzung: innere und öffentliche Sicherheit

Das staatschützerisch geprägte Verständnis von innerer Sicherheit ist vom Begriff der *öffentlichen Sicherheit* (und Ordnung¹⁹⁶) abzugrenzen.¹⁹⁷ Als Oberbegriff aller polizeilichen Schutzgüter entstammt der Begriff dem kantonalen Polizeirecht, weshalb die öffentliche Sicherheit und Ordnung zwar nicht in der BV, jedoch in zahlreichen Kantonsverfassungen Erwähnung findet.¹⁹⁸ Unter *öffentlicher Sicherheit* wird die «Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung, der Rechtsgüter der Einzelnen sowie der Einrichtungen des Staates»¹⁹⁹ verstanden. Die innere und die öffentliche Sicherheit *unterscheiden sich* in der Intensität der Bedrohung, da eine Gefährdung der inneren Sicherheit eine qualifizierte *Bedrohungslage* der Landessicherheit, der Grundfesten des Landes oder mindestens eines oder mehrerer Kantone verlangt.²⁰⁰ In praktischer Hinsicht ist die Unterscheidung zwischen innerer und öffentlicher Sicherheit auch deshalb relevant, weil die beiden Begriffe regelmässig unterschiedliche behördliche Zuständigkeiten begründen.²⁰¹

¹⁹⁶ Die *öffentliche Ordnung* beinhaltet all jene Sozialnormen, welche gestützt auf den jeweils vorherrschenden gesellschaftlichen Konsens zur Gewährleistung eines geordneten Zusammenlebens unter Privaten als erforderlich erachtet werden. Vgl. ZÜND/ERRASS, S. 7; HÄFELIN/HALLER/UHLMANN, S. 577; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 516. Da heutzutage kaum mehr Sozialnormen bestehen, welche sich nicht einem bestimmten Polizeigut zuordnen lassen oder aber spezialgesetzlich geregelt sind, nimmt die eigenständige Bedeutung des Begriffs der öffentlichen Ordnung tendenziell ab. So TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 517. Zum Ganzen bereits SAMELI, S. 64 ff.

¹⁹⁷ Die Begriffe überschneiden sich zwar gegenseitig, wobei sie nicht deckungsgleich sind. Vgl. dazu etwa BGE 138 I 6 E. 4.3 (m.w.H.).

¹⁹⁸ Vgl. ausführlich REINHARD, S. 60 ff.; HÄFELIN/HALLER/UHLMANN, S. 577; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 516; MOECKLI, in: Diggelmann/Randall/Schindler, Band III, S. 2267. Vgl. für eine anderweitige Definition MOHLER, Grundzüge, S. 46.

¹⁹⁹ Vgl. ZÜND/ERRASS, S. 7; SCHWEIZER/MOHLER, in: Ehrenzeller et al., Vorb. Art. 57 Rz 9; SCHINDLER, Polizeirecht, S. 65 ff.; HÄFELIN/HALLER/UHLMANN, S. 577. Kritisch und nach Ansicht des Schreibenden zutreffend, wonach das Kriterium der Unverletzlichkeit der Rechtsordnung zu weit gehe, vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 516.

²⁰⁰ Vgl. SCHWEIZER/MOHLER, in: Ehrenzeller et al., Vorb. Art. 57 Rz 9; BIAGGINI-BV-Kom, Vorb. Art. 57 RZ 4.

²⁰¹ Bspw. kann das SEM gestützt auf Art. 67 Abs. 2 lit. a AIG ein Einreiseverbot verfügen, wenn die ausländische Person gegen die *öffentliche Sicherheit und Ordnung* verstossen hat. Zur Wahrung der *inneren oder äusseren Sicherheit* ist dahingegen gestützt auf Art. 67 Abs. 4 AIG Fedpol zum Erlass von Einreiseverboten gegen ausländische Personen zuständig. Hierzu ausführlicher weiter hinten §9, III., 2.

2. Kompetenz(un-)ordnung im Bereich der inneren Sicherheit

Das schweizerische Staats- und Regierungssystem fusst auf Grundprinzipien, wie der institutionellen Machtteilung, dem Föderalismus, der Konkordanz, der Kollegialität sowie der direkten Demokratie und ist auf Ausgleich, Konsens und hohe Legitimität ausgerichtet.²⁰² Übertragen auf staatliche Sicherheitsgewährleistung im Allgemeinen sowie die Terrorismusbekämpfung im Besonderen bewirken diese Grundprinzipien, dass sich in der Schweiz verschiedene Behörden aller Staatsebenen mit sicherheitsrelevanten Aspekten zu befassen haben.²⁰³ Die Bewältigung von sicherheitspolitischen Bedrohungen und Gefahren und die staatliche *Gewährleistung der inneren Sicherheit* gilt als *Verbundaufgabe* von Bund, Kantonen und Gemeinden.²⁰⁴ Die Einbindung aller Staatsebenen bringt einerseits einen *hohen Koordinationsaufwand* mit sich.²⁰⁵ Andererseits begünstigt diese Ausgangslage auch die schwere Überschaubarkeit der schweizerischen Sicherheitsordnung,²⁰⁶ für welche die Komptenzverteilung zwischen Bund und Kantonen im Bereich der inneren Sicherheit beispielhaft steht.²⁰⁷

A. Kantonale Zuständigkeit als Regel

Den Kantonen kommt im Regelungsbereich der inneren Sicherheit und des Polizeirechts aufgrund ihrer Staatlichkeit und der Gebietshoheit über ihr Territorium eine *originäre Gesetzgebungszuständigkeit* zu.²⁰⁸ Die kantonale Polizeihochheit manifestiert sich in der

²⁰² HAGMANN (et. al), S. 102; MOECKLI, in: Diggelmann/Randall/Schindler, Band III, S. 2277.

²⁰³ Vgl. HAGMANN (et. al), S. 102.; BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBL 2016 7830; SIPOL 2021, BBL 2021 2895 ff., S. 23.

²⁰⁴ Vgl. BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBL 2016 7764.

²⁰⁵ «Dezentrale Staatsstrukturen verlangen nach viel Koordination, machen aber das sicherheitspolitische Gesamtsystem der Schweiz beweglich, robust und resilient.» SIPOL 2021, BBL 2021 2895 ff., S. 23.

²⁰⁶ MOECKLI bezeichnet das Sicherheitsrecht des Bundes als ein «Konvolut nur dürtig koordinierter Sachgesetze». MOECKLI, in: Diggelmann/Randall/Schindler, Band III, S. 2277.

²⁰⁷ Da die traditionelle Unterscheidung zwischen innerer und äusserer Sicherheit nach wie vor als Orientierungshilfe zur Kompetenzausscheidung dient, folgen auch die nachfolgenden Ausführungen [A.-D.] zu den sicherheitsrechtlichen Bundeskompetenzen dieser Differenzierung.

²⁰⁸ LINSI, S. 471; BGE 125 I 227 E. 11d; Malama, BBL 2012 4479.

kantonalen Zuständigkeit, Verpflichtung und Verantwortung, auf deren Hoheitsgebiet für die Aufrechterhaltung der inneren Sicherheit sowie der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu sorgen.²⁰⁹ Als *Rechtsgrundlage* für das polizeiliche Handeln der kantonalen Polizeiorgane fungieren *kantonale Polizeigesetze*. Zum Polizeirecht der Kantone zählen neben den materiellen Polizeigesetzen auch weitere polizei- und organisationsrechtliche Gesetzes- und Verordnungserlasse.²¹⁰ In den vergangenen Jahren haben zudem sowohl gesamtschweizerisch²¹¹ als auch regional²¹² rechtssetzende Verträge unter den Kantonen, sog. *Konkordate*, an Bedeutung gewonnen.²¹³

B. Bundesgerichtsbarkeit bei terroristischen Straftaten als Regelfall

Die Verfolgung von bereits verübten Straftaten fallen aufgrund der kantonalen Polizeihochheit grundsätzlich in den Zuständigkeitsbereich der kantonalen Kriminalpolizei.²¹⁴ Soweit verübte Delikte nach Art. 123 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 23 ff. StPO ausnahmsweise der *Bundesgerichtsbarkeit* unterstellt sind, liegt die Zuständigkeit zur Vornahme kriminalpolizeilicher Tätigkeiten bei der Bundeskriminalpolizei. Art. 23 Abs. 1 StPO sieht

²⁰⁹ In ihrem Zuständigkeitsbereich sind die Kantone autonom, wie sie ihre Verpflichtungen umsetzen. Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht uneingeschränkt. Es bestehen etwa Ausnahmen in Fällen von «Vollzugs- oder Umsetzungsföderalismus». Vgl. Art. 43 und 46 BV sowie MOECKLI, in: Diggelmann/Randall/Schindler, Band III, S. 2267; Comm. Cst.-AUBERT/MAHON, Art.43 Rz 2; TIEFENTHAL, Polizeihochheit, S. 16.

²¹⁰ Vgl. MOHLER, Grundzüge, S. 23. Im Kanton Bern etwa die Polizeiverordnung, die Einführungsverordnung zum Konkordat über Massnahmen gegen die Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen, die Verordnung über den polizeilichen Erkennungsdienst, das Gesetz über das Erbringen von Sicherheitsdienstleistungen durch Private oder das Gesetz über die Ruhe an öffentlichen Feiertagen. Soweit kantonale Rechtsordnungen den Gemeinden polizeiliche Kompetenzen zugestehen, können diese in eigenen Erlassen ihre Aufgaben und Tätigkeiten regeln. Vgl. zum Vorangehenden MOHLER, Grundzüge, S. 34.

²¹¹ Der Kanton Bern ist bspw. auch Teil der Konkordate über interkantonale Polizeieinsätze, Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen und zur computergestützten Zusammenarbeit der Kantone bei der Aufklärung von Gewaltdelikten.

²¹² Der Kanton Bern ist ferner an den Konkordaten über die polizeiliche Zusammenarbeit in der Nordwestschweiz sowie über die Errichtung und den Betrieb einer interkantonalen Polizeischule Hitzkirch beteiligt.

²¹³ Vgl. MOHLER, Grundzüge, S. 23, 73 f., 90 ff; Allgemein HÄFELIN et al., S. 375 ff.

²¹⁴ Vgl. etwa TSCHANNEN, in: Kiener/Bühler/Schindler, Rz 8.

die Bundesgerichtsbarkeit für bestimmte Delikte vor, denen aufgrund der eingesetzten Tatmittel²¹⁵, der zugrundeliegenden Motivation²¹⁶ oder der Opfer²¹⁷ im Einzelfall eine terroristische Motivation zugrunde liegen könnten. Unter der Voraussetzung, dass die Straftaten zu einem wesentlichen Teil im Ausland (lit. a) oder in mehreren Kantonen begangen wurden, ohne dass diesfalls ein eindeutiger Schwerpunkt in einem Kanton bestehen würde (lit. b), unterstellt Art. 24 Abs. 1 StPO u.a. die Beteiligung an oder die Unterstützung von terroristischen Organisationen (Art. 260^{ter} StGB), die Finanzierung von Terrorismus (Art. 260^{quingies}) sowie die Anwerbung, Ausbildung und Reisen im Hinblick auf terroristische Straftaten (Art. 260^{sexies} StGB) der Bundeszuständigkeit. Die vorerwähnte Ausgangslage führt dazu, dass bei der Verfolgung von Straftaten, denen möglicherweise eine terroristische Motivation zugrunde liegt, die Bundeszuständigkeit nicht die Ausnahme, sondern *die Regel* bildet.

C. Anwachsende und zweifelhafte Bundeskompetenzen als Tendenz

Die Kompetenzverteilung im Bereich der inneren Sicherheit beruht auf den allgemeinen Regeln von Art. 42 f. BV, dem «System der Einzelermächtigung», weshalb Sachkompetenzen des Bundes einer ausdrücklichen Verfassungsermächtigung bedürfen.²¹⁸ Nach Art. 4 BWIS sind für die Wahrung der inneren Sicherheit auf deren Territorien

²¹⁵ Vgl. bspw. lit. d, wonach Verbrechen und Vergehen im Kontext von Gefährdungen durch Sprengstoff und giftige Gase (Art. 224 ff. StGB) der Bundesgerichtsbarkeit unterliegen.

²¹⁶ Vgl. bspw. lit. c, wonach Geiselnahmen nach Art. 185 StGB zur Nötigung von Behörden des Bundes oder des Auslandes der Bundesgerichtsbarkeit unterliegen. Vgl. ferner auch die in Art. 23 Abs. 1 lit. h und lit. i StPO erwähnten Delikte, die auch Bezüge zu terroristisch motivierten Straftaten aufweisen.

²¹⁷ Vgl. (lit. a und b) Bestimmte Straftaten gegen völkerrechtlich geschützte Personen, gegen Magistratspersonen des Bundes, gegen Mitglieder der Bundesversammlung, gegen die Bundesanwältin, den Bundesanwalt oder die Stellvertretenden Bundesanwältinnen oder Bundesanwälte, Räumlichkeiten, Archive oder Schriftstücke diplomatischer Missionen und konsularischer Posten, (lit. h) die Straftaten des Artikels 260^{bis} sowie des dreizehnten bis fünfzehnten und des siebzehnten Titels, sofern sie gegen den Bund, die Behörden des Bundes, gegen den Volkswillen bei eidgenössischen Wahlen, Abstimmungen, Referendums- oder Initiativbegehren, gegen die Bundesgewalt oder gegen die Bundesrechtspflege gerichtet sind.

²¹⁸ Vgl. hierzu und zum folgenden Satz u.a. HÄFELIN et al., S. 325; TIEFENTHAL, Polizeihochheit, S. 14; LINSI, S. 467; MOHLER, Verfassungsgrundlage, S. 62; BGE 117 Ia 292; 140 I 353 E. 5.1.

«in erster Linie» die Kantone zuständig.²¹⁹ Die gängige Formel «innere Sicherheit den Kantonen»²²⁰ erleidet jedoch immer öfters Einbrüche, weil der Bund trotz der kantonalen Polizeihochheit im Bereich der inneren Sicherheit immer mehr Kompetenzen für sich beansprucht und dabei zusätzliche bereitwillig Polizeiaufgaben²²¹ übernimmt. Dabei stützt sich der Bundesgesetzgeber beim Erlass von sicherheitsrechtlichen Erlassen zwecks Begründung der Zuständigkeit regelmässig auf zweifelhafte Kompetenznormen ab.²²² Zur Erlangung einer Übersicht zur schweizerischen Sicherheitsordnung sollen nachfolgend die *relevantesten Verfassungsgrundlagen*, welche von den Bundesbehörden zur Zuständigkeitsbegründung im Bereich der inneren Sicherheit angerufen werden, vorgestellt werden. Im Rahmen der Besprechung der jeweiligen Verfassungsgrundlage finden zwecks Übersicht auch konkrete sicherheitsrelevante Bundesgesetze Erwähnung, die gestützt auf die jeweilige Verfassungsgrundlage erlassen wurden.

a.) Implizite Bundeskompetenzen

Implizite oder inhärente Bundeskompetenzen beanspruchen auch dann Geltung, wenn sie in der BV keine ausdrückliche Erwähnung finden.²²³ Es handelt sich um Kompeten-

²¹⁹ Der Bundesrat erwähnte im Jahre 2019 alsdann, dass «die Gewährleistung der inneren Sicherheit *keine ausschliessliche Bundesaufgabe*» darstelle, was die Vorgaben von Art. 4 BWIS ins Gegenteil verkehrt und von einem problematischen Kompetenzverständnis zeugt. Siehe Botschaft PMT, BBl 2019 4846.

²²⁰ In der Botschaft zum BWIS von 1994 stand noch zu lesen: «Die Wahrung der inneren Sicherheit ist eine gemeinsame Aufgabe von Bund und Kantonen. Die Kantone müssen für ihr Gebiet die primäre Verantwortung behalten, und der Bund soll nur soweit unbedingt nötig eigene Polizeiaufgaben wahrnehmen und die kantonale Polizeihochheit nicht zurückdrängen.» Botschaft BWIS, BBl 1994 1142.

²²¹ Faktisch übt der Bund verschiedene Polizeiaufgaben aus, wobei diese nur schwer überblickbar sind. Durch ein Bundesgesetz sollten die polizeilichen Aufgaben des Bundes in übersichtlicher Weise geregelt werden. Das Vorhaben erlitt wegen fehlender politischer Unterstützung der Kantone im Jahre 2013 Schiffbruch, was die kontroversen Auffassungen im Kompetenzbereich der inneren Sicherheit verdeutlicht. Vgl. hierzu LINSI, S. 465; MOHLER, *Föderalismus*, S. 43 f., 47 f.; SCHWEIZER, *Kompetenzverteilung*. Zu den verschiedenen sicherheitspolizeilichen Akteuren und Aufgaben auf Bundesebene sowie den relevanten Bundeserlassen im Kontext der Terrorismusbekämpfung weiter hinten §5.

²²² «Mehr noch, als dies bei anderen Regelungsbereichen der Fall ist, sieht sich der Bundesgesetzgeber beim Erlass von Polizeirecht gewissermassen von der ersten Zeile eines neuen Gesetzes an, also bei der Formulierung von dessen *Ingress*, rechtlich herausgefordert.» LINSI, S. 465.

²²³ Vgl. Malama, BBl 2012, 4488 (m.w.H.).

zen, welche im Gefüge des Bundesstaates sinnigerweise dem Bund, als Vertreter des Gesamtstaates, originär und ausschliesslich zustehen.²²⁴ Der Bundesrat vertritt etwa die Auffassung, dass Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit auf impliziten Bundeskompetenzen beruhen, welche den Bund zur Ergreifung entsprechender Massnahmen ermächtigen, da diese auf den Schutz des Staates, seiner Organe und Institutionen vor existenziellen Bedrohungen abzielen. Mit dem Hinweis auf *implizite Bundeskompetenzen* wurden sicherheitsrelevante Bundesgesetze, wie das BWIS, NDG, ZentG, BPI, BPS, Al-Qaïda-Gesetz und zuletzt das PMT²²⁵ begründet.

b.) Sicherheitsartikel (Art. 57 BV)

Der «Sicherheitsartikel» von Art. 57 Abs. 1 BV statuiert, dass Bund und Kantone *im Rahmen ihrer Zuständigkeiten* für die Sicherheit des Landes und den Schutz der Bevölkerung zu sorgen haben. Diese Bestimmung taugt nicht zur Begründung von nicht bereits anderweitig abgestützten Bundeskompetenzen im Bereich der inneren Sicherheit.²²⁶ Aus kompetenzrechtlicher Sicht kontroverser ist das *Koordinationsgebot* von Art. 57 Abs. 2 BV, wonach Bund und Kantone ihre Anstrengungen im Bereich der inneren Sicherheit zu koordinieren haben. Zur Frage, ob sich aus Art. 57 Abs. 2 BV Rechtssetzungszuständigkeiten des Bundes ableiten lassen, sind die Auffassungen der

²²⁴ Vgl. TSCHANNEN, in: Kiener/Bühler/Schindler, Rz 13. Aus der «Staatlichkeit» des Bundes ergibt sich für das gesamte schweizerische Territorium die sicherheitsrechtliche *Letztverantwortung des Bundes*. Vgl. DIGGELMANN/ALTWICKER, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 57 Rz 28; MOECKLI, in: Diggelmann/Randall/Schindler, Band III, S. 2265.

²²⁵ Zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes beim PMT siehe auch die Wortmeldung von Karin Keller-Sutter: «Auch das wurde bereits unter Einbezug des Bundesamtes für Justiz umfassend und sorgfältig geprüft. Wir stützen uns hier im Wesentlichen auf die inhärente Kompetenz des Bundes zum Schutz der inneren Sicherheit der Schweiz. Diese ist durch terroristische Aktivitäten zweifellos bedroht.» Siehe Wortmeldung BR Karin Keller-Sutter, Nationalrat Sommersession, AB 2020 S. 1109. Siehe dazu auch Botschaft PMT, BBl 2019 4845 f, wo exemplarisch zu lesen steht: «Terroristische Aktivitäten mögen zwar unmittelbar nur gewisse Personen an Leib und Leben gefährden, sollen aber über Kantons- und Landesgrenzen hinausstrahlen und eine Veränderung und Destabilisierung der Gesamtgesellschaft und der grundlegenden Strukturen einer freiheitlichen Demokratie an sich bewirken. (...) Sie gefährden letztlich die innere Sicherheit der Schweiz als Ganzes. (...) Die Stärkung des präventiv-polizeilichen Instrumentariums im Rahmen des BWIS ist durch die inhärente Kompetenz gedeckt». Hierzu richtigerweise kritisch MOHLER, Verfassungsgrundlage, S. 63 f., 65; ZUMSTEG, Rz 27. Ausführlicher zum PMT und dem neuen 5. Abschnitt des BWIS weiter hinten §5, II., 2., C.; §7 II-VII.; §8.

²²⁶ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz statt vieler BIAGGINI-BV-Kom, Vorbemerkungen Art. 57 Rz 2 (m.w.H.).

Lehre und des Bundesrates auseinandergeklafft.²²⁷ Die *Lehre* geht davon aus, dass aus dem Koordinationsgebot keinerlei Gesetzgebungskompetenzen resultieren, da dieses lediglich die Abstimmung zwischen bereits bestehenden kantonalen und eidgenössischen Kompetenzen zum Gegenstand hat.²²⁸ Der Bundesrat leitet hingegen aus Art. 57 Abs. 2 BV Bundesgesetzgebungskompetenzen in Sicherheitsbelangen ab.²²⁹ Dies unter den *kumulativen Voraussetzungen*, dass die zu regelnden Sicherheitsbelange bereits zu einem nicht «marginalen Teil»²³⁰ einer Bundeszuständigkeit unterliegen und eine Koordination unter Einbezug oder Leitung des Bundes nach Art. 43a Abs. 1 BV erforderlich erscheint. Dieser Meinungsverschiedenheit unbeachtlich hat der Bundesgesetzgeber Art. 57 Abs. 2 BV als Kompetenznorm für die sicherheitsrelevanten Erlasse BGST, BWIS, BPI, ZAG, ZeugSG, ZentG, ZG sowie PMT²³¹ angerufen.²³²

c.) Art. 123 BV

Bundeserlasse, deren Regelungsbereiche polizeiliche Tätigkeiten mit einem engen Konnex zur umfassenden Bundeszuständigkeit im Straf- und Strafprozessrecht betreffen, stützt der Gesetzgeber kompetenzmässig auch auf Art. 123 Abs. 1 BV ab, was u.a. im Falle des ZentG, SlaG, ZAG, BÜPF oder des DNA-Gesetzes geschehen ist.²³³ Auch im aktuellsten präventiv-polizeilichen Bundeserlass, dem PMT, leitet der Bundesrat die Kompetenz zum polizeilichen Tätigwerden im Vorfeld von Strafverfahren u.a. auch aus Art. 123 Abs. 1 BV ab.²³⁴

²²⁷ Vgl. bereits LINSI, S. 471 ff.; statt vieler TSCHANNEN, in: Kiener/Bühler/Schindler, Rz 15.

²²⁸ TSCHANNEN, in: Kiener/Bühler/Schindler, Rz 15; BIAGGINI-BV-Kom, Art. 57 Rz 10; DIGGELMANN/ALTWICKER, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 57 Rz 23; SCHWEIZER/MOHLER, in: Ehrenzeller et al., Art. 57 Rz 5; MOECKLI, in: Diggelmann/Randall/Schindler, Band III, S. 2263; MOHLER, Verfassungsgrundlage, S. 63, 67.

²²⁹ TSCHANNEN, in: Kiener/Bühler/Schindler, Rz 15 (m.w.H.).

²³⁰ TSCHANNEN, in: Kiener/Bühler/Schindler, Rz 15. Siehe dazu auch SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 189, wonach «mindestens teilweise» eine Bundeskompetenz bestehen muss.

²³¹ Konkret bezog sich der Bundesrat auf diejenigen Gesetzesbestimmungen des PMT, welche «koordinierenden Charakter aufweisen». Siehe Botschaft PMT, BBL 2019 4847.

²³² TSCHANNEN, in: Kiener/Bühler/Schindler, Rz 15; MOECKLI, in: Diggelmann/Randall/Schindler, Band III, S. 2263.

²³³ Botschaft PMT, BBL 2019 4847.

²³⁴ Vgl. Botschaft PMT, BBL 2019 4846. Hierzu kritisch auch MOHLER mit dem Hinweis, dass in zahlreiche kantonale Polizeigesetze Bestimmungen über verdeckte Vorermittlungen und verdeckte

d.) Aufgabennormen

Punktuelle sicherheitsrelevante Bundeskompetenzen können sich aus dem *Sachzusammenhang* zu anderweitigen Bundeskompetenzen ergeben.²³⁵ Bspw. darf die in ausschliesslicher Bundeskompetenz liegende Armee bei schwerwiegenden Bedrohungen der inneren Sicherheit zur Unterstützung der zivilen Behörden nach Art. 58 BV in die kantonale Polizeihochheit eingreifen.²³⁶ Verschiedene Verfassungsbestimmungen begründen zudem *Teilzuständigkeiten von Bundesbehörden*, welche gestützt darauf polizeiliche Aufgaben und Befugnisse ausüben. Das Gesagte gilt für die Sicherheitsorgane im öffentlichen Verkehr und in der Luftfahrt [Art. 87 BV]; für die Migrationsbehörden [Art. 121 BV] sowie für die polizeilichen Aufgaben und Befugnisse des Grenzwachtkorps [Art. 133 BV].²³⁷

e.) Interventionsermächtigungen

Das Vorliegen bestimmter *ausserordentlicher Lagen* ermächtigt und verpflichtet den Bund, unbeachtlich der traditionellen Kompetenzverteilung, direkt gestützt auf die BV bestimmte Massnahmen zwecks Wiederherstellung der normalen Verhältnisse zu ergreifen.²³⁸

Fahndungen «wegen der nicht gegebenen Gesetzgebungskompetenz des Bundes» eingefügt wurden, wobei diese diesfalls «wegen der nachträglich derogatorischen Wirkung von Art. 123 Abs. 1 BV als bundesrechtswidrig zu erachten» wären. Vgl. MOHLER, Verfassungsgrundlage, S. 68. Ablehnend auch ZUMSTEG, Rz 26. Vgl. zum Ganzen auch MICHEROLI, S. 21 ff.

²³⁵ Die nachfolgende Aufteilung sicherheitsrelevanter Aufgabennormen basiert auf TSCHANNEN, in: Kiener/Bühler/Schindler, Rz 15.

²³⁶ Im Falle von Katastrophen und Notlagen ist der Bund zudem gestützt auf Art. 61 BV zum Erlass von Vorschriften über den Einsatz des Zivilschutzes berechtigt. Ausführlicher zur Rolle der Armee in Kontext der Terrorismusbekämpfung weiter hinten §5, III., 3.

²³⁷ TSCHANNEN, in: Kiener/Bühler/Schindler, Rz 17. Beispielhaft sei die Botschaft zur Teilrevision des Luftfahrtgesetzes und des damaligen Art. 37^{ter} BV [heute Art. 87 BV] verwiesen. Da die Gesetzgebung über die Luftschifffahrt demnach ausschliessliche Bundessache ist, sah sich der Bundesgesetzgeber ermächtigt, sich mit jedem Sachverhalt zu befassen, der zum Erscheinungsbild dieser Verkehrsart gehöre, wozu auch die polizeiliche Aufgabe der Verhütung und Bekämpfung von Anschlägen gegen die Luftfahrt gehöre. Vgl. LINSI, S. 470; BBl 1976 III 1238.

²³⁸ Die nachfolgende Aufteilung sicherheitsrelevanter Interventionsermächtigungen basiert auf TSCHANNEN, in: Kiener/Bühler/Schindler, Rz 18.

- Die Bundesintervention stellt einen Anwendungsfall der sicherheitsrechtlichen Letztverantwortung des Bundes dar.²³⁹ Der Bund kann gestützt auf Art. 52 Abs. 2 BV in die kantonale Polizeihochheit eingreifen, wenn die verfassungsmässige Ordnung in einem Kanton gestört oder bedroht ist. Aufgrund des *Subsidiaritätsprinzips* nach Art. 43 Abs. 1 BV kommt eine Bundesintervention nur dann in Betracht, wenn der betroffene Kanton die Krisensituation nicht selbst überwinden kann.²⁴⁰
- Als Teil des extrakonstitutionellen Notrechts²⁴¹ vermitteln die Art. 173 Abs. 1 lit. c BV bzw. 185 Abs. 3 BV der Bundesversammlung bzw. dem Bundesrat spezifische legislative Kompetenzen zum Erlass von befristeten Notverordnungen und Notverfügungen zwecks Abwendung von drohenden schweren Störungen für die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder die innere Sicherheit.²⁴²

D. Kompetenznorm im Bereich der äusseren Sicherheit

Bedrohungen und Gefahren, deren Ursprung im Ausland liegt, werden einem traditionellen Begriffsverständnis folgend dem Bereich der äusseren Sicherheit zugerechnet und fallen als auswärtige Angelegenheiten nach Art. 54 BV in den Kompetenzbereich

²³⁹ Vgl. statt vieler DIGGELMANN/ALTWICKER, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 57 Rz 28.

²⁴⁰ Zur Bewältigung von Verfassungskrisen stehen den Kantonen primär ihre Polizeikräfte zur Verfügung. Reichen die eigenen Kräfte nicht aus, sind andere Kantone um Unterstützung zu bitten. Die verfassungsrechtlich gebotene Subsidiarität und die verlangte qualifizierte Bedrohung korrelieren dabei insofern miteinander, als dass die Fähigkeit eines Kantons, eine Krise aus eigener Kraft zu überwinden abnimmt, je schwerer die Störung oder Bedrohung ist. Siehe dazu BK- BV- BELSER/MASSÜGER, Art. 52 Rz 17 f.

²⁴¹ Vgl. zum Begriff und zum Folgenden SAXER, in: Ehrenzeller et al., Vorb. Art. 185 Rz 13.

²⁴² Zur Bekämpfung der 1. Welle der COVID-Krise sowie zur Eindämmung ihrer wirtschaftlichen und sozialen Folgen hat der Bundesrat im Frühjahr 2020 basierend auf Art. 185 Abs. 3 BV zahlreiche Notverordnungen verabschiedet. Dazu BRUNNER/WILHELM/UHLMANN, S. 691 ff; BELSER/STÖCKLI/WALDMANN, S. 2 ff. Die vom BR am 7. November 2001 erlassene VO über Massnahmen gegen die Gruppierung «Al Qaïda» und verwandte Organisationen (SR 122), welche u.a. die Terrororganisation Al Qaïda sowie deren Nachfolge- und Hilfsorganisationen verbot, wurde in Anwendung der Art. 184 Abs. 3 BV und Art. 185 Abs. 3 BV erlassen – und blieb aufgrund dreifacher Verlängerung während insgesamt eines Jahrzehnts in Kraft, was aus verfassungskompetenzrechtlicher Sicht unhaltbar ist. Vgl. SAXER, in: Ehrenzeller et al., Vorb. Art. 185 Rz 13.

des Bundes.²⁴³ Diese Aussenkompetenz ermächtigt den Bund, soweit enge Sachbezüge zum Ausland bestehen, auch zum Erlass rein landesrechtlicher Akte im Bereich der inneren Sicherheit.²⁴⁴ Problematisch erscheint hierbei nach Ansicht des Schreibenden, dass «enge Sachbezüge zum Ausland» in Anbetracht einer immer vernetzteren Welt argumentativ leicht hergestellt werden können. Tatsächlich greift der Bundesgesetzgeber zur Zuständigkeitsbegründung von Erlassen im Bereich der inneren Sicherheit denn auch immer ungehemmter auf Art. 54 BV zurück.²⁴⁵ Entsprechend hat der Gesetzgeber u.a. für das BWIS, NDG, SIaG und das Al-Qaïda-Gesetz Art. 54 Abs. 1 BV als Verfassungsgrundlage bemüht.²⁴⁶ Zuletzt hat sich der Bundesrat zur Kompetenzbegründung auch beim Erlass des PMT auf Art. 54 BV berufen, indem er festhielt, dass «ein enger Bezug zu auswärtigen Angelegenheiten»²⁴⁷ bestehe und Art. 54 Abs. 1 BV auch für innerstaatliche Akte gelte.

3. Fazit zur Kompetenzordnung im Bereich der inneren Sicherheit

A. Die Gewährleistung der inneren Sicherheit als Verbundaufgabe

Die schweizerische Sicherheitspolitik und deren Instrumente dienen der Erhaltung der Handlungsfähigkeit, Selbstbestimmung und Integrität der Schweiz sowie dem Schutz

²⁴³ ZUMSTEG, Rz 23; MOECKLI, in: Diggelmann/Randall/Schindler, Band III, S. 2261; Comm. Cst.-AUBERT/MAHON, Art. 57 Rz 2; BIAGGINI-BV-Kom, Art. 57 Rz 4. Dem Bund kommt eine umfassende Verbandskompetenz für die Landesverteidigung zu, da es sich dabei um eine «auswärtige Angelegenheit» i.S.v. Art. 54 Abs. 1 BV handelt. Ebenso ist der Bund im Falle eines bewaffneten Konflikts ausschliesslich zuständig. Vgl. auch DIGGELMANN/ALTWICKER, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 57 Rz 33.

²⁴⁴ Vgl. etwa TSCHANNEN, in: Kiener/Bühler/Schindler, Rz 14.

²⁴⁵ Malama, BBL 2012 4572. Solche Bezüge ergeben sich bspw. im Bereich des koordinierenden internationalen Informationsaustausches. Nach Ansicht des Schreibenden ist das Erfordernis des engen Sachbezugs zur Vermeidung einer extensiven Auslegung von Artikel 54 BV restriktiv auszulegen, da andernfalls über diese Hintertüre die Kompetenzverteilung im Bereich der inneren Sicherheit der Bundesgesetzgebungskompetenz zugeführt werden. Vgl. auch Malama, BBL 2012 4488.

²⁴⁶ TSCHANNEN, in: Kiener/Bühler/Schindler, Rz 14.

²⁴⁷ Botschaft PMT, BBL 2019 4846.

ihrer Bevölkerung vor Bedrohungen und Gefahren.²⁴⁸ Die staatliche *Gewährleistung von Sicherheit* gilt als *Verbundaufgabe* von Bund, Kantonen und Gemeinden, in welcher die Bewältigung von sicherheitspolitischen Bedrohungen und Gefahren, wie bspw. von Terrorismus²⁴⁹, «für die Koordination zwischen dem Bund und den Kantonen eine ständige Herausforderung»²⁵⁰ darstellt.

B. Drohender Bedeutungsverlust des Föderalismus

Dem Verständnis eines föderalen Staatsaufbaus von «unten nach oben» folgend, in dem Probleme nahe am Ausgangspunkt angegangen werden sollen, beansprucht das *Subsidiaritätsprinzip* auch in der schweizerischen Sicherheitsordnung Geltung.²⁵¹ Aus diesem Grunde sind die Verantwortlichkeiten und Kompetenzen im Bereich der inneren Sicherheit «wesentlich bei den Kantonen angesiedelt»²⁵². Da im Falle akuter Gefahren- und Bedrohungslagen das Bedürfnis nach schnellem Handeln virulent ist, erscheint eine zentralistischere Anhäufung von Sicherheitskompetenzen auf Bundesebene (vermeintlich) naheliegend.²⁵³

C. Vertikale Verlagerung der Gesetzgebungskompetenz

a.) Rechtliche Ausgangslage und faktische Bedürfnisse

Die *althergebrachte Unterscheidung* zwischen innerer und äusserer Sicherheit, welche als Hilfsmittel bei der Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen fungiert,

²⁴⁸ Vgl. hierzu BUNDESRAT, SIPOL 2016 7830.

²⁴⁹ Vgl. BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBL 2016 7764.

²⁵⁰ Vgl. in Bezug auf die Bewältigung eines terroristischen Anschlages Schlussbericht SVÜ- 19, S. 19, wobei sich diese Aussage durchaus verallgemeinern lässt.

²⁵¹ Vgl. BUNDESRAT, SIPOL 2016 7830; MOHLER, Verfassungsgrundlage, S. 67; BIERI/WENGER, S. 1 f. Vgl. zu den Vor- und Nachteilen des Subsidiaritätsprinzips im schweizerischen Sicherheitsrecht BIERI/WENGER, S. 1 f. Im SIPOL 2016 wird als Nachteil der Subsidiarität der erhöhte Koordinationsaufwand erwähnt. Als Vorteil nennt er, dass es das Gesamtsystem beweglich, robust und damit auch resilienter mache. Vgl. BUNDESRAT, SIPOL 2016 7830. Ausführlicher zum Modebegriff der Resilienz siehe die Ausführungen in FN 188.

²⁵² VBS, Schlussbericht SVÜ- 19, S. 19.

²⁵³ Vgl. hierzu VBS, Schlussbericht SVÜ- 19, S. 19.

hat in Anbetracht der vermehrt grenzüberschreitenden Gefahren- und Bedrohungslagen an *Stichhaltigkeit verloren*. Die Kompetenzordnung im Bereich der inneren Sicherheit krankt an einer *Kollision* zwischen dem *faktischen Bedürfnis*, grenzüberschreitenden Bedrohungen und Gefahren mittels zentralistischer Lösungsansätze auf Bundesebene möglichst unkompliziert beizukommen und der traditionellen verfassungsrechtlichen Ausgangslage, wonach dem Bund im Bereich der inneren Sicherheit nur punktuelle Kompetenzen zustehen.²⁵⁴ Der Bundesgesetzgeber löst dieses Spannungsverhältnis, indem er bei sicherheitsrelevanten Erlassen zur eigenen Kompetenzbegründung die geltenden Verfassungsbestimmungen bisweilen arg überstrapaziert. Im Bereich der inneren Sicherheit lässt sich daher eine Tendenz der «*vertikalen Verlagerung*» von traditionell kantonalen Kompetenzen hin zu Bundeskompetenzen erkennen.²⁵⁵

b.) PMT als aktuelles Beispiel

Dass sich das «*Kompetenzselbstverständnis*» des Bundesgesetzgebers gesteigert und dieser seine einstmalige Zurückhaltung, im Bereich der inneren Sicherheit zu legiferieren, abgestreift hat, wird im Zusammenhang mit dem neusten polizeirechtlichen Bundeserlass, dem PMT, gut erkennbar.²⁵⁶ Mit Inkrafttreten des PMT im Jahre 2022 wurde u.a. auch das BWIS um die neu geschaffenen Art. 23e ff. ergänzt, welche polizei-präventive Massnahmen gegen sog. «terroristische Gefährder» vorsehen. Obwohl gemäss Wortlaut von Art. 4 BWIS für die innere Sicherheit in erster Linie die Kantone zuständig sind, betont der Bundesrat in der Botschaft zum PMT, dass «die Gewährleistung der inneren Sicherheit keine ausschliessliche Bundesaufgabe»²⁵⁷ darstelle, was einer *Verkehrung*

²⁵⁴ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz SCHWEIZER, Kompetenzverteilung, S. 191. Ein möglicher Lösungsansatz wäre die Einführung eines öffentlichen Sicherheitsbegriffs, wobei dieser Vorschlag bis dato keine politischen Mehrheiten gefunden hat. Dazu ausführlicher und m.w.H. in Fn. 195.

²⁵⁵ Diese Tendenz wird nach Ansicht des Schreibenden zusätzlich durch das Anwendungsgebot von Art. 190 BV begünstigt, da eine allenfalls durch den Bund erfolgte sicherheitsrechtliche «Kompetenzanmassung» keiner abstrakten Normenkontrolle unterliegt und entsprechend hingenommen werden muss. Zu Art. 190 BV siehe statt vieler EPINEY, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 190 Rz 1 ff. (m.w.H.).

²⁵⁶ Ausführlicher zum im Zusammenhang mit der vorliegenden Arbeit besonders relevanten PMT weiter hinten §7 und §8.

²⁵⁷ Botschaft PMT, BBl 2019 4846. Eingehend zum Inkrafttreten des PMT als Mantelerlass weiter hinten §5, II., 2., C und den präventiven Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS hinten §8 und §9.

des Grundsatzes von Art. 4 BWIS in sein Gegenteil gleichkommt.²⁵⁸ Dass auch im Falle mit dem PMT neu eingeführten BWIS-Massnahmen unklar bleibt, ob der Bund die zugrundeliegenden Gesetzgebungskompetenzen berechtigterweise *an sich zog* oder sich diese stattdessen viel mehr *anmasste*, ist aus verfassungskompetenzrechtlicher Sicht für einen Rechtsstaat unhaltbar und verdeutlicht zugleich, dass die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung im Sicherheitsbereich grundlegender Änderungen bedürfen.²⁵⁹

D. Wünschenswerte klare kantonale Positionsnahme

Für eine Klärung der Kompetenzordnung im Bereich der inneren Sicherheit spricht auch, dass die staatliche Gewährleistung von Sicherheit regelmässig mit gravierenden Grundrechtseingriffen verbunden ist.²⁶⁰ Eine Klärung erfordert *grundlegende Wertungen*, in denen im Lichte der aktuellen sicherheitspolitischen Bedrohungen und Gefahren zu beurteilen ist, inwiefern das föderale Subsidiaritätsprinzip rasches Reagieren überhaupt ermöglicht²⁶¹ und welcher Stellenwert dem Föderalismus grundsätzlich eingeräumt werden soll. In dieser Debatte sollten die in der inneren Sicherheit originär zuständigen *Kantone* «klare Kante» beziehen. Diese könnten einerseits auf ihre Polizeihohheit pochen.²⁶² In Anbetracht der vermehrt internationalen Bedrohungs- und

²⁵⁸ Im Vernehmlassungsverfahren zum PMT beurteilten u.a. die Kantone BE, NW, OW, SH, SO und TG die Zuständigkeit des Bundes für die Anordnung von Massnahmen zur Gefahrenabwehr aus verfassungsrechtlicher Sicht als bedenklich. Siehe FEDPOL, Vernehmlassungsergebnisse-PMT, S. 6 f.; MOHLER, Verfassungsgrundlage, S. 65. Gleichermassen kritisch wie überzeugend ZUMSTEG, Rz 24 ff.: «Vorliegend ist bemerkenswert, dass im Gesetzgebungsprozess wiederholt auf das Hooligan-Konkordat verwiesen, aber nicht erklärt wurde, weshalb statt dem PMT nicht ein Konkordat zwischen den Kantonen angestrebt wurde».

²⁵⁹ Ähnlich auch ZUMSTEG, Rz 28; MOHLER, Verfassungsgrundlage, Rz 33 f.

²⁶⁰ So auch MOECKLI, in: Diggelmann/Randall/Schindler, Band III, S. 2281. In Bezug auf diese «verfassungswidrige und überkomplexe Rechtslage» hält auch MOHLER fest: «Bereitet dies(e) schon rechtsanwendenden Behörden erhebliche Schwierigkeiten, so ist es für die Bevölkerung unmöglich geworden festzustellen, welche polizeilich tätigen Dienste weshalb, wo, gestützt worauf zu welchen grundrechtlichen Beschränkungen befugt sind», MOHLER, Verfassungsgrundlage, S. 71.

²⁶¹ Für praktische Lösungsansätze, namentlich eine Änderung der Sicherheitsverfassung und die Schaffung eines Polizeirahmengesetzes, siehe MOHLER, Verfassungsgrundlage, S. 71 (m.w.H.). Vgl. hierzu in Bezug auf die Bewältigung einer terroristischen Bedrohungslage die Ergebnisse zur SVS-Übung hinten §7, II., 4., A.

²⁶² Die Abtretung sicherheitspolizeilicher Aufgaben an den Bund mag dabei für die Kantone nicht zuletzt aus finanzieller Sicht attraktiv sein. Der Bund stellt den Kantonen denn auch immer

Gefahrenlage würde es diesfalls im «staatspolitischen Interesse der Schweiz»²⁶³ liegen, dass die Führungsprozesse und die Koordination unter den involvierten Akteuren aller Staatsebenen weiter verfeinert und vertieft werden, so dass entsprechende Lagen, «trotz Subsidiarität», möglichst verhindert und oder bewältigt werden können. Umgekehrt könnten sich die Kantone auch klar für die Abtretung polizeilicher Kompetenzen an den Bund aussprechen, wobei diesfalls konsequenterweise auch die einschlägigen Verfassungsnormen angepasst werden sollten.

wieder «Zückerchen» zur Verfügung, indem er anbietet, Aufgaben im Polizeibereich zu übernehmen und diese dadurch faktisch finanziell entlastet. Umgekehrt baut der Bund dadurch auch seine polizeilichen Zuständigkeiten aus. Vgl. bspw. der mit dem PMT neu in Kraft getretene Art. 1 ZentG, wonach sich der Bund an Polizeiorganisationen der Kantone beteiligen kann (Abs. 2) oder für diese im Sinne eines Effizienzgewinns polizeiliche Einsatzmittel beschaffen kann (Abs. 3).

²⁶³ Vgl. zu diesem Zitat sowie zum gesamten Satz in Bezug auf die sicherheitspolitischen Bedrohungen Terrorismus und gewalttätigen Extremismus Schlussbericht VBS, SVÜ-19, S. 19.

2. TEIL **TERRORISMUS ALS BEDROHUNG VON FREIHEIT UND SICHERHEIT**

Anlässlich einer Sondersendung der SRF-Produktion «Rundschau» legte der Moderator dem syrischen Machthaber Assad im Oktober 2016 das Foto eines syrischen Jungen vor, welcher blutverschmiert und verängstigt aus den Trümmern Aleppos gerettet wurde. Er konfrontiert Assad damit, dass er die Macht habe die Situation für die Kinder in Aleppo zu ändern.²⁶⁴ Assad entgegnete: «Genau das ist unsere Mission gemäss der Verfassung, dass wir die Menschen beschützen müssen. Doch wie kann man sie schützen, wenn sie unter der Kontrolle von *Terroristen* sind? Wir müssen die *Terroristen* angreifen, das ist offensichtlich.» Gut ein Jahr später schimpfte der türkische Präsident Erdogan Assad öffentlich einen *Terroristen*, welcher beinahe eine Million Personen umgebracht habe.²⁶⁵ Erdogan ging es nicht nur darum, Assad öffentlichkeitswirksam anzugreifen, sondern auch darum seinen eigenen Machtbereichs im nördlichen Teil des Nachbarlandes Syrien zu erweitern.²⁶⁶ Am 10. Oktober 2019 startete die Türkei die «Operation Friedensquelle» auf syrischem Staatsgebiet gegen die kurdische YPG-Miliz, welche von der Türkei als Ableger der kurdischen Arbeiterpartei PKK betrachtet und als *Terrororganisation* bekämpft wird.²⁶⁷ Am 12.10.2019 zog eine vom «Rojava-Komitee» organisierte Kundgebung mit weit über 1000 Personen vom Zürcher Helvetiaplatz aus, flankiert von einem schrillen Pfeifkonzert, kurdischer Volksmusik und Rufen wie «Türkische Armee, raus aus Kurdistan», «Erdogan – *Terrorist*» und «Stoppt den *Terror*», durch die Zürcher Innenstadt.²⁶⁸

Terrorismus stellt aus Sicht der schweizerischen Sicherheitspolitik eine Bedrohung dar. Die vorangehenden durch westliche Medien dokumentierten Geschehnisse illustrieren

²⁶⁴ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz <https://www.srf.ch/news/international/assad-wir-muessen-diese-terroristen-von-aleppo-loswerden>.

²⁶⁵ Mit Verweis auf die staatliche türkische Nachrichtenagentur «Anadolu» siehe <https://www.spiegel.de/politik/ausland/syrien-recep-tayyip-erdogan-nennt-baschar-al-assad-terroristen-a-1185183.html>.

²⁶⁶ Ibid.

²⁶⁷ <https://www.tagesschau.de/ausland/tuerkei-offensive-105.html>.

²⁶⁸ <https://www.nzz.ch/zuerich/die-kurden-mobilisieren-in-zuerich-zur-grossdemonstration-gegen-die-tuerkische-invasion-ld.1514957>

überdies aber auch die vielfältigen Konstellationen, in welchen Begriffe wie *Terror*, *Terrorismus* oder *Terrororganisation* öffentlichkeitswirksame Verwendung finden. Der zweite Teil der vorliegenden Arbeit widmet sich in §3 einleitend der Erfassung des Phänomens Terrorismus, indem unter I. auf relevante Wesensmerkmale von Terrorismus und unter II. summarisch auf den völkerrechtlichen Umgang mit Terrorismus eingegangen werden soll. Unter §4 sollen die *terroristische Bedrohungslage* in und für die Schweiz sowie verschiedene Facetten rund um deren Wahrnehmung schrittweise erfasst werden. Einleitend wird unter I. aufgezeigt, welche Behörden die terroristische Bedrohungslage in der Schweiz eruieren, inwiefern sich diese Beurteilungen verändert haben und mit welchen aktuellen terroristischen Bedrohungsformen in der Schweiz gerechnet wird.

Als Gegenstück zur «objektiven Sicherheitslage» soll unter II. dargelegt werden, welche Faktoren das subjektive Sicherheitsgefühl prägen und wie terroristische Bedrohungslagen von der Bevölkerung in der Schweiz subjektiv wahrgenommen werden. Zur weiteren Erfassung des Phänomens Terrorismus folgt unter III. eine Übersicht zu terrorismusrelevanten parlamentarischen Vorstössen, wodurch der Leserschaft Stossrichtungen im politischen Umgang mit Terrorismus in der Schweiz aufgezeigt werden sollen.

§ 3 ERFASSUNG DES PHÄNOMENS TERRORISMUS

I. WESENSMERKMALE

1. Kernelemente des terroristischen Aktes

Die Begriffe Terror und Terrorismus werden regelmässig synonym verwendet, obwohl sie unterschiedliche Arten von politischer Gewalt ausdrücken.²⁶⁹ In Ermangelung einer internationalen rechtlichen Definition kann *Terrorismus* aufgrund seiner *Merkmale*²⁷⁰ als

²⁶⁹ Hierzu sowie zum nächsten Satz KREIS, in: Funke, S. 159; TODESCHINI, Rz 5 (m.w.H.). Zur Unterscheidung von Terror und Terrorismus Fn. 280.

²⁷⁰ Vgl. für etymologische oder politikwissenschaftliche Definitionsansätze von Terrorismus HERZOG, S. 17 ff. (m.w.H.).

«bewusste Erregung und Ausbeutung von Angst durch den Einsatz oder die Androhung von Gewalt, mit dem Ziel, (politische) Veränderungen herbeizuführen»²⁷¹, definiert werden. Terrorismus liegt folglich ein *Kalkül* zugrunde, welches sich durch *drei Elemente* kennzeichnet.²⁷² Terroristische Akte setzen demnach erstens allesamt auf die Androhung oder den tatsächlichen Einsatz von (organisierter und fortgesetzter) *Gewalt*.²⁷³ Der begriffsnotwendige Gewaltbezug erlaubt es, Terrorismus als «letzte Eskalationsstufe von (politischem) Extremismus»²⁷⁴ sowie als eigentliche «*Gewaltstrategie*»²⁷⁵ einzuordnen. Die eingesetzte Gewalt soll zweitens eine *emotionale Reaktion* bewirken, die in ihrer *psychologischen Wirkung* über die eigentlichen Opfer eines Anschlages hinaus eine breitere Zielgruppe (von erklärten «Feinden») verunsichern soll.²⁷⁶ Zudem sollen auch die Anhänger und Sympathisanten durch Gefühlsregungen wie Schadenfreude oder innerem Beifall in ihren Ansichten bestärkt werden. Die intendierte psychologische Wirkung kann u.a. durch den möglichst offenkundigen Bruch sozialer Normen, bspw. durch die Begehung von Gräueltaten, und oder durch den Angriff auf «symbolische Ziele» verstärkt werden.²⁷⁷

²⁷¹ HOFFMAN, S. 82. NEUMANN vertritt die Ansicht, dass sich Terrorismus objektiv nur definieren lässt, wenn man diesen losgelöst von Tätern und politischer Motivation definiert, vgl. NEUMANN, S. 27. Ebenso bereits LAQUEUR: «Die meisten Autoren stimmen darin überein, dass Terrorismus die Anwendung oder Androhung von Gewalt, eine Kampfmethodik oder eine Strategie zur Durchsetzung bestimmter Ziele sei; er zielt darauf ab, sein Opfer in einen Angstzustand zu versetzen; er sei grausam, nicht mit humanitären Maßstäben vereinbar, und Publizität sei ein zentraler Bestandteil seiner Strategie», LAQUEUR, S. 183.

²⁷² Vgl. WALDMANN, S. 35; ZWEIFEL, S. 34 (beide m.w.H.).

²⁷³ HOFFMAN S. 82 (m.w.H.); WALDMANN, S. 35.; TODESCHINI, Rz 6.

²⁷⁴ <https://brockhaus.de/ecs/enzy/article/terrorismus>.

²⁷⁵ WALDMANN, S. 32; BARTHELMUSS, S. 130 f. Allgemein zur Strategie des Terrorismus FROMKIN, in: Funke, S. 83 ff.

²⁷⁶ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz statt vieler HOFFMAN, S. 82. Für eine Untersuchung zum Mass an Aufmerksamkeit für terroristische Anschläge siehe NUSSIO/BÖHMELT/BOVE, S. 900 ff.

²⁷⁷ <https://brockhaus.de/ecs/enzy/article/terrorismus>. Als ein solches symbolisches Ziel lässt sich in der näheren Vergangenheit der Lehrer *Samuel Paty* nennen, welcher in einem Pariser Vorort von einem Mann mit russisch-tschechischen Wurzeln enthauptet wurde, nachdem dieser im Unterricht zum Thema Meinungsfreiheit die vom Satireblatt «Charlie Hebdo» abermals veröffentlichten Mohammed-Karikaturen zeigte. Die Tat erschütterte ganz Frankreich und löste weitreichende und anhaltende Debatten aus. Vgl. hierzu statt vieler <https://www.tagesspiegel.de/politik/lehrer-in-paris-enthauptet-was-ueber-den-taeter-und-die-tat-bisher-bekannt-ist/26286958.html>. Ausführlicher dazu Fn. 313.

Die verursachte Verunsicherung soll drittens bestimmte *Verhaltensreaktionen* bewirken.²⁷⁸ Inwieweit und mit welchen Mitteln sich machtbesitzende (staatliche) Gefüge aufgrund terroristischer Bestrebungen zu Verhaltensreaktionen provozieren²⁷⁹ lassen, liegt dabei *nicht im unmittelbaren Machtbereich der Terroristen*, was für die vorliegende Arbeit eine gleichermassen evidente wie zentrale Feststellung darstellt.

2. Abgrenzungen

A. Terror und Terrorismus

Terrorismus richtet sich gegen die Macht, bildlich ausgedrückt *nach* oben, währenddem sich *Terror* im Sinne einer staatlichen Schreckensherrschaft durch «Terrorregimes» *von* oben gegen die Bürger oder bestimmte Bürgergruppen richtet.²⁸⁰ Als Gewaltstrategie zielt Terrorismus demnach buchstäblich auf die Provokation bestehender Machtgefüge.²⁸¹

B. Terrorismus und legitimer Widerstand

«Der Terrorismus kann mithin als Form politisch motivierter Gewalthandlung verstanden werden. Gleiches gilt indes auch für den Freiheitskampf. Die beiden

²⁷⁸ «Durch die mit ihren Gewalttaten erzeugte Aufmerksamkeit versuchen Terroristen, die Druckmittel, den Einfluss (..) zu erlangen, an denen es ihnen ansonsten mangelt, um (politische) Veränderungen auf lokaler oder internationaler Ebene herbeizuführen», HOFFMAN, S. 82.

²⁷⁹ In diesem Sinne etwa auch FROMKIN: «Die entscheidende Schwäche des Terrorismus als Strategie ist, dass seine Gegner immer die Wahl haben. (..) Man kann sich immer weigern. Das zu tun, was die Terroristen von einem erwarten»; FROMKIN, in: Funke, S. 98. Eine staatliche Politik, welche sämtliche Sicherheitslücken vermauern will «spielt in die Hände von Terroristen bzw. terroristischen Organisationen, die mit ihrem Vorgehen genau dies, nämlich die Verbreitung von Angst, den Verlust von Freiheit und die Aufgabe rechtsstaatlicher Grundsätze anstreben», TODESCHINI, Rz 24 (m.w.H.).

²⁸⁰ TODESCHINI, Rz 59; <https://brockhaus.de/ecs/enzy/article/terrorismus>. In diesem Begriffsinne verstand Hobbes den *terror of legal punishment* (Schrecken gesetzlicher Bestrafung) als notwendige Voraussetzung eines Staatswesens. Zu HOBBS siehe weiter vorne §1, I, 1. Der Begriff Terrorismus ist etymologisch auf die französische Revolutionszeit zurückzuführen, wobei Terrorismus damals im Sinne von Staatsterror als unrechtmässiges Mittel der Staatsgewalt zur Festigung ihrer Macht verstanden wurde, vgl. BARCZAK, in: Kulick/Goldhammer, S. 101.

²⁸¹ NEUMANN erblickt im Umstand, dass Terrorismus terrorisieren soll eine besondere Art von Gewalt, namentlich eine «brutale Form psychologischer Kriegsführung», vgl. NEUMANN, S. 27.

Kampfformen unterscheiden sich nicht in ihrer Vorgehensweise, sondern in der Legitimität, die ihrer jeweiligen Zielsetzung zugebilligt oder eben nicht zugebilligt wird. Während mit dem Terrorismus Ziele verfolgt werden, die abgelehnt werden, wird der Freiheitskampf, verstanden als Auflehnung gegen ein Unrechtsregime, als legitime Form des Widerstands anerkannt.»²⁸²

Die Unterscheidung zwischen legitimem Freiheitskampf und Terrorismus ist vom Zeitgeistempfinden und den jeweils vorherrschenden politischen Anschauungen geprägt.²⁸³ In der Schweiz hat der Gesetzgeber die diffizile Frage, was «im Einzelfall eine straflose <politisch legitime> Gewaltanwendung darstellt und was nicht (...) bewusst an die Justiz delegiert»²⁸⁴. Gemäss Bundesgericht kommt es bei dieser Abgrenzung «massgeblich auf die Art und Weise bzw. die verwendeten *objektiven Mittel* des Freiheitskampfes an», wobei eine «<Täter-subjektivistische> Definition des <legitimen> Kampfes für Freiheit, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit»²⁸⁵ abzulehnen sei.

²⁸² JOSITSCH, Abgrenzungsfragen, S. 463 (m.w.H.).

²⁸³ In diesem Zusammenhang spricht man gemeinhin auch davon, dass des einen Terrorist des anderen Freiheitskämpfers sei. «Es ist somit nicht erstaunlich, dass auch im Völkerrecht keine einheitliche und anerkannte Terrorismusdefinition zu finden ist. Dies trotz zahlreicher Konventionen und Deklarationen, die sich mit dem Thema beschäftigen.» JOSITSCH, Abgrenzungsfragen, S. 463. Ausführlicher zur fehlenden international anerkannten Terrorismusdefinition weiter hinten §3, II., 3.

²⁸⁴ BGE 142 IV 175 E. 4.7.; BGE 131 II 235 E. 3.3; BGE 130 II 337 E. 3.3. In der Schweiz trägt etwa die Bestimmung zur Terrorismusfinanzierung nach Art. 260^{quinquies} StGB dieser Abgrenzung Rechnung, indem die Abs. 3 und 4 Strafbarkeitsausschlüsse vorsehen. Demnach liegt dann keine Terrorismusfinanzierung vor, wenn sich die Handlung auf die finanzielle Unterstützung von das humanitäre Kriegsvölkerrecht respektierenden Bürgerkriegsparteien oder auf die Herstellung oder Wiederherstellung demokratischer und rechtsstaatlicher Verhältnisse oder die Ausübung oder Wahrung von Menschenrechten richtet. Ähnliche Abgrenzungsfragen stellen sich auch in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, welche gemäss Art. 3 Abs. 1 IRSG zwischen politischen und nicht politischen Delikten unterscheidet, wobei bei ersteren die Rechtshilfe i.d.R. verweigert wird. Hierzu ausführlicher JOSITSCH, Abgrenzungsfragen, S. 465 (m.w.H.).

²⁸⁵ BGE 142 IV 175 E. 4.7.

3. Der (neue?) internationale Terrorismus

A. 9/11 als Schlüsselereignis

Auf dem Foto steigt aus dem ersten Twin Tower bereits schwarzer Rauch, während dem in unmittelbarer Nähe des zweiten Turms unscharf ein Flugzeug erkennbar ist.²⁸⁶ Dazu titelt der Spiegel in seiner vorgezogenen Ausgabe nach dem 11. September 2001: «Der Terror-Angriff: Krieg im 21. Jahrhundert» und Focus schreibt noch allgemeiner vom «Krieg gegen die freie Welt». Konsens bestand im internationalen Blätterwald auch hinsichtlich der Konsequenzen dieser Anschläge, indem etwa das britischen Wirtschaftsblatt The Economist: «Der Tag, der die Welt verändert hat» titelte oder das französische Nachrichtenmagazin L'Express gar eine «neue Ära der Weltgeschichte» verkündete.

Seit 9/11 wird der internationale Terrorismus²⁸⁷ gemeinhin als «neuartige Bedrohung bzw. neue Qualität der Bedrohung, als Sondergefahr, die grundlegende Veränderungen der Rechtsordnung erfordert»²⁸⁸ wahrgenommen. Auch die schweizerischen Bundesbehörden vertreten die Ansicht, dass der internationale Terrorismus durch die Anschläge von 9/11 eine «neue Dimension» erreicht und sämtlichen Staaten die Aktualität und Intensität terroristischer Gefahr verdeutlicht habe.²⁸⁹ Neben dem Begriff des interna-

²⁸⁶ Vgl. hierzu und den nächsten zwei Sätzen <https://www.sueddeutsche.de/politik/presse-schau-zu-9-11-so-titelte-die-presse-ueber-den-terror-am-11-september-1.3150143>.

²⁸⁷ Allgemein zur Entstehung des internationalen Terrorismus vgl. KREIS, in: Funke, S. 158 ff; HOFMANN, S. 211 ff; TOPHOVEN, in: Funke, S. 240 ff. Der internationale Terrorismus beschäftigte die Schweizer Politik bereits in den 1980er Jahren. In der *Interpellation 86.338* vom 12.3.1986 wurden bspw. bereits folgende Fragen aufgeworfen: 1. Genügen die heute zur Verfügung stehenden Mittel zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus in der Schweiz? 2. Welche Massnahmen gedenkt der Bundesrat zu treffen, um einer Zunahme dieser Bedrohung zu begegnen? 3. Drängt sich nicht allenfalls die Schliessung des lybischen Volksbüros in Bern und des PLO-Büros als Massnahme auf?

²⁸⁸ Vgl. BARCZAK, in: Kulick/Goldhammer, S. 108 (m.w.H.).

²⁸⁹ <https://www.eda.admin.ch/eda/de/home/aussenpolitik/sicherheitspolitik/neue-sicherheitspolitischeherausforderungen/terrorismusbekaempfung.html> Informativ die Stellungnahme des Bundesrates vom 21.11.2001 auf die *Interpellation Nr. 01.3552* Lagebeurteilung nach den Terroranschlägen. Vgl. hierzu in Bezug auf Deutschland BALDUS, S. 364 ff.

tionalen Terrorismus ist seit 9/11 vermehrt von einem «neuen Terrorismus»²⁹⁰ und dem Terrorismus als «hybrider Bedrohung»²⁹¹ die Rede. Der Begriff des «neuen Terrorismus» ist insofern etwas irreführend, als dass die Grundfragen rund um Terrorismus keineswegs neu sind.²⁹²

«Welche Individuen greifen, als einzelne oder zu einer Gruppe zusammengeslossen, aus welchen Motiven zu diesem extremen Mittel der Gewalt? Welche Ziele verfolgen sie dabei, welche intendierten und nicht intendierten Reaktionen provozieren sie mit ihren Anschlägen, wie wirken sich diese auf ihre politische Umwelt und rückwirkend auf sie selbst, die terroristische Gruppe, aus, wie erfolgreich sind sie letztlich? Was kann man gegen sie unternehmen?»

B. Charakteristiken des internationalen Terrorismus

Unbesehen der Frage, ob und inwieweit der Begriff des «neuen» Terrorismus angebracht ist, sollen nachfolgend einige Charakteristiken des internationalen Terrorismus des 21. Jahrhunderts Erwähnung finden, welche letztlich auch einen Einfluss auf den rechtlichen Umgang mit Terrorismus in der Schweiz im Allgemeinen sowie auf den Umgang mit «terroristischen Gefährdern» im Besonderen haben.

a.) Bedeutungszunahme des religiös motivierten Terrorismus

Eine Neuerung liegt im zahlenmässigen Anstieg von aus *religiösen Motiven*²⁹³ verübten Terroranschlägen und der zahlenmässigen Zunahme «religiös motivierter Gruppen am

²⁹⁰ Interessant und kritisch zum «neuen Terrorismus» auch SCHULZE WESSEL, S. 361 ff.

²⁹¹ Vgl. hierzu ausführlicher GOERTZ, in: Freudenberg/Goertz/Maninger, S. 1 ff. «Der Begriff hybride Bedrohungen umfasst sehr unterschiedliche Bedrohungsformen (konventionelle und asymmetrische Kriegsführung, organisiertes Verbrechen, subversive Machenschaften, Terrorismus, Piraterie, Cyberkriminalität) in verschiedenen Bereichen (Militär, Wirtschaft, Soziales). (...) Diese Bedrohungsformen sind nicht neu, haben aber an Bedeutung gewonnen.» Stellungnahme des Bundesrates vom 25.2.2015 auf das *Postulat Nr. 15.3002* Schutz gegen hybride Bedrohungen.

²⁹² Vgl. hierzu und zum nachfolgend Zitierten WALDMANN, S. 31.

²⁹³ Vgl. METZGER, S. 9; BEHR, S. 150; HOFFMANN, S. 144 ff.; BÜSCHING, S. 15 ff.; NEUMANN, S. 49. Neben religiösen Grundmotiven kennt die Terrorismusforschung zwei weitere Motive, die sich auch überlappen oder substituieren können. Ende der 1960er-Jahre wurde Terrorismus vermehrt mit *ethnisch-nationalistischen* Erwägungen begründet, in welchem terroristische Gewalt das Bedürfnis ethnischer oder politischer Gruppen nach Unabhängigkeit, Autonomie oder gewissen

Gesamtanteil der aktiven Terrororganisationen»²⁹⁴. *Religiös motivierter Terrorismus* liegt dann vor, wenn die Gewaltanwendung durch Religionen, Glaubensgemeinschaften oder Sekten aus religiösem Fanatismus und einer damit einhergehenden Ideologie der Ablehnung der kulturellen Modern erfolgt.²⁹⁵ Die aktuell am weitest verbreitete und in der westlichen Welt meistbeachtete Form von religiösem Fundamentalismus ist der *Islamismus*, auf welchen sich jihadistische Terrorgruppierungen wie Al-Qaïda und der IS berufen. Der Islamismus lässt sich als «religiös-politologische Ideologie» umschreiben, welche darauf abzielt «das politische System und das gesellschaftliche und kulturelle Leben auf der Grundlage einer extremistischen Interpretation des Islam und dessen Rechtsquellen» abzuändern.²⁹⁶ Sowohl Al-Qaïda als auch der IS zielen auf eine «Vorherrschaft über alle muslimischen Länder»²⁹⁷. Mit diesem Machtanspruch ist das vom Al-Qaïda-Netzwerk verfolgte (politische) Anliegen der Zurückbindung des westlichen, insbesondere des US-amerikanischen, Einflusses und der Vertreibung aller Christen und Juden aus der islamischen Welt eng verknüpft.²⁹⁸ In solchen Konstellationen überlagern sich religiöse und politische Motive. Diese Form von internationalem Terrorismus kann insofern als neu bezeichnet werden, als dass sie sich mit den althergebrachten Grundmotiven²⁹⁹ der Terrorismusforschung nicht erfassen lässt.

Mitbestimmungsrechten transportiert. Beispiele sind die PLO in Palästina, die IRA in Nordirland, die PKK in der Türkei und die ETA in Spanien. Zeitlich parallel dazu entwickelte sich der *sozialrevolutionär motivierte* Terrorismus, welcher auf eine klassen- und herrschaftslose Gesellschaftsordnung und mithin eine ideologische Neuausrichtung der Gesellschaft abzielte, wozu insbesondere der Terrorismus der RAF zählt. Vgl. hierzu TODESCHINI, Rz 9 ff (m.w.H.).

²⁹⁴ TODESCHINI, Rz 14.

²⁹⁵ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz TODESCHINI, Rz 15 f.; <https://brockhaus.de/ecs/enzy/article/terrorismus>. Ausführlicher auch SCHULTE, S. 34.

²⁹⁶ Siehe hierzu sowie allgemein zum Phänomen des internationalen islamistischen Terrorismus RANGE, in: Papier/Heer/Kellermann, S. 43 ff.

²⁹⁷ «Die Al-Qaïda konzentrierte sich darauf, Anschläge im Westen, insbesondere den USA, zu verüben, da diese starken Einfluss auf das Bestehen weltlicher Regimes im Nahen Osten hatte. Anders als bei der Al-Qaïda ist die erste Priorität des IS die Staatenbildung.» TODESCHINI, Rz 16 (m.w.H.).

²⁹⁸ Vgl. hierzu sowie zum nächsten Satz METZGER, S. 8; WALDMANN, S. 30.

²⁹⁹ Zu den terroristischen Grundmotiven Fn. 293. Siehe zur veränderten Qualität von Terrorismus BALDUS, S. 364 ff.

b.) Globale Zielsetzungen und entterritorialisierte Sicherheitsrisiken

Eine Neuerung lässt sich insofern ausmachen, als dass Terrorismusgruppen der 1970er und 1980er zwar auch schon international kooperierten, aber in ihrem politischen Machtanspruch einer regionalen Zielsetzung verpflichtet blieben.³⁰⁰ Al-Qaïda und verwandte Netzwerke verfolgen demgegenüber eine transnationale und *globale Zielsetzung*, indem sie aus einem ideologisch-religiös begründeten Motiv nach einer universellen Herrschaft durch den Islam strebt. Infolgedessen werden terroristische Akte, denen religiöse Zielsetzungen zugrunde liegen, verbreitet als «entterritorialisierte Sicherheitsrisiken»³⁰¹ verstanden, welch sich nicht auf einzelne Nationalstaaten beschränken.³⁰² Anschlagssziele lassen sich in Objekten und Personen zahlreicher Staaten finden und der terroristische Aktionsraum ist daher ausgeweitet. Entterritorialität bringt aus sicherheitspolitischer Sicht mit sich, dass sich die Risiken des internationalen Terrorismus überall manifestieren können und entsprechend schwer prognostizierbar sind.³⁰³

c.) Erweiterter Aktionsraum

Veränderungen werden auch in der *Organisationsstruktur* und den sich damit ergebenden strategischen Handlungsoptionen terroristischer Gruppen erblickt.³⁰⁴ Der hierarchische Aufbau und eine damit verbundene Abgeschlossenheit, welche u.a. Terrorgruppen wie die IRA oder ETA kennzeichneten, sind dezentralen und flexibel operierenden hybriden Netzwerken gewichen.³⁰⁵ Durch die seit den 1980er Jahren andauernde weltweite Rekrutierung verfügen jihadistische Netzwerke über eine multinationale Anhängerenschaft und transnationale Netzwerkstrukturen, welche den Netzwerken einen grenzüberschreitenden Aktionsraum ermöglichen.³⁰⁶ Dies wird lässt sich etwa an der

³⁰⁰ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz WICHMANN, S. 233.

³⁰¹ BEHR, S. 151.

³⁰² Vgl. hierzu und zum nächsten Satz WICHMANN, S. 233; <https://brockhaus.de/ecs/enzy/article/terrorismus>.

³⁰³ Vgl. BEHR, S. 150. Vgl. für die Einschätzung der Gefahrenlage in der Schweiz BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7791 sowie weiter hinten §4, II. und §6, I.

³⁰⁴ Vgl. BEHR, S. 150.

³⁰⁵ Vgl. WALDMANN, S. 30. Ähnlich auch RANGE, in: Papier/Heer/Kellermann, S. 43 ff.

³⁰⁶ Siehe WICHMANN, S. 233. «Stark in den Fokus gerückt ist mit der neueren Entwicklung auch eine Art endogener Terrorismus, der sog. *homegrown terrorism*. Täter der in westlichen Län-

zahlenmässigen Zunahme ausländischer Kämpfer («*foreign fighters*») in den Konflikten in Syrien und im Irak illustrieren.³⁰⁷ Diesbezüglich besteht die Befürchtung, dass die im Umgang mit Waffen und Kriegshandlungen geschulten Rückkehrer eine gesunkene Hemmschwelle zur Gewaltausübung aufweisen, dass diese nach ihrer Rückkehr eigene Zellen aufbauen und oder radikalisierend auf Sympathisanten und potentielle Unterstützer einwirken könnten.³⁰⁸

d.) Rechtlich schwer fassbare Akteure und gesteigerte Zerstörungsfähigkeit

Eine weitere *sicherheitspolitische Herausforderung* des internationalen Terrorismus liegt darin, dass deren Akteure als Subjekte politisch und völkerrechtlich nur schwer fassbar sind, da es sich um vornehmlich nicht-staatliche Akteure handelt.³⁰⁹ Aus methodischer Sicht liegt eine Neuerung der Terrorismusqualität im Umstand, dass neuere Waffentechniken und –systeme auf eine *erhöhte Zerstörungsfähigkeit* ausgerichtet sind und dabei auch für terroristische Zwecke eingesetzt werden.³¹⁰ Zudem werden vermehrt zivile Mittel in Waffen mit grossem Schadenspotenzial umfunktioniert. Hierzu kann man u.a. die Verseuchung von Luftversorgungsschächte mit selbst hergestelltem Sarin durch die «Aum-Sekte» im Jahre 1999 in Tokio, die im Jahre 2002 vereitelte bakterielle Verschmutzung auf das Wasserversorgungssystem in Rom, die seit 9/11 bekannte Zweck-

dern verübten Attentate sind oft Personen ab der zweiten Einwanderungsgeneration, die in den entsprechenden Staaten geboren oder zumindest aufgewachsen sind und nicht etwa aus muslimischen Ländern eingereist sind»; TODESCHINI, Rz 16; Ausführlicher RANGE, in: Papier/Heer/Kellermann, S. 45 ff.

³⁰⁷ Siehe MERZ, S. 1, wonach sich zwischen 2013-2016 mehr Europäer jihadistischen Netzwerken in Irak und Syrien angeschlossen haben, als in allen vorherigen Konflikten seit 1979 zusammen. Aus der Schweiz hat der NDB seit 2001 bis im Juni 2021 92 Fälle von jihadistisch motivierten Reisen erfasst. Dazu ausführlicher weiter hinten Fn. 602, 603 (m.w.H.).

³⁰⁸ Vgl. MERZ, S. 2, wobei er mit Hinweis auf eine Studie zu Jihadrückkehrern aus Syrien, wonach «die Rate der nach Syrien gereisten Foreign Fighters, die sich zwischen Januar 2011 und Juni 2015 direkt an terroristischen Handlungen im Westen beteiligt haben, bei 1 zu 360 lag» richtigerweise eine «Versachlichung der Diskussion» nahelegt. RANGE, in: Papier/Heer/Kellermann, S. 45 ff. Für eine gerichtliche Einschätzung der Gefährdung durch rückkehrende Jihad-Reisenden siehe BVGer F-1954/2017 vom 8.4.2019 E. 7.2 (m.w.H.).

³⁰⁹ Vgl. GOERTZ in: Freudenberg/Goertz/Maninger, S. 5 f.; BEHR, S. 151. Ausführlicher dazu sogleich §3, II.

³¹⁰ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz BEHR, S. 150; BÜSCHING, S. 15.

entfremdung von Flugzeugen «zu einer Präzisionslenkwaffe mit einer Sprengkraft von einer Kilotonne»³¹¹ sowie die im Jahre 2016 in Nizza und Berlin für terroristische Zwecke verwendeten Lastwagen, zählen.³¹²

e.) **Erhöhte mediale Aufmerksamkeit und erleichterte Verbreitung**

Die erhöhte Zerstörungsfähigkeit weist auch Querbezüge zu der gemäss terroristischem Kalkül intendierten psychologische Wirkung auf. Dem internationalen Terrorismus wird dabei aufgrund des Einsatzes zeitgemässer Informations- und Kommunikationstechnologien und wegen des gezielten Einsatzes der sozialen *Medien* eine neue Qualität attestiert wird, indem sich die dem Anschläge zugrunde liegende Ideologie schneller verbreiten und zudem Aufmerksamkeit für die eigenen Anliegen vergleichsweise leichter erreichen lässt.³¹³

II. VÖLKERRECHTLICHER UMGANG MIT TERRORISMUS

1. UN-Charta als Leitplanke

Eines der erklärten Ziele der UNO ist es gemäss Art. 1 Abs. 1 der UN-Charta «den Weltfrieden und die internationale Sicherheit zu wahren und zu diesem Zweck wirksame Kollektivmassnahmen zu treffen, um Bedrohungen des Friedens zu verhüten und zu beseitigen». Art. 2 der UN-Charta umschreibt zentrale Handlungsgrundsätze, wozu u.a. das Prinzip der souveränen Gleichheit der Staaten (Abs. 1), die Pflicht zur friedlichen Streitbeilegung (Abs. 3) und das völkerrechtliche Interventions- und Gewaltverbot (Abs. 4) zählen.³¹⁴ Infolge terroristischer Anschläge palästinensischer Gruppierungen in den 1970er Jahren

³¹¹ METZGER, S. 9.

³¹² Vgl. BEHR, S. 148.

³¹³ Vgl. HOFMANN, S. 214; WALDMANN, S. 30. Ein Beispiel hierfür ist die bereits in Fn. 277 erwähnte Enthauptung des französischen Lehrers Samuel Paty, welcher im Unterricht Mohamed-Karikaturen zeigte und besprach. Der 18 Jahre alte Mann hatte kurz nach der Tat noch auf Twitter mit dieser angegeben, ein Foto des Opfers veröffentlicht und erklärt, dass dies die Rache an dem sei, «der es gewagt hat, Mohammed zu erniedrigen»; <https://www.tagesspiegel.de/politik/lehrer-in-paris-enthaupet-was-ueber-den-taeter-und-die-tat-bisher-bekannt-ist/26286958.html>. Interessant zum Einfluss des Internets im Kontext von extremistischen Ideologien HARRENDORF/MISCHLER/MÜLLER, in: Petzsche/Heger/Metzler, S. 273 ff.

³¹⁴ Vgl. ausführlicher BEHR, S. 148; SCHALLER, S. 2; HOFER, S. 51 ff.

fokussierte die UNO erstmals vertieft auf die Bekämpfung des (internationalen) Terrorismus.³¹⁵ Die Handlungsgrundsätze von Art. 2 UN-Charta wurden mittels Erklärung der UNO-Generalversammlung im Jahre 1970 in Bezug auf den internationalen Terrorismus erstmals konkretisiert.³¹⁶ Demnach darf kein Staat Terrorhandlungen in einem anderen Staaten unterstützen und jeder Staat ist auf seinem Staatsgebiet zur Beseitigung von terroristischen Bedrohungen verpflichtet.

2. Führungsrolle der UNO

In der Bekämpfung des internationalen Terrorismus nimmt die UNO eine «Führungsrolle»³¹⁷ ein. Einerseits kann die UNO auf eine *langjährige Erfahrung und Praxis* im Rahmen des Völkerrechts zurückgreifen, da in deren Gefüge zahlreiche völkerrechtliche Abkommen zur Terrorismusbekämpfung verhandelt und verabschiedet wurden.³¹⁸ Andererseits hat die UNO auch eine aktive Vorreiterrolle in der internationalen Terrorismusbekämpfung eingenommen. Hierbei kommt dem *Sicherheitsrat* eine zentrale Rolle zu, weil dieser mittels Resolutionen verübte terroristische Anschläge verurteilen, politische Grundsatzserklärungen abgeben sowie generell-abstrakte Vorgaben für alle Staaten verabschieden kann.³¹⁹ Da terroristische Akte eine Friedensbedrohung i.S.v. Art. 39 der UN-Charta darstellen, ist der Sicherheitsrat gestützt auf die Art. 39 ff. der UN-Charta zudem zur Verhängung von militärischen und nicht-militärischen *Sanktionen* gegen Terrorismus unterstützende *Staaten* und von *Individualsanktionen*³²⁰ gegen terroristische

³¹⁵ MATTES, S. 1. Zu den palästinensischen Anschlägen TOPHOVEN, in: Funke, S. 240 ff.

³¹⁶ Vgl. Hierzu und zum nächsten Satz *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, Generalversammlung, Resolution (GV-Res.) 2625 (XXV), 24.10.1970. Dazu auch SCHALLER, S. 2; BEHR, S. 148.

³¹⁷ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz MATTES, S. 3; BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7806. Auf europäischer Ebene hat die EU eine Strategie zur Terrorismusbekämpfung verabschiedet, ebenso kommen in der Terrorismusbekämpfung regionalen Organisationen, wie dem Europarat oder der OSZE wichtige Bedeutung zu. Ausführlicher zum internationalen Terrorismus und der Rolle der UNO bereits LAGONI, in: Funke, S. 259 ff.

³¹⁸ Vgl. zu den Abkommen sogleich unter 3. Vgl. auch BINDER/JACKSON, in: Kulick/Goldhammer, S. 114; MATTES, S. 3.

³¹⁹ BEHR, S. 148; SCHALLER, S. 7.

³²⁰ Vgl. hierzu eingehend HOFER, S. 93 ff; MINNELLA, in: Shor/Hoadley, S. 31 ff. Bestimmte mit dem Al-Qaida Netzwerk in Verbindung gebrachte juristische und natürliche Personen wurden auf-

Gruppierungen und Einzelpersonen ermächtigt. Seit 2001 wurden die *institutionellen* UNO-Strukturen zur Terrorismusbekämpfung ausgebaut.³²¹ Unmittelbar nach 9/11 hat der Sicherheitsrat etwa das *UN Counter Terrorism Committee* gebildet, welches die Einhaltung von terrorismusrelevanten UN-Resolutionen kontrolliert und die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von Massnahmen zur Terrorismusbekämpfung unterstützt.³²² Im September 2006 verabschiedete die UNO-Generalversammlung die *Globale Strategie zur Terrorismusbekämpfung*.³²³ Die Strategie gründet auf einer im Jahre 2005 durch Kofi Annan gehaltenen Rede³²⁴, in welcher dieser die *fünf Hauptelemente* einer effizienten globalen Anti-Terrorismusstrategie vorstellte, wonach Menschen von der Anwendung bzw. Unterstützung von Terrorismus abzuhalten, Terroristen die Mittel zur Ausführung von Anschlägen zu entziehen, Staaten vor der Unterstützung terroristischer Gruppen abzuschrecken, staatliche Kapazitäten zur Verhütung von Terrorismus aufzubauen und die Menschenrechte bei der Terrorismusbekämpfung zu verteidigen seien.³²⁵

3. **Fehlende international anerkannte Terrorismusdefinition**

In Zeiten der Globa-, Digita- und Medialisierung moderner Gesellschaften stellt der *internationale Terrorismus* erst recht ein transnationales Phänomen dar, welches an sich ebenso transnationale Antworten erfordern würde, womit das grundsätzliche

grund der SR-Res. 1267 (1999) bspw. bereits im Jahre 1999 auf eine UNO-Terrorliste gesetzt. Das Sanktionsregime beinhaltet u.a. Reisbeschränkungen, Finanzsanktionen oder Waffenembargos gegen die entsprechenden Personen. Vgl. BINDER/JACKSON, in: Kulick/Goldhammer, S. 135; SCHALLER, S. 6 f.

³²¹ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz MATTES, S. 5.

³²² Die zur Terrorbekämpfung gebildeten UN-Organe sind völkerrechtlicher und nicht polizeirechtlicher Natur, weshalb die Strafverfolgung den nationalen Polizeibehörden resp. den von den Mitgliedstaaten aufgebauten internationalen Polizeiorganisationen obliegt. Vgl. MATTES, S. 3, 5.

³²³ «Die UN-Antiterrorismusstrategie wurde einschliesslich eines dazugehörigen Aktionsplanes am 8.9.2006 von der UN-Vollversammlung mit Resolution 60/288 einstimmig angenommen und 2008 mit der Resolution 62/272 bekräftigt», MATTES, S. 3; Dazu auch Stellungnahme der UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. 2.

³²⁴ Siehe UNO, In Larger Freedom, S. 1 ff; Abrufbar unter <https://digitallibrary.un.org/record/543857>.

³²⁵ Vgl. hierzu auch BEHR, S. 149; MATTES, S. 3.

Bedürfnis nach einer rechtlich einheitlichen und international anerkannten Terrorismusdefinition auf der Hand liegt.³²⁶

A. Sektorielle Definitionen terroristischer Akte

Die Antiterrorismuspolitik der UNO nahm mit der Verabschiedung erster Konventionen Ende der sechziger, Anfang der siebziger Jahre ihren Lauf.³²⁷ Auf völkerrechtliche Ebene, welches traditionellerweise Staaten mittels völkerrechtlicher Verträge untereinander bindet, wurden zahlreiche Bemühungen unternommen, um die Staaten zur Ergreifung von Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus zu verpflichten.³²⁸ Auf UNO-Ebene bestehen aktuell 19 sektorielle Konventionen, welche der Vorbeugung von Terrorismus dienen und im sachlichen Anwendungsbereichs der jeweiligen Konvention *einzelne terroristische Handlungsformen* definieren.³²⁹ Ein internationaler Konsens besteht u.a. in Bezug auf Flugzeugentführungen (1970), Geiselnahmen (1979), terroristische Bombenanschläge (1997), die Finanzierung von Terrorismus (1999) und nuklearterroristische Handlungen (2005).

B. Terrorismusdefinition als politische Herausforderung

Im Jahre 1999 suchte die UNO im Rahmen der in der Resolution 54/110 vorgesehenen «Comprehensive Convention on international Terrorism» erstmals eine *allgemeine Terrorismusdefinition* sowie die umfassende staatliche Pflicht zur Verfolgung terroristischer Akte zu verankern.³³⁰ Die Konvention kam nicht über das Entwurfsstadium hinaus, da die Staaten keine Einigung über die Frage erzielten, ob und inwiefern Handlungen

³²⁶ Vgl. zu diesem Satz BARCZAK, in: Kulick/Goldhammer, S. 114.

³²⁷ MATTES, S. 1. Hierzu auch unmittelbar vorangehend 2.

³²⁸ Siehe BINDER/JACKSON, in: Kulick/Goldhammer, S. 114 (m.w.H.).

³²⁹ Vgl. zum Gesagten und zum nächsten Satz auch WALTER in: Wolfrum, S. 809 ff.; MATTES, S. 2. Eine fortwährend aktualisierte Übersicht über alle UNO Instrumente zur Terrorismusbekämpfung findet sich unter <https://www.un.org/counterterrorism/international-legal-instruments>.

³³⁰ BINDER/JACKSON, in: Kulick/Goldhammer, S. 127. (m.w.H.). Zum Vorstehenden vgl. auch UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. 2 ff.

von nationalen Befreiungsbewegungen, welche sich auf das durch die UN-Charta³³¹ geschützte Selbstbestimmungsrecht der Völker berufen, vom Anwendungsbereich der Konvention ausgenommen werden sollten.³³² Dieser grundlegende und fortwährende zwischenstaatliche Zwist verdeutlicht, dass die Unterscheidung zwischen legitimer und illegitimer Gewalt politisch gefärbt ist, wobei in diesem Umstand die Hauptursache liegt, weshalb auf *politischer Ebene* bis heute *keine internationale anerkannte Definition von Terrorismus* verabschiedet wurde.³³³

C. Terrorismusdefinition als rechtliche Herausforderung

Rechtliche Anhaltspunkte für eine *künftige internationale Terrorismusdefinition* liefern die in den vorerwähnten völkerrechtlichen Konventionen enthaltenen sektoriellen Umschreibungen von terroristischen Handlungsformen. Auf der *Ebene der Tathandlung* sind demnach schwere Rechtsgutverletzungen notwendig und auf *subjektiver Ebene* wird auf den der Tathandlung zugrundeliegenden Zweck abgestellt, namentlich die Absicht die Bevölkerung einzuschüchtern (und) oder eine Regierung oder internationale Organisation zu einem Tun oder Unterlassen zu nötigen.³³⁴ Als Grundlage für eine solche allgemeine Terrorismusdefinition kann Abs. 3 der *Resolution 1566 (2004)*³³⁵ des Sicherheitsrates ge-

³³¹ Vgl. Art. 1 Abs. 1 und Art. 55 UN-Charta. Zur Abgrenzung von Terrorismus und Freiheitskampf weiter vorne §3, I, 2., B.

³³² Vgl. statt vieler AMBOS/TIMMERMANN, in: Saul, S. 33 f. Konkret forderte die OIC als Vertreterin der arabischen Staaten, dass nationale Befreiungsbestrebungen von sog. «freedom fighters» vom Anwendungsbereich ausgenommen werden. Ebenso wenig war die Forderung einer Ausweitung des Anwendungsbereichs der Konvention, bzgl. der Rolle Israels im Palästina-Konflikt, auf Staatsterrorismus mehrheitsfähig. Vgl. dazu SCHALLER, S. 4; MATTES, S. 2; BINDER/JACKSON, in: Kulick/Goldhammer, S. 127. Zum Ganzen auch TODESCHINI, Rz 6, 10.

³³³ Vgl. statt vieler BARTHELMESS, S. 131. Entsprechend hat das internationale Strafrecht, welches individuelle Verantwortlichkeiten von Einzelpersonen begründet, Terrorismus als internationales Verbrechen nicht in die Staute der internationalen Strafgerichte integriert. Vgl. dazu ausführlicher WOLNY, S. 159 ff; VEST, S. 332.

³³⁴ Vgl. auch schon Art. 2 Abs. 1 lit. a des (sektoriellen) internationalen Übereinkommens zur Bekämpfung der Finanzierung von Terrorismus (SR 0.353.2). Siehe dazu DI FILIPPO, in: Saul, S. 3, 8 f.

³³⁵ UNSC Res 1566 (08 October 2004) UN Doc S/RES 1566: «Straftaten, namentlich auch gegen Zivilpersonen, die mit der Absicht begangen werden, den Tod oder schwere Körperverletzungen zu verursachen, oder Geiselnahmen, die mit dem Ziel begangen werden, die ganze Bevölkerung, eine Gruppe von Personen oder einzelne Personen in Angst und Schrecken zu versetzen, eine Bevölkerung einzuschüchtern oder eine Regierung oder eine internationale Organisation zu einem Tun

sehen werden. Aus rechtlicher Sicht lässt diese Terrorismusdefinition unbeantwortet, ob alle zur Zweckerreichung eingesetzten Tathandlungen unter den Terrorismustatbestand fallen oder ob zusätzlich eine gewisse Intensität erforderlich sein muss. In diesem Sinne berücksichtigte etwa, der mittlerweile wieder aufgehobene Rahmenbeschluss³³⁶ des Rates vom 13. Juni 2002 zur Terrorismusbekämpfung, die *Potentialität der schädigenden Handlung* zur Zweckerreichung und definierte terroristische Straftaten dadurch weitaus enger.³³⁷ Der beispielhafte Vergleich zweier möglicher Definitionsansätze zeigt, welch grosse Herausforderung es darstellt, eine *rechtlich praktikable* Definition von Terrorismus und terroristischen Handlungen zu finden. Berücksichtigt man bei der Definition terroristischer Straftaten lediglich Tathandlungen, welche *im Sinne eines Erfolges* zur Zielerreichung einer schwerwiegenden Einschüchterung der Bevölkerung bedarf bzw. eine ernsthafte Destabilisierung gesellschaftlicher Grundstrukturen verlangt, setzt Terrorismus gewissermassen «notstandsähnliche und existenzielle Gefährdungen des Staatsgefüges an sich»³³⁸ voraus, was zumindest in Europa bis anhin kaum je der Fall gewesen sein dürfte. Auf einer entsprechend eng gefassten allgemeinen Terrorismusdefinition beruhende terroristische Straftaten drohen als «zahnlose Totgeburten» auf politische und rechtliche Ablehnung zu stossen.³³⁹ Werden Terrorismus resp. terroristische Straftaten dahingegen unabhängig von deren Eignung und Potentialität der

oder Unterlassen zu nötigen, welche Straftaten im Sinne und entsprechend den Begriffsbestimmungen der internationalen Übereinkommen und Protokolle betreffend den Terrorismus darstellen, unter keinen Umständen gerechtfertigt werden können, indem politische, philosophische, weltanschauliche, rassische, ethnische, religiöse oder sonstige Erwägungen ähnlicher Art angeführt werden (...).» Hierzu ausführlicher SCHALLER, S. 5 (m.w.H.).

³³⁶ Vgl. ABl. L 164, 22.6.2002, S. 3. Vgl. hierzu auch TODESCHINI, Rz 8.

³³⁷ Straftaten werden demnach als terroristisch eingestuft, wenn «sie mit dem Ziel begangen werden,— die Bevölkerung auf *schwerwiegende* Weise einzuschüchtern oder— öffentliche Stellen oder eine internationale Organisation rechtswidrig zu einem Tun oder Unterlassen zu zwingen oder— die politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen eines Landes oder einer internationalen Organisation *ernsthaft* zu destabilisieren oder zu zerstören (...).».

³³⁸ BARCZAK, in: Kulick/Goldhammer, S. 112 f, m.w.H., wonach Deutschland (trotz Anschlägen) bis dato zu keinem Zeitpunkt durch Terrorismus in seinem Bestand gefährdet war. Ähnlich in Bezug auf die Schweiz auch MOHLER, Verfassungsgrundlage, Rz 28 ff.

³³⁹ Umgekehrt spricht nach Ansicht des Schreibenden für eine hohe Schwelle, dass dadurch ein taugliches Abgrenzungsmerkmal von terroristischen Straftaten zu anderweitigen Straftaten geschaffen wird, welches letztlich eine internationale rechtsgleiche Gerichtspraxis begünstigen könnte.

zur Zweckerreichung eingesetzten Tathandlung *lediglich gestützt auf deren subjektive Ausrichtung*³⁴⁰ resp. die zugrundeliegenden Bestrebungen³⁴¹ definiert, resultiert ein «Ungleichgewicht auf der subjektiven, voluntativ-intentionalen Seite»³⁴², welches den rechtsanwendenden Behörden sehr weite Ermessensspielräume einräumt.³⁴³

D. Folgen der fehlenden Terrorismusdefinition

Im Nachgang zu 9/11 rief der Sicherheitsrat³⁴⁴ in einem pauschalen Aufruf die Staaten zum zügigen Erlass von *nationalen Anti-Terrorgesetzen* auf. Die Ermangelung einer normativen Richtschnur, in Gestalt einer völkerrechtlichen Terrorismusdefinition, begünstigte, dass den erlassenen nationalen Anti-Terror-Gesetzen uneinheitliche Terrorismusdefinitionen und Anti-Terror-Massnahmen zugrunde gelegt wurden. Ein international einheitlicher Umgang mit dem internationalen Phänomen Terrorismus ist dadurch in weite Ferne gerückt.³⁴⁵ Die fehlende internationale Terrorismusdefinition erleichtert es einzelnen Staaten überdies, dass diese unter dem *Vorwand der Terrorismusbekämpfung* gegen missliebige oder oppositionelle Gruppen vorgehen können, wodurch letztlich auch die Akzeptanz der internationalen Anti-Terror-Massnahmen insgesamt unterminiert wird.³⁴⁶

³⁴⁰ Vgl. Art. 21 Abs. 3 GG, wonach Parteien, die nach ihren Zielen oder dem Verhalten ihrer Anhänger darauf *ausgerichtet* sind, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden von staatlicher Finanzierung ausgeschlossen sind.

³⁴¹ So etwa in der Schweiz Art. 23e Abs. 2 BWIS. Siehe hierzu weiter hinten §8, IV. Zur strafrechtlichen Terrorismusdefinition gemäss StGB weiter hinten §6, II.

³⁴² BARCZAK, in: Kulick/Goldhammer, S. 113.

³⁴³ Vgl. hierzu beispielhaft das behördliche Ermessen von Fedpol beim Erlass von Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS gegen terroristische Gefährder. Hierzu eingehend weiter hinten §7, II.-V., VIII.

³⁴⁴ Vgl. insb. SR Res. 1371 (2001). «In der Resolution 1371 (2001) verwendet der Sicherheitsrat bei der Normierung konkreter Staatenverpflichtungen systematisch den Begriff des «terroristischen Akts», allerdings ohne dafür eine entsprechende Definition zu liefern. (...) Angesichts der unterschiedlichen Auffassungen über die Reichweite des Begriffs ist eine weltweit einheitliche Durchsetzung der Resolution nur schwer zu erreichen», SCHALLER, S. 4.

³⁴⁵ Vgl. BINDER/JACKSON, in: Kulick/Goldhammer, S. 127; SCHALLER, S. 4.

³⁴⁶ Vgl. etwa MATTES, S. 2. Die Thematik wurde auch auf UNO-Ebene in der Resolution Nr. 74/147 vom 18.12.2019 zu Terrorismus und Menschenrechte explizit adressiert, indem u.a. in Erinne-

4. **Ausgewählte völkerrechtliche Defizite im Umgang mit Terrorismus**

Im Einleitungsbeispiel zum zweiten Teil sieht der syrische Machthaber Assad in seinen Gegnern pauschal Terroristen. Der türkische Präsident Erdogan bezeichnet wiederum Assad als Terroristen. Die mit dem im Norden Syriens solidarisierenden Kurden schimpfen dahingegen Erdogan einen Terroristen. Dies veranschaulicht, dass die Verwendung des Begriffs «Terrorist» in der Alltags- und Politsprache aus verschiedenen Perspektiven geäußert und gleichermassen von und gegen Staatsoberhäupter, politische Bewegungen und oder Einzelpersonen verwendet wird.³⁴⁷ Sämtlichen Positionen ist gemeinsam, dass der Begriff «Terrorist» negativ konnotiert ist, kaum je auf sich selbst bezogen wird und primär der Diffamierung eines unliebsamen Gegners dient. Mit BARCZAK lässt sich resümieren:

«Welche Handlungen im Einzelfall als «terroristisch» zu qualifizieren sind und welche Akteure demgemäss als «Terroristen» zu gelten haben, scheint typischerweise und geradezu traditionell im Auge des Betrachters zu liegen und vom subjektiven, politisch und ideologisch geprägten Standpunkt abhängig zu sein.»³⁴⁸

rung gerufen wurde, dass «die Staaten sicherstellen müssen, dass sämtliche Massnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus und des den Terrorismus begünstigenden Gewaltextremismus mit dem Völkerrecht (..), in Einklang stehen müssen. Siehe beispielhaft für die Repression der Opposition durch Anti-Terrorgesetze in der arabischen Welt, JOSUA, S. 1 ff. Zur Thematik siehe auch schon die *dringliche einfache Anfrage Nr. 03.1001* zu Terrorismus und Menschenrechten sowie die dazugehörige Antwort des Bundesrates vom 26.3.2003.

³⁴⁷ In einem Zwischenruf bezeichnete die AFD-Politikerin Beatrix von Storch den FDP-Parlamentsgeschäftsführer im Bundestag als «Terroristen». <https://www.n-tv.de/politik/Schaeuble-ruft-von-Storch-zur-Ordnung-article21350091.html>. Ebenfalls in Deutschland bezeichnete ein langjähriger Mieter den Vermieter als «Terroristen» und «nazi-ähnlichen braunen Misthaufen», was diesen wegen Unzumutbarkeit der Fortsetzung zur Auflösung des Mietverhältnisses befugte. Vgl. hierzu LG München I, Az: 14 S 16950/15, Urteil vom 20.01.2016. Die haltlose Bezeichnung einer Person als «Terrorist» könnte in der Schweiz neben zivilrechtlichen Folgen auch als strafbare Handlung gegen die Ehre und den Privat- und Geheimbereich (Art. 173 ff. StGB) beurteilt werden. Zu Fragen der Persönlichkeitsverletzung im Falle der (unzutreffenden) Bezeichnung oder Kategorisierung einer Person als «terroristischen Gefährder» §7, VIII, 1. und 2.

³⁴⁸ BARCZAK, in: Kulick/Goldhammer, S. 103 (m.w.H.). Ein interessantes Beispiel hierfür ist der unterschiedliche Umgang Deutschlands mit Staatsangehörigen, welche sich im Syrienkrieg der kurdischen YPG angeschlossen haben und Staatsangehörigen, welche sich dem IS angeschlos-

A. Tendenzen zur Personalisierung nichtstaatlicher Akteure

Die fehlende allgemeine internationale Terrorismusdefinition bringt mit sich, dass im Völkerrecht auch der Begriff Terrorist nicht allgemein, sondern konkret und gewissermaßen «vorfrageweise» im Zusammenhang mit dem Erlass sanktionierender Massnahmen gegen mutmassliche Terroristen beantwortet wird.³⁴⁹ Diesen sanktionierenden Massnahmen liegt ein, dem herkömmlichen völkerrechtlichen Regelungsgegenstand fremder, «Trend zur Personalisierung»³⁵⁰ zugrunde. Dabei werden nichtstaatliche Akteure, namentlich als mutmassliche Terroristen identifizierte Individuen, mittels individueller völkerrechtlicher Regeln und Pflichten direkt adressiert werden. Zu diesen «personalisierten» Massnahmen zählen die *Sanktionen des Sicherheitsrates*, wonach die Namen bestimmter Personen, welche auf irgendeine Weise mit in Resolutionen des Sicherheitsrates genannten Terrororganisationen in Verbindung gebracht werden, auf «Terrorlisten» gesetzt und dadurch zum Völkerrechtssubjekt gemacht werden.³⁵¹

B. Schwacher Rechtsschutz bei Individualsanktionen

Andererseits liegt eine Personalisierung des Individuums zum Völkerrechtssubjekt auch dann vor, wenn sich Staaten im Nachgang bewaffneter Angriffe durch nichtstaatliche Akteure zur Bekämpfung der nicht-staatlichen Angreifer auf das durch Art. 51 UN-Charta gewährte Recht auf Selbstverteidigung³⁵² berufen oder in Art. 51 der UN-Charta

sen haben. Vgl. dazu <https://www.sueddeutsche.de/politik/rueckkehrer-gute-kaempfer-boese-kaempfer-1.3309632>.

³⁴⁹ In Bezug auf Terroristen scheint das Credo «i know it, when i see it» zu gelten, vgl. BINDER/JACKSON, in: Kulick/Goldhammer, S. 140. Zum Ganzen auch ZWEIGLE, S. 34 ff.

³⁵⁰ Hierzu und zum nächsten Satz BINDER/JACKSON, in: Kulick/Goldhammer, S. 140. Ähnlich auch CURRAT, S. 106 ff. Vgl. für konkrete Personalisierungsbeispiele auch ALTWICKER, in: Kulick/Goldhammer, S. 87.

³⁵¹ BINDER/JACKSON, in: Kulick/Goldhammer, S. 140, 142, wonach mit dem Eintrag auf der Terrorliste Sanktionen Massnahmen wie bspw. Ein- und Ausreiseverbote oder das Einfrieren von Vermögenswerten einhergehen können. Eingehend zum Rechtsschutz gegen Individualsanktionen Hofer, S. 139 ff. Kritisch sowie m.w.H. dazu auch EGBUNA-JOSS, S. 231 f.: «Die Beweisanforderungen für die Aufnahme einer Organisation oder einer Einzelperson auf eine solche Liste sind folglich meist gering, und die Rechtsschutzmöglichkeiten für einmal aufgeführte Organisationen und Einzelpersonen oft mangelhaft».

³⁵² Hierzu ausführlicher SCHIFFBAUER, in: Kulick/Goldhammer, S. 181 ff.

eine Grundlage für «targeted killings»³⁵³ mutmasslicher Terroristen ausmachen. Diese völkerrechtliche Praxis, welche es ermöglicht Personen als Terroristen zu identifizieren und zu sanktionieren, ist u.a. deshalb zu hinterfragen, weil diesen Vorgängen keine allgemein anerkannte Definition von Terrorismus und Terroristen zu Grunde liegt. In Anbetracht der äusserst weitreichenden Sanktionen (bis hin zur Tötung) sind diese Sanktionen insbesondere aus menschenrechtlicher Sicht problematisch.³⁵⁴ Deren Fragwürdigkeit erhöht sich zusätzlich, wenn die in diesen Verfahren äusserst schwache verfahrensrechtliche Position mutmasslicher Terroristen berücksichtigt wird, deren Sanktionierung oftmals auf vagen Tatbestandbehauptungen, wie bspw. «X. is associated with terrorism», sowie auf inhaltlich schwer überprüfbaren nachrichtendienstlichen Informationen beruht.³⁵⁵ Kommt hinzu, dass diese Sanktionen nicht durch juristische, sondern durch politische Institutionen, wie dem Sicherheitsrat oder Staatenvertreter veranlasst werden, und dem betroffenen Individuum vor diesen Institutionen kein oder ein bloss geringer Rechtsschutz zukommt. Die an dieser Stelle bloss summarisch aufgezeigten völkerrechtlichen Defizite erlauben die grundsätzliche Frage, ob das gel-

³⁵³ Das Gesagte gilt insbesondere für die USA und deren «war on terror», in deren Rahmen sie Drohnenattacken gegen mutmassliche Terroristen ausführt. So geschehen im Grenzgebiet Pakistans und Afghanistans gegen Mitglieder der Al Qaïda und der Taliban. Vgl. BINDER/JACKSON, in: Kulick/Goldhammer, S. 140. Eine besonders vielbeachtete gezielte Tötung aus der näheren Vergangenheit war jene des iranischen Generals Qasem Soleimani im Januar 2020. Siehe hierzu <https://voelkerrechtsblog.org/the-targeted-killing-of-qasem-soleimani-a-short-recapitulation/>. Ausführlicher und allgemein zu den «targeted killings» STARSKI, in: Kulick/Goldhammer, S. 237 ff. Zur schweizerischen Position siehe Stellungnahme des Bundesrates vom 29.5.2013 auf die *Interpellation Nr. 13.3245* Drohnen zur Terrorabwehr. Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht.

³⁵⁴ Vgl. bspw. EGMR, *Nada v. Switzerland*, App. No. 10593/08 (21.9.2012). In diesem Falle musste ein italienischer Staatsbürger ägyptischer Abstammung namens «Nada» mehrere Jahre in einer kleinen italienischen Enklave in der Schweiz ausharren, weil er wegen mutmasslicher Verbindungen zu Al-Qaïda im Jahre 2003 auf eine UNO-Terrorliste gesetzt wurde. Der EGMR stellte eine Verletzung seines Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) sowie auf wirksame Beschwerde (Art. 13 EMRK) fest. Ausführlich zur Rechtsprechung des EGMR und EuGH zu Individualsanktionen HOFER, S. 202 ff.; FENWICK/FENWICK, in: Shor/Hoadley, S. 259 ff.

³⁵⁵ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz sowie allgemein treffend zu den zahlreichen menschenrechtlichen Problemen bei der völkerrechtlichen Terrorismusbekämpfung BINDER/JACKSON, in: Kulick/Goldhammer, S. 142 f. (m.w.H.). Besonders eklatante menschenrechtliche Probleme ergeben sich bei den «targeted killings», da diesfalls eine Person getötet wird, ohne dass sich diese vorgängig auf irgendeine Weise auf verfahrensrechtliche Garantien hätte berufen können.

tende Völkerrecht für den Umgang mit den neuen Gefahrenquellen des internationalen Terrorismus, d.h. nichtstaatlichen Akteuren (Individuen), an sich geeignet ist.³⁵⁶

§ 4 **ERFASSUNG DER TERRORISTISCHEN BEDROHUNGS- LAGE IN DER SCHWEIZ**

I. TERRORISMUSSPEZIFISCHE LAGEBEURTEILUNGEN

Eine aussagekräftige Beurteilung einer Bedrohungslage sollte einerseits *Einschätzungen* über deren Gefährdungspotenzial enthalten, namentlich über die potenzielle Täterschaft, die mutmasslichen Tatmittel und wahrscheinliche Anschlagziele.³⁵⁷ Andererseits sollte eine aussagekräftige Beurteilung einer Bedrohungslage auch eine *Aussage* über deren mutmassliches Schadensausmass und deren Eintrittswahrscheinlichkeit treffen. Die Beurteilung der terroristischen Bedrohungslage in und für die Schweiz ist von zentraler Bedeutung, da die in der Schweiz erfolgten Anpassungen des Instrumentariums zur Terrorismusbekämpfung ihre Legitimation aus einer bestehenden Bedrohung ziehen.³⁵⁸ Nachfolgend wird aufgezeigt, *welche Behörden* die terroristische Bedrohungslage für die Schweiz *wie* beurteilen.

³⁵⁶ Vgl. TODESCHINI, Rz 6; BINDER/JACKSON, in: Kulick/Goldhammer, S. 142 f; ALTWICKER, in: Kulick/Goldhammer, S. 84 ff. Auf allfällige Lösungsansätze einzugehen, würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen. Vgl. für Lösungsansätze u.a. in einem neuen transnationalen Sicherheitsrecht ALTWICKER, in: Kulick/Goldhammer, S. 95 ff.; BEHR, welcher sich für eine Entterritorialisierung des Völkerrechts ausspricht, indem der territoriale Charakter überwunden und an deren Stelle ein transnationales Recht treten soll. BEHR, S. 151. Dazu auch BROCK, in: JEP, S. 42.

³⁵⁷ Die Anforderungen an eine aussagekräftige Lagebeurteilung wurden der Antwort des Bundesrates auf die *Anfrage Nr. 05.1203* Schutzkonzept gegen den Terrorismus vom 16.12.2005 (Fn. 491) entnommen.

³⁵⁸ Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4752: «Die terroristische Bedrohungslage bleibt auch in der Schweiz erhöht. Die Schweiz hat in den vergangenen Jahren ihr Instrumentarium zur Terrorismusbekämpfung verstärkt». Ausführlich zur Terrorismusbekämpfung und den involvierten Akteuren weiter hinten §§5-§8.

1. Behördliche Beurteilungen der terroristischen Bedrohungslage

A. Berichte des Bundesrates

a.) Sicherheitspolitische Berichte (1990-2021)

Die *sicherheitspolitischen Berichte* des Bundesrates beurteilen, «ob und inwieweit die Sicherheitspolitik und ihre Instrumente angepasst werden müssen, damit die Schweiz auf sich verändernde Bedrohungen und Gefahren rasch und richtig reagieren kann, welche Strategie dabei verfolgt und welche Prioritäten gelten sollen»³⁵⁹. Mit Ende des kalten Krieges gerieten nicht machtpolitisch bedingte «Bedrohungen und Gefahren» in den Fokus der Sicherheitspolitik.³⁶⁰ Der «*Bericht 90*» räumte dem Kampf gegen den internationalen Terrorismus erstmals «einen hohen Stellenwert» ein.³⁶¹ Er prognostizierte die Zunahme von indirekten Konfliktführungen sowie als terrorismusspezifischen Anwendungsfall, dass militante Gruppierungen «inner- oder zwischenstaatliche Auseinandersetzungen mittels terroristischer Gewaltakte gezielt in andere Länder und Regionen verlagern»³⁶² könnten. Gemäss dem zehn Jahre später erschienen *SIPOL 2000* bleiben Terrorismus und gewalttätiger Extremismus eine «ständige Bedrohung».³⁶³ Die Schweiz wird darin zwar nicht als «primäres Ziel des internationalen Terrorismus» beurteilt. Anschläge auf ausländische Ziele wie Botschaften oder internationale Organisationen, welche sich in der Schweiz befinden würden, seien jedoch «stets möglich». Ebenso bestehe die Gefahr, dass die Schweiz «als Stützpunkt für die logistische Versorgung terroristischer Gruppierungen und als Aufenthalts- bzw. Transitland für Terroristen» dienen könnte. Unter Hinweis auf die u.a. in New York und Washington, Bali, Istanbul,

³⁵⁹ Vgl. *SIPOL 2021*, BBl 2021 2895 ff., S. 2. Allgemein zur Sicherheitspolitik weiter vorne §2, I., 2. – 4.

³⁶⁰ Siehe hierzu ausführlicher weiter vorne §4, I., 2.

³⁶¹ Vgl. BUNDESRAT, Bericht 90, BBl 1990 890 f. Der «Bericht 90» betont an dieser Stelle die Wichtigkeit des Nachrichtendienstes bei der frühzeitigen Erkennung von Aktivitäten, «die auf eine widerrechtliche, namentlich gewaltsame Änderung der staatlichen Ordnung abzielen» und bei der Ergreifung der «erforderlichen präventiven und nötigenfalls repressiven Massnahmen gegen Spionage und Terrorismus».

³⁶² BUNDESRAT, Bericht 90, BBl 1990 867.

³⁶³ Hierzu und den nächsten zwei Sätzen BUNDESRAT, *SIPOL 2000*, BBl 1999 7661.

Madrid, London, Moskau oder Mumbai verübten Anschläge wird *Terrorismus* im *SIPOL 2010* als «*allgegenwärtige Bedrohung*»³⁶⁴ bezeichnet. Als markanteste Veränderungen wird die globale Vernetzung genannt, welche «nichtstaatlichen Akteuren ein viel grösseres Aktionsfeld eröffnet» und eine «verstärkte Bedrohung durch nichtstaatliche Gruppierungen» bewirkt habe.³⁶⁵ Der *SIPOL 2010* macht einerseits eine Abnahme des ethnisch-nationalistisch motivierten Terrorismus aus. Andererseits misst er dem *Jihadismus* eine «besondere Bedeutung» zu.³⁶⁶ Zudem wird erstmals ausdrücklich erwähnt, dass die Schweiz aufgrund ihrer Lage in der «westeuropäischen Gefahrenzone des Jihadismus» «selbst zum Ziel»³⁶⁷ werden könnte und dass die Terrorismusbekämpfung «sorgfältiger Güterabwägungen»³⁶⁸ bedürfe. Der *SIPOL 2016* sieht die Schweiz durch Terrorismus «bedroht» und bezeichnet den Jihadismus als «*bedrohlichste Form von Terrorismus*»³⁶⁹. Diese Bedrohung habe sich dadurch erhöht, dass der IS 2015 Attentäter nach Europa entsendet habe. Der *SIPOL 2016* prognostizierte (richtigerweise) weitere terroristische Anschläge mit IS-Urheberschaft in Europa.³⁷⁰ Unverändert nennt der *SIPOL 2016* die Möglichkeit, dass auch in der Schweiz «Aktivitäten wie Rekrutierung, Sicherstellen der Logistik, Finanzierung und Planung von Anschlägen zu betreiben» möglich seien und verweist zur Untermauerung auf die 2016 vom Bundesstrafgericht verurteilten Mitglieder

³⁶⁴ BUNDESRAT, *SIPOL 2010*, BBl 2010 5141.

³⁶⁵ BUNDESRAT, *SIPOL 2010*, BBl 2010 5141.

³⁶⁶ Hierzu und zum nächsten Satz BUNDESRAT, *SIPOL 2010*, BBl 2010 5149.

³⁶⁷ Wie im *SIPOL 2000* sieht sich die Schweiz auch im *SIPOL 2010* nach wie vor nicht als *primäres terroristisches Anschlagziel*.

³⁶⁸ Der *SIPOL 2010* äusserte sich auch erstmals zur *Terrorismusbekämpfung*, wonach es «keine wirksamen Massnahmen» gebe, ohne dass «gleichzeitig die individuellen Rechte eingeschränkt oder das Funktionieren von Gesellschaft und Wirtschaft beeinträchtigt» würde, weshalb im Kampf gegen den Terrorismus «sorgfältige Güterabwägungen» erforderlich seien. BUNDESRAT, *SIPOL 2010*, BBl 2010 5149. Im *SIPOL 2010* wird zudem Terrorismus (erstmal und allzu weitreichend) als «Anschläge auf Personen und Objekte (...), die von nichtstaatlichen Gruppierungen aus politisch-ideologischen Motiven verübt werden», definiert.

³⁶⁹ BUNDESRAT, *SIPOL 2016*, BBl 2016 7791. Im Unterschied zum *SIPOL 2010* nennt der *SIPOL 2016* an dieser Stelle ausdrücklich auch andere Bereiche (ethno-nationalistisch, rechts- oder links-extrem motiviert) mit terroristischem oder gewaltextremistischem Potenzial.

³⁷⁰ Hierzu und zum nächsten Satz BUNDESRAT, *SIPOL 2016*, BBl 2016 7791.

der «Schaffhauser IS-Zelle»³⁷¹. Erstmals wird zudem ausdrücklich erwähnt, dass das Internet als Instrument terroristischen Gruppierungen neue Möglichkeiten biete.³⁷²

Der SIPOL 2021 macht gegenüber dem Vorgängerbericht keine wesentlich veränderte terroristische Bedrohungslage aus.³⁷³

b.) Beurteilung der Bedrohungslage (2019-2021)

Gemäss Art. 70 Abs. 1 lit. d NDG beurteilt der Bundesrat basierend auf Einschätzungen des NDB die Bedrohungslage jährlich und informiert die eidgenössischen Räte sowie die Öffentlichkeit. Bisher wurden drei Beurteilungen (2019-2021) veröffentlicht, welche allesamt auch Einschätzungen zur terroristischen Bedrohungslage in der Schweiz enthielten. Der Bundesrat geht in allen Beurteilungen von einer «*erhöhten Terrorbedrohung*» für die Schweiz aus.³⁷⁴ Die Schweiz wird als Teil der westlichen Welt nach wie vor als «legitimes Ziel» für jihadistische Terroranschläge bezeichnet.³⁷⁵ Als bedrohlichsten Akteur nennen sämtliche Beurteilungen den IS. Der IS inspiriere «weltweit Kleingruppen und einzelne Personen, in seinem Namen zu agieren»³⁷⁶. Seine Kernorganisation habe sich als Untergrundbewegung insbesondere im Irak konsolidiert.³⁷⁷ Diese verfüge «weiterhin über regionale Führungsstrukturen, internationale Netzwerke und umfangreiche

³⁷¹ Hierzu ausführlicher Fn. 470.

³⁷² Hierzu BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7791 f. Namentlich «zur Propaganda wie zur heimlichen Vernetzung», indem es «die Selbstradikalisierung künftiger Einzeltäter wie auch die Beteiligung an der Planung von Terroranschlägen über Landesgrenzen hinweg» vereinfache und unterstütze.

³⁷³ Zudem decken sich die Erkenntnisse im SIPOL 2021 inhaltlich mit denjenigen in den jährlichen Beurteilungen der Bedrohungslagen. Zur Vermeidung von Wiederholungen werden diese Erkenntnisse nachfolgend unter b.) vorgestellt.

³⁷⁴ Bedrohungslage 2021, BBl 2021 1163; Bedrohungslage 2020, BBl 2020 4298; Bedrohungslage 2019, BBl 2019 3149.

³⁷⁵ Hierzu und zum nächsten Satz Bedrohungslage 2020, BBl 2020 4298; Bedrohungslage 2019, BBl 2019 3149.

³⁷⁶ Bedrohungslage 2021, BBl 2021 1163.

³⁷⁷ Anders schätzte der französische Islamkenner Gilles Keppel im November 2020 in einem NZZ-Interview die Situation ein. Demnach existiere der IS nicht mehr. «Es gibt noch viele Individuen, die dessen Ideologie leben, unter anderem in den Gefängnissen. Vor allem in Frankreich, aber auch in der Schweiz, in Deutschland und offenbar auch in Österreich. Sie haben zwar keine organisatorische Kapazität mehr. Aber sie teilen immer noch den Diskurs des Hasses auf den Westen und den Wunsch, sich zu rächen.» <https://www.nzz.ch/international/interview-der-politologie-gilles-kepel-ueber-jihad-terrorismus-ld.1585925>.

Ressourcen, ist derzeit aber kaum mehr in der Lage, selber Anschläge in Europa vorzubereiten und zu verüben»³⁷⁸. Sämtliche Beurteilungen bezeichnen zudem *Jihadreisende und Jihadrückkehrende* als Herausforderung sowie als Bedrohung für die innere und äussere Sicherheit.³⁷⁹ Als wahrscheinlichste Terrorbedrohung für die Schweiz gelten in Bezug auf die *Tatmittel und Tatziele* in sämtlichen Beurteilungen durch jihadistische Einzeltäter oder Kleingruppen mit «geringem logistischem Aufwand auf sogenannt weiche Ziele wie Menschenansammlungen, einzelne Personen oder Kleingruppen»³⁸⁰ ausgeführte Anschläge. Bezüglich der *wahrscheinlichsten Täterschaft* ist gemäss Beurteilung des Bundesrates von Einzelpersonen auszugehen, die ohne Direktiven oder finanzielle Unterstützung von aussen agieren.³⁸¹ In der Beurteilung 2020 wurde im Hinblick auf die Täterschaft erstmals auf ein «internationales Phänomen von wachsender Bedeutung» eingegangen, namentlich «Anschläge von extremistisch motivierten oder psychisch angeschlagenen Personen»³⁸². Unter anekdotischem Hinweis auf die Anschläge in Morges³⁸³ und Lugano³⁸⁴ gehe die wahrscheinlichste Terrorbedrohung in der Schweiz

³⁷⁸ Bedrohungslage 2021, BBI 2021 1163.

³⁷⁹ Bedrohungslage 2021, BBI 2021 1163; Bedrohungslage 2020, BBI 2020 4298; Bedrohungslage 2019, BBI 2019 3149. Vgl. auch SIPOL 2021, BBI 2021 2895 ff., S. 18: «Die Untersuchungen der schweizerischen Behörden haben gezeigt, dass dschihadistisch motivierte Reisende aus der Schweiz in die Planung für Anschläge auf Infrastrukturen auf unserem Territorium involviert waren».

³⁸⁰ Bedrohungslage 2020, BBI 2020 4298. Ähnlich auch Bedrohungslage 2021, BBI 2021 1163. In der Beurteilung 2019 wurden zudem Anschläge mithilfe von chemischen oder biologischen Mitteln als ein realistisches Szenario beurteilt, vgl. Bedrohungslage 2019, BBI 2019 3149.

³⁸¹ Vgl. auch SIPOL 2021, BBI 2021 2895 ff., S. 17.

³⁸² Hierzu und den nächsten zwei Sätzen Bedrohungslage 2020, BBI 2020 4298 f. Die Anschläge von «Christchurch», «Halle» und «Hanau» werden darin ausdrücklich erwähnt. In der Schweiz bestehen gemäss Lagebeurteilung 2020 «nur schwache Hinweise auf eine solche Entwicklung».

³⁸³ Am 12.9.2020 erstach ein schweizerisch-türkischer Doppelbürger ein Zufallsoffer, welches in Morges gerade ein Kebab-Lokal betreten wollte. Der Täter war polizeibekannt. Einerseits, weil er gemäss NDB seit 2017 jihadistische Propaganda konsumiert und verbreitet habe und andererseits, weil er seit 2019 wegen versuchter Brandstiftung an einer Tankstelle in Untersuchungshaft war, aus welcher er im Juli 2020 aufgrund eines psychiatrischen Gutachtens entlassen wurde. Ob es sich bei der Messerattacke von Morges um einen Terroranschlag oder die Tat einer schuldunfähigen Person handelt, werden die weiteren Untersuchungen klären müssen. Siehe zum Ganzen <https://www.polizeinews.ch/morges-vd-update-mord-in-kebabrestaurant/> <https://www.polizeinews.ch/morges-vd-update-mord-in-kebabrestaurant/>.

³⁸⁴ Zuerst hatte die Täterin am 24.11.2020 in einem Warenhaus ein Küchenmesser entwendet und daraufhin gleichentags ein erstes Opfer gewürgt und später auf eine zweite Frau eingestochen. Sie

vermehrt von einer Einzeltäterschaft aus, «deren gewalttätige Orientierung ebenso in persönlichen und psychischen Krisen wie in ideologischen Überzeugungen wurzelt».

B. NDB-Lageberichte (2010-2022)

Zu den Aufgaben des NDB zählt auch die frühzeitige Erkennung und Verhinderung von terroristischen Bedrohungen.³⁸⁵ Gestützt auf Art. 6 Abs. 2 NDG beurteilt der NDB die Bedrohungslage und orientiert u.a. in Form von jährlich erscheinenden *Lageberichten* darüber.³⁸⁶ Punkto Tatmittel, Täterschaft und Handlungsmotiven der wahrscheinlichsten Form von Terrorbedrohung decken sich die Erkenntnisse der NDB-Lageberichte mit denjenigen in den bundesrätlichen Berichten, was kaum erstaunt, da letztlich beide Berichte auf nachrichtendienstlichen Einschätzungen beruhen.³⁸⁷ Die NDB-Lageberichte 2010-2014 beinhalteten keine Aussage darüber, wie *gross* die Terrorgefahr in der Schweiz ist. Mit dem *Lagebericht 2015* wurde in Bezug auf den jihadistischen Terrorismus ohne nähere Ausführungen der Begriff der «*Terrorbedrohung*» eingeführt. Seither wird der Begriff der «erhöhten Terrorbedrohung» bis heute in sämtlichen NDB-Lageberichten gebetsmühlenartig rezipiert.³⁸⁸

habe «Allahu akbar» gerufen, bevor sie auf ihre Opfer losgegangen sei. Ein Opfer wurde schwer verletzt. Die mutmassliche Täterin war bereits polizeibekannt, da sie sich 2017 über soziale Netzwerke in einen jihadistischen Kämpfer aus Syrien verliebt hatte. Im Rahmen ihrer versuchten Ausreise wurde sie an der türkisch-syrischen Grenze angehalten und in die Schweiz zurückgeschickt. Die Frau sei nach ihrer Rückkehr wegen psychischer Probleme in eine psychiatrische Anstalt eingewiesen worden und nach ihrer Freilassung nicht mehr weiter aufgefallen. Siehe <https://www.nzz.ch/schweiz/messerstecherei-in-lugano-angreiferin-war-der-behoerden-bekannt-ld.1588653>.

³⁸⁵ Vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. a NDG. Im ersten Bericht 2010 berücksichtigte der NDB u.a. die Annahme der «Minarettbauverbots-Initiative», welche gemäss NDB zur Folge haben könnte, dass die Schweiz nunmehr «zum Lager der Islamfeinde» gerechnet werden könnte. Vgl. NDB-Jahresbericht 2010, S. 34. Ausführlicher zur Rolle des NDB im Kontext der Terrorismusbekämpfung weiter hinten §5, III., 1., A.

³⁸⁶ Die Lageberichte sind abrufbar unter <https://www.vbs.admin.ch/de/vbs/organisation/verwaltungseinheiten/nachrichtendienst.html#dokumente>.

³⁸⁷ Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf eine erneute Darstellung verzichtet. Vgl. dazu die unmittelbar vorangehenden Ausführungen unter A.

³⁸⁸ NDB-Lagebericht 2022, S. 39; NDB-Lagebericht 2021, S. 37; NDB-Lagebericht 2020, S. 44; NDB-Lagebericht 2019, S. 12; NDB-Lagebericht 2018, S. 7; NDB-Lagebericht 2017, S. 48; NDB-Lagebericht 2016, S. 8.

Der an sich unkorrekte³⁸⁹ Begriff der «Terrorbedrohung» wurde vom NDB zu keinem Zeitpunkt näher ausgeführt.³⁹⁰ Er impliziert eine Abstufung und folglich weitere Kategorien von Terrorbedrohungen. Da unklar bleibt, welche weiteren Stufen bestehen, lässt sich nicht beurteilen, wie «hoch» eine «erhöhte» Terrorbedrohung denn überhaupt ist.³⁹¹ Dass der ab dem Jahre 2015 «eingeschmuggelte» Begriff in den NDB-Lageberichten keine durchdachte Verwendung findet, lässt sich auch anderweitig aufzeigen. Bei Begriffseinführung erwähnte der Lagebericht 2015, dass «grundsätzlich seit 2001 eine erhöhte Terrorbedrohung»³⁹² in Westeuropa und der Schweiz bestehe, ohne dass dieser vor 2015 in Berichten erwähnt worden wäre.³⁹³ Im Widerspruch dazu erwähnt der NDB-Lagebericht 2019, dass die «Terrorbedrohung in der Schweiz seit November 2015 erhöht» sei.³⁹⁴ Im Sinne einer Korrelation, «honni soit qui mal y pense», lässt sich feststellen, dass die schweizerischen Bestrebungen für eine verschärfte Terrorismusbekämpfung³⁹⁵ zeitlich mit der Feststellung einer für die Schweiz «erhöhten Terrorbedrohung» zusammenfielen. Im Gesetzgebungsprozess diente die «erhöhte Terrorbedrohung» als eigentliche «Legitimationsgrundlage»³⁹⁶. Dies ist insofern nachvollziehbar, als dass die Notwendigkeit einer grundrechtsintensiven Anti-Terrorismus-Gesetzgebung, welche sich gegen ein Phänomen richtet, das keine nennenswerte Bedrohung für die Schweiz darstellt, kaum Mehrheiten im Gesetzgebungsprozess gefunden hätte.

³⁸⁹ Der Begriff «Terror» meint gemeinhin gegen das Volk gerichteten Staatsterror. Korrekterweise müsste von einer «Terrorismusbedrohung» die Rede sein. Dazu ausführlicher weiter oben Fn. 280.

³⁹⁰ Kritisch auch VEST, S. 324.

³⁹¹ Mangels Erläuterung bleibt auch unklar, ob und falls ja, inwiefern der Begriff der Terrorbedrohung auch das subjektive Sicherheitsempfinden der Bevölkerung im öffentlichen Raum bzw. im Zusammenhang mit Terrorismus miteinbezieht.

³⁹² NDB-Lagebericht 2015, S. 25.

³⁹³ Weshalb der Begriff diesfalls in den Vorgängerberichten keine Erwähnung gefunden hat, bleibt unklar.

³⁹⁴ NDB-Lagebericht 2019, S. 37.

³⁹⁵ Im September 2015 verabschiedete der Bundesrat die Schweizerische *Strategie zur Terrorismusbekämpfung*. Siehe hierzu ausführlicher weiter hinten §5, I.

³⁹⁶ Ausdrücklich etwa die ersten beiden Sätze zur Botschaft PMT: «Die terroristische Bedrohungslage bleibt in ganz Europa und damit auch in der Schweiz erhöht. Die Schweiz hat in den vergangenen Jahren ihr Instrumentarium zur Terrorismusbekämpfung verstärkt.» Botschaft PMT, BBl 2019 4752.

C. Fedpol-Berichte (1999-2020)

Nach Art. 9 Abs. 1 OV-EJPD verfolgt Fedpol als polizeiliche Fachbehörde des Bundes u.a. das Ziel den schweizerischen Rechtsstaat und dessen demokratische Grundlagen zu schützen (lit. a) und die innere Sicherheit der Schweiz zu wahren (lit. b).³⁹⁷ Entsprechend fanden sich jährliche Beurteilungen zu terroristischen Bedrohungslagen seit 1999 auch in Fedpol-Berichten. 1999 und 2000 wurden diese als «Staatschutzberichte» und von 2002-2008 als «Bericht innere Sicherheit der Schweiz» veröffentlicht.³⁹⁸ Seit dem Jahre 2009 werden sie als «Jahresbericht Fedpol» publiziert.³⁹⁹ Zwischen 2009-2014 basierten die Berichte auf dem stets gleichen Aufbau⁴⁰⁰, wobei sich diese inhaltlich mit den Beurteilungen des Bundesrates und des NDB deckten.⁴⁰¹ Ab dem Jahre 2015 hat sich sowohl das Layout als auch der Inhalt der Fedpol-Berichte stark gewandelt. Seither findet sich in diesen keine systematische Beurteilungen der (terroristischen) Bedrohungslagen für die Schweiz.⁴⁰²

2. Schlussfolgerungen

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass gestützt auf das NDG⁴⁰³ sowohl der Bundesrat als auch der NDB in Berichten regelmässige Einschätzungen zur terroristischen

³⁹⁷ Ausführlicher zur Rolle von Fedpol im Kontext der Terrorismusbekämpfung §7, II., 3., B., a.).

³⁹⁸ Sämtliche Berichte von 1999-2008 sind abrufbar unter: https://www.Fedpol.admin.ch/Fedpol/de/home/publiservice/publikationen/berichte/weitere_berichte/bericht_innere_sicherheit.html.

³⁹⁹ Die Jahresberichte Fedpol seit 2009 sind abrufbar unter: <https://www.Fedpol.admin.ch/Fedpol/de/home/publiservice/publikationen/berichte.html>.

⁴⁰⁰ Konkret wurde die Kriminalitätsslage in den auf bundespolizeilichen Kompetenzen beruhenden Tätigkeitsbereichen von Fedpol analysiert. In den jeweiligen Tätigkeitsbereichen, wozu auch Terrorismus zählt, waren einerseits Beobachtungen zu globalen Entwicklungen und andererseits zur diesbezüglichen Lage in der Schweiz enthalten.

⁴⁰¹ Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf eine inhaltliche Darstellung verzichtet. Zu den Beurteilungen des Bundesrates und des NDB unmittelbar zuvor A. und B.

⁴⁰² Die neueren Jahresberichte erinnern eher an ein Feuilleton-Magazin, in welchem Einzelfälle und Geschichten aus dem bundespolizeilichen Alltag geschildert werden. Vgl. bspw. Jahresbericht Fedpol 2015, S. 12 ff., in welchem die Fedpol-Direktion della Valle und der damalige Bundesanwalt Lauber über «Kooperation und schöne Schuhe» sprachen.

⁴⁰³ Gestützt auf Art. 6 Abs. 2 NDG beurteilt der NDB die Bedrohungslage und orientiert u.a. in Form von jährlich erscheinenden *Lageberichten* darüber. Gemäss Art. 70 Abs. 1 lit. d NDG beurteilt

Bedrohungslage in der Schweiz abgeben. Fachlich beruhen diese Einschätzungen allesamt auf nachrichtendienstlichen Erkenntnissen, weshalb diese inhaltlich⁴⁰⁴ übereinstimmen, obwohl sie formell betrachtet von verschiedenen Behörden publiziert werden. Nach Ansicht des Schreibenden könnte in diesem Kontext eine aus nicht nachrichtendienstlicher Perspektive verfasste Einschätzung der terroristischen Bedrohungslage aus universitären und/oder zivilgesellschaftlichen Kreisen eine interessante Ergänzung darstellen. In zusammenfassender Auswertung aller Lagebeurteilungen lässt sich festhalten, dass sich die Schweiz noch nie als primäres terroristisches Anschlagziel betrachtete. Im Vordergrund stand stets die Befürchtung, dass das schweizerische Territorium für terroristische Umtriebe missbraucht werden könnte oder Anschläge auf in der Schweiz angesiedelte und als feindlich angesehene Ziele verübt werden könnten. Seit 9/11 lässt sich eine *zunehmende Fokussierung* auf die Gefahren durch den *islamistischen Terrorismus* feststellen, welche sich durch die Etablierung des Kalifats des IS im Jahre 2015 verstärkte. Der NDB beurteilt die Terrorbedrohung in der Schweiz seit 2015 als erhöht, ohne dass er nachvollziehbar darlegen würde, welche Stufen von Terrorbedrohungen bestehen und was diese zu bedeuten haben.⁴⁰⁵ Seit 2015 werde die Terrorbedrohung in der Schweiz massgeblich vom IS geprägt, welcher seine internationale Agenda weiterverfolge, obwohl er «an eigenen Fähigkeiten und Ressourcen eingebüsst»⁴⁰⁶ habe. In diesem Kontext werden insbesondere Jihadreisende und -rückkehrende als Bedrohung für die innere und äussere Sicherheit beurteilt. Als aktuell wahrscheinlichste Bedrohung werden punkto Täterschaft, Tatmittel und Anschlagziele gegen weiche Ziele gerichtete «Anschläge mit geringem organisatorischem und logistischem Aufwand, verübt von autonom agierenden Einzeltätern», erwähnt.⁴⁰⁷

der Bundesrat die Bedrohungslage jährlich und informiert die eidgenössischen Räte sowie die Öffentlichkeit.

⁴⁰⁴ In quantitativer Hinsicht sind die NDB-Lageberichte weitaus umfassender als die jährlichen Beurteilungen der Bedrohungslage durch den Bundesrat.

⁴⁰⁵ Der 2015 ohne nähere Erläuterungen eingeführte Begriff der «erhöhten Terrorbedrohung» ist nichtssagend. Siehe hierzu ausführlicher weiter vorne §4, II., 2., B., c.).

⁴⁰⁶ NDB-Lagebericht 2021, S. 37, wonach der IS nach Einschätzung des NDB «derzeit kaum in der Lage (sei), selber Anschläge in europäischen Ländern vorzubereiten oder zu verüben», wobei «die Ideologie als Nährboden und Inspirationsquelle erhalten» geblieben sei.

⁴⁰⁷ Siehe u.a. NDB-Lagebericht 2021, S. 37. In Bezug auf die Täterschaft fallen «Radikalisierung und Gewaltorientierung öfters mit persönlichen Krisen oder psychischen Problemen zusammen». Siehe u.a. NDB-Lagebericht 2021, S. 37. In Bezug auf diese Tätergruppe stellt sich die Frage nach

II. WAHRNEHMUNG VON TERRORISTISCHEN BEDROHUNGS- LAGEN

1. Sicherheitsgefühl und objektive Sicherheitslage

In Bezug auf die Schweizer Stimmbevölkerung⁴⁰⁸ lässt sich feststellen, dass die subjektiv empfundene Kriminalitätsfurcht bzw. das *subjektive Sicherheitsgefühl*⁴⁰⁹ nicht mit der, mittels Kriminalstatistiken messbaren, objektiven Sicherheitslage korreliert.⁴¹⁰ Das Sicherheitsgefühl ist folglich «keine blosse Resultante der (objektiven) Sicherheitslage»⁴¹¹. Die objektive Wahrscheinlichkeit in Europa selbst Opfer eines Terroranschlages zu werden, ist tatsächlich verschwindend gering.⁴¹² Es gehört jedoch zum

der Urteilsfähigkeit, da eine unzurechnungsfähige Person auch keinen vorsätzlichen Terrorakt verüben kann.

⁴⁰⁸ Seit 1991 wird u.a. durch das Center for Security Studies der ETH Zürich die bevölkerungsrepräsentative Befragung «Sicherheit» durchgeführt. Weshalb lediglich stimmberechtigte Personen bzw. ca. 25% der schweizerischen Wohnbevölkerung nicht berücksichtigt wurden, wird im Untersuchungsdesign nicht näher erläutert und ist nach Ansicht des Schreibenden zu hinterfragen. Die nachfolgenden Ausführungen basieren massgeblich auf den vier aktuellsten Studien SZVIRCSEV/WENGER (Hrsg.), Sicherheit 2019, SZVIRCSEV et al. (Hrsg.), Sicherheit 2020 und SZVIRCSEV et al. (Hrsg.), Sicherheit 2021; SZVIRCSEV et al. (Hrsg.), Sicherheit 2022.

⁴⁰⁹ Zum subjektiven Sicherheitsgefühl als empirische Grösse MEYER, in: Arndt et al., S. 111 ff. (m.w.H.).

⁴¹⁰ Vgl. MAGIN, S. 38; HIRTENLEHNER/HUMMELSHEIM-DOSS/SESSAR, in: Hermann/Pöge, S. 463. Die auf die Schweiz bezogene Studie SZVIRCSEV/WENGER (Hrsg.), Sicherheit 2019, erwähnt ebenfalls, dass «zwischen dem allgemeinen Sicherheitsempfinden und der Kriminalitätsrate in der Schweiz, gemessen an der polizeilichen Kriminalstatistik, kein statistisch signifikanter Zusammenhang besteht». Siehe SZVIRCSEV/WENGER (Hrsg.), Sicherheit 2019, S. 84; SZVIRCSEV et al. (Hrsg.), Sicherheit 2020, S. 86; SZVIRCSEV et al. (Hrsg.), Sicherheit 2021, S. 104 ff.

⁴¹¹ KRASMANN et al., S. 47 (m.w.H.). Diese weisen zudem den Umstand nach, dass allgemeine Aussagen über Bedrohungswahrnehmungen schwierig seien, weil diese je nach Ereignissen und Befragungszeitpunkt variieren. Zudem werden erheblich divergierende Befunde erzielt, je nachdem, ob nach Ängsten, Sorgen, Bedrohungsgefühl, Beunruhigung oder Verunsicherung gefragt wird (S. 38 f.).

⁴¹² Der Soziologe Otwin Renn errechnete, dass in Deutschland die Wahrscheinlichkeit vom Blitz getroffen zu werden 1.13-mal grösser sei als Opfer eines Terroranschlages zu werden. Hierzu <https://www.suedkurier.de/ueberregional/panorama/Warum-vieles-wahrscheinlicher-ist-als-Opfer-eines-Terroranschlags-zu-werden;art409965,8657606>. Kritisch zu Statistiken, welche die Bedrohung durch Terrorismus relativieren die NZZ: «Um Zahlen vergleichen zu können, müssen wir sie miteinander vergleichbar machen. Ansonsten bleibt der Erkenntnisgewinn aus. Was lernen wir aus der Tatsache, dass der Terror in Europa weniger Menschenleben fordert als Autoun-

Wesensmerkmal eines terroristischen Attentats, dass diese bestimmte Verhaltensreaktionen und eine möglichst weitreichende Aufmerksamkeit provozieren soll.⁴¹³ Diese meist erfolgreich erlangte Aufmerksamkeit führt zu politischen, medialen und gesellschaftlichen Debatten, in welchen bisweilen eine diffuse Furcht vor Terrorismus und damit assoziierten Symbolen (bspw. Migration oder Islam) portiert wird, die wiederum geeignet ist, das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung negativ zu beeinflussen.⁴¹⁴ Das seit 1988 alljährlich im Auftrag der Bank «Credit Suisse» durch das Markt- und Meinungsforschungsinstitut gfs durchgeführte *Sorgenbarometer* gibt einen langjährigen Überblick zu den relevantesten Sorgen der Schweizer Stimmbevölkerung gibt.⁴¹⁵ Die aktuellste «Sorgentabelle im Trend (1988–2021)», in welcher auch Sorgen rund um «Terrorismus/Extremismus» erfasst werden, vermittelt im vorliegenden Kontext interessante Einsichten. Demnach zeigte sich im Jahre 2000 lediglich ein 1% der befragten Personen wegen Terrorismus besorgt. Mit den Anschlägen von 9/11 folgte ein rapider Anstieg auf 27%, welcher sich indes bereits im Folgejahr wieder auf 8% senkte. In den letzten drei erhobenen Jahren 2019–2021 lag der Anteil an wegen Terrorismus und Extremismus besorgten Personen deutlich tiefer bei 6%, 3% und zuletzt 4%. Dieser Umstand verdeutlicht nach Ansicht des Schreibenden, dass spektakuläre terroristische Anschläge tatsächlich einen Einfluss auf das Sicherheitsgefühl einer Bevölkerung haben

fälle, Blitzschläge oder verschluckte Fischgräten? Dass Autos und Fischgräten gefährlicher sind als Terroristen? Gilt das pro Jahr beziehungsweise verspeiste Gräte oder hochgerechnet auf alle Ereignisse? Und bedeutet das im Umkehrschluss, dass sich ein zugfahrender Vegetarier mehr vor dem Terror fürchten sollte als ein fischliebender Autonarr?», <https://www.nzz.ch/karriere/studentenleben/wahrscheinlichkeit-zahlenterror-mit-terrorzahlen-ld.135634>.

⁴¹³ Vgl. hierzu zum nächsten Satz HIRTENLEHNER/GRAFL, S. 21. Zum Ganzen auch NUSSIO/BÖHMELT/BOVE, S. 910. Ferner TODESCHINI, Rz 20. Zu den Wesensmerkmalen von Terrorismus weiter vorne §3, I.

⁴¹⁴ Hierbei gilt es auch zu berücksichtigen, dass, je öfter eine bestimmte Bedrohung visuell und informativ zur Verfügung steht, diese im subjektiven Empfinden umso plastischer und realer erscheint. Zu den überschätzten Kriminalitätszahlen bei Zuschauern privater Fernsehsender MAGNIN, S. 39 (m.w.H.). Siehe auch https://www.deutschlandfunkkultur.de/angst-vor-anschlaegen-in-europa-risiken-werden-falsch.1008.de.html?dram:article_id=308936. Ausführlicher zur Bedrohungs- und Risikowahrnehmung von Terrorismus in Deutschland sowie zur medialen Vermittlung von Unsicherheit, KRASMANN et al., S. 31 ff. und S. 49 ff.

⁴¹⁵ Siehe zu diesem und den beiden nachfolgenden Sätzen CS-Sorgenbericht 2021, S. 33, abrufbar unter https://www.gfsbern.ch/wp-content/uploads/2021/11/credit-suisse_sorgenbarometer_2021_schlussbericht.pdf.

können. Umgekehrt veranschaulichen die Studien aber auch, dass durch terroristische Anschläge verursachte Sorgen alsdann auch ziemlich rasch wieder abnehmen.

A. Sicherheit als Gefühl

Die Studien «Sicherheit 2019-2022» zeigen auf, dass für die befragten Personen *Sicherheit* primär ein *Gefühl* ist, in welchem der objektiven Sicherheitslage bloss untergeordnete Bedeutung zukommt.⁴¹⁶ Gemäss den aktuellsten Studien *Sicherheit* «Sicherheit 2020-2022» fühlt sich die grosse Mehrheit der Befragten (jeweils 95% resp. 2022 94%) in der Schweiz *allgemein* sehr (ca. 35%) oder eher (ca. 60%) *sicher*.⁴¹⁷ Terroranschläge in «naher zeitlicher und örtlicher Entfernung» können das Sicherheitsempfinden im öffentlichen Raum beeinflussen,⁴¹⁸ weshalb dieses seit der Studie *Sicherheit* 2016 gesondert erhoben wurde.⁴¹⁹ In *Sicherheit* 2021 wird die These vertreten, wonach die Bevölkerung eine «gewisse gesellschaftliche Resilienz gegenüber terroristischen Anschlägen entwickelt» habe, weshalb «das Sicherheitsempfinden im öffentlichen Raum nach einem verübten Anschlag in Europa nicht zwangsläufig tangiert» werde. Die drei letzten Studien wiesen tatsächlich ein immer *höheres Sicherheitsempfinden* im öffentlichen Raum aus, wonach sich 2019 (83%), 2020 (84%) und 2021 (88%) der Befragten sehr (21%, 23% bzw. 2021 29%) oder eher (62%, 61% bzw. 2021 59%) *sicher* fühlten.⁴²⁰ Dies obwohl in der zweiten Jahreshälfte 2020 «verschiedene terroristisch motivierte

⁴¹⁶ Hierzu SZVIRCSEV/WENGER (Hrsg.), *Sicherheit* 2019, S. 84; SZVIRCSEV et al. (Hrsg.), *SZVIRCSEV et al. (Hrsg.), Sicherheit* 2020, S. 86, SZVIRCSEV et al. (Hrsg.), *Sicherheit* 2021, S. 101; SZVIRCSEV et al. (Hrsg.), *Sicherheit* 2022, S. 100.

⁴¹⁷ Hierzu SZVIRCSEV et al. (Hrsg.), *Sicherheit* 2021, S. 101; SZVIRCSEV et al. (Hrsg.), *Sicherheit* 2022, S. 102.

⁴¹⁸ Siehe SZVIRCSEV et al. (Hrsg.), *Sicherheit* 2021, S. 108, wonach insbesondere das Attentat auf den Berliner Weihnachtsmarkt das Sicherheitsgefühl im öffentlichen Raum in der Studie *Sicherheit* 2017 negativ beeinflusst haben könnte. Zum Ganzen auch NUSSIO/BÖHMELT/BOVE, S. 900: «Terrorism poses a small risk of victimization but is a major source of public fear».

⁴¹⁹ Der Aspekt des subjektiven Sicherheitsempfindens im öffentlichen Raum wurde von den Studienautoren im Jahre 2016 aufgrund «der gestiegenen terroristischen Bedrohung in Europa» eingeführt. Wegen des «Rückgangs terroristischer Anschläge in Europa und des gefestigten Antwortverhaltens» wurde «dieses Item gestrichen». Siehe dazu SZVIRCSEV et al. (Hrsg.), *Sicherheit* 2022, S. 68.

⁴²⁰ Vgl. zu den Zahlen SZVIRCSEV/WENGER (Hrsg.), *Sicherheit* 2019, S. 88, SZVIRCSEV et al. (Hrsg.), *SZVIRCSEV et al. (Hrsg.), Sicherheit* 2021, S. 107 f.

Anschläge in geografischer Nähe zur Schweiz⁴²¹ sowie zugleich auch erstmals in der Schweiz⁴²² selbst stattgefunden haben.⁴²³

B. Soziodemografische Einflussfaktoren

Das Sicherheitsempfinden im Allgemeinen sowie jenes im öffentlichen Raum im Besonderen wird massgeblich durch soziodemografische Faktoren beeinflusst, was durch die Studien Sicherheit 2019 und Sicherheit 2020 bestätigt wurde.⁴²⁴ Demnach fürchten sich Frauen signifikant stärker vor Kriminalität als Männer. Befragte Personen mit einem tiefen Bildungsniveau und (oder) einem tiefen Einkommen fürchten sich signifikant stärker vor Kriminalität als Befragte mit mittlerer und hoher Bildung und (oder) mittleren und höheren Einkommen. Unter Hinweis auf weitere Studien hoben die Studien Sicherheit 2019 und 2020 auch hervor, dass *Sicherheit* nicht nur ein Gefühl, sondern auch *ein Wert* an sich darstellt, welcher basierend auf der zugrundeliegenden politischen Einstellung beurteilt wird.⁴²⁵ Befragte, welche politisch links eingestellt sind, fühlten sich im öffentlichen Raum signifikant sicherer, als sich politisch in der Mitte oder rechts verortende Personen, da Letztere dem Wert «Sicherheit» einen höheren Stellenwert einräumen und sie diesen ihrem Fokus entsprechend auch eher als bedroht wahrnehmen.⁴²⁶

⁴²¹ SZVIRCSEV et al. (Hrsg.), Sicherheit 2021, S. 108, wo namentlich der Terroranschlag in Wien vom 2.11.2020 sowie verschiedene islamistisch motivierte Übergriffe in Frankreich erwähnt werden. Zu den Anschlägen in Frankreich weiter vorne Fn. 277 und Fn. 313.

⁴²² SZVIRCSEV et al. (Hrsg.), Sicherheit 2021, S. 108, wo das Tötungsdelikt in Morges vom 12.9.2020 und der Angriff auf zwei Frauen in einem Einkaufszentrum in Lugano am 24.11.2020 erwähnt werden. Hierzu ausführlicher weiter hinten Fn. 383 und 384.

⁴²³ Siehe dazu auch NUSSIO/BÖHMELT/BOVE, S. 911, welche in ihrer Untersuchung zur Aufmerksamkeit von terroristischen Anschlägen nahelegen, dass die Aufmerksamkeit in der Regel auf eine kurze Zeit nach den Anschlägen beschränkt ist.

⁴²⁴ Hierzu und den nächsten zwei Sätzen SZVIRCSEV/WENGER (Hrsg.), Sicherheit 2019, S. 87 ff.

⁴²⁵ Hierzu und zum nächsten Satz SZVIRCSEV/WENGER (Hrsg.), Sicherheit 2019, S. 85; SZVIRCSEV et al. (Hrsg.), SZVIRCSEV et al. (Hrsg.), Sicherheit 2020, S. 87 f (m.w.H.).

⁴²⁶ Dies Unterschiede liessen sich in SZVIRCSEV et al. (Hrsg.), Sicherheit 2021, nicht bestätigen. Zur Sicherheit als Wert der bürgerlichen Parteien im Rahmen politischer Debatten weiter vorne §4, I, 5., B.

2. Schlussfolgerungen

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass weder die behördliche Einschätzung einer «erhöhten Terrorbedrohung» noch in «naher zeitlicher und örtlicher Entfernung» verübte terroristisch motivierte Straftaten mit einem gesunkenen subjektiven Sicherheitsempfinden der Befragten *im öffentlichen Raum* korrelierten. Zu berücksichtigen gilt es zudem, dass das Sicherheitsempfinden sowohl *Wert* als auch *Gefühl* darstellt sowie dass dieses von der politischen Einstellung, dem Bildungsstand und der ökonomischen Situation der Personen beeinflusst wird. In Würdigung dieser Ausgangslage erscheint es fragwürdig, ob und inwieweit es «ein» Sicherheitsgefühl der Gesellschaft überhaupt gibt und wie dieses im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁴²⁷ als «Leitbild für die Rechtsetzung» taugen kann.

III. PARLAMETARISCHE VORSTÖSSE IM KONTEXT VON TERRORISMUS

Nachfolgend werden terrorismusrelevante politische Vorstösse vorgestellt und dadurch Stossrichtungen im Umgang der politischen Schweiz mit Terrorismus aufgezeigt. Die berücksichtigten politischen Vorstösse werden nach Rechtsgebieten gegliedert und innerhalb des jeweiligen Rechtsgebietes chronologisch, beginnend ab dem 11. September

⁴²⁷ Das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung ist aus rechtlicher Sicht u.a. deswegen relevant, weil es gemäss Bundesgericht ein «Faktum» darstellt, das «die Rechtssetzung legitimerweise beeinflussen darf und muss, wenn es aufgrund von Erhebungen festgestellt» wurde. Siehe BGE 136 I 1 ff E. 4.4.2 zu Hunderassen mit erhöhtem Gefährdungspotenzial; MAGNIN, S. 40. In Bezug auf das Strafrecht ähnlich VEST: «Strafrechtspolitik geht ohnehin generell nicht allein mit realen, sondern auch gefühlten Gefahren um», VEST, S. 324 (m.w.H.).

2001, dargestellt.⁴²⁸ Massgebliche Rechtsgebiete sind das Strafrecht⁴²⁹, das Migrationsrecht⁴³⁰ sowie das Staatsschutz- und Polizeirecht⁴³¹.

1. Vorstösse im Bereich des Strafrechts

A. Grundlegende Anpassungsvorschläge

In Reaktion auf 9/11 reichte die SVP am 5.10.2001 eine Motion⁴³² zur «Anpassung des Strafmasses bei Terrordelikten» ein. Begründet wurde die Motion damit, dass der Terrorismus durch 9/11 eine «neue Stufe der Rücksichtslosigkeit» erreicht habe, welche die Bevölkerung beschäftige und die «Auswuchs einer Gesellschaft» sei, welche «Gewalttaten nicht entschieden genug» entgegentrete. Die geltende Strafgesetzgebung unterscheide nicht zwischen Terrorismus und Mord. Das Mindestmass von Strafen müsse der Schwere des Verbrechens bei Terroranschlägen gerecht werden, weshalb Terroranschläge «mit Haft nicht unter 20 Jahren» zu ahnden seien. Ein weiteres Anliegen der vorerwähnten Motion, namentlich die *Unverjährbarkeit der Strafverfolgung*

⁴²⁸ Die nachfolgende Übersicht unter §1 beinhaltet eine Auswahl von 69 parlamentarischen Vorstössen, welche unter Verwendung der Suchbegriffe «Terrorismus» oder «Terrorismusbekämpfung» auf der Geschäftsdatenbank des Parlamentes aufgefunden wurden und zwischen Oktober 2001 und Mai 2020 eingereicht wurden. Diese einzelnen Vorstösse lassen sich mittels Eingabe der Geschäftsnummer auf der Geschäftsdatenbank des Parlamentes unter <https://www.parlament.ch/de/suche> finden. Betrifft ein politischer Vorstoss verschiedene Rechtsgebiete, wird er demjenigen Rechtsgebiet zugewiesen, in welchem dessen Schwerpunkt liegt. Unabhängig vom zugrundeliegenden Rechtsgebiet werden unter 4. sämtlich Vorstösse dargestellt, die sich kritisch zur Terrorismusbekämpfung äussern.

⁴²⁹ Unter diesem Titel werden diejenigen politischen Vorstösse behandelt, welche Massnahmen zur Terrorbekämpfung auf der Ebene des Strafrechts einfordern. Aufgrund der thematischen Nähe zur strafrechtlichen Terrorismusfinanzierung werden in diesem Rechtsgebiet unter 1. C. auch sämtliche Vorstösse behandelt, die im Terrorismuskontext den Umgang mit dem Bankgeheimnis und die Rolle von Rohstoffhandelsfirmen mit Sitz in der Schweiz zum Gegenstand haben.

⁴³⁰ Dieses Rechtsgebiet beinhaltet nachfolgende sämtliche Vorstösse, welche im Kontext der Terrorismusbekämpfung Massnahmen im Bereich des Ausländer-, Asyl- oder Bürgerrechts beinhalten.

⁴³¹ Diesem Rechtsgebiet werden nachfolgend sämtliche Vorstösse zugeordnet, welche im Kontext der Terrorismusbekämpfung weitergehende polizeirechtliche Massnahmen und oder den Ausbau nachrichtendienstlicher Kompetenzen fordern.

⁴³² Siehe hierzu und den folgenden zwei Sätzen *Motion 01.3611 Anpassung des Strafmasses bei Terrordelikten* vom 5.10.2001.

von terroristischen Anschlägen, wurde im Jahre 2003 mittels neuer Motion⁴³³ aus den Reihen der SVP bekräftigt. Inhaltlich wurde in der Motion mit der Schwere des Unrechts von Terroranschlägen argumentiert, welche auch dann eine Strafverfolgung ermöglichen sollte, wenn zwischen Tat und Urteil ein grosser Zeitraum liegt. Auf eine ebenso fundamentale Änderung des strafrechtlichen Gefüges im Umgang mit Terrorismus zielte im Jahre 2015 eine parlamentarische Initiative⁴³⁴ der FDP, welche in einem neu zu erlassenden Art. 260^{sexies} die Schaffung einer *allgemeinen Terrorismusstrafnorm* forderte.

B. Verbot terroristischer Organisationen

In Bezug auf die damals befristet gültige Al-Qaïda-VO stellte die FDP im Rahmen einer Interpellation⁴³⁵ aus dem Jahre 2005 die Schaffung einer formell-gesetzlichen *Grundlage für ein Verbot terroristischer Organisationen* zur Debatte. Nachdem die zürcherische Sicherheitsdirektion ein landesweites Verbot des in Deutschland verbotenen Vereins «Die wahre Religion» forderte, welcher die in der Schweiz erfolgte Koranverteilung «Lies» orchestriert hatte, gelangte die Thematik des Organisationsverbots im Jahre 2017 erneut auf den bundespolitischen Radar.⁴³⁶ Im Juni 2017 hat die FDP mittels Interpellation⁴³⁷ den Bundesrat zur Prüfung eines Verbots des IZRS, der salafistischen Vereinigung «Die wahre Religion», des Vereins «Die wahre Religion» mit seiner Koranverteilungskampagne «LIES!» und allenfalls weiterer Organisationen aufgefordert.⁴³⁸ Im Dezember 2017

⁴³³ Siehe hierzu und den folgenden zwei Sätzen *Motion 03.3409* Unverjährbarkeit von terroristischen Straftaten vom 20.6.2003. Zur Untermauerung des Anliegens verweist der Motionär auf den Fall des ehemaligen Genfer Parlamentariers Chaim Nissim, welcher im Jahre 1982 als Teil einer Gruppierung militanter Atomkraftgegner fünf Raketengeschosse auf ein sich im Bau befindliches Atomkraftwerk abgefeuert hat und dies nach Eintritt der Verjährung öffentlich gemacht hat. Siehe dazu <https://www.nzz.ch/newzzDFH6BOVX-12-1.249217>.

⁴³⁴ Siehe *Parlamentarische Initiative Nr. 15.407* Schaffung einer Strafbestimmung zur Terrorismusbekämpfung vom 4.3.2015.

⁴³⁵ Siehe *Interpellation Nr. 05.3253* Verbot von terroristischen Organisationen vom 2.6.2005.

⁴³⁶ Vgl. hierzu statt vieler Zeitungsberichte <https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/liest-kaum-zu-verbieten/story/23027814>.

⁴³⁷ Siehe *Interpellation 17.3385* Verbot von Organisationen mit extrem islamistischem Gedankengut vom 6.6.2017

⁴³⁸ Ähnlich und nur kurze Zeit später auch die SVP *Motion Nr. 17.3583* Verbot der salafistischen Organisation «Lies!» und Unterbindung der Verbreitung von dschihadistischem Gedankengut vom 16.6.2017.

forderte sodann die LEGA per Motion⁴³⁹ die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage, um «gefährliche islamistische Vereinigungen» in der Schweiz verbieten zu können.

C. Terrorismusfinanzierung und Bankgeheimnis

Der durch die USA nach 9/11 intensivierte «Kampf gegen den Terrorismus» zielte auch auf die «Verstopfung» der Geldkanäle von terroristischen Gruppierungen. Infolgedessen zuckten sowohl die Verfechter als auch die Kritiker des internationalen Finanzplatz Schweiz auf. Im Jahre 2002 fragte eine SP-Interpellation⁴⁴⁰ rhetorisch, ob die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung nicht ein guter Zeitpunkt sei, um sich «Gedanken zur Abschaffung des *Bankgeheimnisses*» zu machen. Eine weitere SP-Interpellation⁴⁴¹ im Jahre 2003 nahm Bezug auf die Vermutung, «dass auf Schweizer Bankkonten unter dem Schutz des Bankgeheimnisses verschiedentlich Gelder zur Finanzierung des Terrorismus angelegt» worden seien und forderte den Bundesrat zur Überprüfung dieses Verdachts auf. Bereits Ende des Jahres 2002 warnte demgegenüber eine Interpellation⁴⁴² der SVP, dass unter «dem Vorwand der Bekämpfung von Geldwäscherei, Terrorismus und Steuerbetrug» Finanztransaktionen und andere Bankgeschäfte «unbescholtener Bürger akribisch durchleuchtet» würden und dadurch «das Bankkundengeheimnis – ein wichtiger Teil der persönlichen Freiheit und Privatsphäre – zur Disposition gestellt» würde.

Rund fünf Jahre *nach dem Fall des Bankkundengeheimnisses für Ausländer* wurde die politische Debatte ab dem Jahre 2014 spezifischer. Zwei politische Vorstösse fokussierten auf die Frage⁴⁴³ nach *Lösegeldzahlungen* des Bundes an Al-Qaïda bzw. forderten den Bundesrat per Interpellation⁴⁴⁴ auf, den Terrorismus nicht durch die Bezahlung

⁴³⁹ Siehe *Motion Nr. 16.3937* Möglichkeit, gefährliche islamistische Vereinigungen zu verbieten vom 5.12.2016.

⁴⁴⁰ *Interpellation Nr. 02.3021* Bankgeheimnis nach dem 11. September 2001 vom 5.3.2002.

⁴⁴¹ *Interpellation Nr. 03.3504* Kampf gegen Bankkonten zur Finanzierung des Terrorismus vom 1.10.2013.

⁴⁴² Siehe hierzu ausführlicher Fn.501.

⁴⁴³ *SVP-Anfrage Nr. 14.1058* Lösegeldzahlungen des Bundes an Al Kaida vom 10.9.2014.

⁴⁴⁴ *CVP-Interpellation Nr. 14.3685* Die Schweiz soll den Terrorismus nicht mehr finanzieren! vom 8.9.2014. Diese Forderung wurde sodann im Jahre 2015 gar als Ziel in die Schweizerische Strategie zur Terrorismusbekämpfung übernommen. Hierzu weiter hinten §5, I.

von Lösegeldforderungen zu finanzieren. Eine SP-Motion⁴⁴⁵ aus dem Jahre 2014 beabsichtigte die Strafbarkeit im Bereich der *Terrorismusfinanzierung* beträchtlich auszuweiten. Konkret sollte der Wortlaut der Bestimmung zur Terrorismusfinanzierung (Art. 260^{quinquies} StGB) dahingehend angepasst werden, dass sich auch strafbar macht, wer Terrorismusfinanzierung «*lediglich in Kauf*» nehme. Nachdem der IS Banken in Irak und in Syrien sowie zahlreiche Ölquellen unter seine Kontrolle gebracht hatte, folgten im Jahre 2015 verschiedene politische Vorstösse. Eine GLP-Interpellation⁴⁴⁶ wollte vom Bundesrat u.a. wissen, wie dieser sicherstellen könne, dass «keine Geldmittel aus den vom IS kontrollierten Banken durch das schweizerische Bankennetz fliessen» sowie «dass die in der Schweiz tätigen Erdölunternehmen nicht am Vertrieb des IS-Erdöls beteiligt» seien. Im selben Jahr stellten ein SP-Postulat⁴⁴⁷, eine SP-⁴⁴⁸ sowie eine SVP-Interpellation⁴⁴⁹ kritische Fragen zu der Rolle von Rohstoffhandelsfirmen mit Sitz in der Schweiz im Umgang mit Erdölverkommen, welche sich in IS-Kontrolle befanden.

D. Jihadismusreisende und Plattformbetreiber

In zwei Motionen aus den Jahren 2014⁴⁵⁰ und 2016⁴⁵¹ reagierte die SVP auf den zahlenmässigen Anstieg von Jihadismusreisenden, indem sie eine *Ergänzung des StGB* verlangte, wonach diejenige Person, welche sich einer ausländischen Macht in einer militärischen oder militärähnlichen Einrichtung anwirbt, Personen einer solchen Einrichtung zuführt oder selber teilnimmt mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft

⁴⁴⁵ Siehe *Motion Nr. 14.4302* Für ein wirksames Verbot der Terrorismusfinanzierung vom 12.12.2014.

⁴⁴⁶ *Interpellation Nr. 15.3077* Die Schweiz darf auf keinen Fall mit dem «Islamischen Staat» zusammenarbeiten! vom 10.3.2015.

⁴⁴⁷ *Postulat Nr. 15.4245* vom 18.12.2015 Risiko von Erdölkäufen, die den IS finanzieren. Audit der internen Massnahmen von Erdölhandelsfirmen mit Sitz in der Schweiz.

⁴⁴⁸ *Interpellation Nr. 15.3858* Rohstoffhandelsfirmen mit Sitz in der Schweiz und Finanzierung krimineller und terroristischer Organisationen. Was unternimmt der Bundesrat? vom 16.9.2015.

⁴⁴⁹ *Interpellation Nr. 15.4193* Einnahmequellen des «Islamischen Staates» vom 17.12.2015.

⁴⁵⁰ *Motion Nr. 14.3223* Präzisierung und Ausweitung des Verbots des fremden Militärdienstes und der Anwerbung dazu vom 21.3.2014.

⁴⁵¹ *Motion Nr. 16.3234* Für eine wirksame und effektive Bekämpfung des Terrorismus. Präzisierung und Ausweitung des Verbots des fremden Militärdienstes und der Anwerbung dazu vom 18.3.2016.

werden soll. Eine Interpellation⁴⁵² der SP warf im Jahre 2017 die Frage nach der *zivil- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit* von Betreibern von Internetplattformen auf, welche bspw. jihadistische Hassbotschaften verbreiten. Die Interpellation nahm auf konkrete Vorfälle Bezug, wonach im Vorspann zu einer von einem schweizerischen Unternehmen in Auftrag gegebenen Werbung auf der Plattform YouTube ein Video abgespielt wurde, welches Hassbotschaften beinhaltete.

2. Vorstösse im Bereich des Migrationsrechts

A. Islamismus und Hassprediger

Die Anschläge von 9/11 verstärkten den Fokus der Bundespolitik auf den Islamismus in der Schweiz. Eine SVP-Interpellation⁴⁵³ aus dem Jahre 2002 zog aus 9/11 den Schluss, dass ein «weltweiter unerklärter Krieg islamistisch-fundamentalistischer Terroristen gegen die westlichen Demokratien» im Gange sei. Bezugnehmend auf Zeitungsartikel, wonach die Lehrpläne für den muslimischen Religionsunterricht an gewissen Primarschulen im Kanton Luzern von einem deutschen Pädagogikinstitut ausgearbeitet würden, welches mit islamistisch geprägten Organisationen verhängt sei, erkundigte sich der Interpellant nach der Tragweite «islamistischer Umtriebe in der Schweiz». Ähnlich grundlegend fragte genau zwei Jahre später auch eine CVP-Interpellation⁴⁵⁴, inwiefern der radikale Islamismus eine Bedrohung für die Schweiz darstelle. Im Jahre 2007 forderte eine SVP-Motion⁴⁵⁵ den Bundesrat auf, «jährlich einen Bericht zur islamischen Bevölkerung in der Schweiz und insbesondere zu ihrem extremistischen Potenzial» vorzulegen. Ab Ende des Jahres 2009 gerieten vermehrt Imane, welche islamistisch fundamentalistisches Gedankengut propagierten und dadurch einen Nährboden für

⁴⁵² Siehe hierzu und zum nächsten Satz *Interpellation Nr. 17.3276* Wie steht es um die Verantwortlichkeit für Werbung im Internet, die gesetzeswidrig ist, Hassbotschaften verbreitet oder der Finanzierung krimineller Aktivitäten dient? Vom 2.5.2017.

⁴⁵³ Siehe hierzu und den nächsten zwei Sätzen *Interpellation 02.3507* Islamistische Umtriebe in der Schweiz vom 30.9.2002. Zum Zeitungsartikel siehe <https://www.nzz.ch/article8CTRG-1.418648?reduced=true>.

⁴⁵⁴ Vgl. *Interpellation 04.3477* Radikaler Islamismus. Bedrohung für die Schweiz? vom 30.9.2004.

⁴⁵⁵ *Motion Nr. 07.3693* Jährliche Berichterstattung über den islamischen Extremismus in der Schweiz vom 5.10.2007.

religiös motivierte Gewalt schaffen würden, unter dem Schlagwort des «Hasspredigers» in den Fokus der Medien⁴⁵⁶ und der Bundespolitik. Ende Dezember 2009 forderte eine SVP-Motion⁴⁵⁷ als «Hassprediger erkannte» Personen migrationsrechtlich auszuweisen und mit «Einreisesperren» zu belegen. Im Jahre 2011 forderte eine SVP-Motion⁴⁵⁸ als weitere migrationsrechtliche Massnahme «alle Personen, die öffentlich zu Gewalt, Mord oder Terror aufrufen – insbesondere sogenannte Hassprediger» in den Ausschaffungskatalog von Artikel 121 Abs. 4 BV aufzunehmen. Besonders grosse mediale Aufmerksamkeit ward dem «Bieler Hassprediger»⁴⁵⁹ Abu Rahman zu Teil, wobei die SVP im Jahre 2020 dem Bundesrat die Frage⁴⁶⁰ stellte, ob dieser durch den Bieler Hassprediger die «öffentliche Sicherheit nicht auch gefährdet sehe» und ob Fedpol im Hinblick auf seine Ausweisung bereits tätig geworden sei.

B. Migration als Sicherheitsrisiko

Im Dezember 2001 wurde in einer CVP-Motion⁴⁶¹ unter Hinweis auf 9/11 die allgemeine Notwendigkeit der «Fernhaltung von unter Sicherheitsaspekten unerwünschten Personen» betont. Bereits diese Motion zeigte, was sich in etlichen nachfolgenden parlamentarischen Vorstössen verdeutlichte, namentlich das Migration teilweise per se als Sicherheitsrisiko verstanden wird sowie dass in der Migration anderseits eine

⁴⁵⁶ Entsprechend titelte die rechtsbürgerliche Weltwoche im Dezember 2009: «<Moschee als Dunkelkammer>. Kaum ein Schweizer weiss, was in den rund 200 Moscheen im Land gepredigt wird. Die Behörden auch nicht. Dies ist das beunruhigende Fazit der vertraulichen Imam-Studie, welche die Regierung unter Verschluss hält. Mindestens acht Imame treten als Hassprediger auf.» Zitat abrufbar unter <https://www.weltwoche.ch/ausgaben/2009-50/aktuell/artikel-2009-50-imame-moschee-als-dunkelkammer.html>.

⁴⁵⁷ Siehe *Motion Nr. 09.4319* Integrative Toleranz von islamistischen Imamen vom 11.12.2009.

⁴⁵⁸ Siehe *Motion Nr. 11.3068* Aufnahme von Hasspredigern in den Ausschaffungskatalog vom 9.3.2011.

⁴⁵⁹ Vgl. u.a. zum Verlust seines Asylstatus <https://www.derbund.ch/schweiz/standard/bieler-hassprediger-verliert-asylstatus/story/12949592> oder wegen des Verdachts auf Sozialhilfebetrugs <https://www.blick.ch/news/schweiz/bieler-hassprediger-droht-ausschaffung-abu-ramadan-soll-ein-sozialhilfebetrueger-sein-id15646957.html>.

⁴⁶⁰ *Frage Nr. 20.5020* Seit zwei Jahren laufen gegen den Bieler Hassprediger Strafverfahren. Die öffentliche Sicherheit ist gefährdet! vom 2.3.2020.

⁴⁶¹ *Motion 01.3702* Fernhaltung von unter Sicherheitsaspekten unerwünschten Personen vom 4.12.2001.

relevante Ursache für die terroristische Bedrohungslage in der Schweiz erblickt wird. Besonders plakativ verdeutlicht dies eine SVP Interpellation⁴⁶² aus dem Jahre 2017 mit dem Titel «Unterbindung der illegalen Migration. Lässt der Bund einen Terroranschlag in der Schweiz zu, nur weil er “negative Auswirkungen auf den Reiseverkehr und auf die Wirtschaft” befürchtet?». Entsprechende politische Vorstösse suggerieren eine ursächliche Beziehung zwischen Migration und Terrorismus und sehen dabei in ausländerrechtlichen Massnahmen die Möglichkeit Terrorismus zu verhindern. Andererseits wurden in Vorstössen in Bezug auf publik gewordene Fälle von Einzelpersonen⁴⁶³ oder neu ausgemachten Feindbildern, wie bspw. «Terrorismus-Studierenden»⁴⁶⁴, die bestehenden ausländerrechtlichen Massnahmen kritisch er- und hinterfragt.

C. Asylsuchende als besonderes Sicherheitsrisiko

Zeitgleich mit dem Aufkommen der sog. (europäischen) «Flüchtlingskrise» in den Jahren 2015/2016 häuften sich Medienberichte⁴⁶⁵ und politische Vorstösse, welche einen spezifischen Zusammenhang zwischen *Terrorismus und Asylsuchenden* insinuierten. In Bundesbern erfolgte der diesbezügliche Startschuss mittels der im Sommer 2015 von der

⁴⁶² *Interpellation Nr. 17.3798* vom 28.9.2017. Ähnlich auch die *SVP Motion 17.3462* *Illegale Migration auf Höchststand. Systematische Erfassung aller Grenzübertritte durch digitale Identifikationsüberprüfung* vom 14.6.2017. Jedoch auch schon bspw. die *CVP Interpellation Nr. 11.3023* *Bewältigung der Migration aus Nordafrika* vom 2.3.2011, in welcher der Bundesrat u.a. angefragt wird, ob er angesichts der Migrationsbewegungen auch ausserordentliche «über das Schengen/Dublin-Abkommen» hinausgehende Massnahmen in Erwägung ziehe.

⁴⁶³ Siehe bspw. die *Frage Nr. 11.5002* *Ist der Terrorismus die Waffe der Gerechten?* vom 7.3.2011, in welcher Bezug genommen wurde auf einen im Kanton Neuenburg wohnhaften tunesischen Staatsangehörigen, der auf der «islamistisch geprägten Website» «die Gerechten» zum Tragen von Sprengkörpergürtel aufgerufen haben soll. Im Vorstoss wurde danach gefragt, ob Massnahmen hinsichtlich der Aufenthaltsgenehmigung des Tunesiers in Betracht gezogen würden.

⁴⁶⁴ Die *SVP Motion Nr. 12.3483* *Keine Terrorismus-Studierende in der Schweiz* vom 12.6.2012 verlangte, dass als Widerrufsgrund für Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligungen «die Teilnahme an einer Ausbildung in Terrorismus in der Schweiz oder im Ausland» explizit erwähnt werde.

⁴⁶⁵ Vgl. u.a. <https://www.srf.ch/news/schweiz/gelangen-terroristen-als-fluechtlinge-zu-uns>; <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2015-08/islamischer-staat-fluechtlinge-deutschland-bundesregierung>; in Bezug auf die Situation in Ungarn im Jahre 2017, wo die *Migration als «trojanisches Pferd des Terrorismus»* bezeichnet wurde, vgl. <https://www.theguardian.com/world/2017/mar/07/hungary-to-detain-all-asylum-seekers-in-container-camps>; allesamt.

FDP eingereichten Interpellation⁴⁶⁶ «Terroristen unter dem Deckmantel Asylsuchender?». Im Dezember 2015 folgte eine Motion⁴⁶⁷ des parteilosen Thomas Minder, welche diesen Verdacht aufgriff und in welcher die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die systematische nachrichtendienstliche Durchforstung von Asyldossiers angeregt wurde. Konkret sollten «Asylsuchende, die belegbar oder mutmasslich aus Staaten und Regionen stammen, von welchen eine erhöhte Gefährdung der inneren Sicherheit der Schweiz ausgeht (Risikostaaten), unmittelbar nach der Eröffnung des Asylverfahren durch den NDB überprüft werden». Dadurch sollten «zukünftig Asylsuchende mit terroristischem, dschihadistischem oder extremistischem Hintergrund» möglichst frühzeitig aufgespürt werden.⁴⁶⁸ Eine SP-Interpellation⁴⁶⁹ aus dem Jahre 2016 erachtet die durch radikalisierte Personen ausgehende Bedrohung im Allgemeinen sowie, wenn auch in geringer Zahl, die von Asylsuchenden im Besonderen ausgehende Bedrohung als erhöht. Die Interpellation fragt daher nach bestehenden und geplanten *Programmen und Prozessen*, welche den Umgang mit Verdachtsmomenten und Personen, welche möglicherweise ein Risiko darstellen könnten, regeln sollen. Beachtliche mediale und politische Aufmerksamkeit erlangte auch die Frage nach dem Umgang mit in der Schweiz aufhältigen Personen, die aufgrund terroristischer Straftaten in der Schweiz zu mehrjährigen Haftstrafen verurteilt wurden. Im Hinblick auf die besonders «prominent»

⁴⁶⁶ *Interpellation Nr. 15.3547* vom 10.6.2015. Die Begründung enthielt folgende Passage: «Dieses Jahr werden voraussichtlich gegen 30 000 Personen in der Schweiz ein Asylgesuch stellen. Ein beträchtlicher Anteil davon kommt aus Staaten mit starker Terrorismusaktivität. Zudem plant der Bundesrat, über Flüchtlingskontingente 3000 Syrer aufzunehmen. Es besteht das nicht zu unterschätzende Risiko, dass Terroristen getarnt als Asylbewerber in die Schweiz einreisen, um hier terroristische Anschläge zu verüben oder als Schläfer hier zu leben (siehe "NZZ"-Artikel vom 18. Januar 2015: Geheimdienst überprüft Asylsuchende)».

⁴⁶⁷ Vgl. hierzu und den nächsten zwei Sätzen *Motion Nr. 15.4154* Asylgesuche aus Risikostaaten. Systematische Überprüfung durch den NDB vom 17.12.2015.

⁴⁶⁸ Vgl. als Follow-UP zur Thematik auch die *Frage Nr. 18.5305* Vorläufige Aufnahme für potenzielle Terroristen vom 30.5.2018 der SVP, wonach der NDB im Jahre 2017 bei 38 Asylbewerbern Sicherheitsrisiken festgestellt und deren «Ablehnung» empfohlen habe. In 30 dieser Fälle seien den Sicherheitsbedenken keine Nachachtung verschafft worden, weshalb gefragt wurde, wie die Sicherheit der Bevölkerung trotzdem gewährleistet werden könne? Bezugnehmend auf den Selbstmordattentäter Salman Abedi von und aus Manchester und potentiell in die Schweiz einreisende Asylsuchende fragte die SVP-*Interpellation Nr. 17.3384* Sind Terroristen der Libyan Islamic Fighting Group auch in der Schweiz? vom 1.6.2017.

⁴⁶⁹ Hierzu und zum nächsten Satz *Interpellation Nr. 16.3905* Radikalisierung bei Asylbewerbern und Sensibilisierung von Betreuungsorganisationen vom 30.9.2016.

gewordene, mutmasslich von Osamah M. angeführte «Schaffhauser IS-Zelle»⁴⁷⁰, wurde bspw. in einer CVP-Motion⁴⁷¹ aus dem Jahre 2016 die Frage aufgeworfen, «wie mit stark ideologisierten Personen umgegangen werden soll», die nach ihrer strafrechtlichen Haftverbüssung «wegen ihres hohen Rückfallrisikos eine Gefahr für die innere Sicherheit darstellen». Besonders sauer schien gewissen Politikern aufzustossen, dass die wegen Terrorismus verurteilten Mitglieder der Schaffhauser-Zelle nach ihrer Haftverbüssung nicht ausgeschafft werden konnten, weil dies mit den grund-, völker- und migrationsrechtlichen Vorgaben unvereinbar gewesen wäre.⁴⁷² Infolgedessen zielten im Jahre 2016 zwei politische Vorstösse⁴⁷³ darauf ab die notwendigen gesetzlichen Änderungen in die Wege zu leiten und die SVP fragte⁴⁷⁴ bezugnehmend auf zwei, den Vollzug von Ausschaffungen ablehnende, Bundesgerichtsurteile⁴⁷⁵ nach den Rechtsrundlagen, um Terroristen (dennoch) ausschaffen zu können. Im Jahre 2017 erkundigte sich ein FDP-Postulat⁴⁷⁶ allgemein nach den «Verbesserungen der Ausschaffungsprozesse und Schutz vor Gefährdern». Als auf das schweizerische Territorium bezogener, möglicher

⁴⁷⁰ «Im Herbst 2014 enthüllten erste Medienberichte, was seither unter dem Titel <Schweizer/ Schaffhauser IS-Zelle> diskutiert wird. Die Polizei hatte im Frühjahr 2014 mehrere Männer festgenommen, gegen welche die Bundesanwaltschaft im Oktober 2015 Anklage beim Bundesstrafgericht erhob. Die Strafkammer des Bundesstrafgerichts sprach die Angeklagten unter anderem der Beteiligung an einer kriminellen Organisation (Art. 260^{ter} Ziff. 1 Abs. 1 aStGB) schuldig und bestrafte sie mit mehrjährigen Freiheitsstrafen.» MÄRKLI/WYSS, S. 550.

⁴⁷¹ Vgl. Motion 16.3982 Ausweisung von Terroristinnen und Terroristen in ihre Herkunftsländer, unabhängig davon, ob sie als sicher gelten oder nicht vom 13.12.2016. Siehe hierzu ausführlicher Märkli/Wyss, S. 550 ff. Das Parlament hatte die Motion an den Bundesrat überwiesen. Der Bundesrat erachtet die Motion jedoch als rechtlich unmöglich umzusetzen. Siehe dazu den Bericht des Bundesrates abrufbar unter <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-88620.html>.

⁴⁷² Siehe hierzu ausführlicher MÄRKLI/WYSS, S. 550 ff. Siehe auch die FDP-Interpellation Nr. 15.4179 Asyl und keine Rückschaffung für islamische Terroristen? vom 17.12.2015.

⁴⁷³ So etwa die LEGA-Interpellation Nr. 16.3651 Haftentlassung eines irakischen Asylsuchenden, der den IS unterstützte. Solches darf sich nicht wiederholen vom 13.9.2016; sowie Motion in Fn. 467.

⁴⁷⁴ SVP-Anfrage Nr. 16.1071 vom 30.11.2016.

⁴⁷⁵ Vgl. Urteile des BGer 2C_791/2016 vom 26.9.2016; 2C_819/2016 vom 14.11.2016.

⁴⁷⁶ FDP-Postulat Nr. 17.3044 vom 1.3.2017.

«Lösungsansatz», stellten im Jahre 2016 u.a. eine CVP⁴⁷⁷ und eine SVP-Motion⁴⁷⁸ die Schaffung einer sicherheitsrechtlich motivierten *Präventivhaft*⁴⁷⁹ für «staatsgefährdende Personen» bzw. für «Gefährder» zur Debatte.

D. Ausbürgerung und Terrorismus

Insbesondere seit dem Jahre 2006 haben sich parlamentarische Vorstösse gehäuft, welchen eine Unterscheidung zwischen Bürgern, die das Schweizer Bürgerrecht von Gesetzes wegen, und den «Neuschweizern»⁴⁸⁰, welche es durch behördlichen Beschluss erworben haben, inhärent ist.⁴⁸¹ Faktisch und sinngemäss sahen diese Vorstösse vor, was in einer SVP-Interpellation⁴⁸² aus dem Jahr 2010 ausdrücklich im Titel stand, nämlich die Schaffung einer «*Staatsbürgerschaft auf Probe*»⁴⁸³. Eingebürgerte sollten das Schweizer Bürgerrecht demnach nur dann «endgültig» erlangen, wenn sie ab dem Zeitpunkt der Einbürgerung innerhalb einer zu definierenden Jahresfrist keine (schwere) Straftat⁴⁸⁴ begangen haben. Ab dem Jahre 2014 traten vermehrt politische Vorstösse auf, welche sich nicht nur an der Schwere der Straftat, sondern an der dahinterstehenden Person, namentlich an Jihadismusreisenden orientierten. Entsprechend forderte bspw. eine CVP-Motion⁴⁸⁵ unter dem Titel «Aberkennung des Schweizer Bürgerrechts bei Dschihadisten mit Doppelbürgerschaft», was gemäss damaliger Gesetzgebung an

⁴⁷⁷ Mitte Fraktion-*Interpellation* Nr. 16.3795 Freigelassene verurteilte Dschihadisten. Gesetzeslücke schliessen vom 29.9.2016.

⁴⁷⁸ Siehe die SVP *Motion* Nr. 16.3673 Umgang mit Staatsgefährdenden Personen vom 20.9.2016.

⁴⁷⁹ Ausführlicher zur Präventivhaft weiter hinten §8, II., 6., D., c.).

⁴⁸⁰ So ausdrücklich in der Begründung der *parlamentarischen SVP-Initiative* Nr. 08.409 vom 19.3.2008.

⁴⁸¹ So etwa bereits die *parlamentarische SVP-Initiative* Nr. 06.486 Entzug des Schweizer Bürgerrechtes vom 18.12.2016.

⁴⁸² Siehe hierzu und zum nächsten Satz SVP-*Interpellation* Nr. 10.3965 Staatsbürgerschaft auf Probe vom 14.12.2010.

⁴⁸³ Siehe zur Begründung bspw. auch den Wortlaut der SVP-*Interpellation* Nr. 15.3024 Bürgerinnen und Bürger mit Schweizer Wurzeln oder nicht? vom 3.3.2015.

⁴⁸⁴ Die *LEGA-Motion* Nr. 17.3284 Ausbürgerung von eingebürgerten Personen, die schwere Verbrechen begehen vom 3.5.2017 beabsichtigte die Schaffung der gesetzlichen Grundlagen zum Bürgerrechtsentzug im Falle von «besonders schweren Verbrechen».

⁴⁸⁵ Siehe *Motion* Nr. 14.3705 vom 11.09.2014.

sich bereits möglich war. Die SVP forderte den «Entzug des Schweizer Bürgerrechts für Söldner»⁴⁸⁶. Eine mit «Entzug des Schweizer Bürgerrechts nicht nur für Dschihadisten mit doppelter Staatsbürgerschaft» betitelte SVP-Motion⁴⁸⁷ forderte im Jahre 2019 die diesbezüglich notwendigen Gesetzes- und Verfassungsänderungen.

3. Vorstösse im Staatsschutz und Polizeibereich

A. Präventive Massnahmen anregende Vorstösse

Verschiedene Vorstösse auf Bundesebene haben sich seit dem Jahre 2004 mit dem bestehenden oder zu schaffenden *Instrumentarium zur präventiven Terrorismusbekämpfung* in der Schweiz befasst. Wenige Tage vor den «Madrider Zuganschlägen»⁴⁸⁸ beauftragte der künftige FDP-Bundesrat Didier Burkhalter den Bundesrat im März 2004 mittels Motion⁴⁸⁹, «gesetzliche Anpassungen zu unterbreiten, dank denen die Massnahmen zur Terrorismusprävention rasch besser greifen können». Mittels Postulat⁴⁹⁰ doppelte die sicherheitspolitische Kommission des Ständerates zu Beginn des Jahres 2005 nach, indem sie wissen wollte, «wie die Gesetzgebung in verschiedenen Bereichen angepasst werden kann, um eine effizientere Bekämpfung von Terrorismus und organisiertem Verbrechen zu ermöglichen». Ende des Jahres 2005 wollte die SVP mittels *Anfrage*⁴⁹¹

⁴⁸⁶ *Parlamentarische Initiative* Nr. 14.450 Entzug des Schweizer Bürgerrechts für Söldner vom 26.9.2014.

⁴⁸⁷ *Motion* Nr. 19.3305 vom 22.3.2019.

⁴⁸⁸ Die Anschläge auf vier Pendlerzüge in Madrid am 11. März 2004 hatte den Tod von 191 Personen sowie 1800 Verletzten zur Folge. Dieses Attentat war nicht nur das Schwerste in der spanischen Geschichte, sondern insbesondere *der erste grosse Terrorakt islamistischer Handschrift in Europa*. Vgl. Dazu u.a. <https://www.nzz.ch/als-der-jihad-spanien-erreichte-1.18260042?reduced=true>.

⁴⁸⁹ Vgl. zu diesem Satz *Motion* Nr. 04.3216 Terrorismusbekämpfung. Präventive Massnahmen vom 3.5.2004. Konkret wurde um eine Ausweitung der Handlungsfähigkeit und internationalen Zusammenarbeit im nachrichtendienstlichen Bereich und andererseits um die Einführung einer Kontrollinstanz für «aus dem Ruder laufende» Sicherheitsmassnahmen ersucht.

⁴⁹⁰ *Postulat* Nr. 05.3006 Effizientere Bekämpfung von Terrorismus und organisiertem Verbrechen vom 21.2.2005.

⁴⁹¹ *Anfrage* Nr. 05.1203 Schutzkonzept gegen den Terrorismus vom 16.12.2005.

wissen, ob «ein gemeinsames Schutzkonzept Bund/Kanton gegen den Terrorismus mit allen zu bewachenden Objekten» existiere.

B. Prävention von Gewaltextremismus

Ein CVP-*Postulat*⁴⁹² aus dem Jahre 2014 erteilte dem Bundesrat den Auftrag abzuklären, inwiefern die bestehenden Massnahmen im Bereich der Prävention von Gewaltextremismus gestärkt werden könnten. Im Folgejahr *fragte*⁴⁹³ die Grüne Fraktion an, ob «der Bundesrat die Förderung und Unterstützung spezifischer Aktionen vor(sieht), um zu verhindern, dass junge und weniger junge Leute durch Bewegungen radikalisiert werden, die Gewalt und religiösen oder rassistischen Hass schüren?». Zwei nachfolgende Vorstösse bezogen sich (ausnahmsweise) nicht auf den Jihadismus, sondern auf *andere Formen von Gewaltextremismus*. Nachdem im Sommer 2009 militante TierschutzaktivistInnen Anschläge gegen den damaligen Novartis-CEO Daniela Vasella und dessen Familie verübt hatten, erfragte die CVP im September 2009 mittels Motion⁴⁹⁴, ob die gesetzlichen Vorschriften in der Schweiz «für den Kampf gegen militante Tierschützer» und «gewalttätige extremistische Gruppierungen» nicht ausgeweitet werden sollten. Im Jahre 2017 forderte in *Postulat*⁴⁹⁵ der Mitte-Fraktion einen Bericht, welcher Massnahmen aufzeigen sollte, um besser gegen *linksradike Gewaltextremisten* vorgehen zu können.

C. Ausweitung institutioneller Kompetenzen

In *institutioneller Hinsicht* forderte eine CVP-Motion⁴⁹⁶ im Jahre 2007 den Bundesrat auf die Kompetenzen von Fedpol, (u.a.) im Bereich des Terrorismus auszubauen und

⁴⁹² *Postulat* Nr. 14.3710 Stärkung präventiver Massnahmen im Bereich des Gewaltextremismus vom 11.9.2014.

⁴⁹³ *Anfrage* Nr. 15.1027 Welche Vorkehrungen will der Bundesrat treffen, um in der Schweiz gewalttätigem Extremismus vorzubeugen? vom 20.3.2015.

⁴⁹⁴ *Interpellation* 09.3892 Ökoterroristen und gewalttätige extremistische Gruppierungen. Ist die Schweiz ausreichend gerüstet? vom 24.9.2009.

⁴⁹⁵ *Postulat* Nr. 17.3831 Griffige Instrumentarien gegen Gewaltextremisten vom 28.9.2017. Das Postulat fordert hinsichtlich der «Gewalt aus der linksextremistischen Szene» neue und «wirksame Instrumente», wie «Rayonverbote oder mehr Möglichkeiten bei der präventiven Überwachung».

⁴⁹⁶ *Motion* Nr. 07.3751 Kampf dem Terrorismus vom 5.10.2017.

dabei einen besonderen Fokus auf «dschihadistische Webseiten» zu legen. Im Jahre 2015 folgte ein CVP-Postulat⁴⁹⁷, welches «aufgrund der zunehmenden Terroranschläge» die Prüfung der Aufstockung der «spezifischen Sicherheitskräfte in der Schweiz (Nachrichtendienst, Grenzwachtkorps, Polizei usw.)» sowie die Schaffung einer unterstützenden «nationalen Terror-Sondereinheit» in den Raum stellte. Ab dem Jahre 2014 folgten Vorstösse, welche einerseits die bestehenden *nachrichtendienstlichen Mittel* im Bereich der Terrorismusbekämpfung *hinterfragten*⁴⁹⁸ oder punktuelle nachrichtendienstliche *Kompetenzerweiterungen*⁴⁹⁹ nahe legten. Im Jahre 2017 verlangte eine SVP-Motion⁵⁰⁰, dass «Risikopersonen (insbesondere bei Verdacht auf islamistische Radikalisierung und Terrorismus) verbindlich» vom NDB vorgeladen und deren Mobiltelefone ausgewertet werden können.

4. Zur Terrorismusbekämpfung kritische Vorstösse

A. Grundsätzliche Kritik

Auf politischer Ebene äusserten sich im Nachgang zu 9/11 verschiedene politische Vorstösse kritisch zu geplanten Massnahmen der Terrorismusbekämpfung. Die SVP etwa zeigte sich in einer Interpellation aus dem Jahre 2002 (noch) grundlegend kritisch.⁵⁰¹ Der Interpellant wollte u.a. wissen, welche Massnahmen vom Bundesrat zur Vermei-

⁴⁹⁷ *Postulat Nr. 15.4226* Braucht es eine nationale Sondereinheit zur Terrorbekämpfung? vom 18.12.2015.

⁴⁹⁸ Vgl. etwa *Interpellation Nr. 14.3794* Zu engen Fesseln des Nachrichtendienstes des Bundes im Kampf gegen den Terrorismus der Organisation «Islamischer Staat»? vom 24.9.2014.

⁴⁹⁹ So bspw. die *FDP-Motion 15.3900* Sicherheit ist eine Kernaufgabe des Staates vom 23.9.2015, welche beantragte, dass der NDB mit den nötigen personellen und materiellen Ressourcen ausgestattet werde, so dass er die «nötigen Abklärungen zum terroristischen Risikopotenzial von Asylbewerbern und Kontingentsflüchtlingen glaubwürdig durchführen könne».

⁵⁰⁰ *Motion Nr. 17.3779* Vorladungskompetenz für den Nachrichtendienst des Bundes vom 27.9.2017.

⁵⁰¹ *SVP-Interpellation Nr. 02.3484* Einschränkung der persönlichen Freiheit vom 25.9.2002: «Als Hauptbegründung für zahlreiche Eingriffe in die Privatsphäre der Bürger wird auch hierzulande der Kampf gegen Kriminalität und Terrorismus angeführt. (...) Verschiedene politische Kreise leiten aus dem Terrorismus – immer gestützt auf Einzelfälle – ein Bedürfnis nach zusätzlichen Regelungen, Gesetzen und Kontrollen ab. Oft geht dabei der Blick fürs Ganze und für die Verhältnismässigkeit verloren.».

derung unnötiger Einschränkungen der persönlichen Freiheit sowie der Wiederholung der Fehler aus dem «Fichenskandal» ergriffen würden.

B. Kritik an der Rolle der USA

Im Jahre 2002 äusserten vereinzelte Vorstösse Kritik an der *Rolle der USA*. Eine SP-Interpellation⁵⁰² kritisierte deren nationale Sicherheitsstrategie, welche im Kampf gegen Terrorismus präventive militärische Interventionen in den Vordergrund rücke. Im selben Jahre fragte⁵⁰³ die SP nach den Auswirkungen des, in den USA im Oktober 2001 verabschiedeten, «Patriot Act» auf die schweizerische Rechtsordnung. Bezugnehmend auf Berichte über Folterungen von Häftlingen im Gefängnis «Abu Ghraib» und den damit verbundenen «systematisch praktizierten Menschenrechtsverletzungen» der USA fragte⁵⁰⁴ die SP im Jahre 2004 allgemein nach der Anti-Folterpolitik des Bundesrates. Mit Hinweis auf einen Untersuchungsbericht des amerikanischen Senats, welcher grausame Folteranwendungen im Zuge der Terroristenverfolgung durch die Bush-Regierung bestätigten, forderten im Jahre 2014 eine FDP-Interpellation⁵⁰⁵ eine diesbezügliche Intervention des Bundesrats bei der UNO und eine Interpellation⁵⁰⁶ der Grünen Fraktion gar weitergehende Konsequenzen.

C. Kritik an der Rolle der UNO

Vereinzelte Vorstösse übten auch *Kritik an der UNO* selbst, insbesondere an der UNO-Terrorliste. In einer Interpellation⁵⁰⁷ aus dem Jahre 2006 beantragte die Grüne Fraktion,

⁵⁰² *Interpellation Nr. 02.3617* Die Bedrohung des Weltfriedens durch die Aussen- und Militärpolitik.

⁵⁰³ *Anfrage 02.1012* Patriot Act vom 12.3.2002.

⁵⁰⁴ *Anfrage Nr. 04.1063* Anti-Folterpolitik des Bundesrates vom 1.6.2004.

⁵⁰⁵ *Interpellation Nr. 14.4140* Folteranwendung durch die USA. Intervention des Bundesrates bei der UNO vom 10.12.2014.

⁵⁰⁶ *Interpellation Nr. 14.4259* Konsequenzen aus dem Bericht des US-Senates bezüglich CIA-Foltermethoden vom 12.12.2014. Als Konsequenz wurde u.a. die Erteilung der Genehmigung des Bundesrates zur Strafverfolgung von US-Regierungsmitgliedern und CIA-Zuständigen, welche «die Folter als Teil der nationalen Sicherheitspolitik autorisiert und eingeführt haben», gefordert.

⁵⁰⁷ *Interpellation Nr. 06.3228* Streichung von der UNO-Terrorliste im Falle erwiesener strafrechtlicher Unschuld vom 11.5.2006. Ausführlicher zu der Rolle der UNO in der Terrorismusbekämpfung und deren Terrorlisten §5, II, 4.

dass sich die Schweiz dafür einsetzen solle, dass «erwiesenermassen unschuldige Personen» die Möglichkeit zur Streichung von der UNO-Terrorliste erhalten würden. Im Folgejahr verlangte die Grüne Fraktion per Motion⁵⁰⁸ den Boykott der UNO-Terrorliste. Argumentativ wurde auf einen von Dick Marty zu Händen des Europarates erstellten Bericht⁵⁰⁹ Bezug genommen, wonach die bestehenden Mängel⁵¹⁰ im Zusammenhang mit der Terrorliste «Kerngehalte des schweizerischen Rechtsstaates verletzen würden».

5. Gesamtbetrachtung

A. Zahlenmässige Auswertung

Mit 53⁵¹¹ von insgesamt 69 politischen Vorstössen zum Thema Terrorismusbekämpfung zeigte sich das bürgerliche Lager weitaus aktiver als die Ratslinke. Der *grösste Teil* der analysierten Vorstösse, namentlich 30, beinhaltete Forderungen, welche terroristischen Bedrohungen mittels *Anpassungen im Bereich des Ausländer-, Asyl- und Bürgerrechts* beikommen wollen, wobei «links» der CVP kein entsprechender Vorstoss eingereicht wurde.⁵¹² Mit 21 von insgesamt 30 Vorstössen stellte die SVP den überwiegenden Anteil an Vorstössen. An zweiter Stelle folgt, womöglich etwas überraschend, mit deren fünf die CVP, gefolgt von der LEGA mit drei sowie der FDP und dem parteilosen Thomas Minder mit jeweils einem Vorstoss. Die zahlenmässig *zweitgrösste Gruppe* beinhaltet insgesamt 13 Vorstösse, welche den *Ausbau* nachrichtendienstlicher und polizeirechtlicher Massnahmen in der Gesetzgebung zur Terrorismusbekämpfung zum Gegenstand

⁵⁰⁸ Motion Nr. 07.3872 Boykott der UNO-Terrorliste vom 21.12.2007.

⁵⁰⁹ Siehe hierzu die informative Dokumentation m.w.H von *humanrights.ch* abrufbar unter <https://www.humanrights.ch/de/internationale-menschenrechte/nachrichten/terrorbekaempfung/schwarze-listen-uno-auftrag-marty>.

⁵¹⁰ Als *Mängel* nannte die Motion unter Hinweis auf den Bericht u.a., dass Personen auch nach Verfahrenseinstellung registriert bleiben, die Sanktionen fortwirken und keine Rechtsmittel gegen die Registrierung bestehen würden. Ebenso gebe es kein Anrecht auf Schadenersatz oder Genugtuung im Falle ungerechtfertigter Registrierung und Sanktionen. Zudem würden Vermögen blockiert bleiben, solange diese Person auf der Liste figuriere. Zu den UNO-Terrorlisten auch weiter oben Fn. 351 und FN 354.

⁵¹¹ Wovon die SVP 31, die CVP elf, die FDP acht sowie die LEGA deren drei eingereicht hat.

⁵¹² Dass die gesetzgebende bürgerliche Mehrheit die Rechte einer Minderheit, namentlich potentiell terrorverdächtiger ausländischer Personen, bereitwillig einschränkt, kann als veranschaulichter «Mehrheit-Minderheit-Konflikt» betrachtet werden. Dazu ausführlicher weiter vorne §1, III., 3.

hatte.⁵¹³ Mit insgesamt fünf Vorstössen stammen die meisten von der CVP, gefolgt von drei FDP und zwei SVP-Vorstössen, womit auch hier hauptsächlich das bürgerliche Lager aktiv war. Politische Vorstösse⁵¹⁴, welche Verschärfungen im Bereich des Strafrechts befürworteten, fielen mit deren *zehn* zahlenmässig gering aus. Mit fünf Vorstössen der SVP und drei der FDP dominierten auch in diesem Themenbereich bürgerliche Kreise.

B. Inhaltliche Auswertung

Die Gesamtbetrachtung der kategorisierten Vorstösse legt nahe, dass Forderungen zum Umgang mit terroristischen Bedrohungen bürgerlichen Parteien zur Positionierung in Sicherheitsfragen dienen. Das bürgerliche Lager scheint Sicherheit dabei eher als einen (bedrohten) Wert zu kultivieren, den es durch Gesetzesverschärfungen und den Ausbau von staatsschützerischen Massnahmen zu erwahren gilt, selbst wenn dazu die Grundrechte mutmasslicher Terroristen rasch und stark eingeschränkt werden. Unter Berücksichtigung aller Vorstösse fällt zudem auf, dass sich diese im- oder explizit fast ausschliesslich auf jihadistische Bedrohungslagen beziehen. Von den 69 berücksichtigten Vorstössen nahm zudem rund ein Viertel⁵¹⁵ explizit auf einschlägige Medienberichterstattungen Bezug, was auf eine Wechselwirkung zwischen der Medienberichterstattung und der Sicherheitspolitik schliessen lässt.⁵¹⁶

⁵¹³ Im Einzelnen zu den Vorstössen siehe weiter oben §4, I., 3..

⁵¹⁴ Fn. 432; 433; 434; 435; 437; 438; 450; 451.

⁵¹⁵ Siehe u.a. die Fn. 433, 434; 438; 443; 446; 449; 450; 451; 454; 459; 462; 466; 468; 478; 480; 490; 493; 494.

⁵¹⁶ Dieser Umstand verdeutlicht überdies, dass Fragen zum Umgang mit terroristischen Bedrohungen sowohl in der Öffentlichkeit als auch in der (Bundes-)Politik auf reges Interesse stossen, was nicht zuletzt die eher hohe Gesamtzahl an einschlägigen politischen Vorstössen erklären könnte.

3. TEIL ZUM RECHTLICHEN UMGANG DER SCHWEIZ MIT TERRORISMUS IM ALLGEMEINEN

Im dritten Teil der vorliegenden Arbeit soll der *rechtliche Umgang der Schweiz mit Terrorismus und terroristischen Bedrohungen im Allgemeinen* beleuchtet werden. Die Ausführungen unter **§5** haben die Schweizerische Strategie zur Terrorismusbekämpfung zum Gegenstand. In **I.** werden die Strategieziele, unter **II.** zur Erreichung der Strategieziele neu geschaffene Gesetzesbestimmungen und unter **III.** relevante Akteure vorgestellt, denen in der Erreichung der Strategieziele besondere Relevanz zukommt. Unter **IV.** folgen Schlussfolgerungen zu §5. Ein angemessener rechtlicher Umgang mit Terrorismus bzw. terroristischen Bedrohungen erfordert vorab, dass die faktischen Eigenheiten von terroristischen Bedrohungen überhaupt rechtlich fassbar (gemacht) werden. Unter **§6** soll daher summarisch aufgezeigt werden, wie terroristische Bedrohungslagen im Polizeirecht (**I.**) und im Strafrecht (**II.**) erfasst werden. Im Sinne eines würdigenden Fazits wird unter **III.** darauf eingegangen, welche grundsätzlichen Entwicklungstendenzen im Bereich der Terrorismusbekämpfung in diesen beiden Rechtsgebieten erkennbar sind.

§ 5 SCHWEIZERISCHE STRATEGIE ZUR TERRORISMUS- BEKÄMPFUNG

I. STRATEGIEZIELE UND HANDLUNGSFELDER

Im September 2015 verabschiedete der Bundesrat die Schweizerische *Strategie zur Terrorismusbekämpfung*, welche fortlaufend evaluiert wird.⁵¹⁷ Terrorismus wird darin als eine «Bedrohung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit», der «Freiheit und Sicherheit der Schweiz, ihrer Interessen im In- und Ausland» sowie der «Schweizer Wohnbevölkerung, der Grundrechte, des Rechtsstaates und der demokratischen Staatsordnung», bezeichnet.⁵¹⁸ Gemäss Strategie will die Schweiz Terrorismus, unter Beachtung der massgeblichen völker- und verfassungsrechtlicher Vorgaben, «mit allen ihr

⁵¹⁷ Siehe dazu EJPD, Strategie Kriminalitätsbekämpfung 2020-2023, S. 6.

⁵¹⁸ Strategie Terrorismusbekämpfung, BBl 2015 7488 ff.

zur Verfügung stehenden Mitteln und Möglichkeiten des Rechtsstaates» bekämpfen.⁵¹⁹ Dabei soll die Balance zwischen Freiheit und Sicherheit gewahrt und im *Zweifelsfalle* die Freiheit höher gewichtet werden.⁵²⁰

Als *präventive Hauptziele* sieht die Strategie die Verhinderung von Anschlägen in der Schweiz⁵²¹ sowie des «Exports von Terrorismus»⁵²² aus der Schweiz vor.⁵²³ Aussenpolitisch und international will sich die Schweiz als eine dem Völkerrecht verpflichtete Akteurin positionieren.⁵²⁴ Im Falle eines in der Schweiz *verübten Terroranschlages* zielt die Strategie⁵²⁵ auf die *Sicherung des Fortbestandes* aller erforderlichen staatlichen Aktivitäten und Prozesse und die Schaffung von Bewältigungsstrategien. Zur Zielerreichung setzt die Strategie auf die *vier Handlungsfelder* Prävention, Repression, Schutz⁵²⁶ und Krisenvorsorge⁵²⁷, wobei diese nach Ansicht des Bundesrates «permanent und nahtlos»⁵²⁸ ineinander eingreifen.

⁵¹⁹ Strategie Terrorismusbekämpfung, BBL 2015 7488 ff.

⁵²⁰ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz Strategie Terrorismusbekämpfung, BBL 2015 7487.

⁵²¹ Siehe *Ziel 1* Strategie Terrorismusbekämpfung, BBL 2015 7488, wonach das Aktivwerden von Terroristen auf schweizerischem Territorium verhindert werden soll. Namentlich sollen Anschläge, die Finanzierung von Terrorismus, der Missbrauchs des Territoriums als Rückzugs-, Propaganda- und Rekrutierungsort verhindert werden.

⁵²² Siehe *Ziel 2* Strategie Terrorismusbekämpfung, BBL 2015 7489, wozu u.a. die Verhinderung der Ausreise von in der Schweiz aufhältigen Person zur Ausübung terroristischer Aktivitäten im Ausland zählt.

⁵²³ Siehe auch *Ziel 3* Strategie Terrorismusbekämpfung, BBL 2015 7489 f., wonach zu den präventiven Strategiezielen auch die Unterstützung fremder Staaten zum Zwecke der Verhinderung von Terrorismus im Ausland zählt.

⁵²⁴ Strategie Terrorismusbekämpfung, BBL 2015 7487; Botschaft PMT, BBL 2019 4757.

⁵²⁵ Siehe *Ziel 6* Strategie Terrorismusbekämpfung, BBL 2015 7487. Siehe auch die Erkenntnisse zur SVS-Übung 2019, welche die Bewältigung eines grösseren terroristischen Anschlages zum Gegenstand hatte. Dazu weiter hinten §5, III., 2., A., a.); VBS, Schlussbericht SVÜ-19, S. 17.

⁵²⁶ Zum Handlungsfeld «Schutz» gehören einerseits Massnahmen für politisch exponierte Personen, (vgl. bspw. Art. 2a GWG) sowie der Gesellschaft als Solcher, der Schutz kritischer Infrastruktur sowie die Sensibilisierung der Behörden, Medien und Bevölkerung durch Informationen in Schutzbelangen. Siehe dazu Strategie Terrorismusbekämpfung, BBL 2015 7494.

⁵²⁷ Das Handlungsfeld «Krisenvorsorge» beinhaltet einerseits Massnahmen zur Vorbereitung der Behörden auf Krisen und Notlagen im Inland. Ferner zählen dazu auch Massnahmen zur Vorbereitung der Behörden auf Krisen und Notlagen im Ausland ebenso wie Sensibilisierungsmassnahmen für Behörden, Medien und Bevölkerung durch zielgerichtete Informationen zur Krisenvorsorge. Siehe Strategie Terrorismusbekämpfung, BBL 2015 7495.

⁵²⁸ Strategie Terrorismusbekämpfung, BBL 2015 7491.

II. DIE STRATEGIEZIELE UMSETZENDE NEUE ERLASSE

Auf Bundesebene wurden zur Erreichung der Strategieziele in den Handlungsfeldern Repression und Prävention verschiedene *Gesetzgebungsprojekte* umgesetzt.⁵²⁹ Die ausgearbeiteten Erlasse sind in unterschiedlichen Rechtsgebieten verankert, deren *Zusammenspiel* das Dispositiv zur Bekämpfung von Terrorismus in allen Phasen eines Radikalisierungsprozesses einer Person insgesamt stärken soll.⁵³⁰ Nachfolgend sollen die relevantesten polizei-präventiven und strafrechtlichen Erlasse vorgestellt werden.

1. Ausweitung präventiver und polizeilicher Massnahmen

A. Terrorismusprävention mittels NAP

Zur Verwirklichung der schweizerischen Strategieziele zur Terrorismusbekämpfung wurde im November 2017 der unter der Leitung des Sicherheitsverbund Schweiz (SVS)⁵³¹ sowie durch Mitarbeit des Bundes, der Kantone und der Gemeinden ausgearbeitete Nationale Aktionsplan zur Verhinderung und Bekämpfung von Radikalisierung und gewalttätigem Extremismus (NAP) verabschiedet.⁵³² Der NAP beinhaltet *Handlungsempfehlungen* sowie *26 Massnahmen* der Prävention und der Integration, welche sämtliche Formen von politisch und ideologisch motivierter Radikalisierung⁵³³ und gewalttätigem Extremismus⁵³⁴ frühzeitig erkennen und verhindern sollen. Die *26 NAP-Massnahmen*

⁵²⁹ Vgl. hierzu sowie zum nächsten Satz Botschaft PMT, BBl 2019 4757 ff.

⁵³⁰ Den Behörden sollen namentlich vor einem Strafverfahren, allenfalls ergänzend zu strafprozessualen Ersatzmassnahmen sowie nach Beendigung des Strafvollzugs, *erweiterte Handlungsmöglichkeiten* vermittelt werden. Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4760 f.

⁵³¹ Zur koordinierenden Rolle des SVS in der Terrorismusbekämpfung weiter hinten § 5, III., 2., B.

⁵³² Vgl. NAP, S. 9. Der NAP wurde gemeinsam mit Städten und Gemeinden erarbeitet, da die Zusammenarbeit auf lokaler Ebene bei dieser Radikalisierungsprävention zentral ist.

⁵³³ «Radikalisierung ist ein Prozess, bei dem eine Person immer extremere politische, soziale oder religiöse Bestrebungen annimmt, allenfalls bis hin zum Einsatz von extremer Gewalt, um ihre Ziele zu erreichen». NAP, S. 11.

⁵³⁴ Als «gewalttätig-extremistischen Aktivitäten» definiert der NAP in Anlehnung an Art. 19 Abs. 2 lit. NDG: «(...) Bestrebungen von Organisationen, welche die demokratischen und rechtsstaatlichen Grundlagen ablehnen und zum Erreichen ihrer Ziele Gewalttaten verüben, fördern oder befürworten». NAP, S. 11.

sind in *fünf Handlungsfelder* unterteilt, welche nachfolgend summarisch vorgestellt werden.⁵³⁵

a.) Wissen und Expertise

Die im Handlungsfeld «*Wissen und Expertise*» enthaltenen *Massnahmen 1-9* dienen der Vermittlung von fundiertem Wissen und Informationen über das Phänomen der Radikalisierung und des gewalttätigen Extremismus. Dadurch sollen Grundvoraussetzungen für die Erkennung von Radikalisierungsprozessen geschaffen werden. Einerseits sind Forschungsprojekte und Studien zu Radikalisierung und gewalttätigem Extremismus in der Schweiz angedacht. Andererseits Aus- und Weiterbildungsangebote für diverse Fach- und Betreuungspersonen, welche im Kontakt mit potenziell radikalisierten Personen stehen.⁵³⁶

b.) Zusammenarbeit und Koordination

Im Handlungsfeld «*Zusammenarbeit und Koordination*» werden die *Massnahmen 11-17* zusammengefasst, welche die Förderung der Zusammenarbeit zwischen Behörden und zivilgesellschaftlichen Akteuren sowie eine verbesserte Koordination im Präventionsbereich bezwecken. Gemäss NAP sollen Anhaltspunkte, die auf eine Radikalisierung einer bestimmten Person hindeuten, durch ein *Bedrohungsmanagement* (vgl. Massnahme 14 f. NAP) frühzeitig und vernetzt erfasst werden.⁵³⁷ Bei Personen mit ausgemachtem Gefährdungspotenzial sollen im Rahmen von *einzelfallweisen Fallführungen* unter Leitung der kantonalen Polizeibehörden sowie in Beteiligung aller involvierten Behörden die notwendigen sozialen, integrativen und therapeutischen Massnahmen ergriffen werden.⁵³⁸ Im weiteren sehen die Massnahmen 11-17 die Schaffung von Fach- und Beratungsstellen für Radikalisierung und gewalttätigen Extremismus, die institutionalisierte Zusammenarbeit zwischen Staat, Migranten-, Sport-, Jugend- und Frauenvereinen, Fachpersonen,

⁵³⁵ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz NAP, S. 13.

⁵³⁶ Ausführlicher zu den einzelnen Massnahmen des Handlungsfeldes «Wissen und Expertise», vgl. NAP, S. 13 ff.

⁵³⁷ Ausführlicher zum Bedrohungsmanagement weiter hinten §7, II., 2., A.

⁵³⁸ Siehe Botschaft PMT, BBl 2019 4761. Demnach sollen Mitarbeitende von kantonalen öffentlichen Diensten, Ämtern oder Schulen gezielt auf Warnsignale bzgl. Radikalisierung und gewalttätigen Extremismus sensibilisiert werden. Kritisch zur Ausweitung des Konzepts auf den Bereich der Radikalisierung HUMANRIGHTS.CH, kantonales Bedrohungsmanagement (m.w.H.).

Hilfswerken, religiös tätigen Organisationen, einen interreligiösen Dialog zwischen anerkannten Religionsgemeinschaften und religiös tätigen Organisationen, die Intensivierung der Vernetzungsarbeit der Polizei, die Regelung des Informationsaustausches zwischen Behörden, die Bezeichnung einer nationalen Koordinationsstelle und die Durchführung eines nationalen Impulsprogrammes, vor.⁵³⁹

c.) Extremistisches Gedankengut und Gruppierungen

Die Massnahmen des Handlungsfeldes «*Verhinderung von extremistischem Gedankengut und Gruppierungen*» zielen auf das Demokratieverständnis, die Partizipation, gesellschaftliches Engagement und die Stärkung der Medienkompetenz. Konkret sehen die *Massnahmen 18-20* die verstärkte Förderung der aktiven Bürgerschaft, die Stärkung der Demokratie und die Verhinderung von Diskriminierungen, gezielte Interventionen bei Kindern und Jugendlichen, deren Sicherheit oder Entwicklung gefährdet ist oder sein könnte, sowie die Verhinderung von Radikalisierung, insbesondere via Internet, mittels alternativen Narrativen, vor.⁵⁴⁰

d.) Ausstieg und Reintegration

Im Handlungsfeld «*Ausstieg (Disengagement) und Reintegration*» werden in den *Massnahmen 21-24* auf die Wiedereingliederung gerichtete Unterstützungsmassnahmen vorgesehen. Konkret handelt es sich um Massnahmen zur Förderung des Ausstiegs und der Reintegration, die Bezeichnung zuständiger (kantonalen) Behörden für die Behandlung radikalisierter Personen ausserhalb von Strafverfahren und im Strafvollzug, die Unterstützung durch Fachpersonen für die Begleitung der Familien und Angehörigen von radikalisierten Personen sowie den Aufbau eines nationalen Expertenpools für den Ausstieg und die Reintegration.⁵⁴¹

⁵³⁹ Ausführlicher zu den einzelnen Massnahmen des Handlungsfeldes «Zusammenarbeit und Koordination», vgl. NAP, S. 16 ff.

⁵⁴⁰ Ausführlicher zu den einzelnen Massnahmen des Handlungsfeldes «Verhinderung von extremistischem Gedankengut und Gruppierungen», vgl. NAP, S. 19 ff.

⁵⁴¹ Ausführlicher zu den einzelnen Massnahmen des Handlungsfeldes «Ausstieg (Disengagement) und Reintegration», vgl. NAP, S. 20 ff.

e.) Internationale Zusammenarbeit

Schliesslich sieht das Handlungsfeld «*Internationale Zusammenarbeit*» in den *Massnahmen 25 und 26* einen internationalen Informations- und Erfahrungsaustausch sowie aussenpolitisches Engagement zur Verhinderung von gewalttätigem Extremismus vor.⁵⁴²

B. Terrorismusprävention mittels NDG

Die Kompetenzen des NDB und der Polizei wurden zum Zwecke der präventiven Bekämpfung von Terrorismus bereits mit dem im Jahre 2017 in Kraft getretenen NDG erweitert.⁵⁴³ Das NDG enthält präventive Massnahmen der Informationsgewinnung, welche auch auf die frühzeitige *Erkennung* von möglichen *terroristischen Bedrohungen* abzielen und die verdeckt, d.h. ohne Wissen oder Mitwirkung der betroffenen Personen, stattfinden.⁵⁴⁴

C. Terrorismusprävention mittels PMT

a.) Genese des PMT

Am 8. Dezember 2017 publizierte Fedpol den Vorentwurf und den erläuternden Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zum geplanten Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT).⁵⁴⁵ Gemäss Fedpol soll mit dem PMT «ein substantieller Beitrag zur Sicherheit der Schweiz und ihrer Wohnbevölkerung geleistet werden», wobei als zentrales Anliegen die Reduktion des Risikos der «terroristischen Gefahr» «durch die angemessene Anwendung neuer, präventiv-polizeilicher Massnahmen» genannt wurde.⁵⁴⁶ In Würdigung der Er-

⁵⁴² Ausführlicher zu den einzelnen Massnahmen des Handlungsfeldes «Internationale Zusammenarbeit», vgl. NAP, S. 22.

⁵⁴³ Nach der Referendumsabstimmung vom 25.9.2016 trat das neue NDG mit einer Zustimmung von 65.5 % am 1.9.2017 in Kraft.

⁵⁴⁴ Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4757. Ausführlicher zur Rolle des NDB und den präventiven NDG-Massnahmen §5, III., 1., A.

⁵⁴⁵ Die Vernehmlassungsvorlage und die erwähnten Berichte finden sich unter https://www.fedlex.admin.ch/de/consultation-procedures/ended/2017#https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6017/90/cons_1.

⁵⁴⁶ Vgl. zu diesem Satz und den darin enthaltenen Zitaten den Bericht über das Ergebnis zum PMT-Vernehmlassungsverfahren (FEDPOL, Vernehmlassungsergebnisse-PMT), S. 6.

gebnisse der Vernehmlassung kam Fedpol zum Schluss, dass zwei Drittel der Vernehmlassungsteilnehmenden «einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf»⁵⁴⁷ sehen und sich im Übrigen vier andere Vernehmlassungsteilnehmer⁵⁴⁸ sonstwie befürwortend äussern, während dem sich zwei Parteien und sechs zivilgesellschaftliche Organisationen⁵⁴⁹ ausdrücklich gegen einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf ausgesprochen haben. Am 22. Mai 2019 publizierte der Bundesrat die Botschaft zum PMT.⁵⁵⁰ Die parlamentarische Debatte wurde in der Wintersession 2019 eröffnet und zog sich, u.a. aufgrund von Abweichungen zwischen den behandelnden Räten, hin bis zur Herbstsession 2020, wo das PMT in den Schlussabstimmungen der beiden Räte am 25. September 2020 schlussendlich angenommen wurde.⁵⁵¹ Nach einem erfolgreich ergriffenen Referendum wurde die PMT-Vorlage im Zuge der Volksabstimmung vom 13. Juni 2021 vom Stimmvolk mit 56.6% angenommen.⁵⁵² Nach erfolgter Annahme des PMT eröffnete der Bundesrat am 23. Juni 2021 das Vernehmlassungsverfahren zur Verordnung über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (VPMT).⁵⁵³ Das PMT und die VPMT sind schliesslich am 1. Juni 2022 in Kraft treten.⁵⁵⁴

⁵⁴⁷ Namentlich alle Kantone, 4 Parteien: BDP, CVP, FDP, SVP, 1 Dachverband: SSV, 5 Organisationen/Institutionen: KKJPD, SVS, PLJS, SIG, SVSP. Die SP sieht immerhin einen «gesetzgeberischen Handlungsspielraum». Siehe FEDPOL, Vernehmlassungsergebnisse-PMT, S. 6 f.

⁵⁴⁸ Namentlich der Flughafen Zürich, SWISS, CUSTODIO sowie U. Arbenz, siehe FEDPOL, Vernehmlassungsergebnisse-PMT, S. 7.

⁵⁴⁹ So die GLP, GPS, Amnesty International, humanrights.ch, grundrechte.ch, Digit. Gesellschaft, DJS und JP. «Diese Teilnehmenden stellen zwar die Notwendigkeit von angemessenen Abwehrmassnahmen angesichts neuartiger terroristischer Bedrohung nicht in Frage, erachten aber das bestehende Instrumentarium als ausreichend, um den Gefahren wirksam zu begegnen. » Zum Gesagten FEDPOL, Vernehmlassungsergebnisse-PMT, S. 7.

⁵⁵⁰ Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4751 ff.

⁵⁵¹ Für eine chronologisch detaillierte Übersicht zur Entstehung des PMT siehe das zugehörige Dossier auf Curia Vista unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20190032>.

⁵⁵² Gemäss Bundesrat habe eine «Umfrage bei den kantonalen Regierungen im ersten Quartal 2020» ergeben, «dass mehrere Kantone für die Umsetzung vom PMT entweder neue gesetzliche Grundlagen schaffen oder ein Bedrohungsmanagement implementieren müssen», weshalb «die meisten Kantone ein Inkrafttreten vom PMT nicht vor dem 1. Januar 2022» beantragt hätten. Vgl. zu diesem Satz und den Zitatenerläuternder Bericht VPMT, S. 1.

⁵⁵³ Vgl. dazu FEDPOL, Erläuternder Bericht VPMT, S. 1 ff.

⁵⁵⁴ Drei Bestimmungen des PMT, welche keiner Konkretisierung auf Verordnungsstufe bedurften, sind bereits auf den 1. Oktober 2021 in Kraft getreten. Siehe Art. 1a, Art. 2a und Art. 3a ZentG

b.) PMT als Mantelerlass

Da das PMT als *Mantelerlass*⁵⁵⁵ ausgestaltet ist, mussten mit dessen Inkrafttreten insgesamt dreizehn Bundesgesetze angepasst oder ergänzt werden.⁵⁵⁶ Die mit dem PMT erfolgten Gesetzesanpassungen haben sich nach Ansicht des Bundesrates «im Zusammenhang mit der Bekämpfung des Terrorismus»⁵⁵⁷ aufgedrängt. Im Sinne eines Überblicks sollen nachfolgend einige besonders relevante Anpassungen kurz vorgestellt werden.⁵⁵⁸

aa) Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS

Eigentliches *Kernstück* des PMT bildet der neu geschaffene 5. Abschnitt des BWIS, welcher Fedpol Kompetenzen zum Erlass von polizeilichen Präventivmassnahmen zwecks Verhinderung terroristischer Aktivitäten vermittelt.⁵⁵⁹ Die mit dem PMT eingeführten *präventiv-polizeilichen Massnahmen* nach dem 5. Abschnitt des BWIS (nachfolgend: BWIS-Massnahmen) richten sich gegen Personen, die von Fedpol vorgängig gestützt auf Art. 23e BWIS als «terroristische Gefährder» kategorisiert wurden. Die BWIS-Massnahmen zielen auf ein «umfassendes Abwehrdispositiv gegen Terrorismus»⁵⁶⁰, wozu diese das strafrechtliche Instrumentarium zur Terrorismusbekämpfung ergänzen sollen.⁵⁶¹

sowie AS 2021 565. In verschiedenen Kantonen wurde gegen die PMT-Vorlage Abstimmungsbeschwerden erhoben. «In der Sache rügen die Beschwerdeführenden eine Verletzung von Art. 34 Abs. 2 BV. Diese sei durch Mängel der behördlichen Information sowie verschiedene Unregelmässigkeiten im Vorfeld der Volksabstimmung eingetreten. Im Zentrum der Beanstandungen stehen insbesondere die Abstimmungserläuterungen des Bundesrats, dessen inhaltlich gleich lautende Informationen auf dem Internet sowie Aussagen und Handlungen des Bundesrats bzw. seiner Mitglieder im Vorfeld der angefochtenen Abstimmung. Die gerügten Unregelmässigkeiten seien insgesamt geeignet, den Willen der Stimmberechtigten zu verfälschen.» Siehe BGER 1C_308/2021 vom 24.8.2021 E. 4.1. Auf die Abstimmungsbeschwerde ist das Bundesgericht wegen der fehlenden Zuständigkeit zur Überprüfung von Bundesgesetzen nicht eingetreten.

⁵⁵⁵ Allgemein zur rechtlichen Zulässigkeit von Mantelerlassen siehe BGER 1C_175/2019 vom 12.2.2020 E. 2.4 (m.w.H.).

⁵⁵⁶ Zu den einzelnen Anpassungen siehe FEDPOL, Erläuternder Bericht VPMT, S. 1 f.

⁵⁵⁷ Botschaft PMT, BBl 2019 4767.

⁵⁵⁸ Zu den einzelnen Anpassungen siehe FEDPOL, Erläuternder Bericht VPMT, S. 1 f.

⁵⁵⁹ Es handelt sich nachfolgend lediglich um eine kurze Übersicht. Eingehend zu den Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS weiter hinten §7 und §8.

⁵⁶⁰ Botschaft PMT, BBl 2019 4760. Zur Frage nach einem grundsätzlichen gesetzgeberischen Handlungsbedarf siehe FEDPOL, Vernehmlassungsergebnisse-PMT, S. 6 f.

⁵⁶¹ Den BWIS-Massnahmen kommt gemäss Bundesrat keine pönale Wirkung zu. Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4765. Zur womöglich pönalen Wirkung der BWIS-Massnahmen weiter hinten §8, IV.

Entsprechend erfordern die BWIS-Massnahmen, im Unterschied zu strafprozessualen Zwangsmassnahmen, keinen hinreichenden Tatverdacht.⁵⁶² Für den Erlass von BWIS-Massnahmen genügen demnach bereits konkrete und aktuelle Anhaltspunkte, die auf die künftige Ausübung einer terroristischen Aktivität hindeuten.⁵⁶³

ab) ZentG und BPI

Der Bundesrat⁵⁶⁴ betonte in der Botschaft zum PMT für den Bereich der Terrorismusbekämpfung die Notwendigkeit der «Schaffung neuer Zusammenarbeitsstrukturen» sowie einer «umfassenden Koordination zwischen Bund und Kantonen». Mit dem PMT kam es demnach zu Anpassungen des *ZentG* und des *BPI*. Der geänderte Art. 1 *ZentG* sieht als Grundsatz die Zusammenarbeit zwischen den schweizerischen Polizeibehörden vor und nennt Bereiche, in denen eine solche bereits besteht oder beabsichtigt ist.⁵⁶⁵ Der neu geschaffene Art. 3a *ZentG* ermächtigt die kriminalpolizeilichen Zentralstellen des Bundes zur Durchführung von *verdeckten Fahndungen* im Internet sowie in elektronischen Medien.⁵⁶⁶ Mit Inkrafttreten des PMT wurden zudem verschiedene Bestimmungen des *BPI* ergänzt. Neu hat Fedpol etwa die Möglichkeit die BWIS-Massnahmen in Fahndungssystemen zu erfassen und ist zur Ausschreibung von Personen und Sachen zur verdeckten Registrierung oder gezielten Kontrolle berechtigt.⁵⁶⁷ Zudem wurde der Kreis der auf die BPI-Informationssysteme zugriffsberechtigten Behörden erweitert.⁵⁶⁸

⁵⁶² Allgemein zu den strafprozessualen Zwangsmassnahmen vgl. die Art. 196 ff. StPO. Zum hinreichenden Tatverdacht Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO. Zum Verhältnis der BWIS-Massnahmen und den strafprozessualen Zwangsmassnahmen siehe Art. 23f Abs. 1 lit. c BWIS sowie weiter hinten §8, I, 2.

⁵⁶³ Vgl. Art. 23e BWIS und Botschaft PMT, BBl 2019 4765. Anhaltspunkte können gemäss Bundesrat auch nach erfolgter Haftverbüssung noch Vorliegen, soweit «soziale oder therapeutische Massnahmen zur Verhinderung einer Gefährdung durch die radikalisierte Person nicht ausreichen». Als Anwendungsfall nennt die Botschaft Konstellationen, in welchen die betroffene Person «ihre Strafe wegen eines terroristisch motivierten Delikts zwar verbüsst hat, aber aufgrund ihrer unverändert terroristischen Einstellung die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz nach wie vor gefährdet», Botschaft PMT, BBl 2019 4760, 4765.

⁵⁶⁴ Zu den nachfolgenden Zitaten Botschaft PMT, BBl 2019 4767.

⁵⁶⁵ Hierzu ausführlicher Botschaft PMT, BBl 2019 4820 ff. Kritisch zur Kompetenzverteilung im Bereich der inneren Sicherheit weiter vorne §2, II, 3.

⁵⁶⁶ Ausführlicher zum *ZentG* und dem Begriff der Zentralstelle weiter hinten §5, II, 1., B.

⁵⁶⁷ Vgl. hierzu Art. 15 Abs. 1 lit. g^{bis}, h, j (i.V.m. Art. 3b *ZentG*) *BPI*. Ausführlicher zur koordinierenden Funktion des *BPI* und Fedpol weiter hinten §5, II, 1., B.; Botschaft PMT, BBl 2019 4825. ff.

⁵⁶⁸ Vgl. Art. 15 Abs. 4 lit. k *BPI*; Art. 9 Abs. 1 lit. c, Abs. 2 lit. c Ziff. 1 BGIAA.

ac) AIG

In Bezug auf die ausländerrechtliche Vorbereitungs- und Ausschaffungshaft nach Art. 75 ff. AIG wurde mit dem PMT als *neuer Haftgrund* die Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz eingeführt.⁵⁶⁹ Ebenso wurde mit dem PMT die Möglichkeit zur Anordnung von *Kontaktbeschränkungen* und *Einzelhaft* gegenüber sich im ausländerrechtlichen Haftvollzug befindlichen terroristischen Gefährdern geschaffen.⁵⁷⁰ Ausländische Personen gegen welche Fedpol rechtskräftige, aber nicht vollziehbare, Ausweisungen nach Art. 68 AIG ausgesprochen hat, sollen überdies gemäss Art. 83 Abs. 9 AIG *neu nicht mehr vorläufig aufgenommen* werden können.⁵⁷¹

2. Strafrecht: Ausweitung der Strafbarkeit

Im Nachgang zu 9/11 und verschiedenen terroristischen Anschlägen in Europa verabschiedete der Europarat 2005 das Übereinkommen zur Verhütung des Terrorismus (ÜVT) sowie 2015 das dazugehörige Zusatzprotokoll (ÜVT-ZP). Im Juni 2017 eröffnete der Bundesrat die Vernehmlassung zur Vorlage zur Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität, welche unter der Federführung *des BJ* unter anderem das Übereinkommen und das Zusatzprotokoll des Europarats zur Verhütung des Terrorismus im Schweizer Recht umsetzen sollte.⁵⁷² Zu den *Kernanliegen* des ÜVT zählen die Kriminalisierung von öffentlichen Aufforderungen zu Terrorismus sowie der Rekrutierung und Ausbildung von Terroristen.⁵⁷³ Das ZP-ÜVT verlangt zudem die Pönalisierung von Reisen zu terroristischen Zwecken und von terroristischen Finanzierungs- und Unterstützungshandlungen. Die Umsetzung dieser Kernanliegen brachte mit sich, dass in der schweizerischen Rechtsordnung verschiedene strafrechtliche Bestimmungen angepasst oder neu geschaffen werden mussten. Diese Bestimmungen sind auf den 1. Juli 2021 in Kraft getreten, wobei die Schweiz zeitgleich auch das ÜVT und das ÜVT-ZP ratifiziert hat.

⁵⁶⁹ Vgl. dazu die Art. 75 Abs. 1 lit. a und i, 76 lit. b Ziff. 1m 76a Abs. 2 lit. j AIG. Hierzu ausführlicher weiter hinten §9, III., 4., A.-C.

⁵⁷⁰ Vgl. die Art. 81 Abs. 5 und 6 AIG. Ausführlicher dazu weiter hinten §9, I., 4., D.

⁵⁷¹ Vgl. dazu ausführlicher Botschaft PMT, BBl 2019 4810 f. sowie Fn. 1736.

⁵⁷² Ausführlicher zur strafrechtlichen Terrorismusbekämpfung und dem ÜVT und ÜVT-ZP sogleich unter 3.

⁵⁷³ Vgl. hierzu sowie zum nächsten Satz Botschaft ÜVT, BBl 2018 6428.

A. Anpassungen auf der Ebene des STGB

Die Umsetzung der Kernanliegen des ÜVT und des ZP-ÜVT führten zu einer *Teilrevision* des StGB.⁵⁷⁴ Konkret führte deren Umsetzung zur Ausweitung des Strafrahmens und des Wortlautes von Art. 260^{ter} StGB. Der geänderte Wortlaut enthält neu eine (implizite) Legaldefinition⁵⁷⁵ von Terrorismus, eine explizite Definition der terroristischen Organisation und stellt überdies eine Beteiligung daran neuerdings ausdrücklich unter Strafe.⁵⁷⁶ Der maximale Strafrahmen von Art. 260^{ter} Abs. 1 StGB wurde zudem von fünf auf zehn Jahre Freiheitsstrafe erhöht, wobei Personen mit einem «bestimmenden Einfluss in der Organisation» gemäss Abs. 3 neu eine Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren droht.⁵⁷⁷ Der neu geschaffene Art. 260^{sexies} StGB sieht für die Anwerbung, die Ausbildung und für Reisen im Hinblick auf terroristische Straftaten eine maximale Strafandrohung von fünf Jahren Freiheitsstrafe vor.⁵⁷⁸

B. Weitere strafrechtliche Anpassungen

Art. 74 NDG ermöglicht es, dass der Bundesrat eine Organisation oder Gruppierung verbieten kann, «welche mittelbar oder unmittelbar terroristische oder gewalttätig-extremistische Aktivitäten propagiert, unterstützt oder in anderer Weise fördert und damit die innere oder äussere Sicherheit konkret bedroht». Die in Art. 74 Abs. 4 NDG vorgesehene Strafandrohung von vormals maximal drei Jahren wurde auf deren fünf erhöht.⁵⁷⁹ Im Rahmen der Vorlage wurde auch die internationale Zusammenarbeit in

⁵⁷⁴ Vgl. dazu ferner Strategie Terrorismusbekämpfung, BBL 2015 7488. Ausführlicher und kritisch zu den neuen Straftatbeständen weiter hinten §6, II.

⁵⁷⁵ In Anlehnung an die bereits bestehende Strafbestimmungen zur Terrorismusfinanzierung nach Art. 260^{quingies} StGB liegt eine terroristische Organisation nach Art. 260^{ter} StGB Abs. 1 lit. a Ziff. 2 dann vor, wenn diese «den Zweck verfolgt: Gewaltverbrechen zu begehen, mit denen die Bevölkerung eingeschüchtert oder ein Staat oder eine internationale Organisation zu einem Tun oder Unterlassen genötigt werden soll».

⁵⁷⁶ Eingehend zu den einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen und zur Entstehungsgeschichte von Art. 260^{ter} StGB und zu Art. 260^{ter} aStGB, TODESCHINI, Rz 93 ff; VEST, S. 330 ff. Dazu auch weiter hinten §6, II.

⁵⁷⁷ Vgl. hierzu ausführlicher Botschaft ÜVT, BBL 2018 6468 ff.

⁵⁷⁸ Vgl. hierzu ausführlicher Botschaft ÜVT, BBL 2018 6483 ff.; weiter hinten §6, II., 3.

⁵⁷⁹ Hierzu ausführlicher Botschaft ÜVT, BBL 2018 6486 ff. Zur Rolle des NDB bei der Terrorismusbekämpfung siehe auch §5, III., 1., A.

Strafsachen durch *Anpassungen im Rechtshilfegesetz* (IRSG) gestärkt.⁵⁸⁰ Unter Hinweis auf die internationale Bedeutung des schweizerischen Finanzplatzes wurden überdies auch die *Kompetenzen der Meldestellen für Geldwäscherei* ausgeweitet.⁵⁸¹ Schliesslich unterstellt der mit dem PMT angepasste Art. 24 StPO neu sämtliche terroristischen Straftaten (vgl. Art. 260^{ter}, 260^{quinquies}, 260^{sexies} StGB) der Bundesgerichtsbarkeit.⁵⁸²

3. Ausbau des internationalen Polizeiaustausches

Der Bundesrat nennt im aktuellen SIPOL 2021 als weitere Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus überdies den verbesserten internationalen polizeilichen *Informationstausch*,⁵⁸³ namentlich durch die Übernahme von Schengen-Weiterentwicklungen und den Abschluss bilateraler Polizei-Abkommen. Zudem soll durch die Ratifizierung und Assoziierung der Schweiz an die *Prümer-Abkommen* für den automatischen Abgleich von Fingerabdrücken, DNA-Profilen und Fahrzeughalterdaten mit dem Ausland die Effizienz von Fahndungen gesteigert werden.⁵⁸⁴ Gemäss Bundesrat sollen die «operative und strategische Zusammenarbeit in multilateralen und europäischen Informationssystemen, Gremien, Agenturen und Plattformen (..) fortgesetzt, laufend analysiert und weiterentwickelt» werden und die Möglichkeiten der Ausschreibungen in den polizeilichen Informationssystemen dabei konsequent genutzt werden.⁵⁸⁵

⁵⁸⁰ Dadurch soll einerseits die «vorzeitige Übermittlung von Informationen und Beweismitteln gesetzlich verankert werden» sowie andererseits «die Einsetzung von gemeinsamen Ermittlungsgruppen» einer gesetzlichen Regelung unterzogen werden; Siehe Botschaft ÜVT, BBl 2018 6429, 6491 ff.

⁵⁸¹ Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4752; Ausführlicher Botschaft ÜVT BBl, 2018 6502 ff.

⁵⁸² Ausführlicher zu Art. 24 StPO und der Bundesgerichtsbarkeit im Kontext von terroristischen Straftaten weiter vorne §2, II., 2., B.

⁵⁸³ Aus Gründen des Umfangs wird in der vorliegenden Arbeit nicht vertieft auf den internationalen Polizeiaustausch eingegangen.

⁵⁸⁴ Zur Prävention und Bekämpfung von Terrorismus und Schwerstkriminalität soll zudem ein Bundesgesetz über die Erhebung und Nutzung von Flugpassagierdaten (Passenger Name Record) geschaffen werden. Siehe SIPOL 2021, BBl 2021 2895 ff., S. 37.

⁵⁸⁵ Vgl. zu diesem Satz und dem Zitat EJPD, Strategie Kriminalitätsbekämpfung 2020-2023, S. 6, wonach auch «die internationale Zusammenarbeit (insbesondere zwecks Beweisbeschaffung und -verwertung)» gefördert werden soll.

III. ZUR STRATEGIEZIELERREICHUNG RELEVANTE AKTEURE

Die Bekämpfung von Terrorismus gilt als Verbundaufgabe, in welcher *verschiedene Akteure aller Staatsebenen* für dieselbe Bedrohungslage Zuständigkeiten zukommen.⁵⁸⁶ Nachfolgend sollen zur Vermittlung eines Überblicks die in der schweizerischen Terrorismusbekämpfung *wichtigsten Akteure* vorgestellt werden. Zudem bestehen auf Bundesebene auch zahlreiche sicherheitsrelevante Erlasse, welche Bezüge zur Terrorismusbekämpfung aufweisen. Nachfolgend werden auch diese summarisch besprochen.⁵⁸⁷

1. Bundesbehörden mit polizeilichen Aufgaben

Obwohl die Abwehr von terroristischen Gefahren als Bedrohung der inneren Sicherheit an sich primär im kantonalen Zuständigkeitsbereich⁵⁸⁸ liegen würde, üben im Rahmen der Terrorismusbekämpfung etliche Bundesbehörden relevante «polizeiliche Aufgaben» aus.

A. Nachrichtendienst des Bundes (NDB)

Nachrichtendienstliche Tätigkeiten dienen dem *vorbeugenden Staatsschutz*⁵⁸⁹ und lassen sich auch mit geschichtlich vorbelasteten Begriffen wie «politischer Polizei» oder «Geheimdienst» umschreiben.⁵⁹⁰ Zur Erreichung des Strategieziels der Verhinderung von Terrorismus kommt einer ausreichenden Prävention und damit einer permanenten

⁵⁸⁶ Strategie Terrorismusbekämpfung, BBL 2015 7487; BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBL 2016 7877.

⁵⁸⁷ Die Vielzahl an in der Terrorismusbekämpfung involvierten Behörden wird insbesondere unter Verwendung eines *funktionellen Polizeibegriffes* nachvollziehbar, wonach Polizei keine Behörde, sondern primär eine Funktion von denjenigen Verwaltungsstellen umschreibt, welche sich mit der Abwehr von Gefahren und Störungen befassen. Demgegenüber beantwortet der *organisatorische Polizeibegriff* aus organisationsrechtlicher Sicht, welche Verwaltungseinheiten als Polizeibehörden zur Gefahrenabwehr zuständig sind. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 509. Interessant zu den Besonderheiten der Polizeikörpers im Vergleich zu anderen kantonalen Verwaltungseinheiten SCHINDLER, Polizeibegriff, S. 67 f.

⁵⁸⁸ Grundsätzlich zur Zuständigkeitsverteilung im Bereich der inneren Sicherheit weiter vorne §2, II., 2.

⁵⁸⁹ Sie hierzu auch schon die *Motion Nr. 90.383* Neukonzeption des Staatsschutzes vom 6.3.1990.

⁵⁹⁰ So TSCHANNEN, in: Kiener/Bühler/Schindler, Rz 86 f.

Beurteilung von terroristischen Bedrohungslagen grösste Relevanz zu.⁵⁹¹ Die institutionelle Zuständigkeit zur Ausübung von nachrichtendienstlichen Tätigkeiten liegt beim Nachrichtendienst des Bundes (NDB). Nachrichtendienstliche *Haupterlasse*⁵⁹² auf Bundesebene sind das NDG und die zugehörige NDV. Querbezüge zu *nachrichtendienstlichen Nebenerlassen* finden sich vorwiegend im BWIS, in welchem der NDB in Art. 13e Abs. 2 BWIS zur Beschlagnahmung von Propagandamaterial und gemäss Art. 19 Abs. 2 BWIS zur Durchführung von Personensicherheitsprüfungen ermächtigt wird. Seit Inkrafttreten des PMT verfügt der NDB zudem gestützt auf Art. 23i BWIS über ein Antragsrecht⁵⁹³ zum Erlass von Massnahmen zur Verhinderung von terroristischen Aktivitäten.⁵⁹⁴ Zu den *Aufgaben des NDB* zählt nach Art. 6 NDG u.a. die frühzeitige Erkennung von terroristischen Bedrohungen für die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz.⁵⁹⁵ Zu diesem Zwecke kann der NDB gestützt auf die Art. 13 ff. NDG i.V.m. Art. 12 ff. NDV auf verschiedene Methoden der Informationsbeschaffung sowie diverse Informationsquellen zurückgreifen.⁵⁹⁶ Nachrichtendienstliche Informationen werden vom NDB zwecks Verwendung durch die zuständige Behörde in Straf- oder Verwal-

⁵⁹¹ *Strategie Terrorismusbekämpfung*, BBl 2015 7492. Siehe dazu auch Art. 33 ff. NDV.

⁵⁹² Vgl. ausführlicher TSCHANNEN, in: Kiener/Bühler/Schindler, Rz 22.

⁵⁹³ Ausführlicher zum Antragsrecht weiter hinten §8, I., 1. und §8, III., 6., B.

⁵⁹⁴ Ebenso vermittelt das BPI dem NDB verschiedene Zugriffsrechte auf im Abrufverfahren zugängliche Daten polizeilicher Informationssysteme (vgl. die Art. 10 Abs. 4 lit. d, 11 Abs. 5 lit. d, 15 Abs. 4 lit. i, 16 Abs. 5 lit. a, 17 Abs. 4 lit. c BPI) sowie die Ermächtigung, selbst aktiv Ausschreibungen in bestimmten Informationssystemen (Vgl. Art. 15 Abs. 3 lit. k; Art. 16 Abs. 4 lit. f BPI) vorzunehmen. Ein wichtiger Nebenerlass für die Erfüllung nachrichtendienstlicher Tätigkeiten ist zudem das *BÜPF*, welches dem NDB als präventive Massnahme in Art. 15 Abs. 1 lit. d BÜPF die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs erlaubt. So auch TSCHANNEN, in: Kiener/Bühler/Schindler, Rz 23.

⁵⁹⁵ Ausführlicher zu Rolle und den Aufgaben des NDB BUNDESRAT, SIPOL 2010, BBl 2010 5197 ff.

⁵⁹⁶ Nach Art. 9 NDG müssen sämtliche Kantone über eine Vollzugsbehörde verfügen, die im Auftrag des NDB und gestützt auf das NDG auf dem jeweiligen Kantonsgebiet nachrichtendienstliche Informationen beschaffen können. Als entsprechende Vollzugsbehörde fungieren kantonale Nachrichtendienste (KND), die üblicherweise als spezielle Dienststellen bei den kantonalen Polizeibehörden angesiedelt sind und denen insbesondere im Rahmen kantonalen Bedrohungsmanagements eine leitende Funktion zukommt. Siehe Botschaft PMT, BBl 2019 4763, 4765. Der KND arbeitet in der Regel gestützt auf Art. 6 BWIS zum Vollzug des BWIS auch mit Fedpol zusammen. Zum Bedrohungsmanagement siehe Fn. 538.

tungsverfahren in unklassifizierter Form als Amtsberichte «aufbereitet».⁵⁹⁷ Das NDG vermittelt dem NDB verschiedene Instrumente zur Identifikation und Überwachung von potenziell gefährlichen Organisationen⁵⁹⁸ und sogenannten «Risikopersonen»⁵⁹⁹. Erkenntnisse über Risikopersonen und mögliche strafbare Handlungen im Zusammenhang mit terroristischen oder gewaltextremistischen Aktivitäten leitet der NDB an die zuständigen Polizei- und Strafverfolgungsbehörden weiter.⁶⁰⁰ Für die im Kontext von terroristischen Bedrohungen praxisrelevante Übermittlung von Personendaten vom NDB an Fedpol ist Art. 60 NDG Abs. 1 NDG i.V.m. Anhang 3 Ziff. 9.3 NDV einschlägig.⁶⁰¹ Zum Zwecke der Terrorismusabwehr führt der NDB gestützt auf das NDG überdies ein «Dschihad-Monitoring» durch, worin rund um jihadistische Internetseiten oder Foren auffällige Internetnutzer:Innen erfasst werden.⁶⁰² Schliesslich erfasst der NDB seit dem Jahre 2001 auch alle im zur Kenntnis gelangten «dschihadistisch motivierten Reisen».⁶⁰³

⁵⁹⁷ Vgl. dazu Art. 34 NDV; NDB Lagebericht 2019, S. 90. Ausführlich und interessant zum Akteneinsichtsrecht in Amtsberichte des NDB BOLZ, Rz 25 ff.

⁵⁹⁸ Gestützt auf die Art. 73 f. NDG kann der NDB bestimmte Tätigkeiten sowie Organisationen verbieten, welche die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz bedrohen.

⁵⁹⁹ Der Begriff «Risikoperson» bezeichnet Personen, «die heute ein erhöhtes Risiko und eine primäre Bedrohung für die innere und äussere Sicherheit der Schweiz darstellen». Ende Mai 2022 verzeichnete der NDB 40 Risikopersonen, wobei diese aufgrund von Kriterien wie bspw. der Begehung von Gewaltdelikten, der persönlichen (Krisen-)Situation, dem Radikalisierungsgrad, der psychischen Gesundheit oder Führungsposition in einem Netzwerk eingeordnet werden. Letztlich ist gemäss NDB der Gesamtkontext und ein konkreter Gewaltbezug ausschlaggebend. Siehe hierzu <https://www.vbs.admin.ch> > Startseite > Sicherheit > Nachrichtenbeschaffung. Zur Abgrenzung zwischen Gefährder und «Risikopersonen» weiter hinten §7, I., 2.

⁶⁰⁰ Vgl. BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7849. Zu den nachrichtendienstlichen Haupterlassen zählte ferner das Al-Qaïda-Gesetz, welches jedwede Förderungen der gesetzlich verbotenen Organisationen unter Strafe stellt. Vgl. TSCHANNEN, in: Kiener/Bühler/Schindler, Rz 23.

⁶⁰¹ Die gesetzlich vorgesehenen Mitteilungszwecke für Personendaten sind Anhang 3 Ziff. 9.3 NDV weitgefasst, wobei die Anordnung von Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS unter den in Ziff. 9.3.13 genannten Mitteilungszweck «zur Bearbeitung von Aufgaben nach dem Bundesgesetz vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit» fällt.

⁶⁰² Seit 2012 hat der NDB gemäss aktuellstem Reporting 714 auffällige Internetnutzer identifiziert. Siehe dazu die jeweils halbjährlich aktualisierten Zahlen unter <https://www.vbs.admin.ch> > Startseite > Sicherheit > Nachrichtenbeschaffung.

⁶⁰³ Die (kumulierte) Anzahl hat sich seit Februar 2019 bei 92 Personen stabilisiert (Stand Dezember 2021). «Die Anzahl der dschihadistisch motivierten Reisenden aus der Schweiz, die in Konfliktgebieten waren oder sich noch immer dort befinden, hat sich bei 92 Fällen stabilisiert (gleiche Zahl seit Februar 2019). Von den erfassten 92 dschihadistisch motivierten Reisenden

B. Fedpol

a.) Sicherheitspolizeiliche Tätigkeiten

Sicherheitspolizeiliche Massnahmen dienen der Abwehr konkreter Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder die Umwelt sowie der Beseitigung von eingetretenen Störungen.⁶⁰⁴ Auf *Bundesebene*⁶⁰⁵ lassen sich im Kontext der Terrorismusbekämpfung das BWIS als sicherheitspolizeilicher Haupterlass und Fedpol als *massgebliche Behörde* bezeichnen.⁶⁰⁶ Gestützt auf Art. 1 Abs. 1 BWIS ist Fedpol zur Abwehr von Gefährdungen der inneren Sicherheit und zum Erlass von vorbeugenden sicherheitspolizeilichen Massnahmen ermächtigt.⁶⁰⁷ Zwecks Verhinderung terroristischer Aktivitäten kann Fedpol Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS verfügen.⁶⁰⁸ Fedpol ist gemäss Art. 10 BWIS verpflichtet sämtliche Sicherheitsorgane des Bundes, der Kantone sowie

begaben sich 77 nach Syrien und in den Irak sowie 14 nach Somalia, Afghanistan und Pakistan, und eine Person reiste auf die Philippinen. Es ist hervorzuheben, dass 32 Personen gestorben sind, weitere in den Konfliktgebieten umherreisen oder sich noch vor Ort befinden. Die Anzahl der Rückkehrer beläuft sich auf 16. Unter den 92 Fällen befinden sich 30 Personen, die über eine Schweizerische Staatsangehörigkeit verfügen (davon 15 Doppelbürger). Weitere Angaben zu Identität, Alter, Nationalität und Wohnsitz dieser Personen gibt der NDB nicht bekannt.» Siehe hierzu <https://www.vbs.admin.ch> > Startseite > Sicherheit > Nachrichtenbeschaffung.

⁶⁰⁴ Vgl. hierzu TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 510, welche als Beispiele etwa die Sicherung einer Kundgebung, Streifenfahrten oder das Einfangen entlaufener Tiere erwähnen.

⁶⁰⁵ Zur grundsätzlich kantonalen Zuständigkeit in sicherheitspolizeilichen Belangen vorne §4, II., 2., A.

⁶⁰⁶ Vgl. zum Gesagten TSCHANNEN, in: Kiener/Bühler/Schindler, Rz 19 f. Ausführlicher und umfassend zu Fedpol vgl. MÜLLER/LINSI, in: Kiener/Bühler/Schindler, Rz 14 ff.

⁶⁰⁷ Soweit terroristisches oder gewaltextremistisches Propagandamaterial über das Internet verbreitet wird, kann Fedpol auf einem schweizerischen Rechner befindliches Material gestützt auf Art. 13e Abs. 5 BWIS löschen lassen und andernfalls dem schweizerischen Provider die Sper rung, der im Ausland gehostete Webseite empfehlen. Fedpol kann zudem vorbeugende polizeiliche Massnahmen zwecks Verhinderung terroristischer Aktivitäten nach dem 5. Abschnitt des BWIS verfügen. Weitere vorbeugende Massnahmen gemäss BWIS sind die Personensicherheitsprüfungen (Art. 19 ff.), Schutzmassnahmen für exponierte Behörden, Personen oder Gebäude (Art. 22 ff.), die Sicherstellung, Beschlagnahme und Einziehung von Propagandamaterial mit zu Gewalt aufrufendem Inhalt (Art. 13e), die Einziehung gefährlicher Gegenstände (Art. 13f) sowie Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen (Art. 24a ff.).

⁶⁰⁸ Hierzu ausführlich weiter hinten §7 und §8. Gestützt auf das AIG ist Fedpol, nach vorgängiger Anhörung des NDB, zudem zur Wahrung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz zum Erlass von Einreiseverboten (Art. 67 Abs. 4) oder Ausweisungen (Art. 68 AIG) befugt. Hierzu ausführlicher weiter hinten §9, I., 2.

die an polizeilichen Aufgaben mitwirkenden Bundesorgane über aufgabenrelevante Vorgänge im Bereich der inneren Sicherheit zu informieren.⁶⁰⁹ In *operationeller Hinsicht* betreibt Fedpol einen aus fünf Einzelsystemen bestehenden *Informationsverbund*⁶¹⁰ sowie weitere⁶¹¹ polizeiliche Informationssysteme, welche es erlauben, schweiz- und europaweit Fahndungsinformationen auszutauschen und Personen zur Verhaftung und zur verdeckten Überwachung ausschreiben zu lassen.⁶¹²

b.) Kriminalpolizeiliche Tätigkeiten

Die Verfolgung und Aufklärung von bereits *begangenen* Vergehen oder Verbrechen gehört zur Funktion der *Kriminalpolizei*.⁶¹³ Da terroristisch motivierte Straftaten nach Art. 123 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 23 f. StPO der Bundesgerichtsbarkeit unterstellt sind, liegt die Zuständigkeit zu kriminalpolizeilichen Tätigkeiten diesfalls regelmässig bei Fedpol als Bundeskriminalpolizei.⁶¹⁴ Die bei Fedpol angesiedelte *Zentralstelle* für die Bekämpfung des organisierten Verbrechens hat die Aufgabe, kriminelle und terroris-

⁶⁰⁹ Umgekehrt ist gemäss Art. 6 BWIS jeder Kanton verpflichtet, eine Behörde zu bestimmen, die beim Vollzug von BWIS-Massnahmen mit Fedpol zusammenarbeitet.

⁶¹⁰ Vgl. die Art. 9 ff. BPI. Hierzu ausführlicher sogleich unter b.).

⁶¹¹ Vgl. Art. 15 ff. BPI. In Bezug auf die Datenbearbeitung bei terroristischen Gefährdern weiter hinten §7, VIII., 3.

⁶¹² Vgl. BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7849, wonach der operative Informationsaustausch und die Personenausschreibung auf nationaler und internationaler Ebene insbesondere via Europol, Interpol, die europäische Police Working Group on Terrorism oder dem SIS (II) erfolge. Fedpol war bis anhin gemäss Art. 29o JANUS-Verordnung für den technischen Betrieb, die Wartung und die Weiterentwicklung des «Datenabgleichwerkzeugs Terrorismus» verantwortlich. Das Datenabgleichwerkzeug bezweckte gemäss Art. 29p Daten über Personen, von denen bekannt ist oder die im Verdacht stehen, an strafbaren Aktivitäten im Zusammenhang mit Terrorismus beteiligt (gewesen) zu sein, weiterzugeben. Mit Inkrafttreten des PMT wurden diese Bestimmungen auf Anraten des EDÖB in eine formell-gesetzliche Grundlage überführt, namentlich sehen die Art. 17a ff. BPI neu den Betrieb des «Datenindex Terrorismus» durch Fedpol vor. Vgl. dazu auch Botschaft PMT, BBl 2019 4833.

⁶¹³ Vgl. etwa TSCHANNEN, in: Kiener/Bühler/Schindler, Rz 8. Allgemein gehören die informationelle Unterstützung der Behörden von Bund und Kantonen, der operative Informationsaustausch und die Personenausschreibung zu den wichtigsten kriminalpolizeilichen Funktionen des Bundes. Den von Fedpol betriebenen polizeilichen Informationssystemen sowie den gestützt auf das ZentG bestehenden Zentralstellen des Bundes kommen dabei besondere praktische Relevanz zu. Vgl. dazu Malama, BBl 2012 4570. Ausführlich zum Begriff der Zentralstelle siehe MÜLLER/LINSI, in: Kiener/Bühler/Schindler, Rz 23 ff.

⁶¹⁴ Zur Bundesgerichtsbarkeit rund um terroristisch motivierte Straftaten weiter vorne §2, II., 2., B.

tische Organisationen i.S.v. Art. 260^{ter} StGB zu erkennen und von diesen begangene Straftaten zu bekämpfen.⁶¹⁵ Die mit dem PMT neu eingeführten Art. 3a und 3b ZentG vermitteln der Zentralstelle in ihrem Aufgabenbereich neue und weitgehende Mittel, um in elektronischen Medien und dem Internet verdeckt fahnden zu können sowie Personen und Sachen zur verdeckten Registrierung oder gezielten Kontrolle ausschreiben zu lassen.⁶¹⁶ Durch den Betrieb der in den Art. 10 ff. BPI geregelten *Informationssysteme* gewährleistet Fedpol eine enge Koordination zwischen Bund und Kantonen.⁶¹⁷ Zudem betreibt Fedpol zur Unterstützung der kantonalen Strafverfolgungsbehörden gestützt auf Art. 13 BPI ein Informationssystem. Dieses enthält nach Art. 13 Abs. 2 BPI Daten, welche die Polizeidienste der Kantone im Rahmen von Vorermittlungen und gerichtspolizeilichen Ermittlungen im Bereich ihrer Strafverfolgungskompetenzen sammeln. In Kollaboration mit den Kantonen unterhält Fedpol nach Art. 15 BPI das automatisierte Personen- und Sachfahndungssystem RIPOL, welches gemäss Art. 15 Abs. 1 g^{bis} BPI neu auch dem kantonalen Vollzug der Massnahmen zur Verhinderung terroristischer Aktivitäten nach dem 5. Abschnitt des BWIS dient.⁶¹⁸ Einer umfassenden Koordination im Bereich der Terrorismusbekämpfung dienen schliesslich auch der nationale Polizeiindex gemäss Art. 17 BPI sowie der *Datenindex Terrorismus* nach Art. 17a f. BPI.

c.) Gerichtspolizeiliche Tätigkeiten

Liegt im Einzelfall in Bezug auf eine möglicherweise terroristisch motivierte Straftat ein hinreichender Tatverdacht vor, kann die Bundesanwaltschaft (BA) gestützt auf Art. 24 Abs. 1 StPO ein strafprozessuales Vorverfahren eröffnen. Ab diesem Zeitpunkt kommt es zu einem Wechsel der massgeblichen Rechtsgrundlagen. Mit der Eröffnung des strafprozessualen Vorverfahrens mutiert die Bundeskriminalpolizei zur *Gerichts-*

⁶¹⁵ Vgl. Art. 2 lit. f i.V.m. 7 f. ZentG. Siehe auch BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7851. Zu den allgemeinen Aufgaben von *Zentralstellen* gehören nach Art. 2a ZentG u.a. die Bearbeitung von in ihrem Zuständigkeitsbereich liegenden Informationen aus dem In- und Ausland (lit. a), die Koordination von interkantonalen und internationalen Ermittlungen (lit. b) sowie die Sicherstellung des nationalen und internationalen kriminalpolizeilichen Informationsaustausches (lit. d).

⁶¹⁶ Hierzu ausführlicher Botschaft PMT, BBl 2019 4825 ff.

⁶¹⁷ Die Koordination erfolgt insbesondere dadurch, dass in den jeweiligen Systemen Zugriffsrechte für die kantonalen Polizeidienste vorgesehen sind. Vgl. Art. 10 Abs. 4 lit. c; 11 Abs. 5 lit. c; 12 Abs. 6 lit. c; 16 Abs. 5 lit. a, 17 Abs. 4 lit. f BPI.

⁶¹⁸ Hierzu ausführlicher weiter hinten §8.

polizei, deren Handeln massgeblich von der StPO bestimmt wird und auf die Erhebung des Sachverhalts sowie die Sicherung von Beweisen abzielt.⁶¹⁹

C. SEM

Gemäss der Strategie der Schweiz zur Terrorismusbekämpfung sind die schweizerischen Behörden, insbesondere *bei grenzüberschreitenden Bewegungen* wie Ein-, Aus- und Durchreisen, verpflichtet sicherheitsrelevante Umstände festzustellen, ausländerrechtliche Bewilligungen kritisch zu prüfen sowie bei Asyl- und Einbürgerungsgesuchen sicherheitsrelevante Aspekte besonders zu berücksichtigen.⁶²⁰ Dem SEM kommt als Fachbehörde des Bundes in Belangen der Ein- und Auswanderung, des Ausländerrechts, des Asyl- und Flüchtlingsrechts sowie des Schweizer Bürgerrechts in der Erreichung dieses Strategieziels herausragende Bedeutung zu.⁶²¹ Im Rahmen der Terrorismusbekämpfung gehört es zu den *gesetzlichen Aufgaben* des SEM, terroristische Gefährdungen zu erkennen. Das SEM hat bspw. nach Art. 9 Abs. 1 lit. I BGIAA die von ihm bearbeiteten Daten des Ausländerbereichs zwecks frühzeitiger Erkennung und Verhinderung von Bedrohungen für die innere oder äussere Sicherheit nach Artikel 6 NDG dem NDB im Abrufverfahren zugänglich zu machen. Gestützt auf das AIG, das AsylG und das BüG ist das SEM zudem zum Erlass verschiedener präventiv-polizeilicher Massnahmen berechtigt, die gegen ausländische Personen verfügt werden, welche wegen verübter terroristischer Aktivitäten gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen haben oder welche die innere Sicherheit gefährden.⁶²² Das SEM hat seine Bemühungen und Massnahmen dabei mit den präventiv-polizeilichen Massnahmen von Fedpol zu

⁶¹⁹ Vgl. hierzu BGE 140 I 353 E. 5.2. Die Abgrenzung der beiden Bereiche ist schwierig, da sich diese überschneiden oder fliegend ineinander übergehen, «etwa wenn ein Polizist in Ausübung einer rein polizeilichen Tätigkeit, die keinen Tatverdacht voraussetzt, auf strafrechtlich relevante Sachverhalte trifft und entsprechende Massnahmen mit Blick auf die Strafverfolgung vorkehrt». Zur Gerichts- und Kriminalpolizei siehe auch schon REINHARD, S. 34 ff.

⁶²⁰ *Strategie Terrorismusbekämpfung*, BBl 2015 7492 f.

⁶²¹ Siehe Art. 12 Abs. 1 EJPd-VO.

⁶²² Ausführlicher zu den polizeilichen Massnahmen des Ausländer-, Asyl- und Bürgerrechts im Kontext der Terrorismusbekämpfung weiter hinten §9. Zum Gesagten vgl. auch MÜLLER/LINSI, in: Kiener/Bühler/Schindler, Rz 14 ff.

koordinieren und ist zur Weiterleitung sicherheitsrelevanter Informationen an Fedpol verpflichtet.⁶²³

D. BAZG

Das BAZG erfüllt nach Art. 96 Abs. 1 ZG im Grenzraum auch nichtzollrechtliche Aufgaben in den Bereichen Sicherheit und Migration, um damit zur inneren Sicherheit des Landes und zum Schutz der Bevölkerung beizutragen.⁶²⁴ Das Grenzwachtkorps, ein gemäss Art. 91 Abs. 2 ZG uniformierter und bewaffneter Verband des BAZG, ist gestützt auf das ZG zur Ausübung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben im Grenzraum sowie zu damit verbundener Anwendung polizeilicher Standardmassnahmen befugt.⁶²⁵ Findet das Grenzwachtkorps in Kontrollen gefährliche Gegenstände, Barmittel oder Propagandamaterial, beschlagnahmt es diese und übermittelt sie den zuständigen Strafverfolgungsbehörden.⁶²⁶ Durch die Überwachung des grenzüberschreitenden Waren- und Personenverkehr trägt das BAZG dazu bei, dass terroristische oder gewaltextremistische Aktivitäten möglichst frühzeitig verhindert werden können.⁶²⁷ Im Falle einer verübten terroristischen Straftat kann das BAZG mittels Kontrollen an der Grenze oder im Grenzraum aufgrund konkreter Hinweise von Partnerbehörden nach Personen fahnden, diese vorläufig festnehmen oder die involvierten Behörden über deren Bewegungen orientieren.

⁶²³ Vgl. hierzu Botschaft PMT, BBl 2019 4812 f, wonach durch die mit dem PMT in Kraft getretenen Art. 98c AIG bzw. Art. 5a AsylG diese bereits bestehende Aufgabe und Zusammenarbeit in eine formell-gesetzliche Grundlage überführt wurde. Vgl. auch Art. 9 Abs. 1 lit. p BGIAA.

⁶²⁴ Vgl. hierzu ausführlicher *Strategie Terrorismusbekämpfung*, BBl 2015 2895, wonach der EZV (heute BAZG) aufgrund der Anwesenheit der Mitarbeitenden an der Grenze eine wichtige Rolle in der sicherheitspolitischen Landschaft zukomme.

⁶²⁵ Vgl. zum hier Gesagten die Art. 100 ff. ZG sowie für weitere *sicherheitspolizeiliche Nebenerlasse* auf Bundesebene, TSCHANNEN, in: Kiener/Bühler/Schindler, Rz 21.

⁶²⁶ BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7852.

⁶²⁷ Vgl. Art. 96 Abs. 1 ZG, welcher die Koordination der sicherheitspolizeilichen Aufgaben des GWK mit den Polizeibehörden auf Bundes- und Kantonsebene vorschreibt. Die Aufgaben werden in Koordination und Kooperation mit den in- und ausländischen Partnerbehörden wie den kantonalen Polizeikorps, Fedpol, dem SEM oder Frontex wahrgenommen. Die Kooperation umfasst u.a. gemeinsame Kontrollen/Aktionen, gegenseitige Unterstützung, den operationellen Informationsaustausch sowie teilweise gemeinsame Ausbildungen. Zum Gesagten siehe BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7850 f.

2. Akteure mit koordinierenden Funktionen

Bereits die vorstehenden Ausführungen haben verdeutlicht, dass die Terrorismusbekämpfung als Verbundsaufgabe von verteilten Zuständigkeiten und einer Vielzahl involvierter Akteure geprägt ist.⁶²⁸ Eine effiziente Terrorismusbekämpfung setzt daher eine funktionierende Konsultation und Koordination zwischen allen involvierten Akteuren voraus. Nachfolgend sollen drei Akteure vorgestellt werden, welchen im Rahmen der Terrorismusbekämpfung in der Schweiz wichtige *koordinierende Funktionen* zukommen.

A. TETRA

In Reaktion auf den zahlmässigen Anstieg von Jihadreisenden⁶²⁹ und der damit verbundenen Bedrohungslage wurde 2013 zur Verbesserung des Abwehrdispositivs gegen Terrorismus die Task Force «Terrorist Tracking» (TETRA) ins Leben gerufen. TETRA kommt die Federführung in der operativen Koordination der Terrorismusbekämpfung zu und untersteht der *Leitung von Fedpol*.⁶³⁰ TETRA zielt auf eine einheitliche und koordinierte Bekämpfung terroristischer Aktivitäten sowie eine schweizweite Fallübersicht.⁶³¹ TETRA nimmt Lagebeurteilungen vor, koordiniert laufende Strafverfahren, evaluiert bestehende und erarbeitet gegebenenfalls zusätzliche Massnahmen. Bei einzelfallweisem Bedarf involviert TETRA, im Sinne eines fallweisen Bedrohungsmanagements, weitere behördliche Stellen wie kantonale Migrationsämter, Sozialdienste oder Strafvollzugsbehörden.⁶³²

⁶²⁸ Vgl. hierzu BUNDES RAT, SIPOL 2016, BBI 2016 7877.

⁶²⁹ Für Zahlen zu Jihadreisenden Fn. 307; Fn. 308 und Fn. 603. TETRA formuliert zudem Verbesserungsvorschläge im Umgang mit Jihadreisenden sowie mit Terrorismus im Allgemeinen. Vgl. BUNDES RAT, SIPOL 2016, BBI 2016 7850. Diesbezüglich hat TETRA bis dato *drei Berichte* verfasst, welche sich mit Massnahmen zur Bekämpfung von jihadistisch motiviertem Terrorismus befassen. Berichte abrufbar unter https://www.Fedpol.admin.ch/publiservice/publikationen/berichte/weitere_berichte.html.

⁶³⁰ Siehe Botschaft PMT, BBI 2019 4764; BUNDES RAT, SIPOL 2016, BBI 2016 7850; MERZ, S. 4. Neben Fedpol sind der NDB, die BA, das Krisenmanagementzentrum und die Abteilung Sicherheitspolitik des EDA, die EZV, das SEM, das BJ, der FST P sowie die KKKPS an TETRA beteiligt. Vgl. Botschaft PMT, BBI 2019 4764.

⁶³¹ Vgl. hierzu und den nächsten zwei Sätzen Botschaft PMT, BBI 2019 4764.

⁶³² Botschaft PMT, BBI 2019 4764.

B. SVS

Der Sicherheitsverbund Schweiz (SVS) beinhaltet als politische⁶³³ und operative⁶³⁴ Plattform grundsätzlich alle sicherheitspolitischen Instrumente des Bundes, der Kantone und der Gemeinden. Als «Koordinations- und Konsultationsmechanismus»⁶³⁵ bezweckt er in Sicherheitsfragen die Optimierung und Institutionalisierung der Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen. Der Fokus der Koordinationstätigkeit liegt schwerpunktmässig im Bereich der inneren Sicherheit. In näherer Vergangenheit hat sich der SVS vertieft mit Fragestellungen rund um Terrorismus befasst. Einerseits wurde unter Leitung des SVS im November 2017 zwecks Umsetzung der Schweizerischen Strategie zur Terrorismusbekämpfung der Nationale Aktionsplan zur Verhinderung und Bekämpfung von Radikalisierung und gewalttätigem Extremismus (NAP) verabschiedet.⁶³⁶ Da der SVS andererseits einen Beitrag zur Verbesserung der strategischen Führung und des Krisenmanagements leisten soll, führt dieser auch *Sicherheitsverbundsübungen* durch.⁶³⁷ Die letzte SVS-Übung wurde 2019 durchgeführt und hatte eine *länger andauernde Terrorbedrohung* mit Angriffen gegen kritische Infrastrukturen, erpresserischen Forderungen und Anschlägen zum Inhalt.⁶³⁸ Basierend auf der durchgeführten SVÜ-19 hat der SVS

⁶³³ Die *politische Plattform* bereitet Beschlüsse des Bundesrates und der Kantonsregierungen vor. Auf *Bundesebene* beinhaltet sie die Chef:in des VBS sowie die Vorsteher:in des EJPD und auf *Kantonsesebene* den Präsidenten der KKJPD sowie der Regierungskonferenz Militär, Zivilschutz und Feuerwehr. Siehe BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7878.

⁶³⁴ Die *operative Plattform* setzt sich aus Bundes- und Kantonsvertretungen zusammen, bereitet Sitzungen der politischen Plattform vor und setzt Arbeitsgruppen ein. Siehe BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7878.

⁶³⁵ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz BUNDESRAT, SIPOL 2010, BBl 2010 5135.

⁶³⁶ Ausführlicher zum Inhalt des NAP weiter vorne §5, II., 1., A.

⁶³⁷ In diesen Übungen soll das Zusammenspiel des gesamten Sicherheitsverbunds bei der Bewältigung einer fiktiven Krise evaluiert werden. Vgl. BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7880. Im Jahre 2014 fand eine erste Sicherheitsverbundsübung statt, in welcher das Szenario einer lang andauernden Stromangellage mit gleichzeitigem Auftreten einer schweren Grippe-Pandemie durchgespielt wurde. Siehe hierzu BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7879.

⁶³⁸ Gemäss *Schlussbericht* zur SVS-Übung 19 stellt eine länger andauernde Terrorbedrohung «für die Koordination zwischen dem Bund und den Kantonen eine ständige Herausforderung» dar. Da in ausserordentlichen Lagen «entschlossenes Handeln gefragt» sei, würde das Bedürfnis nach «zentralistischen Lösungen» gesteigert und nach der Verlagerung kantonaler Kompetenzen an den Bund gerufen, wodurch «der Föderalismus gerade in heiklen Bereichen wie der inneren Sicherheit ausgehebelt» würde. Es liege daher «im staatspolitischen Interesse der Schweiz,

fünfzehn *Erkenntnisse und Empfehlungen*⁶³⁹ formuliert und sich dadurch als Instanz in der operativen Terrorismusbekämpfung weiter etabliert.

C. FST P und IKAPOL

Die Kantone sind für die innere Sicherheit im Allgemeinen sowie für die Abwehr und Bewältigung terroristischer Gefahren auf ihrem Territorium primär selbst verantwortlich, weshalb die *Einsatz- und Führungsverantwortung* demnach bei der *zuständigen kantonalen Polizeibehörde* liegt.⁶⁴⁰ Im Falle eines drohenden oder verübten Terroranschlages kann die verantwortliche kantonale Polizeibehörde zudem auf die Unterstützung des, aus Fachleuten der Polizeikorps zusammengesetzten, *Führungsstab Polizei* (FST P) zurückgreifen. Der FST P fungiert als operativ-taktisches Instrument der landesweiten Polizeiführung.⁶⁴¹ Die Kleinräumigkeit der Schweiz und die beschränkten Ressourcen kantonaler Polizeikorps können im Ereignisfall zudem die Unterstützung anderer kantonaler Polizeibehörden notwendig machen.⁶⁴² Gestützt auf die Vereinbarung über

dass Bund und Kantone die Führungsprozesse in der Krisenbewältigung auch in einer ausserordentlichen Lage untereinander koordinieren und wichtige Entscheide mit gesamtschweizerischen Auswirkungen gemeinsam fällen» würden. Insgesamt habe sich «die Zusammenarbeit auf der operativen Ebene bei den Kantonen wie zwischen dem Bund und den Kantonen als belastbar und krisenresistent» erwiesen. Auf Bundesebene sei «die operative Führung durch Fedpol zweckmässig sichergestellt und die involvierten Partner (...) wirkungsvoll koordiniert» worden. Zum Gesagten vgl. VBS, Schlussbericht SVÜ-19, S. 16 ff.

⁶³⁹ Siehe dazu im Einzelnen VBS, Schlussbericht SVÜ-19, S. 18 ff.

⁶⁴⁰ «Sie hat die vordringliche Aufgabe, umgehend eine Situationsanalyse vorzunehmen und alle Schutzmassnahmen zu treffen, die geeignet sind, die Gefahr von weiteren Anschlägen oder Vorfällen einzudämmen.» BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7851. Zur Kompetenzverteilung im Bereich der inneren Sicherheit vorne §4, II.

⁶⁴¹ Der FST P arbeitet eng mit den Krisen- und Führungsorganen auf Bundes- und Kantonsebene zusammen. Ebenso koordiniert er die polizeilichen Einsatzkräfte und unterstützt diese in Schutz-, Fahndungs- und Ermittlungsarbeiten. Der FST P koordiniert etwa den Einsatz kantonomer Interventionseinheiten, kantonsübergreifender Verfolgungen von Verdächtigen, den Schutz gefährdeter Objekte und Infrastrukturen oder von Personen. Vgl. hierzu zum Gesagten Stellungnahme des Bundesrates vom 17.2.2016 auf das *Postulat Nr. 15.4226* Braucht es eine nationale Sondereinheit zur Terrorbekämpfung?

⁶⁴² Vgl. hierzu und zum nächsten Satz BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7851.

die *interkantonale Polizeizusammenarbeit* (IKAPOL) kann ein Kanton andere Polizeikorps um Unterstützung ersuchen.⁶⁴³

3. Armee

Art. 94 Abs. 2 MStG, welcher militärpflichtigen schweizerischen Staatsbürgern den *Eintritt* in einen *fremden Militärdienst* unter Strafandrohung *untersagt*, kann als präventive Anti-Terrorismusbestimmung verstanden werden.⁶⁴⁴ Zum *Schutz* schweizerischer konsularischer und diplomatischer Vertretungen vor terroristischen Bedrohungen kann spezialisiertes militärisches Berufspersonal im Ausland zum Einsatz kommen.⁶⁴⁵ Ein Armeeeinsatz *in der Schweiz*⁶⁴⁶ kommt wegen des Subsidiaritätsprinzips⁶⁴⁷ nur im Falle einer grösseren oder anhaltenden terroristischen Bedrohung in Betracht.⁶⁴⁸ Zu denken wäre bspw. an die Kontrolle des Luftraumes oder den Einsatz bodengestützter Luftverteidigung zum Schutze besonders gefährdeter Objekte.⁶⁴⁹ Soweit ein *verübter*

⁶⁴³ «Die Schweizer Polizei konnte in der SVU 19 ihre nationale Zusammenarbeit und deren Strukturen überprüfen und festigen. (...) Daraus hat das Teilprojekt Polizei (...) die konkrete Empfehlung eingebracht, einen *national verbindlichen Operationsbefehl* (...) für das schweizweite polizeiliche Zusammenwirken auszuarbeiten.»; Vbs, Schlussbericht SVÜ-19, S. 16.

⁶⁴⁴ Neben konkurrenzrechtlichen Fragen wäre insbesondere auch zu prüfen, ob Art. 94 Abs. 2 MStG auch dann erfüllt ist, wenn es sich um den Eintritt in eine nichtstaatliche Terrororganisation handelt. Vgl. hierzu VEST, S. 333 (m.w.H.).

⁶⁴⁵ BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7851.

⁶⁴⁶ Im Rahmen der *militärischen Friedensförderung* trägt die Armee in Auslandseinsätzen dazu bei, dass Konfliktregionen stabilisiert werden und dort der Entstehung und Festsetzung von Terrorismus vorgebeugt wird. Die Schweiz engagiert sich in Kooperation mit der EU sowie in Gefässen wie der OSZE, der NATO und der UNO in der militärischen Friedensförderung, vgl. BUNDESRAT, SIPOL 2016 7822. Zum Ganzen auch MOECKLI, Auslandseinsätze, S. 1 ff.

⁶⁴⁷ Hierzu ausführlicher weiter vorne §4, II., 2, D., e.).

⁶⁴⁸ Vgl. hierzu und den nächsten beiden Sätzen BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7850 f.

⁶⁴⁹ Art. 92a MG erlaubt *im Terrorfall* den grundrechtlich und ethisch nicht rechtfertigbaren Abschuss von zivilen Luftfahrzeugen. «Der Flugzeugabschuss auf der Grundlage von Artikel 92a ist verfassungsrechtlich nur schwer zu begründen, insbesondere, wenn unbeteiligte Dritte (beispielsweise mit dem Flugzeug entführte Passagiere sowie Menschen am Boden, über dem das Flugzeug abgeschossen wird) davon betroffen sind. (...) Eine Abwägung «Leben gegen Leben», bei welcher der Staat Menschen opfert, um eventuell eine grössere Zahl unschuldiger Menschen zu retten, degradiert die Flugzeugpassagiere zugleich zu Objekten einer staatlichen Handlung und verletzt somit auch die Menschenwürde. (...)». Botschaft Armee, BBl 2014 7014 f.

Terroranschlag in seinem Ausmass Folgen zeitigt, welche von den zivilen Behörden nicht bewältigt werden kann, könnte die Armee überdies *Schutz- und Sicherungsaufgaben* wahrnehmen.⁶⁵⁰

4. EDA

Gemäss Strategie zur Terrorismusbekämpfung involviert sich die Schweiz in internationalen Organisationen wie der UNO, dem Globalen Forum zur Bekämpfung des Terrorismus, dem Europarat und der OSZE und vertritt in diesen einen *globalen und integrativen Ansatz* zur Prävention und Bekämpfung von Terrorismus.⁶⁵¹ Als dem Völkerrecht verpflichtete Akteurin setzt sich die Schweiz überdies dafür ein, dass im Rahmen der Terrorismusbekämpfung die Menschenrechte und das humanitäre Völkerrecht Beachtung finden.⁶⁵² Das EDA setzt sich aussenpolitisch dafür ein, dass Terrorismus und Gewaltextremismus international geächtet und bekämpft werden und die Resolutionen des UNO-Sicherheitsrates, die internationalen Konventionen sowie die UNO-Strategie zur Bekämpfung des Terrorismus Beachtung finden.⁶⁵³ Ferner unterstützt das EDA andere Staaten «beim Aufbau wirkungsvoller, rechtstaatlich legitimer Institutionen zur Prävention und Bekämpfung von Terrorismus»⁶⁵⁴ und es hat die *sicherheitspolitische*

⁶⁵⁰ Konkret könnte sie hinsichtlich weiterer Anschlagsversuche sowie für subsidiäre Hilfs- und Rettungseinsätze Lufttransport- und Luftaufklärungsmittel oder geschützte Fahrzeuge einsetzen. Vgl. hierzu BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7851. Vgl. dazu auch VBS, Schlussbericht SVÜ-19, S. 16; Sowie S. 6: «Die Armee entfaltet ihre grösste Wirkung im Sicherheitsverbund vornehmlich dann, wenn sie die zuständigen zivilen Behörden sektoriell (räumlich, thematisch und zeitlich beschränkt) mit taktischen Leistungen entlasten kann».

⁶⁵¹ Vgl. BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7848. Als Beispiel für entsprechende präventive Bemühungen der Schweiz nennt der SIPOL 2016 die Unterstützung des in Genf angesiedelten *Global Community Engagement and Resilience Fund*, der sich auf zivilgesellschaftliche und wirtschaftliche Massnahmen konzentriert und dadurch eine wichtige Schnittstelle zwischen der Entwicklungszusammenarbeit, der Konfliktprävention und der Friedensförderung bildet.

⁶⁵² Strategie Terrorismusbekämpfung, BBl 2015 7491.

⁶⁵³ BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7849. Zu Rolle des EDA bei der Umsetzung des Konzepts der menschlichen Sicherheit siehe Fn. 171.

⁶⁵⁴ Strategie Terrorismusbekämpfung, BBl 2015 7493. Im Rahmen von *ziviler Friedensförderung und Entwicklungszusammenarbeit* trägt die Aussenpolitik als sicherheitspolitisches Instrument in langfristigen und nachhaltigen Engagements dazu bei, dass Staaten und von Terrorismus betroffene Gemeinschaften darin unterstützt werden, dass deren gesellschaftliches Umfeld so

Strategie der Schweiz aussenpolitisch glaubhaft zu vermitteln.⁶⁵⁵ Zur Gewährleistung der Sicherheit von sich im Ausland befindlichen Staatsangehörigen erlässt es zudem *Reisehinweise* und hat im Hinblick auf Entführungen und terroristische Anschläge mit Schweizer Opfern Prozesse entwickelt.⁶⁵⁶ Im Bereich der Terrorismusbekämpfung bestehen zudem *Überschneidungen* zwischen den *Politikfeldern* der Aussen- und der Wirtschaftspolitik, was etwa am Strategieziel ersichtlich wird, wonach die Verbreitung von Waffen, Munition und Sprengstoff aus der Schweiz zu terroristischen Zwecken verhindert werden soll.⁶⁵⁷ Hierbei kommt der Exportkontrolle von sensitiven Gütern, wie bspw. von Kriegsmaterial oder «Dual-use-Gütern», durch das SECO besondere Relevanz zu.⁶⁵⁸

IV. SCHLUSSFOLGERUNGEN ZU § 5

Zur Verwirklichung der Schweizerischen Strategie zur Terrorismusbekämpfung wurden ab dem Jahre 2017 mit der Ausarbeitung des NAP, des PMT, der strafrechtlichen Umsetzung des Europaratsabkommens zur Verhütung von Terrorismus sowie dessen Zusatzprotokoll weitreichende gesetzgeberische Fakten geschaffen.⁶⁵⁹ Die ausgearbeiteten Erlasse sind in unterschiedlichen Rechtsgebieten verankert, wobei deren *Zusammenspiel* das Dis-

ausgestaltet wird, dass sich Menschen nicht zu politisch oder ideologisch motivierter Gewalt hinreissen lassen. Vgl. BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7849.

⁶⁵⁵ Dazu gehört bspw., dass das EDA unter Hinweis auf die sicherheitspolitische Selbstständigkeit deutlich macht, weshalb die Schweiz lediglich Anti-Terror-Sanktionslisten der UNO übernimmt bzw. weshalb sie umgekehrt keine Listen anderer Staaten mit designierten oder verbotenen Terrororganisationen übernimmt. Vgl. hierzu BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7840 f. Zur sicherheitspolitischen Strategie im Allgemeinen weiter vorne §2, I., 2. und 3.

⁶⁵⁶ Vgl. Strategie Terrorismusbekämpfung, BBl 2015 7490; BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7848 f. Die Schweiz vertritt (zumindest offiziell) die Haltung, dass keine Lösegeldzahlungen geleistet werden. Vgl. bspw. die Antwort des Bundesrates vom 19.11.2014 auf die *Anfrage Nr. 14.1058* Lösegeldzahlungen des Bundes an Al Kaida. Zu der Aussage von Alt-Bundesrat Leuenberger, wonach Lösegeldzahlungen der Schweiz üblich seien, siehe <https://www.swissinfo.ch/ger/alt-bundesrat-leuenberger-gesteht-luege-bei-loesegeldern-fuer-geiseln/46351532>.

⁶⁵⁷ Vgl. Strategie Terrorismusbekämpfung, BBl 2015 7489.

⁶⁵⁸ Siehe BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7850. Ebenso übernimmt das SECO die Umsetzung von Massnahmen gegen Personen und Organisationen in der Schweiz, welche auf UNO-Anti-Terrorlisten geführt werden; Vgl. Art. 2 EmbG (SR 946.203). Vgl. hierzu HOFER, S. 123 ff. Vgl. zur Waffenausfuhrgenehmigung RENZ, S. 151 ff.; FÜRGER, S. 171 ff. (m.w.H.).

⁶⁵⁹ Vgl. hierzu ausführlicher unmittelbar vorangehend §5, II. und III.

positiv zur Bekämpfung von Terrorismus in allen Phasen eines Radikalisierungsprozesses einer Person insgesamt stärken soll. Im präventiven Bereich zielt der Gesetzgeber verstärkt auf die frühzeitige Abwehr von potenziellen terroristischen Bedrohungen. Dies mittels Zusammenwirken von ausgeweiteten nachrichtendienstlichen⁶⁶⁰ Kompetenzen zwecks vereinfachter verdeckter Erlangung von nachrichtendienstlichen Informationen einerseits und offen gegen die als mutmasslich gefährlich wahrgenommene Person verhängten sozialtherapeutischen und/oder gefahrenabwehrenden Massnahmen andererseits.⁶⁶¹ Dabei sollen im Rahmen eines einzelfallweise ausgestalteten Bedrohungsmanagements möglichst alle relevanten Behörden involviert werden. Insgesamt lässt sich als Tendenz erkennen, dass die Kompetenz zur Terrorismusbekämpfung vermehrt den Polizeibehörden des Bundes übertragen wird, obwohl im Bereich der inneren Sicherheit an sich die Kantone originär zuständig wären.⁶⁶² Die vorstehende Gesamtschau unter §5, I.-III. verdeutlicht, dass die Terrorismusbekämpfung als Verbundaufgabe durch föderal verteilte Zuständigkeiten, zahlreiche neu geschaffene Erlasse und eine Vielzahl involvierter Akteure geprägt und entsprechend komplex ausgestaltet ist.⁶⁶³ Dies deckt sich mit den aus der SVS-Übung 2019 gemachten Erkenntnissen zum Umgang mit einer länger andauernden Terrorbedrohung, wonach in ausserordentlichen Lagen «entschlossenes Handeln gefragt» sei und es «im staatspolitischen Interesse der Schweiz liege», dass «Bund und Kantone die Führungsprozesse in der Krisenbewältigung auch in einer ausserordentlichen Lage untereinander koordinieren und wichtige Entscheide mit gesamtschweizerischen Auswirkungen gemeinsam fällen».⁶⁶⁴ Gemäss SVS habe Fedpol die operative Führung «zweckmässig sichergestellt und die involvierten Partner (..) wirkungsvoll koordiniert».⁶⁶⁵ Nach Ansicht des Schreibenden ist es daher

⁶⁶⁰ Ausführlicher zur Rolle des NDB und den präventiven NDG-Massnahmen §5, III., 1., A.

⁶⁶¹ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz bspw. Massnahme 14 des NAP; Botschaft PMT, BBl 2019 4842.

⁶⁶² Hierzu ausführlicher weiter vorne §2, II.

⁶⁶³ Vgl. hierzu BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7877.

⁶⁶⁴ Zu diesem und dem nachfolgenden Satz samt Zitaten Vbs, Schlussbericht SVÜ-19, S. 16 f.

⁶⁶⁵ In Bezug auf die SVS-Übung 2019 ist zu kritisieren, dass gemäss nachrichtendienstlicher Lagebeurteilung nicht «länger andauernde Terrorbedrohungen», sondern durch Einzeltäter verursachte Low-Cost Anschläge als weitaus wahrscheinlichere Bedrohung gelten, weshalb eine Übung in diesem Bereich eher angezeigt gewesen wäre, so die Prozesse gezielter auf die wahr-

sachgerecht, dass die Federführung in der operativen Koordination der Terrorismusbekämpfung eindeutig der *Leitung und Verantwortung von Fedpol* untersteht und dieses sicherstellt, dass die einschlägigen Prozesse rund um die Terrorismusbekämpfung in Bezug auf alle involvierten Behörden möglichst genau umrissen und definiert sind.⁶⁶⁶

§ 6 RECHTLICHE ERFASSUNG VON TERRORISMUS IN DER SCHWEIZ

Polizeigesetze und strafprozessuale Bestimmungen regeln u.a. die Voraussetzungen der Kriminalitätsbekämpfung und die diesbezüglichen Befugnisse der Strafverfolgungsbehörden.⁶⁶⁷ Ein angemessener rechtlicher Umgang mit Terrorismus verlangt vorab, dass die faktische Eigenheiten von terroristischen Bedrohung straf- und polizeirechtlich überhaupt erfassbar sind. Nachfolgend soll summarisch aufgezeigt werden, wie terroristische Bedrohungslagen im Polizeirecht (I.) sowie im Strafrecht (II.) erfasst werden, bevor unter (III.) Schlussfolgerungen zu den Entwicklungstendenzen im Bereich der Terrorismusbekämpfung erkennbar gemacht werden.

I. POLIZEIRECHTLICHE ERFASSUNG

1. Schwierigkeiten rund um die polizeirechtliche Gefahr

A. Polizeilicher Gefahrenbegriff

Im Polizeirecht dient die Gefahr als Handlungsschwelle, ab welcher Polizeibehörden zur Gefahrenabwehr grundrechtsintensive Massnahmen ergreifen dürfen.⁶⁶⁸ Die polizeirechtliche *Gefahr* ist eine Sachlage, welche bei ungehindertem Geschehensablauf mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden, verstanden als eine Gefährdung oder

scheinlichste Bedrohungslage hätten entwickelt werden können. Hierzu ausführlicher weiter vorne § 4, I.

⁶⁶⁶ Siehe Botschaft PMT, BBl 2019 4764; BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7850; MERZ, S. 4.

⁶⁶⁷ BÄCKER, in: Kulick/Goldhammer, S. 148.

⁶⁶⁸ Auf die Gefahr reagiert das Recht, indem es zur Gewährleistung von Sicherheit verpflichtete Massnahmen zur Gefahrenabwehr und Schadensvermeidung vorsieht.

Verletzung polizeilicher Schutzgüter, führen würde.⁶⁶⁹ Der Gefahr ist die Vornahme einer Prognose inhärent, in welcher die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts sowie das Schadensausmass zu beurteilen ist. Die Gefahrenprognose zielt nicht auf das Errechnen statistischer Wahrscheinlichkeiten, welche in Anbetracht der in der Polizeiarbeit regelmässig kurzen Entscheidungsintervallen sowieso kaum möglich wäre.⁶⁷⁰ Das Wahrscheinlichkeitselement des Gefahrenbegriffs wird in der Praxis durch die «je-desto-Formel»⁶⁷¹ konkretisiert, indem die Bedeutung des gefährdeten Polizeigutes und die mutmassliche Schwere der Folgen einer Realisierung der Gefahr in die Entscheidung über das Ob und Wie der polizeilichen Gefahrenabwehr einbezogen werden.⁶⁷²

B. Beschränkte Eignung des polizeilichen Gefahrenbegriffs

Die gefahrenrechtliche Prognose muss sich insoweit auf eine konkrete Gefahr bzw. eine konkrete Straftat beziehen, als dass diese in Bezug auf die Art, den Ort, die Zeit und die Beteiligten zumindest ansatzweise konturiert sein muss.⁶⁷³ Als wahrscheinlichste terroristische Bedrohung in der Schweiz erachten die aktuellsten Einschätzungen durch einzelne Personen oder Kleingruppen mit geringem logistischem Aufwand auf weiche

⁶⁶⁹ Vgl. REINHARD, S. 105; ZÜND/ERRASS, S. 9; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 521, welche von «hinreichender Sicherheit» sprechen. Gemäss Bundesgericht liegt eine Gefahr vor, wenn: «Schaden für die öffentliche Sicherheit und Ordnung nach den Umständen mit Sicherheit oder hoher Wahrscheinlichkeit vorauszusehen ist», BGE 111 Ia 322 E. 6a.

⁶⁷⁰ Vgl. KULICK, S. 180. Der sicherheitsrechtliche Wahrscheinlichkeitsbegriff berücksichtigt «komplexe, tatsächliche Geschehensabläufe», deren rechtliche Beurteilung nicht nur gestützt auf statistische Betrachtungsweisen, sondern ebenso basierend auf normativen Wertungen erfolgt, indem tatsächliche Anhaltspunkte und die allgemeine Lebenserfahrung aus der Perspektive eines objektiven Beobachters miteinbezogen werden. Vgl. zu den Zitaten sowie allgemein und informativ zum Wahrscheinlichkeitsbegriff im Verwaltungsrecht ALTWICKER, S. 631. Die Begriffsbedeutung der «Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts» sowie die Methodik zur Feststellung derselben ist gemäss ALTWICKER juristisch kaum behandelt. Das Gesagte gilt exemplarisch in Bezug auf den terroristischen Gefährder und die damit verbundene prognostische Würdigung. Dazu ausführlicher weiter hinten § 7, V. Vgl. interessant zum Gesagten auch GOLDHAMMER, S. 23.

⁶⁷¹ RUSCHEMEIER, S. 124.

⁶⁷² REINHARD, S. 108 (m.w.H.). Je bedeutender das bedrohte Rechtsgut oder das erwartete Schadensausmass ist, desto tiefer liegen die Anforderungen an die Eintretenswahrscheinlichkeit des Schadens. Siehe RUSCHEMEIER, S. 124; KULICK, S. 180.

⁶⁷³ Hierzu und zum ganzen Satz BÄCKER, in: Kulick/Goldhammer, S. 148.

Ziele wie Menschenansammlungen oder Gebäude begangene Anschläge.⁶⁷⁴ Die Vorbereitungshandlungen für diesen sog. «Low-cost-Terrorismus» stellen für sich betrachtet regelmässig legale und harmlose Alltagsbetätigungen dar. Typische Eigenheit für die in der Schweiz wahrscheinlichste terroristische Bedrohungsform ist daher der Umstand, dass der Zeitpunkt, in welchem eine Verletzung von Polizeigütern mit hoher Wahrscheinlichkeit erreicht ist und der Zeitpunkt der eigentlichen Rechtsgutverletzungen eng zusammenliegen oder gar zusammenfallen.⁶⁷⁵ «Das Regelungsproblem liegt folglich darin, dass es mit Konkretisierung der Gefahr bereits zu spät ist, sie zu unterbinden.»⁶⁷⁶ Die erforderliche «hohe Wahrscheinlichkeit» einer Rechtsgutverletzung verdeutlicht, dass der herkömmliche Gefahrenbegriff nur sehr beschränkt zur rechtlichen Erfassung und präventiven Bekämpfung von terroristischen Bedrohungslagen geeignet ist. Aus rechtlicher Sicht stellt die terroristische Bedrohung durch den «Low-cost-Terrorismus» eher ein Risiko denn eine polizeiliche Gefahr dar, welchem mittels ausgeweiteter polizeilicher Handlungsbefugnisse im Vorfeld der Gefahr begegnet werden soll.

2. Terroristische Bedrohungen als Risiko

A. Begriffsverständnis

Das Risiko umschreibt die unter der polizeirechtlichen Gefahrenschwelle liegende *Grösse der Wahrscheinlichkeit*, mit welcher ein Schaden bzw. eine Beeinträchtigung der polizeilichen Schutzgüter eintreten könnte. Als «Funktion von Schaden und Schadenseintrittswahrscheinlichkeit»⁶⁷⁷ beinhaltet es eine Aussage über die *Eintretenswahrscheinlichkeit*

⁶⁷⁴ Vgl. zu diesem Satz u.a. Bedrohungslage 2020, BBl 2020 4298. Ausführlicher zu den behördlichen Lagebeurteilungen weiter vorne §4, II.

⁶⁷⁵ Siehe dazu interessant auch GOLDHAMMER, S. 24 f.

⁶⁷⁶ GOLDHAMMER, S. 165 m.H.a. das Bayrische Polizeigesetz (BayPAG), wo in Art. 11 Abs. 3 BayPAG als «neue Gefahrenkategorie» die «drohende Gefahr» eingeführt wurde. Eine drohende Gefahr liegt im Einzelfall vor, wenn «1. Das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet oder 2. Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen, wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind [...] Mit anderen Worten, die drohende Gefahr bezieht sich auf die Erwartung einer Gefahr, d.h. auf die Erwartung des Entstehens einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit, es handelt sich mithin um eine Prognosen-Prognose».

⁶⁷⁷ Hierzu SCHREIBER, in: Haux/Picocchi/Schreiber, S. 31 f. Vgl. auch Art. 2 Abs. 5 StFV.

sowie das *Schadenpotential* einer bestimmten Handlung oder Sache.⁶⁷⁸ Die vorerwähnten behördlichen Lagebeurteilungen, welche für die Schweiz von einer «erhöhten Terrorbedrohung» ausgehen, treffen Aussagen über die Eintretenswahrscheinlichkeit und das Schadenspotential von terroristischen Anschlägen in der Schweiz. Eine Anti-Terrorismusgesetzgebung, welche sich auf eine «erhöhte Terrorbedrohung» referenziert und bereits vor der herkömmlichen Gefahrenschwelle staatliche Eingriffsbefugnisse vorsieht, betreibt primär Risikomanagement und nicht polizeiliche Gefahrenabwehr, weil die abzuwehrende Gefahr zu diesem Zeitpunkt weder nach ihrer Art, dem Ort, der Zeit und den Beteiligten ausreichend konkretisierbar ist. In dieser «Vorverlagerung der Gefahrenabwehr hin zur Gefährdungsabwehr»⁶⁷⁹ greifen die polizeilichen Eingriffsbefugnisse zwingend bereits in Bezug auf potentielle Gefahrenquellen.⁶⁸⁰

B. Fehlende Debatte zur Risikoakzeptanz

Ein «*Nullrisiko*» liegt dann vor, wenn die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts null beträgt.⁶⁸¹ Ein Nullrisiko schliessen die behördlichen Lagebeurteilungen schon aus staatshaftungsrechtlichen Gründen ausdrücklich aus, indem sie u.a. festhalten, dass es «keinen umfassenden Schutz gegen alle möglichen Bedrohungsformen terroristischer Gewaltanwendung»⁶⁸² gebe und dass ein terroristischer Anschlag in der Schweiz «jederzeit

⁶⁷⁸ Im Unterschied zum Gefahrenbegriff ist der Risikobegriff «kein juristischer Fachbegriff im herkömmlichen Sinne». VOKINGER, S. 155. SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, in: Schweizer, S. 84, erwähnen, dass der Begriff in der Rechtsordnung uneinheitlich verwendet wird, was diese mit der subjektiven Wahrnehmung und Akzeptanz von Risiken in der Bevölkerung erklären.

⁶⁷⁹ VOKINGER, S. 158.

⁶⁸⁰ Siehe dazu auch CONINX, Terrorismusbekämpfung, S. 190. Zum Ganzen auch interessant GOLDHAMMER, S. 22 f. Vgl. ferner bereits VOKINGER, S. 158. Zwar in Bezug auf das Ärzthaftpflichtrecht, aber nach Ansicht des Schreibenden durchaus übertragbar auf die Terrorismusbekämpfung hält VOKINGER zutreffend fest: «Die Risikovorsorge erlaubt die Reaktion auf neuartige Gefährdungen, die in Erscheinung treten, ohne dass die Schadensquelle oder der Verursacherzusammenhang umfassend bekannt sind».

⁶⁸¹ SCHREIBER, in: Haux/Picocchi/Schreiber, S. 32 f.

⁶⁸² Antwort des Bundesrates vom 1.3.2006 auf die Anfrage Nr. 05.1203 Schutzkonzept gegen den Terrorismus vom 16.12.2005.

möglich»⁶⁸³ sei.⁶⁸⁴ Die Stossrichtung der einschlägigen parlamentarischen Debatten⁶⁸⁵, sowie die gesetzlichen straf- und polizeirechtlichen Neuerungen zur Terrorismusbekämpfung auf Bundesebene⁶⁸⁶ verdeutlichen, dass diese indes auf ein möglichst geringes Restrisiko abzielen. Eine grundlegende Auseinandersetzung damit, welche welches Mass an verbleibender Unsicherheit im Rahmen der Terrorismusbekämpfung in der Schweiz von der gesetzgebenden Mehrheit als Restrisiko in Kauf genommen wird, sucht man im Gesetzgebungsprozess und den dazugehörigen Materialien vergeblich.⁶⁸⁷ Eine nach Ansicht des Schreibenden wünschenswerte Diskussion über die *Risikoakzeptanz* hätte nicht nur die Eintretenswahrscheinlichkeit und das Schadenpotential von Terrorismus in der Schweiz, sondern grundlegender auch die «Kollateralschäden» einer auf möglichst weitgehende Risikominimierung ausgerichteten Anti-Terrorismus-Gesetzgebung miteinbeziehen müssen.

II. STRAFRECHTLICHE ERFASSUNG

1. Repressive Natur des Strafrechts

Als Grundlage der Strafe verlangt das Schuldprinzip, dass der tatbegehenden Person *Tat und Schuld* nachgewiesen werden.⁶⁸⁸ In welchem Verhältnis Schuld und Strafe zueinanderstehen, hängt wesentlich davon ab, welchen Zwecken Strafe dienen soll. Die Strafzwecktheorien lassen sich grob in *absolute* und *relative* unterteilen.⁶⁸⁹ Absolute oder retributive Straftheorien knüpfen als Referenzpunkt an verübte Straftaten und

⁶⁸³ Siehe etwa Fn. 322.

⁶⁸⁴ Ein Nullrisiko im Bereich der öffentlichen Sicherheit ist auch m.E. weder wünschenswert noch realistisch, da einerseits die totale Kontrolle aller Lebensbereiche mit dem liberalen Staatsverständnis unvereinbar wäre und dies andererseits schier unermesslicher staatlicher Ressourcen bedürfen würde. So auch MAGNIN, S. 36 f.

⁶⁸⁵ Hierzu eingehend weiter oben §4, I.

⁶⁸⁶ Hierzu eingehend weiter oben §5, II. Zu den neuen BWIS-Präventivmassnahmen hinten §7 und §8.

⁶⁸⁷ Hierzu und zum nächsten Satz SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, in: Schweizer, S. 84 (m.w.H.).

⁶⁸⁸ BOMMER, in: Niggli/Wiprächtiger, Vor Art. 19 Rz 26. Das Schuldprinzip untersagt einerseits die Androhung und Verhängung von Strafen ohne Schuld sowie andererseits das Aussprechen von Strafen, welche in ihrer Intensität über das Verschuldensmass hinausgehen.

⁶⁸⁹ Vgl. hierzu statt vieler JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER, S. 6 ff.

somit an Schuld an.⁶⁹⁰ Dieser Strafauffassung folgend bezweckt Strafe einen *Schuldausgleich*.⁶⁹¹ Demgegenüber knüpfen relative oder präventive Straftheorien an die Verhinderung künftiger Straftaten an.⁶⁹² Präventiven Straftheorien ist es gemeinsam, dass diese nicht primär einem Schuldausgleich oder einer Form von höherer Gerechtigkeit dienen, sondern dass die Übelszufügung in Form einer Strafe viel mehr als notwendiges Mittel zur Gewährleistung des gesellschaftlichen Zusammenlebens hinzunehmen ist.⁶⁹³ Im Unterschied zum Polizeirecht, welches schwerpunktmässig auf die präventive Gefahrenabwehr resp. die Vermeidung einer Rechtsgutverletzung abzielt, ist das Strafrecht in seiner Grundausrichtung retrospektiv und repressiv, weshalb es sich primär auf begangenes Unrecht und die Verhängung einer schuldangemessenen Strafe bezieht.⁶⁹⁴

2. Strafrechtliche Terrorismusdefinition

Das StGB kennt zwar keine allgemeine Terrorismusstrafnorm⁶⁹⁵. Es enthält indes in verschiedenen revidierten Strafbestimmungen *implizite Terrorismusdefinitionen*, in welchen u.a. terroristische Organisationen oder Vorbereitungshandlungen zu terroristischen Straftaten spezifisch definiert werden.⁶⁹⁶ Bspw. umschreibt Art. 260^{ter} Abs. 1 lit. a Ziff. 2 StGB terroristische Organisationen als solche, die den Zweck verfolgen,

⁶⁹⁰ So CONINX, Grundlagen des Strafans, S. 158 (m.w.H.). Siehe auch Art. 47 Abs. 1 StGB.

⁶⁹¹ BOMMER, in: Niggli/Wiprächtiger, Vor Art. 19 N 46; CONINX, Grundlagen des Strafans, S. 158.

⁶⁹² CONINX, Grundlagen des Strafans, S. 158.

⁶⁹³ BOMMER, in: Niggli/Wiprächtiger, Vor Art. 19 N 46; VEST, S. 324 f. Zum Verhältnis zwischen den verschiedenen Strafzwecken vgl. u.a. BGE 134 IV 1, E. 5.4.1; CONINX, Grundlagen des Strafans, S. 169.

⁶⁹⁴ Vgl. ähnlich VEST, S. 324 f.; TODESCHINI, Rz 21 (m.w.H.).

⁶⁹⁵ Vgl. dazu bspw. die Parlamentarische Initiative 15.407 vom 4.3.2015 zur Schaffung einer Strafbestimmung zur Terrorismusbekämpfung eingereicht von der FDP-Fraktion. Im Unterschied zum Nationalrat beschloss die Sicherheitskommission des Ständerates im Rahmen der Vorprüfung (15.407) an der Frühjahrssession 2019 einstimmig der Initiative keine Folge zu leisten, da im Rahmen der Vorlage 18.071, «Terrorismus und organisierte Kriminalität. Übereinkommen des Europarates», auch die Frage der Bestrafung von terroristischen Handlungen und die entsprechenden Artikel des Strafgesetzbuches Gegenstand der Debatte seien. Der Bundesrat erachtete eine allgemeine Terrorismusstrafnorm als aus Sicht der Rechtsanwendung nicht erforderlich, da eine strafrechtliche Bekämpfung des Terrors bereits lückenlos möglich sei. Botschaft ÜVT, BBl 2018 6513. Zum Ganzen TODESCHINI, Rz 131 ff.; JOSITSCH/POULIKAKOS, Rz 6.

⁶⁹⁶ Siehe Art. 260^{ter} StGB, 260^{quinquies} und 260^{sexies} StGB.

Gewaltverbrechen⁶⁹⁷ zu begehen, mit denen die Bevölkerung eingeschüchtert oder ein Staat oder eine internationale Organisation zu einem Tun oder Unterlassen genötigt werden soll.⁶⁹⁸ Diese generell-abstrakte Definition von terroristischen Handlungsweisen orientiert sich an bestehenden internationalen Vorgaben.⁶⁹⁹ In der Anwendung der in den revidierten Strafbestimmung enthaltenen impliziten Terrorismusdefinitionen sollen auch «Beschlüsse internationaler Gremien oder entsprechende aktualisierte Listen über terroristische Organisationen Berücksichtigung finden», wobei es den Gerichten weiterhin freistehen soll, auch «zusätzliche Aspekte zu berücksichtigen und weitere Erwägungen anzustellen bei der Beantwortung der Frage, ob eine Gruppierung als terroristische Organisation einzustufen ist».⁷⁰⁰

3. Terrorismusbekämpfung mittels Vorverlagerung der Strafbarkeit

Verübte terroristische Anschläge erfüllen in aller Regel verschiedene bestehende Straftatbestandsbestimmungen zum Schutz von Rechtsgütern wie bspw. Leib, Leben oder Eigentum.⁷⁰¹ Obwohl das Strafrecht grundsätzlich retrospektiv und repressiv ausgerichtet ist, lässt sich als Tendenz feststellen, dass terroristische Anschläge durch die Schaffung

⁶⁹⁷ «Unter Gewaltverbrechen versteht man mit Freiheitsstrafen von mehr als drei Jahren bedrohte Delikte mit physischen Einwirkungen auf Menschen oder Sachen. Gemeint sind Delikte gegen Leib und Leben, Raub, Erpressung, Freiheitsberaubung, Entführung, Geiselnahmen sowie gemeingefährliche Delikte wie Brandstiftung oder Sprengstoffdelikte.» Siehe dazu FIOLKA, in: Niggli/Wiprächtiger, Art. 260^{quinquies} Rz 25 (m.w.H.). Hierzu ausführlicher im Zusammenhang mit der Definition von terroristischer Aktivität §7, IV., 2., B.

⁶⁹⁸ Eingehend zu den einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen und zur Entstehungsgeschichte von Art. 260^{ter} StGB, TODESCHINI, Rz 93 ff; VEST, S. 330 ff. Die Umschreibung des terroristischen Zwecks basiert auf der inhaltlich gleichlautenden älteren Bestimmung zur Terrorismusfinanzierung nach Art. 260^{quinquies} StGB. Siehe dazu ausführlicher Botschaft ÜVT, BBl 2018 6477 f.

⁶⁹⁹ Botschaft ÜVT, BBl 2018 6477 f. Hingegen wurde darauf verzichtet, zusätzlich spezifische Organisationen wie Al-Qaïda, IS oder andere vergleichbare Gruppierungen explizit zu nennen und im Gesetzesentwurf aufzulisten. Siehe dazu auch VEST, S. 328 f. Zur (fehlenden) internationalen Terrorismusdefinition weiter vorne §3, II., 3.

⁷⁰⁰ Vgl. zu diesem Satz und den enthaltenen Wortzitaten Botschaft ÜVT, BBl 2018 6477 f.

⁷⁰¹ Hierzu und zum nächsten Satz TODESCHINI, Rz 21.

von spezifischen Vorverlagerungstatbeständen präventiv verhindert werden sollen.⁷⁰² Diese vorgelagerte Strafbarkeit führt dazu, dass Verhaltensweisen pönalisiert werden, die isoliert betrachtet keine (terroristischen) Straftaten darstellen, die jedoch einem «künftig strafbaren, terroristischen Handeln dienen oder ein solches fördern»⁷⁰³ könnten. Als Anknüpfungspunkt für ein Strafverfahren dient «ein als gefährlich eingestuftes, teilweise unspezifisches Verhalten davor, das die Begehung einer prognostizierten Tat befürchten lässt»⁷⁰⁴. «Dass man nicht erst die eigentliche Rechtsgutsverletzung unter Strafe stellt (also etwa das Bombenlegen), sondern bereits im Vorfeld zu einer Straftat Verhaltensweisen kriminalisiert, ist kein neuer Gedanke.»⁷⁰⁵ CONINX betont indes, dass sich die Vorverlagerungstendenz durch den per 1. Juli 2021 in Kraft getretenen Art. 260^{sexies} StGB, welcher vorbereitende Verhaltensweisen⁷⁰⁶ rund um die geplante Verübung einer terroristischen Straftat⁷⁰⁷ auf weitreichende Weise pönalisiert, zusätzlich verschärft hat.⁷⁰⁸ Immerhin soll gemäss Bundesrat eine «Strafbarkeit hypothetischer Ketten von

⁷⁰² Der Gesetzgeber will die repressive Funktion des Strafrechts vermehrt mit Prävention vermengen. «In der Literatur wird bei diesem Prozess von Ausdehnung bzw. Vorverlagerung der Strafbarkeit gesprochen», TODESCHINI, Rz 21. Siehe auch VEST, S. 324 f., welcher von «präventiver (Vor-) Vorfeldbestrafung i.S. von Repressionsprävention» spricht.

⁷⁰³ JOSITSCH/POULIKAKOS, Rz 3, 27.

⁷⁰⁴ JOSITSCH/POULIKAKOS, Rz 3, 27. Massgeblich ist gemäss Bundesrat lediglich, ob die Verhaltensweisen das Potenzial besitzen zu einer terroristischen Straftat zu führen. Botschaft ÜVT, BBl 2018 6439.

⁷⁰⁵ CONINX, Terrorismusbekämpfung, S. 190. Als Beispiele nennt CONINX die Mitgliedschaft an einer kriminellen Organisation nach Art. 260^{ter} aStGB und die strafbaren Vorbereitungshandlungen nach Art. 260^{bis} StGB, welche bereits in den 1990er-Jahren Eingang ins StGB gefunden haben.

⁷⁰⁶ Art. 260^{sexies} Abs. 1 lit. b StGB stellt die Anleitung in der Herstellung oder im Gebrauch von Waffen, Sprengstoffen, radioaktiven Materialien, giftigen Gasen oder anderen Vorrichtungen oder gefährlichen Stoffen zwecks Begehung oder Teilnahme an einer terroristischen Straftat unter Strafe. Hierzu ausführlicher Botschaft ÜVT, BBl 2018 6485. Art. 260^{sexies} Abs. 1 lit. c StGB stellt grenzüberschreitende Reisen zwecks Begehung, Beteiligung oder Ausbildung zur Verfügung einer terroristischen Straftat unter Strafe. Art. 260^{sexies} Abs. 2 StGB sieht überdies für die Sammlung von Vermögenswerten zwecks Finanzierung einer Ausreise i.S.v. Art. 260^{sexies} Abs. 1 lit. c StGB ebenfalls eine maximale Freiheitsstrafe von fünf Jahren vor. Kritisch zu den beiden letztgenannten Bestimmungen VEST, S. 333 f.

⁷⁰⁷ Diese wird in Art. 260^{sexies} Abs. 2 StGB als ein Gewaltverbrechen definiert, mit dem die Bevölkerung eingeschüchtert oder ein Staat oder eine internationale Organisation zu einem Tun oder Unterlassen genötigt werden soll.

⁷⁰⁸ CONINX, Terrorismusbekämpfung, S. 190.

Ereignissen, die in einem bloss theoretischen Konnex zu Terrorakten stehen» trotz der neu geschaffenen Vorfeldtatbestände vermieden werden.⁷⁰⁹ Deswegen bilde ein «ausreichender Zusammenhang» zwischen den Ereignissen und einem befürchteten Terrorakt die Voraussetzung für die weite Vorverlagerung der Strafbarkeit.

A. Anwerbungshandlung und Ausreiseabsicht

Wie weitreichend die Vorverlagerung zur beabsichtigten Verhinderung von terroristischen Straftaten ausfällt, exemplifiziert einerseits Art. 260^{sexies} Abs. 1 lit. a StGB, welcher die *Anwerbung* von Dritten zur Begehung einer terroristischen Straftat mit Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren bedroht.⁷¹⁰ Das Delikt ist bereits dann vollendet, wenn die angeworbene Person die Anwerbungsbemühungen der anwerbenden Person zur Kenntnis genommen hat. Auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes ist Eventualvorsatz ausreichend, womit die Strafbarkeit bereits dann zu bejahen ist, wenn erstellt ist, dass die anwerbende Person eine Anwerbung der anzuwerbenden Person in Kauf genommen hat, wobei überdies bereits der Versuch strafbar ist.⁷¹¹ Andererseits ist auch die Sanktionierung von *grenzüberschreitenden Reisebewegungen* zwecks beabsichtigter Ausbildung zu oder der Beteiligung an einer terroristischen Straftat nach Art. 260^{sexies} Abs. 1 lit. c StGB weitreichend ausgefallen.⁷¹² Im Hinblick auf die inhaltlich ähnliche Vorgängerbestimmung von Art. 2 Al-Qaïda/IS-Gesetz⁷¹³ hat das Bundesgericht ausge-

⁷⁰⁹ Vgl. hierzu und den enthaltenen Zitaten sowie dem nächsten Satz Botschaft ÜVT, BBl 2018 6435. Die Botschaft selbst macht in diesen neuen Strafbestimmungen «eine breit gefächerte Vorverlagerung von Strafbarkeiten» aus. Botschaft ÜVT, BBl 2018 6435; Vest, S. 333, welcher richtigerweise erwähnt, dass der Rechtsprechung durch diese Vorverlagerung «eine Fülle von schwierigen Auslegungs- und Beweisproblemen» aufgehalst wird.

⁷¹⁰ Siehe hierzu und den nachfolgenden zwei Sätzen CONINX, Terrorismusbekämpfung, S. 190 f. (m.w.H.); TODESCHINI, Rz 112 ff.; Botschaft ÜVT, BBl 2018 6442 ff.

⁷¹¹ Hierzu treffend und kritisch Vest, S. 333 f. Umgekehrt hat der Bundesrat aufgrund der damit verbundenen noch weitergehenden Vorverlagerung der Strafbarkeit und den hohen Anforderungen an die Beweislage auf eine Kriminalisierung des Sich-Anwerben-Lassens verzichtet. «Neben diesen Gesichtspunkten stellt sich auch die Frage der Strafwürdigkeit: Birgt der blosser Entschluss, ohne konkrete, gegen aussen sichtbare Aktivität, sich im Hinblick auf eine unter Umständen unbestimmte Tätigkeit zur Verfügung zu stellen, bereits ein genügendes Gefährdungspotenzial, um eine Strafverfolgung anzustreben?» Botschaft ÜVT, BBl 2018 6445.

⁷¹² So auch TODESCHINI, Rz 116.

⁷¹³ Hierzu eingehend LEU/PARVEX, S. 756 ff.

führt, dass zur Begründung der Strafbarkeit kein Bezug zu einer spezifischen künftigen terroristischen Straftat erforderlich sei.⁷¹⁴ In Vornahme einer extensiven Auslegung von Art. 2 Al-Qaida/IS-Gesetz erachtete es das Bundesgericht zur Begründung der Strafbarkeit eines Jihadreisenden als ausreichend, dass dieser durch die versuchte Ausreise bei möglichen Nachahmern Bewunderung auslösen könnte. In Berücksichtigung der «propagandistischen Wirkung» einer Jihadreise machte er «aktive Werbung» für die Ziele des IS. Obwohl der Täter noch vor Besteigen des Flugzeuges in Zürich verhaftet wurde, erachtete das Bundesgericht den Ausreisetatbestand zu diesem Zeitpunkt bereits als vollendet.⁷¹⁵

B. Würdigung der neuen Vorfeldtatbestände

Der sachliche und zeitliche Kausalzusammenhang zwischen an sich legalen Verhaltensweisen und einem befürchteten künftigen Terrorakt wird durch die neu geschaffenen Vorfeldtatbestände zusehends ausgeweitet, so dass bereits Vorbereitungen zu Vorbereitungshandlungen zu einer terroristischen Straftat kriminalisiert werden.⁷¹⁶ Diese Vorverlagerungstendenz stösst in der Lehre auf grossmehrheitliche Ablehnung.⁷¹⁷ JOSITSCH/POULIKAKOS kritisieren etwa, dass die neu geschaffenen Bestimmungen primär symbolische Bedeutung haben, indem der Öffentlichkeit veranschaulicht werden soll, «dass man aktiv gegen die Gefahr des Terrorismus vorgeht»⁷¹⁸. Aus strafrechtsdogmatischer Sicht ist diese weitgehende Vorverlagerung in Berücksichtigung der repressiven Natur des Strafrechts fraglich, da sich das Strafrecht durch «präventive (Vor-)Vorfeldbestrafung i.S. von Reperessionsprävention»⁷¹⁹ als eigentliches Sicher-

⁷¹⁴ Vgl. hierzu und den folgenden zwei Sätzen CONINX, Terrorismusbekämpfung, S. 191 f.; TODESCHINI, Rz 115; BGer 6B_948/2016 vom 22.2.2017 E. 4.2.2. Für eine eingehende Analyse zur strafrechtlichen Rechtsprechung rund um den jihadistischen Terrorismus siehe AJIL/LUBISHTANI, Rz 1 ff.

⁷¹⁵ Zum Ganzen siehe auch schon LEU/PARVEX, S. 756 ff.; VEST, S. 328 f.

⁷¹⁶ Vgl. dazu VEST, S. 324 f.

⁷¹⁷ JOSITSCH/POULIKAKOS, Rz 27; TODESCHINI, Rz 122; CONINX, Terrorismusbekämpfung, S. 189 ff.; VEST, S. 324 f.

⁷¹⁸ Zu diesem Zitat und dem nachfolgenden Satz JOSITSCH/POULIKAKOS, Rz 3, 27.

⁷¹⁹ VEST, S. 325.

heitsstrafrecht⁷²⁰ zusehends auf die Gewährleistung von Sicherheit ausgerichtet ist. Grundsätzlich stellt sich dabei die Frage, ob und inwieweit das Strafrecht Instrumente für präventive Terrorismusabwehr liefern kann und soll. In diesem Sinne schliessen JOSITSCH/POULIKAKOS überzeugend.

«Dass die repressive Funktion des Strafrechts hierzu grundsätzlich ungeeignet ist, ist klar und sollte nicht dadurch kompensiert werden, dass die Grundsätze des Strafrechts in Frage gestellt werden und Vorverlagerungstatbestände immer weiter in den abstrakten Bereich verschoben werden. Anhand dieser Gefährdungstatbestände mutiert die repressive Funktion des Strafrechts zu einer Art Präventivfunktion, die nicht Aufgabe des Strafrechts sondern des Polizeirechts ist.»⁷²¹

Im Hinblick auf die künftige Rechtsanwendung der neuen (Vor-)Vorfeldtatbestände ist zur Verhinderung einer allzu weiten Strafbarkeit zu fordern, dass die Strafverfolgungsbehörden in jedem Einzelfall den Beweis eines ausreichenden Zusammenhangs zwischen dem an sich legalen Vorfeldverhalten und dem möglichen künftigen Terrorakt rechtsgenügend darlegen.⁷²²

4. Hohe Strafandrohungen als Mittel zur Terrorismusbekämpfung?

Sowohl die Bestimmung von Art. 260^{sexies} StGB zur Terrorismusfinanzierung als auch die neuen Anwerbungs-, Ausbildungs-, Auslandsreise- und Ausreisefinanzierungstatbestände nach Art. 260^{sexies} StGB sehen die Verhängung von Freiheitsstrafen bis zu fünf Jahren vor. Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren kann auch die Beteiligung, Unterstützung oder sonstige Förderung einer nach Art. 74 NDG verbotenen Organisation oder Gruppierung sanktioniert werden.⁷²³ Für die Beteiligung an einer terroristischen

⁷²⁰ TODESCHINI, Rz 133 (m.w.H.). VEST, S. 325. Vgl. dazu ferner auch schon MAEDER, S. 12 ff.

⁷²¹ JOSITSCH/POULIKAKOS, Rz 27. Siehe auch CONINX, Terrorismusbekämpfung, S. 191.

⁷²² Vgl. Botschaft ÜVT, BBl 2018 6435; JOSITSCH/POULIKAKOS, Rz 3. Ähnlich TODESCHINI Rz 21.

⁷²³ Gemäss Art. 74 Abs. 1 NDG kann der Bundesrat eine Organisation oder Gruppierung verbieten, welche mittelbar oder unmittelbar terroristische oder gewalttätig-extremistische Aktivitäten propagiert, unterstützt oder in anderer Weise fördert und damit die innere oder äussere Sicherheit konkret bedroht. Hierzu kritisch und treffend VEST, S. 330 (m.w.H.).

Organisation sieht Art. 260^{ter} Abs. 1 StGB Freiheitsstrafen bis zu zehn Jahren vor.⁷²⁴ Soweit die Täterschaft einen bestimmenden Einfluss in der Organisation ausübt, ist gemäss Abs. 3 eine Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren zu verhängen.⁷²⁵ Sämtliche terrorismusspezifischen Straftatbestände sind mit Freiheitsstrafen von mehr als drei Jahren bedroht, womit es sich bei diesen um Verbrechen i.S.v. Art. 10 Abs. 2 StGB handelt. Indem der Gesetzgeber Verhaltensweisen im terroristischen Vorfeld der schwersten Kategorie von Straftaten zuordnet, baut er faktisch auf die Präventivwirkung hoher Strafandrohungen.⁷²⁶ Das an sich tat- und schuldangemessenen Strafrecht kommt im Zusammenhang mit der Kriminalisierung von mutmasslich terroristischen (Vor-)Vorfeldaktivitäten gar Symbolfunktion zu, in welcher die Kriminalisierung zur politischen Frage wird.⁷²⁷ In der Bevölkerung soll dadurch «Beschwichtigung erreicht, Sicherheit vermittelt und die Beherrschung des Problems suggeriert» werden.

III. SCHLUSSFOLGERUNGEN ZU § 6

Das faktisch-rechtliche Unvermögen, die Bedrohung durch den «Low-Cost-Terrorismus» mittels der bestehenden polizeirechtlichen Gefahrendogmatik zu erfassen, hat

⁷²⁴ Diese Strafandrohung begründet der Bundesrat mit dem «erhöhten Unrechtsgehalt(s), der besonderen Verwerflichkeit der Tat, der gesellschaftlichen Ächtung sowie wegen der mit Terrorakten einhergehenden massiven und durch die Öffentlichkeit entsprechend wahrgenommenen Bedrohung von Leib und Leben von Menschen». Botschaft ÜVT, BBl 2018 6474. Ausführlicher und kritisch zum Strafrahmen von Art. 260^{ter} StGB, TODESCHINI, Rz 103 ff. Soweit sich die Unterstützung auf eine spezifische (terroristische) Gewalttat bezieht, gelangt anstelle von Art. 260^{ter} StGB der Tatbestand des spezifischeren Delikts zur Anwendung. Siehe dazu eingehend und trefend TODESCHINI, Rz 107, 127 (m.w.H.).

⁷²⁵ «Wer einen bestimmenden Einfluss innerhalb der Organisation besitzt, ist für die Existenz und die Aktivität der Organisation ausgeprägt verantwortlich. Er oder sie besitzt ein faktisches Mitbestimmungsrecht darüber, in welchem Umfang die Organisation deliktisch aktiv ist und entsprechend ihren Einfluss und ihre Macht auszubauen versucht. Der Mehrwert für die Organisation und das daraus resultierende Gefährdungspotenzial ist als erheblich erhöht einzustufen. Entsprechend höher ist auch der Unrechtsgehalt einer solchen Beteiligung.» Botschaft ÜVT, BBl 2018 6474.

⁷²⁶ Siehe VEST, S. 324 f. Hierzu kritisch JOSITSCH/POULIKAKOS, Rz 3, 27: «Ebenfalls klar ist, dass im Bereich des Terrorismus das Strafrecht gegenüber den Tätern kaum präventive Wirkung entfaltet». Ähnlich auch TODESCHINI, Rz 22 (m.w.H.).

⁷²⁷ Hierzu und zum nachfolgenden Satz samt Wortzitaten TODESCHINI, Rz 22.

gesetzgeberische «Reaktionen» nach sich gezogen,⁷²⁸ welche wiederum weitreichende faktische und dogmatische Veränderungen auf der Ebene des Polizei- und Strafrechtes bewirkt haben.⁷²⁹ Die erfolgten Anpassungen fussen in beiden Rechtsgebieten auf einem angewachsenen Sicherheitsbedürfnis und der kühnen Annahme, «dass ein schädigendes Ereignis vorausgesehen werden kann»⁷³⁰. Im Sinne einer antizipierenden Risikosteuerung werden die rechtlichen Eingriffsbefugnisse der Polizei und der Strafverfolgungsbehörde dabei so ausgeweitet, dass sich diese bereits auf lediglich potentielle Gefahrenquellen beziehen.⁷³¹

Im *Bereich der inneren Sicherheit* fällt einerseits auf, dass polizeiliche Aufgaben im Allgemeinen sowie in der Terrorismusbekämpfung im Besonderen vermehrt Gegenstand einer vertikalen Kompetenzverschiebung bilden, indem sich der Bund diesbezügliche Kompetenzen geradezu anmasst.⁷³² Andererseits findet in der polizeirechtlichen Terrorismusbekämpfung eine Aufweichung des herkömmlichen Gefahrenbegriffs sowie eine Verschiebung der Eingriffsschwelle ins Gefahrenvorfeld und hin zu einem «Risikomanagement» statt.⁷³³ Das an sich retrospektiv und repressiv ausgerichtete *Strafrecht* erinnert im Kontext der Terrorismusbekämpfung aufgrund seiner präventiven Ausrichtung an ein eigentliches Sicherheitsstrafrecht. Als Mittel zum Zwecke der Terrorismusbekämpfung dienen weitreichende (Vor-)Vorfeldtatbestände, die Verhaltensweisen pönalisieren, welche von einem Terrorakt in kausaler Hinsicht weit entfernt sind.⁷³⁴ Die Überwälzung diffiziler Auslegungsfragen auf die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte werden ebenso wie hypothetische Ereignisketten mit bloss theoretischem Konnex zu

⁷²⁸ Dazu ausführlicher weiter vorne §5, II.

⁷²⁹ Vgl. auch VEST, S. 334, welcher erwähnt, dass: «(...)unter dem Imperativ vermeintlicher Sachzwänge dogmatische Grundsätze mitunter bis zur Unkenntlichkeit» verkümmern.

⁷³⁰ Siehe CONINX, Terrorismusbekämpfung, S. 206 f. mit interessanten Ausführungen zum in diesem Kontext relevanten «Rückschafehler».

⁷³¹ Siehe dazu auch CONINX, Terrorismusbekämpfung, S. 190. Vgl. VOKINGER, S. 158. Zwar in Bezug auf das Ärzthaftpflichtrecht, aber nach Ansicht des Schreibenden durchaus übertragbar auf die Terrorismusbekämpfung hält VOKINGER zutreffend fest: «Die Risikovorsorge erlaubt die Reaktion auf neuartige Gefährdungen, die in Erscheinung treten, ohne dass die Schadensquelle oder der Verursacherzusammenhang umfassend bekannt sind».

⁷³² Hierzu eingehend weiter vorne §4, II.

⁷³³ Hierzu ausführlicher in Bezug auf den terroristischen Gefährder weiter hinten §7, I.

⁷³⁴ Vgl. VEST, S. 324 f.; JOSITSCH/POULIKAKOS, Rz 27.

potentiellen Terrorakten in Kauf genommen.⁷³⁵ In Anbetracht dieser Ausgangslage ist dringend zu fordern, dass die Strafverfolgungsbehörden in der künftigen Rechtsanwendung zur Begründung der Strafbarkeit in jedem Einzelfall einen ausreichenden Zusammenhang zwischen einem legalen Vorfeldverhalten und einem befürchteten Terrorakt rechtsgenügend beweisen werden müssen.⁷³⁶ Neben der vorerwähnten Aufweichung von straf- und polizeirechtlichen dogmatischen Grundsätzen lässt sich am Beispiel der polizeipräventiven Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS als weitere Tendenz die Schaffung neuer Massnahmen feststellen, welche polizei- und strafrechtliche Logiken «on demand» vermengen.⁷³⁷ Entstanden sind hybride polizei-präventive Massnahmen, welche die auf vage Gefahrenlagen bezogenen geringen Anordnungsvoraussetzungen von polizeilichen Massnahmen mit der grundrechtlichen Eingriffswirkung von strafprozessualen Zwangsmassnahmen kombinieren.⁷³⁸

⁷³⁵ Siehe CONINX, Terrorismusbekämpfung, S. 190 f. Hypothetische Ereignisketten sollten nach Absicht des Bundesrates indes gerade vermieden werden. Siehe Botschaft ÜVT, BBl 2018 6435.

⁷³⁶ Vgl. Botschaft ÜVT, BBl 2018 6435; JOSITSCH/POULIKAKOS, Rz 3.

⁷³⁷ Siehe hierzu und zum nächsten Satz CONINX, Terrorismusbekämpfung, S. 198 f., welche korrekterweise davon spricht, dass die Massnahmen «gemixed und gematched» werden.

⁷³⁸ Ausführlich zum 5. Abschnitt des BWIS im 4. Teil.

4. TEIL ZUM RECHTLICHEN UMGANG DER SCHWEIZ MIT «TERRORISTISCHEN GEFÄHRDERN» IM BESONDEREN

Terrorismusbekämpfung stellt eine gesamtgesellschaftliche Herausforderung dar, welche Massnahmen in unterschiedlichen Ebenen und Handlungsfeldern erforderlich macht.⁷³⁹ Der Ausübung einer terroristischen Aktivität ist in aller Regel die Radikalisierung der betreffenden Person vorgelagert. Entsprechend zielt der NAP⁷⁴⁰ auf die möglichst frühzeitige Verhinderung von Radikalisierung. Darüber hinaus agiert die Schweiz im Rahmen der Terrorismusbekämpfung als eigentlicher Präventionsstaat, indem die gegen «terroristische Gefährder» gerichteten, präventiv-polizeilichen, Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS (nachfolgend: *BWIS-Massnahmen*) bereits die Entstehung einer polizeilichen Gefahr zu verhindern versuchen, worauf im nachfolgenden 4. Teil vertieft eingegangen werden soll.

Unter **§7** soll auf den «terroristischen Gefährder» als Adressat und Fixpunkt der neuen BWIS-Massnahmen eingegangen werden. Einleitend wird die Figur des Gefährders in der Dogmatik der Gefahrenabwehr eingeordnet (**I.**) und die Herkunft und Verwendung des Gefährderbegriffs vorgestellt (**II.**). Unter Berücksichtigung der Botschaft sollen sodann die in Art. 23e BWIS enthaltenen Definitionen des «terroristischen Gefährders» (**III.**), der «terroristischen Aktivität» (**IV.**), der «konkreten und aktuellen Anhaltspunkte» (**V.**) und der Art. 23e BWIS inhärenten prognostischen Beurteilung (**VI.**) gewürdigt werden. Unter **VII.** wird aufgezeigt, in welche Grundrechte die *alleinige Kategorisierung* einer Person als terroristischer Gefährder eingreift und welche persönlichkeits- und datenschutzrechtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten dagegen bestehen. Unter **VIII.** werden als Schlussfolgerungen zu §7 wesentliche Erkenntnisse zusammengefasst und ein Prüfschema für die künftige grundrechtskonforme Rechtsanwendung von Art. 23e BWIS vorgestellt.

Unter **§8** wird den gegen terroristische Gefährder gerichteten BWIS-Massnahmen ein besonderes Augenmerk gewidmet. Unter **I.** finden sich Ausführungen, die sie sich als *allgemeine Anordnungsvoraussetzungen* auf sämtliche BWIS-Massnahmen beziehen. Unter **II.** werden die *einzelnen BWIS-Massnahmen* einer vertieften Betrachtung unter-

⁷³⁹ Hierzu und den nächsten zwei Sätzen Botschaft PMT, BBl 2019 4760, 4763.

⁷⁴⁰ Zum NAP und der Schweizerischen Strategie zur Terrorismusbekämpfung vorne §5, III., 2., A., b.).

zogen, worin Vollzugsaspekte sowie massnahmespezifische grundrechtliche Herausforderungen besprochen werden. Unter **III.** werden verschiedene Aspekte rund um den *Rechtsschutz* eines (mutmasslichen) terroristischen Gefährders behandelt. Im Hinblick auf die künftige Rechtsanwendung des 5. Abschnittes des BWIS soll dabei auch auf die einem terroristischen Gefährder zustehenden *Verfahrensgarantien* eingegangen werden. **IV.** befasst sich unter Berücksichtigung von Art. 6 EMRK mit der Frage des Charakters und der Rechtsnatur der BWIS-Massnahmen.

Unter **V.** werden wesentliche Erkenntnisse als *Schlussfolgerungen* zusammengefasst und Empfehlungen zur Gewährleistung einer möglichst grundrechtskonformen Anwendung der BWIS-Massnahmen formuliert.

§9 befasst sich mit der praxisrelevanten Frage, inwieweit gegen «ausländische terroristische Gefährder» zusätzliche flüchtlings-, ausländer- und bürgerrechtliche Massnahmen ergriffen werden können. Nach einem Einleitungsteil (**I.**) und allgemeinen Ausführungen zur Feststellung von sicherheitsrelevanten Umständen im Migrationsbereich (**II.**) werden unter (**III.-V.**) Hinweise zu den ausländer-, flüchtlings- und asyl- sowie die bürgerrechtlichen Rechtsfolgen einer Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit gegeben sowie eine kleine Auswahl an relevanter Rechtsprechung besprochen, bevor unter **VI.** verallgemeinernde Schlussfolgerungen gezogen werden.

§ 7 DER TERRORISTISCHE GEFÄHRDER ALS RECHTS-SUBJEKT

I. DER GEFÄHRDER IN DER DOGMATIK DER GEFAHREN-ABWEHR

1. Die Gefahr als Handlungsschwelle

Eine polizeiliche Gefahr liegt vor, wenn es aus einer ex-ante-Sicht bei ungehindertem Geschehensablauf, in absehbarer Zeit und mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer Gefährdung oder Verletzung polizeilicher Schutzgüter kommen würde.⁷⁴¹ Die konkrete

⁷⁴¹ Vgl. REINHARD, S. 105; ZÜND/ERRASS, S. 9; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 521, welche von «hinreichender Sicherheit» sprechen. Gemäss Bundesgericht liegt eine Gefahr vor, wenn: ein

Gefahr dient im Polizeirecht *als eigentliche Eingriffslegitimation*, da unter der Gefahrenschwelle liegende Anzeichen ein polizeiliches Tätigwerden grundsätzlich nicht zu rechtfertigen vermögen.⁷⁴² Die konkrete Gefahr kann als Fixpunkt des Gefahrenabwehrrechts gesehen werden, um welchen sich vorgelagert das Gefahrenvorfeld sowie polizeiliche Vorfeldmassnahmen und nachgelagert die Gefahrenabwehr befinden.⁷⁴³

2. Abgrenzung von Gefährder und Störer

Wie der Gefährder stellt auch der im Polizeirecht weitaus etablierte Begriff des «*Störers*» eine Personalisierung dar.⁷⁴⁴ Der *Störer* steht als kausale Ursache in Relation zu einer bereits eingetreten oder unmittelbar bevorstehenden konkreten Gefahr.⁷⁴⁵ Das *Störerprinzip* beschränkt polizeiliches Handeln auf diejenige Person(en), welche unter Vornahme einer ursächlichen Betrachtung eine besondere Nähe zu einer polizeirechtlichen Gefahr aufweist.⁷⁴⁶ Das *Störerprinzip* unterscheidet verschiedene Kategorien⁷⁴⁷ von Störern und gibt Aufschluss darüber, in welcher Abfolge polizeirechtliche Massnahmen gegen welche Personen zu richten sind.⁷⁴⁸ Beim *Gefährder* bestehen lediglich Anhaltspunkte, dass dessen künftiges Verhalten eine konkrete Gefahr begründen könnte. Der Gefährder manifestiert sich als ein womöglich bedrohliches, jedoch «im

«Schaden für die öffentliche Sicherheit und Ordnung nach den Umständen mit Sicherheit oder hoher Wahrscheinlichkeit vorauszusehen ist», BGE 111 Ia 322 E. 6a.

⁷⁴² RUSCHEMEIER, S. 124. Dazu ausführlicher weiter vorne §6, I.

⁷⁴³ Hierzu KULICK, S. 179.

⁷⁴⁴ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz KULICK, S. 186.

⁷⁴⁵ KULICK, S. 186.

⁷⁴⁶ Es handelt sich beim Störerprinzip um eine Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips. Vgl. zum Gesagten REINHARD, S. 176.

⁷⁴⁷ Wer eine polizeiwidrige Gefahr oder Störung durch eigenes oder sich anzurechnendes «Tun oder pflichtwidriges Unterlassen» unmittelbar verursacht, gilt als *Verhaltensstörer*. Als *Zustandsstörer* gilt dahingegen, wer die tatsächliche oder rechtliche Herrschaft über eine Sache hat, welche ursächliche und unmittelbare Quelle für die Störung von Polizeigütern ist. Vgl. dazu ausführlicher REINHARD, S. 184; HÄFELIN/HALLER/UHLMANN, S. 590; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 545 f.

⁷⁴⁸ Die Massnahmen haben sich primär gegen diejenige Person zu richten, welche die Störung am ehesten und unmittelbarsten zu verantworten hat und oder zu beenden im Stande ist, was primär auf den Verhaltens- und sekundär auf den Zustandsstörer zutrifft. Vgl. HÄFELIN/HALLER/UHLMANN, S. 590; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, S. 547.

polizeilichen Sinne nicht störendes»⁷⁴⁹ Individuum. Indem die Figur des Gefährders im Gefahrenvorfeld zu verorten ist und dem Störer in der kausalen Handlungsabfolge der Entwicklung einer Gefahr zeitlich vorgelagert ist, unterscheidet sich der Gefährder massgeblich vom Störer.⁷⁵⁰

3. Prognosestellung im Gefahrenvorfeld

Im Gefahrenvorfeld ist die Entstehung einer konkreten Gefahr möglich, deren Verwirklichung jedoch noch nicht hinreichend wahrscheinlich. Die Verschiebung der Eingriffsschwelle von der Gefahr ins Gefahrenvorfeld bringt eine Fokusverlagerung auf das als gefährlich identifizierte Subjekt mit sich.⁷⁵¹ Gesagtes lässt sich treffend am terroristischen Gefährder illustrieren, bei welchem zwar konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen müssen, dass es aufgrund seines Verhaltens in «überschaubarer Zeit zu einer Verletzung eines bedeutenden Rechtsgutes» kommen könnte, wobei es nicht geklärt sein muss, «an welchem Ort, zu welcher Zeit oder auf welche Weise diese Verletzung erfolgen wird»⁷⁵².

II. BEGRIFFSHERKUNFT UND -VERWENDUNG

Die Rechtsfigur des Gefährders stellt eine polizeirechtliche Kategorisierung dar, welche dem schweizerischen Sicherheitsrecht, im Unterschied zum Störer, bis in die nähere Vergangenheit unbekannt war.⁷⁵³ Mittlerweile hat diese Rechtsfigur sowohl auf Bundes-

⁷⁴⁹ BARCZAK, S. 101.

⁷⁵⁰ Vgl. auch KULICK, S. 186.

⁷⁵¹ Dazu treffend BARCZAK: «Während die Annahme einer konkreten Gefahr eine Wahrscheinlichkeitsaussage über die Fragen nach dem Wann, Wo, Wie und Wer des Schadeneintritts enthält, reduziert sich der Fragenkatalog im Gefahrenvorfeld auf das Wer». BARCZAK, S. 101.

⁷⁵² Zu den Zitaten in diesem Satz Botschaft PMT, BBl 2019 4784. Ausführlicher zur Prognosestellung bei terroristischen Gefährdern weiter hinten §7, VI.

⁷⁵³ Vgl. GREUTER, in: Schwarzenegger/Brunner, S. 95. Für die Begriffsherkunft des Gefährders in Deutschland siehe HANSCHMANN, S. 434 ff. (m.w.H.). Demnach hat der Gefährder als Begriff ab dem Jahre 2002 bzw. im Nachgang zu 9/11 über das in sicherheitsrechtlichen Erlassen verwendete Verb «gefährden» Einzug in die (deutsche) Gesetzesordnung gefunden. ICJ-CH erwähnt historisch, dass der Gefährder ein kulturelles Konstrukt sei und dass im 17. Jahrhundert Hexen vielerorts als «Gefährder» galten, siehe ICJ-CH, Vernehmlassung-PMT, S. 3.

ebene (dazu sogleich 1.) als auch auf der Ebene des kantonalen Rechts (dazu hernach 2.) Eingang in die schweizerische Rechtsordnung gefunden.

1. Bundesebene: Der Gefährder im BWIS

A. Der mutmassliche Gefährder

Im Jahre 2007 wollte der Bundesrat auf Bundesebene erstmals eine Legaldefinition eines Gefährders einführen. Im Kapitel 3a des Entwurfs zum «BWIS II» schlug der Bundesrat besondere Mittel der Informationsbeschaffung gegen «*mutmassliche Gefährder*» vor.⁷⁵⁴ Als mutmasslicher Gefährder galt gemäss Art. 18a E-BWIS II «eine bestimmte Person, Organisation oder Gruppierung, welche verdächtigt wird, die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz konkret zu gefährden». Im Vernehmlassungsverfahren, in den politischen Auseinandersetzungen und der Medienberichterstattung zählte die besondere Informationsbeschaffung gegenüber mutmasslichen Gefährdern zu den «mit Abstand am stärksten kritisierten Massnahmen»⁷⁵⁵. Die erwähnte Gesetzesnovelle und der mit ihr verbundene erstmalige Versuch eine Gefährderdefinition auf Bundesebene einzuführen, brachte es nicht über das Entwurfsstadium hinaus.

B. Vom Gefährder zum terroristischen Gefährder

Im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zum PMT stellte der Bundesrat 2017 den Vorentwurf und den erläuternden Bericht vor, welcher sich auch zum 5. Abschnitt des BWIS enthaltenen Präventivmassnahmen äusserte.⁷⁵⁶ Gemäss VE-PMT richteten sich diese Präventivmassnahmen ganz allgemein gegen «*Gefährder*», die im Gesetzesentwurf als eine «potenziell gefährliche Person, gegenüber welcher konkrete und aktuelle

⁷⁵⁴ Siehe dazu Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5037 ff. Hierzu und den nächsten zwei Sätzen vgl. Botschaft «BWIS II», BBl 2007 5139 ff.

⁷⁵⁵ Zusatzbotschaft «BWIS II», BBl 2010 7859. Auch aus der Lehre wurde verschiedentlich Kritik geäussert, siehe etwa MÜLLER/WIDMER, S. 124 ff. Umfassend zum Ganzen siehe auch das Gutachten-BIAGGINI, S. 1 ff.

⁷⁵⁶ Ausführlicher zur Genese des PMT weiter vorne § 5, II., 1., C. Der Erläuternde Bericht findet sich online unter den abgeschlossenen Vernehmlassungen des EJPD im Jahre 2021, abrufbar unter <https://www.fedlex.admin.ch/de/consultation-procedures/ended/2021>.

Anhaltspunkte bestehen, dass sie eine terroristische Straftat begehen könnte»⁷⁵⁷, definiert wurden. Nach Beendigung des Vernehmlassungsverfahrens zum PMT wurde der «Gefährder» gemäss Vorentwurf zum «*terroristischen Gefährder*» umbenannt, wobei sich die Motive für diese Änderung auch unter Beizug der Botschaft zum PMT nicht nachvollziehbar erschliessen.⁷⁵⁸ Tatsache bleibt, dass mit dem mit dem PMT am 1. Juni 2022 u.a. auch Art. 23e BWIS in Kraft getreten ist und dadurch erstmals eine Legaldefinition eines Gefährders Einzug in ein schweizerisches *Bundesgesetz* gehalten hat.

C. Diskrepanzen zwischen Entwurf und Vorentwurf

Aus demokratietechnischer Sicht ist es nach Ansicht des Schreibenden heikel, dass die Definition des terroristischen Gefährders nach Art. 23e BWIS nach dem Vernehmlassungsverfahren grundlegend angepasst wurde und alsdann ohne weitere Vernehmlassung Eingang in das Gesetzgebungsverfahren gefunden hat. Die geänderte Gefährderdefinition führte u.a. dazu, dass sich der Prognosegegenstand zwischen Art. 23e VE-BWIS und Art. 23e E-BWIS stark ausgeweitet hat.⁷⁵⁹ Wo im Falle des Gefährders nach Vorentwurf noch präziser die Begehung «terroristischer Straftaten» zu befürchten war, bezog sich diese Befürchtung beim terroristischen Gefährder auf die weitaus vagere «Ausübung einer terroristischen Aktivität». Dass die erfolgten Änderungen keineswegs unerheblich waren, zeigt sich auch dann, wenn die französischen bzw. italienischen Begrifflichkeiten zwischen Art. 23e VE-BWIS und Art. 23e E-BWIS verglichen werden. Da sich die Wortkreation des «terroristischen Gefährders» gar nicht erst übersetzen liess, wurde aus der «*personne potentiellement dangeureuse*» bzw. der «*persona potenziale elemento pericoloso*» nach Art. 23e VE-BWIS der «*terroriste potentiel*» bzw. «*potenziale terrorista*» i.S.v. Art. 23e E-BWIS. Die Rückübersetzung dieser Begrifflichkeiten ins Deutsche ist keineswegs «terroristischer Gefährder», sondern «potenzieller Terrorist». Dieser fehlenden Kongruenz zwischen den Sprachfassungen wird es im Rahmen künftigen

⁷⁵⁷ FEDPOL, Erläuternder Bericht PMT, S. 13; Art. 23e VE-BWIS.

⁷⁵⁸ Die Botschaft zum PMT erwähnt dazu lediglich, dass die Einführung des Begriffs «terroristische Gefährderin oder terroristischer Gefährder auf Gesetzesstufe die Voraussetzungen für den Erlass präventiv-polizeilicher Massnahmen präzisieren und Rechtssicherheit» schaffen soll. Botschaft PMT, BBl 2019 4768.

⁷⁵⁹ Ausführlicher zu dieser «Verschlimmbesserung» weiter hinten §7, IV.

Rechtsanwendung Rechnung zu tragen gelten, wobei die Rechtsprechung ein möglichst sprachübergreifendes und rechtsgleiches Begriffsverständnis von «terroristischem Gefährder», «terroriste potentiel» bzw. «potenziale terrorista» zu gewährleisten haben wird.

2. Kantonsebene: Gefährder als Subjekte des Polizeirechts

A. Vorausschauende Polizeiarbeit und Bedrohungsmanagement

Parallel zu den Entwicklungen auf Bundesebene hielt der Gefährder als Rechtsfigur im Kontext der Etablierung von kantonalen Bedrohungsmanagements Einzug in das kantonale Polizeirecht.⁷⁶⁰ Triebfeder zur Einführung von kantonalen Bedrohungsmanagements waren medial viel beachtete Tötungsdelikte gegen Behördenpersonen, insbesondere das «Zuger Attentat» durch Friedrich Leibacher im Jahre 2001, welchem 14 Politiker zum Opfer fielen, oder dem zehn Jahre später erfolgten «Doppelmord von Pfäffikon», wo der Täter neben seiner Frau gezielt die Sozialamtsleiterin von Pfäffikon ZH ermordete.⁷⁶¹ Im Rahmen der Aufarbeitung dieser und ähnlicher Gewalttaten liessen sich bei der Täterschaft Merkmale feststellen, welche die Tatbegehung im Rückblick naheliegend erscheinen liessen und dadurch ein frühzeitigeres Einschreiten suggerierten.⁷⁶² Basierend auf den vorerwähnten Bedürfnissen nach präventiver Verhinderung von

⁷⁶⁰ Der erste Kanton, welcher ein Bedrohungsmanagement einführte, war der Kanton Solothurn im Jahre 2013. Im Jahre 2015 waren der Begriff sowie die damit verbundenen Massnahmen mittlerweile in allen Kantonen «Thema», wobei im Jahre 2017 bereits 13 Kantone ein Bedrohungsmanagement kannten. Vgl. zum hier Gesagten SCHWEIZERISCHE KRIMINALPRÄVENTION, S. 1; HUMANRIGHTS.CH, kantonales Bedrohungsmanagement.

⁷⁶¹ Hierzu und den nächsten beiden Sätzen VON SURY, S. 6; SCHWEIZERISCHE KRIMINALPRÄVENTION, S. 1 (m.w.H.).

⁷⁶² Dazu kritisch und interessant CONINX: «Die Idee der Prävention – in die Zukunft blickende Verbrechensbekämpfung vor Eintritt des schädigenden Ereignisses – ist intuitiv so plausibel, dass wir uns extrem schwertun, anzuerkennen, dass eine für praktische Zwecke hinreichend präzise Vorhersage von menschlichem Verhalten für immer ein Traum bleiben wird. (...) Dabei schaffen wir den perfekten Nährboden für sogenannte Rückschaufehler: Aufgrund von Informationen, die wir nach einem Ereignis erlangen, überschätzen wir retrospektiv die Vorhersehbarkeit des Ereignisses und korrigieren daraufhin unbewusst unsere Sicht der Welt, um der Tatsache Rechnung zu tragen, dass wir vom Ereignis überrascht wurden.» CONINX, Terrorismusbekämpfung, S. 207.

Straftaten wurde die *vorausschauende Polizeiarbeit* («predictive policing») verstärkt.⁷⁶³ Die raumzeitbezogene vorausschauende Polizeiarbeit zielt unter Verwendung von algorithmenbasierter Software darauf ab, die Wahrscheinlichkeiten von bestimmten Delikten, Tatorten sowie Tatzeiten zu prognostizieren, wodurch die Bereitstellung der erforderlichen Polizeipatrouillen und Interventionen besser koordiniert werden soll.⁷⁶⁴ Computergestützte *personenbezogene* vorausschauende Polizeiarbeit bezweckt die frühzeitige Identifizierung von potentiell gefährlichen Personen, weshalb dieser im Kontext des Umgangs mit Gefährdern besondere Wichtigkeit zukommt.⁷⁶⁵

Kantonale Bedrohungsmanagements vermitteln Handlungsmöglichkeiten im Umgang mit Gefährdern.⁷⁶⁶ Konkret sind diese darauf ausgerichtet, im Einzelfall bestehende Vorzeichen zu erkennen, die Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung des mutmasslich drohenden Verhaltens eines Gefährders zu beurteilen und mittels geeigneter Massnahmen und interdisziplinärer Zusammenarbeit frühzeitig zu entschärfen. Kantone, die über ein gesetzlich geregeltes Bedrohungsmanagement verfügen, definieren Gefährder unterschiedlich. Es können bspw. Themen wie häusliche Gewalt, Hooliga-

⁷⁶³ Vgl. hierzu und dem nächsten Satz VON SURY, S. 6; SCHWEIZERISCHE KRIMINALPRÄVENTION, S. 1 (m.w.H.).

⁷⁶⁴ Vgl. dazu BRAUN BINDER, S. 470 f.

⁷⁶⁵ Eine von bestimmten Polizeikorps eingesetzte Software ist «Dyrias» (Dynamische Risiko-Analyse-Systeme), in welchem mittels Fragekatalog über Bereiche wie Arbeitsplatz, Schule oder Partner auf einer Stufe zwischen 1-5 das Gefahrenpotenzial und den Handlungsbedarf errechnet wird. Vgl. zum Gesagten sowie ausführlicher zu den weiteren eingesetzten Softwareprogramme PreCobs, Ra-Prof, Octagon und <https://www.republik.ch/2020/12/11/die-polizei-weiss-was-sie-morgen-vielleicht-tun-werden>. Siehe dazu auch BRAUN BINDER, S. 470 (m.w.H.). In Bezug auf PreCobs siehe GOLDHAMMER, S. 158 f.: «Die Software setzt Methoden der geographischen, mathematischen und sozialwissenschaftlichen Kriminalitätsanalyse ein und soll so neue Prognosetechniken zur Verfügung stellen, z.B. für den Wohnungseinbruch. Straftaten und Vorfälle werden dabei nach Kriterien wie Tatort, Tatzeit, Tatbegehung und Diebesgut analysiert (...). auch dürfte die Vorhersagbarkeit dort deutlich sinken, wo die Datengrundlage fehlt, also bei Gelegenheitseinbrüchen, einzelnen Taten, ersten Taten, Anti-trigger-Taten etc.»

⁷⁶⁶ Vgl. hierzu und zu den nächsten beiden Sätzen PMT-Vernehmlassung-privatim, S. 3. Ausführlicher zum Bedrohungsmanagement im Kontext der Terrorismusbekämpfung nach NAP weiter vorne

nismus, Gewalttaten gegen Behördenmitglieder und/oder religiöse Radikalisierung Behandlung finden.

B. Implizite Gefährderdefinitionen

Eine Massnahme des polizeipräventiven Bedrohungsmanagements ist die *Gefährderansprache* gegenüber einer «potenziell gefährdungs- und gewaltbereiten Person»⁷⁶⁷, in welcher die Person u.a. über sie betreffende Informationen, eine allfällige besondere Beobachtung und/oder über die möglichen Straffolgen des befürchteten Verhaltens orientiert werden kann.⁷⁶⁸ Kantonale Polizeigesetze enthalten in den Bestimmungen zur Gefährderansprache implizite Gefährderdefinitionen, in welchen der von der Gefährderansprache potentiell betroffene Personenkreis generell-abstrakt umschrieben wird. Aufgrund der kantonalen Polizeihochheit und der damit verbundenen Gesetzgebungskompetenz ist es wenig erstaunlich, dass die verwendeten Gefährderdefinitionen von Kanton zu Kanton divergieren, weshalb es «den Gefährder» auf der Ebene des kantonalen Polizeirechts so nicht gibt, was anhand des nachfolgenden Vergleichs exemplifiziert werden soll.

a.) Divergierende Gefährderdefinitionen im Polizeirecht

Art. 14a des Polizeigesetzes des Kantons Glarus (PolG-Glarus)⁷⁶⁹ etwa ermächtigt die Kantonspolizei «Personen, bei denen hinreichende Anzeichen für eine erhöhte Gewaltbereitschaft gegen Dritte vorliegen» als Gefährder anzusprechen. Demgegenüber sieht §13a Abs. 1 des Gesetzes über die Polizei des Kantons Luzern (PolG-Luzern)⁷⁷⁰ etwas eingeschränktere Anwendungsvoraussetzungen vor. Die Luzerner Polizei darf bei «Personen, bei denen aufgrund ihres Verhaltens oder ihrer Äusserungen eine ernsthafte, gegen Dritte gerichtete Gewaltbereitschaft anzunehmen ist», Gefährderansprachen durchführen. Das Bundesgericht wiederum definiert Gefährder im Kontext des Gewaltschutzes als «Personen, bei welchen Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie in

⁷⁶⁷ WEDER, in: Donatsch/Jaag/Zimmerlin, § 24 Rz 3.

⁷⁶⁸ Ausführlicher zum Instrument der Gefährderansprache, GREUTER, in: Schwarzenegger/Brunner, S. 93 ff. Für Deutschland HANSCHMANN, S. 437 (m.w.H.).

⁷⁶⁹ Polizeigesetz (PolG) vom 6.5.2017, V A/11/1.

⁷⁷⁰ Gesetz über die Luzerner Polizei vom 27.1.1998, SRL 350.

absehbarer Zeit eine Gewalttat gegen Dritte begehen könnten oder bei denen von einer Eigengefährdung ausgegangen werden muss»⁷⁷¹.

b.) Würdigung

Der exemplarische Vergleich dieser drei Definitionen zeigt relevante Unterschiede, welche sich u.a. am erforderlichen Grad der *Substantiierung der Anhaltspunkte* zeigen. Art. 14a des PolG-Glarus verlangt «hinreichende Anhaltspunkte», wo das Bundesgericht lediglich «Anhaltspunkte» für eine künftige Gewalttat verlangt. §13a des PolG Luzern lässt den Begriff «Anhaltspunkte» dahingegen unerwähnt und spricht stattdessen von «Verhalten oder Äusserungen», welche die Annahme einer Gewaltbereitschaft zu rechtfertigen vermögen. In *persönlicher Hinsicht* erfasst das Bundesgericht zudem auch Selbstgefährdungen, wo sich die beiden Polizeigesetze auf Fremdgefährdungen beschränken. Schliesslich enthalten die beiden kantonalen polizeirechtlichen Passagen in *zeitlicher Hinsicht* keinerlei Einschränkungen, während dem das Bundesgericht explizit verlangt, dass die Gewalttat in «absehbarer Zeit» zu befürchten sein muss.

C. Arbeitsdefinition

Als kleinster gemeinsamer Nenner aus den drei vorerwähnten Definitionen lässt sich der «Gefährder» im Sinne einer Arbeitsdefinition als eine *natürliche Person* (1.), bei welcher bestimmte *Anhaltspunkte* für eine erhöhte Gewaltbereitschaft bestehen (2.), die unter Vornahme einer *Prognose* die künftige Ausübung einer ihrer Art nach konkretisierten Straftat mit Gewaltbezug nahelegen (3.), umschreiben.⁷⁷²

⁷⁷¹ BGer 2C_955/2019 vom 29.1.2020 E. 3.2.2. Beim Beschwerdeführer bestanden Anhaltspunkte für eine Gewalttat gegen Behördenvertreter, deren Wahrscheinlichkeit im Rahmen einer Risikoabschätzung näher zu untersuchen war. Das Bundesgericht bestätigte im angefochtenen Urteil den gestützt auf den forensischen Abklärungsbericht der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich gezogenen Schluss des Statthalters, dass beim Beschwerdeführer mehr als nur ein vager Verdacht auf eine Drittgefährdung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 lit. c WG bestehe und der Einzug der Waffen des Gefährders entsprechend angebracht sei.

⁷⁷² Zu den verschiedenen Gefährderdefinitionen in Deutschland siehe BAUTZE, S. 207 (m.w.H.). Im Bundeskriminalamtgesetz (BKAG) wird der Gefährder etwa als Person definiert, bei welcher «bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die betroffene Person innerhalb eines überschaubaren Zeitraums auf eine zumindest ihrer Art nach konkretisierten Weise eine Straftat (..) begehen wird», vgl. §20y Abs. 1 Nr. 1 und §20z Abs. 1 Nr. 1 BKAG.

III. TERRORISTISCHE GEFÄHRDER (ART. 23E ABS. 1 BWIS)

1. Der terroristische Gefährder als Gefährder

Nach Art. 23e BWIS ist der terroristische Gefährder eine natürliche Person, bei welcher konkrete und aktuelle Anhaltspunkte⁷⁷³ die Annahme⁷⁷⁴ rechtfertigen, dass dieser eine terroristische Aktivität⁷⁷⁵ ausüben könnte.

Die Definition des terroristischen Gefährders nach Art. 23e BWIS stiess auf internationale Kritik. Die UNO-Sonderberichterstatter bezeichneten diese als «insuffisamment élaborée»⁷⁷⁶ und die MENSCHENRECHTSABGEORDNETE DES EUROPARATES schrieb von der Abwesenheit «de définition claire et précise»⁷⁷⁷, welche das Risiko von überschüssenden und willkürlichen Einschränkungen der Menschenrechte mit sich bringe. Die vorzitierte Definition stiess auch in den Ratsdebatten auf teils harsche Kritik, was die nachfolgende Wortmeldung exemplarisch verdeutlicht: «Das ist eine tolle Sache, so ein Gefährder, da weiss jeder, was damit gemeint ist: Das ist einer, der gefährlich sein könnte – das ist ein Gefährder. Aber schauen Sie sich einmal an, was man dann im Gesetz geschrieben hat, wie das dort umschrieben ist und wie ein Staatsanwalt, ein Polizist oder ein Richter dann letztlich entscheiden soll, ob jemand ein Gefährder ist oder nicht. Das ist eine vollkommen vage Umschreibung, die gefüllt werden kann, und zwar mit irgendetwas, je nachdem, worauf man gerade Lust hat»⁷⁷⁸. In Anbetracht dieser fundamentalen Kritik soll die Definition des terroristischen Gefährders nach Art. 23e BWIS nachfolgend vertieft untersucht werden. Im Unterschied zur Gefährder-Arbeitsdefinition⁷⁷⁹ beziehen sich die bestehenden Anhaltspunkte

⁷⁷³ Ausführlicher zu den Anhaltspunkten nach Art. 23e BWIS weiter hinten §7, V.

⁷⁷⁴ Ausführlicher zur Prognosestellung bei terroristischen Gefährdern weiter hinten §7, VI.

⁷⁷⁵ Ausführlicher zu den terroristischen Aktivitäten nach Art. 23e Abs. 2 BWIS weiter hinten §7, IV.

⁷⁷⁶ UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. 4.

⁷⁷⁷ Siehe EUROPARAT, Stellungnahme PMT, S. 1.

⁷⁷⁸ Wortmeldung Beat Flach, Nationalrat Sommersession, AB 2020, S. 1108.

⁷⁷⁹ Ein «Gefährder» wird demnach als eine *natürliche Person* (1.), bei welcher bestimmte *Anhaltspunkte* für eine erhöhte Gewaltbereitschaft bestehen (2.), die unter Vornahme einer *Prognose* die künftige Ausübung einer ihrer Art nach konkretisierten Straftat mit Gewaltbezug nahelegen (3.), definiert. Zur Arbeitsdefinition weiter vorne §7, II., 2., E.

im Falle des terroristischen Gefährders nicht auf die Ausübung einer ihrer Art nach konkretisierten Straftat mit Gewaltbezug, sondern auf die Ausübung von terroristischen Aktivitäten i.S.v. Art. 23e Abs. 2 BWIS. Da terroristische Aktivitäten neben Straftaten mit Gewaltbezug auch andere strafbare Verhaltensweisen beinhalten,⁷⁸⁰ lässt sich bereits an dieser Stelle festhalten, dass die Gefährderdefinition von Art. 23e Abs. 1 BWIS weiter gefasst ist, als die verwendete Arbeitsdefinition. Der «terroristische Gefährder» stellt folglich de facto eine *Ausweitung* des gemäss Arbeitsdefinition verwendeten Gefährderbegriffs dar.⁷⁸¹

Im Übrigen weisen der Gefährder und der terroristische Gefährder weitgehende Ähnlichkeiten auf. Es lässt sich etwa feststellen, dass erst die *Qualifikation* einer Person als Gefährder es erlaubt, dass gegen ebendiese präventive Polizeimassnahmen ergriffen werden können. Auf der Ebene des kantonalen Polizeirechts handelt es sich um Massnahmen, wie die Gefährderansprache, die Gefährdungsmeldung oder die Erfassung der Person in eine Gefährder-Datensammlung.⁷⁸² Doch auch die BWIS-Massnahmen dürfen lediglich gegen Personen verfügt werden, welche vorgängig gestützt auf Art. 23e BWIS von Fedpol als terroristische Gefährder kategorisiert wurden. Den gegen terroristische Gefährder gerichteten BWIS-Massnahmen und den gegen Gefährder gerichteten Massnahmen des kantonalen Polizeirechts ist zudem gemeinsam, dass es sich nicht um verdeckte, sondern der betroffenen Person grundsätzlich bekannte und auf deren Mitwirkung ausgerichtete Massnahmen der präventiven Gefahrenabwehr handelt.⁷⁸³

⁷⁸⁰ Ausführlicher zu den terroristischen Aktivitäten nach Art. 23e Abs. 2 BWIS weiter hinten §7, IV. Siehe dazu auch die Wortmeldung von Franziska Roth an der Sommersession des Nationalrates 2020, AB 2020 S. 1124: «Zudem ist der Begriff <Aktivität> dehnbar oder interpretierbar, <Handlung> ist konkreter».

⁷⁸¹ ■■■

⁷⁸² Vgl. bspw. §13a – §13c PolG Luzern (Fn. 770).

⁷⁸³ Zur Relevanz dieses Aspektes im Zusammenhang mit der Ausübung der Verfahrensrechte von terroristischen Gefährdern im Verwaltungsverfahren weiter hinten §8, III., 4., A. und B.

2. Abgrenzung zur «Risikoperson»

Der nachrichtendienstliche Begriff «Risikoperson» meint Personen, «die ein erhöhtes Risiko und eine primäre Bedrohung für die innere und äussere Sicherheit der Schweiz darstellen»⁷⁸⁴. Im Unterschied zum terroristischen Gefährder erfolgt die Qualifikation einer Person als «Risikoperson» durch den NDB, welcher Erkenntnisse über «Risikopersonen» an die zuständigen Polizei- und Strafverfolgungsbehörden weiterleitet.⁷⁸⁵ Risikopersonen werden vom NDB aufgrund von Kriterien wie bspw. der bereits verübten Begehung von Gewaltdelikten, dem mutmasslichen Radikalisierungsgrad, der psychischen Gesundheit oder einer allfälligen Führungsposition in einem Netzwerk als solche eingeordnet, wobei stets ein *konkreter Gewaltbezug* ausschlaggebend ist.⁷⁸⁶ Der nachrichtendienstliche Begriff der «Risikoperson» ist somit vergleichsweise enger definiert und mit dem präventiv-polizeilichen Begriff des «terroristischen Gefährders» folglich nicht kongruent.⁷⁸⁷ «Risikopersonen» erinnern daher eher an Gefährder gemäss Arbeitsdefinition, da beim terroristischen Gefährder, aufgrund der Definition von terroristischen Aktivitäten i.S.v. Art. 23e Abs. 2 BWIS, ein konkreter Gewaltbezug gerade nicht erforderlich ist.

IV. TERRORISTISCHE AKTIVITÄTEN (ART. 23E ABS. 2 BWIS)

Terroristischer Gefährder kann nur eine natürliche Person sein, bei welcher konkrete und aktuelle Anhaltspunkte auf die Ausübung einer *terroristischen Aktivität* hindeuten, weshalb nachfolgend in einem ersten Schritt der Begriff der «terroristischen Aktivität» näher untersucht werden soll.

⁷⁸⁴ Vgl. <https://www.vbs.admin.ch> > Startseite > Sicherheit > Nachrichtenbeschaffung.

⁷⁸⁵ Vgl. BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBl 2016 7849. Eine Weiterleitung erfolgt insbesondere an Fedpol oder die BA. Zum nachrichtendienstlichen Begriff der Risikoperson siehe auch weiter vorne §5, III., 1., A., d.).

⁷⁸⁶ Vgl. <https://www.vbs.admin.ch> > Startseite > Sicherheit > Nachrichtenbeschaffung.

⁷⁸⁷ Theoretisch gesehen ist es möglich, dass die Anzahl an durch Fedpol als terroristische Gefährder kategorisierten Personen die Anzahl an Risikopersonen übersteigt, obwohl die nachrichtendienstliche Überwachung von Personen sinnigerweise polizei-präventiven Massnahmen vorge-lagert sein sollten.

1. Begriffsherkunft und fragwürdige Herleitung

A. Legaldefinition und Anwendungsfälle

Art. 23e Abs. 2 BWIS definiert terroristische Aktivitäten als:

«Bestrebungen zur Beeinflussung oder Veränderung der staatlichen Ordnung, die durch die Begehung oder Androhung von schweren Straftaten oder mit der Verbreitung von Furcht und Schrecken verwirklicht oder begünstigt werden sollen».

Die vorerwähnte Definition von Art. 23e Abs. 2 BWIS stiess als allzu weitgehend auf teils erhebliche Kritik.⁷⁸⁸ Eine Ratsminderheit forderte in Bezug auf Art. 23e Abs. 2 BWIS etwa, dass weil der Begriff «Aktivität» dehn- und interpretierbar sei, stattdessen der konkretere Begriff der «terroristischen Handlung» Eingang ins Gesetz finden solle.⁷⁸⁹ In der Botschaft führt der Bundesrat den abstrakten Begriff nicht näher aus und begnügt sich stattdessen mit der Exemplifizierung von grösstenteils «strafbaren Vorfeldaktivitäten»⁷⁹⁰. Als Beispiele für *terroristische Aktivitäten* werden entsprechend bspw. «Vorkehrungen zur Finanzierung, zur logistischen Unterstützung von terroristischen Organisationen oder zur Schleusung bzw. Erleichterung einer Ein- oder Durchreise einer Terroristin oder eines Terroristen in die bzw. durch die Schweiz»⁷⁹¹, genannt. Weiter erwähnte der Bundesrat Vorkehrungen, sich einem terroristischen Netzwerk, einer terroristischen Organisation oder Gruppierung anzuschliessen, sich sonst wie mit Terrorist:innen im In- und Ausland zu vernetzen, die Organisation von Propagandaaktionen sowie die Anwerbung zu und die Förderung von Terrorismus.⁷⁹²

⁷⁸⁸ Siehe u.a. UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. 4.

⁷⁸⁹ Siehe Wortmeldung Franziska Roth, Nationalrat Sommersession, AB 2020 S. 1124.

⁷⁹⁰ VEST, S. 323. Zur Terrorismusbekämpfung mittels (Vor-)Vorfeldstraftatbeständen weiter vorne §8, II.

⁷⁹¹ Botschaft PMT, BBl 2019 4783.

⁷⁹² Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4783.

B. Art. 19 NDG und 13a aBWIS als Vorgängerbestimmungen

Der Begriff der «terroristischen Aktivität» wurde in Art. 23e Abs. 2 BWIS nicht neu definiert, sondern unverändert aus Art. 19 Abs. 2 lit. a NDG übernommen.⁷⁹³ Zur Ausübung seiner Aufgaben ist der NDB auf Informationen von anderen Kantons- und Bundesbehörden angewiesen.⁷⁹⁴ Art. 19 NDG sieht im Falle einer *konkreten Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit* zu Gunsten des NDB *behördliche Informationspflichten* vor. Eine konkrete Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit verlangt, dass im Einzelfall ein bedeutendes Rechtsgut wie Leib und Leben oder die Freiheit von Personen oder der Bestand und das Funktionieren des Staates betroffen ist und die Bedrohung von einer der in Art. 19 Abs. 2 NDG abschliessend aufgezählten Bedrohungsquellen ausgeht.⁷⁹⁵ Art. 19 Abs. 2 Bst. a NDG, welcher terroristische Aktivitäten in inhaltlicher Übereinstimmung mit Art. 23e Abs. 2 BWIS umschreibt, entspricht inhaltlich wiederum «weitgehend dem vorherigen Art. 13a aBWIS»⁷⁹⁶, womit letztere Bestimmung als eigentlicher «Urahne» von Art. 23e Abs. 2 BWIS bezeichnet werden kann. Auch Art. 13a aBWIS erfasste Bedrohungen, «die aufgrund ihres Potenzials die Grundwerte der Schweiz bedrohen können»⁷⁹⁷, wozu gemäss Art. 13a aBWIS auch «Terrorismus»⁷⁹⁸ zählte.

⁷⁹³ «Ich möchte auch darauf hinweisen, dass wir die terroristische Aktivität genau gleich wie in Artikel 19 Absatz 2 Buchstabe a des Nachrichtendienstgesetzes umschreiben. Dieses verwendet übrigens auch den Begriff "terroristische Aktivität" und nicht den Begriff "terroristische Handlung".» Karin Keller-Sutter, Sommersession Nationalrat, AB 2020, S. 1126. Siehe auch Botschaft PMT, BBl 2019 4783.

⁷⁹⁴ Hierzu und zum nächsten Satz Botschaft NDG, BBl 2014 2157; Art. 5 f. NDG.

⁷⁹⁵ Vgl. hierzu Art. 19 Abs. 2 NDG; Botschaft NDG, BBl 2014 2158. Siehe zum Ganzen auch MOHLER, fehlende Konformität, Rz 28 ff.

⁷⁹⁶ Botschaft NDG, BBl 2014 2158. Art. 13a aBWIS wurde mit Inkrafttreten des NDG aufgehoben.

⁷⁹⁷ BWIS II, BBl 2007 5079.

⁷⁹⁸ Der Begriff «terroristische Aktivität» wurde im BWIS II noch nicht verwendet. Zum Gesagten Botschaft BWIS II, BBl 2007 5079. Die Botschaft führt weiter aus, dass sich diese Bedrohungen «gegen parlamentarische, richterliche oder Regierungsinstitutionen richten und dabei die Existenz oder das richtige Funktionieren der Schweiz in Frage stellen. Werden Bürgerinnen und Bürger bei der Ausübung ihrer Volksrechte behindert oder eingeschüchtert, fördert dies ein Gefühl der Unsicherheit und der Staat läuft Gefahr, dass sein demokratisches System unterminiert wird».

C. **Fehlende Terrorismusdefinition und Übertragbarkeit Auf Art. 23e BWIS**

Art. 19 Abs. 2 NDG konkretisiert die in Art. 6 NDG aufgeführten Aufgabengebiete des NDB, «jedoch nicht im Sinne von Legaldefinitionen von Begriffen wie <Terrorismus>, sondern durch eine Beschreibung der Bedrohungen»⁷⁹⁹. Der Bundesrat räumt an dieser Stelle selbst ein, dass Art. 19 Abs. 2 NDG keine Definition von Terrorismus beinhaltet.⁸⁰⁰ Eine eigentliche Definition von Terrorismus oder terroristischen Aktivitäten kennt das NDG daher nicht.⁸⁰¹ Die in der Botschaft zum PMT enthaltene Behauptung, wonach die «*Definition des Begriffs der terroristischen Aktivität*» von Art. 23e Abs. 2 BWIS unverändert aus Art. 19 Abs. 2 lit. a NDG übernommen worden sei, ist daher als unpräzise abzulehnen, da Art. 19 Abs. 2 lit. a NDG gemäss Bundesrat gerade keine Legaldefinition enthält.⁸⁰² Die terroristische Aktivität nach Art. 23e Abs. 2 BWIS basiert folglich nicht auf einer Terrorismusdefinition, sondern auf der vagen Umschreibung von konkreten Bedrohungen der inneren oder äusseren Sicherheit. In einer solch konkreten Bedrohungslage erscheint es nach Ansicht des Schreibenden hinnehmbar, dass besondere behördliche Auskunftspflichten i.S.v. Art. 19 Abs. 2 NDG bestehen, welche die Privat-

⁷⁹⁹ Botschaft NDG, BBl 2014 2158.

⁸⁰⁰ Der sich bereits seit dem Jahre 2003 in Kraft befindliche Art. 260quinquies StGB sah damals bereits eine implizite Terrorismusdefinition vor, wobei der Bundesrat den an und für sich naheliegenden Rückgriff auf die strafrechtliche Terrorismusdefinition verwarf. Art. 260quinquies StGB verwarf. Den an sich naheliegenden Rückgriff auf die strafrechtliche Definition von Terrorismusfinanzierung nach Art. 260quinquies StGB verwarf der Bundesrat mit dem schwer nachvollziehbaren Argument, wonach die terroristische Aktivität als Formulierung «in der sicherheitspolitischen Praxis des Nachrichtendienstes eingeführt» worden seien. Siehe dazu Botschaft NDG, BBl 2014 2158. Dieses schwache Argument erklärt jedenfalls nicht, weshalb ausserhalb des nachrichtendienstlichen Bereichs, namentlich im durch Fedpol angewandten 5. Abschnitt des BWIS, die strafrechtliche Terrorismusdefinitionen ebenfalls unberücksichtigt bleiben soll. Kritisch zur fehlenden Terrorismusdefinition von art. 23e BWIS auch die UNO-SONDERBERICHT-ERSTATTER, Stellungnahme PMT, S. 4.

⁸⁰¹ «Demnach ist der massgebende Ausdruck <terroristische Aktivität> keine Legaldefinition und soll es nicht sein. Zwar weist die Formulierung in Art. 19 Abs. 2 NDG, wonach die konkrete Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit mit dem «Betroffensein» eines bedeutenden Rechtsgutes wie Leib, Leben oder Freiheit verbunden sein muss, darauf hin, dass damit Gewaltdelikte mitgemeint seien. Doch werden auch nicht (notwendigerweise) gewalttätige Verhaltensweisen erfasst.» MOHLER, fehlende Konformität, Rz 31.

⁸⁰² Vgl. zur Behauptung Botschaft PMT, BBl 2019 4783. Zur Aussage, dass es sich nicht um eine Legaldefinition handle Botschaft NDG, BBl 2014 2158.

sphäre betroffener Personen, auf für diese nicht bemerkbare Weise, einschränken.⁸⁰³ Im Unterschied zum NDG sieht der 5. Abschnitt des BWIS jedoch zahlreiche Massnahmen vor, welche aktiv in die Grundrechte von terroristischen Gefährdern eingreifen und auf deren aktive Mitwirkung bauen, weshalb die undifferenzierte Übertragung der im Zusammenhang mit den Auskunftspflichten nach Art. 19 NDG formulierten «terroristischen Aktivität» auf den 5. Abschnitt des BWIS zumindest fragwürdig erscheint.⁸⁰⁴

D. Von der «terroristischen Straftat» zur «terroristischen Aktivität»

Im Vorentwurf zum PMT war der Begriff der «terroristischen Aktivität» noch nicht vorgesehen, da diese Handlung, wie auch der Begriff des «terroristischen Gefährders» an sich, erst nach der Vernehmlassung Eingang in die Vorlage zum 5. Abschnitt des BWIS gefunden hat.⁸⁰⁵ Der nach Ansicht des Schreibenden gelungenere Art. 23e VE-BWIS definierte den Gefährder (ohne «terroristisch») als «eine potenziell gefährliche Person, gegenüber welcher konkrete und aktuelle Anhaltspunkte bestehen, dass sie eine *terroristische Straftat* begehen könnte».⁸⁰⁶ Gelungener erscheint diese Definition insbesondere deshalb, weil die terroristischen Straftaten klarer definiert waren, als die in der Botschaft⁸⁰⁷ durch blosse Beispiele umrissenen «terroristischen Aktivitäten». Als terroristische Straftaten wurden alle Straftatbestände nach schweizerischem Recht definiert, mit denen der Täter «den Zweck verfolgt, *Gewaltverbrechen* zu begehen, mit denen die Bevölkerung eingeschüchtert oder ein Staat oder eine internationale

⁸⁰³ Im Falle einer konkreten Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit nach Art. 19 Abs. 2 NDG gehen die Interessen der staatlichen Gemeinschaft an der Erteilung der Auskunft gemäss Auffassung des Bundesrates dem Anspruch der betroffenen Bürgerinnen und Bürger an der *Wahrung ihrer Privatsphäre* grundsätzlich vor. Botschaft NDG, BBl 2014 2157 f.

⁸⁰⁴ Zudem ist im Unterschied zu Art. 19 Abs. 2 NDG im Falle von Art. 23e BWIS keine konkrete Bedrohung der inneren Sicherheit, sondern lediglich konkrete und aktuelle Anhaltspunkte für die künftige Ausübung einer terroristischen Aktivität erforderlich, womit die Anwendungsvoraussetzung im BWIS gegenüber der NDG-Bestimmung herabgesetzt ist. Vgl. dazu auch MOHLER, fehlende Konformität, Rz 36.

⁸⁰⁵ Hierzu ausführlicher weiter vorne §7, II, 1.

⁸⁰⁶ Ausführlicher zur Metamorphose des «Gefährders» gemäss Vorentwurf-PMT zum «terroristischen Gefährder» des PMT weiter vorne §7, II, 1.

⁸⁰⁷ Siehe Botschaft PMT, BBl 2019 4783 sowie vorne unter A.

Organisation zu einem Tun oder Unterlassen genötigt werden soll»⁸⁰⁸. Sachliche Gründe, welche den Bundesrat dazu bewogen haben, diese mehr oder wenig gut fassbare Definition nach Beendigung des Vernehmlassungsverfahrens durch die schwammigen «terroristischen Aktivitäten» i.S.v. Art. 23e Abs. 2 VE-BWIS zu verschlimmbessern, sind nicht ersichtlich.⁸⁰⁹

2. Auslegung von Art. 23e Abs. 2 BWIS

Basierend auf dem Wortlaut von Art. 23e Abs. 2 BWIS lässt sich die terroristische Aktivität unterteilen in das von den tatbegehenden Personen gewählte *Ziel* (dazu nachfolgend A.), namentlich die Beeinflussung oder Veränderung der staatlichen Ordnung, und die zur Zielerreichung eingesetzten *Tathandlungen* (dazu nachfolgend B.), die gemäss Wortlaut in der «Begehung oder der Androhung von schweren Straftaten» oder in der «Verbreitung von Furcht und Schrecken» liegen können.

A. Zugrundeliegendes Ziel

Die Anwendung von Art. 23e Abs. 2 BWIS verlangt, dass in *subjektiver Hinsicht* Bestrebungen zur Beeinflussung oder Veränderung der staatlichen Ordnung erstellt sein müssen. Die Materialien exemplifizieren nicht, wann von Bestrebungen zur Beeinflussung oder Veränderung der staatlichen Ordnung auszugehen ist. Im Verhältnis zwischen den Tatbestandsvarianten der Beeinflussung und der Veränderung lässt sich festhalten, dass eine *Beeinflussung* einer allfälligen Veränderung der staatlichen Ord-

⁸⁰⁸ Vgl. in Art. 2 Abs. 2 Bst. dbis VE-BWIS. Siehe auch FEDPOL, Erläuternder Bericht PMT, S. 13, wonach als terroristische Straftaten insbesondere folgende Straftatbestände in Frage kommen sollten: vorsätzliche Tötung, Mord, schwere Körperverletzung, Verursachung einer Explosion, Gefährdung der öffentlichen Sicherheit mit Waffen, Unterstützung oder Beteiligung an einer terroristischen Organisation oder Finanzierung des Terrorismus, öffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder zur Gewalttätigkeit.

⁸⁰⁹ Vgl. dazu auch Botschaft PMT, BBL 2019 4768, wonach die Botschaft das Ersetzen des «Gefährders» gemäss Vorentwurf durch den «terroristischen Gefährder» mit einem Gewinn an Rechtssicherheit und klareren Anwendungsvoraussetzungen begründet. Umgekehrt geht die Botschaft auf die mit dieser Anpassung einhergehende folgeschwere Änderung der terroristischen Straftat hin zur terroristischen Aktivität mit keiner Silbe ein, was aus demokratietechnischer Sicht äusserst fragwürdig ist, da dazu in Anbetracht der Tragweite der Änderung ein umfassendes Vernehmlassungsverfahren geboten gewesen wäre. Siehe auch Fn. 758.

nung notwendigerweise vorgelagert ist und daher der beabsichtigten *Veränderung* der staatlichen Ordnung als Anwendungsvoraussetzung keine selbstständige Bedeutung zukommt, weshalb nachfolgend von der Beeinflussung der staatlichen Ordnung die Rede ist.⁸¹⁰ Erläuterungen dazu, was unter dem potenziell weitreichenden Begriff der «Beeinflussung» zu verstehen ist, sucht man in den Ratsdebatten und den Materialien vergeblich. Soweit dem Begriff «Beeinflussung» in der künftigen Rechtsanwendung ein kausal weitreichendes Begriffsverständnis zugrunde gelegt wird, werden davon auch politische und zivilgesellschaftliche Aktivitäten erfasst, da diese per se auf eine Beeinflussung der staatlichen Ordnung abzielen. Nämliche Bedenken äusserten auch die UNO-SONDERBERICHTERSTATTER: «Les experts signalent en particulier que les actes que cherchent à influencer ou à modifier l'ordre étatique peuvent englober une série de comportements qui ne sont pas de nature terroriste». Aufgrund der konkreten Ausgestaltung von Art. 23e Abs. 2 BWIS wird die Anzahl an Verhaltensweisen, welche als terroristische Aktivitäten qualifiziert werden können, stark überhöht.⁸¹¹

Aus *beweisrechtlicher Sicht* gilt es zudem zu berücksichtigen, dass die Formulierung von Art. 23e Abs. 2 BWIS es mit sich bringt, dass Fedpol als rechtsanwendende Behörde über eine innere Tatsache Beweis führen müssen wird. Konkret wird Fedpol beweisen müssen, dass den erstellten Anhaltspunkten tatsächlich eine Bestrebung zur Beeinflussung der staatlichen Ordnung der Schweiz zugrunde lag.⁸¹² In Anbetracht der behördlichen Begründungspflicht⁸¹³ sowie zur Vermeidung einer überschüssenden Anwendung von Art. 23e Abs. 2 BWIS ist zu fordern, dass Fedpol zur beabsichtigten

⁸¹⁰ Im Sinne einer Konsumation ist «die Veränderung» der staatlichen Ordnung mitgemeint.

⁸¹¹ So könnte bspw. der nachfolgende Post einer Corona-Skeptikerin aus der Schweiz auf Facebook: «Ich glaube, mit friedlichen Demos und Liebe werden wir das nicht stoppen können. Ich bin zwar gegen Gewalt. Aber das Böse wird immer gewinnen, wenn sich das Gute nicht wehrt. Wehren wir uns!» als eine beabsichtigte Beeinflussung der staatlichen Ordnung i.S.v. Art. 23e Abs. 2 BWIS ausgelegt werden. Zum leicht adaptierten Originalbeispiel <https://www.blick.ch/news/schweiz/corona-skeptikerin-melanie-kolic-29-bedraengte-daniel-koch-in-der-kirche-wir-werden-nicht-ernst-genommen-id16082416.html>.

⁸¹² Wie verhält sich die Situation etwa, wenn eine betroffene Person gegen die Anwendung von Art. 23e Abs. 2 einwendet, dass ihr Ziel nicht die Beeinflussung der staatlichen Ordnung der Schweiz war, sondern bspw. «Propaganda und Bekenntnis» für eine bestimmte im Ausland ansässige legale Organisation oder die Anliegen der Corona-Skeptiker? Vgl. hierzu auch VEST, S. 323.

⁸¹³ Vgl. dazu auch MOHLER, fehlende Konformität, Rz 35.

Beeinflussung im Einzelfall hinreichend konkrete Tatsachen benennen wird. Ist dies im Einzelfall beweismässig nicht möglich, kann auch keine terroristische Aktivität i.S.v. art. 23e Abs. 2 BWIS vorliegen.

B. Eingesetzte Tathandlungen

Terroristische Aktivitäten kennzeichnen sich neben der Zielsetzung zusätzlich durch die zur *Zielerreichung* beabsichtigten, in Art. 23e Abs. 2 BWIS abschliessend genannten, *Tathandlungen*. Diese und damit verbundene Fragen der Rechtsanwendung sollen nachfolgend unter a.) – d.) besprochen werden.

a.) Androhung und/oder Begehung einer «schweren Straftat»

Eine terroristische Aktivität nach Art. 23e Abs. 2 BWIS liegt u.a. dann vor, wenn aufgrund der erstellten Anhaltspunkte davon auszugehen ist, dass die staatliche Ordnung durch die «Begehung einer schweren Straftat» beeinflusst werden soll.⁸¹⁴ Die ungeklärte Bedeutung von «schweren Straftaten» droht in der künftigen Rechtsanwendung zu Schwierigkeiten zu führen, da gemäss Art. 23e Abs. 2 BWIS bereits die (geplante) Androhung von «schweren Straftaten» als terroristische Aktivität gelten. Die versuchte oder bereits vollendete Androhung einer «schweren Straftat» dürfte in aller Regel den Straftatbestand der «Schreckung der Bevölkerung»⁸¹⁵ erfüllen, wobei diesfalls der Täterschaft das strafrechtliche Instrumentarium entgegenzuhalten wäre.⁸¹⁶ Die im Zusammenhang mit der Tathandlung der geplanten Androhung oder geplanten Begehung

⁸¹⁴ Art. 260bis StGB pönalisiert Vorbereitungshandlungen zu den in Abs. 1 lit. a-j abschliessend aufgezählten und besonders schwerwiegenden Straftatbeständen. Siehe dazu WOHLERS, in: Handkommentar, Art. 260bis Rz 1 ff. Da die erwähnten Straftaten regelmässig auch im Zusammenhang mit Terrorismus relevant sein dürften und eine beweismässig erstellte Begehung einer schweren Straftat somit regelmässig bereits strafprozessuale Handlungsmöglichkeiten vermittelt, dürfte der eigenständige Anwendungsbereich dieser Variante eher selten und Abgrenzungsschwierigkeiten häufig sein.

⁸¹⁵ Wer die Bevölkerung durch Androhen oder Vorspiegeln einer Gefahr für Leib, Leben oder Eigentum in Schrecken versetzt, wird nach Art. 258 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

⁸¹⁶ Diesfalls käme im Falle der Androhung einer «schweren Straftat» die Anwendung des 5. Abschnitts des BWIS nur dann in Betracht, wenn die Androhung noch nicht im Versuchsstadium ist. Eingehend zum Verhältnis zwischen den Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS und strafrechtlichen Massnahmen Art. 23f Abs. 1 lit. C BWIS sowie weiter hinten §8, I., 2., C.

einer «schweren Straftat» eingeführt, im Strafrecht wenig übliche⁸¹⁷ Differenzierung zwischen «leichten» und «schweren» Straftaten bringt Unklarheiten mit sich, zumal auch die Materialien nicht erhellen, wann eine «schwere Straftat» i.S.v. Art. 23e Abs. 2 BWIS vorliegt.⁸¹⁸ Die Auslegung des Begriffs der «schweren Straftat» nach Art. 23e Abs. 2 BWIS sollte nach Ansicht des Schreibenden auf die beabsichtigte Androhung von «Gewaltverbrechen» beschränkt sein.⁸¹⁹ Der Begriff des «Gewaltverbrechens» findet sich in den terrorismusspezifischen Art. 260^{ter}, Art. 260^{quinqües}, Art. 260^{sexies} StGB. «Unter Gewaltverbrechen versteht man mit Freiheitsstrafen von mehr als drei Jahren bedrohte Delikte mit physischen Einwirkungen auf Menschen oder Sachen. Gemeint sind Delikte gegen Leib und Leben, Raub, Erpressung, Freiheitsberaubung, Entführung, Geiselnahmen sowie gemeingefährliche Delikte wie Brandstiftung oder Sprengstoffdelikte.»⁸²⁰ Dadurch würde die Definition von Art. 23e Abs. 2 BWIS auf schwere Straftaten mit Gewaltbezug eingeschränkt, was bei einer andernfalls potentiell ausufernden Anwendung von Art. 23e BWIS dringend geboten ist.

b.) Verbreitung von Furcht und Schrecken

Art. 23e Abs. 2 BWIS sieht als alternative Tathandlung die «Verbreitung von Furcht und Schrecken» zwecks Beeinflussung oder Veränderung der staatlichen Ordnung vor. Diese Tathandlung ist nach Ansicht des Schreibenden in ihrem potenziellen Anwendungsbereich allzu weitreichend, da ein irgendwie gearteter Gewaltbezug darin nicht erforderlich ist. Diese weitreichende Definition wurde auch von den UNO-SONDER-

⁸¹⁷ Das StGB unterscheidet hingegen nach der Schwere der Strafe, mit welcher die Straftaten bedroht sind, zwischen Verbrechen und Vergehen. Verbrechen sind Taten, die mit Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht sind. Vgl. dazu Art. 10 StGB.

⁸¹⁸ Kritisch zur fehlenden Definition von «schweren Straftaten» sowie allgemein zu den Tathandlungen nach Art. 23 e Abs. 2 BWIS MOHLER, fehlende Konformität, Rz 35.

⁸¹⁹ Für die gebotene Anpassung des Begriffs der «schweren Straftat» siehe auch *Parlamentarische Initiative Nr. 21.455* Präzisierung der Definition der «terroristischen Aktivität» im Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus vom 14.6.2021.2 Demnach soll der Wortlaut von Art. 23e Abs. 2 BWIS dahingehend angepasst werden, dass als terroristische Aktivität Bestrebungen zur Beeinflussung oder Veränderung der staatlichen Ordnung gelten, die durch die Begehung oder Androhung von schweren Straftaten *gegen Leib und Leben oder die Freiheit von Personen* sowie mit der Verbreitung von Furcht und Schrecken verwirklicht oder begünstigt werden sollen.

⁸²⁰ Siehe dazu FIOLKA, in: Niggli/Wiprächtiger, Art. 260^{quinqües} Rz 25 (m.w.H.).

BERICHTERSTATTERN als mit den im internationalen Recht vorhandenen Ansätzen von Terrorismusdefinitionen unvereinbar kritisiert⁸²¹: «En outre, les experts soulignent que l'expression « propagation de la crainte » est mal définie et peut donner lieu à des interprétations très étendues. (...) Nous demandons instamment au gouvernement de remplacer « propagation de la crainte » par « propagation d'un état de terreur », ou une formulation équivalente, conformément aux normes du droit international énoncées ci-dessus». ⁸²² Mangels Ausführungen in den Materialien und den Ratsdebatten bleibt überdies die Abgrenzung zwischen den Tathandlungen der «Verbreitung von Furcht und Schrecken» und jener der «Androhung einer schweren Straftat» ungeklärt. Nach Ansicht des Schreibenden ist der selbstständige Anwendungsbereich der Tathandlung der «Verbreitung von Furcht und Schrecken» indes auf diejenigen Konstellationen beschränkt, in welchen angedrohte Straftaten keine «schweren Straftaten» i.S.v. Art. 23e Abs. 2 BWIS darstellen. Denn wie kann eine Person de facto *objektiv begründete* Furcht und Schrecken verbreiten, ohne dass sie zugleich die Begehung von («schweren») Straftaten zumindest androhen würde?

c.) Eignung der Tathandlung zur Zielerreichung?

aa) Verhältnis von Begünstigung und Verwirklichung

Sämtlichen vorerwähnten Tathandlungen ist gemeinsam, dass diese die Zielerreichung nach Art. 23e Abs. 2 BWIS, die Beeinflussung der staatlichen Ordnung, *verwirklichen* oder zumindest *begünstigen* müssen. Dass mit den Mitteln des Low-Cost-Terrorismus das *Ziel der Beeinflussung* der staatlichen Ordnung tatsächlich *verwirklicht* werden könnte, ist

⁸²¹ In ihren Schlussfolgerungen warfen die UNO-Sonderberichterstatter u.a. folgende berechnigte Frage auf : «Veuillez expliquer dans quelle mesure cette définition est conforme à la résolution 1566 du Conseil de sécurité, par. 3 et avec la définition modèle élaborée par le mandat du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste». UNO-Sonderberichterstatter, Stellungnahme zum PMT, S. 14. Zu den verschiedenen Ansätzen einer internationalen Terrorismusdefinition weiter vorne §3, II., 3.

⁸²² UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. 4. In ihren Schlussfolgerungen warfen die UNO-Sonderberichterstatter u.a. folgende Frage auf : « Veuillez fournir des informations complémentaires sur la manière dont la définition des « activités terroristes » figurant dans le projet de loi est interprétée de manière suffisamment précise et limitée afin de garantir que les mesures prises en application de cette loi ne portent pas indûment atteinte aux droits de l'homme ». UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. 14.

äusserst unwahrscheinlich.⁸²³ Wahrscheinlicher ist wenn schon, dass die Tathandlungen die *angestrebte Beeinflussung* der staatlichen Ordnung *begünstigen* könnten. Ähnlich wie dem Ziel der Veränderung der staatlichen Ordnung gegenüber der Beeinflussung derselben keine eigenständige Bedeutung zukommt,⁸²⁴ dürfte der *Verwirklichung* der Veränderung der staatlichen Ordnung im Verhältnis zur *Begünstigung* derselben in der künftigen Rechtsanwendung keine eigenständige Bedeutung zukommen.

ab) Berücksichtigung der Potentialität der befürchteten Tathandlung

Ob bei der Würdigung der Tathandlungen nach Art. 23e Abs. 2 BWIS einzig die subjektiven Absichten der Person massgeblich sind oder ob dabei auch die Potentialität der Tathandlung zur beabsichtigten Beeinflussung der staatlichen Ordnung mitberücksichtigt werden muss, bleibt auch in Konsultation der Materialien und Ratsdebatten offen. Die Auslegung von Art. 19 Abs. 2 NDG und Art. 13a aBWIS als Vorgängerbestimmungen von Art. 23e Abs. 2 BWIS spricht dafür, dass neben der subjektiven Motivation der Person auch die objektive Potentialität der beabsichtigten Tathandlung mitzuberücksichtigen sein wird.⁸²⁵ Art. 13a aBWIS zielte lediglich auf Aktivitäten, welche geeignet waren die Grundwerte der Schweiz fundamental zu bedrohen und auch die besonderen Auskunftspflichten nach Art. 19 Abs. 2 NDG beschränken sich auf Fälle einer konkreten Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz.⁸²⁶ In Anbetracht dieser Ausgangslage rechtfertigt es sich, die in Art. 23e Abs. 2 BWIS vorgesehene und in ihrem Wortlaut weitergehende «Begünstigung einer beabsichtigten Beeinflussung der staat-

⁸²³ So auch VEST, S. 323 (FN 30): «Selbst im unwahrscheinlichen Fall eines in der Schweiz verübten jihadistischen Anschlags wäre die Zielsetzung primär Propaganda für und Bekenntnis zum IS». Ähnlich MOHLER in Bezug auf den Low-Cost-Terrorismus und die Gefahren in der Schweiz: «Solche in letzter Zeit gehäuft wirkenden Gewalttäter haben daher weder eine Intention der Destabilisierung der Gesellschaft noch einer anderen Wirkung, die den Gesamtstaat angehen sollte.», MOHLER, Verfassungsgrundlage, Rz 28 ff. Siehe ferner BARCZAK, in: Kulick/Goldhammer, S. 112 f. (m.w.H.), wonach Deutschland (trotz Anschlägen) bis dato zu keinem Zeitpunkt durch Terrorismus in seinem Bestand gefährdet gewesen sei.

⁸²⁴ Dazu ausführlicher weiter vorne §7, IV., 2., A.

⁸²⁵ Siehe dazu ausführlicher §7, IV., 1., B. Wohl anderer Ansicht MOHLER: «Massgebend ist somit ausschliesslich eine der anvisierten Person zugeschriebene Motivation, also der einer Person unterstellte allfällige subjektive Sachverhalt für eine Vielfalt möglicher Verhaltensweisen, die weder eine hinreichend konkrete (eventuelle) Bedrohung darstellen, noch notwendigerweise terroristischer Art sein müssen», MOHLER, fehlende Konformität, Rz 38.

⁸²⁶ Ausführlicher zu Art. 13a aBWIS weiter vorne §7, IV., 1., B.

lichen Ordnung» im Hinblick auf ihre *Rechtsanwendung* eng auszulegen. Deuten die im Einzelfall erstellten Anhaltspunkte auf Tathandlungen hin, welche zur Beeinflussung der staatlichen Ordnung resp. zur Gefährdung der inneren Sicherheit objektiv ungeeignet sind, fallen diese folglich nicht in den Anwendungsbereich von Art. 23e Abs. 2 BWIS. Eine Minderheit um Franziska Roth zielte in der Nationalratsdebatte zum PMT in Ablehnung an Art. 19 Abs. 2 NDG darauf ab, die «vage Definition des Gefährders» nach Art. 23e BWIS zu präzisieren: «Vor dem Hintergrund der aus unserer Sicht fragwürdigen Verfassungsgrundlage und dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot braucht es eine klarere Eingrenzung des Zwecks der Massnahmen. Nur die Abwehr konkreter und schwerer Gefahren für die innere und äussere Sicherheit soll solche Massnahmen auslösen können»⁸²⁷. Die Bundesrätin Keller-Sutter erwiderte, dass terroristische Aktivitäten in Art. 23e BWIS klar umschrieben würden: «Es muss sich um Bestrebungen zur Beeinflussung oder Veränderung der staatlichen Ordnung handeln, und damit geht es immer um eine Gefährdung der inneren Sicherheit. In Abs. 1 muss deshalb nicht speziell erwähnt werden, dass eine schwere Gefährdung der inneren Sicherheit vorliegen muss»⁸²⁸. In Berücksichtigung der Materialien, in Vornahme einer historischen Auslegung von Art. 23e Abs. 2 BWIS sowie zwecks Vermeidung einer allzu weitreichenden Anwendungsbereichs von Art. 23e Abs. 2 BWIS wird Fedpol im Einzelfall unter Vornahme einer objektivierten und prognostischen Betrachtungsweise konkret darzulegen haben, weshalb aufgrund der erstellten Anhaltspunkte Tathandlungen befürchtet werden, die in Berücksichtigung ihrer Potentialität zu einer illegalen Beeinflussung der staatlichen Ordnung bzw. zu einer Gefährdung der inneren Sicherheit der Schweiz geeignet sind.⁸²⁹

V. ANHALTSPUNKTE NACH ART. 23E ABS. 1 BWIS

Die Qualifikation einer Person als terroristischen Gefährder setzt nicht tatsächlich verübte⁸³⁰ terroristischen Aktivität voraus, sondern lediglich, dass im Einzelfall *konkrete* (dazu 1.) und *aktuelle* (dazu 2.) *Anhaltspunkte* auf die künftige Ausübung einer

⁸²⁷ Siehe AB 2020, S. 1124.

⁸²⁸ Wortmeldung Karin Keller-Sutter, Sommersession Nationalrat, AB 2020, S. 1126.

⁸²⁹ Wortmeldung Franziska Roth, Nationalrat Sommersession, AB 2020, S. 1124.

⁸³⁰ Verübte terroristische Aktivitäten stellen in aller Regel eine Straftat dar, weshalb diesen mit dem strafrechtlichen Instrumentarium zu begegnen ist. Zum Verhältnis zwischen den Massnahmen

terroristischen Aktivität hindeuten. Im Hinblick auf die künftige Rechtsanwendung von Art. 23e BWIS werden alsdann unter 3. die in der Botschaft zum PMT enthaltenen Beispiele für konkrete und aktuelle Anhaltspunkte gewürdigt.

1. «Konkrete» Anhaltspunkte

Die vom Bundesrat in der Botschaft zum PMT gemachten Erläuterungen zu den Anforderungen an *konkrete Anhaltspunkte* i.S.v. Art. 23e Abs. 1 BWIS lassen sich nach Ansicht des Schreibenden systematisch in allgemeine materielle Beweisvoraussetzungen (A.) sowie spezifisch eine erforderliche zeitliche Beweisvoraussetzung (B.) unterteilen.

A. Materielle Beweisvoraussetzungen

Anhaltspunkte nach Art. 23e Abs. 1 BWIS sind dann konkret, wenn die Befürchtungen der Ausübung einer terroristischen Aktivität «durch das Verhalten der betroffenen Person *begründet* und durch Tatsachen *erhärtet* sind»⁸³¹. Die zentrale Frage, ab wann eine Tatsache aus beweiswürdiger Sicht als erhärtet zu erachten ist, lässt die Botschaft hingegen offen. Ein strikter Beweis für die geplante Begehung einer terroristischen Aktivität ist jedenfalls nicht nötig, wobei umgekehrt «reine Mutmassungen und Spekulationen»⁸³² über die künftige Ausübung einer terroristischen Aktivität zur Anwendung von Art. 23e Abs. 1 BWIS nicht ausreichen werden. Anlässlich der parlamentarischen Beratung zum PMT war in Bezug auf Art. 23e Abs. 1 BWIS die Rede davon, dass die im Einzelfall erstellten Anhaltspunkte «konkreten Verdachtsmomenten» begründen müssen, welche auf die künftige Ausübung einer terroristischen Aktivität hindeuten.⁸³³

nach dem 5. Abschnitt des BWIS und strafrechtlichen Massnahmen siehe Art. 23f Abs. 1 lit. c BWIS sowie weiter hinten §8, I., 2., C.

⁸³¹ Botschaft PMT, BBl 2019 4784.

⁸³² Siehe Wortmeldung Karin Keller-Sutter, AB 2020, S. 1110.

⁸³³ «Deshalb ist auch wichtig, dass dieser Gefährdungsbegriff klar definiert wird. Hier wird eben festgelegt, dass nicht jeder Verdacht genügt, um eine Person als Gefährder einzustufen, sondern dass es konkrete und aktuelle Anhaltspunkte geben muss. Damit wird eben auch die Verpflichtung festgelegt, dass hier konkrete Verdachtsmomente ermittelt werden müssen, damit das ganze Instrumentarium, das hier gegen Gefährder zur Verfügung gestellt wird, überhaupt zum Einsatz kommt.» Ständerat, Frühjahressession 2020, Wortmeldung Daniel Jositsch, AB 2020, S. 84.

In Bezug auf eine Person erstellte konkrete Anhaltspunkte müssen dieser im Einzelfall beweismässig zweifelsfrei zuordenbar sein, wobei hierfür Fedpol als verfügende Behörde die Beweislast tragen wird.

B. Zeitliche Handlungsdringlichkeit

Als *zeitlich-prospektives Element* legt der Bundesrat in der Botschaft⁸³⁴ fest, dass konkrete Anhaltspunkte nur dann vorliegen, wenn diese auf eine «Rechtsgutverletzung in überschaubarer Zeit» schliessen lassen. M.a.W. müssen die erhärteten Tatsachen resp. die konkreten Anhaltspunkte in zeitlicher Hinsicht eine *Handlungsdringlichkeit* nahelegen. Umgekehrt ist das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte für die geplante Ausübung einer terroristischen Aktivität somit zu verneinen, wenn die verfügende Behörde beweismässig nicht begründen kann, weshalb sich die befürchtete Ausübung einer terroristischen Aktivität eher «in überschaubarer Zeit», denn irgendwann verwirklichen sollte.⁸³⁵ Diese für die Bejahung von konkreten Anhaltspunkten erforderliche zeitliche Handlungsdringlichkeit steht in einem ungeklärten Verhältnis zur an nämlicher Stelle⁸³⁶ geäusserten Auffassung des Bundesrates, wonach aufgrund der erstellten Anhaltspunkte nicht klar sein müsse, «an welchem Ort, zu welcher Zeit oder auf welche Weise»⁸³⁷ es zu einer Verletzung eines bedeutenden Rechtsgutes kommen könnte.⁸³⁸ Widersprüchlich ist hierbei insbesondere, dass zur Beurteilung des Vorliegens von konkreten Anhaltspunkten entscheidend sein soll, «ob eine polizeiliche Gefahr vorliege»⁸³⁹, was sich aus dogmatischer Sicht nicht mit der vorerwähnten Auffassung vereinbaren lässt, da eine

⁸³⁴ Botschaft PMT, BBl 2019 4784.

⁸³⁵ «Die Behauptung, konkrete Anhaltspunkte i.S.v. Art. 23e Abs. 1 VE-BWIS würden die Folgerung nahelegen, <dass es in überschaubarer Zeit zu einer Verletzung eines bedeutenden Rechtsgutes> komme, ist damit schlicht falsch. Zulässig wäre ggf. nach sorgfältiger Prüfung der Gesamtsituation höchstens der Schluss, es könne u.U. zu einem strafbaren Vorfeldverhalten kommen.» VEST, S. 327.

⁸³⁶ Botschaft PMT, BBl 2019 4784.

⁸³⁷ Botschaft PMT, BBl 2019 4784.

⁸³⁸ Präzisierend gilt es hierbei zu ergänzen, dass sich die drohende Rechtsgutverletzung mutmasslich in überschaubarer Zeit verwirklichen könnte. Dazu unmittelbar vorangehend a.).

⁸³⁹ Botschaft PMT, BBl 2019 4784.

polizeiliche Gefahr «zumindest nach Art bzw. Inhalt, Schwere und Dringlichkeit»⁸⁴⁰ bestimmt sein sollte. Die Auffassung des Bundesrates⁸⁴¹ ist aus praktischer Sicht schwer nachvollziehbar, da langandauernde Ungewissheit über den Tatort, die Tatzeit und Tatmittel sowie die zeitliche Nähe zwischen dem Überschreiten der Gefahrenschwelle und der Schadensverwirklichung eine gerade für den Low-Cost Terrorismus typisches Merkmal darstellt.⁸⁴² Das Vorliegen einer polizeilichen Gefahr sollte, aufgrund der vom Bundesrat ausdrücklich betonten Massgeblichkeit, in der künftigen Anwendung von Art. 23e Abs. 1 BWIS und der Beurteilung der im Einzelfall erstellten Anhaltspunkte nach Möglichkeit dennoch als Richtschnur berücksichtigt werden. Im Rahmen der Würdigung der im Einzelfall konkret erstellten Anhaltspunkte sollte Fedpol die mutmassliche Art sowie die potentielle Schwere der befürchteten terroristischen Aktivität im Einzelfall daher zumindest soweit konturieren können, dass beurteilt werden kann, ob «in überschaubarer Zeit» mit der Ausübung einer terroristischen Aktivität zu rechnen ist.

2. «Aktuelle» Anhaltspunkte

Im Sinne eines *zeitlich-retrospektiven Elementes* müssen die Anhaltspunkte nach Art. 23e Abs. 1 BWIS zudem *aktuell* sein, was gemäss Bundesrat heissen will, dass diese «zum Zeitpunkt der Anordnung einer Massnahme (Anm. noch) vorhanden»⁸⁴³ sein müssen. Anhaltspunkte, welche auf erhärteten Tatsachen beruhen, die zeitlich weit zurückliegen und zum gegebenen Zeitpunkt *nicht mehr sicherheitsrelevant* sind, vermögen die Anwendung von Art. 23e BWIS daher nicht zu begründen.⁸⁴⁴ In der künftigen Rechtsanwendung wird Fedpol die Aktualität der Anhaltspunkte in jedem

⁸⁴⁰ VEST, S. 327.

⁸⁴¹ Botschaft PMT, BBl 2019 4784. Vgl. dazu auch GOLDHAMMER, S. 168.

⁸⁴² Vgl. zu den wahrscheinlichsten Bedrohungsformen durch Terrorismus in der Schweiz weiter vorne §4, I. Es handelt sich beim Umgang mit Bedrohungen durch Low-Cost Terrorismus um eine grosse Herausforderung für die zur Gefahrenabwehr verpflichteten Polizeibehörden, weiter vorne §6, I. Zu den verschiedenen in der Terrorismusbekämpfung involvierten Polizeibehörden weiter vorne §5, III., 1.

⁸⁴³ Botschaft PMT, BBl 2019 4784.

⁸⁴⁴ Hierbei ist ein Urteil des Bundesgerichts erwähnenswert, welches die Beurteilung der Verfassungsmässigkeit der Nichtzulassung eines vom NDB als Gefahr für die innere Sicherheit der Schweiz kategorisierten Irakers an die Universität Basel zum Inhalt hatte. Das Bundesgericht berücksichtigte, dass die durch das vorinstanzliche Gericht zur Nichtzulassung beigezogenen

Einzelfall sorgfältig zu prüfen und begründen haben. Nach Ansicht des Schreibenden sollten die Anforderungen an die Begründung der Aktualität von Anhaltspunkten im Einzelfall umso höher liegen, je weiter diese in der (möglichweise abgeschlossenen) Vergangenheit zurückliegen.

3. Beispiele für «konkrete und aktuelle» Anhaltspunkte

Aus der parlamentarischen Beratung zu Art. 23e BWIS ergibt sich, dass nicht sämtliche Anhaltspunkte resp. nicht jeder Verdacht genügt, um eine Person als Gefährder einzustufen, weshalb Fedpol als verfügende Behörde im Einzelfall zumindest «konkrete Verdachtsmomente» zu ermitteln haben werden muss.⁸⁴⁵ Zur Konkretisierung von Art. 23e BWIS enthält die Botschaft verschiedene Beispiele für konkrete und aktuelle Anhaltspunkte, die auf die Ausübung einer terroristischen Aktivität schliessen lassen und den Erlass von Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS zur Verhinderung von terroristischen Aktivitäten rechtfertigen sollen.⁸⁴⁶ Diese Beispiele werden nachfolgend unter A.-D. vorgestellt und gewürdigt.

A. Rückzug aus sozialen Strukturen

Konkrete und aktuelle Anhaltspunkte können gemäss Botschaft⁸⁴⁷ im Falle des Rückzuges einer Person «aus ihren gewohnten sozialen Strukturen» und dem Aufbau «der Kontaktnahme zu einem Umfeld, in welchem zu terroristischer Gewalt aufgerufen, eine solche gerechtfertigt oder verherrlicht wird», vorliegen. Konkrete und aktuelle Anhaltspunkte liegen gemäss diesem Beispiel nur vor, wenn *kumulativ* ein Rückzug aus den bestehenden sozialen Strukturen sowie zusätzlich die Kontaktnahme zu einem neuen Umfeld gegeben sind. Beweismässig muss die verfügende Behörde dabei zu beweisen im Stande sein, dass sich der mutmassliche terroristische Gefährder aus seinem bestehenden Umfeld zurückgezogen und sich dieser zudem einem neuen Umfeld zu-

Anhaltspunkte zum Urteilszeitpunkt mehr als drei Jahre zurücklagen und hielt daher fest, dass diese nicht mehr aktuell seien. Vgl. BGer 2C_465/2019 vom 14.7.2020.

⁸⁴⁵ Ständerat, Frühjahressession 2020, Wortmeldung Daniel Jositsch, AB 2020, S. 84.

⁸⁴⁶ Diese Beispiele sollen nachfolgend unter A.-D. vorgestellt und gewürdigt (E.) werden.

⁸⁴⁷ Zu diesem Beispiel siehe Botschaft PMT, BBl 2019 4784.

gewandt hat, in welchem zu terroristischer Gewalt aufgerufen, diese verherrlicht oder gerechtfertigt wird. Da der unbestimmte Rechtsbegriff der «terroristischen Gewalt» nicht näher ausgeführt wird, dürfte dieses Beispiel in der künftigen Rechtsanwendung auf der Rechtsfolgeseite mit erheblicher Rechtsunsicherheit verbunden sein. Zur Eindämmung einer ausufernden Anwendung von Art. 23e BWIS sollte der Rückzug des mutmasslichen terroristischen Gefährders aus sozialen Strukturen als Anhaltspunkt für die künftige Ausübung einer terroristischen Aktivität lediglich dann bejaht werden, wenn ein tatsächlich gepflegter und hinreichend konkreter Kontakt zu einer (oder mehreren) *namentlich bezeichneten natürlichen Person(en)* erstellt ist. Im Falle dieser Person(en) sollte wiederum zumindest der hinreichende strafrechtliche Verdacht oder einschlägige strafrechtliche Verurteilungen bestehen, wonach diese zu «terroristischer Gewalt» aufgerufen oder diese auf verbotene Weise verherrlicht oder sonst wie gerechtfertigt haben soll. Zu denken wäre bspw. daran, dass die Person(en) zu welcher der mutmassliche terroristische Gefährder Kontakt aufgebaut hat, gemäss Art. 259 StGB öffentlich zu Gewalttätigkeiten oder Verbrechen auffordert oder diese bspw. gemäss Art. 261^{bis} StGB zu Hass aufruft oder sich diskriminierend äussert und deswegen ein Strafverfahren eröffnet oder diese bereits verurteilt wurde. Gälte dahingegen die Kontaktnahme zu einem nicht näher umschriebenen und an sich auch nicht verbotenen Umfeld oder einer nicht verbotenen Organisation, bspw. einer Glaubensgemeinschaft in einer bestimmten Moschee, einer bestimmten politischen Organisation, wie bspw. der Klimajugend, bereits als konkrete Anhaltspunkte für die künftige Begehung terroristischer Aktivitäten, würde die «Unterscheidung zwischen Aktivisten und Sympathisanten» faktisch verwischt, wodurch die Anzahl potentieller terroristischer Gefährder stark überhöht und die behördlichen Ressourcen über Gebühr belastet würden.⁸⁴⁸ In Berücksichtigung der Ausführungen in der Botschaft⁸⁴⁹ würde ein Rückzug aus den sozialen Strukturen zudem nur dann einen konkreten Anhaltspunkte i.S.v. Art. 23e BWIS darstellen, wenn

⁸⁴⁸ Siehe zu diesem Satz auch VEST, S. 327. An dieser Stelle weist VEST nach Ansicht des Schreibenden richtigerweise darauf hin, dass die überwiegende Mehrzahl an Personen, bei denen Anhaltspunkte ausgemacht wurden, keine strafbaren Handlungen begehen werden und dass von der zahlenmässigen Minderheit, die dazu übergeht, wiederum die übergrosse Mehrheit zwar strafbares Vorfeldverhalten ausüben könnte, jedoch keine Anschläge verüben oder unterstützen wird. Zur Problematik der Klarheit des Verbotes im Zusammenhang mit Kontaktverboten und nicht näher umschriebenen Personengruppen weiter hinten §8, II., 3., B., a.).

⁸⁴⁹ Botschaft PMT, BBl 2019 4784.

die beweisbelastete basierend auf diesen eine «Rechtsgutverletzung in überschaubarer Zeit» begründen könnte.

B. Terroristische Bestrebungen

Ohne nähere begriffliche Ausführungen nennt der Bundesrat⁸⁵⁰ auch den Bestand von «terroristischen Bestrebungen» als konkreten und aktuellen Anhaltspunkt für die künftige Ausübung von terroristischen Aktivitäten. In Ermangelung näherer Ausführungen bleibt dieses Beispiel konturlos und dürfte daher in der künftigen Rechtsanwendung mit erheblicher Rechtsunsicherheit verbunden sein. Unklar bleibt etwa, ob und falls ja, welches Begriffsverständnis dem Adjektiv «terroristisch» in der künftigen Rechtsanwendung zu Grunde gelegt werden wird. Dieser fundamentalen Unklarheit unbenommen, hätte Fedpol als verfügende Behörde den Bestand von «terroristischen Bestrebungen» im Einzelfall zu beweisen und begründen. Ebenso hätte es einzelfall-spezifisch zu begründen, weshalb die konkret erstellten «terroristischen Bestrebungen» zu einer «Rechtsgutverletzung in überschaubarer Zeit» führen könnten. Als an sich unkontroverses Beispiel für «terroristische Bestrebungen» nennt der Bundesrat «Meldungen besorgter Eltern an die Polizei», wonach sich die Tochter oder der Sohn radikalisiert habe und sie oder er beabsichtige, ins Ausland zu reisen, um sich dort Gleichgesinnten anzuschliessen.⁸⁵¹ Die im vorerwähnten Beispiel erwähnte, mittels konkreten und aktuellen Anhaltspunkten erstellte, Absicht einer Person sich innerhalb und/oder ausserhalb Europas zu terroristischen Zwecken zusammenzuschliessen oder in Konfliktgebiete zu reisen wirft strafrechtliche Abgrenzungsfragen auf, da Art. 260^{ter} Abs. 1 StGB b Vorkehrungen zur Mitgliedschaft in einer terroristischen Organisation und Art. 260^{sexies} Abs. 1 lit. c StGB zudem bereits die Absicht zur Vornahme einer «Terrorismusreise» pönalisiert.⁸⁵² Da auch die Materialien und die Ratsdebatten diesen aus Sicht der Rechtsanwendung zentralen Aspekt unberücksichtigt gelassen haben, schafft das vorerwähnte Beispiel mehr Unklarheiten, als dass es die konkreten und aktuellen Anhaltspunkte i.S.v. art. 23e BWIS näher umschreiben würde.

⁸⁵⁰ Botschaft PMT, BBl 2019 4784.

⁸⁵¹ Hierzu Botschaft PMT, BBl 2019 4784.

⁸⁵² Ausführlicher zu Art. 260^{ter} StGB und Art. 260^{sexies} StGB weiter vorne §6, II.

C. **Verwendung «terroristischer Inhalte»**

Obwohl es sich dabei um blossе Gedankenäusserungen handelt, sollen konkrete und aktuelle Anhaltspunkte für die Ausübung einer terroristischen Aktivität i.S.v. Art. 23e Abs. 1 BWIS gemäss Botschaft⁸⁵³ auch bereits dann bestehen, wenn eine Person einschlägige «Social-Media-Profile» erstellt, terroristische Inhalte durch «Verlinken» weiterverbreitet oder durch das Setzen von sogenannten «Likes» befürwortet. Zur Begründung bringt der Bundesrat vor, dass solche Verhaltensweisen wesentlich zur Stärkung von terroristischen Organisationen und Gruppierungen beigetragen hätten, da die Verbreitung terroristischer Ideologien über das Internet zur Strategie terroristischer Organisationen gehöre, wodurch zahlreiche Personen zu schweren Straftaten in Europa oder zu Terrorismusreisen angestiftet worden seien.⁸⁵⁴ Grundsätzlich ist es daher zwar nachvollziehbar, dass terroristische Internetpropaganda möglichst eingedämmt werden soll. Aus der Warte eines mutmasslichen terroristischen Gefährders bleibt im vorliegenden Beispiel jedoch grundlegend unklar, was unter dem Begriff des «terroristischen Inhaltes» zu verstehen ist, da darin «terroristisch» als unbestimmter Rechtsbegriff nicht näher umschrieben wird. Dadurch ist das Beispiel für die künftige Rechtsanwendung wenig aussagekräftig. Die irgendwie geartete Verwendung «terroristischer Inhalte» kann nach Ansicht des Schreibenden im Einzelfall jedenfalls nur dann als konkreter und aktueller Anhaltspunkte i.S.v. Art. 23e Abs. 1 BWIS verstanden werden, wenn Fedpol als verfügende Behörde rechtsgenügend beweisen und begründen kann, dass der mutmassliche terroristische Gefährder de facto die Kontrolle über den «terroristische Inhalte» verbreitenden Kanal hatte. M.a.W. müssen elektronisch verbreitete «terroristische Inhalte» dem mutmasslichen terroristischen Gefährder zugeordnet werden können, was zumindest bei Accounts, auf welche mehrere Personen Zugriff haben, schwierig sein dürfte. Soweit als konkreter und aktueller Anhaltspunkte für die Ausübung einer künftigen terroristischen Aktivität das Teilen bzw. Weiterverbreiten (und nicht das selbständige Hochladen bzw. Betreiben von Profilen) von sich auf bestehenden Plattformen (bspw. YouTube, Facebook) befindlichen Inhalten aufgefasst würde, könnte sich diese Person auf den Standpunkt stellen, dass diese Inhalte öffent-

⁸⁵³ Siehe Botschaft PMT, BBl 2019 4784.

⁸⁵⁴ Vgl. dazu Botschaft PMT, BBl 2019 4784.

lich verfügbar sind. Hierbei könnte sich diese auch auf die freie Meinungsäußerung berufen und vorbringen, dass die Weiterverbreitung oder das Liken dieser Inhalte die Anwendung der Massnahmen zur Verhinderung von terroristischen Aktivitäten nach dem 5. Abschnitt des BWIS und die damit verbunden Grundrechtseinschränkungen nicht zu rechtfertigen vermögen.

Wie verhält es sich bspw., wenn jemand ein auf YouTube verfügbares Interview⁸⁵⁵ von Pierre Vogel⁸⁵⁶ mit dem Berliner Rapper und späteren Jihadreisen «Deso-Dogg»⁸⁵⁷ teilt oder liked? Was wenn eine Person⁸⁵⁸ auf Facebook den Aufruf der Klimajugend zu einer unbewilligten Besetzung des Bundesplatzes in Bern teilt?

Nach Ansicht des Schreibenden sollte der Begriff des «terroristischen Inhalts» in den vorerwähnten Beispielen als Anhaltspunkt i.S.v. Art. 23e BWIS eng ausgelegt werden. Dies ergibt sich insbesondere aus der Verantwortlichkeit der jeweiligen Plattformbetreiber als Hosts der hochgeladenen Inhalte. Tatsächlich verbieten Plattformen wie bspw. YouTube den Upload von Inhalten, «die gewalttätige kriminelle Organisationen verherrlichen, unterstützen oder dafür werben»⁸⁵⁹. Ebenso enthalten bspw. die Community-Standards von Facebook detaillierte Ausführungen darüber, welche Organisationen⁸⁶⁰ überhaupt

⁸⁵⁵ Abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=MPqQkc47kFU>.

⁸⁵⁶ «Pierre Vogel (20. Juli 1978 in Frechen) ist ein islamistischer deutscher Prediger und ehemaliger Boxer, der als einflussreich in der deutschen Salafismusszene gilt. Staatliche Ermittlungs- und Verfolgungsbehörden halten Vogel, der selber vom evangelischen Christentum zum sunnitischen Islam konvertiert ist, für eine der einflussreichsten Personen der deutschen Konvertitenszene. Er betreibt in den sozialen Netzwerken verschiedene Formate zu Glaubensfragen. Verschiedene deutsche Medien bezeichnen ihn als «islamistisch oder als islamistischen Hassprediger». Siehe dazu https://de.wikipedia.org/wiki/Pierre_Vogel.

⁸⁵⁷ «Denis Mamadou Gerhard Cuspert (* 18. Oktober 1975 in West-Berlin; † vermutlich 17. Januar 2018 nahe Gharanidsch, Syrien) war ein deutscher HipHop-Artist und Salafist, der als dschihadistischer Kämpfer und Terrorist am Syrienkrieg teilnahm und dort vermutlich getötet wurde. Der Verfassungsschutz Berlin schätzte ihn als Kriegsverbrecher und führenden deutschsprachigen Propagandisten der Terrororganisation Islamischer Staat (IS) ein.» https://de.wikipedia.org/wiki/Denis_Cuspert.

⁸⁵⁸ <https://www.climatestrike.ch/de/posts/rise-up-for-change>.

⁸⁵⁹ <https://support.google.com/youtube/answer/9229472?hl=de>.

⁸⁶⁰ Facebook duldet keine Präsenz von Organisationen oder Personen, die «Gewalt befürworten oder ausüben». Dazu gehören u.a. Organisationen oder Personen, die sich an «terroristischen Handlungen oder organisierter Verbreitung von Hass» beteiligen. Entsprechend verbietet die Plattform die Präsenz: «Jeder nichtstaatlichen Organisation, die an gezielten und geplanten Ge-

Uploads vornehmen dürfen und welche Inhalte⁸⁶¹ umgekehrt grundsätzlich nicht hochgeladen werden dürfen. Zur Eindämmung einer überschüssenden Rechtsanwendung ist es daher zwingend geboten, den Upload, die Weiterverbreitung oder das Liken von bestimmten Inhalten in sozialen Netzwerken⁸⁶² höchstens dann als Anhaltspunkte für die Ausübung einer künftigen terroristischen Aktivität zu verstehen, wenn die hochgeladenen, weiterverbreiteten oder geliketen «terroristischen Inhalte» auch gegen die entsprechenden Richtlinien der jeweiligen Plattformbetreiber oder gegen strafrechtliche Gesetze verstossen, da andernfalls die Meinungsfreiheit über Gebühr eingeschränkt würde und zudem eine uneinheitliche und allzu weitreichende Anwendung von Art. 23e BWIS zu befürchten wäre.⁸⁶³

walttaten beteiligt ist bzw. solche Gewalttaten befürwortet oder wesentlich unterstützt, wobei sie Zivilpersonen oder irgendeiner anderen Person, die nicht unmittelbar an den Feindseligkeiten im Rahmen eines bewaffneten Konflikts beteiligt ist, den Tod, eine Körperverletzung oder einen ernsthaften Schaden zufügt bzw. zuzufügen versucht und/oder der Zivilbevölkerung erheblichen Sachschaden in Verbindung mit Tod, schwerer Körperverletzung oder ernsthaftem Schaden zufügt bzw. zuzufügen versucht, mit der Absicht handelt, eine Zivilbevölkerung, Regierung oder internationale Organisation zu nötigen, einzuschüchtern und/oder zu beeinflussen, ein politisches, religiöses oder ideologisches Ziel erreichen möchte». https://de-de.facebook.com/communitystandards/dangerous_individuals_organizations.

⁸⁶¹ Verboten sind u.a.: «Absichtserklärungen, schwere Gewalt zu verüben; oder Aufrufe zu schwerer Gewalt (hierzu zählen auch Inhalte, in denen eine Zielperson nicht konkret genannt, sondern mit einem Symbol dargestellt wird, und/oder Inhalte mit Bildmaterial von Kriegsausrüstung oder Bewaffnung zur Darstellung von Gewalt); oder Äußerungen, die schwere Gewalt befürworten; oder Aussagen, die die Absicht der Ausübung von schwerer Gewalt oder ihre Androhung unter gewissen Bedingungen enthalten.» https://de-de.facebook.com/communitystandards/credible_violence.

⁸⁶² Anders verhält es sich, wenn die betreffende Person Videos mit terroristisch-propagandistischem Inhalt direkt via E-Mail oder Messenger-Dienste weiterverbreitet. Diesfalls ist es nach Ansicht des Schreibenden unter Würdigung des im Einzelfall konkret weiterverbreiteten Inhalts durchaus denkbar, dass Anhaltspunkte i.S.v. Art. 23e BWIS vorliegen könnten.

⁸⁶³ Vgl. zur Thematik auch die *Interpellation Nr. 17.3276* Wie steht es um die Verantwortlichkeit für Werbung im Internet, die gesetzeswidrig ist, Hassbotschaften verbreitet oder der Finanzierung krimineller Aktivitäten dient? vom 2.5.2017. Auf EU-Ebene sind entsprechende Prozesse im Gange, weil aktuell in den verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedliche und teils allzu weitreichende Auflagen im Umgang mit «illegalen Inhalten» gelten. Im Rahmen des «Gesetzes für digitale Dienste» will die Kommission die Dienstanbieter, welche erst dann eine Haftung trifft, wenn sie nach einem Hinweis offenkundig illegales Material nicht rasch entfernen, stärker in die Pflicht nehmen. Überdies soll auch die Vorabkontrolle von hochgeladenen Inhalten verschärft werden. Vgl. dazu <https://netzpolitik.org/2020/eu-plattformgrundgesetz-digital-services-act>.

D. **Verständnisäusserung für terroristische Taten**

Als konkreter und aktueller Anhaltspunkt, der den Erlass von Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS gegen mutmassliche terroristische Gefährder rechtfertigen soll, nennt der Bundesrat⁸⁶⁴ zudem die *Verständnisäusserung* einer Person *für terroristische Taten*, soweit diese Person damit in Kauf nimmt, dass Dritte dadurch negativ beeinflusst werden könnten. In Ermangelung klärender Ausführungen sind im Zusammenhang mit diesem Beispiel und der künftigen Rechtsanwendung von Art. 23e BWIS zahlreiche Schwierigkeiten und Unklarheiten zu erwarten. Was unter dem unbestimmten Rechtsbegriff einer «terroristischen Tat» zu verstehen ist und inwiefern sich diese von den in Art. 23e Abs. 2 BWIS umschriebenen terroristischen Aktivitäten unterscheidet, bleibt auch unter Beizug der Botschaft unklar. Ebenso stellen sich zahlreiche Auslegungsfragen rund um die Verständnisäusserung. Handelt es sich etwa auch dann um eine Verständnisäusserung, wenn die gemachte Äusserung mit einer Differenzierung oder Relativierung einhergeht, wonach die Person Gewalt als Mittel zwar grundsätzlich ablehnt, jedoch für die hinter einer Tat liegenden Motive Verständnis äussert?⁸⁶⁵ Offen bleibt auch, ab wann eine Person in Kauf nimmt, dass Dritte durch die Verständnisäusserung negativ beeinflusst werden könnten. Potenziell ist jede formulierte und von einer anderen Person empfangene Äusserung geeignet, auf die empfangende Person einzuwirken und diese allenfalls negativ zu beeinflussen. Demnach könnte theoretisch gesehen jede irgendwie geartete Verständnisäusserung für eine terroristische Tat als Anhaltspunkt für die Ausübung einer künftigen terroristischen Aktivität verstanden werden. Dieses Beispiel geht nach Ansicht des Schreibenden zu weit und ist als alleiniger Anhaltspunkt abzulehnen. Hierfür spricht auch, dass damit «Gedankenäusserungen im <Vorfeld des

⁸⁶⁴ Botschaft PMT, BBl 2019 4784.

⁸⁶⁵ Reicht es etwa aus, wenn eine Person im Rahmen einer Podiumsdiskussion erwähnen würde, dass sie «es verstehe, dass sich die Palästinenser auch mit Waffengewalt gegen die israelischen Besatzer» wehren würden. Wie verhält es sich, wenn ein AFD-Politiker in einer Rede Verständnis für den norwegischen Attentäter Andres Breivik, der im Jahre 2011 insgesamt 77 Menschen ermordet hat, äussert: «Breivik ist aus Verzweiflung heraus zum Massenmörder geworden. Denn der Multikulturalismus in Europa und die Masseneinwanderung vieler Kulturfremde – ist das nicht alles zum Wahnsinnigwerden?» und damit dessen Taten relativiert? Zum zweiten realen Beispiel siehe <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/afd-saechsischer-afd-bundestagskandidat-relativiert-taten-von-anders-breivik-a-1144153.html>.

Vorfelds>»⁸⁶⁶ als konkrete Anhaltspunkte für die künftige Ausübung von terroristischen Aktivitäten fungieren würden und dadurch die Anzahl potentieller terroristischer Gefährder überhöht und deren Überwachung entsprechend erschwert würde.

E. Würdigung: Beispiele mit wenig Aussagegehalt

In Bezug auf die besprochenen Beispiele lässt sich feststellen, dass diese in Bezug auf die künftige Rechtsanwendung von Art. 23e BWIS mehr Fragen aufwerfen, als sie die Auslegung von «konkreten und aktuellen Anhaltspunkten» im Einzelfall erleichtern würden. Diesbezügliche Bedenken haben auch die UNO-SONDERBERICHTERSTATTER geäußert, indem sie um zusätzliche Ausführungen zu den konkreten und aktuellen Anhaltspunkten ersucht haben.⁸⁶⁷ Die besprochenen Beispiele zeigen, dass die Abgrenzung zwischen dem Straf- und dem Polizeirecht im Einzelfall zu diffizilen Fragen der Rechtsanwendung führen werden. Manche der besprochenen Beispiele für konkrete und aktuelle Anhaltspunkte könnten etwa strafrechtliche Vorfeldstraftatbestände⁸⁶⁸ erfüllen, wobei die diesbezüglich gebotene Abgrenzung in den Materialien ausbleibt, was die Aussagekraft der vom Bundesrat genannten Beispiele schmälert. So wird in der Botschaft als Beispiel für konkrete und aktuelle Anhaltspunkte das Vorliegen von «terroristischen Bestrebungen» erwähnt, wobei als solche exemplarisch eine beabsichtigte «Terrorismusreise» genannt wird.⁸⁶⁹ Da die Vorfeldstrafbestimmung von Art. 260^{sexies} Abs. 1 lit. c StGB aber bereits die Absicht zu einer Terrorismusreise pönalisiert und folglich bei hinreichendem Tatverdacht auf das strafprozessuale Instrumentarium zurückzugreifen wäre, lässt dieses Beispiel zentrale Abgrenzungsfragen unbeantwortet. Grundsätzlich problematisch ist, dass sämtliche vorerwähnten Beispiele auf unbestimmte Rechtsbegriffe im Zusammenhang mit dem Adjektiv «terroristisch» referenzieren, ohne dass dem Begriff darin auch nur ansatzweise Konturen verliehen würden, womit diese

⁸⁶⁶ Zu diesem Zitat und dem ganzen Satz siehe VEST, S. 327.

⁸⁶⁷ UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. 13.

⁸⁶⁸ Vgl. dazu die Art. 260^{ter} ff. StGB sowie weiter vorne §6, II.

⁸⁶⁹ Ausführlicher zu Art. 260^{sexies} StGB und der strafrechtlichen Terrorismusbekämpfung weiter vorne §6, II.

Beispiele inhaltlich schwer fassbar sind.⁸⁷⁰ Die Abwesenheit einer verbindlichen Umschreibung des in allen Beispielen erwähnten Begriffs «terroristisch» veranschaulicht, wie gross das Tatbestands- und Rechtsfolgeermessen der rechtsanwendenden Behörden bei der Würdigung der konkreten und aktuellen Anhaltspunkte und mithin bei der Anwendung von Art. 23e BWIS sein wird. Nach Ansicht des Schreibenden sollte sich die Auslegung des Begriffes «terroristisch» in der künftigen Auslegung von konkreten und aktuellen Anhaltspunkten i.S.v. Art. 23e BWIS als Richtschnur an der (impliziten) strafrechtlichen Terrorismusdefinition von Art. 260^{ter} StGB orientieren.⁸⁷¹ Zuletzt verdeutlichen sämtliche Beispiele auch wie weit mit den Massnahmen zur Verhinderung von terroristischen Aktivitäten nach dem 5. Abschnitt des BWIS in kausaler Hinsicht ins Vorfeld einer befürchteten terroristischen Aktivität eingegriffen werden soll und darf. Aus diesem Grund ist es nach Ansicht des Schreibenden notwendig, dass im Einzelfall die erstellten Anhaltspunkte vor dem Erlass von BWIS-Massnahmen einer *gewichtenden prognostischen Gesamtwürdigung*⁸⁷² unterzogen werden.

VI. TERRORISTISCHE GEFÄHRDER ALS PROGNOSEERGEBNIS

1. Kausalität und Prognose im Recht

«Die Enträtselung der Zukunft ist ein uraltes Bedürfnis des Menschen, des ‘homo prognosticus’, und für den alltäglichen privaten Lebensvollzug wie für die Planung grösserer politischer, sozialer und ökonomischer Zusammenhänge unabdingbar.»⁸⁷³ Prognostik ist insbesondere da gefragt, «wo man sich auf zukünftige Entwicklungen

⁸⁷⁰ Hierzu und den nachfolgenden Zitaten aus der Botschaft PMT, BBl 2019 4784. Ausdrücklich zu Art. 23e BWIS auch die Menschenrechtsbeauftragte des Europarates: «L’absence de définition claire et précise ouvre la voie à une interprétation large faisant courir le risque d’ingérences excessives et arbitraires dans les droits de l’homme », vgl. EUROPARAT, Stellungnahme PMT, S. 1 f.

⁸⁷¹ Ausführlicher zur impliziten strafrechtlichen Terrorismusdefinition nach Art. 260^{ter} StGB weiter vorne §6, II.

⁸⁷² Dazu sogleich §7, VI, 3., D., b.).

⁸⁷³ GOLDHAMMER, S. 12. Auch im Recht nimmt die Kausalität «eine ganz entscheidende Funktion» ein, indem in verschiedenen Rechtsgebieten der Rückgriff auf kausale Beurteilungen sowie prognostische Methoden verbreitet ist. Im Bereich des Zivil- und Strafrechts steht eine «typischerweise retrospektive Beurteilung von Haftbarkeit und Strafbarkeit» im Vordergrund, weshalb die Kausalität dabei primär «der Zurechnung von Ursachen und Verursachungsbeiträgen» dient. Zu diesem Satz und den darin enthaltenen Wortzitaten GOLDHAMMER, S. 23.

und Ereignisse rechtzeitig und wirksam vorbereiten und für deren Bewältigung rüsten will»⁸⁷⁴. Soweit basierend auf der (vermeintlichen) Kenntnis von Ursache und Wirkung in der Zukunft liegende schädigende Ereignisse prognostiziert werden sollen, findet man sich regelmässig im Bereich der Gefahrenabwehr.⁸⁷⁵ Prognose meint dabei «die mehr oder weniger präzise Vorhersage eines Ereignisses von kürzerer oder längerer Dauer, das in naher oder ferner Zukunft innerhalb eines engen oder weiten Zeitraumes stattfinden soll»^{876, 877} In diesem Sinne erfordert auch Art. 23e BWIS eine Prognose, in welcher aufgrund der im Einzelfall erstellten konkreten und aktuellen Anhaltspunkte eine Aussage über die Wahrscheinlichkeit und das potentielle Schadensausmass einer befürchteten terroristischen Aktivität getätigt werden soll. Zuverlässige Prognoseregeln lassen sich aus methodischer Sicht am Ehesten dort erstellen, wo Entwicklungen in Abwesenheit von äusseren Einflüssen «eigengesetzliche und regelhafte Verläufe nehmen»⁸⁷⁸ können. Wo Entwicklungen «von unbekannten äusseren Einflüssen wesentlich beeinflusst werden» ist dies dahingegen weniger der Fall, weshalb Prognosen zu menschlichem Verhalten «nicht oder nur in sehr geringem Masse möglich» sind.⁸⁷⁹ Jedenfalls können in Bereichen, in denen «Verhalten nur teilweise determiniert und in hohem Grade auf freien Entscheiden beruht» lediglich «mit beschränkter Verlässlichkeit und Treffsicherheit» gestellt werden, was beispielhaft auch für die Voraussage kriminellen Verhaltens bzw. terroristischer Aktivitäten gilt.⁸⁸⁰ Nachfolgend werden unter 2. summarisch und exemplarisch drei Bereiche vorgestellt, in denen sich das Recht Prognosen zu künftigem kriminellem Verhalten gestützt auf Gefährlichkeitsprognosen trifft. Im Anschluss dazu wird unter 3. auf die im Zusammenhang mit Art. 23e Abs. 1 BWIS erforderliche personenbezogene Gefährlichkeitsprognose eingegangen.

⁸⁷⁴ GMÜR, S. 1308.

⁸⁷⁵ Vgl. GOLDHAMMER, S. 23. Dazu auch GMÜR, S. 1308.

⁸⁷⁶ Siehe GMÜR, S. 1308. Eine Prognose stellt gemäss GMÜR «in die Zukunft gerichtetes Wissen» dar, wobei von der prognostischen Kompetenz erwartet wird, dass «die Vorhersagen überzufällig richtig sind. Prognosen sollen häufiger richtig ausfallen, als dies durch blosses Raten möglich wäre».

⁸⁷⁷ GMÜR, S. 1308:

⁸⁷⁸ Zu diesem Satz und den darin enthaltenen Wortzitaten siehe GMÜR, S. 1308.

⁸⁷⁹ Ibid.

⁸⁸⁰ Ibid.

2. Gefährlichkeitsprognosen im Straf- und Administrativrecht

A. Gefährlichkeitsprognose bei Massnahmenanordnung

a.) Sachverständigengutachten als Voraussetzung

Der im dritten Titel des StGB vorgesehene Oberbegriff der Sanktionen beinhaltet in den Art. 56 ff. StGB neben den schuldangemessenen Strafen auch verschiedene Massnahmen, welche sich in «sichernde» und «andere» Massnahmen gliedern lassen.⁸⁸¹ Dieses Sanktionensystem ist in der Wahl der Sanktion und in deren Vollstreckung dualistisch geprägt, da bei erfüllten Voraussetzungen im Einzelfall sowohl eine Strafe als auch eine Massnahme angeordnet werden kann.⁸⁸² Aufseiten der Täterschaft zielt die Anordnung einer Massnahme faktisch auf eine teilweise oder gänzliche «Strafunempfindlichkeit»⁸⁸³. Eine Massnahme ist gemäss Art. 56 Abs. 1 StGB dann anzuordnen, wenn eine Strafe allein nicht geeignet ist, der Gefahr weiterer Straftaten des Täters zu begegnen (lit. a), ein Behandlungsbedürfnis des Täters besteht oder die öffentliche Sicherheit dies erfordert (lit. b) und die Voraussetzungen der Artikel 59–61, 63 oder 64 erfüllt sind. Massnahmen unterscheiden sich durch ihre *Verschuldensunabhängigkeit*⁸⁸⁴ von Strafen und zielen daher auch nicht auf Schuldausgleich, sondern auf Verbrechensprävention⁸⁸⁵. Infolge der Verschuldensunabhängigkeit der Massnahmen sind diese, im Unterschied zu den Strafen, in ihrer Dauer auch *nicht determiniert*.⁸⁸⁶ Art. 56 Abs. 3 StGB legt fest,

⁸⁸¹ Statt vieler JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER, S. 168.

⁸⁸² Siehe dazu Art. 57 Abs. 1 StGB. Ausführlicher HEER, in: Niggli/Wiprächtiger, Art. 42 Rz 24 ff. m.H.a. BGE 136 IV 156.

⁸⁸³ Zum Kriterium der «Strafunempfindlichkeit» bei STOOSS, vgl. GERMANN, S. 157.

⁸⁸⁴ Siehe dazu statt vieler HEER, in: Niggli/Wiprächtiger, Art. 56 Rz 34.

⁸⁸⁵ Oder um es in den Worten von STOOSS auszudrücken: «Dem Verbrechen vorzubeugen», STOOSS, Motive, S. 35. STOOSS räumte an dieser Stelle ein, dass er nicht gezögert habe «dem Strafrichter einige Massnahmen anzuvertrauen, die eher in das Gebiet der Polizei als in das Gebiet der Justiz» fallen. Zur Begründung hielt er fest: «Es ist gefährlich, der Polizei richterliche Befugnisse zu gewähren; weil die Rechtsprechung besondere Fähigkeiten bei dem Richter voraussetzt (...). Aber es ist nicht einzusehen, warum dem Richter nicht auch Massnahmen von vorwiegend polizeilichem Charakter zugewiesen werden dürften, falls dies als zweckmässig erscheint und weder die Interessen des Staates noch die der Betroffenen dadurch gefährdet werden.»

⁸⁸⁶ «Die sichernde Massnahme unterscheidet sich [...] wesentlich von der Strafe. Die Strafe richtet sich nach der verbrecherischen Tat. Der Richter bestimmt daher die Dauer der Freiheitsstrafe

dass sich das Gericht beim Entscheid über die Anordnung einer Massnahme auf eine sachverständige⁸⁸⁷ Begutachtung zu stützen hat.⁸⁸⁸

b.) Gefährlichkeitsprognose als wesentlicher Gutachtensinhalt

Der wesentliche Inhalt des Sachverständigengutachtens ergibt sich aus Art. 56 Abs. 3 StGB, wonach sich dieses zu allen entscheiderelevanten Fragen, namentlich zur Notwendigkeit und den Erfolgsaussichten einer Behandlung des Täters, zur Art und der Wahrscheinlichkeit weiterer möglicher Straftaten und der Möglichkeiten des Vollzugs der Massnahme, zu äussern hat. Das Sachverständigengutachten nach Art. 56 Abs. 3 StGB stellt entsprechend eine Prognose über das mutmassliche künftige (Wohl-)Verhalten einer bereits straffällig gewordenen Person dar. In Bezug auf die *Methode* der Begutachtung gilt der Grundsatz der Methodenfreiheit, wobei die im Einzelfall gewählte Methode aber «begründet sein» und «wissenschaftlichen Standards entsprechen» muss.⁸⁸⁹ Dabei gilt, dass auch «mit ausgefeilten psychologisch-psychiatrischen Methoden die *sichere* Vorhersage menschlichen Verhaltens nicht möglich» ist und sich «bestenfalls mit standardisierten, auf empirischem Wissen basierenden Methoden Risikoprofile erstellen» lassen, «aus denen sich Schlüsse auf die Wahrscheinlichkeit der Entwicklung des Probanden ziehen lassen».⁸⁹⁰ Die psychiatrische Diagnostik kennt als methodische Kategorien die «intuitive, statistische und klinische Methode»⁸⁹¹. Dabei

im Urteil. Die sichernde Massnahme richtet sich nach dem Zustand des Täters; sie besteht in einer zweckmässigen Behandlung, deren Dauer im einzelnen Falle von ihrem Erfolge abhängt». STROOS, Bericht, S. 9; vgl. auch GERMANN, S. 153. Dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit kommt bei der Anordnung von Massnahmen daher gemäss Art. 56 Abs. 2 StGB zentrale Bedeutung zu.

⁸⁸⁷ «Der Angeschuldigte hat einen verfassungs- und konventionsmässigen Anspruch auf einen unabhängigen und unparteiischen gerichtlichen Sachverständigen. Es darf niemand als gerichtlicher Experte beigezogen werden, der als Richter abgelehnt werden könnte» siehe BGE 127 I 73 m.H.a. BGE 118 Ia 144 E. 1c.

⁸⁸⁸ Zur Notwendigkeit einer sachverständigen Begutachtung HEER, in: Niggli/Wiprächtiger, Art. 56 Rz 38 ff.

⁸⁸⁹ Zu diesem Satz und den darin enthaltenen Wortzitaten siehe TRECHSEL/PAUEN, in: Trechsel/Pieth, Art. 56 Rz 14 (m.w.H.). Siehe zur Methodenfreiheit auch BGE 128 I 81.

⁸⁹⁰ Zu diesem Satz und den darin enthaltenen Wortzitaten siehe TRECHSEL/PAUEN, in: Trechsel/Pieth, Art. 56 Rz 16. Zu softwaregestützten Prognosen in der Gefahrenabwehr siehe auch GOLDHAMMER, S. 159.

⁸⁹¹ Zu diesem Satz und den enthaltenen Zitaten GOLDHAMMER, S. 178.

lässt sich eine vermehrte Verwendung von «statistischen Prognoseinstrumenten» und Kriterienkatalogen feststellen.⁸⁹² Gemäss Bundesgericht dient jedes Prognoseinstrument (lediglich) als Hilfsmittel, «um die Prognosebeurteilungsfähigkeiten eines Untersuchers zu entwickeln, zu fördern und in die Form eines transparenten und nachvollziehbaren Entscheidungsgangs zu bringen»⁸⁹³. Im Ergebnis muss das (Prognose-)Gutachten «eine umfassende, transparente und nachvollziehbare Darstellung des Erkenntnis- und Wertungsprozesses des Sachverständigen»⁸⁹⁴ ermöglichen.

c.) Gerichtliche Würdigung

Sachverständigengutachten und darin enthaltene Gefährlichkeitsprognosen unterliegen der freien Beweiswürdigung durch das Gericht, wobei dieses in Fachfragen nur aus triftigen Gründe von gutachterlichen Erkenntnissen abweichen darf.⁸⁹⁵ Die gerichtliche Überprüfung eines Sachverständigengutachtens hat sich «nicht nur auf das ermittelte (Prognose-)Ergebnis zu beziehen, sondern muss sich auf die Qualität der gesamten Prognosestellung inkl. allenfalls verwendeter Prognoseinstrumente erstrecken», wobei das Gericht in eigenständiger Beurteilung des Sachverständigenbeweises gestützt auf

⁸⁹² Siehe zu diesem Satz TRECHSEL/PAUEN, in: Trechsel/Pieth, Art. 56 Rz 16. Die klinische Methode, «die empirische Individualprognose, ist in Form des Kriterienkatalogs von *Nedopil* und durch die HCR-20 Methode von *Webster* operationalisiert. Bei *Nedopil* sind vier sog. Merkmalsbereiche die Basis: das Ausgangsdelikt, die prädeliktische Persönlichkeit, die postdeliktische Persönlichkeitsentwicklung und der soziale Empfangsraum», GOLDHAMMER, S. 178.

⁸⁹³ BGer 6B_772/2007 vom 9.4.2008, E. 4.2.

⁸⁹⁴ Siehe zu diesem Satz TRECHSEL/PAUEN, in: Trechsel/Pieth, Art. 56 Rz 16; HEER, in: Niggli/Wiprächtiger, Art. 56 Rz 75. Dazu auch HEER: «Eine sachverständige Person darf die relevanten Erkenntnisse nicht einzig auf ein bestimmtes «Punkte-Score» abstützen, sondern hat vielmehr in nachvollziehbarer und überprüfbarer Weise darzulegen, aufgrund welcher Informationsgrundlagen und Datenselektion die Bewertung der Einzelfallmerkmale und letztlich die prognostische Beurteilung des individuellen Täters erfolgt ist.» HEER, in: Niggli/Wiprächtiger, Art. 56 Rz 78.

⁸⁹⁵ Siehe statt vieler BGE 142 IV 49 E. 2.1.3 (m.w.H.). «Ein Gutachten ist namentlich dann keine rechtsgenügende Grundlage, wenn gewichtige, zuverlässig begründete Tatsachen oder Indizien die Überzeugungskraft des Gutachtens ernstlich erschüttern. Das trifft etwa zu, wenn der Sachverständige die an ihn gestellten Fragen nicht beantwortet, seine Erkenntnisse und Schlussfolgerungen nicht begründet oder diese in sich widersprüchlich sind oder die Expertise sonstwie an Mängeln krankt, die derart offensichtlich sind, dass sie auch ohne spezielles Fachwissen erkennbar sind.» Siehe BGE 141 IV 369 E. 6.1.

alle für die Begutachtung relevanten Umstände einen eigenverantwortlichen Entscheid zur Gefährlichkeit der Person zu treffen hat.⁸⁹⁶

B. Präventiver Führerausweisentzug (Sicherungsentzug)

Menschen, die in Vornahme einer prognostischen Beurteilung aufgrund bestimmter Faktoren «als besonderes Risiko für den Fahrverkehr betrachtet werden»⁸⁹⁷, können zwecks Abwehr der von diesen potenziell ausgehenden (abstrakten) Gefahr präventiv vom Führen eines Motorfahrzeuges abgehalten werden. «Bestehen ernsthafte Zweifel an der Fahreignung einer Person, so kann der Lernfahr- oder der Führerausweis vorsorglich entzogen werden (Art. 30 VZV). Angesichts des grossen Gefährdungspotenzials, das dem Führen eines Motorfahrzeugs eigen ist, genügen bereits konkrete Anhaltspunkte für eine fehlende Fahreignung, um den Führerausweis vorsorglich zu entziehen.»⁸⁹⁸ Als eine fehlende Fahreignung begründende Faktoren gelten nach Art. 16d Abs. 1 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 SVG insbesondere relevante Krankheiten, Gebrechen oder Süchte.⁸⁹⁹ Im Interesse der Verkehrssicherheit sieht Art. 16d SCG diesfalls als verschuldensunabhängige Administrativmassnahme auf unbestimmte Zeit den Führerausweisentzug wegen fehlender Fahreignung (Sicherungsentzug)⁹⁰⁰ vor.⁹⁰¹ Als Grundlage für diesen (folgen-)schweren Eingriff dienen im Einzelfall verkehrsmedizinische oder verkehrspsychologische Gutachten,⁹⁰² die eine prognostische Beurteilung der Fahreignung der

⁸⁹⁶ Zu diesem Satz und den darin enthaltenen Wortzitaten siehe TRECHSEL/PAUEN, in: Trechsel/Pieth, Art. 56 Rz 13. Interessant zur Aufteilung der Kompetenzen zwischen Gericht und sachverständiger Person HEER, in: Niggli/Wiprächtiger, Art. 56 Rz 42 ff.

⁸⁹⁷ SCHAFFHAUSER, S. 75.

⁸⁹⁸ BGer 1C_780/2021 vom 22.6.2022, E. 4.3.

⁸⁹⁹ Vgl. dazu SCHAFFHAUSER, S. 75.

⁹⁰⁰ Siehe dazu KAISER, S. 5: «Ein vorsorglicher Führerausweisentzug wird durch das Strassenverkehrsamt unverzüglich angeordnet, sofern ernsthafte Zweifel an der Fahreignung einer Person bestehen. Er ist eine Form des Sicherungsentzuges».

⁹⁰¹ Siehe BGer 1C_780/2021 vom 22.6.2022, E. 4.3 (m.w.H.) Kritisch und interessant zum im Lichte von Art. 6 EMRK strafrechtlichen Charakters des Sicherungsentzuges CONINX, Zwangsmassnahmen, S. 183 ff.

⁹⁰² Hierzu kritisch CONINX, Zwangsmassnahmen, S. 186, wonach die «rechtliche Konkretisierung des Sicherungsentzugs weitgehend der verkehrspsychologischen Forschung überlassen» werde, «welche sich einer möglichst lückenlosen und effizienten Prävention verpflichtet» fühle,

betroffenen Person beinhalten.⁹⁰³ Als Sachverständigengutachten unterliegen diese nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung der freien Beweiswürdigung, wobei eine Abweichung triftiger Gründe bedarf.⁹⁰⁴

C. Gutprognose bei bedingter Entlassung

Nach dem Wortlaut von Art. 42 Abs. 1 StGB schiebt das Gericht bei Ersttäter: innen den Vollzug einer Geldstrafe oder einer Freiheitsstrafe von höchstens zwei Jahren in der Regel auf, «wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten». Die Rechtsanwendung von Art. 42 Abs. 1 StGB erfordert folglich eine Prognose über das künftige Wohlverhalten einer erstmals verurteilten Person, wobei der Strafaufschub und mithin das künftige Wohlverhalten im Sinne einer Gutprognose vermutet wird.⁹⁰⁵ Im Unterschied zu den beiden vorangehenden Beispielen stützt sich die Prognosestellung nach Art. 42 Abs. 1 StGB in methodischer Hinsicht nicht auf Sachverständigengutachten ab. Das Gericht nimmt diese viel mehr intuitiv, also «gefühlsmässig, gestützt auf die persönliche Lebens- und Berufserfahrung sowie den gesunden Menschenverstand»⁹⁰⁶, vor. Im Rahmen der prognostischen Beurteilung, ob die Verhängung einer unbedingten Strafe zwecks Abhaltung der Verübung weiterer Delikte notwendig ist, muss das Gericht zwingend eine Gesamtwürdigung vornehmen, in welcher «ein möglichst umfassendes Bild der

und «die individualrechtliche Position dessen, welcher von einer Zwangsmassnahme belastet ist», nur «ungenügend» reflektiere. Für ein aktuelles Urteil zum Sicherungsentzug siehe BGer 1C_780/2021 vom 22.6.2022. Gemäss BGer bestanden in casu keine hinreichenden Anhaltspunkte für einen strassenverkehrsrelevanten Alkoholüberkonsum, weshalb die Beschwerde teilweise gutgeheissen wurde.

⁹⁰³ So KAISER, S. 5. Nach Art. 15d Abs. 1 lit. e SVG kann eine Person aufgrund einer Meldung eines Arztes, dass eine Person wegen einer körperlichen oder psychischen Krankheit, wegen eines Gebrechens oder wegen einer Sucht Motorfahrzeuge nicht sicher führen kann, einer Fahreignungsuntersuchung unterzogen werden. Vgl. für mehr Rechtsprechung zum Sicherungsentzug SCHAFFHAUSER, S. 76 ff.

⁹⁰⁴ Vgl. dazu BGE 146 IV 114 E. 2.1; 145 II 70 E. 5.5. Zur gerichtlichen Würdigung von Sachverständigengutachten bei Gefährlichkeitsprognosen nach Art. 56 Abs. 3 StGB unmittelbar vorangehend unter A.

⁹⁰⁵ Siehe SCHNEIDER/GARRÉ, in: Niggli/Wiprächtiger, Art. 42 Rz 38: «Der Strafaufschub ist die Regel, von der grundsätzlich nur bei ungünstiger Prognose abgewichen werden darf».

⁹⁰⁶ Siehe SCHNEIDER/GARRÉ, in: Niggli/Wiprächtiger, Art. 42 Rz 51.

Täterpersönlichkeit zu zeichnen»⁹⁰⁷ ist. Zu berücksichtigende Tatumstände sind, «das Vorleben, der Leumund sowie weitere relevante Tatsachen, die Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen»⁹⁰⁸. Gemäss Bundesgericht sind als relevante Faktoren der Gesamtwürdigung u.a. auch die «Sozialisationsbiographie und (das) Arbeitsverhalten, das Bestehen sozialer Bindungen, (sowie) Hinweise auf Suchtgefährdungen»⁹⁰⁹, miteinzubeziehen. Die persönlichen Verhältnisse der Person sind folglich bis zum Zeitpunkt des Prognoseentscheides zu beachten, weshalb in der Gesamtwürdigung «auch seit der Tat eingetretene positive Veränderungen (wie den Erhalt einer festen Arbeitsstelle, das Eingehen einer stabilen Beziehung) zu berücksichtigen»⁹¹⁰ sind. Eine rechtsgenügende Gesamtwürdigung i.S.v. Art. 42 Abs. 1 StGB liegt nur dann vor, wenn alle relevanten Umstände hinreichend berücksichtigt wurden, zumal es umgekehrt unzulässig ist einzelnen Umständen «eine vorrangige Bedeutung beizumessen und andere zu vernachlässigen oder überhaupt ausser Acht zu lassen»⁹¹¹.

3. Gefährlichkeitsprognose nach Art. 23e BWIS

A. Prognosegegenstand gemäss Wortlaut und Botschaft

Art. 23e Abs. 1 BWIS verlangt nach der Vornahme einer personenbezogenen Gefährlichkeitsprognose, in der das menschliche Verhalten einer als potenziell gefährlich wahrgenommenen Person vorausgesagt werden soll. Die Notwendigkeit einer prognostischen Beurteilung ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 23e Abs. 1 BWIS. Eine Person gilt demnach dann als «terroristischer Gefährder», wenn aufgrund der im Einzelfall bestehenden *Prognosegrundlage*, namentlich der konkreten und aktuellen Anhaltspunkte, im Sinne des *Prognoseergebnisses* von der künftigen Ausübung ter-

⁹⁰⁷ HEIMGARTNER, in: Donatsch, Art. 42 Rz 7.

⁹⁰⁸ BGE 134 IV 143 E. 4.4.

⁹⁰⁹ BGE 134 IV 143 E. 4.4.

⁹¹⁰ HEIMGARTNER, in: Donatsch, Art. 42 Rz 7.

⁹¹¹ BGE 135 IV 180, E. 2.1

roristischer Aktivitäten⁹¹² «ausgegangen» werden müsse.⁹¹³ In der zu Art. 23e BWIS zugehörigen Botschaftspassage steht zu lesen, dass Fedpol «gestützt auf das bisherige Verhalten der betroffenen Person die Wahrscheinlichkeit einer möglichen, künftigen Deliktsbegehung darzulegen»⁹¹⁴ habe. Indem darin als Prognoseergebnis die «*künftige Deliktsbegehung*» erwähnt wird, missachtet diese den insofern an sich klaren Wortlaut von Art. 23e BWIS und schafft dadurch neue Begrifflichkeiten und Unklarheiten. Denn Begriff der «künftigen Deliktsbegehung» erfasst potentiell sämtliche künftigen strafbaren Handlungen, wodurch der erwähnte Prognosegegenstand weit über die an und für sich bereits schwammigen terroristischen Aktivitäten hinaus ausgedehnt würde und theoretisch gesehen bspw. auch bei einem befürchteten künftigen Ladendiebstahl zur Anwendung kommen könnte.⁹¹⁵ Die gewählte Formulierung dürfte aus diesen Gründen auf ein sprachlich Versehen zurückzuführen sein, weshalb gestützt auf den Wortlaut von Art. 23e BWIS lediglich Prognosen zu denjenigen Delikten zu stellen sein dürften, welche auch terroristische Aktivitäten i.S.v. Art. 23e Abs. 2 BWIS darstellen.

B. Methodische Unklarheiten

Wissenschaftliche Prognostik hat die massgeblichen Kriterien zu benennen, auf welche sich eine Prognose abstützt, wodurch erst die Methode auch «für andere nachvollziehbar und anwendbar» wird.⁹¹⁶ Im Unterschied zu den vorstehend unter 2. vorgestellten Gefährlichkeitsprognosen ist die Methodik der Prognose in Bezug auf Art. 23e BWIS weitaus unklarer. Als Hinweis auf die Prognosemethodik erwähnt die Botschaft einzig, dass auf das «bisherige Verhalten» der Person abzustellen sei.⁹¹⁷ Ungeklärt bleibt dabei u.a., inwieweit bei der Prognose nach Art. 23e BWIS auf die allgemeine Lebenserfahrung

⁹¹² Im Vorentwurf wurden präziser noch in Art. 2 Abs. 2 Bst. dbis VE-BWIS klarer definierte «terroristische Straftaten» als Prognosegegenstand vorgesehen. Ausführlicher weiter vorne §7, IV., 2., A., a.).

⁹¹³ Ähnlich auch ZUMSTEG, Rz 8.

⁹¹⁴ Botschaft PMT, BBl 2019 4784.

⁹¹⁵ Ausführlicher zu den terroristischen Aktivitäten weiter vorne §7, IV., 2., B.

⁹¹⁶ Zu diesem Satz und dem darin enthaltenen Zitat siehe GMÜR, S. 1308, wonach die Nachvollziehbarkeit etwa durch einen Kriterienkatalog erhöht werden könne.

⁹¹⁷ Botschaft PMT, BBl 2019 4784. In den übrigen Materialien sowie den Ratsdebatten finden sich dazu keinerlei Hinweise.

und intuitive Beurteilungen, auf allgemeines Fachwissen und/oder auf psychiatrische Prognosemethoden abgestellt werden soll. Ob überhaupt und falls ja, welche Rolle computergestützter Software⁹¹⁸ bei der Erstellung der Prognose zu befürchteten terroristischen Aktivitäten zukommen wird, bleibt entsprechend ebenso offen. Hierzu äusserten sich auch die UNO-SONDERBERICHTERSTATTER dezidiert kritisch: «Les experts notent que la définition des <terroristes potentiels> est également insuffisamment élaborée. En particulier, les experts recommandent que des orientations détaillées soient élaborées sur les moyens et les modalités d'évaluation des <indices concrets et actuels> utilisés pour déterminer qu'un individu pourrait mener des activités terroristes. Les experts soulignent la nécessité que ces indicateurs soient fondés sur des preuves scientifiques solides, qu'ils soient bien définis et suffisamment précis, et que les évaluations soient menées selon une méthodologie claire, avec la participation de professionnels ayant une expertise pertinente.»⁹¹⁹ Es finden sich überdies weder in den Materialien noch den Ratsdebatten Hinweise darauf, *ab wann* erstellte konkrete und aktuelle Anhaltspunkte als Prognoseergebnis die Annahme der künftigen Ausübung einer terroristischen Aktivität zu rechtfertigen vermögen. Neben methodischen Unklarheiten bleibt folglich auch die zentrale beweisrechtliche Frage nach dem erforderlichen Wahrscheinlichkeitsmassstab der Art. 23e BWIS inhärenten Gefahrenvorfeldprognose unbeantwortet.⁹²⁰ In Anbetracht der vorstehend dargestellten Ausgangslage ist es auch unter Beizug der Materialien und Ratsdebatten nicht absehbar, wie die Prognose nach Art. 23e BWIS erfolgen wird, weshalb diese im Hinblick auf die künftige Rechtsanwendung als eigentliche «*Blackbox*» bezeichnet werden kann. Diese ungewisse Ausgangslage bringt mit sich, dass Fedpol in der künftigen Rechtsanwendung von Art. 23e BWIS und der damit verbundenen Prognosestellung in Bezug auf die Prognosemethodik und den Wahrscheinlichkeits-

⁹¹⁸ Vgl. zu den im Rahmen der vorausschauenden Polizeiarbeit eingesetzten Softwareprogrammen in der Schweiz weiter vorne §7, II., 2. Soweit im Rahmen von Art. 23e BWIS computergestützte Software zum Einsatz kommen sollte, wäre der «eingeschränkten Nachvollziehbarkeit maschineller Lernverfahren», insbesondere in Bezug auf das rechtsstaatliche Begründungserfordernis eines Rechtsaktes, Rechnung zu tragen, wobei sich die Botschaft dazu bedauerlicherweise gänzlich ausschweigt. Vgl. dazu allgemein und interessant BRAUN BINDER, S. 472. Für Deutschland HANSCHMANN, S. 436, wonach das BKA als Instrument zur Risikobewertung die «Regelbasierte Analyse potentiell destruktiver Täter» (RADAR) einsetzt.

⁹¹⁹ UNO-Sonderberichterstatter, Stellungnahme zum PMT, S. 4.

⁹²⁰ Für Anregungen zur möglichen Prognosestellung siehe weiter hinten sogleich unter D.

massstab freies und daher allzu weites *Ermessen* zukommt. Dies zeigt nicht zuletzt auch ein Vergleich mit den vorstehend unter 2. vorgestellten Gefährlichkeitsprognosen, deren Anwendungsvoraussetzungen, Methoden und Rückgriffe auf Sachverständigen-gutachten weitaus klarer geregelt sind.

C. Einseitige Berücksichtigung Prognostischer Unsicherheiten?

Im Zusammenhang mit der nach Art. 23e BWIS erforderlichen Prognose wird in der Botschaft unumwunden festgehalten, dass Einschätzungen «erfahrungsgemäss mit prognostischen Unsicherheiten»⁹²¹ verbunden seien. An dieser Stelle nimmt der Bundesrat implizit auf das Prognosen inhärente «false positive/false negative-Dilemma»⁹²² Bezug und löst es de facto und ohne nähere Erklärungen «in dubio pro securitate» zu Lasten der betroffenen Person auf. Die in dieser Botschaftspassage zum Ausdruck gebrachte Auffassung veranschaulicht ein fehlendes gesetzgeberisches Bewusstsein für die *Grundrechtsposition* von gestützt auf Art. 23e BWIS kategorisierten Personen. Geradezu bedenklich ist dabei nicht die an eine selbsterfüllende Prophezeiung erinnernde Erwähnung der «prognostischen Unsicherheiten» an sich, sondern deren selbstverständliche Hinnahme als «fait accompli», ohne dass die Rechtsposition der fälschlicherweise betroffenen Person, die Prognosemethodik und der Wahrscheinlichkeitsmassstab in den Materialien und Ratsdebatten auch nur ansatzweise umschrieben worden wären.⁹²³ Wie die Erstellung von möglichst korrekten Gefährlichkeitsprognosen sichergestellt werden soll, inwieweit (falsch positive) Gefährlichkeitsprognosen einer wirksamen

⁹²¹ Botschaft PMT, BBl 2019 4784.

⁹²² Zu diesem Satz und dem darin enthaltenen Zitat siehe BARCZAK, S. 102. «Eine Prognose kann gemäss dem Vierfelderschema 1. richtig-günstig, 2. falsch-günstig, 3. richtig-ungünstig und 4. falsch-ungünstig sein. In der Literatur wird das Wort “günstig” mit “negativ” (= erfüllt Kriterium Rückfall nicht) und das Wort “ungünstig” als “positiv” (= erfüllt Kriterium Rückfall) bezeichnet, was (wegen der moralischen Bedeutung von “positiv” und “negativ”) zu Missverständnissen führen kann.» GMÜR, S. 1312.

⁹²³ Gänzlich unerwähnt lässt die Botschaft dabei u.a., welche unmittelbare Erschwerungen und damit verbunden mittelbaren Eingriffe in zahlreiche weitere Grundrechte der Betroffenen die (unzutreffende) Qualifikation einer Person als terroristischen Gefährder bewirkt. Hierzu ausführlicher weiter hinten §7, VII. Ähnlich auch CONINX in Bezug auf den Sicherungsentzug von Führerausweisen: «Wenn es darum geht, wie mit sogenannten «gefährlichen Personen» umzugehen ist, ist eine individualrechtliche Perspektive in einer freiheitlichen Rechtsordnung unabdingbar», CONINX. Zwangsmassnahmen, S. 186

Kontrolle unterliegen und welche Ansprüche und Rechtsfolgen eine (falsch positive) Gefährlichkeitsprognose begründen könnten, bleibt daher ungeklärt.

D. Anregungen zur künftigen Prognosestellung

a.) Beweismassstab: «Beachtliches Risiko»

Im Gefahrenvorfeld tritt gemäss überzeugender Auffassung von GOLDHAMMER an die Stelle des «was» das «dass»: «Wir wissen nicht was, wann, wo und wie passiert und haben daher keine konkrete Gefahr. Wir wissen aber, dass etwas passiert, weil die Quelle der Gefahr, die Identität der Person (sowie deren Verhalten und Eigenschaften) zweifelsfrei bekannt sind.»⁹²⁴ Zur Eindämmung einer ausufernden Rechtsanwendung von Art. 23e BWIS sollte Fedpol nach Ansicht des Schreibenden im Einzelfall nur dann von der künftigen Ausübung einer terroristischen Aktivität ausgehen dürfen, wenn die erstellten konkreten und aktuellen Anhaltspunkte, den prognostischen Schluss zulassen, dass die künftige Verübung einer terroristischen Aktivität überwiegend wahrscheinlich, d.h. zumindest wahrscheinlicher als deren Gegenteil, ist.⁹²⁵ In diesem Sinne hat auch der Bundesrat in der Botschaft selbst festgelegt, dass Anhaltspunkte i.S.v. art. 23e BWIS nur dann konkret sind, wenn diese auf eine «Rechtsgutverletzung in überschaubarer Zeit»⁹²⁶ schliessen lassen. M.a.W. müssen die erhärteten Tatsachen resp. die konkreten Anhaltspunkte in zeitlicher Hinsicht eine *Handlungsdringlichkeit* nahelegen. Nur diesfalls bilden die erstellten Anhaltspunkte nach Ansicht des Schreibenden ein Gesamtbündel an Indizien, welches im Einzelfall ein «*beachtliches Risiko*»⁹²⁷ resp. eine ausreichend «konkrete Wahrscheinlichkeit»⁹²⁸ begründen, das/die innert überschaubarer

⁹²⁴ GOLDHAMMER, S. 168.

⁹²⁵ Dies stellt im Unterschied zum herkömmlichen gefahrenabwehrrechtlichen Prognosemassstab der hinreichenden Eintrittswahrscheinlichkeit eine Herabsetzung dar, welche nach Ansicht des Schreibenden in der Natur einer Prognosestellung im Gefahrenvorfeld begründet liegt.

⁹²⁶ Botschaft PMT, BBl 2019 4784.

⁹²⁷ Zu diesem aus der deutschen Rechtsprechung entlehnten Begriff siehe BVerwG, Beschl. V. 13.7.2017-1 VR 3.17. Dazu kritisch sowie m.w.H. GOLDHAMMER, S. 172.

⁹²⁸ GOLDHAMMER, S. 167. Anlässlich der parlamentarischen Beratung des PMT und von Art. 23e BWIS sprach Ständerat Jositsch von «konkreten Verdachtsmomenten»: «Deshalb ist auch wichtig, dass dieser Gefährdungsbegriff klar definiert wird. Hier wird eben festgelegt, dass nicht jeder Verdacht genügt, um eine Person als Gefährder einzustufen, sondern dass es konkrete und

Zeit in eine verübte terroristische Aktivität umschlagen könnte und die Ergreifung von grundrechtswirksamen Massnahmen der Gefahrenabwehr zu rechtfertigen vermag.⁹²⁹ Das Vorliegen eines «erheblichen Risikos» sowie der damit verbundenen Gefährlichkeit der betroffenen Person ist dabei durch die verfügende Behörde zu begründen, da der mutmassliche terroristische Gefährder seine eigene künftige Ungefährlichkeit als negative Tatsache gar nicht beweisen kann.⁹³⁰

b.) Prognosemethodik: Gewichtende Gesamtwürdigung

Das in Bezug auf die Prognosemethodik vom Bundesrat⁹³¹ erwähnte alleinige Abstellen auf das Verhalten einer Person greift nach Ansicht des Schreibenden bei der subjektspezifischen Gefahrenprognose nach Art. 23e BWIS zu kurz.⁹³² Das Vorliegen eines «beachtlichen Risikos» der künftigen Ausübung terroristischer Aktivitäten setzt im Einzelfall die Vornahme einer *gewichtenden Gesamtwürdigung aller Umstände* voraus, in welchen neben dem Verhalten⁹³³ auch die persönlichen Voraussetzungen der

aktuelle Anhaltspunkte geben muss. Damit wird eben auch die Verpflichtung festgelegt, dass hier konkrete Verdachtsmomente ermittelt werden müssen, damit das ganze Instrumentarium, das hier gegen Gefährder zur Verfügung gestellt wird, überhaupt zum Einsatz kommt.» Ständerat, Frühjahressession 2020, Wortmeldung Daniel Jositsch, AB 2020, S. 84.

⁹²⁹ Vgl. dazu auch BVerwG, Beschluss vom 21.3.2017, Rn. 20. Siehe hierzu grundsätzlich kritisch MOHLER, Zweckerreichung, Rz 25 (m.w.H.): «Gemäss EGMR müssen die Anforderungen an die Einschätzung der Gefährlichkeit zwar nicht gleich streng sein wie für eine strafrechtliche Anklage oder Verurteilung. Die Einschätzung muss aber *objektivierbar* sein, auf *faktenbasierten Nachweisen* für die Gefährlichkeit beruhen (...).»

⁹³⁰ Siehe Fn. 65.

⁹³¹ So indes Botschaft PMT, BBl 2019 4784.

⁹³² Die Voraussetzungen für eine subjektspezifische Gefahrenprognose haben die deutsche und die schweizerische ausländerrechtliche Rechtsprechung in ihren Grundzügen im Zusammenhang mit ausländerrechtlichen Fernhaltmassnahmen von Terrorverdächtigen weitaus überzeugender konturiert. Vgl. dazu u.a. BVerwG, Beschluss vom 21.3.2017, Rn. 21. In der Sache ging es um die Abschiebeanordnung eines terrorverdächtigen algerischen Jihadisten nach §58a AufenthG; BAUTZE, S. 206 f. (m.w.H.). Dazu interessant auch GOLDHAMMER, S. 169 ff. Auch in der Schweiz stellt das Bundesverwaltungsgericht bei ausländerrechtlichen Massnahmen gegen Terrorverdächtige bei der prognostischen Beurteilung der Rechtsfrage nach der potentiellen Gefährdung der inneren Sicherheit nicht nur auf das persönliche Verhalten der Person ab. Vgl. BVGer F-4618/2017 vom 11.12.2019 E. 6 ff. (m.w.H.). Ausführlicher dazu weiter hinten §9, III., 2. A., b.).

⁹³³ Darunter könnten u.a. die innere Einstellung bzw. basierend darauf nach aussen erkennbar gemachte Äusserungen, die Kontaktnahme oder -pflege zu anderen Personen oder Gruppierungen oder verhängte Vorstrafen gezählt werden. Vgl. dazu auch Art. 23h Abs. 1 BWIS, wonach Fedpol

Person miteinbezogen werden sollten. Namentlich sollten dabei auch das familiäre und berufliche Umfeld, der Bildungsstand, die physische und die psychische Verfassung der Person gewürdigt werden. Wie bei der vorstehend vorgestellten intuitiven Gutprognose nach Art. 42 StGB⁹³⁴ sollte in der Gesamtwürdigung nach Art. 23e BWIS «ein möglichst umfassendes Bild der Täterpersönlichkeit»⁹³⁵ gezeichnet werden und dabei soweit bekannt auch die Sozialisationsbiographie, das Arbeitsverhalten, das Bestehen sozialer Bindungen sowie Hinweise auf Suchtgefährdungen der betroffenen Person berücksichtigt werden.⁹³⁶ Neben dem Verhalten und den persönlichen Voraussetzungen sollten auch die *kausale Distanz* der im Einzelfall erstellten Anhaltspunkte und die *Schwere* der konkret befürchteten terroristischen Aktivität in die gewichtende Gesamtwürdigung Eingang finden. Je nachdem, welche konkreten und aktuellen Anhaltspunkte in einem Einzelfall erstellt sind, kann zwischen diesen und der befürchteten terroristischen Aktivität in *zeitlich-kausaler Hinsicht* eine grössere oder kleinere Distanz liegen. Je weiter entfernt ein Anhaltspunkt in der Kausalkette zur möglichen künftigen Ausübung einer terroristischen Aktivität liegt bzw. je schwächer dieser ist, umso strengere Regeln sollten im Einzelfall an die Begründungsdichte der durch die verfügenden Behörde vorgenommene Prognose gestellt werden.⁹³⁷ Auf den im Einzel-

und die kantonalen Behörden zur Bearbeitung von Daten über religiöse und weltanschauliche Ansichten oder Tätigkeiten, über die Gesundheit, über Massnahmen der sozialen Hilfe sowie über administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen ermächtigt werden. Vgl. zum Gesagten auch BVerwG, Beschluss vom 21.3.2017, Rn. 21; BAUTZE, S. 206 f. (m.w.H.).

⁹³⁴ Hierzu vorangehend 2., C.

⁹³⁵ HEIMGARTNER, in: Donatsch, Art. 42 Rz 7.

⁹³⁶ Ein Sachverständigengutachten, wie es bspw. bei der Anordnung von strafrechtlichen Massnahmen oder einem Führerausweisentzug notwendig ist, ist jedenfalls dann nicht möglich, wenn zu dessen Erstellung die Mitwirkung der betroffenen Person erforderlich ist. Im Übrigen spricht im Zusammenhang mit Art. 23e BWIS auch die mit der Abwehr von Vorfeldgefahren verbundene zeitliche Handlungsdringlichkeit gegen die vorgängige Durchführung von (zeit- und) ressourcenintensiven Sachverständigengutachten.

⁹³⁷ Zwischen einer blossen Verständnisäusserung für eine terroristische Straftat und der tatsächlichen selbständigen Ausübung einer terroristischen Aktivität steht in kausaler Hinsicht eine grosse Distanz, weshalb dieser Anhaltspunkt im Rahmen einer gewichtenden Gesamtwürdigung als «eher schwach» bzw. «wenig belastend» berücksichtigt werden sollte. Sind in einem Einzelfall demgegenüber ein in ein Konfliktgebiet gebuchter Flug sowie einschlägige Chatverläufe zu Kontaktpersonen im Zielland erstellt, liegt in kausaler Hinsicht eine geringe Distanz zu einer ausgeübten terroristischen Aktivität vor. In einer gewichtenden Gesamtwürdigung sollten diese Anhaltspunkte als «stark» bzw. «belastend» berücksichtigt werden.

fall erstellen, ein «beachtliches Risiko» begründenden, Anhaltspunkten sollte Fedpol im Rahmen der gewichtenden prognostischen Gesamtwürdigung neben dem «Dass» (der Verübung einer terroristischen Aktivität) soweit als möglich auch das *befürchtete Schadensausmass* mitberücksichtigen, namentlich welche Rechtsgüter durch die befürchtete Aktivität mutmasslich bedroht sein könnten. Bedroht die befürchtete Aktivität im Einzelfall hochrangige Rechtsgüter wie Leib und Leben und ist das Schadensausmass entsprechend hoch, sollten die Anforderungen an die behördliche Begründungsdichte der Schadenseintrittswahrscheinlichkeit vergleichsweise vermindert sein.⁹³⁸ Soweit die im Einzelfall befürchtete Aktivität hingegen ein vergleichsweise geringes Schadensausmass erwarten lässt, sind strengere Anforderungen an die behördliche Begründung der Schadenseintrittswahrscheinlichkeit zu stellen.⁹³⁹

c.) **Fazit**

Eine «gegenseitige und gewichtete Verknüpfung»⁹⁴⁰ der erstellten Anhaltspunkte, des Verhaltens und der persönlichen Voraussetzungen der Person ist im Rahmen der prognostischen Gesamtwürdigung nach Art. 23e BWIS unumgänglich. Nur diesfalls kann rechtsgenügend beurteilt werden, ob die in Bezug auf eine Person erstellten, konkreten und aktuellen, Anhaltspunkte ein «beachtliches Risiko» resp. eine «konkrete Wahrscheinlichkeit» der Ausübung einer terroristischen Aktivität in überschaubarer Zeit zu begründen vermögen. Im Hinblick auf die künftige Rechtsanwendung von Art. 23e BWIS ist in Anbetracht der behördlichen Begründungspflicht⁹⁴¹ zu fordern, dass die (Gesamt-) Würdigung der Anhaltspunkte auf nachvollziehbare Weise erfolgen wird. Dabei sollte nicht vergessen werden, dass Behörden und Gerichte zur Gefahrenabwehr «in subjektive Rechte ein(-greifen) und das, obwohl die Gefahr, die es zu beseitigen gilt, meist <nur> auf einer ungewissen Prognose basiert. Darin liegt ein Problem und es ist ein Kennzeichen des

⁹³⁸ Dies wäre bspw. dann der Fall, wenn als Anhaltspunkt im Internet heruntergeladene Bombenbaupläne und zweifelhafte Materialbestellungen dienen würden, da das befürchtete Schadensausmass diesfalls gross wäre.

⁹³⁹ Dies wäre bspw. dann der Fall, wenn als Anhaltspunkt die Onlinebestellung von 1000 Koranen dienen würde, welche illegal an einer Grundschule verteilt werden sollen, da das befürchtete Schadensausmass diesfalls vergleichsweise geringer wäre.

⁹⁴⁰ VEST, S. 327.

⁹⁴¹ Fn. 813

liberalen Rechtsstaats, Auskunft darüber zu geben, wann dieser Eingriff dennoch akzeptabel ist»⁹⁴². Fedpol wird sich als verfügende Behörde in der künftigen Rechtsanwendung von Art. 23e BWIS daher auch zur rechtsgleichen Anwendung der Prognosemethodik und dem anwendbaren Wahrscheinlichkeitsmassstab zu äussern haben, da andernfalls eine sachgerechte Anfechtung bzw. gerichtliche Überprüfung gar nicht möglich ist.

VII. AUSWIRKUNGEN DER KATEGORISIERUNG ALS TERRORISTISCHER GEFÄHRDER

Gestützt auf Art. 23e BWIS kann Fedpol natürliche Personen als terroristische Gefährder kategorisieren. Unter VII. soll untersucht werden, in welche Grundrechte diese *Kategorisierung* eingreift und welche persönlichkeits- (dazu 1.) und datenschutzrechtlichen (dazu 2.) Vorgaben und Rechtsbehelfe die schweizerische Rechtsordnung im Falle einer (unzutreffenden) Kategorisierung vorsieht.⁹⁴³

1. Gefährderkategorisierung als Eingriff in die Persönlichkeitsrechte

Unter Privaten schützen die Art. 28 ff. ZGB natürliche und juristische Personen vor persönlichkeitsverletzenden Eingriffen. Zur Persönlichkeit zählt die «Gesamtheit der individuellen Grundwerte einer Person, also das, was eine Person ausmacht und sie von anderen Personen unterscheidet»⁹⁴⁴. Als Grundwert der Persönlichkeit einer Person gilt deren *Ehre*, welche sich in das Ehrgefühl (*innere Ehre*) sowie das Ansehen und den Ruf der Person in der Gesellschaft (*äussere Ehre*) unterteilen lässt.⁹⁴⁵ Die persönliche

⁹⁴² GOLDHAMMER, S. 190.

⁹⁴³ Die augenfälligste Auswirkung, welche mit der Qualifikation als terroristischer Gefährder einhergeht, ist die Möglichkeit zur Anordnung von präventiven Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS, welche wiederum in verschiedene Grundrechte der betroffenen Person eingreifen. Dieser Aspekt wird nachfolgend ausgeklammert und weiter hinten in §8 vertieft behandelt. Nachfolgend soll viel mehr beleuchtet werden, welche Konsequenzen mit der Kategorisierung an sich einher gehen.

⁹⁴⁴ AEBI-MÜLLER, in: Breitschmid/Jungo, Art. 28 N 2.

⁹⁴⁵ BÜCHLER, in: Kren Kostiwicz (et al.), Art. 28 N 7. Im Unterschied zum strafrechtlichen Ehrbegriff umfasst Art. 28 ZGB auch das berufliche, wirtschaftliche und gesellschaftliche Ansehen einer Person. Siehe BGE 107 II 1 E. 2; 123 II 385; 126 III 209 E. 3; 138 III 641.

Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV schützt alle «elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung»⁹⁴⁶, wozu auch die Ehre einer Person zählt.⁹⁴⁷ Das Ehrgefühl und soziale Ansehen einer Person werden zudem durch das Recht auf Privatleben gemäss Art. 8 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV geschützt, weshalb der Staat Individuen in ihrem Ansehen nicht unnötig beeinträchtigen darf.⁹⁴⁸ Inhaltlich vermitteln die vorerwähnten Bestimmungen einen weitgehend gleichwertigen Schutz.⁹⁴⁹ Der grundrechtliche Persönlichkeitsschutz schützt vor unrechtmässigen staatlichen Eingriffen in die Ehre und weitere Teilgehalte der sozialen Persönlichkeit einer Person. Demgegenüber bezwecken die Art. 28 f. ZGB den Persönlichkeitsschutz zwischen Privaten.⁹⁵⁰ Eine behördliche Kategorisierung stellt ganz grundsätzlich einen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte einer Person dar. Die behördliche Kategorisierung einer Person als terroristischer Gefährder im Besonderen ist offenkundig *geeignet* in die Persönlichkeitsrechte, namentlich in das Ehrgefühl, das Ansehen und den Ruf, der betroffenen Person einzugreifen.⁹⁵¹

2. Fehlerhafte Gefährderkategorisierung als Persönlichkeitsverletzung

A. Zur Feststellung der Fehlerhaftigkeit

Art. 24g BWIS sieht vor, dass gegen terroristische Gefährder verfügte *Massnahmen* nach dem 5. Abschnitt des BWIS mit Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht

⁹⁴⁶ BGE 138 IV 13 E. 7.1, 25 F.; 133 I 110 E. 5.2, 119; 130 I 16 E. 5.2; 128 II 259 E. 3.2, 268; 127 I 6 E. 5A. M.w.H. SCHWEIZER/MOHLER, in: Ehrenzeller et al., Vorb. Art. 10 Rz 1.

⁹⁴⁷ BIAGGINI-BV-Kom, Art. 2 Rz 8 mit Verweis auf BGE 107 Ia 52, 57 und der Unzulässigkeit der wie eine «Anprangerung» wirkenden Veröffentlichung der Namen von Verlustscheinschuldner.

⁹⁴⁸ DIGGELMANN/ALTWICKER, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 13 Rz 15. Ähnlich auch BIAGGINI-BV-Kom, Art. 2 Rz 8. Gemäss BGE 135 I 198 E. 3.1 schützt der Anspruch auf Achtung des Privatlebens u.a. «l'identité, les relations sociales et les comportements intimes de chaque personne physique, l'honneur et la réputation». Zum Ganzen auch KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, §14 Rz 14.

⁹⁴⁹ So auch SCHWEIZER/MOHLER, in: Ehrenzeller et al., Vorb. Art. 13 Rz 5.

⁹⁵⁰ Die Unterscheidung zwischen privat- und öffentlich-rechtlichem Persönlichkeitsschutz ist insbesondere von *prozessualer Relevanz*, da die anwendbare Verfahrensordnung und der Instanzenzug je nach Anspruchsgrundlage divergieren. Vgl. dazu ausführlicher AEBI-MÜLLER, in: Breitschmid/Jungo, Art. 28 N 9 (m.w.H.).

⁹⁵¹ Allgemein und ausführlicher zum Grundrechtseingriff weiter hinten §8, I., 5., A.

angefochten werden können.⁹⁵² Als Anfechtungsobjekt erwähnt Art. 24g BWIS lediglich die im Einzelfall verhängten BWIS-Massnahme(n) ausdrücklich, was nach Ansicht des Schreibenden unzureichend ist.⁹⁵³ In Anbetracht drohender Persönlichkeitsverletzungen sollte das Bundesverwaltungsgericht im Beschwerde falle über den Wortlaut von Art. 24g BWIS hinaus auch prüfen, ob die im Einzelfall gestützt auf Art. 23e BWIS erstellten Anhaltspunkte aus einer Sicht ex tunc die prognostische Annahme der künftigen Ausübung von terroristischen Aktivitäten überhaupt zu rechtfertigen vermochten.

B. Fehlerhafte Gefährderkategorisierung als Ehrverletzung

a.) Unzutreffender Vorwurf und mit Kategorisierung verbundener Makel

Soweit das Bundesverwaltungsgericht im Beschwerde fall zum Schluss kommt, dass die erstellten Anhaltspunkte die Annahme der künftigen Ausübung von terroristischen Aktivitäten nicht zu rechtfertigen vermochten, erweist sich die gestützt auf Art. 23e BWIS erfolgte Kategorisierung einer Person als terroristischer Gefährder als ursprünglich fehlerhaft. Die erfolgte Gefährderkategorisierung stellt diesfalls eine unwahre Tatsachenbehauptung sowie einen *unzutreffenden Vorwurf* dar, der geeignet ist, das Ehrgefühl sowie den Ruf der betroffenen Person zu verletzen. Dass behördliche Kategorisierungen persönlichkeitsrechtliche Ansprüche verletzen können, verdeutlicht BGE 130 I 388. Der als freie Journalist tätige Beschwerdeführer wurde im Januar 2001 mit anderen Personen in einem Postauto auf dem Weg zum WEF in Davos von der Polizei kontrolliert und trotz gültigem Presseausweis an der Weiterreise gehindert. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass der Beschwerdeführer durch die formlose polizeiliche Wegweisung nicht als «*potentieller Störer oder als risikobehaftete Person*»⁹⁵⁴ bezeichnet worden sei, weshalb es nicht nachvollziehbar sei, warum ihm dieser angebliche Makel als Journalist in persönlichkeitsrechtsverletzender Weise fortdauernd anhaften sollte. Die Kategorisierung als bzw. der Begriff des «terroristischen Gefährders» impliziert einerseits eine besondere Gefährlichkeit der Person sowie andererseits, dass diese von

⁹⁵² Ausführlicher zu Art. 24g BWIS und zum Rechtsschutz weiter hinten §8, III., 2.

⁹⁵³ Ausführlicher zu den einzelnen Massnahmen des 5. Abschnitts des BWIS weiter hinten §8 I. und II.

⁹⁵⁴ Zu diesem Zitat und dem nachfolgenden Satz BGE 130 I 388 E. 5.3.

terroristischen Bestrebungen geleitet oder in terroristische Machenschaften verwickelt sein könnte. Die (unzutreffende) Kategorisierung einer Person als terroristischer Gefährder bewirkt demnach für die betroffene Person einen fortdauernd anhaftenden Makel, welcher deren Ehrgefühl und soziales Ansehen in persönlichkeitsrechtsverletzender Weise beeinträchtigt.⁹⁵⁵

b.) Mutmasslicher terroristischer Gefährder

Für die rechtsanwendende Behörde bringt diese Ausgangslage mit sich, dass sie eine Person bis zur rechtskräftigen⁹⁵⁶ Feststellung des Vorliegens von konkreten und aktuellen Anhaltspunkten i.S.v. Art. 23e BWIS und der damit einhergehenden Kategorisierung als terroristischen Gefährder in Beachtung ihrer Persönlichkeitsrechte als «*mutmasslichen terroristischen Gefährder*» bezeichnen und kategorisieren sollte.

C. Unzutreffende Begriffsverwendung durch Dritte als Ehrverletzung

Unwahre Tatsachenbehauptungen, welche bei der die Erklärung empfangenden Person eine unrichtige Vorstellung hervorrufen können, gelten als ehrverletzende Handlungen, was etwa auf unbelegte Behauptungen über andere Personen zutreffen kann.⁹⁵⁷ Soweit Dritte, wie bspw. Medienhäuser oder Privatpersonen, in Bezug auf eine bestimmte Person den Begriff «terroristischen Gefährder» verwenden, obwohl die damit verbundene Kategorisierung (noch) nicht rechtskräftig⁹⁵⁸ ist, handelt es sich um eine unwahre Tatsachenbehauptung, welche eine Persönlichkeitsverletzung i.S.v. Art. 28 ZGB bewirken

⁹⁵⁵ Aus Sicht einer beschwerdeführenden Person, welche von Fedpol als terroristischer Gefährder qualifiziert wurde, bedeutet dies, dass soweit das Vorliegen der Voraussetzungen zur Qualifikation bestritten wird, auf dem *öffentlich-rechtlichen Rechtsweg* eine Verletzung von Art. 10 Abs. 2 sowie Art. 13 Abs. 1 BV gerügt werden könnte.

⁹⁵⁶ Die Kategorisierung wird im Falle der Nichtanfechtung mit Ablauf der Beschwerdefrist und im Falle der Beschwerdeerhebung nach Ausfallung des letztinstanzlichen Urteils rechtskräftig.

⁹⁵⁷ Das Bundesgericht erachtete bspw. in BGE 127 III 481 E. 2b die (unzutreffende) Bezeichnung einer Person als «Wilderer» oder in BGE 138 III E 3 den unzureichend erstellten Vorwurf des «verbalen Rassismus» als ehrverletzend.

⁹⁵⁸ Die Kategorisierung wird im Falle der Nichtanfechtung mit Ablauf der Beschwerdefrist und im Falle der Beschwerdeerhebung nach Ausfallung des letztinstanzlichen Urteils rechtskräftig.

kann.⁹⁵⁹ Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Qualifikation als terroristischer Gefährder nach Art. 23e BWIS selbst gemäss Bundesrat⁹⁶⁰ mit prognostischen Unsicherheiten verbunden ist, sollte eine Person vor diesem Zeitpunkt von anderen natürlichen oder juristischen Personen in Beachtung ihrer Persönlichkeitsrechte lediglich als «*mutmasslichen terroristischen Gefährder*» bezeichnet werden.

3. Gefährderkategorisierung und Datenschutzgrundrechte

A. Grundrechtlicher Datenschutz

Art. 13 Abs. 2 BV und Art. 8 EMRK⁹⁶¹ vermitteln einen grundrechtlichen Anspruch auf Schutz vor Missbrauch der eigenen Daten.⁹⁶² Datenschutzrechtliche Ansprüche werden bisweilen auch unter dem weitergefassten Begriff der «informationellen Selbstbestimmung»⁹⁶³ gebündelt, in dessen Schutzbereich neben dem Missbrauch auch jede anderweitige staatliche *Bearbeitung*⁹⁶⁴ von *Personendaten*⁹⁶⁵ fällt. Letztlich bezweckt dieser Anspruch, «dass jede Person gegenüber fremder, staatlicher oder privater Bearbeitung

⁹⁵⁹ Die aktivlegitimierte betroffene Person kann diesfalls gestützt auf die in Art. 28 ZGB genannten Rechtsbehelfe auf *zivilrechtlichem Wege* gegen eine androhende, bestehende oder bereits erfolgte Persönlichkeitsrechtsverletzung vorgehen.

⁹⁶⁰ Botschaft PMT, BBl 2019 4784.

⁹⁶¹ Vgl. dazu bspw. BGE 138 I 6 E. 4.1 (m.w.H.).

⁹⁶² Vgl. DIGGELMANN, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 13 Rz 32; BIAGGINI-BV-Kom, Art. 13 Rz 11.

⁹⁶³ Zur Entstehung dieses Rechts im Rahmen der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts PAPIER, in: Papier/Heer/Kellermann, S. 12 f. «Wer nicht mehr überschauen kann, wer in einer Gesellschaft was, wann und bei welcher Gelegenheit über einen weiss, wird in seiner Persönlichkeit und in der der Ausübung von Freiheitsrechten (...) gefährdet», PAPIER, in: Papier/Heer/Kellermann, S. 11. Zu Art. 13 Abs. 2 BV siehe MÜLLER/SCHEFER, Art. 13 Abs. 2 BV S. 164; BGE 128 II 259 E. 3.2.

⁹⁶⁴ *Bearbeitung* meint im datenschutzrechtlichen Kontext jeden Umgang mit Personendaten, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren. Siehe Art. 3 lit. e und f DSGVO.

⁹⁶⁵ Art. 3 lit. a DSGVO definiert *Personendaten* als alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen. Vom Schutzbereich von Art. 13 Abs. 2 sind sämtliche Daten erfasst, welche einen hinreichend engen Bezug zu einer Person aufweisen. Hierzu und zum nächsten Satz BIAGGINI-BV-Kom, Art. 13 Rz 12. Im Unterschied zum DSGVO erfasst Art. 13 Abs. 2 BV die datenschutzrechtliche Kategorie der *besonders schützenswerten Personendaten* nicht gesondert. Dazu zählen nach Art. 3 lit. c DSGVO etwa Daten über religiöse, weltanschauliche oder politische Ansichten, über die Gesundheit oder die Rassenzugehörigkeit.

und Speicherung von sie betreffenden Informationen bestimmen können muss, ob und zu welchem Zweck diese Informationen über sie bearbeitet und gespeichert werden»^{966, 967} Im Zusammenhang mit der Anwendung des 5. Abschnitts des BWIS werden (besonders schützenswerte) Personendaten von terroristischen Gefährdern und Drittpersonen in verschiedenster Weise bearbeitet und dadurch in deren Recht auf informationelle Selbstbestimmung eingegriffen.

B. Datenbearbeitungsgrundlagen für (mutmassliche) terroristische Gefährder

a.) Unklare Datenbearbeitungsgrundlage

Nach Art. 23h Abs. 1 BWIS können Fedpol und die zuständigen kantonalen Behörden «zur Begründung der Anordnung einer Massnahme nach den Art. 23k–23q, zur Prüfung, ob die Voraussetzungen der Anordnung erfüllt sind, sowie zur Durchführung der Massnahmen» besonders schützenswerte Personendaten⁹⁶⁸ von *terroristischen Gefährdern* bearbeiten. Als Datenbearbeitungsgrundlage taugt Art. 23h Abs. 1 BWIS gemäss Wortlaut nur dann, wenn die betroffene Person im Einzelfall *bereits* als terroristischer Gefährder *kategorisiert* wurde. Für Datenbearbeitungen, welche sich auf die Zeitspanne *vor dem Zeitpunkt* der förmlichen Kategorisierung einer Person als terroristischen Gefährder beziehen, stellt Art. 23h Abs. 1 BWIS aufgrund des Bearbeitungszweckes⁹⁶⁹

⁹⁶⁶ BGE 140 I 2 E. 9.1.

⁹⁶⁷ Wie alle Grundrechte können auch die Achtung der Privatsphäre und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV eingeschränkt werden. Interessant dazu DIGGELMANN, welcher mit Beispielen aufzeigt, dass sich im Rahmen der Abwägung zwischen dem Bedürfnis des Einzelnen auf das «Vergessen» seiner datenmässig erfassten Vergangenheit und öffentlichen Sicherheitsinteressen heikle Abwägungsfragen ergeben. Siehe DIGGELMANN, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 13 Rz 34. Ausführlicher zu Art. 36 BV weiter hinten §8, I., 5.

⁹⁶⁸ Exemplarisch nennt Art. 23h Abs. 1 BWIS Daten über religiöse und weltanschauliche Ansichten oder Tätigkeiten, über die Gesundheit, über Massnahmen der sozialen Hilfe sowie über administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen. Dazu allgemein Fn. 965.

⁹⁶⁹ Gemäss Art. 23h Abs. 1 ist *Zweck* der Datenbearbeitung die Anordnung, deren Überprüfung sowie die Durchführung einer Massnahme nach den Artikeln 23k–23q BWIS.

und des persönlichen Anwendungsbereichs⁹⁷⁰ keine taugliche Rechtsgrundlage dar.⁹⁷¹ Entsprechend wird die verfügende Behörde im Einzelfall zu begründen haben, welche Rechtsgrundlagen die zur Qualifikation notwendigen (vorangehenden) Datenbearbeitungen ermöglicht haben.

b.) Unklarer Datenbearbeitungszweck

Art. 23h Abs. 2 BWIS befasst sich mit dem behördlichen Datenaustausch.⁹⁷² Die Bestimmung sieht vor, dass die Polizei- und Strafverfolgungsbehörden von Bund und Kantonen sowie die kantonalen Strafvollzugsbehörden, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, Schulbehörden, Integrationsfachstellen, Einwohner-, Migrations-, Jugend- und Sozialämter die «zur Erfüllung der Aufgaben nach dem 5. Abschnitt des BWIS erforderlichen Personendaten einschliesslich besonders schützenswerter Personendaten untereinander austauschen» können.⁹⁷³ Der *Zweck der Datenbearbeitung* ist mit «der Erfüllung der Aufgaben nach dem 5. Abschnitt» weitaus *offener formuliert*, als jener von Art. 23h Abs. 1 BWIS.⁹⁷⁴ Art. 23h Abs. 2 BWIS erlaubt es im Unterschied zu Abs. 1 zudem, dass auch die besonders schützenswerten Personendaten von Drittpersonen unter vergleichsweise lockereren Bedingungen bearbeitet werden können. Der äusserst weit gefasste Art. 23h Abs. 2 BWIS bewirkt, dass ein weiter Kreis von informationsberechtigten Behörden Kenntnis über eine Vielzahl von Personendaten des

⁹⁷⁰ Art. 23h Abs. 1 BWIS bezieht sich in seinem *persönlichen Anwendungsbereich* auf die Datenbearbeitung «von terroristischen Gefährdern».

⁹⁷¹ Gemäss Botschaft vermittelt Art. 23h BWIS «keine eigenständige Ermittlungskompetenz zur (verdeckten) Beschaffung von Informationen betreffend terroristische Bedrohungen, da die Beschaffung entsprechender Informationen in erster Linie Aufgabe des NDB» sowie sekundär der kantonalen Polizeibehörden ist. Siehe Botschaft PMT, BBl 2019 4788, wo der Grundsatz erneut betont wird, dass die bestehende Trennung zwischen dem Beschaffen von Informationen über eine Person durch den NDB und der Anordnung polizeilicher Massnahmen gegenüber einer Person durch das PMT nicht geändert werden soll.

⁹⁷² Der Datenaustausch stellt eine Bearbeitung von Personendaten i.S.v. Art. 3 DSG dar.

⁹⁷³ Die Botschaft nennt beispielhaft polizeiliche Erkenntnisse, Führungsberichte von Haftanstalten, Entscheide der Kinder- und Erwachsenenschutzbehörde, psychiatrische Gutachten, Informationen aus polizeilichen Informationssystemen, Strafregisterauszüge, Strafurteile und Strafverfahrensakten. Botschaft PMT, BBl 2019 4790.

⁹⁷⁴ Immerhin präzisiert der Bundesrat, dass der «Datenaustausch für die Anordnung und den Vollzug von Massnahmen nach dem 5. Abschnitt erforderlich» sein muss, Botschaft PMT, BBl 2019 4789.

terroristischen Gefährders und Dritter erlangt, was einen potenziell schweren Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Betroffenen bewirken kann. Aus Sicht der Konferenz der schweizerischen Datenschutzbeauftragten genügt Art. 23h Abs. 2 nicht als gesetzliche Grundlage für «die gezielte Bearbeitung und den Austausch von Personendaten unter den Behörden mit dem Ziel, Massnahmen zur Verhinderung von zielgerichteter Gewalt zu ergreifen»⁹⁷⁵. Aufgrund der Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen hat «der kantonsinterne Austausch polizeirelevanter Daten wie auch der Datenaustausch zwischen den Kantonen durch kantonales Recht geregelt»⁹⁷⁶ zu sein.

c.) **Geschäfts- und Aktenverwaltungssysteme von Fedpol**

Die Datenbearbeitungsgrundlage von Art. 23h Abs. 1 BWIS ermöglicht Fedpol rund um die Anordnung von Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS sowie deren Vollzug verschiedene Datenbearbeitungsvorgänge, auf welche Art. 18 BPI anwendbar ist.⁹⁷⁷ Gemäss Art. 18 Abs. 1 BPI betreibt Fedpol interne elektronische *Geschäfts- und Aktenverwaltungssysteme*. Nach Art. 18 Abs. 2 können in diesen «alle ein- und ausgehenden Meldungen erfasst werden, insbesondere Telefonmitschnitte und -mitschriften, E-Mails, Briefe und Faxmitteilungen», wobei die Systeme auch «besonders schützenswerte Personendaten und Persönlichkeitsprofile» beinhalten können. Gestützt auf Art. 18 Abs. 3 BPI können diese Daten nach Personen, Objekten und Ereignissen erschliessbar gemacht und mit weiteren Informationssystemen (u.a. von Fedpol) verknüpft werden.⁹⁷⁸ Informationen, «die für die Anordnung von Massnahmen zur Verhinderung terroristischer Aktivitäten nach dem 5. Abschnitt BWIS notwendig sind», werden gestützt auf Art. 18

⁹⁷⁵ PMT-Vernehmlassung-privatim, S. 2, wo die Datenschutzbeauftragten für den Austausch auf kantonaler Ebene eine direkte Abstützung auf Art. 23e VE-BWIS ausschliessen. Zudem haben die Datenschutzbeauftragten in ihrer Vernehmlassung auch einen gesetzlichen Anpassungsvorschlag gemacht, wonach die Datenbearbeitung durch kantonale Behörden gestützt auf kantonales Datenschutzrecht zu erfolgen habe. Dieser Vorschlag blieb bei der Ausarbeitung von Art. 23h BWIS bedauerlicherweise unberücksichtigt.

⁹⁷⁶ PMT-Vernehmlassung-privatim, S. 1.

⁹⁷⁷ Botschaft PMT, BBl 2019 4789.

⁹⁷⁸ Mit einem anderen Informationssystem verknüpfte Daten unterliegen gemäss Art. 18 Abs. 3 BPI denselben Datenbearbeitungsregeln und Zugriffsbeschränkungen, die für das Hauptinformationssystem gelten.

Abs. 5 lit. b BPI getrennt von anderen Daten im «Fedpol-GEVER» bzw. inskünftig im Fedpol-Systembereich «Acta Nova» bearbeitet.⁹⁷⁹

d.) RIPOL-Eintrag

Gemäss Art. 15 BPI betreibt Fedpol in Zusammenarbeit mit den Kantonen ein automatisiertes Personen- und Sachfahndungssystem (RIPOL). Gestützt auf Art. 23j Abs. 2 BWIS i.V.m. Art. 15 Abs. 1 lit. g^{bis} BPI schreibt Fedpol Massnahmen zur Verhinderung terroristischer Aktivitäten nach dem 5. Abschnitt des BWIS sowie Widerhandlungen gegen ebendiese im RIPOL aus, wodurch der Vollzug der Massnahmen erleichtert werden soll.⁹⁸⁰

C. Datenschutzrechtliche Ansprüche des terroristischen Gefährders

Weder das BWIS noch die Botschaft zum PMT enthalten sachdienliche Hinweise, welche datenschutzrechtlichen Grundsätze⁹⁸¹ und Ansprüche rund um die Bearbeitung der Personendaten von terroristischen Gefährdern Anwendung finden.⁹⁸² In ihrer

⁹⁷⁹ Vgl. hierzu Botschaft PMT, BBl 2019 4834. Weiterführend siehe die Janus-Verordnung [SR 360.2], welche auf alle Janus-Subsysteme anwendbar ist, wozu auch die Geschäfts- und Aktenverwaltungssysteme von Fedpol (Art. 18 BPI) zählen. Art. 5 der JANUS-VO gibt Aufschluss über die Struktur und den Inhalt von JANUS und sieht dazu verschiedene Unterkategorien vor (lit. a – lit. i), wozu nach lit. a auch «Personen und Vorgänge (PV)» zählen. Diese Unterkategorie enthält nach Art. 6 Abs. 1 lit a JANUS-VO wiederum *Stämme*, d.h. Angaben über Personen, Organisationen oder juristische Personen (lit. a), *Vorgänge*, d.h. Daten über Sachverhalte, die nach kriminologischen Deliktskategorien unterschieden werden (lit. b) sowie *Subfelder*, mit denen unter anderem im Text eines Vorgangs Vergleichselemente, insbesondere in Zusammenhang mit Drittpersonen, markiert und Abfragen nach diesen Vergleichselementen durchgeführt werden können (lit. c). Es ist davon auszugehen, dass Angaben zu einer als terroristischen Gefährder kategorisierten Person inskünftig im Systembereich *Acta Nova* in der *Unterkategorie Personen und Vorgänge* bearbeitet werden dürften.

⁹⁸⁰ Vgl. dazu Botschaft PMT, BBl 2019 4831.

⁹⁸¹ Der verfassungsrechtliche Datenschutz gemäss Art. 13 Abs. 2 BV zielt auf die Verwirklichung der in Art. 4 ff. DSG statuierten Grundsätzen. Art. 4 DSG sieht u.a. vor, dass Datenbearbeitungen nur rechtmässig (Abs. 1), nach Treu und Glauben sowie in verhältnismässiger Weise (Abs. 2) und lediglich zu demjenigen Zweck, der bei der Beschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist (Abs. 3), erfolgen dürfen. Vgl. dazu BIAGGINI-BV-Kom, Art. 13 Rz 13; BGE 142 II 268 E. 6.3.

⁹⁸² Botschaft PMT, BBl 2019 4850. Ebenfalls kritisch das BVGer in seiner Vernehmlassung zum PMT. Siehe FEDPOL, PMT-Vernehmlassung, S. 15.

grundrechtlichen Ausprägung gewährleisten die Art. 13 Abs. 2 BV und Art. 8 EMRK Mindestansprüche auf Auskunft und Einsicht sowie gegebenenfalls auf Berichtigung oder Löschung falscher Personendaten.⁹⁸³ Nachfolgend soll im Hinblick auf die künftige Rechtsanwendung des 5. Abschnitts des BWIS unter a.) – b.) auf diese praxisrelevanten Ansprüche näher eingegangen werden.

a.) Auskunftsrecht

Bearbeitungsvorgänge von Personendaten durch Bundesorgane stellen Realakte dar, von welchen Betroffene oftmals keine Kenntnis haben.⁹⁸⁴ Das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSG stellt für Betroffene den notwendigen ersten Schritt dar, um überhaupt Kenntnis über Datenbearbeitungen zu erlangen.⁹⁸⁵

aa) Grundsätzliche Auskunftspflicht von Fedpol

Gemäss Art. 8 Abs. 1 DSG kann jede Person vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft darüber verlangen, ob Daten über sie bearbeitet werden.⁹⁸⁶ Gemäss Art. 8 Abs. 2 lit. a DSG erstreckt sich die Auskunftspflicht auf alle in einer Datensammlung über eine Person vorhandenen Daten, d.h. auf alle Angaben,⁹⁸⁷ die sich auf eine Person beziehen (vgl. Art. 3 lit. a DSG) und dieser zugeordnet werden können (vgl. Art. 3 lit. g DSG).⁹⁸⁸ Die Auskunftspflicht beschlägt nach Art. 8 Abs. 2 lit. b DSG auch *weitere Angaben* zum

⁹⁸³ BGE 126 I 7, 12 E. 3.c; 138 I 256 E. 5.5; BIAGGINI-BV-Kom, Art. 13 Rz 14.

⁹⁸⁴ Hierzu und zum nächsten Satz vgl. auch STURNY, in: Baeriswyl/Pärli, Art. 25 Rz 3.

⁹⁸⁵ Da Daten zu terroristischen Gefährdern in einem Geschäfts- und Aktenverwaltungssysteme gemäss Art. 18 BPI bearbeitet werden, ist die spezialgesetzliche Bestimmung von Art 7 BPI zu beachten, welche für das Auskunftsrecht der betroffenen Personen auf die Art. 8 f. DSG weiterverweist.

⁹⁸⁶ Zu den Voraussetzungen an das Auskunftsbegehren siehe Art. 1 VDSG.

⁹⁸⁷ Unerheblich ist dabei, ob es sich um Tatsachenfeststellungen oder um Werturteile handelt, ebenso wie die verwendete Art der Speicherung oder die Bezeichnung der Datensammlung durch den Inhaber, da das Auskunftsrecht nicht unterminiert werden soll, indem neben einer «offiziellen» Datensammlung eine «inoffizielle» oder «interne» geführt wird. Siehe BGE 125 II 473 E. 4 b.

⁹⁸⁸ Vgl. hierzu BGE 125 II 473 E. 4 b. «Im öffentlich-rechtlichen Bereich ist das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht abzugrenzen vom verfahrensrechtlichen Akteneinsichtsrecht und vom Zugang zu amtlichen Dokumenten nach dem Öffentlichkeitsprinzip. Diese drei Zugangsrechte unterscheiden sich voneinander in Bezug auf die Rechtsgrundlage, die Funktion, den Geltungsbereich, die Legitimationsvoraussetzungen, den Umfang und die Einschränkungen des Informa-

Datenbearbeitungszweck, der Rechtsgrundlage und den in der Datensammlung enthaltenen Datenkategorien, namentlich der bearbeiteten Personendaten⁹⁸⁹, der an der Sammlung Beteiligten⁹⁹⁰ sowie der Datenempfänger⁹⁹¹. Da die Daten einer als terroristischen Gefährder kategorisierten Person von Fedpol nach Art. 18 BPI in Geschäfts- und Aktenverwaltungssystemen bearbeitet werden, ist die betroffene Person nach Art. 7 BPI i.V.m Art. 8 Abs. 1 und Art. 1 VDSG auskunftsberechtigt.⁹⁹² Als Inhaberin der Datensammlung ist Fedpol diesfalls im Umfang von Art. 8 Abs. 2 DSG auskunftspflichtig.⁹⁹³

ab) *Ausnahmen von der Auskunftspflicht im Allgemeinen*

Die Art. 9 f. DSG nennen die Ausnahmen vom datenschutzrechtlichen Auskunftsrecht abschliessend. Soweit sich ein im Einzelfall gestelltes Auskunftsgesuch an ein Bundesorgan richtet, sind die Einschränkungsründe von Art. 9 Abs.1 und 2 DSG zu prüfen.⁹⁹⁴ Gestützt auf Abs. 1 kann ein Bundesorgan als Inhaber einer Datensammlung die Auskunft verweigern, einschränken oder aufschieben, soweit ein Gesetz im formellen Sinn dies vorsieht (lit. a) oder dies wegen überwiegender Interessen Dritter erforderlich ist

tionszugangs sowie die Modalitäten. (...) Wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind, bestehen die Ansprüche kumulativ.» RUDIN in: Baeriswyl/Pärli, Art. 8 Rz 6 f (m.w.H.).

⁹⁸⁹ «Kategorien der bearbeiteten Personendaten sind bei einem Personalinformationssystem bspw. Personalien, Adressdaten, Angaben zu Aus- und Weiterbildungen, zur aktuellen Funktion, zu früheren Funktionen, Bankverbindung»; RUDIN, in: Baeriswyl/Pärli, Art. 8 Rz 40.

⁹⁹⁰ «Kategorien der an der Sammlung Beteiligten sind bei einem Personalinformationssystem beispielsweise Personalabteilung, Linienvorgesetzte, Lohnbüro», RUDIN, in: Baeriswyl/Pärli, Art. 8 Rz 41.

⁹⁹¹ «Kategorien der Datenempfänger sind bei einem Personalinformationssystem beispielsweise Versicherungen, Firmensportvereine, Steuerbehörden»; RUDIN, in: Baeriswyl/Pärli, Art. 8 Rz 42. In Bezug auf den Datenaustausch bei terroristischen Gefährdern ist insbesondere der sehr weit gefasste Art. 23h Abs. 2 BWIS problematisch. Dazu weiter vorne §7, VII., 3., B., a.).

⁹⁹² Siehe hierzu auch UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. 5. Darin wird berechtigterweise kritisiert, dass aus dem PMT nicht ersichtlich werde, ob eine Person, gegen welche (noch) keine Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS verfügt wurde, über ihre Kategorisierung als terroristischer Gefährder informiert werden muss. Spätestens zum Zeitpunkt der Antragsstellung nach Art. 23i BWIS ist die Person über die geplante Kategorisierung zu informieren. Vgl. weiter hinten §8, III., 4., B.

⁹⁹³ Grundsätzlich hat es über alle in der Datensammlung über sie vorhandenen Daten, den Zweck, die Rechtsgrundlage sowie die Kategorien der bearbeiteten Personendaten, der an der Sammlung Beteiligten und die Datenempfänger Auskunft zu geben.

⁹⁹⁴ Vgl. auch RUDIN, in: Baeriswyl/Pärli, Art. 8 Rz 41.

(lit. b). Zudem kann es die Auskunft nach Abs. 2 auch dann verweigern, einschränken oder aufschieben, wenn dies wegen überwiegender öffentlicher Interessen, insbesondere der inneren oder äusseren Sicherheit der Eidgenossenschaft, erforderlich ist (lit. a) oder die Auskunft den Zweck einer Strafuntersuchung oder eines anderen Untersuchungsverfahrens in Frage stellen würde (lit. b).

ac) *Auskunftspflicht von Fedpol im Besonderen*

Ein wirksames Auskunftsrecht ist im Falle einer als terroristischen Gefährder kategorisierten Person besonders wichtig, da diese Kategorisierung mit «prognostischen Unsicherheiten»⁹⁹⁵ verbunden und Verletzungen von Art. 13 Abs. 2 und 8 EMRK vom Gesetzgeber folglich ausdrücklich in Kauf genommen wurden.⁹⁹⁶ Gegenüber einem auskunftsberechtigten terroristischen Gefährder könnte Fedpol im Einzelfall Einschränkungsründe nach Art. 9 Abs. 1 und 2 DSG vorbringen. Da das BWIS als formelles Gesetz keine entsprechende Einschränkung vorsieht, fällt eine Einschränkung des Auskunftsrechts gestützt auf Art. 9 Abs. 1 lit. a DSG ausser Betracht.⁹⁹⁷ Da terroristische Gefährder spätestens zum Zeitpunkt der Anordnung von Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS über ihre Kategorisierung orientiert sind, die Gefährderkategorisierung geeignet ist den Ruf und die Ehre der Person zu beeinträchtigen und Art. 23h BWIS als Rechtsgrundlage der Datenbearbeitung «keine eigenständige Ermittlungskompetenz zur (verdeckten) Beschaffung von Informationen»⁹⁹⁸ vermittelt, ist auch nicht ersichtlich, weshalb eine Auskunft gestützt auf Art. 9 Abs. 2 lit. b DSG wegen der Wahrung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz verweigert werden

⁹⁹⁵ Botschaft PMT, BBl 2019 4784. Kritisch dazu weiter vorne §7, VI., 2., B.

⁹⁹⁶ Das BWIS selbst enthält keine Rechtsschutzbestimmung, welche ausdrücklich die Qualifikation einer Person als terroristischer Gefährder zum Gegenstand hätte, wobei dieses «Manko» mittels eines wirksamen Auskunftsrechts zumindest teilweise «kompensiert» werden könnte. Zum Rechtsschutz von terroristischen Gefährdern im Allgemeinen weiter hinten §8, III. Zur «kompensatorischen Funktion» des Datenschutzrechtes im Bereich von Altersanpassungen von Asylsuchenden siehe MÜLLER, Altersgutachten, S. 44 f.

⁹⁹⁷ Anders etwa im Staatsschutzbereich, wo die Art. 63 ff. NDG die Auskunftsrechte in Bezug auf die verschiedenen Informationssysteme im Gesetz im formellen Sinne selbst regeln.

⁹⁹⁸ Botschaft PMT, BBl 2019 4788.

könnte.⁹⁹⁹ Jedenfalls wird Fedpol den Grund einer verweigerten, eingeschränkten oder aufgeschobenen Auskunft gemäss Art. 9 Abs. 5 DSG in jedem Einzelfall darzulegen haben, da eine sachgerechte Anfechtung andernfalls verunmöglicht würde.

b.) Berichtigungs- und Löschungsrecht

aa) Grundsätzliches

Erst nachdem ein terroristischer Gefährder sein Auskunftsrecht ausüben konnte, kann dieser beurteilen, ob die in den Geschäfts- und Aktenverwaltungssysteme von Fedpol enthaltenen Personendaten korrekt und rechtmässig bearbeitet wurden und werden. Die Bearbeitung von unrichtigen Personendaten stellt eine Persönlichkeitsverletzung dar.¹⁰⁰⁰ Nach Art. 5 Abs. 1 DSG hat sich der Datenbearbeiter über die Richtigkeit der bearbeiteten Daten zu vergewissern und dabei alle angemessenen Massnahmen zu treffen, um unrichtige Daten zu *berichtigen* oder *vernichten*. Überdies vermittelt Art. 5 Abs. 2 DSG der betroffenen Person ein gegen den Datenbearbeiter gerichtetes Recht auf Berichtigung unrichtiger Daten.

ab) Berichtigungsrecht für Kategorisierungen in Informationssystemen

Die Kategorisierung einer Person in amtlichen Akten oder Informationssystemen ist grundrechtlich heikel, da sie zu einem Eingriff in das Recht auf Privatleben nach Art. 8 EMRK sowie «zu erheblichen Erschwerungen des Alltagslebens»¹⁰⁰¹ führen kann. Der EGMR hatte die aufgrund eines blossen Verdachts erfolgte jahrelange Aufrechterhaltung der Kategorisierung einer Person als «Prostituierte» in einer Genfer Polizeidatenbank zu beurteilen. Bei der Frau wurde im Rahmen einer Polizeikontrolle eine Visitenkarte mit der Aufschrift «Nette, hübsche Dame Ende dreißig wartet auf einen Freund, der

⁹⁹⁹ Bei den Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS handelt es sich nicht um verdeckte Massnahmen, sondern um Präventivmassnahmen, welche der Mitwirkung der Betroffenen bedürfen. In bestimmten Konstellationen (bspw. Zeugen/Auskunftspersonen/Ermittler) wäre eine *Einschränkung* wegen überwiegender Interessen Dritter (vgl. Art. 9 Abs. 1 lit. b) in bestimmte Daten denkbar, wobei die Auskunftspflicht über alle übrigen Daten bestehen bliebe und daher nicht verweigert werden dürfte.

¹⁰⁰⁰ BAERISWYL/BLONSKI, in: Baeriswyl/Pärli, Art. 5 Rz 1.

¹⁰⁰¹ Hierzu und den nächsten drei Sätzen DIGGELMANN, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 13 Rz 35; EGMR, *Khelili v. Switzerland*, 16188/07 (2011). Zu den Erschwerungen des Alltagslebens im Kontext von Gefährderkategorisierungen weiter hinten §7, VII., 4.

ab und zu mal ein Glas mit ihr trinkt oder mit ihr ausgeht. Tel. Nr. [...]» gefunden. Die Frau bestritt, selbst je der Prostitution nachgegangen zu sein und wurde auch nie wegen illegaler Prostitution verurteilt. Der Gerichtshof betrachtete Art. 8 EMRK als verletzt und bezeichnete das Interesse an der Löschung des Vermerks als erheblich, da dieser geeignet sei, ihrem guten Ruf zu schaden und ihr Alltagsleben zu erschweren.¹⁰⁰² Die vorangehenden Erwägungen des Gerichtshof lassen sich ohne weiteres auf die Kategorisierung einer Person als «terroristischen Gefährder» übertragen, da diese ebenso geeignet ist, dem (guten) Ruf zu schaden und das Alltagsleben der betroffenen Person zu erschweren.¹⁰⁰³

ac) *Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche*

Neben Art. 8 DSG dient auch Art. 25 DSG der Durchsetzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, indem die Abs. 1 und 3 der von einer Datenbearbeitung betroffenen Person gegenüber Bundesorganen einklagbare *Unterlassungs-* oder *Beseitigungsansprüche* sowie die subsidiäre Möglichkeit der Stellung eines Feststellungsbegehrens betreffend der Widerrechtlichkeit einer Datenbearbeitung einräumen.¹⁰⁰⁴ Das gemäss Art. 25 Abs. 1 DSG erforderliche schutzwürdige Interesse ergibt sich im Falle des terroristischen Gefährders aus der mit der Kategorisierung einhergehenden potentiellen Schädigung von Ruf und Ansehen sowie der drohenden Alltagserschwerung. Art. 25 Abs. 3 lit. a DSG nennt als mögliche Ansprüche beispielhaft die Berichtigung, Vernichtung oder Sperrung der Bekanntgabe von Personendaten an Dritte. Im Hinblick auf die künftige Rechtsanwendung des 5. Abschnitts des BWIS könnte diese

¹⁰⁰² Vgl. dazu auch BGE 138 I 6 E. 4.1 (m.w.H.): «Der Bereich des Privatlebens wird durch das Aufbewahren von Personendaten in Registern betroffen. Das behördliche Anlegen von geheimen Fichen mit Personendaten über eine bestimmte Person bedeutet für diese einen Eingriff in die Garantie auf Achtung ihres Privatlebens, unabhängig davon, ob die Informationen bei bestimmter Gelegenheit tatsächlich verwendet oder weitergegeben werden».

¹⁰⁰³ Die unzutreffende Bezeichnung oder Kategorisierung einer Person stellt überdies eine Verletzung der grundrechtlich geschützten Ehre und des sozialen Ansehens dar. Vgl. hierzu in diesem Teil weiter vorne §7, VII., 2.

¹⁰⁰⁴ STURNY, in: Baeriswyl/Pärli, Art. 25 Rz 1. In Anbetracht der grundrechtlichen Ausprägung von Art. 25 DSG und mangels abweichender spezialgesetzlicher Regelungen kann sich auch ein terroristischer Gefährder gegenüber Fedpol auf diese Bestimmung berufen.

Bestimmung in verschiedenen Konstellationen von praktischer Relevanz¹⁰⁰⁵ sein, was nachfolgend veranschaulicht werden soll.

- Eine *Berichtigung von Daten* käme u.a. dann in Betracht, wenn eine Person von Fedpol gestützt auf Art. 23e BWIS als terroristischer Gefährder kategorisiert wurde und diese davon rund um die Anordnung von Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS erfahren hat und damit nicht einverstanden ist. Wenn die betroffene Person diesfalls einerseits ein Auskunftsbeghären gemäss Art. 8 DSG an Fedpol stellt sowie andererseits die angeordneten Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS gestützt auf Art. 24g BWIS anfecht, sind Letztere bis zum Beschwerdeurteil noch nicht rechtskräftig. Nach erteiltem Auskunftsbeghären kann die betroffene Person die Richtigkeit der von ihr in den Akten- und Geschäftsverwaltungssystemen von Fedpol bearbeiteten Daten überprüfen und gegebenenfalls um Berichtigung¹⁰⁰⁶ falscher Daten sowie um die künftig korrekte Bearbeitung der Daten ersuchen.¹⁰⁰⁷
- Die Vernichtung von Personendaten¹⁰⁰⁸ käme u.a. dann in Betracht, wenn eine Person nach Art. 23e BWIS von Fedpol als terroristischer Gefährder kategorisiert

¹⁰⁰⁵ «Ansprüche nach Art. 25 DSG können entweder im Zusammenhang mit einem Hauptverfahren als vorsorgliche Massnahmen oder im Rahmen eines eigenständigen Verfahrens geltend gemacht werden»; STURNY, in: Baeriswyl/Pärli, Art. 25 Rz 49.

¹⁰⁰⁶ Im Bestreitungsfall der Richtigkeit von durch ein Bundesorgan bearbeiteten Personendaten obliegt dem datenbearbeitenden Bundesorgan die Richtigkeit der bisher geführten Daten zu beweisen, während dem die betroffene Person die Richtigkeit der von ihr verlangten Berichtigung zu beweisen hat. Vgl. statt vieler Urteil des BVGer A-3080/2017 vom 26.1.2017 E. 6; BGER 1C_240/2012 vom 13.8.2012 E. 3.1.

¹⁰⁰⁷ Kann weder die Richtigkeit noch die Unrichtigkeit von Daten nachgewiesen werden, überwiegt bisweilen das öffentliche Interesse an der Bearbeitung möglicherweise unzutreffender Daten das Interesse an deren Richtigkeit. Unter diesen Umständen sieht Art. 25 Abs. 2 DSG deshalb die Anbringung eines Vermerks vor, in dem darauf hingewiesen wird, dass die Richtigkeit der bearbeiteten Personendaten bestritten ist. Vgl. hierzu statt vieler Urteil des BVGer A-1987/2016 vom 6.9.2016 E. 7.5.

¹⁰⁰⁸ Eine Vernichtung von Personendaten setzt voraus, dass bestimmte Personendaten von der zuständigen Bundesbehörde gar nicht mehr bearbeitet werden dürfen, wobei ein Vernichtungsanspruch u.a. dann besteht, wenn der Zweck der Datenbearbeitung weggefallen ist, widerrechtlich beschaffte Daten bearbeitet wurden oder eine Bearbeitung von unrichtigen Daten vorliegt, die eine Persönlichkeitsverletzung darstellt und deren Beseitigung gemäss Verhältnismässigkeitsprinzip nicht nur durch Berichtigung behoben werden kann. So STURNY, in: Baeriswyl/Pärli, Art. 25 Rz 24.

wurde, gegen diese Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS verhängt wurden und die Person gegen diese Massnahmen und die Kategorisierung vor Bundesverwaltungsgericht erfolgreich Beschwerde erhoben hat. Diesfalls liegt eine gerichtliche Einschätzung vor, wonach die aus Art. 23e BWIS resultierende Kategorisierung der Person im Einzelfall auf ursprünglich rechtsfehlerhafte Weise erfolgt ist.¹⁰⁰⁹ Der Vernichtungsanspruch ergibt sich dabei ex tunc, da der Zweck der Datenbearbeitung an sich gar nie bestanden hat, weshalb eine Bearbeitung von unrichtigen Daten vorliegt, die eine Persönlichkeitsverletzung darstellt und im Lichte von Art. 8 EMRK und 13 Abs. 2 BV ein erhebliches Lösungsinteresse begründet.

4. Gefährderkategorisierung als Alltagserschwerung

Wie vorstehend dargelegt, hat die Kategorisierung einer Person als terroristischer Gefährder Eingriffe in deren persönlichkeitsrechtliche und datenschutzgrundrechtliche Ansprüche zur Folge. Da diese Kategorisierung zudem eine Stigmatisierung bewirken kann, werden mittelbar auch weitere Grundrechte der betroffenen Personen tangiert sowie die Führung des Alltagsleben erschwert. Diese Bedenken haben in Bezug auf die Kategorisierung einer Person als terroristischen Gefährder auch die UNO-Sonderberichterstatter ausdrücklich geäussert: «Les experts soulignent notamment les stigmatisations potentielles liées à ces désignations et aux mesures d'accompagnement, ainsi que les conséquences personnelles et professionnelles négatives qui peuvent en découler».¹⁰¹⁰ Alltagserschwerungen und möglichen Folgeerscheinungen von Gefährderkategorisierungen sollen nachfolgend mittels zweier Beispiele aus der Schweiz (dazu A. und B.) veranschaulicht und alsdann einer vergleichenden Würdigung (dazu C) unterzogen werden.

¹⁰⁰⁹ Soweit die ursprüngliche Kategorisierung als korrekt erachtet wird, jedoch in Folge geänderter Umstände nachträglich fehlerhaft wurde, besteht nach Ansicht des Schreibenden ein Vernichtungsanspruch mit Wirkung ex nunc.

¹⁰¹⁰ Siehe UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. 5 f. Ähnlich auch die Menschenrechtsabgeordnete des Europarates: « la notion même de terroriste potentiel (...) est problématique car elle risque de stigmatiser une personne alors même qu'elle pourrait n'avoir jamais été soupçonnée d'avoir enfreint la loi, ni reconnue coupable d'infraction », EUROPARAT, Stellungnahme PMT, S. 1.

A. Ali J. alias «Der Apotheker»

a.) Sachverhalt

aa) Biografie

Ali gelangte 1999 im Alter von sieben Jahren zu seinem aus dem Irak stammenden Vater, der als anerkannter Flüchtling in der Schweiz lebte. Als Sohn eines streng gläubigen Muslims lernte Ali die Basler «König-Faysal-Moschee» bereits als Kind kennen.¹⁰¹¹ Ali schloss seine schulische Ausbildung mit einer Matura in Basel ab.¹⁰¹² Als Gymnasiast hielt er im Rahmen des Philosophie-Unterrichts einen Vortrag zum Thema «Islam», an welchem er sich selbst filmte und dabei Korane von der umstrittenen salafistischen LIES!-Stiftung verteilte.¹⁰¹³ Bei der mündlichen Maturaprüfung wollte Ali einer Lehrerin aus religiösen Gründen seine Hand nicht geben, was für Wirbel sorgte.¹⁰¹⁴ Vom 1.8.2014 bis zum 31.7.2015 war er an der Universität Basel für einen Bachelor in pharmazeutischen Wissenschaften immatrikuliert.¹⁰¹⁵ Im Juli 2014 reiste er in den Irak, um die Ferien bei seinen Eltern zu verbringen.¹⁰¹⁶ Am 30. August 2014 reiste Ali in die Schweiz zurück, die er sodann im Juni 2015 erneut in Richtung Irak verliess. Ali kehrte danach erst mehr als ein Jahr später im Juli 2016 in die Schweiz zurück.

¹⁰¹¹ <https://www.tagblatt.ch/schweiz/unter-terrorverdacht-ld.1098540>.

¹⁰¹² Zum Sachverhalt siehe BGer 2C_465/2019 vom 14.7.2020.

¹⁰¹³ <https://www.srf.ch/news/regional/basel-baselland/mutmasslicher-jihadist-verteilt-korane-an-basler-gymnasium>. Zur Forderung des Verbots von «LIES!» in der Schweiz und den politischen Reaktionen auf die Koranverteilung siehe weiter oben Fn. 437 und 438.

¹⁰¹⁴ «Der Lehrerin habe er gesagt, was er allen Frauen zu sagen pflege. <Stellen Sie sich vor, Sie seien zu Besuch bei Queen Elisabeth. Da können Sie nicht einfach zu ihr gehen und ihr die Hand geben. Weil sie eine bestimmte Position innehat.> Für ihn seien alle Frauen wie Queen Elisabeth. Die ehrenvolle Stellung der Frau verbiete es ihm, sie anzufassen. Deshalb lege er seine Hand beim Gruss auf sein Herz und sage damit, dass der Gruss von Herzen komme.» <https://www.tagblatt.ch/schweiz/unter-terrorverdacht-ld.1098540>.

¹⁰¹⁵ Der Nachrichtendienst nennt Ali J. «den Apotheker», da er im Gymnasium den Schwerpunkt Biologie und Chemie wählte und anschliessend Pharmazeutische Wissenschaften studieren wollte; vgl. etwa <https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/kehrtwende-wegen-medienrummel-islamist-ali-j-alias-der-apotheker-wird-nicht-ausgeschafft-130748368>.

¹⁰¹⁶ Am 21.8.2014 wurde ihm dort ein irakischer Reisepass ausgestellt, am 4.2.2015 wurde ihm in der Schweiz ein Reiseausweis für Flüchtlinge ausgestellt. Siehe hierzu und den nächsten drei Sätzen BGer 2C_465/2019 vom 14.7.2020 A.

ab) Kontroverse Lücken in der Biografie

Über den *Grund* für die Aufenthalte im Irak besteht Uneinigkeit. Ali bringt vor, dass er im Juni 2015 zwecks Ferien und Heirat einer Landsfrau, die er über seine Familie und das Internet kennen gelernt habe, in den Irak gereist sei. Die Hochzeit sei jedoch nicht zustande gekommen, worauf er, um auf andere Gedanken zu kommen, im Irak herumgereist und sodann mit einem Taxi auch über die iranische Grenze gefahren sei. Nach dreitägigem Aufenthalt im Iran sei er beim Rückreiseversuch in den Irak an der Grenze festgenommen und ein Jahr inhaftiert worden.¹⁰¹⁷ Wegen einer (nicht näher dargelegten) angeblichen «Wesensänderung» und seiner Kontakte zur Basler Salafistenszene gelangte Ali bereits im Jahre 2014 auf den Radar des NDB. Dieser nahm Ali die «Geschichte» mit der Heirat und der Haft nicht ab. Ali sei zwei Mal in seine Heimat gereist, um sich in den Krisengebieten Syrien und Irak aufzuhalten. Er soll dabei Kontakte zu Terrororganisationen gehabt haben, weshalb er nach seiner Rückkehr im Juli 2016 als «djhadistischer Gefährder» eingestuft wurde.¹⁰¹⁸

ac) Ausländerrechtliche Folgen der Gefährderkategorisierung

In der Schweiz angelangt zeitigten die überjährige Abwesenheit von Ali sowie die vom Nachrichtendienst vorgenommene Qualifikation als «djhadistischer Gefährder» *flüchtlings-* und *ausländerrechtliche Konsequenzen*.¹⁰¹⁹ Einerseits verhängten das SEM und Fedpol Einreiseverbote gegen Ali. Weiter hat das SEM im August 2016 Ali wegen seiner Heimatreisen die Flüchtlingseigenschaft aberkannt. Im Übrigen war infolge der überjährigen Abwesenheit Alis auch seine Niederlassungsbewilligung erloschen, wor-

¹⁰¹⁷ Zur Untermauerung besitzt Ali ein übersetztes und beglaubigtes Gerichtsurteil des Strafgerichts von Teheran, wonach er wegen gesetzeswidrigen Grenzübertritts zwischen dem Iran und dem Irak im Juli 2015 verhaftet und im Juni 2016 verurteilt worden sei. Ali gibt zur Inhaftierung im Iran zudem an: «Man habe ihn geschlagen. Freigelassen habe man ihn erst, als er dem iranischen Geheimdienst zugesagt habe, als Spitzel zu arbeiten und Informationen über den IS zu liefern. Nach der Freilassung habe er sich nie gemeldet. Sein Onkel sei IS-Mitglied, doch er habe ihn seit seiner Kindheit nicht mehr gesehen. Insiderwissen über den IS habe er nicht.» Zum Gesagten <https://www.tagblatt.ch/schweiz/unter-terrorverdacht-ld.1098540>.

¹⁰¹⁸ Sämtliche vom Nachrichtendienst vorgebrachte Argumente lassen sich im Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt VD.2017.219 vom 26.12.2017 E. 5.3 nachlesen. Hierzu ausführlicher sogleich unter b).

¹⁰¹⁹ Eingehend zum «ausländischen terroristischen Gefährder» weiter hinten §9.

auf die Basler Migrationsbehörde diesen im Juli 2016 aus der Schweiz wegweis und in Ausschaffungshaft versetzen liess. Im Dezember 2017 urteilte das Appellationsgericht Basel-Stadt, dass der Vollzug Wegweisung, u.a. auch wegen der erfolgten Medienberichterstattung über Ali, welche den irakischen Behörden nicht entgangen sein dürfte, mit grosser Wahrscheinlichkeit einen Verstoß gegen Art. 25 Abs. 3 BV und Art. 3 EMRK darstellen würde, da ihm im Irak als mutmasslicher Terrorist unmenschliche Behandlung oder Folter drohe.¹⁰²⁰ Infolge dieses Urteils beantragte das Migrationsamt Basel-Stadt im Januar 2018 die vorläufige Aufnahme von Ali, welche das SEM im Februar 2019 ablehnte, da es den Wegweisungsvollzug von Ali in den Irak aufgrund der Aktenlage als zulässig, zumutbar und möglich erachtete.¹⁰²¹

ad) *Verweigerte erneute Zulassung zum Bachelorstudium*

Im 31. Mai und Juni 2017 ersuchte Ali um erneute Zulassung zum Bachelorstudiengang für pharmazeutische Wissenschaften.¹⁰²² Das Vizerektorat Lehre der Universität Basel verweigerte ihm die Zulassung im August 2017. Die Verweigerung wurde im Wesentlichen mit einer von ihm ausgehenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung begründet, welche auch die Reputation der Universität Basel beeinträchtigen könnte. Die gegen die Nichtzulassung erhobenen Rechtsmittel wurden auf kantonaler Ebene abgewiesen, worauf Ali im Mai 2019 Beschwerde ans Bundesgericht erhob.¹⁰²³

b.) *Rechtliches zur Nichtzulassung zum Studium im Besonderen*

Der Aspekt der Nichtzulassung von Ali zum Studium an der Universität Basel wird nachfolgend vertieft, da dieser die mittelbaren grundrechtlichen Folgen einer Gefährderkategorisierung veranschaulicht.¹⁰²⁴

¹⁰²⁰ Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt VD.2017.219 vom 26.12.2017 E. 5.3.2.3.3.

¹⁰²¹ Dieser Wegweisungsvollzug ist noch nicht rechtskräftig, da Ali am 1. April 2019 dagegen eine Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht erhoben hat und der Fall noch nicht entschieden ist (Verfahren F-1571/2019). Ausführlicher zu Art. 25 Abs. 3 BV ACHERMANN, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 25 Rz 1 ff. (m.w.H.).

¹⁰²² Zum Sachverhalt in diesem und den nächsten zwei Sätzen BGer 2C_465/2019 vom 14.7.2020.

¹⁰²³ BGer 2C_465/2019 vom 14.7.2020. Ausführlicher zu diesem Urteil so nun unter b).

¹⁰²⁴ Zudem diesem Zwecke wird in der Folge auf das Urteil BGer 2C_465/2019 vom 14.7.2020 eingegangen werden, welches sich mit der Nichtzulassung von Ali zum Studium befasst.

aa) *Anspruch auf willkürfreie Studienzulassung*

Das Schulwesen liegt gemäss Art. 62 Abs. 1 BV in der Kompetenz der Kantone. An öffentlichen Schulen besteht gestützt auf Art. 19 BV bis zum Abschluss der Sekundarstufe I ein Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht.¹⁰²⁵ Ein analoger Anspruch existiert bei der Zulassung zu einem universitären Studiengang nicht, wobei sich aus Art. 9 BV immerhin ein Anspruch auf willkürfreie Studienzulassung ableiten lässt.¹⁰²⁶

ab) *Studierenden-Ordnung der Universität Basel*

Im Falle von Ali nahm die Universität Basel Bezug auf § 13 Abs. 1 der Studierenden-Ordnung¹⁰²⁷, wonach die Zulassung gemäss den Zulassungsrichtlinien des Rektorats, den universitären Ordnungen und den Reglementen erfolge.¹⁰²⁸ Ziff. 10.1 der Zulassungsrichtlinie¹⁰²⁹ sah vor, dass eine Person, die wegen *schwerwiegenden Straftaten verurteilt* wurde, durch welche auch die Interessen der Universität Basel beeinträchtigt oder gefährdet werden, in der Regel nicht zum Studium zugelassen wird. Gemäss § 11 Abs. 1 der Studierenden-Ordnung macht sich eines *Disziplinarfehlers* u.a. schuldig, wer wegen schwerwiegenden Straftaten, durch welche die Interessen der Universität beeinträchtigt oder gefährdet werden, verurteilt wurde (lit. f) oder wer sich *anderweitig schwerwiegend treuwidrig verhält* (lit. g).¹⁰³⁰

ac) *Anwendung der Studierenden-Ordnung auf Ali*

Da Ali strafrechtlich nicht in Erscheinung getreten war, fiel eine Nichtzulassung von Ali gestützt auf den Wortlaut von Ziff. 10.1 der Zulassungsrichtlinie ausser Betracht. Die Universität Basel vertrat indes die Auffassung, dass diese Bestimmung über den Wortlaut hinaus

¹⁰²⁵ Vgl. u.a. BGE 144 I 1 E. 2.1; 140 I 153 E. 2.3.1 f.

¹⁰²⁶ Siehe BGE 146 II 56 E. 7.1; 125 I 173 E. 3c.

¹⁰²⁷ Studierenden-Ordnung der Universität Basel vom 28.9.2011, SG 441.800.

¹⁰²⁸ Hierzu und den nächsten zwei Sätzen BGER 2C_465/2019 vom 14.7.2020 E. 3.1.

¹⁰²⁹ Zulassungsrichtlinien der Universität Basel vom 13.12.2016, da die zum Zeitpunkt der durch Ali erfolgten Gesuchsstellung gültigen Richtlinien, d.h. jene für das akademische Jahr 2017/2018, massgeblich sind.

¹⁰³⁰ Das Rektorat kann gegenüber fehlbaren Personen den dauernden Ausschluss vom Studium an der Universität Basel als Disziplinar-massnahme verfügen (vgl. § 11 Abs. 2 lit. d der Studierenden-Ordnung).

auch auf die Frage der Zulassung eines Studierenden an die Universität Basel anwendbar sei, da sich Ziff. 10.1 der Zulassungsrichtlinien an den in §11 der Studierenden-Ordnung vorgesehenen Disziplarmassnahmen orientiere und die Regelungen zur Zulassung zum Studium den identischen Zweck verfolge.¹⁰³¹ Der Gedanke beider Bestimmungen sei, dass nur diejenigen Personen studieren sollen dürfen, welche die Vorschriften und Weisungen der Universität Basel einhalten und deren Verhalten weder die Interessen noch das Ansehen der Universität Basel gefährden oder beeinträchtigen würden. Diesem Zweck könnten auch Umstände und Verhaltensweisen entgegenstehen, die nicht strafrechtlich relevant seien. Aus diesen Gründen dränge es sich auf, Ziff. 10.1 der Zulassungsrichtlinien *abweichend vom Wortlaut auszulegen*, weshalb die Nichtzulassung zum Studium im Falle von Ali mit anderweitig schwerwiegend treuwidrigem Verhalten begründet wurde.¹⁰³²

ad) Erfolglose kantonale Rechtsmittel

Nach erfolglos erhobenem Rechtsmittel gelangte Ali an das Appellationsgericht Basel-Stadt.¹⁰³³ Das angerufene Gericht lehnte den Rekurs ab. Zur Begründung nahm es massgeblich Bezug auf die Beweiswürdigung im Ali betreffenden ausländerrechtlichen Wegweisungsurteil¹⁰³⁴. Es erwähnt ebenso, dass der NDB Kontakte und Aktivitäten in der salafistischen Szene festgestellt habe, dass Ali im Juli 2016 im Gefängnis «Bässlergut» zwei Personen besucht habe, die vom Bundesstrafgericht unter anderem wegen Unterstützung einer kriminellen Organisation rechtskräftig verurteilt worden seien und dass er nach seiner Entlassung aus der Ausschaffungshaft bei einer dieser Personen gewohnt habe.¹⁰³⁵ Zudem nahm es Bezug auf einen Amtsbericht des NDB, wonach Ali als Aktivist der Koranverteilkaktion 'Lies!' in Erscheinung getreten sei und zwei Mal in den Irak gereist sei. In mittelbarer Beweiswürdigung folgte das Appellationsgericht, dass die erstellten Indizien auf eine Gefahr für die innere und äussere Sicherheit der Schweiz schliessen lassen würden und dass die von Ali ausgehende Gefahr geeignet sei,

¹⁰³¹ Hierzu und den nächsten drei Sätzen BGer 2C_465/2019 vom 14.7.2020 E. 3.1.

¹⁰³² Nach Auffassung Alis beruht das angefochtene Urteil auf einer Verletzung des Legalitätsprinzips und einer willkürlichen Anwendung des kantonalen Rechts. Zu den durch Alis Rechtvertretung vorgebrachten und überzeugenden Argumenten im Einzelnen; vgl. E. 3.3.

¹⁰³³ Siehe dazu Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt VD.2018.115 vom 26.2.2019.

¹⁰³⁴ Fn. 1020.

¹⁰³⁵ Hierzu und den nächsten drei Sätzen BGer 2C_465/2019 vom 14.7.2020 E. 5.3.1, 3.2.2.

die Reputation der Universität Basel in Mitleidenschaft zu ziehen. Ali habe sich daher anderweitig schwerwiegend treuwidrig verhalten, weshalb ihm die Zulassung an die Universität Basel rechtmässig verweigert worden sei.

ae) Willkürliche Verweigerung der Studienzulassung

Das angerufene Bundesgericht betonte, dass sich die Vorinstanz für ihre Beurteilung, ob der Beschwerdeführer sich anderweitig schwerwiegend treuwidrig verhalten habe, lediglich auf zwei Sachverhaltselemente, namentlich das Reiseverhalten und die Kontakte des Beschwerdeführers gestützt habe.¹⁰³⁶ Es bemängelte, dass diese Elemente ohne eigenständige Beweiswürdigung aus einem anderen Urteil übernommen worden sei, weshalb es an einer aktuellen Beurteilung fehle.¹⁰³⁷ Gestützt auf dieses Tatsachenfundament erweise es sich als offenkundig unhaltbar, hinreichend konkrete und aktuelle Anhaltspunkte erkennen zu wollen, aus denen sich ein anderweitig schwerwiegend treuwidriges Verhalten «im Sinne einer reputationsbeeinträchtigenden potenziellen polizeilichen Gefahr verfassungskonform erstellen»¹⁰³⁸ liesse. In Vornahme einer Gesamtbetrachtung kam das Bundesgericht zum Schluss, dass das vermutete schwerwiegend treuwidrige Verhalten i.S.v. § 11 Abs. 1 lit. g der Studierenden-Ordnung nicht erstellt und die verweigte Zulassung von Ali an die Universität Basel mit dem Willkürverbot gemäss Art. 9 BV nicht zu vereinbaren sei.¹⁰³⁹

B. «Eszil» alias «einer der gefährlichsten Neonazis der Schweiz»

a.) Sachverhalt¹⁰⁴⁰

Am 29.5.2020 stand auf dem linksradikalen Portal barrikade.info zu lesen:

«Heute Morgen (29. Mai 2020) haben wir einen Neonazi in Tagelswangen (ZH) zuhause besucht und eine letzte Warnung ausgesprochen. Der Neonazi ist aktiv

¹⁰³⁶ BGer 2C_465/2019 vom 14.7.2020 E. 5.3.3.

¹⁰³⁷ Das Bundesgericht rügte u.a., dass unklar sei aus welcher Zeit die Einschätzungen des NDB stammen würden, auf welche sich das Appellationsgericht bezogen habe. Siehe BGer 2C_465/2019 vom 14.7.2020 E. 5.3.2.

¹⁰³⁸ BGer 2C_465/2019 vom 14.7.2020 E. 5.3.3.

¹⁰³⁹ Hierzu BGer 2C_465/2019 vom 14.7.2020 E. 5.3., 5.5.

¹⁰⁴⁰ Der Sachverhalt wird nachfolgend als «Collage» aus verschiedenen öffentlich zugänglichen Artikeln und auf dem Internet verfügbaren Informationen vorgestellt.

bei der <Nationalistischen Jugend Schweiz> (NJS), welche hauptsächlich online ihr Maul aufreisst. Bei der NJS handelt es sich um eine junge, jugendliche Gruppe, die aus ihrer nationalsozialistischen und grossdeutschen Gesinnung keinen Hehl macht und die mit der ebenfalls seit Anfang Jahr in Erscheinung tretenden <Eisenjugend Schweiz> in Verbindung steht.»¹⁰⁴¹

Am 6.8.2020 veröffentlichte der «Tagesanzeiger» unter dem Titel «Die Eisenjugend aus Winterthur und ihr Traum von der Apokalypse» einen Artikel über die rechtsextreme Gruppe «Eisenjugend Schweiz».¹⁰⁴²

Alles habe im Januar 2020 mit einer Telegram-Gruppe namens «Eisenjugend Schweiz» begonnen, bei welcher es sich um einen Ableger der Nazi-Gruppe «iron youth» handeln soll. Im Artikel steht u.a. zu lesen: «In Videos posieren sie schwer bewaffnet und in verschlüsselten Chats fantasieren sie davon, die Gesellschaft ins Chaos zu stürzen. Die Rechtsextremisten Gruppe Eisenjugend aus Winterthur glaubt daran, nach dem Sieg eines apokalyptischen Rassenkriegs als weisse Elite zu herrschen». Im Artikel wird als mutmasslicher Kopf der Organisation ein 19-jähriger Schweizer aus Winterthur erwähnt, der an der Zürcher Hochschule der Künste (ZHdK) studiere. Er verbreite unter dem Pseudonym «Eszil» über Instagram und den Telegram-Kanal¹⁰⁴³ der «Eisenjugend» Nazi-Propaganda. Der «Tages-Anzeiger» beschrieb ihn in diesem Artikel als einen der gefährlichsten

¹⁰⁴¹ <https://barrikade.info/article/3563>. Auf diese Passage folgen im Artikel Aufzählungen von Taten und Verhaltensweisen, für welche die die beiden Nazigruppen verantwortlich sein sollen, wozu u.a. Heil-Hitler-Rufe in der Öffentlichkeit von Winterthur oder Pöbeleien gegen die Frauen*demo am 8. März 2020 zählen sollen.

¹⁰⁴² Hier zu und den nachfolgenden Ausführungen <https://www.tagesanzeiger.ch/die-eisenjugend-aus-winterthur-und-ihr-traum-von-der-apokalypse-906200087233>; <https://www.tagesanzeiger.ch/die-eisenjugend-ist-weiter-aktiv-und-die-behoerden-schweigen-785018945372>; <https://www.tagesanzeiger.ch/kunsthochschule-verbietet-neonazi-zutritt-razzia-in-alphuette-202551217068> allesamt.

¹⁰⁴³ «Auf dem Telegram-Kanal der Eisenjugend wird dem rechtsradikalen Gedankengut unverhohlen gefrönt: <Das ist unser Führer Adolf Hitler. Adolf Hitler kämpft um Deutschland>, liest da ein Unbekannter mit Zürcher Akzent in einem Video vor. <Im Kampf ums Dasein behauptet sich der, der aus irgendwelchen Gründen Lebensuntüchtiger in diesem Kampf ausmerzt.>»; <https://www.blick.ch/news/schweiz/zuerich/neonazi-truppe-aus-winterthur-zh-fantasiert-von-rassenkrieg-dieser-kunst-student-19-will-eine-schweiz-nur-fuer-weisse-id16032410.html>.

Neonazis der Schweiz sowie als eine «Kampfmaschine» und die «Eisenjugend» als einer Art «nationalsozialistische Eliteschule».

Am 8.8.2020 stand auf dem linksradikalen Portal barrikade.info zu lesen:

«Ende Mai haben wir der <Nationalistischen Jugend Schweiz> (NJS) eine letzte Warnung überbracht: Löst sich die Gruppe nicht per sofort auf, werden Identitäten offengelegt. Die NJS zog sich darauf in ihre braunen Löcher zurück. Doch noch immer besteht ein NJS-Insta-Account. Daher folgt hier das zweite Outing: Manuel Corchia, Jahrgang 2000, wohnhaft bei seinen Eltern am Fliegerweg 4 in Winterthur, ist nicht nur Teil des NJS, sondern auch der Kopf der sogenannten <Eisenjugend Schweiz>. Corchia ist glühender Verfechter des Rechtsterrorismus und des Nationalsozialismus. Noch ist Corchia Student der ZHDK (Bachelorstudium Scientific Visualization) und Mitglied der Winterthurer Stadtschützen.»¹⁰⁴⁴

Per Medienmitteilung vom 12.8.2020 teilte die Kantonspolizei Zürich u.a. mit:

«Bei einer gezielten Aktion gegen Personen, die im Verdacht stehen, rechtsextremes Gedankengut zu pflegen und weiterverbreiten zu wollen, sind mehrere Schusswaffen sichergestellt worden. Am Mittwochnachmittag ist es im Rahmen von zwei Hausdurchsuchungen in der Stadt Winterthur zu den Sicherstellungen gekommen. Im Fokus der Aktion standen zwei Schweizer im Alter von 19 Jahren.»¹⁰⁴⁵

Die Hausdurchsuchungen und Sicherstellung von Schusswaffen wurde von verschiedenen Medien aufgegriffen, wobei auch erwähnt wurde, dass eine der beiden betroffenen Personen der 19-jährige «Kunststudent» sei.¹⁰⁴⁶ Die Medienberichterstattung fokussierte fortan zusehends auf «Eszil», indem insbesondere der «BLICK» immer mehr Details,

¹⁰⁴⁴ <https://barrikade.info/article/3771>; <https://antifawinterthur.noblogs.org/post/2020/08/13/erneutes-nazi-outing-in-winterthur>.

¹⁰⁴⁵ <https://www.zh.ch/de/news-uebersicht/medienmitteilungen/2020/08/2008121m.html>

¹⁰⁴⁶ Vgl. u.a. <https://www.nzz.ch/zuerich/razzia-in-winterthur-die-polizei-stellt-bei-mutmasslichen-rechtsextremen-mehrere-schusswaffen-sicher-ld.1571101?>

u.a. über dessen Waffensammlung¹⁰⁴⁷, «Training»¹⁰⁴⁸ sowie die von ihm im Mai 2020 eingereichte wissenschaftliche Arbeit zum Thema «volksgeschichtliche Identifikation» bekannt machte.

Am 17.8.2020 lancierten «Student*innen, Angehörige und Absolvent*innen der ZHdK» die von über 2000 Personen unterschriebene Petition «No Nazis at ZHdK», in welcher u.a. stand:

*«Wir – Student*innen, Angehörige und Absolvent*innen der ZHdK – fühlen uns bedroht, wenn sich ein Mensch mit einer solch menschenverachtenden, rassistischen, sexistischen und antisemitischen Geisteshaltung an der Hochschule frei bewegen kann. (...) Laut Art. 8 Abs. 2 BV darf niemand diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung. Wir (...) fordern, gestützt auf das Leitbild, die Diversity Policy, und die gesellschaftliche Verantwortung, die die ZHdK innehat, dass Manuel Corchia umgehend exmatrikuliert wird. Jegliche Abweichungen von dieser Forderung würden bedeuten, dass Sie sich nicht an Ihre eigenen Grundsätze halten und darüber hinaus einen rechtsextremen, potenziell hochgefährlichen Menschen in Ihren Reihen dulden. Jemand, der sich so extrem mit rechtsideologischen Inhalten, Rassenfragen, Waffen und der Vernetzung und aktiven Teilnahme in rechtsextremen Gruppierungen auseinandersetzt, gehört nicht an eine Kunsthochschule.»¹⁰⁴⁹*

¹⁰⁴⁷ «Doch der Kopf der Neonazi-Truppe, der unter dem Pseudonym «Eszil» auftritt, hat einem Jugendfreund zufolge zahlreiche Waffen zu Hause. «Er zeigte mir seine Waffensammlung. Eine Kalaschnikow, zwei Karabiner, zwei Pistolen. Auch Munition bewahrt er zu Hause auf. Alles legal, mit Waffenschein.» <https://www.blick.ch/news/schweiz/zueroch/neonazi-truppe-aus-winterthur-zh-fantasiert-von-rassenkrieg-dieser-kunst-student-19-will-eine-schweiz-nur-fuer-weisse-id16032410.html>.

¹⁰⁴⁸ «Eszil trainiere zudem Tag und Nacht, sagt jemand, der ihn kennt. «Er drückt sich täglich fünf Mahlzeiten rein. Ich rede von richtigen Mahlzeiten, nicht von diesem Grünzeug.»

¹⁰⁴⁹ Die Petition war ursprünglich abrufbar unter <https://www.change.org/p/studenten-no-nazis-at-zhdk?redirect=false>. Aktuell ist diese nicht mehr abrufbar. Siehe dazu jedoch auch <https://www.nzz.ch/zueroch/zueroch-zhdk-schliesst-rechtsextremen-studenten-aus-ld.1592683>.

Mitte September 2020 berichten verschiedene Tageszeitungen¹⁰⁵⁰ über die weitere Vorgehensweise der Schule:

Demnach habe die Hochschule bereits nach den Hausdurchsuchungen reagiert und mit «Eszil» aus Angst vor einer Gewalttat unter Polizeipräsenz ein Gespräch geführt. Zudem seien disziplinarische Massnahmen eingeleitet worden und er dürfe das Gelände der ZHdK vorerst nicht mehr betreten und sei von allen Lehrveranstaltungen suspendiert. Ob er von der Schule ausgeschlossen werde, sei noch offen, da man sich bei den Massnahmen auf die «einschlägigen Bestimmungen der Fachhochschulverordnung» stütze.

In einer Medienmitteilung¹⁰⁵¹ der ZHdK vom Dezember 2020 stand:

«Im August 2020 hat die Hochschulleitung der ZHdK disziplinarische Massnahmen gegen eine an der ZHdK studierende Person mit mutmasslich rechts-extremem Hintergrund in die Wege geleitet. Diese führten nun gestützt auf das Fachhochschulgesetz zur Exmatrikulation der Person. Die Rekursfrist endete am 7. Dezember 2020. Bereits im August wurde ein Verbot des Betretens des Hochschulareals und zur Benutzung sämtlicher Infrastrukturen gegenüber dieser Person erlassen. Nun ist sie definitiv vom Studium ausgeschlossen. Weitere Informationen zum Fall werden aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes nicht bekannt gegeben.»

b.) Rechtliches zum Ausschluss vom Studium im Besonderen

Der Studienausschluss von «Eszil» verdeutlicht, welche Folgen die behauptete Gefährlichkeit einer Person auf ihr Alltagsleben und ihre Grundrechte haben kann, weshalb dieser nachfolgend vertieft werden soll. Die anwendbare Hochschulverordnung¹⁰⁵² enthält in den §8 ff. eine Disziplinarordnung. §8 umschreibt *Disziplinarverstösse*,

¹⁰⁵⁰ Siehe u.a. <https://www.weltwoche.ch/ausgaben/2020-39/diese-woche/gesinnungspolitik-ander-kunstschule-die-weltwoche-ausgabe-39-2020.html>; <https://www.blick.ch/news/schweiz/zuerich/eisenjugend-mitglied-hat-areal-verbot-an-hochschule-aussprache-mit-neonazi-kunststudent-19-unter-polizeischutz-id16101501.html> beide.

¹⁰⁵¹ <https://www.zhdk.ch/meldung/person-mit-mutmasslich-rechtsextremem-hintergrund-exmatrikuliert-4044>.

¹⁰⁵² Verordnung zum Fachhochschulgesetz vom 8.4.2008, OS 414.101.

wobei im Falle von «Eszil» einzig die «Störung von Veranstaltungen und anderweitige Beeinträchtigungen des Betriebs der Hochschule» (lit. c) oder «strafrechtlich erhebliches Verhalten, das die Interessen der Hochschule beeinträchtigt» in Betracht kommen. Bei Disziplinarverstössen werden als *Disziplinar massnahmen* in §9 der schriftliche Verweis (lit. a), der Ausschluss von Lehrveranstaltungen oder von der Benützung von Einrichtungen der Hochschule für die Dauer von mindestens einem Semester, bzw. die Kombination dieser beiden Massnahmen (lit. b), der Ausschluss vom Studium und von Prüfungen für die Dauer von mindestens einem Semester (lit. c) sowie den in der Petition geforderten und mittlerweile erfolgten definitiven Studiums Ausschluss (lit. d), genannt. Da «Eszil» die Teilnahme an Veranstaltungen und das Betreten des Hochschulareals noch vor Abschluss des Disziplinarverfahrens verboten wurde, handelt es sich bei diesen Anordnungen um *vorsorgliche Massnahmen* nach §10 der Disziplinarordnung. §10 verlangt den Bestand von «schweren oder wiederholten Verfehlungen», wobei mangels Hinweise wiederholte Verfehlungen nicht bestehen, weshalb die Hochschule im Falle von «Eszil» die Anordnung vorsorglicher Massnahmen einzig mit einer «schweren Verfehlung» begründen konnte. Ob und inwiefern die bestehende Faktenlage zum Zeitpunkt der Anordnung der vorsorglichen Massnahme eine erfolgte «schwere Verfehlung» begründen könnte, ist zumindest fragwürdig, da «Eszil» bis zu diesem Zeitpunkt strafrechtlich nicht in Erscheinung getreten ist. Als Grund für die Disziplinaruntersuchung nennt auch die Hochschule selbst das Gedankengut¹⁰⁵³ von «Eszil». Mangels strafrechtlicher Verurteilungen sowie unter Berücksichtigung der öffentlich verfügbaren Informationen stellt sich ganz grundsätzlich die Frage, inwiefern in Bezug auf «Eszil» zum Zeitpunkt der Eröffnung des Disziplinarverfahrens überhaupt ein Disziplinarverstoss vorgelegen haben soll.¹⁰⁵⁴ In Anbetracht dieser Ausgangslage entsteht der Eindruck, dass nicht eine rechtliche korrekte Anwendung der einschlägigen Bestimmungen der Disziplinarordnung im Vordergrund stand, sondern eine rasche Reaktion auf eine als gefährlich empfundene Person sowie öffentlichen Druck. Der erfolgte Studienausschluss von «Eszil» scheint aus Sicht der Mehrheit naheliegend und komfortabel, wobei der Eindruck entsteht, dass die womöglich nicht korrekte An-

¹⁰⁵³ <https://www.weltwoche.ch/ausgaben/2020-39/diese-woche/gesinnungspolitik-an-der-kunstschule-die-weltwoche-ausgabe-39-2020.html>.

¹⁰⁵⁴ Da der Studienausschluss im Dezember 2020 in Rechtskraft erwachsen ist, besteht kein gerichtliches Urteil, welches sich zur Thematik äussert.

wendung rechtlicher Bestimmungen in Anbetracht des als opportun erachteten Ziels zumindest in Kauf genommen wurde.

C. Vergleichende Stellungnahme

a.) Unterschiede

Einleitend werden Unterschiede in den Fällen von Ali und «Eszil» hervorgehoben werden. Beide Beispiele unterscheiden sich im *Verfahrensstand*, da im Falle von Ali bereits ein bundesgerichtliches Urteil die fehlende Verfassungsmässigkeit der verweigerten Studienzulassung festgestellt hat, während dem im Falle von «Eszil» soweit ersichtlich eine gerichtliche Prüfung des Studienausschlusses nicht erfolgt ist. Ferner unterscheidet sich auch der *Verfahrensgegenstand*, da bei Ali die erneute Zulassung zum Studium zur Debatte stand, während im Falle von «Eszil» die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen und ein Studienausschluss den Verfahrensgegenstand bildeten. Ein relevanter Unterschied liegt im Mass an Aufmerksamkeit, welches der NDB den beiden Individuen zukommen liess und über welchen *Informationsstand* die beiden Hochschulen in den jeweiligen Einzelfällen verfügten. Ali befand sich bereits seit 2014 auf dem Radar des NDB und wurde spätestens nach seiner Rückkehr im Jahre 2016 als «djhadistischer Gefährder» eingestuft. Im Falle von Ali wurde die Vermutung geäussert, dass nachrichtendienstliche Erkenntnisse an die Universität «gesickert» sein könnten.¹⁰⁵⁵ In Reaktion auf die Medienberichterstattung zur «Eisenjugend» teilte der NDB im August 2020 mit, dass er Kenntnis von der «Eisenjugend» habe, sich grundsätzlich nicht zu einzelnen Organisationen äussere, zumal «ein ideologischer oder politischer Hintergrund von Personen (bspw. Neonazis)» für ein Tätigwerden nicht ausreiche, wenn keine effektiven Gewaltbezüge, also das Verüben und Fördern von oder

¹⁰⁵⁵ Vgl. <https://www.bzbasel.ch/basel/basel-stadt/fall-ali-j-wer-hat-die-uni-informiert-137929116>, wonach nachrichtendienstliche Informationen an die Universität Basel «geflossen» seien. Gemäss Tätigkeitsbericht des Kontrollorgans über den Staatsschutz im Kanton Basel-Stadt 2020, S. 8, hätten der «Universität bei ihrem Entscheid ausschliesslich publizierte Entscheide und Medienberichte» vorgelegen, weshalb geklärt sei, «dass keine weiteren nachrichtendienstlichen Informationen an die Universität» gelangt seien. Der Tätigkeitsbericht 2020 ist abrufbar unter <https://www.jsd.bs.ch/themen/aufsicht-staatsanwaltschaft-staatsschutz.html>.

der Aufruf zu Gewalt, vorliegen würden.¹⁰⁵⁶ Dass unter Beizug der öffentlich verfügbaren Quellen der Eindruck entsteht, dass im Falle von «Eszil» ein anderer Massstab angewendet wurde als bei Ali, scheint offenkundig, da effektive Gewaltbezüge im Falle von Ali ebenso wenig erstellt waren und «Eszil» umgekehrt im Besitze eines Waffenscheins und zahlreicher Waffen war, was durchaus auf einen effektiven Gewaltbezug schliessen lassen könnte. Schliesslich verfügt Ali im Unterschied zu Eszil nicht über das Schweizer Bürgerrecht, weshalb gegen Ali zusätzliche ausländer- und asylrechtliche *Handlungsmöglichkeiten*, namentlich die Verhängung eines Einreiseverbotes, die Anordnung von Ausschaffungshaft, die Verfügung der Wegweisung sowie der Entzug der Flüchtlingseigenschaft, ergriffen werden konnten.¹⁰⁵⁷

b.) Gemeinsamkeiten und erkennbare Tendenzen

Eine wesentliche Gemeinsamkeit liegt im Umstand, dass beide Personen in der medialen Darstellung als potenziell gefährlich dargestellt wurden, obwohl beide keine strafrechtlichen Verurteilungen aufwiesen. Die mediale Debatte fokussierte bei beiden auf deren potenzielle Gefährlichkeit und nicht deren strafrechtliche Schuld. Folge davon ist etwa auch, dass in der Medienberichterstattung zu Gefährdern, im Unterschied zu Beschuldigten in Strafverfahren, nicht einmal auf den Umstand hingewiesen werden muss, wonach für die betroffenen Personen die Unschuldsvermutung¹⁰⁵⁸ gelte.¹⁰⁵⁹ Die einschlägigen Medienberichterstattungen enthalten teilweise nicht erstellte Tatsachenbehauptungen¹⁰⁶⁰ sowie detaillierte Angaben über beide Personen, die es mittels einfacher

¹⁰⁵⁶ Siehe u.a. <https://www.blick.ch/news/schweiz/zuerich/neonazi-truppe-aus-winterthur-zh-fantasiert-von-rassenkrieg-dieser-kunst-student-19-will-eine-schweiz-nur-fuer-weisse-id16032410.html>.

¹⁰⁵⁷ Eingehend zum «ausländischen terroristischen Gefährder» weiter hinten §9.

¹⁰⁵⁸ Zur in diesem Kontext diskussionswürdigen Forderung nach einem präventiv-polizeilichen Korrelat zur strafprozessualen Unschuldsvermutung, einer «Ungefährlichkeitsvermutung», siehe Fn. 65.

¹⁰⁵⁹ Vgl. hierzu aber auch weiter vorne, §7, VII., 2., C., wonach in Wahrung der Persönlichkeitsrechte bis zur Rechtskraft einer Verfügung oder eines Urteils Personen lediglich als «mutmassliche terroristische Gefährder» bezeichnet werden sollten.

¹⁰⁶⁰ So wird Ali in einem Artikel des Tagesanzeigers im Rahmen von nicht erwiesenen Tatsachenbehauptungen u.a. als Teil des Jihadisten-Netzwerks von Basel bezeichnet, ihm wird darin eine «wichtige Rolle» zugeschrieben und zudem wird er als «Jihad-Rückkehrer» bezeichnet.

Internetrecherchen zulassen, dass Rückschlüsse¹⁰⁶¹ auf ihre wahre Identität gemacht werden können, was auf eine geringe Beachtung der Persönlichkeitsrechte hindeutet. Gemeinsam ist beiden Fällen auch, dass sowohl bei Ali als auch «Eszil» Anhaltspunkte auf eine tatsächliche Gefährlichkeit hindeuten. In der Tat pflegte Ali Kontakte zu verurteilten Islamisten und verschwand über ein Jahr in einem Konfliktgebiet. «Eszil» verfügte unbestrittenermassen über eine Waffensammlung und traf sich mit gleichgesinnten Rechtsradikalen. Die Medien suggerieren indes durch reisserische Formulierungen bei beiden Personen gezielt eine besondere Gefährlichkeit. Der Tagesanzeiger schrieb in einem Artikel aus dem Jahre 2016 über «den Apotheker» und behauptete, ohne zu erwähnen, dass diese Tatsachen umstritten und nicht erwiesen sind, dass Ali im «Basler Jihadisten-Netzwerk eine wichtige Rolle» zukomme und dass die Behörden den «Jihad-Rückkehrer» als gefährlich einstufen würden.¹⁰⁶² Ähnlich auch Beiträge des SRF aus dem Jahr 2016, in welchem der Extremismus-Experte Samuel Althof die Annahme trifft, «dass er versucht, weitere Leute von seinem radikalen Gedankengut zu überzeugen», weshalb Althof die Freilassung von Ali aus der Ausschaffungshaft als «gefährlich» bezeichnete, da «niemand weiss, mit welcher Botschaft er hierhergekommen ist. Was er vorhat, weiss nur er selbst»¹⁰⁶³. «Eszil» wurde vom «Tagesanzeiger» u.a. als «einer der

<https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/der-apotheker-und-das-basler-islamistennetzwerk/story/28937185>.

¹⁰⁶¹ In Bezug auf Ali stiess der Schreibende im Rahmen einer kurzen Internetrecherche auf dessen Nachname «Jaffer», da die Rundschau einen Screenshot der SMS Konversation abgebildet hat, in welcher der Journalist Georg Häsler eine Person aus der «Islamisten-Szene» Basels anschreibt und erwähnt: «ich weiss, dass Sie sich offen für Herrn Jaffer einsetzen», Minute 7:20; <https://www.srf.ch/play/tv/rundschau/video/islamisten-szene-basel-die-hintermaenner?urn=urn:srf:video:20271c6b-48a7-430c-ae5c-dec20a0a8cbf&startTime=241>. In Anbetracht des Umstandes, dass der Tagesanzeiger einerseits die korrekten Initialen von Ali verwendet, seine Staatsangehörigkeit sowie sein Alter erwähnt, wäre eine Identifikation von Ali Jaffer auch so ziemlich leicht möglich gewesen. In Berücksichtigung der Persönlichkeitsrechte sind auch die zahlreichen Einzelheiten zu «Eszil», wie bspw. der im Blick publizierte Titel einer von ihm eingereichten Arbeit sowie unbestrittenermassen das «Nazi-Outing» auf barrikade.info als problematisch zu bezeichnen.

¹⁰⁶² <https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/der-apotheker-und-das-basler-islamistennetzwerk/story/28937185>.

¹⁰⁶³ <https://www.srf.ch/news/schweiz/basler-islamisten-netzwerk-aufgedeckt>; <https://www.srf.ch/news/regional/basel-baselland/der-apotheker-in-basel-wieder-auf-freiem-fuss>.

gefährlichsten Neonazis der Schweiz» und als «Kampfmaschine» umschrieben.¹⁰⁶⁴ Die im Falle von Ali und «Eszil» erstellten Anhaltspunkte und zum Ausdruck gebrachten Gesinnungen, welche auf eine besondere Gefährlichkeit der beiden deuten, begründen zwar keine polizeirechtliche Gefahr. Als Extrempositionen kollidieren sie mit gesellschaftlichen Konventionen und werden dadurch von der Mehrheitsgesellschaft als unangenehm und bedrohlich empfunden. Innerhalb eines demokratischen Rechtsstaates stellt ein angemessener Umgang mit solchen Extrempositionen eine Herausforderung dar. Ein treffendes Beispiel hierfür ist die *Petition* der Studierenden der ZHdK, welche einer Person wie «Eszil», die «sich so extrem mit rechtsideologischen Inhalten, Rassenfragen, Waffen und der Vernetzung und aktiven Teilnahme in rechtsextremen Gruppierungen auseinandersetzt, einen Platz an einer Kunsthochschule» kategorisch versagen will. Der Intoleranz von «Eszil» begegnet die Mehrheit der Hochschulangehörigen mit der kompromisslosen Forderung nach sofortiger Exklusion, ohne dass der Sinn und Zweck der hohen Hürden für einen Studienausschluss oder die Grenzen der Meinungsäusserungsfreiheit debattiert würden.¹⁰⁶⁵ Die potentielle Gefährlichkeit von Ali und «Eszil» führte bei den jeweils involvierten Bildungsinstitutionen zu rechtlich fragwürdigen Reaktionen.¹⁰⁶⁶ Die potentielle Gefährlichkeit der beiden begünstigte einen eigentlichen «Handlungszwang», welcher sich in symbolischen, öffentlichkeitswirksamen und gezielt gegen die Person gerichteten Massnahmen manifestierten. Der

¹⁰⁶⁴ <https://www.tagesanzeiger.ch/die-eisenjugend-ist-weiter-aktiv-und-die-behoerden-schweigen-785018945372>.

¹⁰⁶⁵ Aus menschlicher Warte ist das Vorgehen der Studierenden durchaus nachvollziehbar. Umgekehrt besteht das Risiko, dass inskünftig auch anderweitig unangenehme Studierende in anderen Konstellationen (bspw. erwiesene Teilnahme an unbewilligter 1. Mai Demo mit anschließender Verurteilung, verurteilte Sprayer:innen, vehemente Impfskeptiker:innen, militante Umweltaktivist:innen) vom Studium ausgeschlossen werden könnten, wenn die Studienordnung nicht streng nach ihrem Wortlaut ausgelegt wird.

¹⁰⁶⁶ Dass der Umgang mit als unüblich oder unangenehm empfundenen Fakten (bspw. Kopftuch in Schule) immer wieder rechtlich nicht haltbare Reaktionen nach sich zieht, veranschaulicht auch BGE 139 I 280, in welchem das Bundesgericht in Bezug auf zwei Schülerinnen aus dem Kanton Thurgau das Verbot des Tragens eines Kopftuches gestützt auf eine weite Auslegung der anwendbaren Schulordnung zu beurteilen hatte. Es kam zum Schluss, dass das Verbot des Tragens des Kopftuches aus religiösen Gründen weder auf einer ausreichend bestimmten Gesetzesgrundlage beruhe noch von der Regelungskompetenz der Schule abgedeckt sei. Ebenso wenig könne es aus dem Neutralitätsgebot der öffentlichen Schule selbst (Art. 15 Abs. 4 BV) abgeleitet werden. Die verfassungsmässigen Voraussetzungen für die Einschränkungen der Glaubens- und Gewissensfreiheit der beiden Schülerinnen seien demnach nicht gegeben (E. 5.6).

impliziten Überzeugung folgend, dass was nicht sein soll, auch nicht sein darf, führte die potentielle Gefährlichkeit von Ali und «Eszil» für diese dazu, dass die von ihnen besuchten Bildungsinstitutionen die massgeblichen rechtlichen Vorgaben derart weit über den Wortlaut gebogen haben, dass das als opportun erachtete Ziel, namentlich die Exklusion der potentiell gefährlichen Person, erreicht werden konnte, selbst wenn dafür eine Grundrechtsverletzung der Betroffenen in Kauf genommen werden musste.¹⁰⁶⁷

VIII. SCHLUSSFOLGERUNGEN ZU §7

1. Zum Akt der Kategorisierung als terroristischer Gefährder

Sowohl Art. 23e BWIS, die Botschaft zum PMT sowie die Ratsdebatten lassen offen, ab welchem *Zeitpunkt* eine Person als «terroristischer Gefährder» qualifiziert.¹⁰⁶⁸ Unberücksichtigt blieb auch, dass der *alleinige Akt der Kategorisierung* einer Person als terroristischer Gefährder stigmatisierend wirkt und einen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung darstellt.¹⁰⁶⁹ Der Rechtsschutz von (mutmasslichen) terroristischen Gefährdern kann durch die Beachtung ihrer persönlichkeitsrechtlichen Ansprüchen und der datenschutzrechtlichen Vorgaben in der künftigen Rechtsanwendung des 5. Abschnitts des BWIS zumindest

¹⁰⁶⁷ Nach Ansicht des Schreibenden reagierte die Universität Basel im Fall von Ali gar fast «panisch», indem sie ihm den Zugang zur Universität mittels abenteuerlicher, das Willkürverbot von Art. 9 BV verletzender Begründung verweigern wollte. Ebenso scheinen nach Ansicht des Schreibenden im Falle von «Eszil» die rechtlichen Voraussetzungen für den sofortigen Ausschluss als vorsorgliche Massnahmen mehr als fraglich.

¹⁰⁶⁸ Hierzu auch kritisch die UNO-SONDERBERICHTERSTATTER: «Il n'est pas clair si une personne peut contester sa désignation comme « terroriste potentiel » ou seulement les mesures résultant de cette désignation». UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. 13. Ähnlich auch MOHLER, Zweckerreichung, Rz 35. Das Gesagte gilt insbesondere auch für die Datenbearbeitungsgrundlage von Art. 23h. Vgl. hierzu in diesem Teil weiter vorne §7, VII, 3., B., a.). Ebenso bleibt u.a. unklar wie die von einer Datenbearbeitung betroffene Person vor der eigentlichen Kategorisierung von Fedpol «kategorisiert» wird und/oder wie die datenschutzrechtlichen Ansprüche der Betroffenen konkret umgesetzt werden sollen.

¹⁰⁶⁹ Zudem führ eine behördeninterne Kategorisierung bei öffentlichem Bekanntwerden zu einer Stigmatisierung der Person, was faktisch weitreichende Folgen auf deren Grundrechtsposition zeitigen kann. Vgl. hierzu vorne §7, VII, 4. Siehe dazu auch UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. 5 f.

etwas verbessert werden. Das Interesse an einem wirksamen Auskunftsrecht ist im Falle einer als terroristischer Gefährder kategorisierten Person besonders gewichtig, da diese Qualifikation selbst gemäss dem Gesetzgeber mit «prognostischen Unsicherheiten» verbunden und Verletzungen von Art. 13 Abs. 2 und 8 EMRK vom Gesetzgeber entsprechend ausdrücklich in Kauf genommen wurden. Dies gilt umso mehr, als dass die (unzutreffende) Kategorisierung einer Person als terroristischer Gefährder für die betroffene Person einen fortdauernd anhaftenden Makel begründet, welcher deren Ehrgefühl und soziales Ansehen in persönlichkeitsrechtsverletzender Weise beeinträchtigen und zudem ihr Alltagsleben beträchtlich erschweren kann.¹⁰⁷⁰ Fedpol wird in der künftigen Rechtsanwendung des 5. Abschnitt des BWIS im Einzelfall transparent erklären können müssen, welche Informationen, zu welchen Personen, zu welchem Zwecke und in welchen Informationssystemen bearbeitet wurden, wobei es die Auskunfts- und Berichtigungsrechte von (mutmasslichen) terroristischen Gefährdern zu wahren und allenfalls unkorrekt bearbeitete Daten von Amtes wegen zu berichtigen haben wird.

2. Folgen der fehlenden Terrorismusdefinition

A. Potentiell zirkuläre und allzu weite Gefährderdefinition

Nach Auffassung des Bundesrates¹⁰⁷¹ bestimmt der Begriff des «terroristischen Gefährders» den Kreis derjenigen Personen, welche Adressaten der präventiv-polizeilichen Massnahmen nach dem 5. Abschnitt BWIS werden können. Die in Art. 23e BWIS verwendeten Begriffe «terroristischer Gefährder» und «terroristische Aktivität» sind verknüpft: «wer in diesem Zusammenhang als Gefährder gilt, wird durch den Gehalt von <terroristisch> bestimmt»¹⁰⁷². In Anbetracht des Umstandes, dass weder das BWIS,

¹⁰⁷⁰ Aus Sicht einer beschwerdeführenden Person, welche von Fedpol als terroristischer Gefährder qualifiziert wurde, bedeutet dies, dass soweit das Vorliegen der Voraussetzungen zur Qualifikation bestritten wird, auf dem *öffentlich-rechtlichen Rechtsweg* eine Verletzung von Art. 10 Abs. 2 sowie Art. 13 Abs. 1 BV gerügt werden könnte.

¹⁰⁷¹ Botschaft PMT, BBl 2019 4783.

¹⁰⁷² Hierzu und zum nächsten Satz MOHLER, fehlende Konformität, Rz 26. Ähnlich äusserten sich auch die UNO-Sonderberichterstatter zu art. 23e: «Les experts rappellent que la notion de « terroristes potentiels » s'appuie sur celle d' « activités terroristes ». Par conséquent, la définition large et imprécise des « activités terroristes » affecte l'interprétation et l'application de tous les concepts et des mesures connexes et exacerbe les implications négatives potentielles pour les

die übrigen Bestimmungen des PMT noch die zugehörigen Materialien den Begriffsgehalt des Adjektivs «terroristisch» klären oder aus einer nachvollziehbaren Terrorismusdefinition ableiten, basiert die «Definition» des terroristischen Gefährders auf einem schwammig-zirkulären Begriffsverständnis von «terroristisch».¹⁰⁷³ Exemplarisch hierfür stehen die in der Botschaft zum PMT enthaltenen Beispiele für konkrete und aktuelle Anhaltspunkte nach Art. 23e BWIS. Sämtliche Beispiele referenzieren auf unbestimmte Rechtsbegriffe im Zusammenhang mit dem Adjektiv «terroristisch»¹⁰⁷⁴, ohne dass dem Adjektiv darin auch nur ansatzweise Konturen verliehen würden.¹⁰⁷⁵ Die Abwesenheit einer verbindlichen Umschreibung des in allen Beispielen erwähnten Begriffs «terroristisch» veranschaulicht, wie gross das Tatbestands- und Rechtsfolgeermessen der rechtsanwenden Behörden bei der Würdigung der konkreten und aktuellen Anhaltspunkte und mithin bei der Anwendung von Art. 23e BWIS sein wird. Nach Ansicht des Schreibenden sollte sich die Auslegung des Begriffes «terroristisch» in der künftigen Auslegung von konkreten und aktuellen Anhaltspunkten i.S.v. Art. 23e BWIS als Richtschnur an der (impliziten) strafrechtlichen Terrorismusdefinition von Art. 260^{ter} StGB orientieren.¹⁰⁷⁶

B. Fehlende Definition der terroristischen Aktivität

Die Art. 23e BWIS inhärente Prognose hat sich im Einzelfall in Bezug auf eine als gefährliche betrachtete Person zur Wahrscheinlichkeit der künftigen Verübung einer terroristischen Aktivität zu äussern. Die Behauptung des Bundesrates¹⁰⁷⁷, wonach die

droits de l'homme liées à la mise en œuvre du projet de loi». UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. 6.

¹⁰⁷³ So auch MOHLER, fehlende Konformität, Rz 26. Ähnlich auch UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. 2 f.

¹⁰⁷⁴ Bspw. «terroristische Bestrebungen», «terroristischer Inhalt», «terroristische Taten» oder «terroristische Gewalt». Siehe dazu Botschaft PMT, BBl 2019 4784 sowie die ausführlichere Besprechung der Beispiele weiter vorne § 7, V., 3., A.-E.

¹⁰⁷⁵ Hierzu und den nachfolgenden Zitaten aus der Botschaft PMT, BBl 2019 4784. Ausdrücklich zu Art. 23e BWIS auch die Menschenrechtsbeauftragte des Europarates: «L'absence de définition claire et précise ouvre la voie à une interprétation large faisant courir le risque d'ingérences excessives et arbitraires dans les droits de l'homme », vgl. EUROPARAT, Stellungnahme PMT, S. 1 f.

¹⁰⁷⁶ Ausführlicher zur impliziten strafrechtlichen Terrorismusdefinition nach Art. 260^{ter} StGB weiter vorne § 6, II.

¹⁰⁷⁷ Vgl. zur Behauptung Botschaft PMT, BBl 2019 4783.

Definition der terroristischen Aktivität i.S.v. Art. 23e Abs. 2 unverändert aus Art. 19 Abs. 2 lit. a NDG übernommen worden sei, ist als unpräzise abzulehnen. Art. 19 Abs. 2 NDG beinhaltet einzig eine Aufzählung an konkreten Bedrohungen für die innere und äussere Sicherheit der Schweiz, welche besondere behördliche Auskunftspflichten begründen können, wozu gemäss lit. a. auch «terroristische Aktivitäten» zählen. Art. 19 Abs. 2 lit. a NDG stellt somit keine Legaldefinition dar, was selbst in der Botschaft zum NDG ausdrücklich festgehalten wurde.¹⁰⁷⁸ Art. 23e Abs. 2 BWIS basiert daher weder auf der «Definition» von Art. 19 Abs. 2 NDG noch auf einer anderweitigen Terrorismusdefinition, sondern auf einer vagen Umschreibung einer konkreten Bedrohung, welche im nachrichtendienstlichen Bereich Informationspflichten zu Gunsten des NDB rechtfertigen kann. Im Unterschied zu Art. 19 NDG sieht der 5. Abschnitt des BWIS jedoch zahlreiche Massnahmen vor, welche aktiv in die Grundrechte von terroristischen Gefährdern eingreifen und auf deren aktive Mitwirkung bauen, weshalb die undifferenzierte Übertragung der im Zusammenhang mit den Auskunftspflichten nach Art. 19 NDG formulierten «terroristischen Aktivität» auf den 5. Abschnitt des BWIS zumindest problematisch erscheint.¹⁰⁷⁹

C. Allzu weitreichende Umschreibung der terroristischen Aktivität

Basierend auf dem Wortlaut von Art. 23e Abs. 2 BWIS lässt sich die terroristische Aktivität unterteilen in das von den tatbegehenden Personen gewählte *Ziel*¹⁰⁸⁰, namentlich die Beeinflussung oder Veränderung der staatlichen Ordnung, und die zur Zielerreichung eingesetzten *Tathandlungen*¹⁰⁸¹, die «Begehung oder der Androhung von schweren Straftaten» oder die «Verbreitung von Furcht und Schrecken». Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die konkrete Ausgestaltung von Art. 23e Abs. 2 BWIS sehr weit

¹⁰⁷⁸ Siehe dazu Botschaft NDG, BBl 2014 2158.

¹⁰⁷⁹ Zudem ist im Unterschied zu Art. 19 Abs. 2 NDG im Falle von Art. 23e BWIS keine konkrete Bedrohung der inneren Sicherheit, sondern lediglich konkrete und aktuelle Anhaltspunkte für die künftige Ausübung einer terroristischen Aktivität erforderlich, womit die Anwendungsvoraussetzung im BWIS gegenüber der NDG-Bestimmung herabgesetzt ist. Vgl. dazu auch MOHLER, fehlende Konformität, Rz 36.

¹⁰⁸⁰ Dazu ausführlicher weiter vorne §7, IV., 2., A.

¹⁰⁸¹ Dazu ausführlicher weiter vorne §7, IV., 2., B.

gefasst ist und die Anzahl an Verhaltensweisen, welche als terroristische Aktivitäten qualifiziert werden können, tendenziell überhöht, was insbesondere die nachfolgenden Kritikpunkte verdeutlichen.¹⁰⁸²

Soweit dem *Ziel* der «Beeinflussung der staatlichen Ordnung» in der künftigen Rechtsanwendung ein kausal weitreichendes Begriffsverständnis zugrunde gelegt wird, werden davon auch politische und zivilgesellschaftliche Aktivitäten erfasst, da diese per se auf eine Beeinflussung der staatlichen Ordnung abzielen.¹⁰⁸³ Die Umschreibung der eine terroristische Aktivität begründenden *Tathandlungen* ist u.a. deswegen weitreichend, da bereits die geplante Androhung von «schweren Straftaten» als solche gilt, zumal «schwere Straftaten» nirgends konturiert werden und daher von der verfügenden Behörde nach Gutdünken ausgelegt werden könnten. Die Auslegung des Begriffs der «schweren Straftat» sollte nach Ansicht des Schreibenden in der künftigen Rechtsanwendung von Art. 23e Abs. 2 BWIS auf Konstellationen beschränkt sein, in denen die erstellten Anhaltspunkte auf die Androhung oder geplante Begehung von sog. «Gewaltverbrechen»¹⁰⁸⁴ hindeuten, wodurch der Anwendungsbereich von Art. 23e BWIS eher auf den Terrorismuskontext reduziert würde.¹⁰⁸⁵ Kritisch zu sehen ist nach Ansicht des Schreibenden auch, dass als Tathandlung die «Verbreitung von

¹⁰⁸² So könnte bspw. der nachfolgende Post einer Corona-Skeptikerin aus der Schweiz auf Facebook: «Ich glaube, mit friedlichen Demos und Liebe werden wir das nicht stoppen können. Ich bin zwar gegen Gewalt. Aber das Böse wird immer gewinnen, wenn sich das Gute nicht wehrt. Wehren wir uns!» als eine beabsichtigte Beeinflussung der staatlichen Ordnung i.S.v. Art. 23e Abs. 2 BWIS ausgelegt werden. Zum leicht adaptierten Originalbeispiel <https://www.blick.ch/news/schweiz/corona-skeptikerin-melanie-kolic-29-bedraengte-daniel-koch-in-der-kirche-wir-werden-nicht-ernst-genommen-id16082416.html>.

¹⁰⁸³ Nämliche Bedenken äusserten auch die UNO-SONDERBERICHTERSTATTER: «Les experts signalent en particulier que les actes que cherchent à influencer ou à modifier l'ordre étatique peuvent englober une série de comportements qui ne sont pas de nature terroriste». UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme PMT, S. 4.

¹⁰⁸⁴ «Unter Gewaltverbrechen versteht man mit Freiheitsstrafen von mehr als drei Jahren bedrohte Delikte mit physischen Einwirkungen auf Menschen oder Sachen. Gemeint sind Delikte gegen Leib und Leben, Raub, Erpressung, Freiheitsberaubung, Entführung, Geiselnahmen sowie gemeingefährliche Delikte wie Brandstiftung oder Sprengstoffdelikte.» FIOLKA, in: Niggli/Wiprächiger, Art. 260^{quinquies} Rz 25 (m.w.H.). Hierzu weiter vorne §7, IV, 2., B., b.).

¹⁰⁸⁵ Zur fehlenden selbstständigen Anwendbarkeit der Tathandlung der Verbreitung von Furcht und Schrecken weiter vorne §7, IV, 2., B., c.).

Furcht und Schrecken» ausreichend sein soll,¹⁰⁸⁶ da dadurch der in straf- und internationalrechtlichen Terrorismusdefinitionen¹⁰⁸⁷ übliche Gewaltbezug wegfällt, wodurch der potentielle Anwendungsbereich von Art. 23e BWIS im Hinblick auf die künftige Rechtsanwendung zusätzlich ausgeweitet wird. Schliesslich bleibt auch unter Beizug der Materialien unklar, ob bei der Würdigung der Tathandlungen nach Art. 23e Abs. 2 BWIS einzig die subjektiven Absichten der Person massgeblich sind oder ob dabei auch die Potentialität der Tathandlung zur beabsichtigten Beeinflussung der staatlichen Ordnung mitberücksichtigt werden muss. In Berücksichtigung der Materialien, in Vornahme einer historischen Auslegung von Art. 23e Abs. 2 BWIS sowie zwecks Vermeidung einer allzu weitreichenden Anwendungsbereichs von Art. 23e Abs. 2 BWIS wird Fedpol im Einzelfall unter Vornahme einer objektivierten und prognostischen Betrachtungsweise konkret darzulegen haben, weshalb aufgrund der erstellten Anhaltspunkte Tathandlungen befürchtet werden, die in Berücksichtigung ihrer Potentialität zu einer illegalen Beeinflussung der staatlichen Ordnung bzw. zu einer Gefährdung der inneren Sicherheit der Schweiz geeignet sind. Aus den vorstehenden Ausführungen resultiert der nachfolgende, nach Ansicht des Schreibenden, vereinfachte und verbesserte Definitionsvorschlag von terroristischen Aktivitäten:

Als terroristische Aktivität gelten ernsthafte Bestrebungen zur unrechtmässigen Beeinflussung der staatlichen Ordnung, die durch die Begehung oder Androhung von Gewaltverbrechen begünstigt werden sollen.

3. Fehlendes Grundrechtsbewusstsein bei Prognosestellung

Dass der Gesetzgeber rund um die prognostische Qualifikation einer Person als terroristischen Gefährder keinerlei Ausführungen zur Prognosemethodik und zum anwendbaren Beweismassstab macht, ist im Hinblick auf eine grundrechtskonforme künftige Rechtsanwendung von Art. 23e BWIS an und für sich bereits bedenklich. Kommt hinzu, dass der Bundesrat selbst festhält, dass Einschätzungen «erfahrungsgemäss mit prognostischen Unsicherheiten»¹⁰⁸⁸ verbunden seien. Stossend ist hierbei nicht die an eine selbsterfüllen-

¹⁰⁸⁶ Hierzu weiter vorne §7, IV., 2., B.

¹⁰⁸⁷ Hierzu ausführlicher weiter vorne § 6, II.

¹⁰⁸⁸ Botschaft PMT, BBl 2019 4784.

de Prophezeiung erinnernde Erwähnung der «prognostischen Unsicherheiten» an sich, sondern deren selbstverständliche Hinnahme als «fait accompli», ohne dass die Rechtsposition der fälschlicherweise betroffenen Person vom Bundesrat auch nur ansatzweise Beachtung finden würde.¹⁰⁸⁹ Auch unter Beizug der Botschaft bleibt völlig unklar, wie die Erstellung von möglichst korrekten Gefährlichkeitsprognosen sichergestellt werden soll, inwieweit (falsch positive) Gefährlichkeitsprognosen einer wirksamen Kontrolle unterliegen und welche Ansprüche und Rechtsfolgen eine (falsch positive) Gefährlichkeitsprognose begründen.¹⁰⁹⁰ Die in dieser Botschaftspassage zum Ausdruck gebrachte Haltung des Bundesrat veranschaulicht treffend wie «*grundlegend grundentrechtet*»¹⁰⁹¹ ein terroristischer Gefährder in den Augen des Gesetzgebers sein soll und darf. Fedpol wird sich als verfügende Behörde in der künftigen Rechtsanwendung von Art. 23e BWIS daher im Einzelfall auch zur Methodik der Prognose und dem anwendbaren Wahrscheinlichkeitsmassstab zu äussern haben, da andernfalls eine sachgerechte Anfechtung bzw. gerichtliche Überprüfung der Gefährlichkeitsprognose gar nicht möglich ist.

4. Prüfschema zur Anwendung von Art. 23e BWIS

Unter Berücksichtigung der geringen Normdichte von Art. 23e BWIS und dem damit verbundenen Risiko der Überhöhung¹⁰⁹² der Anzahl an terroristischen Gefährdern sollten

¹⁰⁸⁹ Gänzlich unerwähnt lässt die Botschaft dabei u.a., welche unmittelbare Erschwerungen und damit verbunden mittelbaren Eingriffe in zahlreiche weitere Grundrechte der Betroffenen die (unzutreffende) Qualifikation einer Person als terroristischen Gefährder bewirkt. Hierzu ausführlicher §7, VII.

¹⁰⁹⁰ Nach Ansicht des Schreibenden drängt sich gar der Eindruck auf, dass von Seiten des Gesetzgebers im Zusammenhang mit terroristischen Gefährdern nicht einmal der Anspruch nach einer möglichst grundrechtskonformen Praxis der Gefährlichkeitsprognose besteht. Eine unzutreffende Qualifikation einer Person als terroristischen Gefährder kann datenschutz- und persönlichkeitsrechtlichen Ansprüche begründen, was jedoch unerwähnt bleibt. Hierzu ausführlicher weiter hinten §7, VII, 1. und 2.

¹⁰⁹¹ Mit «Grundentrechtung» sind die zuvor erwähnten, vom Gesetzgeber unberücksichtigt gelassenen, grundrechtlichen Aspekte gemeint, welche nach Ansicht des Schreibenden einer faktischen «Entrechtung» der Grundrechte der Betroffenen führen. Diese Tendenz erinnert stark an den u.a. von SCHMITT und DEPENHEUER propagierten Umgang mit «Feinden». Dazu vorne §1, II, 3.

¹⁰⁹² Auf Seiten von Fedpol bewirkt eine zahlenmässige Überhöhung einen unerwünschten Fokusverlust sowie eine «Routinisierung». Zudem wird gemäss VEST auch das Risiko von Fehleinschätzungen erhöht, indem «in der Masse von sympathisierenden Mitläufern wirklich gefährliche

die Anwendungsvoraussetzungen von Art. 23e BWIS in der künftigen Rechtsanwendung im Sinne der nachfolgenden Prüfschritte¹⁰⁹³ einer *engen Auslegung* unterzogen werden.

A. **1. Schritt: Tatsächliche Erstellung und Beurteilung der Anhaltspunkte**

In einem ersten Schritt hat Fedpol, die in Bezug auf eine konkrete natürliche Person bestehenden *Anhaltspunkte* für die künftige Ausübung einer terroristischen Aktivität in tatsächlicher Hinsicht *zu erstellen* und sodann zu beurteilen, ob diese konkret (a.) und aktuell (b.) sind:

a.) **Bestehen konkrete Anhaltspunkte?**

Inhalt	Behördliche Vorgehensweise ¹⁰⁹⁴
Konkrete Anhaltspunkte haben die Frage nach dem erforderlichen <i>Beweismass</i> und der <i>Konturierung des Risikos</i> im Gefahrenvorfeld zum Gegenstand. Sich im Gefahrenvorfeld befindliche Anhaltspunkte für die künftige Ausübung einer terroristischen Aktivität sind nur dann ausreichend konkret, wenn diese beweismässig erstellt sind, weil sie auf erhärteten Tatsachen beruhen, die auf ein bestimmtes Verhalten des mutmasslichen terroristischen Gefährders hindeuten.	– Die verfügende Behörde muss die behauptete problematische <i>Verhaltensweise</i> mittels geeigneter objektiver und subjektiver Beweismittel <i>belegen</i> können. – Die verfügende Behörde muss die erstellte <i>Verhaltensweise</i> mittels geeigneter objektiver und subjektiver Beweismittel der betroffenen Person <i>zweifelsfrei zuordnen</i> können.

Personen gerade nicht identifiziert werden – oder dem ausgeworfenen Netz aufgrund vordergründig angepassten Verhaltens von vornherein entgehen» könnten. Siehe VEST, S. 327.

¹⁰⁹³ Zur Erhöhung des praktischen Nutzens werden die in den jeweiligen Prüfschritten zu prüfenden Aspekte in Frageform dargestellt. Im «Inhaltsfeld» werden jeweils relevante und unzureichend geklärte Aspekte vorgestellt und gegebenenfalls mit Verbesserungsvorschlägen ergänzt. Im Feld «Behördliche Vorgehensweise» werden die aus den «Inhaltsfeldern» resultierenden Anforderungen an die behördliche Begründungspflicht und die gebotene behördliche Vorgehensweise formuliert.

¹⁰⁹⁴ Soweit die verfügende Behörde im Einzelfall die nachfolgenden Aspekte zu begründen nicht im Stande ist, handelt es sich nicht um einen konkreten Anhaltspunkt i.S.v. Art. 23e Abs. 1 BWIS, weshalb diesfalls die Anwendbarkeit der Bestimmung sowie weitere Prüfschritte entfallen.

b.) Sind die konkreten Anhaltspunkte aktuell?

Inhalt	Behördliche Vorgehensweise ¹⁰⁹⁵
Die Beurteilung der Aktualität der erstellten und vorgängig als konkret beurteilten Anhaltspunkte beschlägt <i>zeitliche Aspekte</i> in zweifacher Hinsicht: Retrospektiv: Die sich aus der erstellten Verhaltensweise abgeleiteten, auf erhärteten Tatsachen beruhenden, Anhaltspunkte dürfen <i>nicht zu weit in der Vergangenheit liegen</i>. Prospektiv: Die sich aus der erstellten Verhaltensweise abgeleiteten, auf erhärteten Tatsachen beruhenden, Anhaltspunkte müssen auf die Ausübung einer terroristischen Aktivität in naher Zukunft schliessen lassen, was eine <i>zeitliche Konturierung</i> des befürchteten Risikos mit sich bringt. Die erstellten aktuellen Anhaltspunkte müssen daher soweit konkretisiert sein, dass diese in Vornahme einer prognostischen Würdigung (dazu B.) eine Rechtsgutverletzung in überschaubarer Zeit nahelegen.	– In Bezug auf <i>zurückliegende Tatsachen</i> muss die verfügende Behörde hinreichend <i>begründen</i>, weshalb diese Anhaltspunkte <i>zum Verfügungszeitpunkt noch von sicherheitsrechtlicher Relevanz</i> sind. Die Anforderungen an die Begründungsdichte der Aktualität sind umso höher anzusetzen, je weiter ein bestimmter Anhaltspunkt in der Vergangenheit zurückliegt. – In <i>prospektiver Hinsicht</i> muss die Behörde in der Lage zu begründen sein, weshalb die Anhaltspunkte darauf hindeuten, dass es eher in <i>überschaubarer Zeit/naher Zukunft</i> zur Ausübung von terroristischen Aktivitäten kommen könnte.

¹⁰⁹⁵ Soweit die verfügende Behörde die nachfolgenden Aspekte im Einzelfall nicht begründen kann, handelt es sich nicht um aktuelle Anhaltspunkte i.S.v. Art. 23e Abs. 1 BWIS, weshalb diesfalls die Anwendbarkeit von Art. 23e BWIS sowie weitere Prüfschritte entfallen.

B. 2. Schritt: Prognostische Beurteilung der Anhaltspunkte

a.) Überblick

Inhalt	Behördliche Vorgehensweise ¹⁰⁹⁶
Die im Einzelfall erstellten Anhaltspunkte sind in einem zweiten Schritt einer prognostischen Beurteilung zu unterziehen. <i>Gegenstand der Prognose</i> ist, ob die erstellten Anhaltspunkte die Annahme der künftigen Ausübung einer terroristischen Aktivität zu rechtfertigen vermögen.¹⁰⁹⁷ Art. 23e BWIS sowie die dazugehörigen Botschaftspassagen lassen etliche Fragen unbeantwortet, die es in der künftigen Rechtsanwendung zu klären gilt [für Vorschläge dazu nachfolgend b.) – e.)]. Namentlich, ob die aufgrund der erstellten Anhaltspunkte <i>befürchtete Verhaltensweise</i> überhaupt eine <i>terroristische Aktivität</i> darstellt (dazu b. und c.). Auch die <i>Methodik</i> der Prognosestellung ist unklar, wobei in jedem Einzelfall eine gewichtende <i>Gesamtwürdigung</i> erforderlich ist (dazu d.). Dabei ist auch der auf die Prognose anwendbare <i>Wahrscheinlichkeitsmassstab</i> unklar. Nach Ansicht des Schreibenden ist der Erlass von Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS nur dann gerechtfertigt, wenn das vom mutmasslichen terroristischen Gefährder ausgehende Risiko als «beachtlich» zu qualifizieren ist (dazu e.).	– Die verfügende Behörde hat im Zuge der Prognosestellung unter Beachtung der nachfolgend näher ausgeführten Prüfschritte das im Einzelfall befürchtete <i>Verhalten</i> zu konturieren (dazu b.) und zu begründen, weshalb dieses Verhalten eine <i>terroristische Aktivität</i> i.S.v. Art. 23e Abs. 2 BWIS darstellt (dazu c.). – Zudem hat die verfügende Behörde eine gewichtende <i>Gesamtwürdigung</i> aller im Einzelfall erstellten konkreten und aktuellen Anhaltspunkte vorzunehmen (dazu d.), wobei der Erlass von Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS nur dann gerechtfertigt ist, wenn in Bezug auf einen mutmasslichen terroristischen Gefährder von einem «<i>beachtlichen Risiko</i>» der Ausübung einer terroristischen Aktivität auszugehen ist (dazu e.).

¹⁰⁹⁶ Soweit die verfügende Behörde im Einzelfall die nachfolgend erwähnten Aspekte nicht rechtsgenügend begründen kann, rechtfertigen die erstellten konkreten und aktuellen Anhaltspunkt die Annahme der Ausübung einer künftigen terroristischen Aktivität i.S.v. Art. 23e Abs. BWIS nicht.

¹⁰⁹⁷ In der Botschaft wird als Prognosegegenstand fälschlicherweise die «künftige Deliktsbegehung» erwähnt, was mit dem insofern klaren Wortlaut von Art. 23e BWIS nicht zu vereinbaren ist, da dieser eindeutig «terroristische Aktivitäten» als Prognosegegenstand vorsieht.

b.) (Wie) lässt sich die befürchtete terroristische Aktivität im Einzelfall konturieren?

Inhalt	Behördliche Vorgehensweise ¹⁰⁹⁸
Als Rechtssubjekt ist der (terroristische) Gefährder dogmatisch im Gefahrenvorfeld anzusiedeln. Entsprechend sind auch die in der Botschaft beispielhaft genannten Anhaltspunkte weit im Gefahrenvorfeld angesiedelt, womit eine polizeirechtliche Gefahr gerade noch nicht eingetreten sein kann und daher auch das Wann, Wie und Wo der befürchteten polizeilichen Gefahr bzw. terroristischen Aktivität noch nicht klar konturierbar ist. Zur Vermeidung einer überhöhten Anzahl an von Massnahmen des 5. Abschnittes des BWIS betroffenen terroristischen Gefährdern ist es dennoch zwingend notwendig, dass Fedpol einerseits die erstellten Anhaltspunkte im Einzelfall möglichst konkret umschreibt (dazu vorstehend A.). Andererseits hat Fedpol gestützt auf die erstellten Anhaltspunkte eine kausale prognostische Aussage über die konkret befürchtete <i>Art von Verhaltensweise</i> und das damit verbundene befürchtete <i>Schadensausmass</i> zu treffen. Dadurch wird das sich im Gefahrenvorfeld befindliche und von Fedpol behauptete Risiko zumindest ansatzweise konturiert.	– Basierend auf den erstellten Anhaltspunkten... (bspw. heruntergeladene Bombenbaupläne, mehrfaches Auskundschaften von Reiseverbindungen in ein Konfliktgebiet, einschlägige Unterhaltungen in den sozialen Netzwerken einer gemäss ausländischen Nachrichtendiensten als mutmasslicher Terrorist geltenden Person zwecks «Besuch» in der Schweiz, Verständnisäusserung für einen Terroranschlag auf Facebook, Bestellung von 1000 Koranen über Amazon) – ... hat die verfügende Behörde einzelfallweise, plausibel und <i>nachvollziehbar darzulegen</i>, in und durch welche <i>konkreten Verhaltensweisen</i> sich das befürchtete <i>Risiko</i> der Ausübung einer terroristischen Aktivität manifestieren könnte und mit welchem <i>Schadensausmass</i> dabei zu rechnen ist.. (bspw. drohender Anschlag, bevorstehende Ausreise in Konfliktgebiet, geplante Förderung des illegalen Aufenthaltes oder der Durchreise eines potenziellen Terroristen, geplante illegale Koranverteilung)

¹⁰⁹⁸ Soweit die verfügende Behörde im Einzelfall gestützt auf die erstellten Anhaltspunkte nicht im Stande ist, die befürchtete Verhaltensweise zumindest ansatzweise nachvollziehbar zu konturieren, rechtfertigt sich die Anwendung von Art. 23e Abs. BWIS nicht.

Inhalt	Behördliche Vorgehensweise
	– Zumindest hat die verfügende Behörde einzelfallweise jedoch nachvollziehbar darzulegen, weshalb sich die befürchtete Aktivität innerhalb einer überschaubaren als konkrete Rechtsgutverletzung manifestieren könnte.

c.) Handelt es sich bei der konkret befürchteten Verhaltensweise um eine terroristische Aktivität?

Inhalt	Behördliche Vorgehensweise ¹⁰⁹⁹
Die terroristische Aktivität i.S.v. Art. 23e BWIS lässt sich in das von der Person verfolgte <u>Ziel</u> und die zur Zielerreichung eingesetzten <u>Tat-handlungen</u> unterteilen Ziel: Das Ziel ist die beabsichtigte <i>Beeinflussung oder Veränderung der staatlichen Ordnung</i>, wobei eine Beeinflussung der staatlichen Ordnung einer Veränderung ebendieser zwingend vorgelagert ist und daher der Variante der Veränderung keine eigenständige Bedeutung zukommt.	– Die verfügende Behörde muss gestützt auf die erstellten Anhaltspunkte begründen können, inwiefern die befürchtete, konkrete Verhaltensweise des mutmasslichen Gefährders auf die <i>Beeinflussung</i> der staatlichen Ordnung <i>abzielt</i> bzw. dazu potentiell überhaupt geeignet sein soll.

¹⁰⁹⁹ Soweit die verfügende Behörde im Einzelfall zum Schluss kommt oder zu begründen nicht in der Lage ist, dass die befürchtete Verhaltensweise (k)eine terroristische Aktivität i.S.v. Art. 23e Abs. BWIS darstellt, fällt eine Anwendung von Art. 23e BWIS aufgrund des Wortlautes dieser Bestimmung ausser Betracht.

Inhalt	Behördliche Vorgehensweise
<u>Tathandlung (Teil 1):</u> Als Tathandlung nennt Art. 23e Abs. 2 BWIS u.a. die (beabsichtigte) Begehung oder die (beabsichtigte) Androhung der Begehung einer «schweren Straftat». Der Begriff der «schweren Straftat» ist in der Systematik des StGB unüblich und wird auch in der Botschaft nicht näher ausgeführt. Die Auslegung des Begriffs der «schweren Straftat» sollte nach Ansicht des Schreibenden in der künftigen Rechtsanwendung zur Vermeidung einer allzu extensiven Auslegung von Art. 23e Abs. 2 BWIS auf die beabsichtigte Androhung oder Ausübung von «Gewaltverbrechen»¹¹⁰⁰ beschränkt sein.¹¹⁰¹ Eignung der Tathandlung (Teil 2): Allen Tathandlungen ist gemeinsam, dass diese die beabsichtigte Beeinflussung der staatlichen Ordnung <i>begünstigen</i> oder <i>verwirklichen</i> müssen, wobei die weiter gefasste Begünstigung einer allfälligen Verwirklichung vorgelagert ist, weshalb letzterer Variante keine eigenständige Bedeutung zukommt. Im Übrigen legt insbesondere eine historische Auslegung von Art. 23e Abs. 2 BWIS nahe, dass die <i>Potentialität der befürchteten</i>	– Die verfügende Behörde hat darzulegen, inwieweit es sich bei der <i>befürchteten Verhaltensweise</i> um eine der in Art. 23e Abs. 2 BWIS genannten <i>Tathandlungen</i> handelt. – Soweit die Anwendung von Art. 23e Abs. 2 mit der Tathandlung der (hinreichend erstellten) beabsichtigten <i>Begehung</i> oder der beabsichtigten Androhung einer «schweren Straftat» begründet wird, muss der Begriff der «schweren Straftat» von Fedpol einheitlich ausgelegt werden. Diesfalls sollte lediglich die beabsichtigte Verübung oder Androhung eines «Gewaltverbrechens» als «schwere Straftat» i.S.v. Art. 23e Abs. 2 BWIS gelten. – Die verfügende Behörde hat unter Vornahme einer <i>objektivierten Betrachtungsweise</i> darzulegen, inwieweit die befürchtete Verhaltensweise bzw. die beabsichtigten Tathandlungen in ihrer <i>Potentialität</i> zur Begünstigung der <i>Beeinflussung der staatlichen Ordnung</i> geeignet sind.

¹¹⁰⁰ Ausführlicher zum Begriff des Gewaltverbrechens FN 697 sowie weiter vorne im Zusammenhang mit der Definition von terroristischen Aktivitäten §7, IV., 2., B.

¹¹⁰¹ Die Tathandlung der geplanten Androhung einer «schweren Straftat» beschränkt den Anwendungsbereich der alternativen Tathandlung von Art. 23e Abs. 2 BWIS, der «Verbreitung von

Inhalt	Behördliche Vorgehensweise
<i>Verhaltensweise</i> bzw. der zur Zielerreichung <i>mutmasslich geplanten Tathandlung</i> bei der Qualifikation der Verhaltensweise als «terroristisch» zumindest mitzuberücksichtigen ist. Die beabsichtigte bzw. gemäss Prognose befürchtete Verhaltensweise muss daher unter Vornahme einer objektivierten Betrachtung zu einer Beeinflussung der staatlichen Ordnung zumindest ansatzweise geeignet sein, um im Einzelfall als Tathandlungen i.S.v. Art. 23e Abs. 2 BWIS erfasst werden zu können.	

d.) Was ist in methodischer Hinsicht bei der Prognosestellung zu beachten?

Inhalt	Behördliche Vorgehensweise ¹¹⁰²
Die Botschaft zum PMT enthält keinerlei hilfreiche Hinweise, wie die Prognose zur künftigen Ausübung einer terroristischen Aktivität gestützt auf erstellte Anhaltspunkte im Einzelfall durchzuführen sein wird. Die Botschaft erwähnt einzig, dass die Prognose gestützt auf das bisherige Verhalten der Person zu erfolgen habe. Zur	– Die Verfügende Behörde muss im Einzelfall die <i>Methodik</i> der Prognosestellung <i>offenlegen</i>, da andernfalls eine sachgerechte Überprüfung von Beginn weg über Gebühr erschwert wird.

Furcht und Schrecken», wesentlich, da (objektiv begründete) Furcht und Schrecken ohne Androhung einer (schweren) Straftat kaum verbreitet werden können.

¹¹⁰² Soweit die verfügende Behörde im Einzelfall die nachfolgenden Aspekte nicht berücksichtigt oder zu begründen im Stande ist, rechtfertigt sich die Anwendung von Art. 23e BWIS nicht, da diesfalls die Anzahl der von Art. 23e BWIS betroffenen Personen potentiell überhöht sein könnte.

Inhalt	Behördliche Vorgehensweise
Vornahme einer möglichst zuverlässigen und korrekten Prognose sollten neben dem konkret als Anhaltspunkt dienenden Verhalten der Person (bspw. geäußerte Einstellung, soziales Umfeld, Vorstrafen) soweit bekannt jedoch auch alle weiteren Anhaltspunkte, wie etwa die Persönlichkeit (Charaktereigenschaften), die gesundheitliche Situation (physische und psychische Verfassung) sowie weitere einzelfallspezifische Umstände in eine <i>prognostische Gesamtwürdigung</i> einbezogen werden.	– In prognosemethodischer Sicht sollte die Behörde im Sinne einer <i>gewichtenden Gesamtwürdigung</i> sämtliche verfügbaren Umstände und Informationen, welche Aufschluss über die befürchtete Ausübung einer terroristischen Aktivität geben könnten, berücksichtigen. – Im Rahmen dieser gewichtenden <i>Gesamtwürdigung</i> muss die verfügende Behörde auch die im Einzelfall erstellten Anhaltspunkte nachvollziehbar und einzelfallweise gewichten. Je «weiter» die bestehenden Anhaltspunkte (bspw. Liken von terroristischen Inhalten in den sozialen Medien, blosse Verständnisäusserung) kausal von der Ausübung der befürchteten terroristischen Aktivität entfernt sind, desto höhere Anforderungen sind an eine nachvollziehbare und kausal plausible Begründung zu stellen.¹¹⁰³

¹¹⁰³ Hierzu ausführlicher weiter vorne §7, VI, 3., B., wonach bei der Würdigung der Anhaltspunkte neben der kausalen Nähe auch das Schadensausmass der befürchteten terroristischen Aktivität berücksichtigt werden sollte.

e.) **(Ab) wann rechtfertigen erstellte Anhaltspunkte die Annahme der künftigen Ausübung einer terroristischen Aktivität?**

Inhalt	Behördliche Vorgehensweise ¹¹⁰⁴
Methodisch schweigt sich die Botschaft zur zentralen Frage aus, welcher <i>Wahrscheinlichkeitsmassstab</i> beim Vorliegen von aktuellen und konkreten Anhaltspunkten die prognostische <i>Annahme</i> der künftigen Ausübung von terroristischen Aktivitäten zu <i>rechtfertigen vermag</i>. Zur Eindämmung einer ausufernden Anwendung von Art. 23e BWIS rechtfertigt es sich, dass die gewichtete Gesamtwürdigung aller Anhaltspunkte auf ein «<i>beachtliches Risiko</i>» der künftigen Ausübung von terroristischen Aktivitäten schliessen lassen muss. Ein «<i>beachtliches Risiko</i>» resp. eine «<i>konkrete Wahrscheinlichkeit</i>» liegt erst dann vor, wenn in Würdigung der Anhaltspunkte die Ausübung einer künftigen terroristischen Aktivität wahrscheinlicher ist als deren Gegenteil und die Wahrscheinlichkeit der Ausübung folglich mindestens bei 50% liegt.	– Im Rahmen der Gesamtwürdigung der erstellten Anhaltspunkte hat die verfügende Behörde ein «<i>beachtliches Risiko</i>» / «<i>eine konkrete Wahrscheinlichkeit</i>» der Verwirklichung der befürchteten terroristischen Aktivitäten darzulegen, indem sie einzelfallweise aufzeigt, dass die gewichteten Anhaltspunkte als «<i>Gesamtbündel</i>» den Schluss zulassen, dass die Ausübung der befürchteten terroristischen Aktivität überwiegend wahrscheinlich / resp. wahrscheinlicher als deren Gegenteil ist. – Den Beweis und die Begründung des Vorliegens eines «<i>erheblichen Risikos</i>» sowie der damit zusammenhängenden mutmasslichen Gefährlichkeit der Person hat die verfügende Behörde zu erbringen, da der mutmassliche terroristische Gefährder seine eigene Ungefährlichkeit als negative Tatsache gar nicht beweisen kann.

¹¹⁰⁴ Soweit die verfügende Behörde im Einzelfall die nachfolgenden Aspekte nicht berücksichtigt oder zu begründen im Stande ist, rechtfertigt sich die Anwendung von Art. 23e BWIS nicht, da diesfalls die Anzahl der potentiell von Art. 23e BWIS betroffenen Personen potentiell überhöht sein könnte.

§ 8 GEGEN TERRORISTISCHE GEFÄHRDER GERICHTETE BWIS-MASSNAHMEN

I. FÜR SÄMTLICHE BWIS-MASSNAHMEN GELTENDE VORAUSSETZUNGEN

1. Geteilte Zuständigkeiten

In der Schweiz wird die Terrorismusbekämpfung als gemeinsame Aufgabe von Bund, Kantonen und Gemeinden verstanden, die einer *umfassenden Koordination* sowie *neuer Kooperationsformen* bedarf.¹¹⁰⁵ Der damit verbundene erhebliche Koordinations- und Kooperationsbedarf zeigt sich exemplarisch in den Abläufen rund um den Erlass von Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS (nachfolgend: BWIS-Massnahmen), welche auf *geteilten Antrags-, Verfügungs- und Vollzugszuständigkeiten* basieren.

A. Verfügungs- und Vollzugszuständigkeit

Im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren liegt die Zuständigkeit zur Überprüfung der Anordnungsvoraussetzungen und zur eigentlichen *Verfügung der BWIS-Massnahme(n)* gemäss Art. 23f Abs. 1 i.V.m. Art. 23j Abs. 1 BWIS bei *Fedpol*. Eine richterliche Genehmigung der von Fedpol verfügten BWIS-Massnahme(n) ist dabei grundsätzlich¹¹⁰⁶ nicht erforderlich, was auf teils erhebliche Kritik gestossen ist.¹¹⁰⁷ In einem offenen Brief an das Parlament äusserten etwa über 60 universitäre Rechtsexpert:innen ihre Bedenken, dass die BWIS-Massnahmen, abgesehen von der Eingrenzung auf eine Liegenschaft, «sofort und ohne vorgängige richterliche Kontrolle in Kraft» treten sowie, dass Fedpol wegen seiner «Rolle im Verfahren und ihres gesetzlichen Auftrags als polizeiliche

¹¹⁰⁵ Siehe Strategie Terrorismusbekämpfung, BBL 2015 7487; BUNDESRAT, SIPOL 2016, BBI 2016 7877; Botschaft PMT, BBI 2019 4767.

¹¹⁰⁶ Einzig in Bezug auf die Massnahmen der Eingrenzung auf eine Liegenschaft nach Art. 23o f. BWIS sieht Art. 23p Abs. 1 BWIS eine richterliche Genehmigung vor. Hierzu ausführlicher §8, II., 6.

¹¹⁰⁷ Im Rahmen der Vernehmlassung stiess die Anordnungscompetenz von Fedpol von Seite der Kantone überwiegend auf Zustimmung. Eine kritische Minderheit der Kantone befürchtet u.a. «eine Übersteuerung der kantonalen oder kommunalen Fallführung». Botschaft PMT, BBI 2019 4768.

Behörde» «die notwendigen Bedingungen, um die Wahrung der Grundrechte der betroffenen Person ausreichend sicherzustellen», nicht erfüllen würde.¹¹⁰⁸ In Bezug auf die Anordnungscompetenz von Fedpol bleibt u.a. unklar, ob dieses an die beantragten Massnahmen «gebunden» ist oder ob Fedpol stattdessen auch vom Antrag abweichende BWIS-Massnahmen verfügen darf.¹¹⁰⁹

Der *Vollzug und die Kontrolle der Einhaltung der BWIS-Massnahmen* obliegt gemäss Art. 23r Abs. 1 BWIS den *Kantonen*.¹¹¹⁰ Die im Einzelfall zuständige Kantonspolizei hat den Vollzug gestützt auf kantonales Polizeirecht zu gewährleisten.¹¹¹¹ Im Rahmen der Vernehmlassung¹¹¹² äusserten sich verschiedene Kantone kritisch zu den absehbaren Vollzugskosten. Diesen finanziellen Bedenken trägt nunmehr Abs. 2 Rechnung, indem dieser die Leistung von Amts- und Vollzugshilfe durch Fedpol vorsieht. Abs. 3 ermächtigt die für den Vollzug der BWIS-Massnahmen zuständigen Behörden polizeilichen Zwang und polizeiliche Massnahmen anzuwenden.¹¹¹³ Im Rahmen des Vollzugs von

¹¹⁰⁸ Siehe zu diesem Satz sowie den darin enthaltenen Wortzitaten Offener Brief, S. 2. Abrufbar unter <https://www.amnesty.ch/de/laender/europa-zentralasien/schweiz/dok/2020/antiterror-gesetz-aushoehlung-des-rechtsstaates/pmt-offener-brief.pdf>. Privativ und die Universität Bern kritisierten im Vernehmlassungsverfahren zum PMT die fehlende richterliche Genehmigung der Massnahmen, vgl. Fedpol, PMT-Vernehmlassungsergebnisse, S. 16. Ebenso UNO-Sonderberichterstatter, Stellungnahme zum PMT, S. 13; Europarat, Stellungnahme PMT, S. 2. Kritisch zur Anordnungscompetenz von Fedpol hinten §8, III., 2., C. und 4., C.

¹¹⁰⁹ Nach Ansicht des Schreibenden spricht der Umstand, dass die antragsstellende kantonale oder kommunale Behörde gemäss Subsidiaritätsprinzip zur Gefahrenabwehr im Bereich der inneren Sicherheit originär zuständig ist für eine «Bindung» von Fedpol an die beantragten Massnahmen.

¹¹¹⁰ Das Gesagte gilt nach Art. 23r Abs. 1 BWIS unter Vorbehalt der eigenständigen Vollzugscompetenz von Fedpol im Bereich der Ausreiseverbote (vgl. Art. 23n BWIS).

¹¹¹¹ Vgl. ZUMSTEG, Rz 15; ZIMMERLIN, S. 196, wonach sich die kantonalen Vollzugsbehörden nicht auf das BWIS berufen dürfen.

¹¹¹² 19 Kantone (AR, AI, BE, BL, FR, GE, GL, JU, LU, NE, NW, OW, SG, SO, SZ, TI, UR, VD, VS) und 6 Organisationen (KKJPD, sgV, SVS, SVSP, SSV, ICJ) thematisierten die finanziellen Auswirkungen für die vollziehenden Kantone und Gemeinden, insbesondere den erheblichen personellen und finanziellen Mehraufwand für die Kantone und Städte. Vgl. FEDPOL, PMT-Vernehmlassungsergebnisse, S. 11 f.

¹¹¹³ Für die Bundesbehörden gelangt das ZAG (SR 364) zur Anwendung. Für kantonale Polizeibehörden gelangen die einschlägigen Polizeigesetze zur Anwendung. Siehe Botschaft PMT, BBl 2019 4786. Aus Sicht der Praxis kritisch und die Notwendigkeit der Anpassung kantonalen Polizeierlasse an die Vorgaben des PMT prophezeiend, ZIMMERLIN, S. 196.

BWIS-Massnahmen kann eine weitere Herausforderung im Umstand erblickt werden, dass die im Einzelfall zuständigen kantonalen oder kommunalen Behörden die (offen formulierten) Voraussetzungen des 5. Abschnitts des BWIS im Rahmen ihres Ermessens rechtsgleich anwenden werden.¹¹¹⁴

B. Antrags- und Anhörungsrecht

Der im Einzelfall zuständigen kommunalen oder kantonalen Behörde¹¹¹⁵ und dem NDB vermittelt Art. 23i Abs. 1 BWIS ein *Antragsrecht* zum Erlass von BWIS-Massnahmen.¹¹¹⁶ Gemäss Art. 23i Abs. 2 BWIS hat die antragstellende Behörde im Einzelfall darzulegen, weshalb die gesetzlichen Voraussetzungen von Art. 23e BWIS erfüllt sind, wobei sich diese im Antrag auch zur Art der beantragten Massnahmen, deren Dauer und Vollzug zu äussern hat.¹¹¹⁷ Gemäss Wortmeldung von Bundesrätin Keller-Sutter bedarf jede BWIS-Massnahme eines «ausführlich begründeten Antrages», aus welchem sich klar ergeben müsse, weshalb von der Person eine Gefahr ausgehe.¹¹¹⁸ Dieser begründete Antrag gleiche «einem Amtsbericht», wobei Fedpol «auch sämtliche Unterlagen zu übermitteln» seien, auf welche sich der Antrag stützt, zumal «jede Verfügung einer PMT-Massnahme eingehend zu begründen» sei.

¹¹¹⁴ In diesem Zusammenhang wäre es nach Ansicht des Schreibenden ratsam, wenn Fedpol Empfehlungen formulieren würde, die auf einen möglichst rechtsgleichen kantonalen Vollzug der BWIS-Massnahmen zielen würden.

¹¹¹⁵ Zuständig ist im Einzelfall derjenige Kanton, in welchem sich der terroristische Gefährder regelmässig aufhält. Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4790.

¹¹¹⁶ Der Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips verpflichtet, weist sich der Bund im Bereich der Terrorismusbekämpfung eine koordinierende und unterstützende Rolle zu. Zur Untermauerung dieser These bemüht der Bundesrat in der Botschaft zum PMT den Umstand, dass (neben dem NDB) einzig die im Bereich der inneren Sicherheit originär kompetenten Kantone zur Beantragung von BWIS-Massnahmen berechtigt seien. Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4767; ZUMSTEG, Rz 14. Dass aber umgekehrt das Subsidiaritätsprinzip durch das Antragsrecht des NDB ausgehöhlt wird, bleibt indes unerwähnt. Vgl. dazu auch MOHLER, Zweckerreichung, Rz 21.

¹¹¹⁷ Vgl. Art. 23i Abs. 2 BWIS. Ausführlicher Botschaft PMT, BBl 2019 4789 f.

¹¹¹⁸ Siehe zu diesem und dem nachfolgenden Satz sowie den darin enthaltenen Wortzitate die Wortmeldung Karin Keller-Sutter, Sommersession Nationalrat, AB 2020, S. 1125 f.

Art. 23j Abs. 1 BWIS räumt der nicht antragsstellenden, aber gemäss Art. 23j Abs. 1 BWIS antragsberechtigten Behörde, ein vorgängiges *Anhörungsrecht* ein.¹¹¹⁹ Das Anhörungsrecht trägt dem Umstand Rechnung, dass sich kantonale Massnahmen zur Gefahrenabwehr und nachrichtendienstliche Massnahmen zur Informationsgewinnung ohne einzelfallweise Koordination gegenseitig torpedieren können.¹¹²⁰ Welche Tragweite dem Anhörungsrecht nach Art. 23j Abs. 1 BWIS zukommt und welcher Mechanismus im Falle der Uneinigkeit zwischen der antragsstellenden und anhörungsberechtigten Behörde greift, bleibt auch unter Beizug der Botschaft unbeantwortet. Es stellt sich insbesondere die Frage, inwieweit der anhörungsberechtigten Behörde eine Beschwerdelegitimation zukommt, wenn diese mit der (Nicht-)Verfügung von BWIS-Massnahmen nicht einverstanden sein sollte.¹¹²¹

2. Beachtung der Subsidiarität und Komplementarität

Art. 23f Abs. 1 BWIS statuiert, dass gegenüber terroristischen Gefährdern präventivpolizeiliche Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS (nachfolgend: BWIS-Massnahmen) verfügt werden können, sofern die in Art. 23f Abs. 1 lit. a-c BWIS erwähnten Voraussetzungen erfüllt sind.¹¹²² Obwohl sich dies aus dem Gesetzestext nicht ausdrücklich ergibt, sollen gegen einen terroristischen Gefährder gleichzeitig auch mehrere

¹¹¹⁹ Soweit Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS von einer kantonalen oder kommunalen Behörde beantragt werden, hört Fedpol demnach vorgängig den NDB an; et vice-versa. Im Vorentwurf zum PMT war dahingegen lediglich ein *Anhörungsrecht des NDB* vorgesehen (vgl. Art. 23g VE-BWIS). Im Zuge der Vernehmlassung forderten drei Kantone die vorgängige Zustimmung (BE) bzw. ein Anhörungsrecht (TG) bzw. eine stärkere Mitwirkung bei der Entscheidung (ZH), vgl. FEDPOL, PMT-Vernehmlassungsergebnisse, S. 16. Letztlich wurde wohl aufgrund dieser Voten das Anhörungsrecht auf die Kantone ausgeweitet und erst dadurch der bestehenden Kompetenzverteilung im Bereich der inneren Sicherheit zumindest ansatzweise Rechnung getragen.

¹¹²⁰ Vgl. auch ZIMMERLIN, S. 197.

¹¹²¹ Ausführlicher dazu sowie zum Rechtsschutz und der *unklaren prozessualen Bedeutung des Anhörungsrechtes* weiter hinten §8, III., 2., B.

¹¹²² Als *negative Anordnungsvoraussetzung* erwähnt die Botschaft in Bezug auf Art. 23f BWIS, dass einzig eine radikale Gesinnung nicht ausreiche, da das «Anliegen der Terrorismusbekämpfung nicht missbräuchlich vorgeschoben werden dürfe, um bestimmte Meinungen, Einstellungen und Überzeugungen zu unterdrücken». Botschaft PMT, BBl 2019 4785. Die in der Botschaft erwähnten Beispiele für «konkrete und aktuelle Anhaltspunkte» erwähnen indes auch blosse Meinungsäusserungen. Hierzu ausführlicher weiter vorne §7, V.

BWIS-Massnahmen angeordnet werden dürfen.¹¹²³ Die BWIS-Massnahmen stehen *subsidiär* und *komplementär* zu den in Art. 23f Abs. 1 lit. a-c BWIS genannten Massnahmen.¹¹²⁴ Aus diesem Grund hat Fedpol in jedem Einzelfall zu prüfen und begründen, weshalb neben den in Art. 23f Abs. 1 lit. a – c BWIS vorgesehenen Massnahmen, auf welche nachfolgend unter A. – C. eingegangen wird, zusätzlich die Anordnung einer oder mehrerer BWIS-Massnahmen erforderlich¹¹²⁵ sein soll.

A. Soziale und integrative Massnahmen

Das PMT fusst auf dem Grundsatz, wonach einer Radikalisierung primär mit sozialen, integrativen oder therapeutischen NAP-Massnahmen¹¹²⁶ begegnet werden soll.¹¹²⁷ Entsprechend hat Fedpol vor der Anordnung einer BWIS-Massnahme gestützt auf Art. 23f Abs. 1 lit. a BWIS zu prüfen, ob der von einem terroristischen Gefährder «ausgehenden Gefährdung» mittels sozialer, integrativer oder therapeutischer Massnahmen wirksam begegnet werden kann.¹¹²⁸ Ebenso hat Fedpol vor dem Erlass von BWIS-Massnahmen gestützt auf Art. 23f Abs. 1 lit. a BWIS zu prüfen, ob zivilrechtliche Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzes eine wirksame Eindämmung der Gefährdung bewirken könnten.¹¹²⁹ Die Anordnung der subsidiären BWIS-Massnahmen kommt nur dann in Betracht, wenn sich die in lit. a erwähnten Massnahmen im Einzelfall als *nicht*

¹¹²³ Botschaft PMT, BBl 2019 4785.

¹¹²⁴ Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4785. Aus dem Umstand, dass die BWIS-Massnahmen subsidiär und komplementär zu den in Art. 23f Abs. 1 lit. a-c BWIS erwähnten Massnahmen stehen, resultiert nach Ansicht des Schreibenden *eine (implizite) Koordinationspflicht* zwischen Fedpol und den für die Anordnung der in Art. 23f Abs. 1 lit. a-c BWIS vorgesehenen Massnahmen jeweils zuständigen Behörden. Vgl. dazu auch ZUMSTEG, Rz 13 f.

¹¹²⁵ Zur Erforderlichkeit i.S.v. Art. 36 Abs. 3 BV weiter hinten §8, I., 5., C.

¹¹²⁶ Ausführlicher zum NAP als Teil der Schweizerischen Strategie zur Terrorismusbekämpfung weiter vorne §5, II., 1., A.

¹¹²⁷ Siehe Botschaft PMT, BBl 2019 4785. Dazu auch MOHLER, Zweckerreichung, Rz 9 ff.

¹¹²⁸ Botschaft PMT, BBl 2019 4785. Mit integrativen Massnahmen dürften die in Art. 53 ff. AIG und der VIntA vorgesehenen Massnahmen gemeint sein. Dazu ausführlicher MOHLER, Zweckerreichung, Rz 5 ff., 43 ff.

¹¹²⁹ Die zum Schutz hilfsbedürftiger Personen erlassenen Normen des Kindes- und Erwachsenenschutz lassen sich als Massnahmen der Eingriffsverwaltung qualifizieren, wobei dieses trotz ihres öffentlich-rechtlichen Charakters aufgrund ihrer Einordnung im ZGB als formelles Zivilrecht betrachtet werden. Vgl. dazu KUHN, S. 218 (m.w.H.).

ausreichend wirksam erweisen, weil sie bspw. «unzulässig, unmöglich oder zum von Beginn weg erfolglos sind»¹¹³⁰. Diese unzureichende Wirksamkeit der an sich prioritären Massnahmen nach lit. a ist von Fedpol in jedem Einzelfall nachvollziehbar darzulegen.¹¹³¹ Überdies hat Fedpol in einem nächsten Schritt argumentativ darzulegen, inwieweit die anzuordnende(n) BWIS-Massnahme(n) eher geeignet sein soll(en), um der «Gefährdung» wirksam begegnen zu können.

B. Kantonale Massnahmen der Gefahrenabwehr

Art. 23f Abs. 1 lit. b BWIS trägt der Kompetenzverteilung im Bereich der inneren Sicherheit Rechnung, wonach die Gefahrenabwehr primär eine kantonale Aufgabe darstellt.¹¹³² Fedpol hat im Einzelfall zu prüfen und darzulegen, ob gefahrenabwehrende polizeiliche Massnahmen gestützt auf kantonales Polizeirecht ergriffen wurden und weshalb diese gegebenenfalls nicht ausreichend sein sollen, um der vom mutmasslichen terroristischen Gefährder ausgehenden Gefährdung beizukommen. Die in der Botschaft zum PMT vertretene pauschale Auffassung, wonach es in Bezug auf die meisten Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS auf kantonaler Ebene «keine direkt vergleichbaren Rechtsgrundlagen» gäbe, ist jedenfalls ohne jeweilige Einzelfallprüfung als verkürzt abzulehnen.¹¹³³ In Anbetracht der behördlichen Begründungspflicht sollte Fedpol in jedem Einzelfall die bestehenden Rechtsgrundlagen des jeweils zuständigen Kantones nennen und deren mögliche Anwendbarkeit im Einzelfall sorgfältig prüfen. Überdies wird Fedpol in einem weiteren Schritt argumentativ aufzuzeigen haben, inwiefern eine oder mehrere BWIS-Massnahme(n) eher geeignet sind, um der vom terroristischen Gefährder ausgehenden Gefährdung wirksam begegnen zu können.

¹¹³⁰ Hierzu sowie zum nächsten Satz vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4785 f. In dieser Konstellation ist zudem *Art. 23f Abs. 2 BWIS* zu beachten, welcher immer dann greift, wenn soziale, therapeutische oder integrative Massnahmen für sich nicht (ausreichend) wirksam sind. Diesfalls hat die zuständige kantonale oder kommunale Stelle deren *komplementäre Anordnung* zu prüfen. Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4787.

¹¹³¹ Hierzu kritisch MOHLER, Zweckerreichung, Rz 12: «Ein Massstab, ob diese sozialen Massnahmen voraussichtlich als nicht wirksam beurteilt werden können, besteht nicht».

¹¹³² Zur Kompetenzverteilung im Bereich der inneren Sicherheit vorne §4, II., 2. Vgl. dazu auch ZIMMERLIN, S.190. Gemäss Bundesrat zielen die Massnahmen nach Art. 23k-23q BWIS «nicht auf die Verdrängung, sondern die Ergänzung und Unterstützung der kantonalen Massnahmen». Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4786. Grundsätzlich kritisch MOHLER, Zweckerreichung, Rz 16 ff.

¹¹³³ Siehe Botschaft PMT, BBl 2019 4778.

C. Strafprozessuale Zwangs- oder Ersatzmassnahmen

Die zwischen dem polizeilichen Gefahrenabwehrrecht und der Strafverfolgung koordinierende Bestimmung von Art. 23f Abs. 1 lit. c BWIS bezweckt die Vermeidung von Doppelspurigkeiten.¹¹³⁴ Gestützt auf Art. 23f Abs. 1 lit. c BWIS¹¹³⁵ hat Fedpol im Einzelfall zu prüfen, ob ein mutmasslicher terroristischer Gefährder *zugleich Beschuldigter* in einem Strafverfahren ist. Soweit dies der Fall ist, hat Fedpol festzustellen, ob und falls ja, welche Ersatzmassnahmen oder freiheitsentziehenden Zwangsmassnahmen nach der StPO¹¹³⁶ im Einzelfall angewendet wurden und welche *Wirkungen*¹¹³⁷ diese entfalten. Infolgedessen hat Fedpol zu begründen, worin im jeweiligen Einzelfall die erforderliche spezifische Wirkung der anzuordnenden BWIS-Massnahmen liegt und weshalb diese (ausnahmsweise) auch während eines laufenden Strafverfahrens erforderlich sein soll.

3. Persönlicher Geltungsbereich

Die Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS (nachfolgend: BWIS-Massnahmen) können gemäss Art. 24f Abs. 1 BWIS nur gegen natürliche Personen verfügt werden, welche vorgängig gestützt auf Art. 23e BWIS als terroristische Gefährder kategorisiert wurden *und* die das 12. Altersjahr vollendet haben.¹¹³⁸ Im Falle der besonders grund-

¹¹³⁴ Botschaft PMT, BBl 2019 4787. Grundsätzlich kritisch MOHLER, Zweckerreichung, Rz 19.

¹¹³⁵ Gemäss dieser Bestimmung haben sich Fedpol und die zuständige Staatsanwaltschaft im Einzelfall abzusprechen, ob durch die Anordnung von BWIS-Massnahmen gewichtige Interessen der Strafverfolgung beeinträchtigt werden könnten. Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4786.

¹¹³⁶ Vgl. die Art. 196 ff. StPO.

¹¹³⁷ Entgegen dem Gesetzeswortlaut wird in der Botschaft mit dem Zweck (und nicht der Wirkung) der Massnahme argumentiert, wonach die strafprozessualen Massnahmen primär der Durchführung des Strafverfahrens und der Verhinderung einer Flucht-, Kollusions-, Wiederholungs- oder Ausführungsgefahr dienen würden und entsprechend *nicht den gleichen Zweck* verfolgen wie die auf die «Vorbeugung terroristischer Gefährdungen» (korrekt: Verhinderung terroristischer Aktivitäten) gerichteten BWIS-Massnahmen. Diese Argumentation würde jedoch einen eigentlichen Freipass zur Anordnung von BWIS-Massnahmen schaffen, was nach Ansicht des Schreibenden in Anbetracht des Subsidiaritätsprinzips klar abzulehnen ist.

¹¹³⁸ Siehe dazu auch CONINX, Terrorismusbekämpfung, S. 193. Ausführlicher zum «Hausarrest» weiter hinten §8, II., 6.

rechtsintensiven Eingrenzung auf eine Liegenschaft nach Art. 230 f. BWIS sieht Abs. 2 eine *untere Altersgrenze* von mindestens 15 Jahren vor.¹¹³⁹

A. Umstrittene Altersgrenze

Die *Notwendigkeit* der tiefen Altersgrenze von 12 bzw. 15 Jahren wird in der Botschaft mittels anekdotischer Hinweise auf wenige Einzelfälle begründet, wonach die jüngsten schweizerischen Jihadreisenden zum Ausreisezeitpunkt 15 bzw. 16 Jahre alt gewesen seien, in Frankreich ein 13-jähriger IS-Anhänger kurz vor der Verübung eines Anschlages gestanden sei und in Deutschland eine 15-jährige IS-Sympathisantin einen Polizisten in den Hals gestochen habe.¹¹⁴⁰ Der Umstand, dass Art. 24f BWIS Kinder¹¹⁴¹ zu Adressaten von BWIS-Massnahmen macht, gab im Rahmen der parlamentarischen Debatte¹¹⁴² und des Vernehmlassungsverfahrens zum PMT Anlass zu (inter-)nationaler Kritik. Die SP vertrat etwa die Ansicht, dass BWIS-Massnahmen nur gegenüber Erwachsenen angeordnet werden sollten, da im Falle von minderjährigen Gefährdern in der Zuständigkeit der KESB liegende Kinderschutzmassnahmen zu ergreifen seien.¹¹⁴³ Die Grüne Partei Schweiz sowie verschiedene zivilgesellschaftliche Organisationen sprachen sich im Rahmen der Vernehmlassung zum PMT für eine Streichung der Bestimmung oder eine Anhebung der Altersgrenze aus, da sie die Kompatibilität der Massnahmen mit den Vorgaben der für die Schweiz verbindlichen Kinderrechtskonvention (KRK) hinterfragten.¹¹⁴⁴ In aller

¹¹³⁹ Eingehend und interessant zur Eingrenzung nach Art. 230 f. BWIS auf eine Liegenschaft im Falle von Kindern ALTWEGG, S. 6 ff.

¹¹⁴⁰ Botschaft PMT, BBl 2019 4802.

¹¹⁴¹ Nach Art. 1 KRK gilt jede Person als Kind, welche das 18. Altersjahr noch nicht vollendet hat.

¹¹⁴² «Was die Beratung betrifft, so gibt es im Prinzip zwei Punkte, bei denen Minderheiten bestehen und damit Diskussionsbedarf. Der eine ist die Massnahme der Eingrenzung auf eine Liegenschaft, der andere ist die Altersgrenze für die Massnahmen, die in diesem Gesetz vorgesehen sind. Das sind die beiden wesentlichen Punkte.» Siehe Frühjahressession Ständerat 2020, Wortmeldung Daniel Jositsch, AB 2020, S. 83. Konkret wollte die «Minderheit I (Marti Min Li) die Altersgrenzen für die allgemeinen Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus auf 14 Jahre und für Hausarrest auf 18 Jahre hinaufsetzen; die Minderheit II (Porchet) wollte die Altersgrenzen für alle PMT-Massnahmen auf 18 Jahre hinaufsetzen.» Siehe AB 2020, S. 1122.

¹¹⁴³ Vgl. zu diesem und dem nächsten Satz FEDPOL, PMT-Vernehmlassungsergebnisse, S. 25.

¹¹⁴⁴ Siehe zur Altersgrenze auch die Diskussion im Ständerat, in der Frühjahressession 2020, in welcher die Mehrheit der Kommission die Auffassung vertrat, dass diese Massnahmen bereits bei

Deutlichkeit äusserte sich auch die MENSCHENRECHTSBEAUFTRAGTE DES EUROPARATES kritisch: «Enfin, je suis tout particulièrement préoccupée par l'application envisagée de ces mesures de police à des enfants (...). Ce type de mesure, qui s'appliquerait en-dehors du système de justice pour mineurs et sans garanties juridiques appropriées, ne donne pas suffisamment l'assurance d'un cadre adapté aux enfants»¹¹⁴⁵. In einem offenen Brief an das Parlament erwähnten auch über 60 universitäre Rechtsexpert:innen ihre Bedenken, dass die dem «PMT zugrunde liegende präventiv-repressive, auf den Ausschluss ausgerichtete Philosophie (...) im Widerspruch zur UN-Kinderrechtskonvention (stehe)» und «diese Massnahmen nur schwer mit dem übergeordneten Interesse des Kindeswohls in Einklang zu bringen» seien.¹¹⁴⁶ Dabei bezeichneten die Rechtsexpert:innen den Umstand, dass «diese Problematik in der Botschaft des Bundesrats nicht vertieft behandelt wurde» als «besorgniserregend».

Die vorstehend erwähnte und weit verbreitete Kritik an der in Art. 24f BWIS vorgesehenen Altersgrenze ist im Lichte von Art. 11 BV¹¹⁴⁷ und den sich aus der KRK für die Schweiz ergebenden Verpflichtungen¹¹⁴⁸ nachvollziehbar. Als «zentrales Leitmotiv»¹¹⁴⁹ sieht Art. 3 KRK vor, dass das Kindeswohl bei sämtlichen staatlichen Massnahmen von

Jugendlichen ab 12. Jahren greifen müssen, wobei die Minderheit Zopfi nur gegen Erwachsene zur Anwendung bringen wollte. Vgl. AB 2020, S. 90 ff.

¹¹⁴⁵ MENSCHENRECHTSBEAUFTRAGTE DES EUROPARATES; Europarat, Stellungnahme PMT, S. 2. Ähnlich UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. 11 ff. Siehe auch *Philip D. Jaffé*, Mitglied des KRK-Ausschusses sowie *Jean Zermatten*, ehemaliger Präsident des KRK-Ausschusses, erblickten im Umstand, dass es Polizeibehörden mit dem 5. Abschnitt des BWIS ermöglicht wird, Zwangsmassnahmen gegen 12-jährige Kinder zu ergreifen, eine Verletzung der KRK-Verpflichtungen. Artikel abrufbar unter <https://www.aargauerzeitung.ch/meinung/kommentare-aaz/anti-terror-gesetz-des-bundesrats-zu-viel-macht-fur-die-polizei-ld.1227682>. Siehe zum Ganzen auch die Debatte des Nationalrates in der Sommersession 2020, AB 2020, S. 1115 ff.

¹¹⁴⁶ Siehe zu diesem und dem folgenden Satz sowie den darin enthaltenen Wortzitaten Offener Brief, S. 3. Abrufbar unter <https://www.amnesty.ch/de/laender/europa-zentralasien/schweiz/dok/2020/antiterror-gesetz-aushoehlung-des-rechtsstaates/pmt-offener-brief.pdf>.

¹¹⁴⁷ Art. 11 BV vermittelt Kindern und Jugendlichen einen Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung. Hierzu ausführlicher statt vieler MÜLLER/SCHEFER, Art. 11 S. 801 ff. (m.w.H.).

¹¹⁴⁸ Die Schweiz hat die UN-Konvention über die Rechte des Kindes im Jahr 1997 ratifiziert. «Für die Schweiz als monistischer Staat gelten die Normen der KRK unmittelbar und ohne vorgängige Transformation ins nationale Recht.» ALTWEGG, S. 4 (m.w.H.).

¹¹⁴⁹ Siehe zu diesem Wortzitat sowie dem ganzen Satz ALTWEGG, S. 4.

Amtes wegen vorrangig zu berücksichtigen ist.¹¹⁵⁰ Nach Ansicht des Schreibenden kennzeichnet sich der 5. Abschnitt des BWIS durch ein unzureichendes Problembewusstsein für die Vulnerabilität und die besonderen Bedürfnisse von Kindern. Einerseits hätte die vorrangige Beachtung des Kindeswohls in der Anwendung des 5. Abschnitts des BWIS der guten Ordnung halber in Art. 24f BWIS ausdrücklich verankert werden sollen.¹¹⁵¹ Unbeachtet blieb vom Bundesrat zudem, dass bereits die blossе Kategorisierung eines Kindes als terroristischer Gefährder eine im Lichte von Art. 11 BV und Art. 3 KRK problematische *Stigmatisierung* nach sich zieht, welche geeignet ist, dessen Entwicklung zu gefährden, indem diesem u.a. diskriminierende Behandlung im privaten, schulischen und sozialen Kontext droht.¹¹⁵² Ein potentiell radikalisiertes Kind sollte nach Ansicht des Schreibenden aus dem seinem radikalisierenden Umfeld herausgeholt werden, wobei diesem dabei zugleich neue Perspektiven aufgezeigt werden sollten.¹¹⁵³ Gegenteilig bewirkt der 5. Abschnitt des BWIS eine potentielle Stigmatisierung dieser Kind sowie eine Einschränkung ihrer Freiheitsrechte und deren Recht auf Bildung, obwohl Bildung ein wichtiger präventiver Schutz vor Radikalisierung darstellt.¹¹⁵⁴ Die Anwendung des PMT auf Kinder könnte sich daher als kontraproduktiv erweisen, da die weitreichenden

¹¹⁵⁰ «Zudem gilt nach Auffassung des Kinderrechtsausschusses (KRA) und des Bundesgerichts, dass zumindest ein Teil der Rechte, darunter die Wahrung des Kindeswohls und die Rechte des Kindes im Freiheitsentzug, von den Schweizer Behörden und Gerichten direkt anwendbar sowie justiziabel sind.» ALTWEGG, S. 5 (m.w.H.).

¹¹⁵¹ Immerhin wird in der Botschaft betont, dass Art. 11 BV und die Rechte des Kindes zu wahren und in der Interessenabwägung vorrangig zu berücksichtigen seien. Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4802.

¹¹⁵² Vgl. auch UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. 12. Bedroht und in der Botschaft unberücksichtigt ist und blieb u.a. auch das in Art. 28 f. KRK statuierte Recht auf Bildung von Kindern. Zur Alltagserschwerungen durch die Kategorisierung vorne §7, VII., 4.

¹¹⁵³ Ähnlich auch die überzeugende Wortmeldung von Léonore Porchet, Nationalrat Sommersession 2020, AB 2020, S. 1120.

¹¹⁵⁴ So auch die UNO-SONDERBERICHTERSTATTER: «De ce fait, toute restriction en matière d'éducation peut avoir des conséquences négatives sur la prévention efficace de la violence et la polarisation au sein de la société. Dans ce contexte, les experts sont également préoccupés par les effets potentiels de la stigmatisation des mineurs, en raison de leur désignation possible comme « terroristes potentiels, » et des implications négatives sur les droits qui pourraient en découler, notamment une marginalisation plus importante et un traitement discriminatoire dans différents contextes sociaux». UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. 12.

BWIS-Massnahmen sich für das Kind eher wie eine Strafe anfühlen werden, welche dessen Radikalisierung tendenziell fördern könnte.¹¹⁵⁵

Weiter manifestiert sich das fehlende Problembewusstsein für die besonderen Bedürfnisse von Kindern im 5. Abschnitt des BWIS auch insbesondere in der *Abwesenheit von kindsspezifischen prozessualen Schutzbehelfen*.¹¹⁵⁶ Forderungen von auf Kinderrechte spezialisierten Fachorganisationen¹¹⁵⁷, wonach im Falle des Erlasses von BWIS-Massnahmen gegen Minderjährige in jedem Falle eine Meldung an die KESB zu erfolgen und ein unmittelbarer Anspruch auf Einsetzung einer Rechtsvertretung oder Vertrauensperson zu resultieren habe, wurden bspw. ohne nähere Begründung in den Wind geschlagen. Dies ist insbesondere deswegen verblüffend, da Art. 40 KRK gar Kindern in Strafverfahren eine Behandlung zusichert, welche u.a. «die Förderung des Gefühls des Kindes für die eigene Würde und den eigenen Wert» sowie die «soziale Wiedereingliederung» in den Vordergrund rückt.¹¹⁵⁸ Da bei mutmasslichen terroristischen Gefährdern ein strafprozessualer Verdacht gerade nicht gegeben, wäre der Inhalt von Art. 40 KRK für minderjährige mutmassliche terroristische Gefährder nach Ansicht des Schreibenden erst recht umzusetzen.¹¹⁵⁹ Hilfreiche Ausführungen dazu, wie die auf Gefahrenabwehr gerichteten BWIS-Massnahmen mit dem vorrangig zu beachtenden Kindeswohls nach

¹¹⁵⁵ Siehe dazu auch die Wortmeldungen von Min Li Marti und Bruno Walliser, Nationalrat Sommersession 2020, AB 2020, S. 1120 f.

¹¹⁵⁶ Gleicher Ansicht auch EUROPARAT, Stellungnahme PMT, S. 2.

¹¹⁵⁷ Vgl. die Forderungen der Kinderanwaltschaft Schweiz in FEDPOL, PMT-Vernehmlassungsergebnisse, S. 18-22 und 35.

¹¹⁵⁸ Ähnlich auch die überzeugende Wortmeldung von Léonore Porchet an der Sommersession 2020 des Nationalrates: «Dans notre pays, les enfants sont protégés par l'obligation que nous avons de respecter leur intérêt supérieur. Cet intérêt supérieur s'exprime avec le droit à l'éducation et à la réinsertion plutôt que la répression. Les enfants ne peuvent pas faire valoir leurs droits ici, en plénum, c'est donc à nous toutes et tous que revient la responsabilité de penser à leur futur et au respect de leurs droits. Avec cette loi, nous les foulons au pied. (...) Des enfants peuvent être des violeurs ou des assassins, mais il n'est pas compréhensible que pour des délits aussi graves, comme le viol ou le meurtre, des mesures adaptées à leur condition d'enfant soient à juste titre prévues, mais que ce respect de la condition particulière du mineur ne soit pas assuré lorsqu'on parle d'un enfant soupçonné, et seulement soupçonné, de terrorisme potentiel.» AB 2020, S. 1120.

¹¹⁵⁹ Gleicher Ansicht die UNO-SONDERBERICHTERSTATTER: «Ces considérations devraient, a fortiori, être applicables à l'égard des enfants dont le comportement n'a pas atteint le seuil du comportement criminel». UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. 13

Art. 3 KRK sowie den vorerwähnten Zielsetzungen vereinbar gemacht werden sollen, sucht man jedenfalls auch in der Botschaft und den Ratsdebatten vergeblich.¹¹⁶⁰

B. Vorgaben für die künftige Rechtsanwendung

Im Falle von minderjährigen mutmasslichen terroristischen Gefährdern scheint einerseits eine *erhöhte behördliche Begründungspflicht* sowie andererseits eine *besonders umfassende Interessensabwägung*, welche dem übergeordneten Kindesinteressen ausreichend Rechnung trägt, notwendigerweise angezeigt.¹¹⁶¹ Vor dem Erlass von BWIS-Massnahmen gegen Kinder wird Fedpol in der künftigen Rechtsanwendung in Beachtung von Art. 23f Abs. 1 lit. a BWIS darzulegen haben, welche sozialen, integrativen oder therapeutischen Massnahmen¹¹⁶² sowie welche Kindesschutzmassnahmen im Einzelfall bestehen und welche konkret und erfolglos zur Eindämmung der bestehenden Gefährdung angewendet wurden. In aller Regel dürften diese breit gefächerten Kindsschutzmassnahme ausreichend sein und der Erlass von BWIS-Massnahmen gegen Kinder sich im Einzelfall als nicht erforderlich resp. mit dem übergeordneten Kindesinteresse unvereinbar erweisen. Soweit sich der Erlass von BWIS-Massnahmen gegen Kinder in einem spezifischen Einzelfall dennoch als erforderlich erweisen sollte, hätte Fedpol, nach Ansicht des Schreibenden, zudem in stets eine Meldung an die zuständige KESB vorzunehmen und das betroffene Kind über den Anspruch auf Einsetzung einer Rechtsvertretung und/oder Vertrauensperson zu orientieren, da dadurch, analog zu Art. 40 KRK und den Vorgaben für Kinder in Strafverfahren, «das Gefühl des Kindes für die eigene Würde

¹¹⁶⁰ Vgl. Art. 40 Abs. 2 lit. b KRK. Im Rahmen der Vernehmlassung zum PMT brachte die NGO-Plattform Menschenrechte Schweiz in diesem Zusammenhang vor, dass die Altersgrenzen der Zielsetzung des Jugendstrafrechts zuwiderlaufen würden, welches in Art. 2 Abs. 1 JStG den «Schutz und die Erziehung» der Jugendlichen in den Vordergrund stellt. Vgl. Stellungnahme NGO-Plattform Schweiz.

¹¹⁶¹ Entsprechende ausdrückliche Zusicherungen machte die Bundesrätin Keller-Sutter gegenüber dem UNO-Hochkommissariat für Menschenrechte. Vgl. Bundesrat, Schreiben-KKS z.H. UNO Hochkommissariat für Menschenrechte, S. 1. Ähnlich äusserte sich Keller-Sutter bereits an der Frühjahrssession 2020 im Ständerat: «Es versteht sich aber auch von selbst, dass gerade bei Minderjährigen eine umfassende Interessenabwägung stattfinden muss, bevor eine Massnahme angeordnet werden kann und darf». Siehe dazu AB 2020, S. 92.

¹¹⁶² In Betracht kämen u.a. die Massnahmen 19 (Gezielte Interventionen bei Kindern und Jugendlichen, deren Sicherheit oder Entwicklung gefährdet ist oder sein könnte) oder 21 (Massnahmen zur Förderung des Ausstiegs und der Reintegration) des NAP. Ausführlicher zum NAP §5, III., 2., A. b.).

und den eigenen Wert» sowie die «soziale Wiedereingliederung» gefördert werden könnte. Schliesslich hätte Fedpol im Einzelfall auch zu begründen, inwiefern die angeordnete(n) BWIS-Massnahme mit Art. 3 KRK und Art. 11 BV zu vereinbaren sind.

4. Zeitlicher Geltungsbereich

A. Weites Ermessen bei der Massnahmedauer

Art. 23g Abs. 1 BWIS beschränkt die Dauer der Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS (nachfolgend: BWIS-Massnahmen) auf sechs Monate, dies unter Einräumung einer einmaligen Verlängerungsmöglichkeit, um wiederum maximal sechs Monate.¹¹⁶³ Die unbestimmte Formulierung von Abs. 1 gepaart mit dem Umstand, dass auch die Botschaft zum PMT offen lässt, welche Kriterien bei der Festlegung der Massnahmedauer relevant sein werden, erschweren die rechtsgleiche und mithin grundrechtskonforme künftige Ausgestaltung von BWIS-Massnahmen. Unter Berücksichtigung der gesetzlich festgelegten Maximaldauer vermittelt Art. 23g Abs. 1 BWIS Fedpol zur Festlegung der Massnahme- und Verlängerungsdauer unbeschränktes Ermessen. Zur Ermessenseinschränkung ist daher zwingend auf allgemeine Verhältnismässigkeitserwägungen zurückzugreifen, wonach sich die *Anforderungen an die Begründungsdichte* mit steigender Dauer der Massnahme erhöhen.¹¹⁶⁴ Fedpol wird demnach im Einzelfall darzulegen haben, weshalb eine geringere zeitliche Massnahmedauer zur Zielerreichung ungeeignet wäre bzw. weshalb die zu verfügende Massnahmedauer zur Zielerreichung erforderlich sein soll.

B. Erneute Massnahmenanordnung

Die gesetzliche Maximaldauer von Art. 23g Abs. 1 BWIS wird überdies durch Art. 23g Abs. 2 BWIS relativiert, wonach dieselbe Massnahme erneut angeordnet werden kann,

¹¹⁶³ Durch die gesetzliche Maximaldauer will der Bundesrat dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung tragen. Botschaft PMT, BBl 2019 4787. Die Dauer der Eingrenzung auf eine Liegenschaft liegt gemäss Art. 23g Abs. 1 i.V.m. Art. 23o Abs. 5 BWIS bei drei Monaten, wobei diese insgesamt zwei Mal bis auf eine Maximaldauer von neun Monaten verlängert werden darf. Zur kontroversen Diskussion im Ständerat, wo zum Teil eine längere andauernde Massnahmedauer gefordert wurde, siehe auch Ständerat, Frühjahressession 2020, AB 2020, S. 88 ff.

¹¹⁶⁴ Zur Verhältnismässigkeit und Erforderlichkeit in zeitlicher Hinsicht weiter hinten §8, I, 5., C.

wenn «*neue und konkrete*» Anhaltspunkte für eine terroristische Aktivität vorliegen. Zur Vermeidung der Umgehung der Maximaldauer von Abs. 1 wird das Vorliegen «neuer konkreter Anhaltspunkte» im Rahmen der künftigen Rechtsanwendung einer strengen Prüfung zu unterziehen sein. Die Botschaft erläutert dazu, dass «unter Hinweis auf neue Feststellungen zu begründen (ist), dass der Grund, der zur Anordnung der ursprünglichen Massnahme geführt hat, nach wie vor besteht oder neue Gründe vorliegen, welche den Schluss auf die Ausübung einer terroristischen Aktivität zulassen»¹¹⁶⁵. Diese Umschreibung ist als allzu weitgehend abzulehnen, da einerseits nicht ausgeführt wird, was unter «neuen Feststellungen» zu verstehen ist und andererseits die ursprünglich zur Anordnung von BWIS-Massnahmen dienenden konkreten und aktuellen Anhaltspunkte für die Anwendung von Abs. 2 für sich betrachtet nicht ausreichend sein können, selbst wenn der Grund «nach wie vor» bestehen sollte, da andernfalls die Maximalfrist von Art. 23g Abs. 1 BWIS unterminiert würde. Eine gestützt auf Art. 23g Abs. 2 BWIS erneute Anordnung derselben BWIS-Massnahme(n) kommt folglich nur dann in Betracht, wenn diese mit Anhaltspunkten begründet wird, welche *neu* sind, weil sie auf ein Verhalten der betroffenen Person zurückgehen, welches *nach dem Zeitpunkt der ursprünglich verfügbaren BWIS-Massnahmen* stattgefunden hat und dabei für sich betrachtet einen neuen konkreten und aktuellen Anhaltspunkt i.S.v. Art. 23e BWIS darstellt.

5. Beachtung von Art. 36 BV als allgemeine Anordnungsvoraussetzung

Die Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS (nachfolgend: BWIS-Massnahmen) haben gemäss Bundesrat «Beschränkungen von verschiedenen – in der Bundesverfassung und dem Völkerrecht garantierten – Grund- und Menschenrechten zur Folge»¹¹⁶⁶. In der Schweiz sind Grundrechtseinschränkungen lediglich unter Beachtung der in Art. 36 BV erwähnten Eingriffsvoraussetzungen zulässig.¹¹⁶⁷ Im Sinne einer *allgemeinen Anordnungsvoraussetzung* hat Fedpol daher vor dem Erlass von BWIS-Massnahmen in

¹¹⁶⁵ Botschaft PMT, BBl 2019 4788.

¹¹⁶⁶ Botschaft PMT, BBl 2019 4785.

¹¹⁶⁷ So auch ausdrücklich die Botschaft PMT, BBl 2019 4785.

jedem Einzelfall die Einhaltung der, nachfolgend unter A. – D. vorgestellten, Eingriffsvoraussetzungen i.S.v. Art. 36 BV zu prüfen.¹¹⁶⁸

A. Gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV)

a.) Normstufe und Eingriffsintensität

Gemäss Art. 36 Abs. 1 BV bedürfen Einschränkungen von Grundrechten einer gesetzlichen Grundlage, wobei schwerwiegende Einschränkungen in einem Gesetz im formellen Sinne umschrieben sein müssen. Die Grundrechte der BV beinhalten persönliche¹¹⁶⁹ und sachliche¹¹⁷⁰ *Schutzbereiche*, welche den Berechtigten bestimmte grundrechtliche Ansprüche vermitteln. Der Grundrechtseingriff wird als «staatliche Verkürzung von grundrechtlich vermittelten Ansprüchen»¹¹⁷¹ verstanden. Soweit im Einzelfall ein Grundrechtseingriff zu bejahen ist, stellt sich die Frage nach der *Eingriffsintensität*, welche es nicht abstrakt, sondern einzelfallweise und unter Berücksichtigung aller relevanten Aspekte, namentlich der Art und Dauer der Beeinträchtigung sowie der Implikationen für die betroffene Person, zu beurteilen gilt.¹¹⁷² Die BWIS-Massnahmen sind in einem Bundesgesetz, mithin einem Gesetz im formellen Sinne, umschrieben, weshalb dem Erfordernis des Rechtssatzes, selbst im Falle schwerer Grundrechtseingriffe, Genüge getan ist.¹¹⁷³

¹¹⁶⁸ Vgl. hierzu allgemein statt vieler KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, §9 (m.w.H.).

¹¹⁶⁹ «Wer kann sich auf ein bestimmtes Grundrecht berufen?»; TSCHANNEN, §7 Rz 82, 23 ff.

¹¹⁷⁰ «Welche Verhaltensweisen oder Lebenserscheinungen fallen mit welchen Rechtsfolgen unter ein bestimmtes Grundrecht?», TSCHANNEN, §7 Rz 82, 23 ff.

¹¹⁷¹ TSCHANNEN, §7 Rz 82, 23 ff; Ebenso SCHWEIZER, Art. 36 Rz 2. «Staatliche Verkürzungen» bzw. Eingriffe können aus dem Erlass von Verfügungen, von generell-abstrakten Erlassen oder aus Realakten resultieren. Vgl. dazu statt vieler EPINEY, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 36 Rz 15. Zur Bejahung einer «Verkürzung» ist jedenfalls erforderlich, dass die staatliche Freiheitsverkürzung im Sinne einer «Zwangseinwirkung» die Schutzbereiche von Grundrechtsansprüchen auf eine Weise verkürzt, welcher sich die betroffene Person nicht entziehen kann. Siehe EPINEY, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 36 Rz 16 (m.w.H.). Für ein detailliertes Prüfschema siehe KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, §9 Rz 147.

¹¹⁷² Vgl. SCHWEIZER, in: Ehrenzeller et al., Art. 36 Rz 19; EPINEY, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 36 Rz 14 (m.w.H.).

¹¹⁷³ Die Intensität der im 5. Abschnitt des BWIS vorgesehenen Grundrechtseingriffe wird indes in der künftigen Rechtsanwendung im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu berücksichtigen.

b.) Normdichte

Das *Erfordernis der genügenden Normdichte* verlangt nach einer hinreichenden Bestimmtheit und Klarheit von Rechtssätzen. Es zielt darauf ab, dass das staatliche Handeln für die Rechtsunterworfenen möglichst vorhersehbar, rechtsgleich und willkürfrei erfolgt.¹¹⁷⁴ Gemäss Bundesgericht muss ein Rechtssatz «so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann»¹¹⁷⁵. Die Anforderungen an die Normdichte hängen «unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidungen, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab»¹¹⁷⁶. Zwar stehen im Polizeirecht regelmässig schwere Grundrechtseingriffe zur Disposition stehen, jedoch gelten aufgrund «der Besonderheit des Regelungsbereichs»¹¹⁷⁷, insbesondere weil sich die Polizeitätigkeit «oft gegen nicht im Einzelnen bestimmbare Gefährdungsarten und Gefährdungsformen in vielgestaltigen und wandelbaren Verhältnissen» richtet und demnach «situativ den konkreten Umständen anzupassen» ist, verminderte Anforderungen an die Normdichte.¹¹⁷⁸ Die Legaldefinitionen des «terroristischen Gefährders» und der «terroristischen Aktivität» i.S.v. Art. 23e BWIS ist nach Ansicht des Schreibenden auch unter Berücksichtigung der im Polizei- und Staatsschutzrecht verminderten Anforderungen an die Normdichte als allzu unbestimmt zu bezeichnen.¹¹⁷⁹ Diese Unbestimmtheit geht soweit, dass es für eine potentiell betroffene Person nicht voraussehbar ist, ob diese

gen sein. Auf die Eingriffsintensität der einzelnen BWIS-Massnahmen wird weiter hinten §8, II, 1.-7., gesondert eingegangen.

¹¹⁷⁴ Vgl. statt vieler SCHINDLER, in: Ehrenzeller et al., Art. 5 Rz 33 (m.w.H.).

¹¹⁷⁵ BGE 128 IV 13 E. 4.1.

¹¹⁷⁶ Vgl. BGE 139 II 243 E. 10; 136 I 87 E. 3.1.

¹¹⁷⁷ Hierzu und zu den nächsten beiden Zitaten in diesem Satz BGE 136 I 87 E. 3.1. Ebenso scheint das Bundesgericht im Bereich des Staatsschutzes verminderte Anforderungen an die Normbestimmtheit zuzulassen, vgl. BGE 138 I 6 E. 4.2, 5.3.

¹¹⁷⁸ In Bezug auf die BWIS-Massnahmen betont der Bundesrat dennoch, dass den «Prinzipien der Verhältnismässigkeit und dem Bestimmtheitsgebot hohe Beachtung geschenkt» werde. Siehe Botschaft PMT, BBl 2019 4759.

¹¹⁷⁹ Hierzu und zum nächsten Satz ausführlicher weiter vorne §7, VIII., 1.

aufgrund einer bestimmten Verhaltensweise als terroristischer Gefährder qualifizieren könnte oder nicht. Mittelbar geht damit auch einher, dass diese Person nicht einmal ansatzweise beurteilen kann, ob gegen sie BWIS-Massnahmen verfügt werden könnten. Zur Kompensation dieser geringen Normdichte wird daher einer im Einzelfall nachvollziehbaren und ausreichend detaillierten Begründung der BWIS-Massnahmen umso grösseres Gewicht zukommen.¹¹⁸⁰

B. Öffentliches Interesse (Art. 36 Abs. 2 BV)

Art. 36 Abs. 2 BV sieht vor, dass der *Eingriff* in ein Grundrecht durch ein öffentliches Interesse *gerechtfertigt* sein muss.¹¹⁸¹ Es existiert «kein numerus clausus öffentlicher Interessen»¹¹⁸², weshalb die bundesgerichtliche Rechtsprechung neben dem Schutz der Polizeigüter auch weitere öffentliche Interessen anerkennt.¹¹⁸³ Als mögliches Eingriffsmotiv erwähnt Art. 36 Abs. 2 BV zudem explizit den Schutz von Grundrechten Dritter. Freilich handelt es sich dabei auch um ein öffentliches Interesse, da die verfassungsrechtlich geschützte Grundrechtsausübung eines Individuums ihre Grenzen dort findet, wo die Grundrechte anderer Individuen drangsaliert werden.¹¹⁸⁴ Gemäss Art. 1 *bezweckt* das BWIS «die Sicherung der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundlagen der Schweiz sowie den Schutz der Freiheitsrechte ihrer Bevölkerung», wobei der Bund zur frühzeitigen Abwehr von Gefährdungen der inneren Sicherheit gestützt auf Art. 2 Abs. 1 BWIS vorbeugende polizeiliche Massnahmen ergreifen kann. Mit Inkrafttreten des PMT gehören zu den vorbeugenden polizeilichen Massnahmen gemäss Art. 2 Abs. 2 Bst. d^{bis} BWIS auch Massnahmen zur Verhinderung terroristischer Aktivitäten nach dem

¹¹⁸⁰ Soweit überdies einzelne BWIS-Massnahmen aus Sicht des Erfordernisses der genügenden Normdichte problematisch erscheinen, wird darauf weiter hinten unter §8, II., 1.-7, gesondert eingegangen.

¹¹⁸¹ Vgl. hierzu statt vieler TSCHANNEN, §7 Rz 106.

¹¹⁸² So u.a. EPINEY, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 36 Rz 49.

¹¹⁸³ Vgl. dazu die Aufzählung bei SCHWEIZER, in: Ehrenzeller et al., Art. 36 Rz 19, wonach öffentliche Interesse bspw. auch sozialer oder ökologischer Natur sein können. Als gewichtiges öffentliches Interesse galt bspw. auch die Durchführung eines sportlichen Grossanlasses, welcher eine Roudung im Hinblick auf die Alpine Ski-Weltmeisterschaft 1987 in Crans Montana zu rechtfertigen vermochte, vgl. BGE 112 Ib 195.

¹¹⁸⁴ Vgl. SCHWEIZER, in: Ehrenzeller et al., Art. 36 Rz 19; TSCHANNEN, §7 Rz 106, 23 ff; EPINEY, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 36 Rz 51. Allgemein zu den Rechtfertigungsgründen von Art. 36 Abs. 2 BV siehe auch KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, §9 Rz 104 ff.

5. Abschnitt des BWIS. Die Abwehr von Gefährdungen der inneren Sicherheit im Allgemeinen sowie die Verhinderung von terroristischen Aktivitäten im Besonderen liegt zweifelsohne im öffentlichen Interesse.¹¹⁸⁵ Da durch die Ausübung einer terroristischen Aktivität überdies eine Vielzahl von Drittpersonen in ihren Grundrechten betroffen sein könnten, stimmt deren «grundrechtlich geschütztes Anliegen mit einem öffentlichen, kollektiven Interesse überein»¹¹⁸⁶, weshalb das Anliegen des Schutzes der Grundrechte Dritter bereits im öffentlichen Interesse an der Verhinderung von terroristischen Aktivitäten enthalten ist und Ersterem in der künftigen Rechtsanwendung des 5. Abschnitts des BWIS keine eigenständige Bedeutung zukommen dürfte.

C. Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV)

Art. 36 Abs. 3 BV verlangt, dass ein Grundrechtseingriff verhältnismässig ist. Die Verfügung einer oder mehrerer BWIS-Massnahme(n) ist nur dann verhältnismässig, wenn sich diese als geeignet (dazu a.), erforderlich (dazu b.) und c.) und zumutbar (dazu d.), mithin als verhältnismässig i.S.v. Art. 36 Abs. 3 BV erweisen. Gemäss Bundesgericht kommt dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Falle von naturgemäss unbestimmten polizeirechtlichen Normen eine «besondere Bedeutung»¹¹⁸⁷ zu. In der künftigen Rechtsanwendung des 5. Abschnittes des BWIS und dessen unbestimmten Normen wird dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz daher erhebliche Relevanz zukommen.¹¹⁸⁸

a.) Eignung

Geeignet ist eine anzuordnende BWIS-Massnahmen dann, wenn der im öffentlichen Interesse liegende Zweck, namentlich die Verhinderung terroristischer Aktivitäten, durch die ergriffenen Massnahmen begünstigt werden kann.¹¹⁸⁹ Die Eignung einer Massnahme

¹¹⁸⁵ BVGer F-5427/2019 vom 31.5.2021 E. 16.2 (öffentliches Interesse an der Ausbürgerung eines Jihadisten bejaht). Hierzu ausführlicher weiter hinten §9, V., 1., C.

¹¹⁸⁶ Siehe SCHWEIZER, in: Ehrenzeller et al., Art. 36 Rz 35 m.H.a. BGE 128 I 327 E. 4.3.2 (Schutz «vielfältiger Rechte Dritter anlässlich des WEF»).

¹¹⁸⁷ Vgl. BGE 136 I 87, E 3.1 f.; MOHLER, fehlende Konformität, Rz 15 ff. Zur «Kompensation» unbestimmter Normen mittels verfahrensrechtlicher Behelfe siehe weiter vorne §7, VIII., 1.

¹¹⁸⁸ Vgl. bspw. Botschaft PMT, BBl 2019 4790. Allgemein zu Art. 36 Abs. 2 BV siehe statt vieler KIE-
NER/KÄLIN/WYTTENBACH, §9 Rz 119 ff (m.w.H.).

¹¹⁸⁹ Statt vieler SCHWEIZER, in: Ehrenzeller et al., Art. 36 Rz 35.

ist nicht bereits dann zu bejahen, wenn diese zur Zweckerreichung lediglich «nicht ungeeignet»¹¹⁹⁰ erscheint. Fedpol wird daher im Einzelfall zu prüfen und begründen haben, ob und falls ja, weshalb sich die anzuordnende(n) BWIS-Massnahme(n) zur Zweckerreichung tatsächlich eignen.¹¹⁹¹

b.) Erforderlichkeit

Soweit im Einzelfall mehrere zur Zweckerreichung gleich geeignete Massnahmen bestehen, ist diejenige Massnahme als erforderlich zu erachten, welche die mildesten Auswirkungen auf die Grundrechtsposition der betroffenen Person zeitigt.¹¹⁹² Das Element der Erforderlichkeit bringt überdies mit sich, dass Eingriffe in den Schutzbereich der Grund- und Menschenrechte «in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Beziehung nicht über das Notwendigste hinausgehen»¹¹⁹³ dürfen.

c.) Erforderlichkeit im Kontext der BWIS-Massnahmen

In *sachlicher Hinsicht* trägt Art. 23f Abs. 1 BWIS dem Element der Erforderlichkeit Rechnung, indem Fedpol vor der Anordnung von BWIS-Massnahmen zu begründen hat, weshalb Massnahmen nach lit. a) oder lit. b) im Einzelfall nicht ausreichend geeignet sein sollen.¹¹⁹⁴ Im Rahmen der Entscheidungsfindung hat Fedpol sämtliche relevanten Unterlagen¹¹⁹⁵ beizuziehen und zu würdigen. In *persönlicher Hinsicht* können BWIS-

¹¹⁹⁰ Vgl. hierzu BIAGGINI-BV-Kom, Art. 36 Rz 23 m.H.a. BGE 109 Ia 33, 39 E. 4.c, wonach es das Bundesgericht als ausreichend erachtete, «dass der <Sirup>-Artikel des Berner Gastgewerbegesetzes ein <tendenziell taugliches Mittel> zur Bekämpfung des Alkoholismus ist».

¹¹⁹¹ Vgl. hierzu bspw. BIAGGINI-BV-Kom, Art. 36 R 23 m.H.a. BGE 142 I 49, 70 E. 9.3, wonach ein «Kopftuchverbot nicht geeignet [ist], den Pflichten aus dem Sonderstatus – das kooperative und rücksichtsvolle Verhalten der Schülerin zur Erfüllung des Bildungsauftrags – Nachachtung zu verschaffen». Grundsätzlich kritisch zur Eignung der BWIS-Massnahmen zur Verhinderung von terroristischen Aktivitäten MOHLER, Zweckerreichung, Rz 66.

¹¹⁹² Vgl. statt vieler BGE 140 I E. 9.2.2 (m.w.H.).

¹¹⁹³ Botschaft PMT, BBl 2019 4785.

¹¹⁹⁴ Ausführlicher zu Art. 23f Abs. 1 BWIS weiter vorne §8, I., 2., B.

¹¹⁹⁵ Namentlich «polizeiliche Erkenntnisse, Führungsberichte von Haftanstalten, Entscheide der Kinder- und Erwachsenenschutzbehörde, psychiatrische Gutachten, Informationen aus polizeilichen Informationssystemen, Strafregisterauszüge, Strafurteile und Strafverfahrensakten», Botschaft PMT, BBl 2019 4785.

Massnahmen nur dann geeignet und erforderlich¹¹⁹⁶ sein, wenn die betreffende Person vorgängig von Fedpol als terroristischer Gefährder kategorisiert wurde und diese die in Art. 24f BWIS genannte Altersgrenze erreicht hat. In *zeitlicher Hinsicht* ist die maximale Massnahmedauer nach Art. 23g BWIS zu berücksichtigen, wodurch bei der Ausgestaltung von BWIS-Massnahmen das Ermessen von Fedpol nach oben plafoniert ist. Im Rahmen der gesetzlichen Maximaldauer wird Fedpol die Erforderlichkeit der verfügbaren Dauer zu begründen haben, namentlich weshalb eine geringere Zeitdauer zur Zielerreichung ungeeignet ist. Die Anforderungen an die behördliche Begründungspflicht punkto der zeitlichen Erforderlichkeit einer BWIS-Massnahme sollten umso höher ausfallen, je länger die Dauer der verfügbaren Massnahmen ausfallen soll.¹¹⁹⁷

d.) Zumutbarkeit

Eine BWIS-Massnahme ist nur dann verhältnismässig i.S.v. Art. 36 Abs. 3 BV, wenn sich diese unter Berücksichtigung des Verhältnisses von *Eingriffszweck und Eingriffswirkung* im jeweiligen Einzelfall als zumutbar erweist.¹¹⁹⁸ Dabei gilt es die im Raum stehenden Interessen gegeneinander abzuwägen. Der Eingriffszweck ist Abwendung einer Gefahr, wobei es deren Art und Schwere zu berücksichtigen gilt, während dem es rund um die Eingriffswirkung «die persönlichen Verhältnisse der betroffenen Person, etwa deren berufliche und familiäre Situation»¹¹⁹⁹, einzubeziehen gilt. Werden BWIS-Massnahmen gegenüber Kindern verfügt, ist im Zuge der Zumutbarkeitsprüfung eine umfassende Interessensabwägung vorzunehmen, in welcher das übergeordnete Kindesinteresse angemessene Berücksichtigung finden muss.¹²⁰⁰

¹¹⁹⁶ Überdies entfällt die Anordnung von BWIS-Massnahmen diesfalls auch, weil die gesetzlichen Anordnungsvoraussetzungen von Art. 23e i.V.m. 24f BWIS nicht erfüllt sind und sich die damit einhergehenden Grundrechtseingriffe daher auf keine genügende gesetzliche Grundlage i.S.v. Art. 36 Abs. 1 BV stützen könnten.

¹¹⁹⁷ Das Gesagte sollte nach Ansicht des Schreibenden auch dann gelten, wenn es um eine einmalige Verlängerung (Art. 23g Abs. 1 BWIS) oder erneute Anordnung einer BWIS-Massnahme (Art. 23g Abs. 2 BWIS) geht. Hierzu ausführlicher weiter vorne §8, I, 3.

¹¹⁹⁸ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz SCHWEIZER, in: Ehrenzeller et al., Art. 36 Rz 40; BIAGGINI-BV-Kom, Art. 36 Rz 23 m.H.a. BGE 132 I 49.

¹¹⁹⁹ Botschaft PMT, BBl 2019 4785.

¹²⁰⁰ Hierzu auch weiter vorne §8, I, 4. Entsprechende ausdrückliche Zusicherungen machte die Bundesrätin Keller-Sutter gegenüber dem UNO-Hochkommissariat für Menschenrechte. Vgl. BUNDES-RAT, Schreiben-KKS z.H. UNO Hochkommissariat für Menschenrechte, S. 1.

D. Wahrung des Kerngehaltes (Art. 36 Abs. 4 BV)

Die Anordnung von BWIS-Massnahmen darf in keinem Fall zu einer «Aushöhlung der Substanz»¹²⁰¹ der betroffenen Grundrechte führen, da der Kerngehalt von Grundrechten gemäss Art. 36 Abs. 4 BV unantastbar ist. In der Regel ist der Kerngehalt eines Grundrechts nicht kongruent mit dessen Schutzbereich, da dieser unter dem Vorbehalt von Art. 36 BV eingeschränkt werden kann, während der Kerngehalt auch im Falle von Bedrohungen der inneren oder äusseren Sicherheit nicht angetastet werden darf.¹²⁰² Der Begriff und die Tragweite des Kerngehaltes wird letztlich nicht aus Art. 36 BV erkennbar, da er sich aus der Berücksichtigung der Tragweite der einzelnen Grundrechtsansprüche ergibt, weshalb Fedpol im Falle der Anordnung von BWIS-Massnahmen¹²⁰³ im jeweiligen Einzelfall zu prüfen haben wird, ob in einem bestimmten Einzelfall der Kerngehalt der betroffenen Grundrechtsansprüche berührt sein könnte.¹²⁰⁴

6. Strafandrohung im Falle der Nichtbefolgung

Verstösse gegen die BWIS-Massnahmen nach den Art. 23l–23q werden als Zuwiderhandlung gegen eine angeordnete Administrativmassnahme nach Art. 29a Abs. 1 BWIS mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe sanktioniert.¹²⁰⁵ Abzulehnen ist,

¹²⁰¹ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz TSCHANNEN, §7 Rz 113.

¹²⁰² So etwa TSCHANNEN, §7 Rz 113. Bei gewissen Grundrechten fallen Schutzbereich und Kerngehalt zusammen, was bspw. im Falle des Verbotes der Todesstrafe und des Folterverbotes gemäss Art. 10 Abs. 3 BV gilt. Vgl. hierzu statt vieler BIAGGINI-BV-Kom, Art. 36 Rz 26.

¹²⁰³ Im Kontext der Anordnung von BWIS-Massnahmen könnte eine Verletzung des Kerngehaltes des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV u.a. dann vorliegen, wenn sich Fedpol im Rahmen der Entscheidungsfindung auf geheime Akten abstützt, ohne dass dem Betroffenen der wesentliche Inhalt des einschlägigen Aktenstückes mitgeteilt würde. Hierzu ausführlicher weiter hinten §8, III., 4., B., b.).

¹²⁰⁴ So BIAGGINI-BV-Kom, Art. 36 Rz 26, welcher Art. 36 Abs. 4 «primär den Charakter einer Verweisung» zuspricht und zudem darauf hinweist, dass der Kerngehalt i.d.R. nicht mit dem Anwendungs- oder Schutzbereich eines Grundrechts kongruent ist (da dieses i.d.R. eingeschränkt werden kann).

¹²⁰⁵ Bei nicht volljährigen Personen sind die Bestimmungen des Jugendstrafrechts massgebend. Gemäss Botschaft PMT, BBl 2019 4803 findet sich eine entsprechende Strafandrohung in Art. 291 StGB «bezogen auf einen Verstoß gegen eine von fedpol verfügte Ausweisung sowie in Artikel 119 AIG bezogen auf die Missachtung einer ausländerrechtlichen Ein- oder Ausgrenzung».

dass gemäss Botschaft zum PMT auch bestraft werden soll, «wer im In- oder Ausland einer Person die Nichteinhaltung der Massnahme erleichtert, sie darin bekräftigt oder unterstützt», da der eindeutige Wortlaut von Art. 29a BWIS eine entsprechend weitgehende Strafbarkeit nicht vorsieht. Verstösse gegen die BWIS-Massnahme der Melde- und Gesprächsteilnahmepflicht nach Art. 23k BWIS sind als Übertretung gemäss Art. 29a Abs. 3 BWIS mit Busse strafbar. Als Übertretungen gelten gemäss Art. 29a Abs. 2 BWIS zudem auch Verstösse gegen BWIS-Massnahme, die von der als terroristischer Gefährder kategorisierten Person fahrlässig begangen wurden. Die Verfolgung von Widerhandlungen gegen Art. 29a BWIS unterstehen nach Art. 29b BWIS der Bundesgerichtsbarkeit.¹²⁰⁶

7. Jährliche Veröffentlichung der angeordneten BWIS-Massnahmen

In Zusammenhang mit der künftigen Anwendung des 5. Abschnitts des BWIS ist eine transparente Übersicht zu sämtlichen verfügbaren BWIS-Massnahmen aus rechtsstaatlicher Sicht zentral. Gemäss Stellungnahme des Bundesrates wird Fedpol «statistische Daten über angeordnete PMT-Massnahmen sammeln und diese entsprechend kommunizieren»¹²⁰⁷, wodurch diesem Anliegen Rechnung getragen wird.

II. MASSNAHMEN NACH DEM 5. ABSCHNITT DES BWIS IM EINZELNEN

1. Einleitende Bemerkungen zur weiteren Vorgehensweise

Nachfolgend werden unter II. alle Massnahmen zur Verhinderung terroristischer Aktivitäten nach dem 5. Abschnitt des BWIS (nachfolgend: BWIS-Massnahmen) in der gesetzlich vorgesehenen Reihenfolge (Art. 23k-Art.23q BWIS) einzeln besprochen.¹²⁰⁸

¹²⁰⁶ «Dies ist deshalb sachgerecht, da eine Bundesbehörde die betreffenden Massnahmen verfügt hat, welche zudem den Bereich des Terrorismus beschlagen.» Botschaft PMT, BBl 2019 4803.

¹²⁰⁷ Siehe dazu Stellungnahme des Bundesrates vom 16.2.2022 auf das Postulat Nr. 21.4599, Statistische Erfassungen der polizeilichen Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus.

¹²⁰⁸ Einerseits soll der jeweils spezifische Massnahmenezweck behandelt werden und andererseits auch praktische Fragen rund um den Vollzug der BWIS-Massnahmen aufgezeigt werden.

Dabei wird einerseits der Inhalt und Zweck der jeweiligen Massnahme vorgestellt. Der künftigen Rechtsanwendung der jeweiligen BWIS-Massnahmen verpflichtet, werden auch praktische Vollzugsaspekte erörtert. Wie bereits dargelegt, bewirken sämtliche BWIS-Massnahmen Grundrechtseinschränkungen, weshalb Fedpol vor dem Erlass von BWIS-Massnahmen, im Sinne einer *allgemeinen Anordnungsvoraussetzung*, in jedem Einzelfall die Einhaltung der Eingriffsvoraussetzungen i.S.v. Art. 36 BV zu prüfen haben wird.¹²⁰⁹ In den nachfolgenden Ausführungen zu den einzelnen Massnahmen wird dahingegen aus Gründen des Umfangs und mangelnder Rechtserheblichkeit auf eine systematische Eingriffsprüfung aller BWIS-Massnahmen verzichtet.¹²¹⁰ Stattdessen werden im Rahmen der Besprechung der einzelnen BWIS-Massnahmen jeweils grundrechtlich besonders relevante Aspekte besprochen.

2. Meldepflicht

A. Neuartige Massnahmekombination mit Pflichtcharakter

Art. 23k Abs. 1 BWIS sieht vor, dass Fedpol terroristische Gefährder verpflichten kann, sich regelmässig bei einer von der antragstellenden Behörde bezeichneten kantonalen oder kommunalen Stelle persönlich *zu melden* und *Gespräche* mit einer oder mehreren Fachpersonen zu führen. Art. 23k Abs. 1 BWIS verbindet zwei polizei-präventive Massnahmen, welche im Umgang mit potentiell gefährlichen Personen bis anhin einzeln bestanden.¹²¹¹ Zur Bekämpfung von Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen

¹²⁰⁹ Vgl. dazu die Ausführungen zu Art. 36 BV weiter vorne §8, I., 5.

¹²¹⁰ Grundsätzlich kann hierzu auf die Ausführungen zu Art. 36 BV weiter vorne §8, I., 5., verwiesen werden. Der Verzicht auf eine «systematische Grundrechtsprüfung» bedeutet bspw., dass nicht bei jeder BWIS-Massnahmen nochmals theoretisch erläutert wird, was das Erfordernis der genügenden Normdichte verlangt oder bspw. welche Teilgehalte der Grundsatz der Verhältnismässigkeit kennt.

¹²¹¹ Die Melde- und die Gesprächsteilnahmepflicht dürften «in der Regel» kombiniert werden, wobei diese auch unabhängig angeordnet werden können. Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4791.

sieht bspw. Art. 6 Abs. 1 des «Hooligan-Konkordats»¹²¹² eine Meldepflicht vor.¹²¹³ Die Gesprächsteilnahmepflicht erinnert dahingegen an die polizeirechtliche Gefährderansprache, in welcher Gefährder unter Androhung der Straffolgen von Art. 292 StGB zu einem Gespräch vorgeladen werden können. Im Rahmen dieses Gespräches werden diese auf das von ihnen befürchtete Verhalten sowie auf die potentiellen Straffolgen desselben angesprochen.¹²¹⁴ Der bereits im Wortstamm der beiden Massnahmen enthaltene «*Pflichtcharakter*» ist rechtlich in Art. 29a Abs. 3 BWIS verankert, wonach mit Busse bestraft wird, wer vorsätzlich oder fahrlässig gegen die Massnahme nach Art. 23k BWIS verstösst.¹²¹⁵ Der Pflichtcharakter wird auch am Umstand deutlich, dass ein festgelegter Melde- oder Gesprächstermin einzig mittels Stellung eines vorgängigen Gesuchs und der Glaubhaftmachung von wichtigen Gründen verschoben werden darf.¹²¹⁶

B. Massnahmezweck

Beide Massnahmen geben Aufschluss darüber, ob sich der terroristische Gefährder zum in der Verfügung vorgesehenen Zeitpunkt physisch am vorgegebenen Melde- bzw.

¹²¹² Das Bundesgericht überprüfte die Verfassungsmässigkeit der erwähnten Meldeauflage und kam dabei zum Schluss, dass sich diese grundsätzlich verfassungskonform ausgestalten lasse. Eine Konkordats Bestimmung (aArt. 7 Abs. 4), welche bei der Verletzung einer Meldeauflage ohne entschuld bare Gründe eine *zwingende Verdoppelung der Dauer der Meldeauflage* vorsah, betrachtete das Bundesgericht hingegen als mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit unvereinbar. Siehe BGE 140 I 2 E. 12 f.; Zur Meldeauflage bereits BGE 137 I 31 E. 6.

¹²¹³ Gemäss Botschaft hat «eine Analyse der Polizeierlasse der Kantone und grösseren Städte (Zürich, Basel, Genf, Lausanne und Bern)» aufgezeigt, dass auf kantonaler Ebene «keine Rechtsgrundlagen für eine Meldepflicht – und damit verbundene Gespräche mit Fachpersonen – als Eindämmung hinsichtlich terroristischer Vorhaben bestehen» würde. Siehe Botschaft PMT, BBl 2019 4478. In Strafverfahren stellt die Meldepflicht gemäss Art. 237 Abs. 2 lit. d StPO eine Ersatzmassnahme zur Anordnung von Sicherheits- und Untersuchungshaft dar. Ausführlicher HÄRRI, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, Art. 237 Rz 14 ff. Soweit gegen einen terroristischen Gefährder als Ersatzmassnahmen eine strafprozessuale Meldepflicht verhängt wurde, ist Art. 23f Abs. 1 lit. c BWIS zu beachten.

¹²¹⁴ So bspw. §13a PolG-LU. Ausführlicher zur Gefährderansprache weiter vorne §7, II., 2.

¹²¹⁵ Hierzu ausführlicher Botschaft PMT, BBl 2019 4803.

¹²¹⁶ Vgl. dazu Art. 23k Abs. 4 BWIS. Zum Ablauf siehe auch Botschaft PMT, BBl 2019 4792, wonach als wichtiger Grund bspw. ein Spitalaufenthalt oder wichtige familiäre Verpflichtungen gelten könnten.

Gesprächsort aufgehalten hat.¹²¹⁷ Die Gespräche dienen gemäss Art. 23k Abs. 2 BWIS mehreren Zwecken, namentlich der Einschätzung, der fortlaufenden Überprüfung und der Entgegenwirkung der ausgemachten Gefährdung.

a.) Entgegenwirkung der Gefährdung

Die Botschaft betont den «sozialen und integrativen Charakter»¹²¹⁸ des *Gesprächs*, welches «risikorelevante Denk- und Verhaltensmuster sowie problematische Lebensumstände positiv beeinflussen»¹²¹⁹ und Hilfestellungen «zur Abkehr von Gewalt und zur Reintegration in die Gesellschaft» vermitteln soll. Die betroffene Person ist über die Ziele und die konkreten Inhalte der Gespräche zu orientieren.¹²²⁰

Als *möglicher Gesprächsinhalt* kommen soziale, kulturelle, integrative, therapeutische und rechtliche Themen in Betracht. Dabei kann bspw. auch Wissen über die rechtsstaatliche Ordnung, die Werte der BV sowie über die Folgen von strafbaren Handlungen vermittelt werden.¹²²¹ Zudem soll die gesprächsverpflichtete Person über den Hintergrund und die Gefährlichkeit von terroristischen Gruppierungen aufgeklärt werden.

b.) Gefährdungseinschätzung durch Fachperson(en)

Im Anschluss an das jeweilige Gespräch hat die gesprächsführende Fachperson den *Gesprächsverlauf zu evaluieren*, indem sie sich u.a. «zur persönlichen Entwicklung, zu

¹²¹⁷ Ähnlich die Botschaft PMT, BBl 2019 4791. Entsprechend vermitteln diese Massnahmen auch Anhaltspunkte darüber, ob die betroffene Person willens ist, den auferlegten Pflichten nachzukommen.

¹²¹⁸ Botschaft PMT, BBl 2019 4763.

¹²¹⁹ Hierzu und zum nächsten Zitat in diesem Satz Botschaft PMT, BBl 2019 4791.

¹²²⁰ Botschaft PMT, BBl 2019 4791, wo zudem erwähnt wird, dass im Falle von Minderjährigen das Ziel und die Gesprächsinhalte mit den erziehungsberechtigten Personen vorbesprochen werden. Dies ergibt sich auch aus Art. 23k Abs. 3 BWIS, wonach die Eltern oder andere erziehungsberechtigte Personen in die Gespräche miteinzubeziehen sind, sofern die betroffene Person minderjährig ist und soweit dadurch der Zweck des Gesprächs nicht gefährdet wird. Ein Verzicht auf Einbezug der erziehungsberechtigten Person kommt nach Ansicht des Schreibenden nur dann in Betracht, wenn diese selbst «ursächlicher Teil der Gefährdungslage» ist.

¹²²¹ Hierzu und zum nächsten Satz Botschaft PMT, BBl 2019 4792, wonach dazu bspw. auch die Eruerung von Risikosituationen, individuellen Risikofaktoren, die Vermittlung von Wissen über berufliche, soziale und kulturelle Perspektiven, die individuelle Aufarbeitung der eigenen Lebensgeschichte, die Erarbeitung konkreter und persönlicher Handlungspläne sowie der Erwerb von Aus- und Weiterbildungen zu den möglichen Gesprächsinhalten zählt.

einer allfälligen medizinischen Diagnose, zu individuellen Risikofaktoren, zur Bedrohungseinschätzung» äussert sowie «Empfehlungen zum Risikomanagement» abgibt.¹²²² Eine sorgfältige Evaluation stellt zweifelsohne eine verantwortungsvolle und komplexe Aufgabe dar, welche spezifischer entwicklungspsychologischer, medizinischer und rechtlicher Kenntnisse bedarf. Es vermag daher zu erstaunen, dass Fachperson vom Bundesrat lediglich vage als «für den Umgang mit Gefährdern geschulte Personen»¹²²³ definiert werden. Die Ergebnisse des Berichts der Fachperson(en) hat die zuständige kantonale oder kommunale Stelle gemäss Art. 23k Abs. 5 lit. e BWIS an die antragstellende Behörde sowie Fedpol zu übermitteln. Die Auswertung der durchgeführten Gespräche dient somit als Anhaltspunkt, ob bspw. soziale, integrative, therapeutische oder präventiv-polizeiliche Massnahmen aufgehoben werden müssen oder gegenteilig Verlängerungs- oder Erweiterungsbedarf an BWIS-Massnahmen bestehen könnte.¹²²⁴

C. Vollzugsaspekte

a.) Zeitliche Abstände zwischen den Terminen

Art. 23k Abs. 1 BWIS legt in Bezug auf die *Anzahl* an Meldungen und Gesprächen einzig fest, dass diese *regelmässig* stattfinden können. Was regelmässig bedeutet, erschliesst sich auch unter Beizug der Botschaft nicht. Gegenteilig enthält diese dazu gar sinnwidrige und widersprüchliche Ausführungen. Als sinnwidrig zu bezeichnen ist vorab die in der Botschaft formulierte Regel, wonach die Intervalle zwischen den einzelnen Gesprächen umso kürzer ausfallen soll, «je grösser die Gefahr ist, dass die Person terroristische Aktivitäten ausführen oder fortsetzen könnte»¹²²⁵. Diese Regel steht im Widerspruch zum in der Botschaft beispielhaft genannten Anwendungsfall

¹²²² Vgl. zu diesem Satz und den enthaltenen Zitaten Botschaft PMT, BBl 2019 4792.

¹²²³ Botschaft PMT, BBl 2019 4791. An dieser Stelle erwähnt die Botschaft als Faustregel zum Beizug von Fachpersonen auch, dass ausgebildete und entsprechend geschulte PsychologInnen oder PsychiaterInnen die Gespräche immer dann zu führen haben, wenn «psychisch auffälliges Verhalten» vorliege sowie dass in bestimmten Konstellationen der Beizug einer Fachperson «mit einem ähnlichen religiösen und kulturellen Hintergrund» sinnvoll sein könne.

¹²²⁴ Siehe Botschaft PMT, BBl 2019 4792.

¹²²⁵ Botschaft PMT, BBl 2019 4791. Diese Botschaftspassage ist als verwirrend zu bezeichnen, da unklar ist, was mit der «Grösse» der Gefahr gemeint ist. Es könnte sich dabei um die Eintretenswahrscheinlichkeit oder aber um die bedrohten Rechtsgüter handeln.

für eine Melde- und Gesprächsteilnahmepflicht. Eine solche kommt demnach dann in Betracht, wenn die betroffene Person durch das «Erstellen von Social-Media-Profilen oder das Liken und Verlinken terroristischer Inhalte oder Äusserungen»¹²²⁶ konkrete und aktuelle Anhaltspunkte für die künftige Ausübung einer terroristischen Aktivität liefert. Da diese beispielhaft erwähnten Anhaltspunkte der Verwirklichung einer terroristischen Gefahr in kausaler und zeitlicher Hinsicht weit vorgelagert sind, müssten die Intervalle zwischen den jeweiligen Gesprächen gross sein, was aber nicht zielführend wäre, da ein entschiedenes, frühzeitiges und regelmässiges Einschreiten mit dem Mittel der Gesprächsteilnahmepflicht nach Ansicht des Schreibenden wenn schon in einem frühen Stadium einer Radikalisierung sinnvoll sein kann. Die vorerwähnte «Regel» macht so gesehen wenig Sinn, zumal der Bundesrat an anderer Stelle die Ansicht vertritt, dass «innerhalb von kurzen Abständen mehrere Sitzungen durchgeführt»¹²²⁷ werden sollten. Massgeblich kann daher letztlich nur sein, ob sich die Massnahme im Einzelfall in ihrer konkreten Ausgestaltung als verhältnismässig i.S.v. Art. 36 Abs. 3 BV erweist.

b.) Durchführungsort

In Bezug auf den Vollzug der *Meldepflicht* ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 23k Abs. 1 BWIS, dass diese grundsätzlich durch persönliches Erscheinen auf der in der Verfügung bezeichneten kommunalen oder kantonalen Stelle zu erfolgen hat. Der Durchführungsort der *Gespräche* ist gesetzlich nicht geregelt. Gemäss Botschaft hat die zuständige kommunale oder kantonale Stelle «eine geeignete Örtlichkeit für die Durchführung der Gespräche»¹²²⁸ zu bezeichnen. Diese Freiheit in der Bestimmung des Gesprächsortes bringt mit sich, dass zwar stärker in die Bewegungsfreiheit der betroffenen Person eingegriffen wird, da sie sich diese zur Wahrnehmung der Melde- und Gesprächsteilnahmepflicht gegebenenfalls an zwei unterschiedliche Orte bewegen müsste. Nichtsdestotrotz erscheint es aber sinnvoll, dass die zuständige Behörde den

¹²²⁶ Botschaft PMT, BBl 2019 4784.

¹²²⁷ Botschaft PMT, BBl 2019 4792.

¹²²⁸ Botschaft PMT, BBl 2019 4791. Hierzu etwas widersprüchlich erwähnt die Botschaft auch, dass das vorgesehene Gespräch im Falle des Vorliegens wichtiger Gründe und anstelle einer Terminverschiebung «auch ausserhalb der Räumlichkeiten der zuständigen Stelle» durchgeführt werden kann, womit die Botschaft als grundsätzlichen Durchführungsort der Gespräche die Räumlichkeiten der zuständigen Stelle impliziert. Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4792.

Gesprächsort unter Berücksichtigung des Massnahmезwecks einzelfallweise und bedürfnisorientiert bestimmen kann.¹²²⁹

c.) Informationspflichten

Art. 23k Abs. 5 BWIS statuiert eine umgehende¹²³⁰ Informationspflicht der zuständigen kantonalen oder kommunalen Stelle z.H. der antragstellenden Behörde und Fedpol.¹²³¹ Inhaltlich beschlägt diese sich während der Dauer der Massnahme ereignende sicherheitsrelevante Vorgänge (*lit. a*). Dieser Begriff wird in der Botschaft nicht näher umschrieben, jedoch zumindest exemplifiziert, wonach dazu «explizit oder implizit geäusserte Absichten, Menschenleben zu gefährden oder festgestellte suizidale Tendenzen»¹²³² zählen. Unter die Informationspflicht von Abs. 5 fallen zudem die Verletzung der Meldepflicht durch die betroffene Person (*lit. b*), Informationen über verschobene oder ausgefallene Termine (*lit. c*), die Verweigerung der Teilnahme an einem Gespräch mit der Fachperson (*lit. d*) sowie das Ergebnis der mit der Fachperson geführten Gespräche (*lit. e*).

D. Grundrechtliche Aspekte

a.) Gebotene Klarheit des Verfügungsinhaltes

Die Melde- und die Gesprächsteilnahmepflicht verpflichten die betroffene Person, sich innerhalb von bestimmten Intervallen wiederholt an einem bestimmten Ort zu melden und/oder an Gesprächen teilzunehmen. Die von Fedpol verfügte(n) Massnahme(n)

¹²²⁹ In Betracht kommt dabei auch die Wohnung der betroffenen Person. Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4791. Unerwähnt, jedoch ebenso relevant, ist diese Konstellation in Situationen, wo die betroffene Person bspw. nicht oder eingeschränkt mobil ist.

¹²³⁰ Gemäss Art. 23k Abs. 6 BWIS hat die Information über sicherheitsrelevante Vorgänge und die Verletzung der Meldepflicht ohne Verzug zu erfolgen.

¹²³¹ Soweit die Angaben nach Abs. 5 für die Wahrnehmung von Aufgaben anderer Sicherheitsbehörden relevant sind, werden diese von Fedpol gestützt auf die Art. 10 und 23h BWIS an diese Sicherheitsbehörden übermittelt; Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4793. Diese Auffassung ist insofern allzu weitreichend, als dass Art. 10 BWIS eine Informationspflicht nur dann vorsieht, wenn die innere Sicherheit der Schweiz gefährdet sein könnte, was Fedpol folglich in jedem Einzelfall zu begründen haben wird.

¹²³² Botschaft PMT, BBl 2019 4792.

müssen in jedem Einzelfall *ausreichend klar formuliert* sein, so dass die melde- und/oder gesprächsverpflichtete Person wissen kann, *wann* sie sich *wohin* zu begeben hat.

b.) Berührte Schutzbereiche

Durch die in Art. 23k BWIS vorgesehenen Pflichten wird in den Schutzbereich der Bewegungsfreiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV eingegriffen, welcher der berechtigten Person das Recht vermittelt, sich frei nach ihrem Willen zu bewegen.¹²³³ Im jeweiligen Einzelfall könnten durch die Gesprächsteilnahmepflicht bspw. auch in die Schutzbereiche der Glaubens- oder Gewissensfreiheit (Art. 15 BV) oder die Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV, bspw. Teilnahme an Vereinssport wegen Massnahme nicht möglich) eingegriffen werden.

c.) Aussagepflicht zu potenziell strafrechtsrelevanten Sachverhalten?

Im Hinblick auf die praktische künftige Rechtsanwendung ist Art. 23k BWIS insofern als allzu unbestimmt zu bezeichnen, als dass auch unter Beizug der Botschaft zum PMT ungeklärt bleibt, in welchem Umfang die *gesprächsteilnahmeverpflichtete Person* gegenüber der gesprächsführenden Fachpersonen *aussageverpflichtet* ist.

Relevant ist dieser Aspekt insbesondere deswegen, weil zu den möglichen Gesprächsinhalten auch die Ansprache des terroristischen Gefährders durch Sicherheitsbehörden zählt.¹²³⁴ Wenn etwa die Kantonspolizei oder der NDB die betroffene Person während sechs Monaten zwei Mal wöchentlich zu einem Gespräch vorlädt, in welchem es um die die Rechtslage und die Konsequenzen der befürchteten strafbaren Handlungen geht und bei dieser Gelegenheit «en passant» auch noch potentiell strafrechtlich relevante Informationen zum Beziehungsnetz, Mobilitäts- oder Internetverhalten der Person oder Dritter erfragt werden, wird die Frage nach den prozessualen Rechte der gesprächsverpflichteten Person virulent. Hierbei liegt aus Sicht der betroffenen Person ein eigentliches «Aussagedilemma»¹²³⁵ vor.

«In einem fairen Strafverfahren gehört die Selbstbelastungsfreiheit (lat.: *nemo tenetur se ipsum accusare*) zu den fundamentalen Grundsätzen. Der Beschuldigte soll selber entscheiden, ob er an seiner Verurteilung mitwirken will oder nicht. Das öffentliche Recht

¹²³³ Vgl. statt vieler BGE 130 I 369 E. 2.

¹²³⁴ Hierzu und zum nächsten Satz Botschaft PMT, BBl 2019 4792.

¹²³⁵ NOLL, S. 179.

folgt hingegen einem anderen Paradigma. In vielen Bereichen wird es als selbstverständlich erachtet, dass der Betroffene auch zu seinen Ungunsten am Verwaltungsverfahren teilnimmt (sog. Mitwirkungspflichten).»¹²³⁶ Die im Verwaltungsrecht weit verbreiteten Mitwirkungspflichten machen «die Anwendungsbereiche des Aussagedilemmas beinahe unerschöpflich», wobei die «bestehende Problematik dogmatisch bislang nicht systematisch erfasst, sondern nur punktuell für einzelne Rechtsgebiete», namentlich im Bereich des «Ausländer-, Kindes- und Erwachsenenschutz-, Strassenverkehrs-, Steuer-, Kartell- und Finanzmarktrechts» betrachtet wurde.¹²³⁷ Hinweise zum Verhältnis von Mitwirkungspflichten und der strafprozessualen Selbstbelastungsfreiheit liefert auch die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 EMRK.¹²³⁸ Exemplarisch sei an dieser Stelle das EGMR-Urteil *Marttinen v. Finland* erwähnt.¹²³⁹ Gegen Marttinen lief ein strafrechtliches Verfahren wegen Gläubigerschädigung, in welchem diesem vorgeworfen wurde in einem Insolvenzverfahren gewisse Vermögenswerte nicht angegeben zu haben. In einem neuen (parallel zum Strafverfahren laufenden) Insolvenzverfahren wurde Marttinen unter Bussandrohung von den Betreibungsbehörden aufgefordert zwecks Durchführung der Pfändung über seine Vermögenswerte Auskunft zu geben, was dieser indes verweigerte, worauf er androhungsgemäss zu einer Busse verurteilt wurde.¹²⁴⁰ Der EGMR machte im Umstand, dass die Betreibungsbehörde Marttinen im Insolvenzverfahren unter Strafandrohung zu Aussagen zwingen wollte, von welchen er berechtigterweise davon ausgehen durfte, dass diese im Strafverfahren gegen ihn verwendet würden, eine Verletzung des Kernbereichs des «nemo-tenetur-Grundsatzes» aus.¹²⁴¹ Im Lichte der vorstehenden Ausführungen stellt sich die Frage, ob ein gestützt auf Art. 23k BWIS zur Teilnahme an Gesprächen verpflichteter terroristischer Gefährder zwar am Gespräch teilnehmen kann, jedoch in einer Art «Fernwirkung»¹²⁴² des «nemo-

¹²³⁶ ROTH, S. 297. Ähnlich auch NOLL, S. 179 f.

¹²³⁷ Siehe zu diesem Satz und den darin enthaltenen Wortzitaten NOLL, S. 179 f. Zur Thematik ebenfalls interessant SCHAAD, Rz 25 ff.

¹²³⁸ Für einen interessanten Überblick der Rechtsprechung des EGMR siehe ROTH, S. 298 ff.; Noll, S. 181 ff. Ausführlicher zu Art. 6 EMRK weiter hinten §8, IV.

¹²³⁹ EGMR, *Marttinen v. Finland*, 19235/03 (2009).

¹²⁴⁰ Siehe dazu auch ROTH, S. 306.

¹²⁴¹ Siehe EGMR, *Marttinen v. Finland*, 19235/03 (2009), Ziff. 71 und 73.

¹²⁴² Siehe dazu NOLL, S. 180.

tenetur-Grundsatzes» potenziell strafrechtlich relevante Fragen unbeantwortet lassen darf? Andernfalls könnte eine derartige punktuelle «Aussageverweigerung» einen meldepflichtigen sicherheitsrelevanten Vorgang i.S.v. Art. 23k Abs. 5 lit. a BWIS darstellen oder gar als eine Form der Verweigerung an der Gesprächsteilnahme i.S.v. Art. 23k Abs. 5 lit. d BWIS gewertet werden, welche unter der Strafandrohung von Art. 29a Abs. 3 BWIS steht. Für die betroffene Person hätte dies die Eröffnung eines Strafverfahrens sowie die Verlängerung und/oder Ausweitung bereits bestehender BWIS-Massnahmen zur Folge, wodurch diese zur Abwendung der unerwünschten Rechtsfolge faktisch zu einer Aussage gezwungen würde.

Gegen eine aus der Mitwirkungspflicht der gesprächsteilnehmenden Person abgeleitete Aussagepflicht zu potentiell strafrechtlich relevantem Verhalten spricht daher nach Ansicht des Schreibenden auch, dass diese den Sicherheitsbehörden erlauben würde die Gespräche nach Art. 23k BWIS für eigentliche «strafrechtliche fishing expeditions» zu verwenden. Gestützt auf Art. 194 Abs. 1 und Abs. 2 StPO, wonach die Strafverfolgungsbehörden für «den Nachweis des Sachverhalts oder die Beurteilung der beschuldigten Person» Akten aus anderen Verfahren beiziehen und Verwaltungs- und Gerichtsbehörden ihre Akten grundsätzlich zur Einsichtnahme zur Verfügung stellen, könnten die Strafverfolgungsbehörden die im Rahmen der Gespräche erlangten, in Verwaltungsakten enthaltenen, Informationen geradezu «absaugen»¹²⁴³. Die Bejahung der Aussagepflicht zu potentiell strafrechtlich relevanten Sachverhalten würde faktisch dazu führen, dass die betroffene Person in Umgehung der prozessualen Rechte einer angeklagten Person¹²⁴⁴ sowie unter der Strafandrohung von Art. 29a Abs. 3 BWIS zu strafrechtlich relevanten Informationen über sich oder Dritte gedrängt werden könnte, obwohl diese Informationen an sich im Rahmen eines strafprozessualen Vorverfahrens zu erheben gewesen wären, was nicht zuletzt im Lichte von *Marttinen v. Finland* kritisch zu sehen ist.

¹²⁴³ NOLL, S. 178 f.

¹²⁴⁴ Gemäss Art. 158 Abs. 1 StPO weisen die Polizei oder die Staatsanwaltschaft die beschuldigte Person zu Beginn der ersten Einvernahme in einer ihr verständlichen Sprache darauf hin, dass gegen sie ein Vorverfahren eingeleitet worden ist und welche Straftaten Gegenstand des Verfahrens bilden (a.), dass sie die Aussage und die Mitwirkung verweigern kann (b.), dass sie berechtigt ist, eine Verteidigung zu bestellen oder gegebenenfalls eine amtliche Verteidigung zu beantragen (lit. c) sowie dass sie eine Übersetzerin oder einen Übersetzer verlangen kann (lit. d), wobei Einvernahmen ohne diese Hinweise gemäss Abs. 2 nicht verwertbar sind.

Soweit Gespräche nach Art. 23k BWIS durchgeführt werden, scheint es nach Ansicht des Schreibenden daher angezeigt, dass der betroffenen Person in Bezug auf strafrechtlich potentiell relevante Aussagen ein analog zu Art. 158 Abs. 1 StPO ausgestaltetes, bedingungs- und rechtsfolgeloses, Aussageverweigerungs- und Mitwirkungsverweigerungsrecht (lit. b) sowie die Berechtigung der Bestellung einer (amtlichen) Verteidigung (lit. c) zugestanden wird.¹²⁴⁵ Von der betroffenen Person gemachte Aussagen ohne entsprechenden Hinweis sollten nach Ansicht des Schreibenden in Analogie zu Art. 158 Abs. 2 StPO nicht verwertbar sein.

d.) Unvereinbarer Doppelzweck und Zielkonflikt

Damit die Gespräche ihren sozialen und integrativen Charakter entfalten können, ist es nach Ansicht des Schreibenden zwingend angezeigt, dass diese *nicht von den Sicherheitsbehörden selbst*, sondern einzig durch von diesen unabhängigen, spezialisierten Fachpersonen, insbesondere PsychiaterInnen oder PsychologInnen, geführt werden. Doch selbst diesfalls hat die gesprächsverpflichtete Person Kenntnis davon, dass Einschätzungen zum Gefährdungspotential und zu sicherheitsrelevanten Vorgängen den Sicherheitsbehörden mitgeteilt werden müssen, wodurch die Bildung eines Vertrauensverhältnisses sowie die beabsichtigte selbstreflektierte Auseinandersetzung mit der eigenen Lebensgeschichte und den vertretenen Ansichten von Beginn weg erschwert ist.¹²⁴⁶ Die Vielzahl an potentiellen Fachpersonen sowie der doppelte Zweck der Gespräche, namentlich die Gefährdungseinschätzung und deren Entgegenwirkung zeigt, dass Art. 23k BWIS wohl gut gemeint ist, aber letztlich an

¹²⁴⁵ Ähnlich und überzeugend in Bezug auf die Fernwirkung des «nemo-tenetur-Grundsatzes» auch NOLL: «Das bedeutet nichts anderes, als dass eine Berufung auf nemo tenetur in zeitlicher Hinsicht immer schon dann Platz greift, wenn die Eröffnung eines Strafverfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Massgebend für die Anwendbarkeit des Verbots des Selbstbelastungszwangs ist folglich der Zeitpunkt, wenn mit der Aussage resp. Mitwirkung des Betroffenen bzw. mit der ausserhalb des Strafverfahrens erfolgten erzwungenen Mitwirkung an der Beweiserhebung ein Anfangsverdacht i.S.v. Art. 7 Abs 1 StPO begründet würde, da dadurch seine Situation durch den staatlichen Zwang zur Mitwirkung wesentlich beeinträchtigt («substantially affected») wird». NOLL, S. 183 m.H.a. SCHAAD, Rz 35.

¹²⁴⁶ Im Falle von gesprächsführenden PsychiaterInnen stellt sich überdies die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Arztgeheimnis und ob Art. 23k BWIS als Rechtsgrundlage fungiert, um dem Arztgeheimnis unterliegende Informationen an die zuständige Stelle zu übermitteln.

überhöhten Erwartungen an die Fachperson(en) sowie unvereinbaren Zielkonflikten scheitern wird.¹²⁴⁷

e.) Verhältnismässigkeit

Art. 23k BWIS Abs. 1 ermöglicht es, dass gegen einen terroristischen Gefährder sowohl eine Melde- als auch eine Gesprächsteilnahmepflicht verfügt werden kann. Diese gesetzliche Kombinationsmöglichkeit darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die kombinierte Anordnung beider Massnahmen in jedem Einzelfall den Anforderungen an die Verhältnismässigkeit nach Art. 36 Abs. 3 BV standzuhalten hat. Fedpol wird daher im Einzelfall darzulegen haben, weshalb zur Zweckerreichung sowohl eine Melde- als auch eine Gesprächsteilnahmepflicht geeignet, erforderlich und zumutbar sein soll.¹²⁴⁸ Dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz wird in der künftigen Rechtsanwendung von Art. 23k BWIS auch bei der konkreten Ausgestaltung der Melde- und Gesprächsteilnahmepflicht Relevanz zukommen. Der unbestimmt gehaltene Abs. 1 sieht lediglich vor, dass Gespräche und Meldungen «regelmässig» möglich seien, wobei die Botschaft dazu keinerlei Erhellungen enthält. Einerseits will sie Gespräche «so oft wie möglich» durchführen und andererseits sieht sie vor, dass die Regelmässigkeit in Anbetracht der im Einzelfall bestehenden «Grösse der Gefahr» bestimmt werden solle. Auch hierbei gilt es zu betonen, dass bei gegebener Eignung die konkrete Ausgestaltung der Massnahme(n)dauer und der zwischen den einzelnen Meldungen und/oder Gesprächen liegenden Zeitabständen einzig entscheidend ist, ob die Massnahme im Einzelfall verhältnismässig ausgestaltet wurde.

¹²⁴⁷ Im Rahmen der Vernehmlassung zum PMT kritisierten die GPS, DJS, Amnesty Int. und grundrechte.ch, dass zu unklar definiert sei, wer als «Fachperson» gelte und was der Zweck der Massnahme sei. Vgl. FEDPOL, PMT-Vernehmlassungsergebnisse, S. 17 f.

¹²⁴⁸ Da die Gesprächsteilnahmepflicht neben der örtlichen Verschiebung zu einer bestimmten Zeit und an einen festgelegten Ort auch mit sich bringt, dass die betroffene Person an Gesprächen teilnehmen muss, handelt es sich dabei um die grundrechtsintensivere der beiden Massnahmen. Soweit die Gespräche und die Meldepflicht überdies nicht am gleichen Ort stattfinden, erhöht sich die Intensität des Eingriffs in die Bewegungsfreiheit zusätzlich, was im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung zu berücksichtigen ist.

3. Kontaktverbot

A. Verbotsinhalt und Massnahmezweck

Mit HAGENSTEIN lässt sich ein Kontaktverbot als eine im Einzelfall nach Umfang und Mittel zu konkretisierende «verbindliche Anordnung, mit einer Person oder mehreren Personen nicht in Verbindung zu treten»¹²⁴⁹ definieren. Gestützt auf Art. 23l BWIS kann Fedpol es einem terroristischen Gefährder verbieten, mit bestimmten Personen oder Personengruppen direkt oder über Drittpersonen in Kontakt zu stehen. *Umfangmässig* kann das Kontaktverbot neben der physischen auch jegliche andere Form von telefonischer, schriftlicher oder elektronischer Kontaktnahme zu den im Einzelfall genannten Personen oder Personengruppen beschlagen.¹²⁵⁰ Gemäss Botschaft zum PMT dient das *Kontaktverbot nach Art. 23l BWIS* einem *doppelten Zweck*.¹²⁵¹ Einerseits soll der von einem terroristischen Gefährder ausgehenden Gefährdung entgegengewirkt werden, indem dessen «terroristisches Gedankengut» durch die Unterbindung des Kontaktes zu bestimmten Drittpersonen nicht weiter negativ beeinflusst werden soll.¹²⁵² Andererseits soll auch verhindert werden, dass ein terroristischer Gefährder Dritte negativ beeinflussen könnte.¹²⁵³

B. Unklare Vollzugsapakte

Die Gesetzesbestimmung von Art. 23l BWIS und die einschlägige Botschaftspassage ist kurz und unbestimmt gehalten. Im Zusammenhang mit der künftigen Anordnung

¹²⁴⁹ HAGENSTEIN, in: Niggli/Wiprächtiger, Art. 67b Rz 11.

¹²⁵⁰ Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4793. Zur Anordnung von Kontaktverboten nach Art. 81 Abs. 5 AIG im ausländerrechtlichen Haftvollzug weiter hinten §9, III., 4., D., b.).

¹²⁵¹ Zum Zweck des Kontaktverbots äusserte sich Bundesrätin Keller-Sutter in der Wintersession 2019 wie folgt: «Wenn von einer radikalisierten und als gefährlich beurteilten Person eine unmittelbare Gefährdung ausgeht, soll sie mittels Kontaktverbot von ihrem radikalisierten Umfeld – das heisst beispielsweise einer Moschee oder einem Verein – ferngehalten werden». Siehe AB 2019, S. 1109.

¹²⁵² Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4793. Als Beispiel für entsprechende Drittpersonen nennt die Botschaft an dieser Stelle «Rekrutierer» im Internet.

¹²⁵³ Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4793, wonach bei «negativer Beeinflussung» bspw. an die Radikalisierung oder Rekrutierung der Drittperson für terroristische Aktivitäten zu denken sei.

und dem Vollzug von Kontaktverboten nach Art. 23l BWIS bleiben daher zahlreiche Vollzugsaspekte (dazu sogleich a.-d.) unklar.

a.) Verbotsinhalt bei Personengruppen

Damit der terroristische Gefährder einem Kontaktverbot Folge leisten kann, hat Fedpol die Verbotsmaterie in der Verfügung ausreichend klar zu umschreiben. Art. 23l BWIS sieht vor, dass Kontaktverbote auch in Bezug auf Personengruppen möglich sind. Der Verbotsinhalt ist diesfalls nur dann ausreichend klar umschrieben, wenn die zu einer *Personengruppe* gehörenden und vom Kontaktverbot erfassten *Personen in der Verfügung einzeln genannt* werden. Wäre es umgekehrt bspw. ausreichend, wenn Fedpol der betroffenen Person jeglichen Kontakt «zu den Mitgliedern der Organisation X» oder «zu Personen aus dem Umfeld rund um die Moschee Z» verbieten dürfte, wäre es für diese aufgrund des *unpräzisen Verbotsinhaltes* unmöglich, sich rechtskonform zu verhalten. So könnte die betroffene Person bspw. nicht wissen, dass eine bestimmte Person «Mitglied der Organisation X» ist oder den Kontakt zu einer sich u.a. in der Moschee Z. aufhaltenden Person lediglich als Teamkollege in einem Fussballverein pflegen und um deren Aufenthalt «im Umfeld rund um die Moschee Z» gar nichts wissen.¹²⁵⁴

b.) Allzu weitgehend: Negative Beeinflussung von Drittpersonen

Dass zur Eindämmung der eigenen Radikalisierung der betroffenen Person ein Kontaktverbot auferlegt werden kann, erscheint naheliegend und je nach Umständen des Einzelfalles auch sinnvoll.¹²⁵⁵ Hingegen ist der Anwendungsbereich des Kontaktverbotes mangels entsprechender Ausführungen in der Botschaft potentiell uferlos, soweit durch ein einseitiges Kontaktverbot die negative Beeinflussung Dritter eingeschränkt werden soll. Eine als terroristischer Gefährder kategorisierte Person kann potentiell sämtliche Drittpersonen negativ beeinflussen. Der Botschaft ermangelt es an Kriterien, über welche negativ beeinflussbare Drittpersonen verfügen müssen. Zur Vermeidung einer ausufernden Verhängung von Kontaktverboten wird Fedpol daher in jedem Einzelfall

¹²⁵⁴ Die Notwendigkeit der Klarheit des Verbotsinhaltes verdeutlicht sich auch am Umstand, dass die betroffene Person nach Art. 29a Abs. 2 BWIS (auch) für fahrlässige Verstösse gegen ein Kontaktverbot sanktioniert werden kann.

¹²⁵⁵ Das Gesagte gilt jedenfalls dann, wenn sich die Kontaktverbote auf die den terroristischen Gefährder offenkundig beeinflussende Drittpersonen beschränken.

zu begründen haben, weshalb die passiv vom Kontaktverbot erfasste *Drittperson* zur negativen Beeinflussung des terroristischen Gefährders *besonders geeignet* resp. im umgekehrten Fall für eine negative Beeinflussung durch den terroristischen Gefährder *besonders gefährdet* sein soll.¹²⁵⁶

c.) Unklare Rechtsstellung der passiv betroffenen Drittperson

Die Anordnung eines Kontaktverbotes nach Art. 23l BWIS setzt voraus, dass die betroffene Person zuvor nach Art. 23e BWIS als terroristischer Gefährder kategorisiert wurde. In Bezug auf die Rechtsstellung der *passiv vom Kontaktverbot betroffenen Drittperson* stellen sich verschiedene Fragen, welche in der Botschaft nicht einmal ansatzweise aufgegriffen wurden. Vorab bleibt unklar, ob und falls ja, von wem und auf welche Weise die passiv vom Kontaktverbot betroffenen Drittpersonen über das gegen den terroristischen Gefährder verfügte Kontaktverbot informieren werden. Dass die betroffene Person die passiv betroffenen Drittpersonen selbst über das Kontaktverbot informieren würde, wäre nicht im Sinne der Massnahme, weshalb davon auszugehen ist, dass die verfügende Behörde die passiv betroffenen Drittpersonen über das verfügte Kontaktverbot in Kenntnis setzt.¹²⁵⁷ Dies ist zwingend geboten, da andernfalls faktisch ein unvermittelter Kontaktabbruch vorliegen würde. Dieser könnte wiederum zur Folge haben, dass passiv betroffene Drittpersonen, die mit dem Kontaktverbot belegte Person erst recht aktiv kontaktieren würden, was dem Zweck der Massnahme zuwiderlaufen würde. Ebenso bleibt offen, ob und falls ja, gestützt auf welche Rechtsgrundlage die passiv betroffene Drittperson zur Unterlassung von einseitigen Kontaktnahmeversuchen verpflichtet werden soll.¹²⁵⁸ Ferner ist auch ungewiss, ob und falls ja, auf welchem Rechtsmittelweg die durch ein Kontaktverbot in ihren Rechten berührte passiv betroffene Drittperson zur Anfechtung des Kontaktverbotes aktivlegitimiert ist.¹²⁵⁹

¹²⁵⁶ Mögliche Anhaltspunkte könnten u.a. ein reger Kontakt oder ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen den beiden Personen darstellen.

¹²⁵⁷ In Bezug auf die Art und Weise der Information der passiv betroffenen Drittpersonen scheint je nach Person die Schriftform und oder ein persönliches Gespräch angezeigt. Fraglich ist hierbei auch, gestützt auf welcher Rechtsgrundlage der genaue Inhalt und die Daten des Kontaktverbotes der passiv betroffenen Drittperson zur Kenntnis gebracht werden.

¹²⁵⁸ Eine entsprechende Rechtsgrundlage besteht nach Ansicht des Schreibenden nicht.

¹²⁵⁹ Soweit eine passiv von einem Kontaktverbot betroffene Drittperson durch dieses unmittelbar in ihren Rechten betroffen ist, könnte diese das Kontaktverbot allenfalls über die Rechtsschutz-

d.) Unklarheiten rund um «gegenseitige Kontaktverbote»

Weder Art. 23l BWIS noch die zugehörige Botschaftspassage¹²⁶⁰ erwähnen die Möglichkeit der Verfügung eines *gegenseitigen Kontaktverbots*. Dass gegenseitige Kontaktverbote der Absicht des Bundesrates entsprechen, ergibt sich jedoch aus den in der Botschaft zum PMT enthaltenen Ausführungen zur elektronischen Überwachung und Mobilfunklokalisierung nach Art. 23q BWIS.¹²⁶¹ Obwohl die konkrete Ausgestaltung der Kontaktverbote weitestgehend offen bleibt, kann immerhin festgestellt werden, dass das Kontaktverbot eine Massnahme nach dem 5. Abschnitt des BWIS darstellt, weshalb (gegenseitige) Kontaktverbote nach Art. 23l BWIS nur zwischen Personen verfügt werden können, die vorgängig eigenständig als terroristische Gefährder i.S.v. Art. 23e BWIS kategorisiert wurden.

C. Grundrechtliche Aspekte

a.) Betroffene Schutzbereiche

Die Anordnung eines Kontaktverbotes gemäss Art. 23l BWIS gegenüber einem oder mehreren terroristischen Gefährdern greift in deren Recht auf Privatleben gemäss Art. 8 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV¹²⁶² sowie in «elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung»¹²⁶³ und daher auch in die persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV ein. Je nach Ausgestaltung kann ein Kontaktverbot einen schweren Eingriff in die vorerwähnten Grundrechte bewirken.¹²⁶⁴ Ein verfügtes Kontaktverbot kann im Einzelfall

bestimmung von Art. 24g BWIS anfechten. Mehr zu Art. 24g BWIS hinten §8, III., 2. Eine Aktivlegitimation wäre m.E. insbesondere dann zu bejahen, wenn die vom Kontaktverbot betroffene Beziehung in den Schutzbereich des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens und das Recht auf Familie von Art. 8 EMRK fällt.

¹²⁶⁰ Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4793.

¹²⁶¹ Siehe Botschaft PMT, BBl 2019 4798. An dieser Stelle wird erwähnt, dass sich soweit «verschiedene Personen mit einem gegenseitigen Kontaktverbot belegt» seien, die Einrichtung einer «dynamischen Verbotszone» anbieten könne. Ausführlicher zu Art. 23q hinten §8, II., 7.

¹²⁶² Art. 13 BV schützt u.a. die Identität und die sozialen Beziehungen einer Person, vgl. BGE 135 I 198 E. 3.1. Dazu statt vieler auch BIAGGINI-BV-Kom, Art. 13 Rz 5 (m.w.H.).

¹²⁶³ Vgl. dazu u.a. BGE 142 I 195, 199 E. 3.2; 136 V 117.

¹²⁶⁴ Vgl. auch CONNE/PLÜSS, S. 137. Im Rahmen der Vernehmlassung zum PMT sprachen namentlich die DJS, grundrechte.ch und die Digitale Gesellschaft von einem schweren Eingriff in die persön-

in weitere Grundrechte eingreifen. Zu denken ist u.a. an das Recht auf Ehe und Familie (Art. 14 BV), die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV) oder die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 22 f. BV).¹²⁶⁵

b.) Ungenügende Normdichte

Da ein nach Art. 23l BWIS verfüktes Kontaktverbot je nach Ausgestaltung im Einzelfall schwere Grundrechtseingriffe bewirken kann, ist Art. 23l BWIS unter Berücksichtigung der nach Art. 36 Abs. 1 BV erforderlichen Normdichte als ungenügend zu bezeichnen. Die vorstehend unter B. gemachten Ausführungen zu den Vollzugsaspekten haben erhebliche Unklarheiten aufgezeigt, welche auch in der Botschaft nicht erhellt werden. Konkret bleibt unklar, wie der Verbotsinhalt bei Personengruppen hinreichend klar definiert werden soll, unter welchen Voraussetzungen von einer negativen Beeinflussung Dritter auszugehen ist resp. ob alle Drittpersonen darunterfallen, durch wen und auf welche Weise eine von einem Kontaktverbot passiv betroffene Drittperson informiert werden soll und welche Rechte und Pflichten dieser gestützt auf welche Rechtsgrundlage zukommen.

c.) Verhältnismässigkeit: Teilweise Eignung

Grundsätzlich kann ein Kontaktverbot zur Eindämmung der Verbreitung von terroristischem Gedankengut *geeignet* sein. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass der direkte Kontakt zwischen zwei Personen lediglich eine mögliche Form darstellt, um terroristisches Gedankengut zu verbreiten. Das Kontaktverbot greift zwischen natürlichen Personen, weshalb es bspw. keine geeignete Massnahme darstellt, um der betroffenen Person den Besuch von radikalisierenden Webseiten oder das Hören von einschlägigen Podcasts zu untersagen, da diesfalls kein wechselseitiger Kontakt zu einer natürlichen Person besteht, der durch Art. 23l BWIS verboten werden könnte. Im Zusammenhang mit der Eignung der Massnahme ist auch zu beachten, dass diese nur schwerlich kontrollierbar sein dürfte, wenn der mit dem Kontaktverbot belegte terroristische Gefährder

liche Freiheit. humanrights.ch ging gar von einer Verletzung des Kerngehalts von Art. 10 Abs. 2 BV und der Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV) aus. Vgl. FEDPOL, PMT-Vernehmlassungsergebnisse, S. 18.

¹²⁶⁵ Ausführlicher zu den erwähnten Grundrechten statt vieler MÜLLER/SCHEFER, Art. 14, 15, 22, 23 (m.w.H.).

und die passiv vom Kontaktverbot betroffene Drittperson über gemeinsame Bekannte verfügen.¹²⁶⁶

d.) Verhältnismässigkeit: Erforderlichkeit

In sachlicher Hinsicht ist in Bezug auf die Erforderlichkeit eines Kontaktverbotes nach Art. 23l BWIS zu beachten, dass Kontaktverbote sowohl im zivilrechtlichen, gewaltschutzrechtlichen als auch im strafprozessualen Bereich bestehen.¹²⁶⁷ Da das Kontaktverbot nach Art. 23l BWIS subsidiär und komplementär zu den in Art. 23f Abs. 1 lit. a-c genannten Voraussetzungen steht, hat Fedpol in jedem Einzelfall zu prüfen und begründen, weshalb ein Kontaktverbot nach Art. 23l BWIS erforderlich sein soll.

aa) Art. 23f Abs. 1 lit. b BWIS

Art. 23f Abs. 1 lit. b BWIS bringt mit sich, dass der Erlass eines Kontaktverbotes nach Art. 23l BWIS nur dann erforderlich ist, wenn die beabsichtigte Eindämmung der Verbreitung von terroristischem Gedankengut nicht ebenso mit kantonalen Massnahmen der allgemeinen Gefahrenabwehr erreicht werden kann. Instrumente der kantonalen Gewaltprävention ermöglichen es entweder im Rahmen eines Bedrohungsmanagements¹²⁶⁸ direkt gestützt auf kantonale Polizeigesetze¹²⁶⁹ oder auf spezifische Gewaltschutzgesetze¹²⁷⁰ gefährdende Personen mit Massnahmen wie Kontaktverboten zu belegen. Zu den kantonalen Kontaktverboten hält die Botschaft fest, dass «diese den Kontakt zu bestimmten Personen nicht unterbinden, um damit terrorfördernden Austausch zu ver-

¹²⁶⁶ Im Rahmen der Vernehmlassung stellte auch die ICJ-CH die Eignung des Kontaktverbotes in Frage, da hierzu «ganze Gruppen oder jedenfalls die Drittpersonen entsprechend überwacht» werden müssten, siehe ICJ-CH, Vernehmlassung-PMT, S. 5.

¹²⁶⁷ Ausführlicher zu den einzelnen zivilrechtlichen Massnahmen sogleich sowie mit einer informativen Übersicht CONNE/PLÜSS, S. 127 ff. Siehe auch TIEFENTHAL, Polizeihochheit, S. 580 ff; HAGENSTEIN, in: Niggli/Wiprächtiger, Art. 67b Rz 3 ff.

¹²⁶⁸ Vgl. bspw. die Koordinations- und Anlaufstelle Gewaltprävention und Bedrohungsmanagement des Kantons Luzern. Zum Bedrohungsmanagement siehe auch vorne §7, I, 2., A.

¹²⁶⁹ Die entsprechenden Bestimmungen sind diesfalls in der Regel im Zusammenhang mit der Wegweisung von Personen geregelt. Vgl. bspw. §37a PolG Basel-Stadt (SG 510.100); Art. 83 Abs. 1 lit. f i.V.m. Abs. 3 PolG-Bern (BSG 551.1). Ferner auch §34 Abs. 2 und 3 PolG Aargau (SAR 531.200).

¹²⁷⁰ Als eigentlicher Trendsetter im Bereich des Gewaltschutzes darf der Kanton Zürich bezeichnet werden, dessen Gewaltschutzgesetz (GSG, LS 351) gemäss §1 den Schutz, die Sicherheit und die Unterstützung von durch häusliche Gewalt oder Stalking betroffenen Personen bezweckt.

hindern, sondern um die kontaktierte Person vor Gefährdungen, Bedrohungen und Belästigungen zu schützen»¹²⁷¹. Aufgrund des abweichenden Regelungszweckes¹²⁷² würden kantonale Kontaktverbote «im Kontext der Verhinderung terrorfördernder Kontakte» ausser Betracht fallen. Fedpol wird es in der künftigen Rechtsanwendung im Einzelfall nicht bei diesem pauschalen Hinweis belassen können, sondern in Berücksichtigung der jeweiligen Rechtslage des im Einzelfall zuständigen Kantons aufzuzeigen¹²⁷³ und zu begründen haben, weshalb die bestehenden kantonalen Massnahmen der allgemeinen Gefahrenabwehr im Einzelfall nicht ausreichend sein sollen.

ab) Art. 23f Abs. 1 lit. c BWIS

Aus Art. 23f Abs. 1 lit. c BWIS ergibt sich, dass die Anordnung eines Kontaktverbotes nach Art. 23l BWIS ausser Betracht fällt, wenn der terroristische Gefährder zugleich Beschuldigter in einem Strafverfahren ist und gegen diesen strafprozessuale freiheitsentziehende Zwangs- oder Ersatzmassnahme¹²⁷⁴ angeordnet wurden, welche zur Erreichung des Zweckes von Art. 23l BWIS gleichermassen geeignet sind. Fedpol wird in jedem Einzelfall zu begründen haben, weshalb verfügte strafprozessuale Zwangs- oder Ersatzmassnahmen in ihrer Wirkung zur Zweckerreichung nicht ausreichend geeignet sind.¹²⁷⁵

e.) Verhältnismässigkeit: Zumutbarkeit

Bei der Prüfung der Anordnung eines Kontaktverbotes nach Art. 23l BWIS kommt der Berücksichtigung des Verhältnisses von *Eingriffszweck und Eingriffswirkung* hervor-

¹²⁷¹ Zu diesem Zitat und dem nachfolgenden Satz Botschaft PMT, BBl 2019 4779.

¹²⁷² Der in der Botschaft enthaltene *Verweis auf den Regelungszweck* der Massnahme kann nicht massgeblich sein. Aufgrund des Wortlautes von Art. 23f Abs. 1 lit. b ist einzig relevant, ob der im Einzelfall zuständige Kanton eine Massnahme der Gefahrenabwehr vorsieht, welche zur Zweckerreichung resp. zur Verhinderung der Verbreitung von terroristischem Gedankengut ausreichend ist.

¹²⁷³ Dies ergibt sich schon nur aus dem Umstand, dass es denkbar wäre, dass ein bestimmter Kanton eine entsprechende Rechtsgrundlage erst noch schaffen würde.

¹²⁷⁴ Im strafprozessualen Kontext sieht Art. 237 Abs. 1 StPO vor, dass das zuständige Gericht an Stelle von Untersuchungs- oder der Sicherheitshaft mildere Massnahmen anordnen kann, wenn diese den gleichen Zweck erfüllen, wobei Art. 237 Abs. 2 lit. g StPO als mögliche Ersatzmassnahme Kontaktverbote nennt. Interessant zur Abgrenzung zwischen dem strafprozessualen und gewaltschutzrechtlichen Kontaktverbot CONNE/PLÜSS, S. 132.

¹²⁷⁵ Zur Begründungspflicht im Kontext von Art. 23f Abs. 1 lit. c BWIS weiter vorne §8, I., 2., B., c.),

gende Bedeutung zu, da zwei spezifische Faktoren die Eingriffswirkung des Kontaktverbotes beachtlich erhöhen. Einerseits hat Fedpol den Umstand zu berücksichtigen, dass ein Kontaktverbot (un-)mittelbar in die *Grundrechtsposition passiv betroffener Drittperson* eingreift.¹²⁷⁶ Soweit die vom Kontaktverbot betroffene Person zudem minderjährig ist und mutmasslich noch bei ihren Eltern wohnt oder die betroffene Person mit anderen Personen zusammenlebt, ist unter dem Aspekt der Eingriffswirkung auch zu berücksichtigen, dass die Kontrolle des Kontaktverbotes neben der passiv betroffenen Drittperson auch die Grundrechte weiterer Hausgenossen beeinträchtigen könnte.¹²⁷⁷ Andererseits sieht Art. 23l BWIS, im Unterschied zu anderen BWIS-Massnahmen¹²⁷⁸, *keine gesetzliche Ausnahmemöglichkeit* vor. Dieser Umstand bringt mit sich, dass ein Kontaktverbot für die im Einzelfall verfügte Dauer absolute Geltung beansprucht, was in bestimmten Einzelfällen zu potentiell unzumutbaren Härten führen kann.¹²⁷⁹ Die fehlende Ausnahmemöglichkeit erhöht die Schwere der Eingriffswirkung eines Kontaktverbotes, weshalb Fedpol vor der Verfügung der Massnahme im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung auch diesem Umstand hinreichend Rechnung zu tragen hat.¹²⁸⁰

4. Ein- und Ausgrenzung

Ein- und Ausgrenzungen fanden mit Art. 13e ANAG als ausländerrechtliche Zwangsmassnahmen erstmals auf breiter Basis Eingang in die schweizerische Bundesrechtsord-

¹²⁷⁶ Nach Ansicht des Schreibenden könnte sich ein an sich geeignetes und erforderliches Kontaktverbot in Einzelfällen bspw. dann als unzumutbar erweisen, wenn dadurch in ein durch Art. 8 EMRK geschütztes Rechtsverhältnis eingegriffen würde.

¹²⁷⁷ Vgl. auch FEDPOL, PMT-Vernehmlassungsergebnisse, S. 18. Zudem bringt die Überprüfung des Kontaktverbotes bei terroristischen Gefährdern, welche in Wohngemeinschaft leben, mit sich, dass diese innerhalb der Gemeinschaft stigmatisiert werden (könnten).

¹²⁷⁸ Vgl. die Art. 23k Abs. 4, 23m Abs. 2, 23o Abs. 3 BWIS.

¹²⁷⁹ Zu denken ist bspw. an die Konstellation, in welcher im Falle eines einseitigen Kontaktverbotes die passiv betroffene Drittperson ein naher Familienangehöriger ist, welcher aufgrund eines Unfalles schwer verletzt wurde. Im Rahmen der Vernehmlassung zum PMT verwies die Universität Luzern darauf, dass die Ergänzung einer Ausnahmebestimmung aus Gründen der Verhältnismässigkeit sinnvoll wäre. Siehe FEDPOL, PMT-Vernehmlassungsergebnisse, S. 19.

¹²⁸⁰ Die fehlende Ausnahmemöglichkeit führt dazu, dass in bestimmten Konstellationen ein an sich geeignetes und erforderliches Kontaktverbot sich in einem bestimmten Einzelfall als unzumutbar und mithin unverhältnismässig erweisen könnte.

nung,¹²⁸¹ wobei sich mittlerweile in Bezug auf diese sowie deren Grundrechtskonformität eine bundesgerichtliche Rechtsprechungspraxis entwickelt hat.¹²⁸² In einem ersten Schritt werden daher nachfolgend unter A. die Grundzüge der aktuellen Bestimmung zu ausländerrechtlichen Ein- und Ausgrenzungen nach Art. 74 AIG summarisch vorgestellt. Alsdann wird unter B. der Regelungsinhalt und Zweck der Ein- und Ausgrenzung nach Art. 23m BWIS besprochen. Unter C. werden in Bezug auf Art. 23m BWIS vollzugs- und grundrechtliche Aspekte behandelt, worin teilweise auch Bezüge zur vorerwähnten ausländerrechtlichen Rechtsprechung hergestellt werden.

A. Ausländerrechtliche Ein- und Ausgrenzungen

Art. 74 Abs. 1 AIG sieht vor, dass die zuständige kantonale Behörde einer ausländischen Person¹²⁸³ die Auflage machen kann, ein ihr zugewiesenes Gebiet nicht zu verlassen (Eingrenzung) oder ein bestimmtes Gebiet nicht zu betreten (Ausgrenzung). Voraussetzung hierzu ist, dass zumindest eine der in Art. 74 Abs. 1 lit. a-c AIG genannten alternativen Voraussetzungen erfüllt ist. Den ausländerrechtlichen Ein- und Ausgrenzungen kommen gemäss Bundesgericht eine «mehrfache Funktion»¹²⁸⁴ zu.

¹²⁸¹ CHATTON/MERZ, in: Nguyen/Amarelle, Art. 74 Rz 1. Siehe auch BGE 142 II 1 E. 2.2., wonach die zu Art. 13e des früheren ANAG ergangene Rechtsprechung massgebend bleibe.

¹²⁸² Die ausländerrechtlich Ein- und Ausgrenzung ist «eine Zwangsmassnahme zur Durchsetzung von Fernhaltungsmassnahmen; sie ist eine mildere Massnahme als die Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft» i.S.d. Art. 75 ff. AIG, d.h. «sie geht weniger weit als der ausländerrechtlich begründete Freiheitsentzug; sie darf analog diesem aber auch eine gewisse Druckwirkung zur Durchsetzung der Ausreisepflicht entfalten». Siehe zu diesem Satz und den enthaltenen Wortzitaten BGE 142 II 1 E. 2.2 (m.w.H.); vgl. auch BBL 2002 3766 f. Einen Überblick zu der kantonalen Rechtsprechung zu ausländerrechtlichen Zwangsmassnahmen findet sich jeweils im Jahrbuch für Migrationsrecht. Vgl. dazu bspw. MÜLLER/SCHNEIDER, in: ACHERMANN et al., Jahrbuch Migrationsrecht 2017/2018, S. 240 ff.

¹²⁸³ Der persönliche Anwendungsbereich beschränkt sich nicht auf illegal anwesende Ausländer, sondern erstreckt sich auch auf ausländische Personen in einem laufenden Asylverfahren, auf Ausländer, die sich aufgrund eines gesetzlichen Anwesenheitsrechts, z.B. als Touristen (vgl. Art. 10 Abs. 1 AIG), bewilligungsfrei in der Schweiz aufhalten dürfen sowie auf vorläufig aufgenommene Ausländer (vgl. Art. 83 AIG). Siehe ZÜND, in: Spescha et al., Art. 74 AIG Rz 2.

¹²⁸⁴ «Sie dient einerseits dazu, gegen Ausländer vorgehen zu können, welche die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden, bei denen aber eine sofortige Wegweisung nicht möglich ist. Sie kommt auch in Betracht, wenn der Ausländer wegen eines länger dauernden Wegweisungshindernisses gar nicht ausgeschafft werden kann, aber die Notwendigkeit besteht, ihn von bestimmten Orten fernzuhalten. Sie soll zudem – in den Grenzen der Verhältnismässigkeit (..) –

Die Verfügung einer Ein- oder Ausgrenzung nach Art. 74 Abs. 1 lit. a AIG setzt voraus, dass die betroffene Person über keine Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung verfügt *und* diese Person die öffentliche Sicherheit und Ordnung stört oder gefährdet, was gemäss ausdrücklichem Wortlaut der Gesetzesbestimmung «insbesondere der Bekämpfung des widerrechtlichen Betäubungsmittelhandels» dienen soll.¹²⁸⁵ Ein- und Ausgrenzungen können gestützt auf Art. 74 Abs. 1 AIG überdies auch gegen ausländische Personen verfügt werden, bei welchen ein rechtskräftiger Weg- oder Ausweisungsentscheid vorliegt *und* bei denen Fluchtgefahr besteht (*lit. b*) oder bei welchen die Ausschaffung einer ausländischen Person aufgeschoben wurde (*lit. c* i.V.m. Art. 69 Abs. 3 AIG). In seiner ausländerrechtlichen Rechtsprechung konturierte das Bundesgericht auch Fragen rund um die verhältnismässige Handhabung von Ein- oder Ausgrenzungen nach Art. 74 Abs. 1 AIG. Diese müssen demnach «geeignet sein, um das damit verfolgte Ziel erreichen zu können», wobei sie «nicht über das hierzu Erforderliche hinausgehen (was insbesondere bei der Festlegung der Grösse des Rayons und der Dauer der Massnahme zu berücksichtigen ist)» dürfen.¹²⁸⁶ Das Bundesgericht betont zudem, dass «die Massnahme auch die Zweck-Mittel-Relation wahren» müsse. Obwohl die Ein- und Ausgrenzungen nach Art. 74 Abs. 1 AIG verschiedenen Zwecken diene, «geht es also immer darum zu bestimmen, welches Ziel angestrebt wird und – in einem zweiten Schritt – gestützt auf diese Zielsetzung die geeignete(n) Massnahme(n) zu treffen», wobei «die ins Auge gefasste Massnahme daran zu messen ist, ob damit das gesteckte Ziel erreicht werden kann».¹²⁸⁷

dem Ausländer bewusst machen, dass er sich hier illegal aufhält und nicht vorbehaltlos von den mit einem Anwesenheitsrecht verbundenen Freiheiten profitieren kann.» BGE 142 II 1 E. 2.2 (m.w.H.).

¹²⁸⁵ Vgl. ZÜND, in: Spescha et al., Art. 74 Rz 2; BGE 142 II 1 E. 4.4. Siehe dazu auch CHATTON/MERZ, in: Nguyen/Amarelle, Art. 74 Rz 17.

¹²⁸⁶ Siehe zu diesem Satz und den darin enthaltenen Wortzitaten BGE 142 II 1 E. 2.3, wo zudem zu lesen steht: «Auf begründetes Gesuch hin muss die zuständige Behörde für gewisse Gänge zu Behörden, Anwalt, Arzt oder Angehörigen Ausnahmen bewilligen, soweit die entsprechenden Grundbedürfnisse nicht sachgerecht und grundrechtskonform im bezeichneten Aufenthaltsgebiet selber abgedeckt werden können».

¹²⁸⁷ Siehe zu diesem Satz und den darin enthaltenen Wortzitaten BGE 142 II 1 E. 2.4.

B. Art. 23m BWIS: Regelungsinhalt und Massnahmезweck

Gestützt auf Art. 23m BWIS kann Fedpol einem terroristischen Gefährder verbieten, mittels *Eingrenzung* ein ihm zugewiesenes Gebiet zu verlassen oder mittels *Ausgrenzung* ein bestimmtes Gebiet oder eine bestimmte Liegenschaft zu betreten. Aus den einschlägigen Ausführungen in der Botschaft zum PMT ergibt sich implizit, dass Ein- und Ausgrenzungen nach Art. 23m BWIS verschiedenen Zwecken dienen. Übergeordneter Zweck beider Fernhaltungsmassnahmen ist es, als terroristische Gefährder kategorisierte Personen am Aufenthalt an bestimmten Orten zu hindern.¹²⁸⁸ Als relevante *Orte* nennt der Bundesrat Räume oder Liegenschaften, in welchen «die Radikalisierung der Person stattgefunden hat oder eine weitere Radikalisierung zu befürchten ist»¹²⁸⁹. In dieser Konstellation bezweckt eine Ausgrenzung nach Art. 23m BWIS die Verhinderung einer weiteren Radikalisierung und zielt in diesem Sinne direkt auf die (Besserung der) von der Massnahme betroffenen Person ab.¹²⁹⁰ Ein- und Ausgrenzungen nach Art. 23m BWIS bezwecken gemäss Botschaft zudem auch die Fernhaltung von terroristischen Gefährdern von bestimmten sicherheitsrelevanten Orten, wobei die Massnahme diesfalls unmittelbar auf den Schutz der Allgemeinheit zielt.¹²⁹¹ Als mögliche Orte nennt der Bundesrat solche «mit kritischer Infrastruktur» oder «grossen Menschenansammlungen».¹²⁹²

¹²⁸⁸ Botschaft PMT, BBl 2019 4793. Mittelbar dienen diese Massnahmen dem im Gliederungstitel des 5. Abschnittes des BWIS übergeordneten Zweck der Verhinderung terroristischer Aktivitäten. Soweit der Ort der Eingrenzung eine Liegenschaft ist, handelt es sich um eine Eingrenzung i.S.v. Art. 23o f. BWIS. Hierzu weiter hinten §8, II., 6.

¹²⁸⁹ Botschaft PMT, BBl 2019 4793. Bei näherer Betrachtung ist die erwähnte Botschaftspassage ungenau, da letztlich nicht ein (spezifischer) Ort, sondern (wenn schon) bestimmte sich an diesem Ort aufhaltende Personen die Radikalisierung verstärken können.

¹²⁹⁰ Eine Eingrenzung auf einen entsprechenden Ort wäre sinnwidrig, weshalb in den vorerwähnten Konstellationen, entgegen den Ausführungen in der Botschaft, lediglich eine Ausgrenzung der Person vom betreffenden Ort in Betracht kommt.

¹²⁹¹ Vgl. dazu Botschaft PMT, BBl 2019 4793.

¹²⁹² Siehe zu den beiden Wortzitaten in diesem Satz Botschaft PMT, BBl 2019 4793.

C. Art. 23m BWIS: Vollzugs- und Grundrechtsaspekte

a.) Betroffene Schutzbereiche und Eingriffsschwere

Ein- oder Ausgrenzungen nach Art. 23m BWIS sind geeignet, in den Schutzbereich verschiedener Grundrechte einzugreifen. Konkret ist die durch Art. 10 Abs. 2 BV geschützte Bewegungsfreiheit tangiert, welche vor staatlichen Massnahmen schützt, die «auf einzelne Personen oder Personengruppen zielen und diese daran hindern, einen ansonsten rechtlich und faktisch zugänglichen Ort aufzusuchen oder in diesem zu verbleiben»¹²⁹³. «Bei der Eingrenzung handelt es sich um eine im Regelfall lediglich freiheitsbeschränkende Massnahme, die unterhalb der Schwelle des Freiheitsentzugs bleibt und demzufolge nicht den Anforderungen von Art. 5 Ziff. 1 EMRK an einen solchen zu genügen hat. Sie darf allerdings nicht derart eng ausgestaltet sein, dass ihre Wirkungen einem Freiheitsentzug entsprechen, etwa wenn durch sie frei gewählte soziale Kontakte stark eingeschränkt würden.»¹²⁹⁴ Überdies erschwert oder verunmöglicht eine verfügte Ein- oder Ausgrenzung auch die Pflege von sozialen Kontakten, wodurch auch in durch Art. 10 Abs. 2 BV geschützte elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung eingegriffen wird.¹²⁹⁵ Ein- und Ausgrenzungen können ferner einen Eingriff in die Versammlungsfreiheit nach Art. 22 BV bewirken, deren Schutzbereich auf «verschiedenste Formen des Zusammenfindens von Menschen im Rahmen einer gewissen Organisation mit einem weit verstandenen gegenseitig meinungsbildenden, -äussernden oder -austauschenden Zweck»¹²⁹⁶ abzielt.¹²⁹⁷ Die *Schwere* der mit Ein- und Ausgrenzungen nach Art. 23m BWIS verbundenen Grundrechtseingriffe werden in Würdigung der räumlichen und zeitlichen Ausgestaltung einzelfallweise festzulegen sein.¹²⁹⁸ In diesem

¹²⁹³ Statt vieler MOECKLI/KELLER, S. 240 (m.w.H.).

¹²⁹⁴ WORTHA/TIEFENTHAL, S. 42. Siehe auch Vgl. ZÜND, in: Spescha et al., Art. 74 Rz 1.

¹²⁹⁵ Vgl. dazu BGE 133 I 110 E. 5.2.; 132 I 49 E. 5.2 (m.w.H.).

¹²⁹⁶ BGE 137 I 31 E. 6.1.

¹²⁹⁷ Vgl. MOECKLI/KELLER, S. 240. Je nach Umständen des Einzelfalles kann eine verfügte Ein- oder Ausgrenzung bspw. auch in den Schutzbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV) oder in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) der betroffenen Person eingreifen.

¹²⁹⁸ BGE 142 II 1 E. 2.3; MOECKLI/KELLER, S. 244 f (m.w.H.). In Anbetracht von Art. 23g BWIS, welcher die Anordnung von mehrmonatigen Ein- oder Ausgrenzungen zulässt, könnten diese im jeweiligen Einzelfall schwere Grundrechtseingriffe begründen.

Zusammenhang lassen sich die Ausführungen von WORTHA/TIEFENTHAL zu Art. 74 AIG auf Art. 23m BWIS übertragen: «Wie stark die Bewegungsfreiheit der betroffenen Person eingeschränkt wird, hängt im Einzelfall von der Grösse des jeweils geografisch ausgeschiedenen Gebiets ab. Die Eingrenzung stellt meistens die strengere Massnahme als die Ausgrenzung dar, bei der einer Person grundsätzlich sämtliche geografischen Freiheiten, ausser dem Betreten des ausgeschiedenen Gebiets, zustehen. Deshalb ist die Eingrenzung auch subsidiär zur Ausgrenzung anzuwenden.»¹²⁹⁹ Weder Art. 23m BWIS noch die Botschaft tragen dem aus grundrechtlicher Sicht zentralen Umstand, wonach eine Eingrenzung einen bedeutend weitreichenderen und *intensiveren Grundrechts-eingriff* bewirkt als eine Ausgrenzung, Rechnung. Dessen unbeachtlich wird diesem Umstand in der künftigen Rechtsanwendung von Art. 23m BWIS, wie nachfolgend unter b.) und c.) gezeigt werden soll, hinreichende Beachtung zukommen müssen.

b.) Hinreichende Begründung der Eignung der anvisierten Massnahme

Ein- und Ausgrenzungen nach Art. 23m BWIS dienen, wie auch die Ein- und Ausgrenzungen nach Art. 74 Abs. 1 AIG, verschiedenen Zwecken und Zielen. Nach Ansicht des Schreibenden rechtfertigt sich in diesem Kontext die Übertragung der ausländerrechtlichen Rechtsprechung zu Art. 74 AIG auf Art. 23m BWIS. In der künftigen Anwendung von Art. 23m BWIS sollte Fedpol daher nachvollziehbar darzulegen haben, welches Ziel im Einzelfall durch eine Ein- und Ausgrenzungen nach Art. 23m BWIS angestrebt wird, wobei «die ins Auge gefasste Massnahme daran zu messen ist, ob damit das gesteckte Ziel erreicht werden kann».¹³⁰⁰ Zur Fernhaltung eines terroristischen Gefährders von einem bestimmten besonders sicherheitsrelevanten Ort sind die Massnahmen der Ein- und Ausgrenzung *gleichermaßen geeignet*. Eine Eingrenzung auf einen die Radikalisierung begünstigenden oder besonders sicherheits sensiblen Ort wäre dahingegen sinnwidrig und zur Zweckerreichung ungeeignet. Das Gesagte gilt ebenso, soweit ein terroristischer Gefährder durch eine Ein- oder Ausgrenzung von Orten ferngehalten werden soll, welchen diesen potentiell (weiter) radikalisieren könnten. Hierzu gilt es zu präzisieren, dass die Radikalisierung von Personen nicht durch Orte, sondern wenn schon durch sich an diesem Ort befindliche Personen erfolgt. Die Botschaft zum PMT

¹²⁹⁹ WORTHA/TIEFENTHAL, S. 41 f.

¹³⁰⁰ Siehe zu diesem Satz und den darin enthaltenen Wortzitaten BGE 142 II 1 E. 2.4.

trägt diesem Umstand an anderer Stelle zumindest implizit Rechnung, indem sie einen weiteren Zweck der Ein- und Ausgrenzungen nach Art. 23m BWIS nennt, wonach diese u.a. auch der «Unterbindung von Kontakten»¹³⁰¹ dienen sollen. Zur Unterbindung von Kontakten sind indes sowohl die Ein- als auch die Ausgrenzung nur teilweise *geeignet*, da beide Massnahmen lediglich die physische Fortbewegung an bestimmte Orte verbieten.¹³⁰²

c.) Verhältnismässigkeit: Fehlende Erforderlichkeit der Eingrenzung?

Soweit sich in einem Einzelfall Ein- und Ausgrenzungen zur Zweckerreichung als gleichermassen geeignet erweisen, ist lediglich die weniger grundrechtsintensive *Ausgrenzung* erforderlich.¹³⁰³ Die in der Botschaft exemplarisch genannten Orte beziehen sich bei näherer Betrachtung auf Fälle, in welchen einzig eine Ausgrenzung als geeignet, erforderlich und zumutbar in Betracht kommt. Auch unter Beizug der Botschaft sowie der weiteren Materialien bleibt daher unklar, für welche Orte oder Konstellationen der Gesetzgeber eine Eingrenzung vorgesehen hat.¹³⁰⁴ Sollte Fedpol in einem Einzelfall gestützt auf Art. 23m BWIS dennoch eine Eingrenzung verfügen wollen, hätte es sorgfältig zu begründen, weshalb der beabsichtigte Zweck nicht auch durch eine Ausgrenzung erreicht resp. eine Eingrenzung zur Zweckerreichung tatsächlich erforderlich sein soll. In Anbetracht der vom Bundesrat genannten Zwecke für Ein- und Ausgrenzungen nach Art. 23m BWIS sowie der vorstehenden Ausführungen ist nach Ansicht des Schreibenden jedoch davon auszugehen, dass die Zwecke fast immer auch mit Ausgrenzungen

¹³⁰¹ Botschaft PMT, BBl 2019 4779.

¹³⁰² Zur Einschränkung der Kontaktpflege auf elektronischem Kommunikationsweg oder zur physischen Kontaktpflege ausserhalb des von der Ausgrenzung betroffenen resp. innerhalb des die Eingrenzung umfassenden Rayons sind diese Massnahmen ebenso ungeeignet. Zur Zweckerreichung der Unterbindung von Kontakten hat die verfügende Behörde, wenn schon zu prüfen, ob die Voraussetzungen zum Erlasse eines Kontaktverbotes nach Art. 231 BWIS erfüllt sind.

¹³⁰³ So auch ZÜND im Hinblick auf das Verhältnis der ausländerrechtlichen Ein- und Ausgrenzung gemäss Art. 74 AIG. Vgl. ZÜND, in: Spescha et al., Art. 74 AIG Rz 3.

¹³⁰⁴ In Abgrenzung zur in den Art. 23o f. BWIS vorgesehenen Eingrenzung auf eine Liegenschaft hat das räumliche Eingrenzungsgebiet im Falle einer Eingrenzung nach Art. 23m BWIS über die von der betroffenen Person bewohnte Liegenschaft hinauszugehen. Das Gesagte ist insofern von geringer praktischer Relevanz, als dass nach Ansicht des Schreibenden die Massnahme der Eingrenzung zur Zweckerreichung an sich kaum je erforderlich sein dürfte. Hierzu sogleich unter d.).

erreicht werden können, weshalb sich die nachfolgenden Ausführungen einzig auf die weniger grundrechtsintensive Massnahme der Ausgrenzung beziehen.

aa) Art. 23f Abs. 1 lit. b BWIS

In Anbetracht von Art. 23f Abs. 1 lit. b BWIS kann die Anordnung einer Ausgrenzung nur dann erforderlich sein, wenn im Einzelfall keine zur Zweckerreichung ausreichend wirksamen kantonalen Massnahmen der Gefahrenabwehr bestehen. Auf kantonaler Ebene existieren zahlreiche *polizeigesetzliche Ausgrenzungsinstrumentarien*, welche die Polizei und weitere Behörden ermächtigen, zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung Personen zum Verlassen und/oder nicht erneuten Betreten eines bestimmten Gebietes anzuweisen.¹³⁰⁵ Die Anwendungsvoraussetzungen und Bezeichnungen der verschiedenen Ausgrenzungsformen aus dem öffentlichen Raum variieren in Abhängigkeit der im Einzelfall bestehenden Gefährdungslage und der anwendbaren kantonalen Rechtsgrundlage.¹³⁰⁶ Neben der Ausgrenzung¹³⁰⁷ werden dabei auch Begriffe wie Platzverweis¹³⁰⁸, Wegweisung, Fernhaltung¹³⁰⁹ oder Rayonverbot¹³¹⁰ verwendet.

¹³⁰⁵ Vgl. hierzu interessant MOECKLI/KELLER, S. 231 ff.

¹³⁰⁶ MOECKLI/KELLER haben die unterschiedlichen Rechtsgrundlagen im Bereich des Polizeirechts untersucht und sind zum Schluss gekommen, dass sich die Terminologie «je nach gesetzlicher Grundlage» unterscheide. Siehe MOECKLI/KELLER, S. 231 ff.

¹³⁰⁷ Als «Anfangspunkt dieser Entwicklung» bezeichnen MOECKLI/KELLER, S. 232, die Schaffung der ausländerrechtlichen Ausgrenzung. Vgl. Art. 13e Abs. 1 lit. a Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (ANAG), eingefügt durch das Bundesgesetz vom 18. März 1994 über Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, AS 1995 146. Vgl. zum Zweck von Art. 13e Abs. 1 lit. a ANAG BGER 2A.514/2006 vom 23.1.2007. Die Möglichkeit zur ausländerrechtlichen Ein- und Ausgrenzung ergibt sich heute aus Art. 74 AIG.

¹³⁰⁸ Vgl. bspw. §42a Abs. 1 PolG Basel-Stadt (SG 510.100), wonach die Kantonspolizei eine Person von einem bestimmten öffentlichen Ort für höchstens 72 Stunden wegweisen kann, wenn diese Person Dritte gefährdet oder mit einer ernsthaften Gefährdung droht.

¹³⁰⁹ Polizeirechtliche Erlasse enthielten die Möglichkeit von Fernhaltungen und Wegweisungen bereits früher, wobei diese oftmals auf akute Gefahrensituationen beschränkt waren, in welchen die wegzuweisende Person selbst gefährdet war oder diese als Störer Einsatzkräfte behinderte. Diese Wegweisungen bezogen sich ursprünglich auf räumlich eng begrenzte Gebiete und entfalteten ihre Wirkung für eine eher geringe Zeitdauer. Vgl. zum Gesagten HAGENSTEIN, in: Niggli/Wiprächtiger, Art. 67b Rz 10; MOECKLI/KELLER, S. 232, insbesondere deren, die kantonalen Polizeierlasse vergleichende Übersicht und Einordnungen, S. 233 f.

¹³¹⁰ Vgl. bspw. Art. 4 des Konkordats zur Bekämpfung von Gewalt an Sportveranstaltungen. Hierzu ausführlicher FLEISCHMANN, § 24 (m.w.H.).

Auch der Bundesrat betont in der Botschaft zum PMT, dass die meisten Kantone das Instrument der Wegweisung und Fernhaltung zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung kennen würden, wobei diese Instrumente «lediglich einem Teilgehalt der geplanten Massnahme des Bundes, in deren Rahmen eine Ein- oder Ausgrenzung etwa auch zur Unterbindung von Kontakten vorgesehen (sei)»¹³¹¹, entsprechen würden. Die kantonalen Rechtsgrundlagen würden zudem «eine wesentlich kürzere maximale Dauer der Fernhaltung von 24 Stunden (..) bis zu max. drei Monaten» vorsehen. Diese angeblich fehlende Eignung von kantonalen Massnahmen der Gefahrenabwehr ist als allzu pauschal und verkürzt abzulehnen. In ihrer Untersuchung der kantonalen Wegweisungsgrundlagen haben MOECKLI/KELLER aufgezeigt, dass die Anwendungsvoraussetzungen¹³¹² von Kanton zu Kanton differieren und auch die jeweilige Maximaldauer¹³¹³ sehr unterschiedlich ausfällt. In Anbetracht dieser Ausgangslage wird Fedpol vor dem Erlass einer Ausgrenzung nach Art. 23m BWIS unter Berücksichtigung der Rechtslage des im Einzelfall zuständigen Kantons aufzuzeigen haben, welche konkreten Ausgrenzungsinstrumente bestehen und inwiefern diese im Einzelfall i.S.v. Art. 23f Abs. 1 lit. b BWIS nicht ausreichend sein sollen.¹³¹⁴

ab) Art. 23f Abs. 1 lit. c BWIS

Soweit gegen einen terroristischen Gefährder eine Ausgrenzung verfügt werden soll und dieser zudem Beschuldigter in einem Strafverfahren ist, hat die verfügende Behörde gemäss Art. 23f Abs. 1 lit. c BWIS darzulegen, inwiefern allenfalls ergriffene

¹³¹¹ Hierzu und zum nächsten Zitat Botschaft PMT, BBl 2019 4778 f.

¹³¹² Demnach hat in einigen Kantonen die Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung von der wegzuweisenden Person selbst auszugehen, während es andernorts ausreichend ist, wenn diese einer Ansammlung von Personen angehört, die die öffentliche Sicherheit und Ordnung stört oder gefährdet. Siehe MOECKLI/KELLER, S. 234.

¹³¹³ «In einigen Kantonen sieht das Gesetz überhaupt keine zeitliche Obergrenze vor, in anderen wird diese sehr offen mit <vorübergehend> umschrieben. Dagegen sehen mehrere Kantone ein kaskadenartiges System vor, wonach Wegweisungen in der Regel bloss für einige Stunden oder Tage ausgesprochen werden können und langfristige Fernhaltungen (von einem oder mehreren Monaten) nur im Wiederholungsfall oder in schwerwiegenden Fällen möglich sind», MOECKLI/KELLER, S. 234.

¹³¹⁴ Das Gesagte ist insbesondere dort relevant, wo Kantone selbst die Möglichkeit vorsehen, gegen Personen zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung mehrmonatige Ausgrenzungen resp. Wegweisungen zu verfügen.

freiheitsentziehende Zwangs- oder Ersatzmassnahmen zur Zweckerreichung nicht gleichermassen geeignet sind, zumal die Ausgrenzung als mögliche *strafprozessuale Ersatzmassnahme*¹³¹⁵ gesetzlich vorgesehen ist.¹³¹⁶

d.) Erforderlichkeit und Zumutbarkeit bei «ausländischen terroristischen Gefährdern»

Soweit eine Person gestützt auf Art. 23e BWIS von Fedpol als terroristischer Gefährder kategorisiert wird und diese zudem nicht über die Schweizer Staatsangehörigkeit verfügt,¹³¹⁷ kommt neben der Anordnung einer Ein- und Ausgrenzung gestützt auf Art. 23m BWIS als ausländerrechtliche Zwangsmassnahme potenziell auch eine Ein- oder Ausgrenzung nach Art. 74 Abs. 1 AIG in Betracht.¹³¹⁸ Dass Art. 74 Abs. 1 lit. a AIG nicht nur zur Bekämpfung des Betäubungsmittelhandels,¹³¹⁹ sondern auch zur Fernhaltung von extremistisch geprägten und mutmasslich gefährlichen Ausländer:innen von sensiblen Orten eingesetzt werden kann, ergibt sich aus den Ausführungen des Bundesrats zur Vorgängerbestimmung von Art. 74 AIG (Art. 13e ANAG), wo als Beispiele für die Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausdrücklich «*Kontakte zu extremistischen Kreisen*» erwähnt werden.¹³²⁰ Eine als terroristischer Gefährder kategorisierte Person, die über keine Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung verfügt,

¹³¹⁵ Vgl. Art. 237 Abs. 2 lit. c StPO. Hierzu ausführlicher HÄRRI/WEBER, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, Art. 237 StPO Rz 11 ff.

¹³¹⁶ Nicht zu verwechseln ist die strafprozessuale Ein- oder Ausgrenzung mit der Möglichkeit von Kontakt- und oder Rayonverbote gemäss Art. 67b StGB. Hierbei handelt es sich um eine Massnahme gegen eine strafrechtlich verurteilte Person. Hierzu HAGENSTEIN, in: Niggli/Wiprächtiger, Art. 67b Rz 1 ff. Ausführlich zum «ausländischen terroristischen Gefährder» weiter hinten §9.

¹³¹⁷ Ausführlicher zum «ausländischen terroristischen Gefährder» weiter hinten §9.

¹³¹⁸ Der persönliche Anwendungsbereich beschränkt sich nicht auf illegal anwesende Ausländer, sondern erstreckt sich auch auf ausländische Personen in einem laufenden Asylverfahren, auf Ausländer, die sich aufgrund eines gesetzlichen Anwesenheitsrechts, z.B. als Touristen (vgl. Art. 10 Abs. 1 AIG), bewilligungsfrei in der Schweiz aufhalten dürfen sowie auf vorläufig aufgenommene Ausländer (vgl. Art. 83 AIG). Siehe ZÜND, in: Spescha et al., Art. 74 AIG Rz 2.

¹³¹⁹ Die Massnahme richtete sich insbesondere gegen den widerrechtlichen Betäubungsmittelhandel und hatte ursprünglich die Fernhaltung von Asylbewerben von der Drogenszene zum Gegenstand. Vgl. ZÜND, in: Spescha et al., Art. 74 Rz 2; BGE 142 II 1 E. 4.4.

¹³²⁰ Siehe Botschaft ANAG, BBl 1994 I 327.

könnte daher wegen der Störung oder Gefährdung der öffentliche Sicherheit und Ordnung gestützt auf Art. 74 Abs. 1 lit. a AIG (ein- oder) ausgegrenzt werden.¹³²¹

Aufgrund dieser *möglichen Überschneidungen* und den damit verbundenen Abgrenzungsproblemen und Rechtsunsicherheiten vermag es zu erstaunen, dass sich weder Art. 23f Abs. 1 BWIS noch die Botschaft zum *Verhältnis* zwischen der Ein- und Ausgrenzung nach Art. 23m BWIS und jener nach Art. 74 AIG äussern. De lege lata besteht folglich bei ausländischen terroristischen Gefährdern ohne gültigen Aufenthaltstitel die Möglichkeit, dass gegen diese zeitlich nachgelagert oder zeitgleich aus ein und demselben Grund sowohl eine ausländerrechtliche als auch eine gestützt auf Art. 23m BWIS verfügte (Ein- oder) Ausgrenzung verhängt werden könnte, wobei verschiedene Konstellationen denkbar sind.

Wird im Einzelfall *zuerst eine Ausgrenzung nach Art. 23m BWIS* ausgesprochen, könnte nach Ablauf der gemäss Art. 23g BWIS zulässigen Massnahmedauer gegen dieselbe ausländische Person gestützt auf Art. 74 Abs. 1 AIG eine zeitlich lang andauernde ausländerrechtliche Ein- oder Ausgrenzungen verfügt werden. Aus Sicht der betroffenen Person ist in dieser Konstellation zu berücksichtigen, dass ausländerrechtliche Ein- und Ausgrenzungen nach Art. 74 AIG keine gesetzliche Maximaldauer kennen, weshalb dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit besondere Bedeutung zukommt.¹³²² Im Rahmen der Anwendung von Art. 74 AIG und der damit einhergehenden *ausländerrechtlichen* Verhältnis- und Zumutbarkeitsprüfung sollte daher die *Gesamtdauer* einer vorgängig verfügten Ein- oder Ausgrenzung nach Art. 23m BWIS zwingend *mitberücksichtigt* werden, da die Schwere des Grundrechtseingriffs mit erhöhter Dauer zunimmt, selbst wenn sich die zugrundliegende Rechtsgrundlage geändert haben sollte.

¹³²¹ Wie bereits vorstehend erwähnt, sieht Art. 74 Abs. 1 AIG *drei Konstellationen* vor, in welchen die zuständige kantonale Behörde gegen eine ausländische Person eine Ein- oder Ausgrenzung verfügen könnte. Allgemein zu Art. 74 AIG weiter vorne § 8, II., 3., A. Demnach könnte Art. 74 Abs. 1 AIG auch dann Anwendung finden, wenn gegen den betroffenen ausländischen terroristischen Gefährder ein rechtskräftiger Weg- oder Ausweisungsentscheid vorliegt und konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass dieser nicht innerhalb der Ausreisefrist ausreisen wird, oder dieser die ihm angesetzte Ausreisefrist nicht eingehalten hat (*lit. b*) oder wenn dessen Ausschaffung aufgeschoben wurde (*lit. c i.V.m. Art. 69 Abs. 3 AIG*).

¹³²² Vgl. statt vieler BGE 142 II 1 E. 2.3 (m.w.H.).

Umgekehrt wäre es auch denkbar, dass bei gegebenen Voraussetzungen gegen einen ausländischen (terroristischen) Gefährder *zuerst gestützt auf Art. 74 Abs. 1 lit. a AIG* eine potenziell langandauernde Ausgrenzung verfügt werden könnte. Soweit sich diese Massnahme in der Folge als unverhältnismässig erweisen würde, könnte gegen die ausländische Person in Anwendung von Art. 23e i.V.m. Art. 23m BWIS eine zusätzliche Eingrenzung verfügt werden. Diesfalls hätte Fedpol nach Ansicht des Schreibenden die Dauer der vorgängigen ausländerrechtlichen Ausgrenzung bei der Frage nach der Zumutbarkeit und der konkreten Ausgestaltung der erneuten Ausgrenzung zwingend mitzuberücksichtigen.

Schliesslich ist mangels Koordinationsbestimmung auch denkbar, dass gegen eine ausländische Person *zeitgleich* eine Ausgrenzung gestützt auf Art. 23m als auch auf Art. 74 AIG verfügt werden könnte, was zu Rechtsunsicherheit und Kompetenzkonflikten sowie auf Seiten der betroffenen Person zu Unklarheiten führen könnte. De lege ferenda ist es nach Ansicht des Schreibenden im Interesse der Rechtssicherheit daher geboten, dass Art. 23f Abs. 1 BWIS um einen neuen lit. d ergänzt wird. Gestützt auf diese Bestimmung dürfte Fedpol gegenüber einem terroristischen Gefährder Massnahmen nach den Artikeln 23k–23q nur dann verfügen, wenn: keine ausländerrechtliche Zwangsmassnahme nach dem AIG angeordnet wurde, die dieselbe Wirkung hat wie eine Massnahme nach den Artikeln 23k–23q; wobei das Vorgehen im Einzelfall, analog zu Art. 23f Abs. 1 lit. c BWIS, zwischen Fedpol und den involvierten Migrationsbehörden abzusprechen wäre.

5. Ausreiseverbot

A. Regelungsinhalt und Massnahmezweck

Mittels Ausreiseverbot nach Art. 23n BWIS kann Fedpol einem terroristischen Gefährder die Ausreise aus der Schweiz verbieten, wenn im Einzelfall konkrete und aktuelle Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass dieser *im Ausland* eine terroristische Aktivität ausüben will. Das Ausreiseverbot *bezweckt* einerseits die Verhinderung der Ausübung terroristischer Aktivitäten im Ausland.¹³²³ Andererseits soll es auch eine (wei-

¹³²³ Siehe Botschaft PMT, BBl 2019 4793. Zwar ohne entsprechende Erwähnung in der Botschaft, jedoch faktisch trägt das Ausreiseverbot auch dem Ziel 2 der Schweizerischen Strategie zur Terrorismusbekämpfung, BBl 2015 7489, Rechnung, wo u.a. die Verhinderung der Ausreise von in

tere) Radikalisierung der Person bzw. deren Anschluss an oder Ausbildung durch eine ausländische terroristische Organisation verhindern.¹³²⁴

B. Vollzugsaspekte

a.) Schweizerische Reisedokumente

Fedpol ist gemäss Art. 23n Abs. 2 lit. a BWIS zur *Beschlagnahme* der *schweizerischen Reisedokumente* eines mit einem Ausreiseverbot belegten terroristischen Gefährders befugt. Dieser wird im Rahmen der Verfügung des Ausreiseverbotes aufgefordert, «sofort oder innert kurzer Frist die Reisedokumente (z.B. Pass, Identitätskarte) abzugeben»¹³²⁵. Fedpol kann die beschlagnahmten Schweizer Reisedokumente nach Art. 23n Abs. 4 BWIS für *ungültig* erklären und im RIPOL, im nationalen Teil des Schengener Informationssystems (SIS) sowie über Interpol¹³²⁶ ausschreiben lassen. Gestützt auf Art. 23n Abs. 8 BWIS hat Fedpol der betroffenen Person für die Dauer des Ausreiseverbots einen *Ersatznachweis* über deren Identität und Staatsangehörigkeit auszustellen, wodurch insbesondere die Beibehaltung des Rechtsverkehrs mit Behörden und Drittpersonen ermöglicht werden soll.¹³²⁷

b.) Ausländische Reisedokumente

Ist der von einem Ausreiseverbot betroffene terroristische Gefährder im Besitz von *ausländischen Reisedokumenten*, ist Fedpol gestützt auf Art. 23n Abs. 2 lit. b BWIS zu deren *Sicherstellung* befugt. Dazu wird die betroffene Person von Fedpol zu deren Abgabe innert kurzer Frist aufgefordert.¹³²⁸ Die Beschlagnahme von ausländischen Reisedokumente würde «die Passhoheit des ausstellenden Staates und damit das völkerrecht-

der Schweiz aufhältigen Personen zur Ausübung terroristischer Aktivitäten im Ausland erwähnt wird.

¹³²⁴ Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4793, wonach «solche Personen», welche in die Schweiz zurückreisen würden «eine erhebliche Bedrohung der inneren Sicherheit» darstellen würden. Mittelbar bezweckt das Ausreiseverbot folglich auch die Verhinderung der Ausübung von terroristischen Aktivitäten in der Schweiz durch im Ausland «geschulte» bzw. radikalisierte Personen.

¹³²⁵ Botschaft PMT, BBl 2019 4793 f.

¹³²⁶ Vgl. Art. 351 Abs. 2 StGB.

¹³²⁷ Vgl. hierzu Botschaft PMT, BBl 2019 4794.

¹³²⁸ Botschaft PMT, BBl 2019 4793 f.

liche Einmischungsverbot»¹³²⁹ verletzen, weshalb Art. 23n Abs. 2 lit. b BWIS lediglich eine provisorische Sicherstellung erlaubt, soweit das Interesse an der Unterbindung des Reisevorhabens überwiegt und es sich im Einzelfall um die zur Zweckerreichung mildeste Massnahme handelt. Fedpol den ausstellenden Staat nach Art. 23n Abs. 3 BWIS über die provisorische Sicherstellung zu informieren.¹³³⁰ Ist dieser damit nicht einverstanden, hat Fedpol die Sicherstellung aufzuheben und die Reisedokumente der betroffenen Person zu retournieren. Ist der ausstellende Staat mit der Ausschreibung des ausländischen Reisedokumentes im RIPOL, im SIS sowie über Interpol einverstanden ist und hat dieser die Dokumente für ungültig erklärt, kann Fedpol dieses gestützt auf Art. 23n Abs. 5 BWIS ausschreiben. Im Falle der Sicherstellung oder beabsichtigten Ausschreibung von ausländischen Reisedokumenten hat Fedpol stets der Nachweis der Zustimmung des ausstellenden Staates rechtsgenügend zu erbringen. Nach erfolgter Sicherstellung muss Fedpol dem Betroffenen gemäss Art. 23n Abs. 8 BWIS für die Dauer des Ausreiseverbots einen gültigen *Ersatznachweis* über dessen Identität ausstellen.¹³³¹

c.) Vorgehen bei Gefahr in Verzug

Besteht Gefahr in Verzug resp. steht die Ausreise der betroffenen Person unmittelbar bevor, sind Fedpol, das BAZG und die kantonalen Polizeibehörden gestützt auf Art. 23n Abs. 7 BWIS ausnahmsweise noch vor der Verfügung eines Ausreiseverbotes zur *pro-*

¹³²⁹ Zu diesem Zitat sowie zum Ganzen Satz Botschaft PMT, BBl 2019 4794.

¹³³⁰ Zu den näheren *Modalitäten* rund um die Information und Zustimmung des ausstellenden Staates enthält auch die Botschaft keinerlei Hinweise, obwohl es sich um bisweilen komplizierte zwischenstaatliche Verfahren handeln dürfte. Als besonders heikel entpuppt sich die gesetzlich vorgesehene Information des ausstellenden Staates dann, wenn der terroristische Gefährder, dessen ausländisches Reisedokument sichergestellt werden soll, über den Flüchtlingsstatus verfügt und entsprechend einen Anspruch auf Schutz vor Verfolgung durch den ausstellenden (Heimat-)Staat hat. Eine Kontaktnahme von Seiten Fedpol sollte diesfalls unzulässig sein und auf eine Sicherstellung wäre mangels Informationsmöglichkeit zu verzichten, weshalb in diesen Fällen andere zur Zweckerreichung geeignete und verhältnismässige Lösungen gefunden werden müssten.

¹³³¹ Gemäss Botschaft soll der Ersatznachweis hingegen nicht dem Nachweis über die Staatsangehörigkeit dienen, wobei die betroffene Person andererseits «abgesehen vom Ausreiseverbot (...) in ihrer rechtlichen Handlungsfähigkeit nicht beschränkt» werden soll. Siehe Botschaft PMT, BBl 2019 4794.

visorischen Sicherstellung von schweizerischen oder ausländischen Reisedokumenten sowie von Reisebilletten befugt.¹³³²

C. Grundrechtliche Aspekte

a.) Betroffene Schutzbereiche

Ein Ausreiseverbot nach Art. 23n BWIS nimmt einem terroristischen Gefährder die legale Ausreisemöglichkeit aus der Schweiz und greift dadurch in die durch Art. 10 Abs. 2 BV geschützte Bewegungsfreiheit ein.¹³³³ Im Falle von terroristischen Gefährdern mit schweizerischer Staatsangehörigkeit greift ein Ausreiseverbot zudem in die Niederlassungsfreiheit nach Art. 24 Abs. 2 BV ein, welche das Recht von Staatsangehörigen auf Einreise und Ausreise aus der Schweiz schützt.¹³³⁴

b.) Schwerer Grundrechtseingriff

Aufschlüsse über die *Eingriffsschwere* ergeben sich durch eine vergleichende Betrachtung mit der Ausreisebeschränkung nach Art. 24c BWIS. Als präventiv-polizeiliche Massnahme soll diese Gewalttätigkeiten an im Ausland stattfindenden Sportveranstaltungen verhindern. In räumlicher Hinsicht werden lediglich Ausreisen in spezifische Bestimmungsländer verboten. Zeitlich ist die Dauer der Ausreisebeschränkung gemäss Art. 24c Abs. 4 BWIS auf frühestens drei Tage vor der Sportveranstaltung bis längstens einen Tag nach deren Ende beschränkt.

Das BVGer qualifizierte eine gegen einen aktiven Unterstützter des FC Basel im Hinblick auf ein Auswärtsspiel gegen den FC Bayern München verfügte Ausreisebeschränkung

¹³³² Siehe dazu auch Botschaft PMT, BBl 2019 4794. Ebenso ist Fedpol diesfalls zur Veranlassung der Ungültigerklärung von elektronischen Reisebilletten befugt. Auch ohne Gefahr in Verzug ermächtigt Art. 23n Abs. 6 BWIS Fedpol, das BAZG sowie kantonale Polizeibehörden zur Zweckerreichung Reisebillette in Beschlag zu nehmen oder Reiseunternehmen anzuweisen, elektronische Reisebillette für ungültig zu erklären. Vgl. hierzu Botschaft PMT, BBl 2019 4794.

¹³³³ Vgl. zu Art. 10 Abs. 2 BV statt vieler MÜLLER/SCHEFER, zu Art. 10 Abs. 2, S. 82 ff.

¹³³⁴ Vgl. BVGE 2013/33 E. 5.3 sowie FLEISCHMANN, §27 (m.w.H.). Zur Abgrenzung zwischen der Bewegungsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit RUDIN, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 24 Rz 6 (m.w.H.). In Bezug auf *ausländische terroristische Gefährder* liesse sich allenfalls Art. 12 Abs. 2 UNO-Pakt II anrufen, wonach es jeder sich rechtmässig in einem Land aufhaltenden Person freisteht, jedes Land einschliesslich ihres eigenen zu verlassen.

nach Art. 24c BWIS als leichten Grundrechtseingriff.¹³³⁵ Es berücksichtigte dabei die zeitliche Maximaldauer und die in Art. 24c Abs. 4 enthaltene Ausnahmemöglichkeit.¹³³⁶ Das Ausreiseverbot nach Art. 23n BWIS verbietet demgegenüber nicht die Ausreise in ein bestimmtes Zielland, sondern jegliche Ausreise aus der Schweiz, wodurch viel stärker in die Bewegungsfreiheit eingegriffen wird. Zudem sieht Art. 23n BWIS keine gesetzliche Ausnahmeregelung vor. Schliesslich beträgt die Maximaldauer für ein Ausreiseverbot nach Art. 23n BWIS i.V.m. Art. 23g BWIS bis zu einem Jahr. Die vorstehenden Faktoren sprechen nach Ansicht des Schreibenden klar dafür, dass ein Ausreiseverbot nach Art. 23n BWIS in aller Regel einen *schweren Grundrechtseingriff* bewirken dürfte.

c.) Verhältnismässigkeit

aa) Strenge Begründungspflicht punkto Eignung

Der persönliche Anwendungsbereich des Ausreiseverbots nach Art. 23n BWIS ist auf terroristische Gefährder beschränkt. Als spezifische Voraussetzung verlangt Art. 23n BWIS konkrete und aktuelle Anhaltspunkte, die spezifisch auf die Ausübung einer terroristischen Aktivität *im Ausland* hindeuten. Die Eignung eines Ausreiseverbots kann folglich nur dann bejaht werden, wenn aufgrund der Anhaltspunkte im Einzelfall die Ausübung einer terroristischen Aktivität im Ausland erstellt ist. Wie der Begriff der terroristischen Aktivität im Kontext von Art. 23n BWIS zu verstehen ist, bleibt auch in Konsultation der Botschaft sowie der übrigen Materialien ungeklärt. Konkret stellt sich die Frage, ob dabei die Begriffsbestimmung von Art. 23e BWIS massgeblich ist und was gilt, wenn die befürchtete (terroristische) Aktivität im Zielland legal ist. Fedpol wird daher in jedem Einzelfall die bestehenden Anhaltspunkte darzulegen und basierend auf diesen zu begründen haben, welche konkrete Verhaltensweisen bzw. terroristischen Aktivitäten, in welchem Zielland bzw. welcher Zielregion, aus welchen Gründen befürchtet werden.¹³³⁷

¹³³⁵ Vgl. BVGE 2013/33 E. 5.3; Bestätigt in BGer 1C_370/2013 vom 14.10.2013.

¹³³⁶ Im Unterschied zu Art. 23n BWIS sieht Art. 24c Abs. 4 BWIS im Falle der Geltendmachung von wichtigen Gründen für den Aufenthalt im Bestimmungsland *eine Ausnahmeregelung* vor.

¹³³⁷ Ähnliche Anforderungen gelten auch im Zusammenhang mit der Ausreisebeschränkung gemäss Art. 24c BWIS, wonach die verfügende Behörde u.a. darzulegen hat, weshalb aufgrund des Verhaltens der betroffenen Person die Annahme gerechtfertigt sei, dass sich diese anlässlich einer

ab) *Erforderlichkeit im Lichte von Art. 23f Abs. 1 lit. c BWIS*

Im Umkehrschluss ergibt sich aus Art. 23f Abs. 1 lit. c BWIS, dass die Anordnung eines Ausreiseverbotes nach Art. 23n BWIS dann ausser Betracht fällt, wenn der terroristische Gefährder zugleich Subjekt eines Strafverfahrens ist und gegen diesen strafprozessuale freiheitsentziehende Zwangs- oder Ersatzmassnahme angeordnet wurden, welche zur bezweckten Verhinderung der Ausreise der betroffenen Person gleichermassen geeignet sind. Zu berücksichtigen ist hierbei, dass Art. 237 Abs. 2 lit. b StPO als Ersatzmassnahme ausdrücklich die Ausweis- und Schriftensperre kennt. Durch die Beschlagnahme von Ausweisschriften will diese die Fluchtgefahr der beschuldigten Person verringern.¹³³⁸ Entsprechend wird Fedpol im Falle eines sich in einem Strafverfahren befindlichen terroristischen Gefährders zu begründen haben, weshalb eine strafprozessuale Zwangs- oder Ersatzmassnahme in ihrer Wirkung zur Zweckerreichung weniger geeignet sein soll als ein Ausreiseverbot nach Art. 23n BWIS.¹³³⁹

ac) *Zumutbarkeit*

Da das Ausreiseverbot nach Art. 23g BWIS für eine Zeitdauer von bis zu einem Jahr jegliches Reiseverhalten der betroffenen Person aus der Schweiz verhindern kann, ist nur schwerlich nachvollziehbar, weshalb Art. 23n BWIS keine gesetzliche Ausnahmemöglichkeit vorsieht.¹³⁴⁰ Die fehlende Ausnahmemöglichkeit bringt mit sich, dass ein Ausreiseverbot für die im Einzelfall verfügte Dauer *absolute Geltung* beansprucht, wodurch dessen Eingriffswirkung zusätzlich erhöht wird. Diesem Umstand wird Fedpol vor dem Erlass eines Ausreiseverbotes im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung unter Berücksichtigung der beruflichen, familiären und sozialen Situation der betroffenen

Sportveranstaltung im Bestimmungsland an Gewalttätigkeiten beteiligen könnte. Vgl. dazu Art. 24c Abs. 1 lit. b BWIS; BVGer C-5935/2014 und C-5938/2014 vom 9.2.2016 E. 7.4 f.

¹³³⁸ HÄRRI/WEBER, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, Art. 237 N 9, wonach im Rahmen dieser strafprozessualen Ersatzmassnahmen die zuständigen Behörden darauf hingewiesen werden, dass diese keine Ausweisschriften neu ausstellen oder herausgeben dürfen.

¹³³⁹ Zur behördlichen Begründungspflicht bei Art. 23f Abs. 1 lit. c BWIS weiter vorne §8, I., 2., B., c.).

¹³⁴⁰ Dieser Umstand wurde auch in der Sommersession des Nationalrates kritisch gewürdigt. Siehe dazu die Wortmeldung von Fabien Fivaz, Nationalrat Sommersession, AB 2020 S. 1125: «Pour un certain nombre de mesures, aucune exception n'est en effet prévue; c'est en particulier le cas pour l'interdiction de quitter le territoire (...), ce qui ne nous semble pas admissible».

Person einzelfallweise Rechnung zu tragen haben.¹³⁴¹ Die Tatsache, dass durch die Beschlagnahme oder Sicherstellung von Reisedokumente das Alltagsleben¹³⁴² der betroffenen Person erschwert wird und dieser überdies eine Stigmatisierung¹³⁴³ droht, erhöht die Eingriffswirkung eines Ausreiseverbot zusätzlich und wird im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung daher durch Fedpol hinreichend zu berücksichtigen sein.

6. Eingrenzung auf eine Liegenschaft

Art. 230 f. BWIS sieht als präventive Massnahme zur Verhinderung von terroristischen Aktivitäten die Eingrenzung von terroristischen Gefährdern auf eine Liegenschaft vor. Neben der allgemein tiefen Altersgrenze¹³⁴⁴ aller BWIS-Massnahmen handelte es sich bei der Eingrenzung auf eine Liegenschaft um die in der parlamentarischen Debatte zum PMT am kontroversesten diskutierte und mithin umstrittenste BWIS-Massnahme.¹³⁴⁵ Manche Parlamentarier:innen erachteten die Eingrenzung auf eine Liegenschaft als «Pseudo-Hausarrest» sowie als zu wenig weitgehend,¹³⁴⁶ wo dahingegen die Ratsmehrheit die Auffassung vertrat, dass mit Art. 230 f. BWIS so weit gegangen worden sei, «wie es rechtsstaatlich vernünftig und zulässig» sei.¹³⁴⁷ Wiederum andere Parlamentarier:innen

¹³⁴¹ Im Rahmen der Vernehmlassung zum PMT verwies die Universität Luzern (richtigerweise) auf den Umstand, dass eine Ausnahmebestimmung aus Gründen der Verhältnismässigkeit sinnvoll wäre. Siehe FEDPOL, PMT-Vernehmlassungsergebnisse, S. 20.

¹³⁴² Zu denken ist bspw. an jegliche Rechtsgeschäfte, bei welchen man sich bei oder vor Vertragschluss mit einem Pass oder einer Identitätskarte ausweisen muss und wo ein entsprechendes Ersatzdokument von der anderen Vertragspartei nicht akzeptiert wird, was etwa dann der Fall wäre, wenn die betroffene Person in den online-Aktienhandel einsteigen möchte, jedoch mangels eines entsprechenden Dokuments kein Konto eröffnen könnte.

¹³⁴³ Siehe dazu UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. 5 f.

¹³⁴⁴ Hierzu ausführlicher weiter vorne §8, I., 3.

¹³⁴⁵ «Was die Beratung betrifft, so gibt es im Prinzip zwei Punkte, bei denen Minderheiten bestehen und damit Diskussionsbedarf. Der eine ist die Massnahme der Eingrenzung auf eine Liegenschaft, der andere ist die Altersgrenze für die Massnahmen, die in diesem Gesetz vorgesehen sind. Das sind die beiden wesentlichen Punkte. Beim Rest hat die SiK grundsätzlich das Konzept des Bundesrates übernommen.» Ständerat, Frühjahressession 2020, Wortmeldung Daniel Jositsch, AB 2020, S. 83. Vgl. zum Gesagten auch FEDPOL, Vernehmlassungsergebnisse-PMT, S. 20.

¹³⁴⁶ Siehe u.a. die Wortmeldung von Ständerat Thomas Minder anlässlich der Wintersession, AB 2019, S. 1107 f.

¹³⁴⁷ Siehe dazu u.a. die Wortmeldung von Ständerat Daniel Jositsch anlässlich der Wintersession, AB 2019, S. 1108. «Wenn Herr Minder nun von einem “Kuschelgesetz” und irgendwelchen prä-

waren der Ansicht, dass die vom Bundesrat und der Ratsmehrheit vorgesehene Massnahme der Eingrenzung auf eine Liegenschaft nach Art. 230 f. BWIS mit den Vorgaben der EMRK nicht vereinbar sei.¹³⁴⁸ Auch innerhalb der Lehre und der Zivilgesellschaft¹³⁴⁹ sowie auf der Seite von anerkannten internationalen Menschenrechtsorganen¹³⁵⁰ stiess die Massnahme nach Art. 230 f. BWIS auf teils erhebliche Kritik. Im Zentrum dieser breit abgestützten Bedenken stand die Vereinbarkeit der Massnahme mit den Vorgaben von Art. 5 EMRK, weshalb die Eingrenzung auf eine Liegenschaft nachfolgend unter

ventiven Soft-Massnahmen spricht, dann ist das jetzt wirklich das Gegenteil dessen, was diese PMT-Vorlage vorsieht. Damit haben wir ein hohes Mass an Kontrolle und Sicherheit gewährleistet. Alles, was weiter geht, würde die Grenzen der Europäischen Menschenrechtskonvention sprengen.» Zur Wortmeldung von Bundesrätin Karin Keller-Sutter siehe AB 2019, S. 1108 f.

¹³⁴⁸ «Die Eingrenzung auf eine Liegenschaft ist also einem Freiheitsentzug gleichzusetzen und ist zur allgemeinen Gefahrenabwehr nicht zulässig. Damit ist der Hausarrest, wie er hier in dieser Form in diesem Gesetz steht, meiner Meinung nach eindeutig nicht EMRK-konform. Das verstehen ja auch viele Kolleginnen und Kollegen so, auch wenn die Frau Bundesrätin es anders interpretiert.» Siehe Wortmeldung Priska Seiler-Graf, Sommersession Nationalrat 2020, AB 2020, S. 1114.

¹³⁴⁹ Mittels offenem Brief an die Parlamentarier:innen haben über sechzig universitäre Rechtsexpert*innen vor der PMT-Gesetzesvorlage gewarnt und sich dabei u.a. auch kritisch zur Eingrenzung auf eine Liegenschaft geäussert: «In der zurzeit im Gesetzesentwurf vorgesehenen Form ist diese Massnahme (...) mit Art. 5 EMRK unvereinbar. (...) Folglich wird es zu Freiheitseinschränkungen kommen, welche die minimalen Garantievorgaben von Art. 5 EMRK verletzen». Im Zuge der Vernehmlassung zum PMT beantragten u.a. die Universität Bern, humanrights.ch, grundrechte.ch sowie der ICJ die Streichung der Art. 230 f. BWIS, da sich der durch die Eingrenzung auf eine Liegenschaft bewirkte Freiheitsentzug mangels einschlägigen Haftgrundes nicht rechtfertigen lasse und somit gegen Art. 5 EMRK verstosse. Siehe dazu FEDPOL, Vernehmlassungsergebnisse-PMT, S. 20. Für einen Beitrag aus der Lehre siehe auch MOHLER, fehlende Konformität, Rz 1 ff. Für einen Überblick über alle zivilgesellschaftlichen Forderungen und Vorstösse siehe die Zusammenstellung auf humanrights.ch, abrufbar unter <https://www.humanrights.ch/de/ipf/initiativen-parlament/bundesgesetze-zur-terrorbekämpfung/polizeiliche-massnahmen-chronologie>.

¹³⁵⁰ Mittels eines Briefs an die Sicherheitspolitische Kommission des Nationalrates teilte die Menschenrechtskommissarin des Europarates am 13. Mai 2020 ihre Besorgnis über das PMT im Allgemeinen sowie die vorgesehene Eingrenzung auf eine Liegenschaft im Besonderen mit: «(...) il semble très difficile de concilier une mesure administrative <d'assignation à une propriété> aussi imprécise et grave, et pour une durée pouvant aller jusqu'à neuf mois, avec l'exigence selon laquelle les ingérences dans les libertés fondamentales doivent être proportionnées et nécessaires dans une société démocratique», siehe EUROPARAT, Stellungnahme PMT, S. 1 f. Ebenso äusserten fünf Sonderberichterstatter:innen der UNO gegenüber dem Schweizer Parlament ihre Bedenken, wonach die Eingrenzung auf eine Liegenschaft durch keinen Haftgrund nach Art. 5 EMRK gedeckt sei. Siehe dazu UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. 9 f.

Berücksichtigung der konventionsrechtlichen Vorgaben von Art. 5 EMRK vorgestellt und besprochen wird.¹³⁵¹ Nach einer summarischen Einleitung zu Art. 5 EMRK (A.) wird nachfolgend aufgezeigt, dass die Eingrenzung auf eine Liegenschaft gemäss Art. 230 f. BWIS in aller Regel eine Freiheitsentziehung i.S.v. Art. 5 EMRK bewirkt (B.). Hernach wird unter Berücksichtigung der konventionsrechtlichen Vorgaben die Rechtmässigkeit von Art. 230 f. BWIS als innerstaatliche Rechtsgrundlage i.S.v. Art. 5 EMRK untersucht (C.). In der Folge wird geprüft, ob die Massnahme der Eingrenzung auf eine Liegenschaft durch einen, der in den Art. 5 Abs. 1 lit. a-f EMRK genannten, Haftgründe gedeckt ist (D., E., F., G.) und ob die Massnahme mit dem konventionsrechtlichen Willkürverbot vereinbar ist (H.), bevor unter I. ein Fazit gezogen wird.

A. Die Freiheitsentziehung nach Art. 5 EMRK

Das Recht auf Freiheit und Sicherheit nach Art. 5 Abs. 1 EMRK bezweckt den Schutz der körperlichen Fortbewegungsfreiheit, indem Individuen vor *unrechtmässigen Freiheitsentziehungen* geschützt werden sollen.¹³⁵² Rechtmässig kann eine Freiheitsentziehung nur dann sein, wenn einer der in Art. 5 Abs. 1 lit. a-f EMRK aufgezählten Haftzwecke im Einzelfall erfüllt ist.¹³⁵³ Soweit eine staatliche Massnahme im Einzelfall eine Freiheitsentziehung darstellt, vermitteln die Abs. 2-4 von Art. 5 EMRK der betroffenen Person zudem verschiedene prozessuale Schutzrechte.¹³⁵⁴ Der sachliche Schutzbereich von Art. 5 EMRK schützt lediglich vor unrechtmässigen *Freiheitsentziehungen*, weshalb diese begrifflich von sogn. *Freiheitsbeschränkungen*¹³⁵⁵ abzugrenzen sind.¹³⁵⁶ Die Frei-

¹³⁵¹ Im Folgenden soll auf Art. 5 EMRK eingegangen werden, obwohl Art. 31 BV und Art. 9 UNO-Pakt II beinahe identische Garantien vorsehen, weil das Bundesgericht seine Rechtsprechung massgeblich an der EGMR-Rechtsprechung zu Art. 5 EMRK orientiert.

¹³⁵² Vgl. statt vieler ELBERLING, in: Karpenstein/Mayer, Art. 5 Rz 4.

¹³⁵³ Vgl. statt vieler EGMR, *Borer v. Switzerland*, 22493/06 (2010), Ziff. 40; Gutachten-DONATSCH, S. 26; ELBERLING, in: Karpenstein/Mayer, Art. 5 Rz 4.

¹³⁵⁴ Im Falle einer unrechtmässigen Freiheitsentziehung resultieren aus Art. 5 Abs. 5 EMRK zudem Entschädigungsansprüche zu Gunsten der betroffenen Person.

¹³⁵⁵ Teilweise Beschränkungen der Fortbewegungsfreiheit stellen i.d.R. bloss *Freiheitsbeschränkungen* dar, was bspw. auf die Verfügung eines nächtlichen Ausgangsverbotes kombiniert mit Meldepflichten zutrifft, vgl. EGMR, *Raimondo v. Italy*, 12954/87 (1994), Ziff. 13. Siehe für weitere Beispiele ELBERLING, in: Karpenstein/Mayer, Art. 5 Rz 4.

¹³⁵⁶ Vgl. zur Abgrenzung auch BGE 136 I 87 E. 6.5.3; 134 I 140 E. 3.2; 123 II 193 E. 3b.

heitsentziehung wird als mittels «staatlichem Zwang¹³⁵⁷ veranlasste unfreiwillige¹³⁵⁸ Unterbringung an einem räumlich begrenzten Ort¹³⁵⁹ für nicht unerhebliche Zeit¹³⁶⁰»¹³⁶¹ definiert. Eine Freiheitsentziehung erfordert demnach eine gewisse Intensität, welche nicht abstrakt, sondern im Einzelfall unter Berücksichtigung der Art, der Dauer und den konkreten Auswirkungen der ergriffenen Massnahme(n) zu beurteilen ist.¹³⁶² Unter Verwendung der vorerwähnten Definition der Freiheitsentziehung wird nachfolgend unter B. geprüft, ob die Eingrenzung auf eine Liegenschaft gemäss Art. 230 f. BWIS eine Freiheitsentziehung i.S.v. Art. 5 EMRK darstellt.

¹³⁵⁷ Ein Verbot sich zu entfernen gepaart mit Überwachungsmassnahmen ist ausreichend und physischer Zwang entsprechend nicht erforderlich; Siehe etwa EGMR, *Lavents v. Latvia*, 58442/00 (2002), Ziff. 63.

¹³⁵⁸ Die Freiheitsentziehung der betroffenen Person hat gegen oder ohne ihren Willen zu erfolgen, da eine rechtsgültige Einwilligung bzw. ein freiwilliger Verzicht auf die körperliche Bewegungsfreiheit eine Freiheitsentziehung ausschliessen. Siehe ELBERLING, in: Karpenstein/Mayer, Art. 5 Rz 10 m.H.a. EGMR, *Strock v. Germany*, 61603/00 (2005), Ziff. 74.

¹³⁵⁹ In *räumlicher Hinsicht* stellt die Eingrenzung auf ein bestimmtes Gebiet grundsätzlich keinen Freiheitsentzug i.S.v. Art. 5 EMRK dar: Wird eine Eingrenzung jedoch so ausgestaltet, dass der Bewegungsraum derart klein ist, dass dieser die Ausübung von sozialen Kontakten massgeblich erschwert, liegt eine Freiheitsentziehung vor: Zur Verbannung einer angeblich Mafia-assoziierten Person auf eine kleine Insel bei gleichzeitiger Überwachung der Person, EGMR, *Guzzardi v. Italy*, 7367/76 (1980), Ziff. 1 ff.; Urteil des BGer 2C_830/2015 vom 1.4.2016 E. 3.2.2. Dazu auch ZÜND, in: Spescha et al., Art. 74 AIG Rz 1.

¹³⁶⁰ Auch kurz andauernde Beeinträchtigung der körperlichen Bewegungsfreiheit von unter einer Stunde können eine Freiheitsentziehung begründen, wobei bei kurzer Dauer der *Anlass für die Massnahme* relevant ist. So MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Art. 5 Rz 14 m.H.a. EGMR, *Gahramanov v. Aserbaidshan*, 26291/06 (2013), Ziff. 1 ff.; EGMR, *Krupko a.o. v. Russia*, 26587/07 (2014) in Bezug auf eine dreistündige Festhaltung auf einer Polizeiwache, welche als Freiheitsentziehung qualifiziert wurde.

¹³⁶¹ MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Art. 5 Rz 14. Ähnlich auch das Bundesgericht in BGE 134 I 140 E. 3.2 in Bezug auf Gewaltschutzmassnahmen.

¹³⁶² Vgl. u.a. EGMR, *Tommaso v. Italy*, 43395/09 (2017), Ziff. 80 f.; BGE 142 I 121 E. 3.6.2.; Gutachten-DONATSCH, S. 25.

B. Die Eingrenzung auf eine Liegenschaft als Freiheitsentziehung?

a.) Unfreiwillige Unterbringung

Art. 230 Abs. 1 BWIS sieht vor, dass Fedpol einem terroristischen Gefährder das Verlassen einer bestimmten Liegenschaft oder Einrichtung verbieten kann. Zur Durchsetzung dieses Verbotes sieht Art. 230 BWIS zwar keinen physischen Zwang vor. Hingegen kann der Vollzug einer angeordneten Eingrenzung auf eine Liegenschaft mit Überwachungsmassnahmen nach Art. 23q BWIS gesichert werden.¹³⁶³ Die Unfreiwilligkeit der Unterbringung ergibt sich auch aus dem Umstand, dass eine Zuwiderhandlung gegen die Massnahmen nach Art. 29a Abs. 1 BWIS mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren sanktioniert werden kann. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Eingrenzung auf eine Liegenschaft nach Art. 230 f. BWIS mit staatlichem Zwang und mithin unfreiwillig erfolgt.¹³⁶⁴

b.) Räumliche Begrenztheit des Unterbringungsortes

Die Eingrenzung der betroffenen Person nach Art. 230 Abs. 1 BWIS bezieht sich in räumlicher Hinsicht auf eine von der antragsstellenden Behörde bezeichnete Liegenschaft oder Einrichtung. Art. 230 Abs. 2 BWIS präzisiert, dass die Eingrenzung im Regelfall als «Hausarrest» auf die von der betroffenen Person bewohnte Liegenschaft zu erfolgen hat.¹³⁶⁵ Soweit sich die betroffene Person zum Anordnungszeitpunkt zu Pflege- oder Behandlungszwecken in einer Einrichtung aufhält, lässt Art. 230 Abs. 2 BWIS eine Eingrenzung auf die entsprechende Einrichtung zu.¹³⁶⁶ Die Eingrenzung auf einen Ort, an welchem sich der terroristische Gefährder nicht regelmässig aufhält, ist nur ausnahmsweise und unter Einhaltung der *kumulativen Voraussetzungen* von Art. 230 Abs. 2 lit. a und b BWIS zulässig. *lit. a* verlangt, dass einzig die Eingrenzung auf einen

¹³⁶³ Ausführlicher zu den Überwachungsmassnahmen nach Art. 23q BWIS weiter hinten §8, II., 7.

¹³⁶⁴ Jedenfalls ist gegenteilig nicht davon auszugehen, dass die Person freiwillig auf ihr Recht auf körperliche Bewegungsfreiheit verzichtet hat.

¹³⁶⁵ So die Botschaft PMT, BBl 2019 4796.

¹³⁶⁶ Sobald aus medizinischer Sicht eine Rückkehr in das häusliche Umfeld ansteht, ist der Inhalt der Eingrenzungsverfügung entsprechend anzupassen. Als mögliche Einrichtungen nennt die Botschaft Spitäler oder Pflegeheime. Zum Gesagten Botschaft PMT, BBl 2019 4796.

anderen als den bisherigen Aufenthaltsort ein geeignetes Mittel darstellt, um der von der betroffenen Person ausgehenden Gefährdung wirksam begegnen zu können.¹³⁶⁷ *lit. b* erfordert andererseits, dass die der Person zugewiesene Liegenschaft oder Einrichtung eine selbstbestimmte Lebensgestaltung und eigenverantwortliche Lebensführung in einem häuslichen Umfeld ermöglicht.¹³⁶⁸ Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass unabhängig davon, ob im Sinne des Regelfalles gegen einen terroristischen Gefährder Hausarrest oder aber ausnahmsweise eine Eingrenzung auf einen anderen Ort verfügt wird, die Eingrenzung in beiden Fällen auf einen *räumlich begrenzten Ort* erfolgt.

c.) Eingrenzungsdauer

Art. 230 Abs. 5 BWIS sieht vor, dass eine Eingrenzung auf eine Liegenschaft für höchstens drei Monate angeordnet werden kann, wobei Art. 23g Abs. 1 BWIS die Möglichkeit einer zweimaligen Verlängerung um jeweils maximal drei Monate vorsieht. Im Unterschied zu anderen Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS ist die erneute Anordnung einer Eingrenzung auch im Falle neuer konkreter und aktueller Anhaltspunkte i.S.v. Art. 23g Abs. 2 BWIS, ausgeschlossen, womit die absolute *gesetzliche Maximaldauer* der Eingrenzung auf eine Liegenschaft bei neun Monaten liegt.¹³⁶⁹ Die in Art. 230 Abs. 5 BWIS enthaltene Möglichkeit zur Anordnung einer Eingrenzung auf eine Liegenschaft

¹³⁶⁷ Die in der Botschaft genannten beispielhaften Anwendungsfälle sind weitreichend, indem einerseits die Beeinflussung von Mitbewohnenden durch (radikales) Gedankengut und andererseits die Lage der Wohnung zu besonders gefährdeten Orten, namentlich Flughäfen oder Orten mit grossen Menschenansammlungen, genannt werden. Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4797. Insbesondere das Beispiel der räumlich nahen Lage der Wohnung zu besonders gefährdeten Orten ist abzulehnen, da potentiell alle Orte mit Menschenansammlungen besonders gefährdet sind, womit alle Wohnungen, welche bspw. in der Nähe eines Einkaufszentrums, einer Innenstadt oder eines Dorfplatzes liegen, in den Ausnahmebereich fallen könnten.

¹³⁶⁸ Die Botschaft konkretisiert, dass dies insbesondere hinsichtlich des Zugangs zu Fernsehen, Radio und Internet, der Möglichkeit der selbständigen Zubereitung von Nahrung, der Körperpflege und des Schutzes der Privatsphäre zu gelten habe. Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4797.

¹³⁶⁹ In der Botschaft steht in den Erläuterungen zu Art. 23g Abs. 2 BWIS ausdrücklich zu lesen, dass soweit eine Eingrenzung auf eine Liegenschaft gemäss Art. 230 BWIS bereits einmal verfügt wurde, diese zwar verlängert, jedoch eine erneute (zweite) Anordnung ausser Betracht fällt. Siehe Botschaft PMT, BBl 2019 4787. Die vorgesehene Maximaldauer soll verhindern, dass die Eingrenzung auf eine Liegenschaft zu einer unverhältnismässigen Dauermassnahme werden könnte. Siehe Botschaft PMT, BBl 2019 4797. Anderer Ansicht ist ZIMMERLIN, S.184, welcher sich im Falle einer neuen Bedrohungslage durch denselben terroristischen Gefährder (entgegen den diesbezüglich klaren Ausführungen in der Botschaft) gegen das «Verbot des doppelten Hausarrests» ausspricht.

von bis zu drei bzw. insgesamt neun Monaten stellt grundsätzlich eine *erhebliche Zeitdauer* dar, welche geeignet ist, eine Freiheitsentziehung i.S.v. Art. 5 EMRK zu begründen.

d.) Fazit: Freiheitsentziehung trotz Ausnahmemöglichkeiten

Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass die Eingrenzung auf eine Liegenschaft gemäss Art. 230 f. BWIS in aller Regel eine *Freiheitsentziehung* i.S.v. Art. 5 EMRK bewirken dürfte.¹³⁷⁰ Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Eingrenzung mehr als sechs Tage dauert, da Hausarrest von mehr als sechs¹³⁷¹ Tagen gemäss konstanter Rechtsprechung des EGMR als Freiheitsentziehung gilt.¹³⁷² Eine physische Abgeschlossenheit des zugewiesenen Aufenthaltsortes ist gemäss Gerichtshof nicht erforderlich und ein formelles Verbot, den zugewiesenen Aufenthaltsort zu verlassen, ausreichend.¹³⁷³ Der EGMR wertete eine Disziplinar massnahme gegen einen spanischen Grenzwächter, welcher einen sechstägigen Arrest in seiner Wohnung zu vollziehen hatte, als Freiheitsentzug, obwohl es ihm erlaubt war, sein Zuhause ausnahmsweise für Arztbesuche, wichtige Besorgungen oder den Besuch des Gottesdienstes zu verlassen. Demnach ändert auch die in Art. 230 Abs. 3 BWIS enthaltene *Ausnahmeregel*, wonach Fedpol nach Anhörung der beteiligten Behörden aus wichtigen Gründen Ausnahmen von der Eingrenzung auf eine Liegenschaft bewilligen kann, nichts am grundsätzlich freiheitsentziehenden Charakter der Massnahme, zumal Bundesrätin Keller-Sutter in der Parlamentsdebatte eine

¹³⁷⁰ Selbst der Bundesrat geht davon aus, dass diese Massnahme «In der Regel (...) in den Anwendungsbereich von Artikel 5 EMRK fallen (dürfte), weil je nach den Umständen des Einzelfalls von einem Freiheitsentzug und nicht von einer Freiheitsbeschränkung auszugehen» sei. Botschaft PMT, BBl 2019 4795. So auch CONINX, Terrorismusbekämpfung, S. 201; MOHLER, fehlende Konformität, Rz 55.

¹³⁷¹ Siehe EGMR, *Lavents v. Latvia*, 58442/00 (2002), Ziff. 63; *N.C. v. Italy*, 24952/94 (2002), Ziff. 50; *Pekov v. Bulgaria*, 50358/99 (2006), Ziff. 71; *Vachev v. Bulgaria*, 42987/98 (2014), Ziff. 64; *Buzadji v. the Republic of Moldova*, 23755/07 (2016), in welchem der EGMR erneut betonte, dass «Hausarrest angesichts seines Grades und seiner Intensität als Freiheitsentziehung i.S.v. Art. 5 EMRK angesehen» wird, Ziff. 104. Gleicher Ansicht war im Rahmen der Vernehmlassung zum PMT auch die Human Rights Law Clinic der Universität Bern, vgl. FEDPOL, Vernehmlassungsergebnisse-PMT, S. 20.

¹³⁷² Eingrenzungen auf eine Liegenschaft von kürzerer Dauer dürften insbesondere aufgrund des erheblichen Organisationsaufwandes ausser Betracht fallen. Überdies hätte Fedpol in dieser Konstellation in Anbetracht von Art. 23f Abs. 1 lit. b BWIS auch zu prüfen, ob im Einzelfall das kantonale Recht kurzfristige Freiheitsentziehungen zum Zwecke der Gefahrenabwehr vorsieht.

¹³⁷³ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz EGMR, *Dacosta Silva v. Spain*, 69966/01 (2006), Ziff. 13, 42.

eher restriktive Handhabung der Ausnahmemöglichkeit nahelegte.¹³⁷⁴ Der Hausarrest könnte bei einer Dauer von über sechs Tagen nur dann als blosser Freiheitsbeschränkung gelten, wenn der terroristische Gefährder die Liegenschaft nicht nur aus wichtigen Gründen, sondern auch zwecks Partizipation am gesellschaftlichen Leben verlassen könnte, wobei ein solcher «Hausarrest light» der «Idee einer sichernden Massnahme» diametral entgegenstünde.¹³⁷⁵

C. Zur Rechtmässigkeit der innerstaatlichen Rechtsgrundlage

a.) Art. 230 Abs. 1 BWIS als Rechtsgrundlage

Eine Freiheitsentziehung kann nur dann rechtmässig sein, wenn diese auf einer *innerstaatlichen Rechtsgrundlage* beruht.¹³⁷⁶ Für die Eingrenzung auf eine Liegenschaft fungiert Art. 230 Abs. 1 BWIS als Rechtsgrundlage, wobei in lit. a und lit. b die *kumulativen Anordnungsvoraussetzungen* vorgesehen sind. *lit. a* verlangt das Bestehen von «konkreten und aktuellen Anhaltspunkten, dass eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritter ausgeht, die nicht anders abgewendet werden kann». Der *Massnahmezweck* liegt hierbei in der Vereitelung der Gefahrenverwirklichung.¹³⁷⁷ Nach *lit. b* verlangt die Anordnung einer Eingrenzung auf eine Liegenschaft zusätzlich, dass der betroffene terroristische Gefährder vorgängig gegen eine oder mehrere bereits angeordnete BWIS-

¹³⁷⁴ Bundesrätin Keller-Sutter befürchtete entgegen einer Ratsminderheit aufgrund der Ausnahmeregelung keine Sicherheitslücken und verwies stattdessen auf die Möglichkeit einer restriktiven Anwendung der Ausnahmeregelung, wonach wichtig zu erkennen sei, dass die Ausnahmegründe: «zu einer vorübergehenden Ausnahme vom Hausarrest führen können, aber nicht müssen. Ob eine Ausnahme gewährt werden kann, liegt im Ermessen des Fedpol; dabei handelt es sich um eine blosser Kann-Bestimmung. Zudem darf das Fedpol Ausnahmen nur nach Rücksprache mit dem betroffenen Kanton bewilligen. (...) Es sind im Einzelfall auch immer die öffentlichen Sicherheitsinteressen abzuwägen und zu berücksichtigen». Ständerat, Frühjahressession 2020, Wortmeldung Karin Keller-Sutter, AB 2020, S. 83.

¹³⁷⁵ Siehe zu diesem Satz und den darin enthaltenen Wortzitaten CONINX, Terrorismusbekämpfung, S. 201 (m.w.H.).

¹³⁷⁶ Siehe EGMR, *Riera Blume a.o. v. Spain*, 37680/97 (1999), Ziff. 31; EGMR, *Rantsev v. Cyprus*, 25965/04 (2010), Ziff. 323.

¹³⁷⁷ Vgl. Art. 230 Abs. 1 lit. a BWIS. Spezifische Ausführungen zum Zweck der Massnahme nach Art. 230 f. BWIS fehlen in der Botschaft. ZIMMERLIN, S.194, sieht die *ratio legis* und den einzigen Zweck von Art. 230 BWIS (richtigerweise) in der Abwendung einer erheblichen Gefahr für Leib und Leben Dritter.

Massnahmen verstossen hat.¹³⁷⁸ Diese Bestimmung geht indes sehr weit, da der Wortlaut auch fahrlässige Verstösse gegen angeordnete BWIS-Massnahmen mit beinhaltet und daher eine Eingrenzung auf eine Liegenschaft nach sich ziehen könnten.¹³⁷⁹ Der EGMR stellt an die eine Freiheitsentziehung vorsehende innerstaatliche Rechtsgrundlage inhaltlich-qualitative Mindestanforderungen.¹³⁸⁰ Diese muss allgemein zugänglich und präzise formuliert sein und eine vorhersehbare und willkürfreie Rechtsanwendung ermöglichen, sodass die betroffene Person «in angemessener Weise vorhersehen kann, welche Konsequenzen eine Handlung hat»¹³⁸¹. In Bezug auf die Massnahme der Eingrenzung auf eine Liegenschaft ergeben sich in Bezug auf diese Anforderungen nach Ansicht des Schreibenden in zweierlei Hinsicht Bedenken, welche nachfolgend unter b.) und c.) besprochen werden sollen.

¹³⁷⁸ «Der Verstoß gegen eine andere präventive Massnahme ist zwar Anordnungsvoraussetzung als Ausdruck des Verhältnismässigkeitsprinzips, nicht aber der Zweck der Massnahme. Vielmehr geht es darum, einen Menschen, den man für einen Gefährder hält, mittel- bis langfristig zu sichern und dabei zu verhindern, dass sich dieser (weiter) radikalisiert.» CONINX, Terrorismusbekämpfung, S. 202. Zur pönalen Funktion der Eingrenzung auf eine Liegenschaft weiter hinten §8, IV, 2., C.

¹³⁷⁹ Eine Minderheit um Ständerat Carlo Sommaruga forderte in der Ratsdebatte, dass in Bezug auf Abs. 1 lit. b dem Gefährder zusätzlich noch die Prognose gestellt werden müsse, dass er sich künftig nicht an die Massnahmen halten werde, wobei dieser Vorschlag von der Mehrheit abgelehnt wurde. Siehe dazu die interessante Debatte im Ständerat, Frühjahressession 2020, Wortmeldung Carlo Sommaruga, AB 2020 S. 85 ff.: «Cependant, l'alinéa 1 lettre b est ainsi rédigé que, dès qu'il y a une violation objective des mesures précédentes, même sans intention, on se trouve dans la nécessité de prononcer une assignation à une propriété. C'est le cas par exemple si quelqu'un a une interdiction géographique et si, par inadvertance, il viole cette interdiction, mais sans avoir vraiment l'intention d'adopter une attitude criminelle, ni de préparer un acte terroriste. De même, si par hasard il croise une personne avec laquelle il a une interdiction de contact, on se trouve de nouveau dans une situation où il faut passer au stade supérieur. Il y a une espèce d'automatisme qui se met en place et qu'il faudrait éviter. C'est pourquoi cette proposition est faite, à savoir rajouter l'intention de la personne. Il s'agit de savoir si effectivement la personne a une attitude laissant penser qu'elle ne va pas respecter les injonctions relatives à l'interdiction de contact ou à l'interdiction géographique, parce que c'est là qu'on aura le plus de problèmes.»

¹³⁸⁰ Siehe etwa EGMR, *Mooren v. Germany*, 11364/03 (2009), Ziff. 72; *Enhorn v. Sweden*, 56529/00 (2005), Ziff. 36; *Groni v. Albania*, 25336/04 (2009), Ziff. 153 ff. Zu den Anforderungen an die Bestimmtheit des EGMR und dem PMT siehe auch MOHLER, fehlende Konformität, Rz 15 ff.

¹³⁸¹ Zu diesem Zitat und dem ganzen Satz MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Art. 5 Rz 18. Zudem muss das Gesetz «mit genügender Klarheit den Ermessensspielraum begrenzen, um Schutz gegen willkürliche Eingriffe zu bieten»; MOHLER, fehlende Konformität, Rz 15 ff. (m.w.H.).

b.) Unzureichende Bestimmtheit der Gefährderdefinition

Der persönliche Anwendungsbereich von Art. 230 f. BWIS ist auf Personen beschränkt, welche zuvor von Fedpol gestützt auf Art. 23e BWIS als terroristische Gefährder kategorisiert wurden. Da die in Art. 23e BWIS enthaltene Gefährderdefinition sehr unbestimmt gehalten ist, ist deren potentieller Anwendungsbereich auch derart weitreichend, dass auch eine rechtskundige Person, selbst unter Beizug der Materialien, kaum voraussehen kann, ob überhaupt und falls ja, unter welchen Voraussetzungen diese wegen (einer) bestimmten Verhaltensweise(n) als terroristischer Gefährder kategorisiert werden könnte.¹³⁸² Durch die implizite Referenzierung des persönlichen Anwendungsbereichs von Art. 230 f. BWIS auf die in Art. 23e BWIS enthaltene Definition «krankt» Art. 230 f. BWIS mittelbar an der fehlende Bestimmtheit von Art. 23e BWIS. Bereits aus diesem Grund ist die Vereinbarkeit von Art. 230 f. i.V.m. Art. 23e BWIS mit den durch Art. 5 EMRK statuierten Vorgaben an eine ausreichend präzise innerstaatliche Rechtsgrundlage grundsätzlich in Frage zu stellen.

c.) Unzureichende Bestimmtheit von Art. 230 Abs. 1 lit. a BWIS

Im Hinblick auf die vom EGMR formulierten Anforderungen an die Bestimmtheit einer innerstaatlichen Rechtsgrundlage erweist sich zudem die *Anordnungsvoraussetzung* von Art. 230 Abs. 1 lit. a BWIS als problematisch. Art. 230 Abs. 1 lit. a BWIS macht den Erlass einer Eingrenzung auf eine Liegenschaft vom Bestand konkreter und aktueller Anhaltspunkte abhängig, die auf eine vom terroristischen Gefährder ausgehende, nicht anders abwendbare «erhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritter» hindeuten.¹³⁸³ Ob-

¹³⁸² Zur allzu grossen Unbestimmtheit von Art. 23e BWIS siehe auch EUROPARAT, Stellungnahme PMT, S. 1 f.; UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. 4 ff. Gleicher Ansicht auch MOHLER, fehlende Konformität, Rz 23 ff., 42, 53. Eingehend zur fehlenden Bestimmtheit von Art. 23e BWIS weiter vorne §7, III., IV. und VIII sowie §8, II., 6., C., b.).

¹³⁸³ Hierzu äussert ALTWEGG grundsätzliche Bedenken, wobei sie die in der Botschaft genannten Beispiele für Anhaltspunkte i.S.v. Art. 23e Abs. 1 und jene für Art. 230 BWIS vermengt: «Der genaue Anwendungsbereich wird nicht eindeutig definiert und es bleibt unklar, in welchen konkreten Situationen diese <Anhaltspunkte> gegeben sind. So kann nicht eindeutig ausgeschlossen werden, dass ein <Like> eines Aufrufs zu einem Attentat oder eines gewaltsamen, terroristisch angehauchten Videos auf einer digitalen Plattform als Anhaltspunkt für eine Gefahr von Leib und Leben ausreichen würde.» Siehe ALTWEGG, S. 7. Massgeblich ist dahingegen, ob die in der Vergangenheit liegenden Anhaltspunkte i.S.v. Art. 230 Abs. 1 lit. a BWIS zum Zeitpunkt der beabsichtigten Anordnung einer Eingrenzung auf eine Liegenschaft noch aktuell sind. Diese

wohl Art. 230 Abs. 1 lit. a BWIS zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe enthält, sucht man einschlägige allgemein-abstrakte Ausführungen in der Botschaft vergeblich. Der Bundesrat erwähnt in der Botschaft einzig exemplarische Konstellationen, in welchen eine «erhebliche Gefahr für Leib und Leben» bestehen soll, wobei diese nachfolgend unter aa)-ad) vorgestellt und gewürdigt werden.¹³⁸⁴

aa) *Vergangene Verurteilungen*

Eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben i.S.v. Art. 230 Abs. 1 lit. a BWIS ist gemäss Bundesrat u.a. dann zu bejahen, wenn der terroristische Gefährder *«für eine oder mehrere strafbare Handlungen verurteilt worden ist, die im Zusammenhang mit einem terroristischen Anschlag stehen, und davon ausgegangen werden muss, dass im Straf- oder Massnahmenvollzug kein Gesinnungswandel stattgefunden hat»*¹³⁸⁵. Die angeblich erhebliche Gefahr knüpft in diesem Beispiel an ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten des terroristischen Gefährders an. Wie ein «terroristischer Anschlag» im Kontext von Art. 230 Abs. 1 lit. a von Fedpol definiert wird, was Fedpol unter «strafbaren Handlung» verstehen wird¹³⁸⁶ und welche Voraussetzungen einen «Zusammenhang» zwischen der strafbaren Handlung und dem terroristischen Anschlag begründen, lassen die Materialien und auch die parlamentarischen Ratsdebatten offen. Unklar bleibt auch, welches Beweismass und welche Beweislastverteilung in Bezug auf einen (angeblich) im Straf- oder Massnahmenvollzug nicht erfolgten Gesinnungswandel Anwendung finden wird.

ab) *Verwendung von Waffen oder explosionsgefährlichen Stoffen*

Eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben i.S.v. Art. 230 Abs. 1 lit. a BWIS ist gemäss Bundesrat u.a. auch dann zu bejahen, wenn der terroristische Gefährder *«in der Vergangenheit Waffen oder explosionsgefährliche Stoffe verwendet hat, um einer Drohung*

Aktualität wird Fedpol im Einzelfall sauber zu begründen haben. Dazu ausführlicher sogleich unter d.).

¹³⁸⁴ Botschaft PMT, BBl 2019 4796. Hierzu auch CONINX, Terrorismusbekämpfung, S. 204.

¹³⁸⁵ Botschaft PMT, BBl 2019 4796.

¹³⁸⁶ Es stellt sich etwa die Frage, ob im Zusammenhang mit Art. 230 Abs. 1 lit. a BWIS Übertretungen auch dazu als strafbare Handlungen gelten.

*Nachdruck zu verleihen»*¹³⁸⁷. Auch in diesem Beispiel wird die aktuelle erhebliche Gefahr für Leib und Leben einzig basierend auf einem in der Vergangenheit liegenden Verhalten abgeleitet. Welche Erkenntnisse eine erfolgte Verwendung von Waffen oder explosionsgefährliche Stoffen belegen können, bleibt unklar. Namentlich ist fraglich, ob es einer einschlägigen rechtskräftigen Verurteilung bedarf oder ob gegenteilig bereits nachrichtendienstliche Informationen als «Nachweise» dienen.¹³⁸⁸ Ebenso wenig erhellt sich, wie der Begriff der «Drohung» auszulegen sein wird.¹³⁸⁹ Nach Ansicht des Schreibenden ist es zur Vermeidung einer allzu weitreichenden Anwendung von Art. 230 Abs. 1 lit. a BWIS geboten, dass im Einzelfall lediglich einschlägige, strafrechtliche und rechtskräftige Verurteilungen die Annahme einer erhebliche Gefahr für Leib und Leben zu rechtfertigen vermögen.

ac) Auslandsaufenthalte

Eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben i.S.v. Art. 230 Abs. 1 lit. a BWIS ist gemäss Bundesrat bspw. auch dann zu bejahen, wenn der terroristische Gefährder «*sich zu terroristischen Zwecken, im Ausland aufgehalten hat*»¹³⁹⁰. In diesem Beispiel bleibt unklar, wie der Begriff «zu terroristischen Zwecken» in der künftigen Rechtsanwendung von Fedpol ausgelegt werden wird, welches Beweismass und welche Beweislastverteilung zur Anwendung gelangen wird. Unbeantwortet bleibt u.a. auch, ob als «Nachweis» für einen zu terroristischen Zwecken erfolgten Auslandsaufenthalt eine einschlägige strafrechtliche Verurteilung erforderlich ist oder ob bereits einschlägige nachrichtendienstliche Informationen ausreichend sein werden. Nach Ansicht des Schreibenden ist es zur Vermeidung einer allzu weitreichenden Anwendung von Art. 230 Abs. 1 lit. a BWIS geboten, dass im Einzelfall lediglich einschlägige, strafrechtliche und rechtskräftige Verurteilungen die Annahme einer erhebliche Gefahr für Leib und Leben zu rechtfertigen vermögen.

¹³⁸⁷ Botschaft PMT, BBl 2019 4796.

¹³⁸⁸ M.E. sollten zur Vermeidung einer ausufernden Rechtsanwendung nur erfolgte Verurteilungen oder laufende Strafverfahren als Nachweise dienen können.

¹³⁸⁹ Namentlich ist unklar, ob der Begriff der Drohung im erwähnten Botschaftsbeispiel mit der in Art. 180 StGB enthaltenen strafrechtlichen Begriffsdefinition von Drohung übereinstimmt.

¹³⁹⁰ Botschaft PMT, BBl 2019 4796.

ad) *Gewalttätiges Inerscheinungstreten*

Eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben i.S.v. Art. 230 Abs. 1 lit. a BWIS ist gemäss Bundesrat etwa auch dann zu bejahen, wenn der terroristische Gefährder *«in der Vergangenheit mehrfach gewalttätig in Erscheinung getreten ist»*¹³⁹¹. Dieses schwammige Beispiel leitet die aktuell von einem terroristischen Gefährder ausgehende erhebliche Gefahr ebenfalls aus einer in der Vergangenheit liegenden Verhaltensweisen der betroffenen Person ab. In Bezug auf die künftige Rechtsanwendung bleibt u.a. unklar, welche Verhaltensweisen Fedpol unter den Begriff des «gewalttätigen In-Erscheinung-Treten» subsumieren wird. Werden als Nachweis für «gewalttätiges Inerscheinungstreten» einzig einschlägige strafrechtliche Verurteilungen für Straftaten mit Gewaltbezug oder auch andere Quellen, welche angeblich gewalttätiges Verhalten der betroffenen Person nahelegen, hinzugezogen werden können? Unklar ist auch, wie der Begriff «mehrfach» zu verstehen sei wird, namentlich ob dieser bereits bei zweimaligem gewalttätigem In-Erscheinung-Treten erfüllt sein wird. Nach Ansicht des Schreibenden ist es zur Vermeidung einer allzu weitreichenden Anwendung von Art. 230 Abs. 1 lit. a BWIS geboten, dass im Einzelfall lediglich mehrfach einschlägige, strafrechtliche und rechtskräftige Verurteilungen die Annahme einer erhebliche Gefahr für Leib und Leben zu rechtfertigen vermögen.

d.) *Zwischenfazit*

Die in Bezug auf die spezifische Anordnungsvoraussetzung von Art. 230 Abs. 1 lit. a BWIS in der Botschaft enthaltenen Beispiele beziehen sich allesamt auf in der Vergangenheit liegende Verhaltensweisen. Diese in der Vergangenheit liegenden Verhaltensweisen begründen nach Ansicht des Bundesrates offenbar eine abstrakte Gefährlichkeit des terroristischen Gefährders, welche die Annahme zu rechtfertigen vermag, dass von dieser Person nach wie vor eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben ausgehen soll.¹³⁹² Zentral wird jedenfalls sein, dass Fedpol als verfügende Behörde im Einzelfall basierend auf den in der Vergangenheit liegenden konkreten Anhaltspunkten deren

¹³⁹¹ Botschaft PMT, BBl 2019 4796.

¹³⁹² Die grundlegende Frage, welche Definition von Gefahr Art. 230 Abs. 1 lit. a BWIS zugrunde liegt, wird in der Botschaft nicht aufgegriffen. Eine konkrete Gefahr, im Sinne des herkömmlichen Gefahrenbegriffs, verlangen alle in der Botschaft erwähnten Beispiele nicht einmal ansatzweise, da sich diesen weder eine Wahrscheinlichkeitsaussage über das Ob, geschweige denn über das

nach wie vor bestehende Aktualität rechtsgenügend begründen wird. Wie vorstehend dargelegt, werfen die in der Botschaft genannten Beispiele für eine «erhebliche Gefahr für Leib und Leben» im Hinblick auf die künftige Rechtsanwendung von Art. 230 Abs. 1 lit. a BWIS mehr Fragen auf, als dass sie die Bestimmung präzisieren würden. In Anbetracht dieser Ausgangslage vermitteln sie Fedpol als rechtsanwendender Behörde weitreichendes Rechtsfolgeermessen.¹³⁹³ Die Beispiele sind derart unbestimmt, dass es selbst einer rechtskundigen Person, welche zusätzlich sämtliche Materialien beizieht, unmöglich ist, die künftige Rechtsanwendung des Begriffs der «erheblichen Gefahr für Leib und Leben Dritter» zu antizipieren. Kommt hinzu, dass nirgends näher ausgeführt wird, wann die erhebliche Gefahr «nicht anders abwendbar» sein soll. Solange die abzuwendende erhebliche Gefahr derart unbestimmt formuliert ist, kann gar nicht sinnig beurteilt werden, ob diese auf andere Weise abwendbar sein könnte. Art. 230 Abs. 1 BWIS könnte aus den vorgenannten Gründen den aus Art. 5 EMRK abgeleiteten Anforderungen an eine rechtmässige innerstaatliche Rechtsgrundlage daher nicht genügen.¹³⁹⁴

D. Art. 230 f. BWIS im Lichte der konventionsrechtlichen Haftzwecke

Wie erwähnt darf einer Person die Freiheit nur entzogen werden, wenn die Freiheitsentziehung einem der in Art. 5 Abs. 1 lit. a-f EMRK abschliessend genannten Haftzwecke dient.¹³⁹⁵ Die *Haftzwecke* stehen alternativ zueinander.¹³⁹⁶ Je nach Umständen des Einzelfalls können auch mehrere erfüllt sein. In Bezug auf die freiheitsentziehende Eingrenzung auf eine Liegenschaft nach Art. 230 f. BWIS kommen die in Art. 5 Abs. 1

Wann, Wo und Wie der befürchteten Gefahrenverwirklichung entnehmen lässt. Zum polizeirechtlichen Gefahrenbegriff siehe vorne §8, I.

¹³⁹³ Anderer Ansicht wohl ALTWEGG, S. 7, welche in Würdigung der vorerwähnten Beispiele von einem «strikeren Massstab» ausgeht, jedoch ohne die Beispiele dabei vertieft zu interpretieren.

¹³⁹⁴ Gleicher Ansicht auch MOHLER, fehlende Konformität, Rz 53. So auch EUROPARAT, Stellungnahme PMT, S. 1: «„il semble très difficile de concilier une mesure administrative d'assignation à une propriété> aussi imprécise et grave..».

¹³⁹⁵ Vgl. dazu statt vieler BGE 137 I 31 E. 7.2 (m.w.H.).

¹³⁹⁶ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz statt vieler FROWEIN/PEUKERT, Art. 5 Rz. 35.

lit. b und c EMRK genannten Haftzwecke in Betracht, welche nachfolgend unter E. und F. vorgestellt und besprochen werden.

E. Erzwingungs- und Beugehaft (Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK)

Gestützt auf Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK kann eine Freiheitsentziehung dann rechtmässig sein, wenn diese der Durchsetzung einer gerichtlichen Anordnung (*erste Alternative*) oder der Erzwingung einer gesetzlichen Verpflichtung (*zweite Alternative*) dient.

a.) Gerichtliche Anordnung (erste Alternative)

Eine gerichtliche Anordnung liegt dann vor, wenn die betroffene Person gerichtlich zur Vornahme oder Duldung einer bestimmten Handlung verpflichtet wurde.¹³⁹⁷ Die Freiheitsentziehung dient dabei der Erzwingung der angeordneten Verpflichtung, weshalb die Person von der Verpflichtung Kenntnis haben und sich dieser nachweislich verweigert haben musste.¹³⁹⁸ Die Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS werden gestützt auf Art. 23j BWIS von Fedpol verfügt, weshalb diese keine gerichtliche Anordnung darstellen, deren Erzwingung durch eine Freiheitsentziehung erwirkt werden könnte. Die erste Alternative von lit. b stellt somit *keine taugliche Rechtsgrundlage* dar, um eine freiheitsentziehende Eingrenzung auf eine Liegenschaft gemäss Art. 23o f. BWIS zu rechtfertigen.

b.) Gesetzliche Verpflichtung (zweite Alternative)

aa) Unmöglichkeit der freiwilligen Pflichterfüllung

Nach der zweiten Alternative von Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK ist eine Freiheitsentziehung dann rechtmässig, wenn diese der Durchsetzung einer gesetzlichen Verpflichtung

¹³⁹⁷ Bspw. eine mit Zwang durchgesetzte gerichtliche Zuführung, EGMR, *Harkmann v. Estonia*, 2192/03 (2006), Ziff. 34 f. Eine Ersatzweise Inhaftierung im Falle nicht bezahlter Geldstrafen oder Gerichtskosten, EGMR, *Gatt v. Malta*, 28221/08 (2010), Ziff. 37 ff.; die Beugehaft zum Zwecke einer gerichtlich angeordneten psychiatrischen Untersuchung, EGMR, *Nowicka v. Poland*, 30218/98 (2002), Ziff. 62. Siehe dazu auch ELBERLING, in: Karpenstein/Mayer, Art. 5 Rz 39 (m.w.H.).

¹³⁹⁸ Vgl. EGMR, *Petukhova v. Russia*, 28796/07 (2013), Ziff. 58 ff.; EGMR, *Beiere v. Latvia*, 30954/05 (2011), Ziff. 49 f. Vor der Inhaftierung der betreffenden Person hat der Staat überdies von sich aus zu prüfen, ob die Person ihrer Pflicht mittlerweile nachgekommen ist. Siehe EGMR, *Velinov v. Macedonia*, 16880/08, Ziff. 56.

dient.¹³⁹⁹ Der unbestimmte Begriff der «gesetzlichen Verpflichtung» birgt das Potential zur Anordnung von willkürlichen Freiheitsentziehungen, weshalb der EGMR im Einzelfall den Bestand von bis anhin nicht befolgten «konkreten und spezifischen Pflichten»¹⁴⁰⁰ verlangt. Die allgemeine Pflicht, keine Straftat zu begehen, ist daher nicht ausreichend konkret.¹⁴⁰¹ Da die zweite Alternative von lit. b einzig die Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht bezweckt, entfällt der Haftgrund mit Erfüllung der säumigen Pflicht, weshalb einer fortdauernden Freiheitsentziehung ab diesem Zeitpunkt ein unzulässiger strafender Charakter zukäme.¹⁴⁰² In der Botschaft zum PMT vertritt der Bundesrat die Auffassung, dass die in Art. 230 Abs. 1 lit. b BWIS erwähnten Massnahmen nach den Art. 23k-23n BWIS ausdrückliche gesetzliche Verpflichtungen i.S.d. der zweiten Alternative von lit. b darstellen, «deren Durchsetzung mit einer Eingrenzung auf eine Liegenschaft gesichert werden soll»¹⁴⁰³. Die aus den Art. 23k-23n BWIS resultierenden Pflichten begründen für den terroristischen Gefährder *Handlungspflichten*¹⁴⁰⁴ und/oder *Unterlassungspflichten*¹⁴⁰⁵. Aus den aktiven Handlungspflichten resultieren für diesen über

¹³⁹⁹ Gemäss Lehre und Rechtsprechung zählen zu diesen Pflichten u.a. die Leistung von Militär- oder Ersatzdienst, die Ausweisungspflicht gegenüber Polizeipersonal, EGMR, *Novotka v. Slovakia*, 47244/99 (2003). Oder die gesetzliche Verpflichtung Militärangehöriger zur Einhaltung der Disziplinarordnung, *Engel a.O. v. Netherlands*, 5370/72 (1976), Ziff. 69.

¹⁴⁰⁰ Siehe hierzu und zum nächsten Satz BGE 137 I 31 E. 7.3; 142 I 121 E. 3.6.4; EGMR, *V. and A. v. Denmark*, 35553/12, 36678/12, 36711/12 (2018), Ziff. 127, 156 ff.; EGMR, *Engel a.O. v. Netherlands*, 5370/72 (1976), Ziff. 69; EGMR, *Guzzardi v. Italy*, 7367/76 (1980), Ziff. 101; EGMR, *Ciulla v. Italy*, 11152/84 (1990), Ziff. 36; EGMR, *Hammerton v. United Kingdom*, 6287/10 (2016), Ziff. 77.

¹⁴⁰¹ Der EGMR hat lit. b insbes. auch in Bezug auf die Inhaftierung von «Terrorverdächtigen» einer einschränkenden Auslegung unterzogen, siehe dazu ELBERLING, in: Karpenstein/Mayer, Art. 5 Rz 39 (m.w.H.). Siehe dazu auch CONINX, Terrorismusbekämpfung, S. 203.

¹⁴⁰² Siehe BGE 137 I 31 E. 7.4; EGMR, *Gatt v. Malta*, 28221/08 (2010), Ziff. 46; EGMR, *Ostendorf v. Germany*, 15598/08 (2013), Ziff. 70; Gutachten-DONATSCH, S. 28. Zum möglicherweise (strafenden) Charakter der BWIS-Massnahmen weiter hinten §8, IV, 2., C.,

¹⁴⁰³ Botschaft PMT, BBl 2019 4795.

¹⁴⁰⁴ So bspw. die Pflicht, sich gestützt auf Art. 23k BWIS regelmässig bei einer Amtsstelle zu melden oder an einem Gespräch teilnehmen zu müssen.

¹⁴⁰⁵ Namentlich eine Ein- oder Ausgrenzung nach Art. 23m BWIS, ein Kontaktverbot gemäss Art. 23l BWIS oder ein Ausreiseverbot i.S.v. Art. 23n BWIS. Im Falle von gesetzlichen Unterlassungspflichten kann es schwierig sein, den Zeitpunkt zu bestimmen, in welchem die Person ihrer Pflicht (nicht) nachgekommen ist. Ebenso Gutachten-DONATSCH, S. 28. Der EGMR lässt gesetzliche Unterlassungspflichten im Zusammenhang mit lit. b nur unter strengen Voraussetzungen

die gesamte Verfügungsdauer punktuell wiederkehrende Verbindlichkeiten.¹⁴⁰⁶ Soweit aus den Massnahmen nach Art. 23k-23n BWIS Unterlassungspflichten resultieren, begründen diese für die gesamte Verfügungsdauer eigentliche *Dauerpflichten*.¹⁴⁰⁷ Da die aus den Massnahmen nach den Art. 23k-23n BWIS resultierenden Pflichten für die gesamte Massnahmedauer gelten, sind diese nicht punktuell, weshalb es der betroffenen Person gar nicht möglich ist, den geforderten Pflichten (doch noch) nachzukommen und so den Haftzweck von lit. b durch freiwillige Pflichterfüllung hinfällig werden zu lassen.¹⁴⁰⁸ Gleicher Ansicht sind auch die UNO-Sonderberichterstatter: «Les experts tiennent à souligner à cet égard que certaines obligations en vertu des articles 23(k) à 23(n) peuvent ne pas être d'une nature suffisamment « déterminée et concrète », comme l'exige la CEDH. En particulier, les obligations visant à remplir de manière continue ou régulière certaines tâches ou conditions, ou les obligations à long terme exigeant que la personne s'abstienne de certains comportements ont peu de chances de remplir cette condition préalable».¹⁴⁰⁹ Die aus den Art. 23k-23n BWIS resultierenden gesetzlichen Dauerverpflichtungen sind folglich über weite Strecken gar *nicht geeignet*, i.S.d. zweiten Alternative von lit. b, mittels Beugehaft durchgesetzt werden zu können.¹⁴¹⁰

zu. Polizeipräventiver Gewahrsam zur Verhinderung einer Straftat bzw. zur Durchsetzung der Verpflichtung der Nichtbegehung einer Straftat ist demnach nur dann zulässig, wenn *der Ort, die Zeit sowie die Opfer* der bevorstehenden Straftat ausreichend konkretisiert sind. Zudem muss die Person auf die konkret zu unterlassende Straftat hingewiesen werden, wobei sich diese der Pflicht im- oder explizit zu verweigern hat. Vgl. dazu EGMR, *Ostendorf v. Germany*, 15598/08, Ziff. 70; EGMR, *S., V. and A. v. Denmark*, 35553/12, 36678/12, 36711/12 (2018), Ziff. 83, 89.

¹⁴⁰⁶ So bspw. die Pflicht während sechs Monaten zwei Mal wöchentlich an Gesprächen nach Art. 23k BWIS teilnehmen zu müssen.

¹⁴⁰⁷ So bspw. die Pflichten bestimmte Gebiete *nicht* zu betreten, *nicht* aus der Schweiz auszureisen oder mit bestimmten Personen *keinen* Kontakt zu pflegen.

¹⁴⁰⁸ Zur fehlenden Erfüllbarkeit der gesetzlichen Verpflichtung ähnlich UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. 10; MOHLER, fehlende Konformität, Rz 55.

¹⁴⁰⁹ UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. 9.

¹⁴¹⁰ Eine gestützt auf die zweite Alternative von lit. b verfügte Freiheitsentziehung muss der «Durchsetzung der Verpflichtung und nicht bloss der Bestrafung der Nichtbefolgung dienen», ELBERLING, in: Karpenstein/Mayer, Art. 5 Rz 44 (m.w.H.). Diesem Aspekt der fehlenden Erfüllbarkeit der Dauerpflichten trägt die Botschaft keinerlei Rechnung.

ab) *Rechtsfehlerhafte Begründung des Bundesrats*

Zur Begründung der Anwendbarkeit der zweiten Alternative von lit. b als rechtmässigen Haftzweck für eine freiheitsentziehende Eingrenzung nach Art. 230 f. BWIS bezieht sich der Bundesrat in der Botschaft¹⁴¹¹ massgeblich auf BGE 137 I 31. Dieser Verweis ist bei näherer Betrachtung *nicht sachgerecht*.¹⁴¹² Im Urteil unterzog das Bundesgericht das Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen (nachfolgend: Konkordat) einer abstrakten Normenkontrolle. Es setzte sich dabei auch mit der Rechtmässigkeit des im Konkordat vorgesehenen freiheitsentziehenden Polizeigewahrsams (Art. 8 f.) auseinander.¹⁴¹³ Es betonte darin die «besondere Charakteristik des Polizeigewahrsams nach dem Konkordatsrecht»¹⁴¹⁴, in welchem die weniger grundrechtsintensive Präventivmassnahme des Rayonverbots (Art. 4 f.) den «Ausgangspunkt und (die) Grundlage der Betrachtung des Polizeigewahrsams»¹⁴¹⁵ bilde und der freiheitsentziehende Polizeigewahrsam (nach Art. 8 Abs. 1 lit. b) nur dann angeordnet werden dürfe, wenn vorgängig ein Rayonverbot verfügt wurde und sich dieses als nicht wirksam herausgestellt hat. Dem Polizeigewahrsam (Art. 8 f.) liege daher eine präzise umschriebene¹⁴¹⁶ gesetzliche Verpflichtung zur Beachtung des Rayonverbotes zugrunde, weshalb sich die mit dem Polizeigewahrsam verbundene Freiheitsentziehung unter Art. 5 Ziff. 1 lit. b EMRK subsumieren lasse.¹⁴¹⁷ Das Bundesgericht berücksichtigte in seinem Urteil indes auch, dass der Polizeigewahrsam (Art. 8 f.) auf Fälle beschränkt ist, in welchen die Gefahr der Begehung einer qualifizierten (und in Art. 9 Abs. 2 des Konkordates umschriebenen) Straftat besteht.¹⁴¹⁸ In *räumlicher Hinsicht* kommt der Polizeigewahrsam überdies nur dann in Betracht, wenn die Begehung

¹⁴¹¹ Botschaft PMT, BBl 2019 4795.

¹⁴¹² Zur fehlenden Vergleichbarkeit siehe auch UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. 9.

¹⁴¹³ Vgl. BGE 137 I 31 E. 7.

¹⁴¹⁴ BGE 137 I 31 E. 7.5.1.

¹⁴¹⁵ Hierzu und zum nachfolgenden Zitat in diesem Satz BGE 137 I 31 E. 7.5.2.

¹⁴¹⁶ «Gestützt auf Art. 4 Abs. 1 Konkordat wird einer Person untersagt, sich zu bestimmten Zeiten in genau umschriebenen Gebieten aufzuhalten. Diese Verpflichtung erweist sich als bestimmt und konkret sowie nach Inhalt und Umfang klar umschrieben», BGE 137 I 31 E. 7.5.2.

¹⁴¹⁷ Vgl. BGE 137 I 31 E. 7.5.2.

¹⁴¹⁸ Hierzu und zum nächsten Satz BGE 137 I 31 E. 7.5.3.

einer qualifizierten Straftat anlässlich einer nationalen Sportveranstaltung (vgl. Art 9 Abs. 1) befürchtet wird. Die Anordnung des Polizeigewahrsams verlangt somit, dass die betroffene Person eine Gefahr darstellt, da im Einzelfall eine nach «*Art, Zeit und potenziell Verletzten bestimmte Straftat*»¹⁴¹⁹ befürchtet wird. Der Erlass von präventiven Massnahmen gegen Personen, welche eines gewalttätigen Verhaltens im Rahmen von künftigen Sportveranstaltungen verdächtigt werden, setzt überdies den Nachweis eines vorgängigen gewalttätigen Verhaltens voraus (vgl. Art. 3).

Im Falle von Art. 230 Abs. 1 lit. a BWIS werden zwar ebenso konkrete und aktuelle Anhaltspunkte verlangt, welche auf eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritter schliessen lassen. Die erhebliche Gefahr verlangt aber weder den Nachweis von vergangenem gewalttätigem Verhalten noch *eine bevorstehende Straftat*, geschweige denn, dass diese nach Art, Zeit oder potenziellen Opfern konkretisiert wäre.¹⁴²⁰ Auch aus diesem Grund ist der Verweis auf das «Hooligan-Konkordat» und Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK als Rechtsgrundlage für eine durch eine freiheitsentziehende Eingrenzung auf eine Liegenschaft nicht sachgerecht.¹⁴²¹ Diese Einschätzung deckt sich überdies mit der Auffassung der UNO-Sonderberichterstatter: «Les experts tiennent à souligner à cet égard qu'il est en principe possible d'imposer des restrictions ciblées et proportionnées pour faire face à la menace que représentent les « hooligans » du sport, car celle-ci a généralement une portée temporelle et spatiale étroites. Des mesures ciblées comparables sont rarement possibles dans un contexte de lutte contre le terrorisme, en

¹⁴¹⁹ Gutachten-DONATSCH, S. 28. In diesem Sinne auch EGMR, *Ostendorf v. Germany*, 15598/08, Ziff. 93. In diesem Fall erachtete der EGMR eine Freiheitsentziehung zur Durchsetzung einer Unterlassungspflicht als zulässig, da das zu unterlassende Verhalten (Verpflichtung nicht an einer Schlägerei zwischen rivalisierenden Fangruppen teilzunehmen), die Beteiligten (konkret bezeichnete Fangruppen), die Zeit (innerhalb weniger Stunden) und der Ort (spezifische Stadt und deren Umgebung) hinreichend spezifiziert waren. Siehe auch ELBERLING, in: Karpenstein/Mayer, Art. 5 Rz 41a.

¹⁴²⁰ Soweit man den Haftgrund der zweiten Alternative von lit. b als erfüllt sähe, käme dies einer weiten Auslegung dieser Voraussetzung gleich, welche der EGMR aufgrund der Gefahr von willkürlichen Freiheitsentziehungen jedoch gerade nicht zulässt. Siehe bspw. EGMR, *S., V. and A. v. Denmark*, 35553/12, 36678/12, 36711/12 (2018), Ziff. 83, 89. A.A. ZIMMERLIN, S.184, jedoch mit Verweis auf die Botschaft und ohne Berücksichtigung der vorerwähnten Rechtsprechung des EGMR.

¹⁴²¹ Ausführlicher zur (fehlenden Bestimmtheit der) Anordnungsvoraussetzung von Art. 230 Abs. 1 lit. a BWIS weiter vorne §8, II., 6., C.

particulier en ce qui concerne les « terroristes potentiels » qui ne représentent pas une menace susceptible de justifier l'imposition de mesures de droit pénal». ¹⁴²² In Bezug auf den mit der zweiten Alternative von Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK als konform erachteten Polizeigewahrsam nach (Art. 8 f.) berücksichtigte das Bundesgericht zudem in *zeitlicher Hinsicht*, dass dieser sofort aufzuheben sei, wenn die Umstände dies erlauben würden, und dass dieser in keinem Falle länger als 24 Stunden dauern dürfe (vgl. Art. 8 Abs. 2). ¹⁴²³ Demgegenüber kann eine Eingrenzung auf eine Liegenschaft nach Art. 230 f. BWIS für eine *maximale Dauer von neun Monaten* angeordnet werden. Der in der Botschaft zum PMT ¹⁴²⁴ enthaltene Verweis auf BGE 137 I 31 erweist sich somit (auch) unter Berücksichtigung der jeweils zulässigen Maximaldauer der beiden präventiv freiheitsentziehenden Massnahmen als nicht sachgerecht.

F. Untersuchungs-, Sicherheits und Präventivhaft (lit. c)

Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK sieht drei Konstellationen bzw. spezifische Haftgründe vor, in welchen der betroffenen Person zum Zwecke der Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde die Freiheit entzogen werden darf, wobei nachfolgend geprüft werden soll, ob eine freiheitsentziehende Eingrenzung auf eine Liegenschaft durch einen dieser Haftgründe gedeckt sein könnte. ¹⁴²⁵

a.) Untersuchungs- und Sicherheitshaft

Einer Person kann zum Zwecke der Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde die Freiheit entzogen werden darf, wenn eine *Straftat bereits verübt* wurde. In Bezug auf die von der Freiheitsentziehung betroffene Person ist ein *hinreichender Tatverdacht* erforderlich, der auf konkreten Tatsachen beruht, die aus der Warte eines objektiven Beobachters den Schluss zulassen, dass diese die vermutete Straftat begangen haben

¹⁴²² Siehe UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. 9.

¹⁴²³ Vgl. hierzu BGE 137 I 31 E. 7.5.3. Ähnlich auch CONINX, Terrorismusbekämpfung, S. 205.

¹⁴²⁴ Siehe Botschaft PMT, BBl 2019 4795.

¹⁴²⁵ Zu den Begriffen in Bezug auf die Schweiz siehe für die Untersuchungshaft Art. 220 Abs. 1 StPO, für die Sicherheitshaft Art. 220 Abs. 2 StPO sowie für Formen strafprozessualer Präventivhaft Art. 221 Abs. 1 lit. c sowie Abs. 2 StPO.

könnte.¹⁴²⁶ Obwohl der EGMR die *spezifischen Bedürfnisse der Terrorismusbekämpfung* nach raschen Handlungsmöglichkeiten und der Geheimhaltung von Informationsquellen grundsätzlich anerkennt, gelten die genannten Anforderungen an die Substantiierung des hinreichenden Tatverdachtes ausdrücklich auch im Kontext von Terrorismus.¹⁴²⁷ Als weiteren Haftgrund sieht lit. c die *Fluchtgefahr* einer hinreichend tatverdächtigten Person vor. Die Anordnung einer freiheitsentziehenden Eingrenzung auf eine Liegenschaft erfordert nach Art. 230 Abs. 1 lit. a BWIS weder eine begangene noch eine konkret drohende Straftat, weshalb ein hinreichender Tatverdacht in aller Regel (noch) nicht besteht. Aus diesem Grund kommen die beiden vorgenannten Konstellationen von lit. c nicht als Rechtsgrundlage für eine freiheitsentziehende Eingrenzung auf eine Liegenschaft in Betracht.

b.) Präventivhaft

aa) Allgemeines

Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK kann auch in Konstellationen als Haftgrund dienen, in welchen eine bestimmte *Straftat noch nicht verübt* wurde, jedoch begründeter Anlass zu deren Begehung besteht. lit. c kann somit auch als Grundlage für die Anordnung von präventivem Polizeigewahrsam dienen.¹⁴²⁸ Im Unterschied zu den beiden vorangehenden Konstellationen von Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK erfordert diese Form von Freiheits-

¹⁴²⁶ EGMR, *Labita v. Italy*, 26772/95 (2000), Ziff. 155; BGE 142 I 121 E.6.1; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Art. 5 Rz 45; Frowein/Peukert, Art. 5 Rz. 35; GRABENWARTER/PABEL, §21 Rz 23, 27, wonach das Erfordernis des hinreichenden Tatverdachtes eine Minimalanforderung darstelle. Sieht das innerstaatliche Recht weitergehende Voraussetzungen vor, müssen diese beachtet werden, da der Person widrigenfalls die Freiheit nicht auf gesetzlich vorgesehene Weise entzogen wird. In Bezug auf die Schweiz siehe Art. 221 Abs. 1 StPO, welcher einen «dringenden Tatverdacht» sowie die Erfüllung einer der in den lit. a-c genannten Haftgründe verlangt. Hierzu ausführlicher FORSTER, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, Art. 221 Rz 1 ff.

¹⁴²⁷ Vgl. FROWEIN/PEUKERT, Art. 5 Rz. 35 m.H.a. EGMR, *O'Hara v. United Kingdom*, 37555/97 (2001), Ziff. 35 ff.

¹⁴²⁸ Auch in diesem Zusammenhang gehen allenfalls strengere Haftanordnungsvoraussetzungen den Vorgaben der EMRK vor. Vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 44 Rz 18. Für die Schweiz sind die Voraussetzungen einer präventiven Inhaftierung wegen Wiederholungsgefahr (Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO) oder wegen Ausführungsgefahr (Art. 221 Abs. 2 StPO) zu beachten. Hierzu ausführlicher FORSTER, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, Art. 221 Rz 8 ff. Zur möglichen Konventionswidrigkeit von Art. 221 Abs. 2 StPO siehe Gutachten-DONATSCH, S. 32 (m.w.H.).

entziehung *keinen Bezug zu einem Strafverfahren* und darf daher einzig der Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dienen.¹⁴²⁹ Eine nach lit. c rechtmässige Präventivhaft erfordert indes, «dass die Annahme berechtigt ist, es stehe eine nach Ort, Zeit und potenziell Verletzten bestimmte Straftat»¹⁴³⁰ bevor, was im Einzelfall eine Sach- und Beweislage voraussetzt, welche es erlaubt, die befürchtete Straftat spezifisch und substantiiert zu umschreiben. Ist dies im jeweiligen Einzelfall nicht möglich, stellt lit. c *keine taugliche Rechtsgrundlage* dar, da *generalpräventive Freiheitsentziehung*, die auf einem unzureichend konkretisierten Gefahrenverdacht beruhen, durch den Haftgrund von lit. c nicht erfasst sind.¹⁴³¹

ab) Unzureichend konkretisierter Gefahrenverdacht

Art. 230 Abs. 1 lit. a BWIS bringt mit sich, dass ein terroristischer Gefährder nur dann auf eine Liegenschaft eingegrenzt werden darf, wenn im Einzelfall konkrete und aktuelle Anhaltspunkte auf eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritter hindeuten.¹⁴³² Auf den ersten Blick könnte Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK als Haftgrund für eine generalpräventive Freiheitsentziehung in Betracht kommen. Bei näherer Betrachtung der in der Botschaft genannten Beispiele für eine «eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritter», wird aber deutlich, dass diese einzig auf in der Vergangenheit liegenden Verhaltensweisen des terroristischen Gefährders Bezug nehmen.¹⁴³³ Aus diesen vergangenen Verhaltensweisen wird in prospektiver Hinsicht eine abstrakte Gefährlichkeit des terroristischen Gefährders abgeleitet, welche die Annahme einer erheblichen Gefahr i.S.v. Art. 230

¹⁴²⁹ Entgegen dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 lit c EMRK wurde in der bisherigen EGMR Rechtsprechung sowie in zahlreichen Lehrmeinungen die Ansicht vertreten, dass der «Zweck der Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde» mit sich brachte, dass die Haftgründe der Sicherung eines Strafverfahrens dienen müssen. Siehe Gutachten-DONATSCH, S. 32 (m.w.H.). Für eine Übersicht zur bisherigen und sodann geänderten Praxis des EGMR in Bezug auf die Präventivhaft siehe EGMR, S., *V. and A. v. Denmark*, 35553/12, 36678/12, 36711/12 (2018), Ziff. 103 ff.

¹⁴³⁰ Gutachten-DONATSCH, S. 34 m.H.a. EGMR, *V. and A. v. Denmark*, 35553/12, 36678/12, 36711/12 (2018), Ziff. 127, 156 ff; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 44 Rz 18; CONINX, Terrorismusbekämpfung, S. 203.

¹⁴³¹ Siehe bereits EGMR, *Lawless v. Ireland*, 332/57 (1961), Ziff. 14; ELBERLING, in: Karpenstein/Mayer, Art. 5 Rz 56, GRABENWARTER/PABEL, §21 Rz 28; FROWEIN/PEUKERT, Art. 5 Rz. 70.

¹⁴³² Ausführlicher zu Art. 230 Abs. 1 lit. a BWIS weiter vorne §8, II., 6., C.

¹⁴³³ Siehe für die Beispiele Botschaft PMT, BBl 2019 4796 ff. Ausführlicher zu Art. 230 Abs. 1 lit. a BWIS weiter vorne §8, II., 6., C.

Abs. 1 lit. a BWIS rechtfertigen soll. Da Art. 230 Abs. 1 lit. a BWIS aber keine nach Art, Zeit oder potenziellen Opfern konkretisierte Straftat verlangt, stellt Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK *keine taugliche Rechtsgrundlage* für eine freiheitsentziehende generalpräventive Eingrenzung auf eine Liegenschaft dar.¹⁴³⁴

G. Exkurs: Zur Konventionswidrigkeit der «GUG»

In Ergänzung zur Eingrenzung auf eine Liegenschaft forderten im Rahmen der Vernehmlassung zum PMT acht Kantone sowie die KJPD die Einführung einer allgemeinen Präventivhaft für Gefährder, welche euphemistisch als «gesicherte Unterbringung für terroristische Gefährder»¹⁴³⁵ (GUG) betitelt wurde.¹⁴³⁶ Die GUG war als Sicherungsmassnahme für terroristische Gefährder angedacht, «welche rechtskräftig wegen terroristischer Straftaten verurteilt (wurden) und die auch nach Verbüssen ihrer Strafe weiterhin ein konkretes und ernsthaftes Rückfallrisiko für schwere Gewaltstraftaten

¹⁴³⁴ Vgl. hierzu statt vieler MOHLER, fehlende Konformität, Rz 63. Besteht dahingegen in einem bestimmten Einzelfall ein hinreichender Tatverdacht, wäre Art. 23f Abs. 1 lit. c BWIS zu beachten, da diesfalls gegen den terroristischen Gefährder freiheitsentziehende Zwangsmassnahmen nach der StPO angeordnet werden könnten. So auch die EUROPARAT, Stellungnahme PMT, S. 1: «Cette disposition administrative serait superflue dans le cas où existerait une menace concrète et imminente de la commission d'un crime grave puisque le droit pénal suisse prévoit déjà dans un tel cas des possibilités très encadrée de la privation de liberté y compris par assignation à résidence». Ähnlich auch Gutachten-DONATSCH, S. 34, 67; CONINX, Terrorismusbekämpfung, S. 204.

¹⁴³⁵ In der Ratsdebatte wurde von der Mehrheit als Entwurf Art. 23obis BWIS vorgeschlagen, welcher wie folgt lautet: «Personen, die im privaten oder öffentlichen Raum zu terroristischen Aktivitäten oder sonst zu Gewalt, ob im In- oder Ausland, aufrufen, anleiten oder ermuntern, solche Aktivitäten finanzieren, begünstigen oder zu deren Unterstützung aufrufen, müssen in Haft genommen oder durch andere geeignete Massnahmen an ihrem Tun gehindert werden können. Die gleiche Sanktion gilt für Personen, die sich zu Organisationen bekennen oder Organisationen angehören, die terroristische Aktivitäten oder sonstige Gewalt bezwecken oder ausüben.» Siehe AB 2020, S. 1119.

¹⁴³⁶ Vgl. FEDPOL, Vernehmlassungsergebnisse-PMT, S. 8 und 34. Siehe dazu auch zwei politische Vorstösse der CVP (Fn. 477) und SVP (Fn. 478). Zum Ganzen treffend CONINX, wonach der Bundesrat in der Botschaft zum PMT bemüht gewesen sei, «einen Unterschied zwischen einer mit dem PMT nicht beabsichtigten Präventivhaft und dem Hausarrest zu betonen. Der Hausarrest soll also keine Präventivhaft sein, obschon das Gutachten von Donatsch gezeigt hat, dass es eine Präventivhaft ist.» CONINX, Terrorismusbekämpfung, S. 200. Zur hitzig geführten politischen Debatte rund um die GUG siehe auch die Debatte des Nationalrates anlässlich der Sommersession 2020, AB 2020, S. 1113 ff.

aufweisen»¹⁴³⁷. Der Bundesrat verwarf die Anregung nach Einholung eines Rechtsgutachtens, welches in Bezug auf die beabsichtigte GUG unzweideutig zum Schluss kam, «dass eine Inhaftierung (gestützt auf Art. 5 Abs. 1 lit. b oder c EMRK) nur zulässig sein kann, wenn die Annahme berechtigt ist, es stehe eine nach Ort, Zeit und potenziell Verletzten bestimmte Straftat (...) bevor»¹⁴³⁸ sowie, dass die Inhaftierung bzw. Eingrenzung eines terroristischen Gefährders einzig aus dem Grund, dass «von ihm erfahrungsgemäss eine allgemeine Gefahr ausgehe (...) mit dem Konventionsrecht (...) nicht vereinbar» sei.¹⁴³⁹

H. Art. 23o f. BWIS und das konventionsrechtliche Willkürverbot

Zwecks Vermeidung willkürlicher Freiheitsentziehungen hat der EGMR aus Art. 5 EMRK ein ungeschriebenes Willkürverbot entwickelt.¹⁴⁴⁰ Eine Freiheitsentziehung ist u.a. dann willkürlich, wenn diese zwar formal auf einer innerstaatlichen Rechtsgrundlage beruht, der vorgegebene Haftzweck jedoch vom tatsächlichen Haftzweck abweicht.¹⁴⁴¹ Als Haftzweck für die Eingrenzung auf eine Liegenschaft nennt der Bundesrat die zweite Alternative von Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK.¹⁴⁴² In Bezug auf die freiheitsentziehende Massnahme der Eingrenzung auf eine Liegenschaft sei nochmals¹⁴⁴³ erwähnt, dass die

¹⁴³⁷ Botschaft PMT, BBl 2019 4768. Kritisch zur GUG äusserte sich an der Sommersession 2020 u.a. Nationalrat Beat Flach: «Etwas viel Unklarerer als das habe ich selten in einem Gesetzesartikel gesehen! Es ist die komplette, absolute Willkür. Was hier beabsichtigt wurde, ist nichts anderes als eine Präventivhaft. Man will ein Tor aufmachen, um Polizei oder Sicherheitsbehörden entsprechend einfach alle Mittel in die Hände zu geben und quasi noch in einem schweizerischen Patriot Act alles zuzulassen, was dann möglich ist. Mit einer so offenen Formulierung verstossen wir aber ganz bestimmt gegen die Grundsätze der EMRK(..).» Siehe AB 2020, S. 1114.

¹⁴³⁸ Zu diesem Satz und den darin enthaltenen Wortzitaten Gutachten-DONATSCH, S. 67. Siehe auch Botschaft PMT, BBl 2019 4768 ff.

¹⁴³⁹ Dessen unbeachtlich reichte die SVP, unmittelbar nach Verabschiedung des PMT, in der Herbstsession 2020 die *Parlamentarische Initiative* Nr. 20.465, Gesicherte Unterbringung von staatsgefährdenden Personen vom 23.9.2020, ein. Skeptisch zur Absicht einer GUG auch UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S.11.

¹⁴⁴⁰ Siehe statt vieler GRABENWARTER/PABEL, §21 Rz 15.

¹⁴⁴¹ GRABENWARTER/PABEL, §21 Rz 14; EGMR, *Nemtsov v. Russia*, 1774/11 (2014), Ziff. 101.

¹⁴⁴² Botschaft PMT, BBl 2019 4795.

¹⁴⁴³ Hierzu ausführlicher weiter vorne §8, II., 6., D., a.).

zu erfüllende gesetzliche Verpflichtung nach Art. 230 Abs. 1 lit. b BWIS (namentlich die Art. 23k-23n BWIS) als Dauerplichten gar nicht sofortig erfüllbar sein können. Der einzige tatsächliche Zweck der Eingrenzung auf eine Liegenschaft nach Art. 230 Abs. 1 lit. a BWIS liegt folglich in der Eindämmung einer vom terroristischen Gefährder (angeblich) ausgehenden Gefahr.¹⁴⁴⁴ Der in der Botschaft erwähnte und in Art. 230 Abs. 1 lit. b BWIS vorgesehene Haftzweck der Durchsetzung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung entspricht somit *nicht dem tatsächlichen Zweck der Massnahme*.

Die Willkürprüfung des EGMR weist inhaltliche Bezüge zur Verhältnismässigkeitsprüfung nach Art. 36 Abs. 3 BV auf, indem der Zweck einer Massnahme ins Verhältnis zu ihrer Eingriffswirkung in Art. 5 EMRK gesetzt wird.¹⁴⁴⁵ Eine Freiheitsentziehung zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung (lit. b) muss sich im Einzelfall als geeignetstes und erforderlichstes Mittel erweisen.¹⁴⁴⁶ Überdies sind die «Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft, die sofortige Erfüllung der Verpflichtung sicherzustellen, und (die) Bedeutung des Rechts auf Freiheit»¹⁴⁴⁷ gegeneinander abzuwägen. Dabei setzt der EGMR¹⁴⁴⁸ den Massnahmезweck in ein Verhältnis zur Dauer der Freiheitsentziehung.¹⁴⁴⁹ Das Mittel einer potentiell langandauernden Freiheitsentziehung zum

¹⁴⁴⁴ In diesem Sinne (richtigerweise) auch ZIMMERLIN, S.194, wonach die ratio legis und der einzige Zweck von Art. 230 BWIS in der Abwendung einer erheblichen Gefahr für Leib und Leben Dritter liege und diese Massnahme für andere Zwecke ungeeignet sei.

¹⁴⁴⁵ Vgl. dazu auch MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Art. 5 Rz 22.; GRABENWARTER/PABEL, §21 Rz 14.

¹⁴⁴⁶ Vgl. dazu sowie zum nächsten Satz GRABENWARTER/PABEL, §21 Rz 15; BGE 137 I 31 E. 7.4.

¹⁴⁴⁷ MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Art. 5 Rz 22.

¹⁴⁴⁸ Dies veranschaulicht u.a. das Urteil *Epple*, in welchem der EGMR eine willkürliche resp. unverhältnismässige Freiheitsentziehung bejahte. In tatsächlicher Hinsicht sollten im Jahre 1997 auf der Insel Lindau zeitgleich ein Folklorefestival sowie die «Lindauer Chaostage» stattfinden, wobei Letztere aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung untersagt wurden. Der Beschwerdeführer wurde aufgrund seiner Punkfrisur und Eintragungen in polizeilichen Datenbanken, wonach er bereits früher an den «Chaostagen» teilgenommen habe, zum Verlassen der Insel aufgefordert. Da er diese polizeiliche Anordnung nicht befolgte, wurde er in einen 19-stündigen polizeiliche Gewahrsam versetzt. Der EGMR stellte die Dauer der Freiheitsentziehung ins Verhältnis zum verfolgten Ziel der Durchsetzung der polizeilichen Anordnung und kam dabei zum Schluss, dass sich die Freiheitsentziehung in Anbetracht der Dauer als nicht verhältnismässig erweise. Vgl. EGMR, *Epple v. Germany*, 77909/01 (2005), Ziff. 1 ff., 39 ff.

¹⁴⁴⁹ GRABENWARTER/PABEL, §21 Rz 15; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Art. 5 Rz 20, 22. Vgl. dazu auch BGE 122 II 299 E. 6.

Zwecke der Durchsetzung einer nicht erfüllbaren gesetzlichen Verpflichtung missachtet die Bedeutung des in Art. 5 EMRK verankerten Rechts auf Freiheit und Sicherheit, weshalb eine Eingrenzung auf eine Liegenschaft in der Interessensabwägung im Einzelfall zudem eine willkürliche Freiheitsentziehung bewirken könnte.

I. Fazit: Mehrfache Konventionswidrigkeit

Die Eingrenzung auf eine Liegenschaft nach Art. 230 f. BWIS bewirkt in aller Regel eine Freiheitsentziehung, womit diesfalls die Vorgaben von Art. 5 EMRK zu beachten sind. Aufgrund der allzu unbestimmten innerstaatlichen Rechtsgrundlage von Art. 230 BWIS und des für eine generalpräventive Freiheitsentziehung fehlenden Haftzweckes ist die Massnahme der Eingrenzung auf eine Liegenschaft nach Ansicht des Schreibenden kaum vereinbar mit den konventionsrechtlichen Vorgaben von Art. 5 EMRK.¹⁴⁵⁰ Auf die künftige Anwendung der Art. 230 f. BWIS sollte in der künftigen Rechtsanwendung des 5. Abschnitts des BWIS daher grundsätzlich verzichtet werden.¹⁴⁵¹

7. Elektronische Überwachung und Mobilfunklokalisierung

A. Regelungsinhalt und Massnahmezweck

Gemäss Art. 23q Abs. 1 BWIS kann Fedpol *zum Vollzug* einer oder mehrerer Massnahmen nach Art. 23l-23o BWIS (nachfolgend: BWIS-Massnahmen) gegen einen terroristischen Gefährder eine *elektronische Überwachung* oder eine *Lokalisierung über Mobilfunk* anordnen. Da Art. 23q BWIS die Überwachung der Einhaltung von BWIS-Massnahmen

¹⁴⁵⁰ Diese Auffassung deckt sich mit den Einschätzungen von zivilgesellschaftlichen Akteur:innen, universitären Rechtsexpert:innen sowie von internationalen Menschenrechtsorganen. Siehe dazu die ausführlichen Nachweise in den FN 1349 und FN 1350.

¹⁴⁵¹ Innerstaatliche Rechtsgrundlagen, welche freiheitsentziehende Massnahmen vorsehen, haben überdies den Anforderungen von Art. 5 Abs. 2-5 EMRK resp. Art. 31 BV zu genügen. Die Bestimmung von Art. 23p BWIS trägt diesen in Bezug auf die freiheitsentziehende Eingrenzung auf eine Liegenschaft grundsätzlich Rechnung, wobei sich nähere Ausführungen in Anbetracht der grundsätzlichen Konventionswidrigkeit und gebotenen Nichtanwendung der Art. 23o f. BWIS erübrigen. Zudem würde eine durch eine Eingrenzung auf eine Liegenschaft bewirkte, im Lichte von Art. 5 EMRK unrechtmässige Freiheitsentziehung nach Art. 5 Abs. 5 EMRK einen Entschädigungsanspruch des betroffenen terroristischen Gefährders begründen.

bezweckt, fällt eine alleinige Anordnung von Überwachungsmassnahmen nach Art. 23q BWIS ausser Betracht. Die Verantwortung zur Durchführung der Überwachung und mithin zur Vollzugskontrolle der BWIS-Massnahmen liegt nach Art. 23r Abs. 1 BWIS bei der zuständigen kantonalen Behörde.¹⁴⁵² Aus Gründen der Transparenz wird der Dienst ÜPF «jährlich eine Statistik über die im abgelaufenen Kalenderjahr angeordneten Überwachungen sowie über die erteilten Auskünfte» veröffentlichen, in welcher auch «die Anzahl der Mobilfunklokalisierungen terroristischer Gefährderinnen und Gefährder ausgewiesen» wird.¹⁴⁵³

B. Weite Anordnungsvoraussetzungen

a.) Drei Konstellationen

Art. 23q Abs. 1 BWIS sieht drei unbestimmt gehaltene und alternativ geltende Konstellationen vor, in welchen Überwachungsmassnahmen erforderlich sein könnten. Einerseits ist dies dann der Fall, «wenn die im Rahmen der Massnahmenvollzugskontrolle bislang getroffenen Massnahmen erfolglos geblieben sind». Andererseits dann, wenn der Massnahmenvollzug ohne Überwachung oder Lokalisierung entweder «aussichtslos wäre oder übermässig erschwert würde».

b.) Aussichtslosigkeit

Wann von einer Aussichtslosigkeit oder übermässigen Erschwerung des Massnahmenvollzugs auszugehen ist, bleibt auch unter Beizug der Botschaft ungeklärt. Im Hinblick auf die künftige Rechtsanwendung ist zu befürchten, dass die beiden letztgenannten Anordnungsvoraussetzungen Fedpol einen eigentlichen «Freipass» zur zusätzlichen Anordnung von Überwachungsmassnahmen nach Art. 23q BWIS vermitteln werden. Die angebliche Aussichtslosigkeit könnte von Fedpol bspw. pauschal mit einer angeblich fehlenden Einsicht der betroffenen Person begründet werden. Zur Eindämmung einer ausufernden Anwendung von Art. 23q BWIS ist zwingend zu fordern, dass eine Aussichtslosigkeit nur dann zu bejahen ist, wenn die betroffene Person unzweideutig

¹⁴⁵² Vgl. dazu auch Botschaft PMT, BBl 2019 4798.

¹⁴⁵³ Siehe dazu Stellungnahme des Bundesrates vom 16.2.2022 auf das Postulat Nr. 21.4599, Statistische Erfassungen der polizeilichen Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus. Zur jährlichen Veröffentlichung der übrigen BWIS-Massnahmen durch Fedpol weiter vorne §8, I, 7.

zu verstehen gegeben hat, dass sie sich nicht an die verfügte(n) BWIS-Massnahme(n) halten will.

c.) **Übermässige Erschwerung**

Der Umstand, dass die Anordnung einer Massnahme nach Art. 23q Abs. 1 BWIS auch dann in Betracht kommt, wenn der Massnahmenvollzug andernfalls «übermässig erschwert würde»¹⁴⁵⁴, erstickt kantonale Anreize zur selbstständigen Ergreifung von Massnahmen der Vollzugskontrolle im Keim, da Fedpol beim Vollzug von BWIS-Massnahmen gemäss Art. 23r Abs. 2 BWIS Amts- und Vollzugshilfe leistet, weshalb die Vollzugskontrolle mittels Überwachungsmassnahme nach Art. 23q Abs. 1 BWIS für den im Einzelfall zuständigen Kanton aus finanzieller Sicht weitaus attraktiver ist.¹⁴⁵⁵

C. **(Technische) Überwachungsmöglichkeiten**

In technischer Hinsicht sieht Art. 23q Abs. 1 BWIS zwei Möglichkeiten vor, um den Standort und Aufenthalt einer Person zu ermitteln. Namentlich die elektronische Überwachung (dazu a.) und die *Mobilfunklokalisierung* (dazu b.).¹⁴⁵⁶

a.) **Elektronische Aufenthaltsüberwachung**

Elektronische Aufenthaltsüberwachung oder «Electronic Monitoring» wird umgangssprachlich auch als «elektronische Fussfessel» bezeichnet. Bis anhin stellte diese eine ersatzweise Vollzugsform für Freiheitsstrafen oder Arbeitsexternate mit einer Dauer von bis zu zwölf Monaten dar.¹⁴⁵⁷ Nach Art. 23q Abs. 2 BWIS können Geräte zur elektronischen Überwachung mit dem Körper, insbesondere dem Fuss- oder Handgelenk, des terroris-

¹⁴⁵⁴ Die Botschaft präzisiert einzig, dass der Massnahmenvollzug auch dann übermässig erschwert sei, wenn dafür «erhebliche personelle Ressourcen» aufgewendet werden müssten. Botschaft PMT, BBl 2019 4799.

¹⁴⁵⁵ Die Kantone AR, BL, GL, GR, VS sowie die KKJPD forderten im Zuge der Vernehmlassung zum PMT denn auch ausdrücklich, dass für diese durch die Überwachungsmassnahmen nach Art. 23q BWIS «keine prohibitiven Kosten für den Einsatz dieser Vollzugsmittel entstehen» dürften, siehe FEDPOL, PMT-Vernehmlassungsergebnisse, S. 22.

¹⁴⁵⁶ Botschaft PMT, BBl 2019 4798 f.

¹⁴⁵⁷ Vgl. Art. 79b Abs. 1 lit. a und b StGB. Ausführlicher KOLLER, in: Niggli/Wiprächtiger, Art. 79b Rz 9 ff.

tischen Gefährders fest verbunden werden.¹⁴⁵⁸ *Alternativ* sieht Art. 23q Abs. 2 BWIS die Möglichkeit vor, dass die betroffene Person mit einem Sender ausgerüstet wird, welcher zwar nicht fest mit ihrem Körper verbunden ist, jedoch von dieser fortwährend und in betriebsbereitem Zustand mit sich zu führen ist. *In beiden Fällen* ist es der betroffenen Person nach Art. 23q Abs. 2 BWIS untersagt, die Funktionsfähigkeit des Geräts zu beeinträchtigen. In Bezug auf die Rechtsanwendung von Art. 23q Abs. 2 BWIS stellt sich die Frage nach der *Überwachungsart*. Gemeinhin werden die bestehenden elektronischen Überwachungsmöglichkeiten in *drei Technologiegenerationen*¹⁴⁵⁹ unterteilt. Die Botschaft erwähnt ausdrücklich die Zulässigkeit von «satellitengestützter Überwachung mittels GPS»¹⁴⁶⁰. Diese GPS-Tracking Systeme zählen zur zweiten Generation und erlauben neben der Überwachung der Anwesenheit an einem bestimmten Ort auch ununterbrochene Aufenthaltskontrollen sowie die Erstellung von Bewegungsprofilen.¹⁴⁶¹ Die räumlichen Bewegungen der betroffenen Person können entweder «retrospektiv» oder in «Echtzeit» verfolgt werden.¹⁴⁶² Die Bestimmung von Art. 23q Abs. 2 BWIS wurde «technologieneutral ausgestaltet»¹⁴⁶³. Wegen technischer Bedenken und aus Kostengründen sollen die gestützt auf Art. 23q BWIS erfassten Bewegungsdaten *nur retrospektiv* ausgewertet werden, was eine sofortige Feststellung von und ein umgehendes Reagieren auf begangene Verstösse gegen BWIS-Massnahmen verunmöglicht.¹⁴⁶⁴

¹⁴⁵⁸ Siehe auch Botschaft PMT, BBl 2019 4799, wonach die feste Verbindung mit sich bringt, dass sich diese nur unter Verwendung von Gewalt vom Körper abtrennen lässt.

¹⁴⁵⁹ «Während sich Überwachungssysteme der ersten Generation auf die Kontrolle der Anwesenheit oder Abwesenheit einer Person an einem bestimmten Ort beschränken, kann mittels Geräten der zweiten Generation der aktuelle Aufenthaltsort einer überwachten Person bestimmt werden. Überwachungsgeräte der dritten Generation eröffnen schliesslich die Möglichkeit einer direkten Intervention», Stössel, S. 43.

¹⁴⁶⁰ Botschaft PMT, BBl 2019 4799, wonach diese die Installation eines Satellitenempfängers in der Wohnung der betroffenen Person mit sich bringt, welcher mit dem am Körper getragenen Gerät kommuniziert. «GPS-gestütztes Electronic Monitoring nutzt ein Netzwerk von 24 Satelliten, um den Aufenthaltsort einer überwachten Person anhand von mindestens vier dieser Satelliten zu berechnen», Stössel, S. 47.

¹⁴⁶¹ Hierzu ausführlicher und Stössel, S. 47 (m.w.H.).

¹⁴⁶² Ausführlicher zu den beiden Varianten Stössel, S. 48 f.

¹⁴⁶³ Botschaft PMT, BBl 2019 4799.

¹⁴⁶⁴ Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4799, wonach die retrospektive Auswertung die Kontrolle der Einhaltung von BWIS-Massnahmen ermögliche und zudem das Wissen der betroffenen Person «um die Aufzeichnung des Bewegungsverhaltens nicht ohne präventive Wirkung» bleiben dürfte.

b.) Mobilfunklokalisierung

Art. 23q Abs. 3 BWIS ermächtigt die nach Art. 23r Abs. 1 BWIS vollzugszuständige kantonale Behörde¹⁴⁶⁵, die notwendigen Randdaten des Fernmeldeverkehrs¹⁴⁶⁶ des Mobilfunkgerätes des betroffenen terroristischen Gefährders einzufordern.¹⁴⁶⁷ Der Dienst Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr hat der zuständigen Behörde im Abrufverfahren Zugriff auf die gesammelten Daten zu geben.¹⁴⁶⁸ Im Falle einer verfügten Mobilfunklokalisierung ist die adressierte Person gemäss Art. 23q Abs. 3 BWIS verpflichtet, ihr Mobilfunkgerät «ständig und in betriebsbereitem, namentlich eingeschaltetem Zustand bei sich zu führen», wodurch ihre jederzeitige Lokalisierbarkeit sichergestellt werden soll.¹⁴⁶⁹ Nach Art. 68a VÜPF kann für die Mobilfunklokalisierung terroristischer Gefährder der Überwachungstyp ML_50_RT (Mobilfunklokalisierung in Echtzeit) angeordnet werden.¹⁴⁷⁰

D. Datenbearbeitung

a.) Weit gefasste Bearbeitungszwecke

Durch die Überwachungsmassnahmen nach Art. 23q BWIS werden zahlreiche Daten gesammelt, deren *Bearbeitungszwecke* in Art. 23q Abs. 4 lit. a – lit. d BWIS *abschliessend*

¹⁴⁶⁵ Hierbei bleibt unklar, ob die Kosten für die Echtzeitüberwachung vom vollzugszuständigen Kanton oder der anordnenden Bundesstelle zu tragen ist.

¹⁴⁶⁶ Als Randdaten des Fernmeldeverkehrs gelten gemäss Art. 8 lit. b BÜPF Daten, aus denen hervorgeht, mit wem, wann, wie lange und von wo aus die überwachte Person Verbindungen aufgenommen hat sowie die dazugehörigen technischen Merkmale der Verbindung.

¹⁴⁶⁷ Gemäss Botschaft PMT, BBl 2019 4799, soll dabei die «auf die Funkzelle bezogene <Cell-ID>» im Vordergrund stehen, welche eine «grobmaschige Ortung» erlaube.

¹⁴⁶⁸ Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4799. Siehe zum Abrufverfahren Art. 9 BÜPF. Die Erhebung von Randdaten zum Zwecke der Mobilfunklokalisierung erforderte eine Erweiterung des sachlichen Geltungsbereiches von Art. 1 BÜPF um lit. f. Der Umstand, dass dadurch «erstmal eine nicht geheime Überwachungsmassnahme», welche keiner vorangehenden Genehmigung bedarf, Eingang ins BÜPF gefunden hat, stellt gemäss Botschaft «für den Dienst ÜPF einen Paradigmenwechsel» dar. Botschaft PMT, BBl 2019 4839.

¹⁴⁶⁹ Siehe auch Botschaft PMT, BBl 2019 4800.

¹⁴⁷⁰ Im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zur VPMT stiess diese Neuerung verschiedentlich auf Kritik. Vgl. bspw. die Stellungnahmen der SP und der Grünen zur Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus.

und inhaltlich weit¹⁴⁷¹ gefasst aufgezählt werden. Da Überwachungsmassnahmen nach Art. 23q der Vollzugskontrolle von BWIS-Massnahmen dienen, sieht *lit. a* sinnigerweise die Zulässigkeit der Bearbeitung der erlangten Personendaten zur Feststellung von Verstössen gegen BWIS-Massnahmen vor. Zudem sieht *lit. d* verständlicherweise vor, dass die durch die Überwachungsmassnahme erhobenen Daten bearbeitet werden dürfen, um die Funktionsfähigkeit der technischen Mittel zu prüfen und aufrechtzuerhalten. Als problematischer erweisen sich nach Ansicht des Schreibenden dahingegen die in den *lit. b* und *lit. c* genannten Zwecke.

Über den eigentlichen Zweck der erleichterten Überwachung der Einhaltung von BWIS-Massnahmen hinaus erlaubt *lit. b* unter Massgabe des «anwendbaren Verfahrensrechts»¹⁴⁷² die Datenbearbeitung zur Verfolgung von «Zufallsfunden», namentlich eines von einem terroristischen Gefährder mutmasslich begangenen Verbrechens¹⁴⁷³ oder schweren Vergehens¹⁴⁷⁴. Dieser weite Bearbeitungszweck bringt mit sich, dass die durch eine Überwachungsmassnahme nach Art. 23q BWIS erlangten Daten pauschal und ohne Anfangsverdacht ein von der Person womöglich begangenes Verbrechen oder «schweres Vergehen» durchforstet werden können. Als weitere Bearbeitungszwecke nennt *lit. c* die Abwehr «einer Gefährdung Dritter». Die Datenbearbeitung soll diesfalls eine rasche Lokalisierung der betreffenden Person ermöglichen.¹⁴⁷⁵ Als möglichen Anhaltspunkt für eine Gefährdung Dritter nennt die Botschaft beispielhaft den Verstoß gegen eine verfügte Ein- oder Ausgrenzung. Da die Bewegungsdaten der betroffenen Person retrospektiv ausgewertet werden, erscheint der verfolgte Zweck zur präventi-

¹⁴⁷¹ Entgegen der Auffassung des Bundesrates (vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4800), wonach die Bearbeitungszwecke «eng umschrieben» seien, sind diese m.E. gegenteilig weit gefasst.

¹⁴⁷² Diese Präzisierung hebt hervor, dass gestützt auf Art. 23q BWIS erhobene Daten nur dann in einem Strafverfahren berücksichtigt werden dürfen, wenn diese auch nach den einschlägigen strafprozessualen Vorschriften (vgl. insb. Art. 269 ff. und Art. 280 f. StPO) hätten erhoben werden dürfen. Vgl. auch Botschaft PMT, BBl 2019 4800.

¹⁴⁷³ Gemäss Wortlaut von *lit. b* kommen sämtliche Verbrechen in Betracht, ohne dass irgendein terroristischer Bezug erforderlich wäre. Siehe auch Botschaft PMT, BBl 2019 4800.

¹⁴⁷⁴ Als «schwere Vergehen» gelten all diejenigen Vergehen, deren Strafrahmen die Anordnung einer Freiheitsstrafe vorsieht. Hierzu Botschaft PMT, BBl 2019 4825, 4800. Zum Begriff des Vergehens siehe Art. 10 StGB.

¹⁴⁷⁵ Hierzu und zum nächsten Satz Botschaft PMT, BBl 2019 4825, 4800.

ven Gefährdungsabwehr ungeeignet.¹⁴⁷⁶ Eine Datenbearbeitung nach lit. c BWIS soll überdies zur Abwehr «einer *schweren Selbstgefährdung*», bei welcher «nicht davon auszugehen ist, dass sich die betroffene Person dieser freiwillig aussetzt»¹⁴⁷⁷, zulässig sein. Schleierhaft bleibt dabei, weshalb eine Datenbearbeitung im Falle einer *freiwilligen* schweren Selbstgefährdung (bspw. vage Anhaltspunkte für ein Attentatsplan mit Sprengstoffgürtel) nicht als möglicher Bearbeitungszweck vorgesehen wurde, zumal der Bestand der (Un-)freiwilligkeit der Selbstgefährdung im Einzelfall eine schwer beweisbare innere Tatsache darstellt.

b.) Aufbewahrungsdauer und bearbeitungsberechtigte Personen

Art. 23q Abs. 5 BWIS sieht vor, dass im Rahmen einer *elektronischen Überwachung* erlangte Daten spätestens 100 Tage nach Abschluss der Überwachung vernichtet werden müssen. Diese absolute Frist kommt nicht zum Tragen, wenn die Daten i.S.d. Bearbeitungszweckes von Art. 23q Abs. 4 lit. b BWIS als Beweis in einem Strafverfahren für ein von der betroffenen Person mutmasslich begangenes Delikt dienen könnten.¹⁴⁷⁸ Für im Zuge einer *Mobilfunklokalisierung* nach Art. 23q Abs. 3 BWIS erhobene Daten ist Art. 11 Abs. 4^{ter} BÜPF einschlägig, welcher unter Vorbehalt der Verwendung ebendieser im Rahmen eines Strafverfahrens eine maximale Aufbewahrungsdauer von 100 Tagen ab Abschluss der Überwachung vorsieht.¹⁴⁷⁹ Art. 23q Abs. 6 BWIS sieht vor, dass die für den Vollzug der Massnahme zuständige Behörde festlegt, welche Personen die durch Mobilfunklokalisierung erhobenen Daten bearbeiten dürfen.¹⁴⁸⁰

¹⁴⁷⁶ Die Bearbeitung der Daten zum Zwecke der Überprüfung der Einhaltung von BWIS-Massnahmen ist überdies bereits im in Art. 23q Abs. 4 lit. a BWIS genannten Zweck enthalten.

¹⁴⁷⁷ Botschaft PMT, BBl 2019 4825, 4800.

¹⁴⁷⁸ Dazu auch Botschaft PMT, BBl 2019 4800.

¹⁴⁷⁹ Zudem sieht 11 Abs. 4^{ter} BÜPF vor, dass soweit ein konkreter Grund zur Annahme bestehe, dass die erhobenen Daten Verwendung in einem Strafverfahren finden könnten, sich die Aufbewahrungsfrist nach den Regeln des anwendbaren Strafverfahrensrechts richten würde. Nach Art. 11 Abs. 5 BÜPF ist die mit dem Verfahren befasste Behörde oder, wenn keine Behörde mehr mit dem Verfahren befasst ist, die zuletzt damit befasste Behörde für die Einhaltung der Aufbewahrungsfrist verantwortlich. Das *Auskunftsrecht* zu den anlässlich einer Mobilfunklokalisierung nach Art. 23q Abs. 3 BWIS bearbeiteten Daten richtet sich nach Art. 10 Abs. 2^{ter} BÜPF. Siehe Botschaft PMT, BBl 2019 4839.

¹⁴⁸⁰ Art. 23q Abs. 6 BWIS verpflichtet die festgelegten Personen geeignete Massnahmen zu ergreifen, um die Daten vor missbräuchlicher Verwendung zu schützen. Diese Bestimmung soll den Personenkreis, welcher auf die mittels Überwachungsmassnahmen nach Art. 23q BWIS erlangten

E. Grundrechtliche Aspekte

a.) Betroffene Schutzbereiche und Eingriffsintensität

Die Massnahmen nach Art. 23q BWIS ermöglichen die Überwachung des Standortes und der räumlichen Bewegungen einer als terroristischen Gefährder qualifizierten Person, womit diese Massnahmen in verschiedene Grundrechte der betroffenen Person eingreift. Die *Mobilfunklokalisierung* stellt eine offene Überwachungsmassnahme dar, in welcher die für den Vollzug zuständige Behörde Randdaten gemäss Art. 8 lit. b BÜPF bearbeiten kann. Diese Massnahme greift in das durch Art. 13 Abs. 1 BV sowie Art. 8 EMRK geschützte *Recht auf Achtung des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs* der betroffenen Person ein, da dessen Schutzbereich auch die «Erfassung von Randdaten der Kommunikation»¹⁴⁸¹ beinhaltet. Zur beabsichtigten Überwachung der Einhaltung von BWIS-Massnahmen werden die erlangten Daten zum Standort und den räumlichen Bewegungen der betroffenen Person erfasst. Die damit verbundene Datenbearbeitung durch die nach Art. 23r Abs. 1 BWIS zuständige Behörde greift in *datenschutzgrundrechtliche Ansprüche* der betroffenen Person nach Art. 13 Abs. 2 BV und Art. 8 EMRK ein.¹⁴⁸² In Bezug auf die Überwachungsmassnahmen nach Art. 23q BWIS gilt es zudem zu berücksichtigen, dass deren Eingriffswirkung nicht losgelöst von den weiteren im konkreten Fall verfügbaren BWIS-Massnahme(n) beurteilt werden kann, da es durchaus denkbar ist, dass erst die *Kombination* einer oder mehrerer verfügbarer BWIS-Massnahme(n) mit einer Überwachungsmassnahme nach Art. 23q BWIS *einen schweren Grundrechtseingriff* begründen könnte.¹⁴⁸³

Personendaten Zugriff hat, beschränken und zugleich klare Verantwortlichkeiten schaffen. Siehe Botschaft PMT, BBl 2019 4800 f.

¹⁴⁸¹ Vgl. BGE 126 I 50, 66 E. 6b. Zu Art. 13 Abs. 1 BV und präventiven Überwachungen DIGGELMANN, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 13 N 30 (m.w.H.). Ausführlicher zu Art. 13 Abs. 1 BV und der Kategorisierung einer Person als terroristischer Gefährder weiter vorne §7, VII., 1. und 2. Interessant zur historischen Entwicklung MÜLLER/SCHEFER, Art. 13 Abs. 1, S. 201 ff.

¹⁴⁸² Vgl. BGE 138 II 346 E. 6.1; 136 II 508, E 3.1. Interessant auch DIGGELMANN, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 13 Rz 32 ff (m.w.H.). Ausführlicher zu Art. 13 Abs. 2 BV auch weiter vorne §7, VII., 3. Im Übrigen werden durch die Überwachungsmassnahmen potentiell auch Daten über Drittpersonen gesammelt, wodurch zusätzlich auch in deren datenschutzrechtliche Grundrechtsansprüche eingegriffen wird. Vgl. LUBISHTANI/MONOD, S. 23.

¹⁴⁸³ Im Rahmen der Vernehmlassung qualifizierten die DJS bereits die Überwachungsmassnahmen nach Art. 23q BWIS für sich als einen schweren Eingriff in Art. 13 Abs. 1 BV. Siehe FEDPOL, PMT-Vernehmlassungsergebnisse, S. 22.

b.) Verhältnismässigkeit: Teilweise Eignung

Soweit durch eine Überwachungsmassnahme nach Art. 23q BWIS die Abwehr von Gefährdungen Dritter oder schwerer Selbstgefährdungen erreicht werden sollen, ist diese nur dann zur Zweckerreichung geeignet, wenn die Daten zum Aufenthaltsort und den Bewegungen der betroffenen Person in Echtzeit ausgewertet werden, was nach Art. 68a VÜPF einzig im Bereich der Mobilfunklokalisierung möglich ist. Hingegen sind die Überwachungsmassnahmen nach Art. 23q BWIS zur Erreichung des Hauptzweckes, namentlich zur nachträglichen Überprüfung der Einhaltung von BWIS-Massnahme(n), *geeignet*.

c.) Verhältnismässigkeit: Begründungspflicht punkto Erforderlichkeit

Die spezifischen Anordnungsvoraussetzungen einer Überwachungsmassnahme nach Art. 23q Abs. 1 BWIS sind unbestimmt gehalten. Zur Eindämmung einer standardmässigen Anordnung von Überwachungsmassnahmen sollten *hohe Anforderungen an die behördliche Begründungspflicht* gestellt werden. In Bezug auf die Erforderlichkeit einer Überwachungsmassnahme nach Art. 23q BWIS hat Fedpol darzulegen, welche kantonalen Vollzugsmassnahmen im Einzelfall zur Verfügung stehen und zur Zweckerreichung ebenso geeignet sein könnten. Sodann hat Fedpol aufzuzeigen, welche Massnahmen getroffen wurden und inwiefern diese erfolglos geblieben sind bzw. weshalb auf kantonale Massnahmen der Vollzugskontrolle verzichtet wurde.

Soweit Fedpol die Ansicht vertritt, dass der Massnahmenvollzug ohne Überwachung oder Lokalisierung aussichtslos wäre, hat es die *Aussichtslosigkeit* einzelfallweise und klar zu *begründen*. Von einer Aussichtslosigkeit i.S.v. Art. 23q Abs. 1 BWIS sollte nur dann ausgegangen werden dürfen, wenn der terroristische Gefährder klar zu erkennen gab, dass er sich nicht an die BWIS-Massnahmen halten will oder er diese bereits nachweislich missachtet hat. Soweit eine Überwachungsmassnahme nach Art. 23q BWIS wegen *drohender übermässiger Erschwerung* des Massnahmenvollzugs angeordnet werden soll, hat Fedpol nachvollziehbar darzulegen, worin diese Erschwerung im konkreten Einzelfall besteht.¹⁴⁸⁴ Die Anordnung einer Überwachungsmassnahme nach Art. 23q BWIS ist zudem nur dann erforderlich, wenn im Einzelfall neben den spezifischen An-

¹⁴⁸⁴ Kritisch zu den weiten Anordnungsvoraussetzungen von Art. 23q Abs. 1 BWIS vorne §8, II., 7., B.

ordnungsvoraussetzungen von Art. 23q BWIS auch die allgemeinen Voraussetzungen von Art. 23f Abs. 1 BWIS erfüllt sind. Gestützt auf Art. 23f Abs. 1 lit. b hat die verfügende Behörde daher in jedem Einzelfall zu prüfen, ob und falls ja, welche Massnahmen der allgemeinen Gefahrenabwehr bestehen und weshalb diese zur Kontrolle des Vollzugs von einer oder mehreren BWIS-Massnahme(n) nicht ausreichend sind.¹⁴⁸⁵ Soweit ein terroristischer Gefährder als *Beschuldigter* in ein Strafverfahren involviert ist und gegen diesen freiheitsentziehende Zwangs- oder Ersatzmassnahme¹⁴⁸⁶ verhängt wurden, hat Fedpol zudem darzulegen, weshalb die strafprozessualen Massnahmen in ihrer Wirkung nicht ausreichend bzw. Überwachungsmassnahmen nach Art. 23q BWIS erforderlich sein sollen.

d.) Verhältnismässigkeit: Strenge Zumutbarkeitsprüfung

Die weit gefasste Formulierung von Art. 23q Abs. 1 BWIS ermöglicht mit der Anordnung einer BWIS-Massnahme eine potentiell standardmässige Anordnung von Überwachungsmassnahmen, die sich im Einzelfall auch als geeignet und erforderlich i.S.v. Art. 36 Abs. 3 BV erweisen könnten. Entsprechend hat dem Erlass von Überwachungsmassnahmen nach Art. 23q BWIS zwingend eine *sorgfältige Zumutbarkeitsprüfung* voranzugehen. In dieser sollte u.a. Berücksichtigung finden, dass eine Überwachungsmassnahme nach Art. 23q BWIS stets eigenständige Grundrechtseingriffe bewirkt, dass diese durch *Kombination* geeignet sind, mittelbar auch die Eingriffswirkung der anderen im Einzelfall verfügten BWIS-Massnahmen zu verstärken und dass diese zudem Eingriffe in datenschutzrechtliche Grundrechtsansprüche unbeteiligter Drittpersonen bewirken können.¹⁴⁸⁷

¹⁴⁸⁵ Fedpol wird im jeweiligen Einzelfall zwingend die bestehenden Möglichkeiten gemäss kantonalem Polizeirecht aufzuzeigen haben und sodann unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles begründen müssen, weshalb diese nicht ausreichend sein sollen.

¹⁴⁸⁶ Hierbei ist zu beachten, dass die in Art. 237 Abs. 2 StPO beispielhaft aufgezählten Ersatzmassnahmen auf Anordnung des zuständigen Gerichtes gestützt auf Art. 237 Abs. 3 StPO durch den Einsatz technischer Geräte und deren feste Verbindung mit der zu überwachenden Person überwacht werden dürfen.

¹⁴⁸⁷ Je nach Umständen des Einzelfalles wäre es somit möglich, dass sich eine zur Zweckerreichung geeignete und erforderliche Massnahme als unzumutbar und mithin unverhältnismässig erweist. Allgemein zur Verhältnismässigkeitsprüfung nach Art. 36 Abs. 3 BV weiter vorne §8, I, 5.

III. ASPEKTE RUND UM DEN RECHTSSCHUTZ GEGEN BWIS-MASSNAHMEN

1. Übersicht

Im Folgenden sollen unter **III.** Aspekte um den Rechtsschutz im Falle des Erlasses von Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS (nachfolgend: BWIS-Massnahmen) beleuchtet werden. Die Ausführungen unter **2.** beziehen sich auf Art. 24g BWIS, der als ordentliches Rechtsmittel gegen verfügte BWIS Massnahmen die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht vorsieht. Unter **3.** soll auf praktisch relevante Aspekte rund um den Rechtsschutz *vor dem Zeitpunkt* der Verfügung von BWIS-Massnahmen eingegangen werden. Unter **4.** werden die relevanten Implikationen der *Verfahrensgarantien* von Art. 29 BV in Verwaltungsverfahren auf Erlass von BWIS-Massnahmen besprochen. Unter **5.** wird die Möglichkeit zur Stellung von BWIS-Massnahmen betreffenden Aufhebungs- und Sistierungsgesuche vorgestellt, bevor unter **6.** Schlussfolgerungen gezogen werden.

2. Rechtsschutz im Beschwerdeverfahren

A. Anfechtungsobjekt

Art. 24g Abs. 1 BWIS sieht vor, dass gegen Verfügungen von Fedpol über Massnahmen nach den Abschnitten 5 und 5a beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden kann.¹⁴⁸⁸ Entsprechend bilden sämtliche Verfügungen von Fedpol, welche sich auf eine irgendwie geartete Weise¹⁴⁸⁹ auf Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS

¹⁴⁸⁸ Zudem sieht Art. 24g Abs. 1 BWIS auch vor, dass Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts nach Artikel 23p BWIS in Bezug auf die (konventionswidrige) Eingrenzung auf eine Liegenschaft nach Art. 23o f. BWIS beim Bundesverwaltungsgericht mit Beschwerde angefochten werden kann. Aufgrund der Konventionswidrigkeit dieser Massnahmen wird auf diese nachfolgend nicht näher eingegangen. Vgl. zum Rechtsschutz in Bezug auf die EMRK-widrigen Art. 23o f. BWIS auch ZUMSTEG, Rz 16 ff.

¹⁴⁸⁹ Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4802. Entsprechend unterliegen der Beschwerde bspw. auch Verfügungen von Fedpol, welche Sistierungsgesuche (Art. 23j Abs. 3 BWIS) oder Aufhebungsgesuche (Art. 23f Abs. 4 BWIS) von BWIS-Massnahmen zum Gegenstand haben. Hierzu ausführlicher hinten §8, III., 5.

beziehen, ein *Anfechtungsobjekt* i.S.v. Art. 24g Abs. 1 BWIS. Diesbezügliche Urteile des Bundesverwaltungsgerichts unterliegen wiederum der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht.¹⁴⁹⁰

B. Unklarheiten um die Beschwerdelegitimation

Als *Verfügungsadressat* ist der terroristische Gefährder gestützt auf Art. 24g Abs. 2 BWIS i.V.m. Art. 48 Abs. 1 VwVG beschwerdelegitimiert.¹⁴⁹¹ Nach Art. 48 Abs. 2 VwVG kann das Beschwerderecht in einem Bundesgesetz auch weiteren Personen, Organisationen oder Behörden eingeräumt werden. In diesem Sinne vermittelt Art. 24g Abs. 2 lit. a BWIS der gemäss Art. 23j BWIS *antragsstellenden Behörde* ein gesetzliches Beschwerderecht.¹⁴⁹² Als Anwendungsfall nennt die Botschaft Situationen, in welchen Fedpol einen kantonalen oder kommunalen Antrag auf Anordnung von BWIS-Massnahmen teilweise oder gänzlich ablehnt.¹⁴⁹³ Dabei wird ersichtlich, dass weder das BWIS noch die Botschaft klären, welche prozessuale Bedeutung dem Anhörungsrecht nach Art. 23j BWIS zukommt und wie im Falle der Uneinigkeit zwischen der antragsstellenden und der anhörungsberechtigten Stelle zu verfahren ist.¹⁴⁹⁴ Unberücksichtigt bleibt etwa die *Konstellation*, in welcher der NDB gestützt auf Art. 23j BWIS eine BWIS-Massnahme beantragt und sich die gemäss Art. 23j BWIS anhörungsberechtigte kantonale oder kommunale Stelle gegen deren Anordnung ausspricht. Würde Fedpol eine vom NDB

¹⁴⁹⁰ Vgl. Art. 82 lit. a und Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG; ZUMSTEG, Rz 21. Auf spezifische Ausführungen zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird nachfolgend verzichtet.

¹⁴⁹¹ Als *formelles Anfechtungsobjekt* dienen dem terroristischen Gefährder die im Einzelfall verfüzten BWIS-Massnahmen. Implizit kann er aber auch seine *Kategorisierung* als terroristischen Gefährder *an sich*, welche den BWIS-Massnahmen vorangeht, einer gerichtlichen Überprüfung unterziehen lassen, indem er in der Beschwerde das Vorliegen der allgemeinen Anordnungsvoraussetzungen von Art. 23e BWIS (substantiiert) in Abrede stellt. Ausführlicher zu Art. 23e BWIS weiter vorne §7 III. – VI., VIII.

¹⁴⁹² Art. 24g Abs. 2 lit. b BWIS räumt Fedpol zudem in Bezug auf die *konventionswidrige* Eingrenzung auf eine Liegenschaft nach Art. 23o f. BWIS ein gesetzliches Beschwerderecht gegen Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts nach Art. 23p BWIS ein.

¹⁴⁹³ Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4802.

¹⁴⁹⁴ Entsprechend bleibt auch in der vorerwähnten Konstellation unklar, ob Fedpol BWIS-Massnahmen überhaupt gegen den Willen der gemäss Art. 23j Abs. 1 BWIS anhörungsberechtigten Stelle verfügen «darf».

beantragte Massnahme gegen den Willen der nach Art. 23j BWIS anhörberechtigten kantonalen oder kommunalen Stelle verfügen, wäre diese jedenfalls gestützt auf Art. 24g Abs. 2 BWIS beschwerdeberechtigt.¹⁴⁹⁵ Die knappen Ausführungen zum Antragsrecht von Art. 23i BWIS lassen auch offen, ob *Fedpol* an die beantragten Massnahmen «*gebunden*» ist oder stattdessen auch vom Antrag abweichende BWIS-Massnahmen verfügen darf.¹⁴⁹⁶ Auch in dieser Konstellation wäre die kantonale oder kommunale Behörde im Falle der Abweichung zwischen den beantragten und den verfügbaren BWIS-Massnahmen gestützt auf Art. 24g Abs. 2 lit. a BWIS beschwerdeberechtigt.

C. Keine aufschiebende Wirkung

a.) Grundsatz und Ausnahme

Der Grundsatz von Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht vor, dass einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zukommt, wodurch die Rechtswirkungen einer angefochtenen Verfügung bis zum Beschwerdeentscheid suspendiert werden.¹⁴⁹⁷ Nach Art. 55 Abs. 5 VwVG kann von diesem Grundsatz abgewichen werden, wenn dies in einem Bundesgesetz vorgesehen ist, was in Bezug auf Art. 24g Abs. 3 BWIS der Fall ist, weshalb einer Beschwerde gegen BWIS-Massnahmen von Gesetzes wegen *keine aufschiebende Wirkung* zukommt. Als Grund nennt der Bundesrat die von terroristischen Gefährdern ausgehende Gefährdung, die «regelmässig ein schnelles und unverzügliches Einschreiten»¹⁴⁹⁸ verlange, weshalb der Entzug der aufschiebenden Wirkung durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sei.

¹⁴⁹⁵ Ein analoges gesetzliches Beschwerderecht sieht Art. 24g Abs. 2 BWIS für den gemäss Art. 23i BWIS *antrags-* und nach Art. 23j BWIS *anhörungsberechtigten* NDB hingegen nicht vor, weshalb der NDB eine von *Fedpol* abweichende Lageeinschätzung nicht gerichtlich überprüfen lassen kann.

¹⁴⁹⁶ Nach Ansicht des Schreibenden ist *Fedpol* an die beantragten Massnahmen gebunden. Zur Begründung siehe weiter oben Fn. 1109.

¹⁴⁹⁷ Entsprechend besteht die vor dem Verfügungserlass bestehende Rechtslage fort. Vgl. dazu KIENER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 55 Rz 8 (m.w.H.).

¹⁴⁹⁸ Siehe zu diesem Zitat sowie zum ganzen Satz Botschaft PMT, BBl 2019 4803. Eine parlamentarische Minderheit um Nationalrätin Roth forderte in der Sommersession 2020, dass Beschwerden gegen BWIS-Massnahmen grundsätzlich aufschiebende Wirkung zukommen soll sowie dass die Beschwerdeinstanz einer Beschwerde auf Antrag des *Fedpol* die «aufschiebende Wirkung bei konkret ausgewiesener Gefahr im Verzug entziehen» könne. Siehe Wortmeldung Franziska Roth, Nationalrat Sommersession, AB 2020 S. 1124. Siehe dazu auch die Antwort von Karin Keller-Sutter, Sommersession Nationalrat, AB 2020, S. 1126: «Gerade im Bereich der Gefahrenab-

b.) Zusätzliche verfahrensrechtliche Schwächung

Umgekehrt gilt es zu berücksichtigen, dass die BWIS-Massnahmen keiner vorgängigen gerichtlichen Genehmigung bedürfen, was aus Sicht eines angemessenen Rechtsschutzes bereits an sich problematisch ist.¹⁴⁹⁹ Die fehlende aufschiebende Wirkung schwächt die Rechtsschutzposition des mutmasslichen terroristischen Gefährders jedoch zusätzlich, da dadurch die gerichtliche Überprüfung der Rechtmässigkeit der BWIS-Massnahmen auf den Zeitpunkt des Beschwerdeurteils verschoben wird und die betroffene Person bis dahin die Rechtsfolgen der verfügten BWIS-Massnahmen zu erdulden hat, selbst wenn sie sich dagegen gerichtlich zur Wehr gesetzt haben sollte.¹⁵⁰⁰

c.) Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung als Korrektiv

Gestützt auf Art. 24g Abs. 3 BWIS kann die *Beschwerdeinstanz* einer Beschwerde von Amtes wegen oder auf Antrag die aufschiebende Wirkung *erteilen*, soweit dadurch «der Zweck der Massnahme nicht gefährdet wird». Letztgenannte Voraussetzung ist als allzu weitgehend abzulehnen, da diese die Erteilung der aufschiebenden Wirkung grundsätzlich verunmöglichen könnte. Der übergeordnete Zweck der BWIS-Massnahmen liegt gemäss dem Gliederungstitel des 5. Abschnitts des BWIS in der Verhinderung von terroristischen Aktivitäten. Wird einer Beschwerde im Einzelfall die aufschiebende Wirkung erteilt, würden verfügte BWIS-Massnahmen (noch) keine Rechtswirksamkeit erlangen, wodurch deren Zweck per se gefährdet wäre und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung stets verweigert werden könnte. Bei der Beurteilung der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sollte die Beschwerdeinstanz in Vornahme

wehr ist es wichtig, dass die Sicherheitsbehörden schnell eingreifen können. Eine solche Dringlichkeit besteht insbesondere bei PMT-Massnahmen, auch aufgrund des Regelungsgehalts, es geht ja um terroristische Gefährdungen».

¹⁴⁹⁹ In diesem Sinne auch UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. 13: «Du point de vue des experts, les profondes implications en matière de droits de l'homme des mesures réglementées par le P-LMSI justifient qu'elles soient soumises à une autorisation judiciaire préalable».

¹⁵⁰⁰ Es ist gar denkbar, dass im Einzelfall eine gerichtliche Überprüfung angeordneter BWIS-Massnahmen erst nach deren Ablauf enden würde. Siehe dazu die diesbezügliche Wortmeldung an der Sommersession 2020 von Nationalrat Pierre-Alain Fridez: «(...) en disant que si dans beaucoup de cas on pourra faire recours en s'adressant au Tribunal administratif fédéral, ce recours n'aura pas d'effet suspensif et, de fait, au moment où la décision tombera, la <peine> aura déjà été purgée. Il n'y a donc pas de possibilité de recours effectif.» AB 2020, S. 1113. Vgl. dazu auch ZUMSTEG, Rz 37.

einer *summarischen Prüfung* im Einzelfall eher die Notwendigkeit eines unverzüglichen Einschreitens gegen die Beschwerdeaussichten abwägen¹⁵⁰¹ Je geringer die im Einzelfall festgestellte Gefährdung resp. das öffentliche Sicherheitsinteressen an der gerichtlich nicht genehmigten Fortdauer der verfügten BWIS-Massnahmen ist, umso eher sollte einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt werden.¹⁵⁰²

3. Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren

Dem Beschwerdeverfahren nach Art. 24g BWIS ist ein *erstinstanzliches Verwaltungsverfahren* auf Erlass der Verfügung von Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS vorgelagert, in dem verschiedene grundlegende Rechtsschutzaspekte auch unter Bezug der Materialien ungeklärt bleiben und die nachfolgend näher besprochen werden sollen.¹⁵⁰³

A. Parteistellung des mutmasslichen terroristischen Gefährders

Weder dem BWIS noch der Botschaft lässt sich entnehmen, ab welchem Zeitpunkt dem mutmasslichen terroristischen Gefährder im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren *Parteistellung*¹⁵⁰⁴ zukommt. Folglich bleibt u.a. auch offen, ab welchem Zeitpunkt ein mutmasslicher terroristischer Gefährder über die Einleitung eines Verfahrens auf Erlass von BWIS-Massnahmen *in Kenntnis* zu setzen ist.¹⁵⁰⁵ Als Verfügungsadressat kommt dem mutmasslichen terroristischen Gefährder *ab dem Zeitpunkt der Antragsstellung*

¹⁵⁰¹ In diesem Rahmen sollten die konkret drohenden Grundrechtseinschränkungen gegen die festgestellten öffentlichen (Sicherheits-)Interessen abgewogen werden. Auch Art. 55 Abs. 4 VwVG spricht für eine sorgfältige Prüfung der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, wonach Im Falle einer willkürlichen Verweigerung oder verspäteten Entsprechung eine *Staatsshaftung* resultieren kann.

¹⁵⁰² Durch eine entsprechend «liberale» Rechtsanwendung von Art. 24g Abs. 3 BWIS könnte die sehr schwache Rechtsschutzposition des betroffenen terroristischen Gefährders im Einzelfall zumindest im Beschwerdeverfahren etwas verbessert werden.

¹⁵⁰³ Gleicher Ansicht MOHLER, Zweckerreichung, Rz 46 f.

¹⁵⁰⁴ Gemäss Art. 6 VwVG gelten als Parteien Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, weshalb dem terroristischen Gefährder im Verfahren auf Erlass von BWIS-Massnahmen ohne weiteres Parteistellung zukommen dürfte.

¹⁵⁰⁵ Ausführlicher zum Recht des terroristischen Gefährders auf Orientierung weiter hinten §8, III., 4., B., a.).

nach Art. 23i BWIS Parteistellung und damit verbunden ein Recht auf Orientierung über die beantragten BWIS-Massnahmen zu.¹⁵⁰⁶ Die gegenteilige Auffassung hätte zur Folge, dass der terroristische Gefährder im Verfahren auf Erlass von BWIS-Massnahmen zum eigentlichen Verfahrensobjekt degradiert würde. Überdies bleibt auch unter Beizug der Botschaft unklar, ab welchem Zeitpunkt ein mutmassliche terroristische Gefährder im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren von Fedpol «offiziell» als terroristischer Gefährder «kategorisiert» wird.¹⁵⁰⁷

B. Unklare (Partei-)Stellung der antragsstellenden Behörde

In Bezug auf die *antragsstellende Behörde* bleibt unklar, ob dieser im Verwaltungsverfahren auf Erlass von BWIS-Massnahmen Parteistellung zukommt. Insbesondere stellt sich die Frage, wie die antragsstellende Behörde vorzugehen hat, wenn Fedpol nach einem gestützt auf Art. 23i BWIS eingereichten Antrag *untätig bleibt* resp. formlos von der Anordnung von BWIS-Massnahmen absieht.¹⁵⁰⁸ Solange Fedpol keine Verfügung erlässt, fehlt ein Anfechtungsobjekt, um gestützt auf Art. 24g Abs. 1 BWIS ein Rechtsmittel zu ergreifen.¹⁵⁰⁹ Fedpol kommt im Falle der Nichtanordnung von BWIS-Massnahmen daher ein faktisch uneingeschränktes Ermessen zu, da es nach einem gestellten Antrag einfach untätig bleiben kann. Daher ist es sachgerecht, dass Fedpol auch den Verzicht

¹⁵⁰⁶ Einzig diesfalls kann dieser seine Ansprüche auf ein faires Verfahren (Art. 29 Abs. 1 BV) sowie auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) im Verwaltungsverfahren überhaupt wahrnehmen. Hierzu ausführlicher weiter hinten §8, III., 4.

¹⁵⁰⁷ Der Erlass von BWIS-Massnahmen verlangt jedenfalls zwingend nach einer vorgängigen Prüfung der Anordnungsvoraussetzungen durch Fedpol, wobei die betroffene Person *vor dem Abschluss* dieser Prüfung aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes (lediglich) als *mutmasslicher terroristischer Gefährder* i.S.v. Art. 23e BWIS bezeichnet werden darf. Hierzu ausführlicher weiter vorne §7, VII., 1. und 2.

¹⁵⁰⁸ So bspw. die Stellungnahme des Kantons Aargau in der Vernehmlassung zum PMT: «In der Praxis werden sich solche Fragen stellen, wenn eine kantonale oder kommunale Behörde Massnahmen beantragt und dann keine solche verfügt wird oder Fedpol untätig bleibt». Aargau-Vernehmlassung PMT, S. 3.

¹⁵⁰⁹ Gestützt auf Art. 29 Abs. 1 BV könnte die antragsstellende Behörde mittels Beschwerde eine Rechtsverzögerung und –verweigerung geltend machen, wobei dies in der Sache kaum zielführend sein dürfte, da der gestellte Antrag möglichst umgehend inhaltlich beurteilt werden sollte.

auf die Anordnung von beantragten BWIS-Massnahmen zwingend *in Verfügungsform* auszudrücken hat.¹⁵¹⁰

4. Rechtsschutz durch Beachtung der Verfahrensgarantien

A. Zu Art. 29 BV und der Anwendbarkeit des VwVG

Die Verfahrensgarantien von Art. 29 BV gewährleisten «Verfahrensfairness und Chancengleichheit»¹⁵¹¹ und stehen «im Dienst eines zentralen rechtsstaatlichen Leitgedankens».¹⁵¹² Sie finden in allen zivil-, straf- oder verwaltungsrechtlichen Verfahren Geltung, in denen unmittelbar und verbindlich über die Rechte und Pflichten Einzelner entschieden wird.¹⁵¹³ Art. 29 BV begründet *einklagbare Minimalstandards*¹⁵¹⁴, welche durch die im jeweiligen Rechtsgebiet massgebliche Verfahrensordnung ausgeführt werden. Die *BWIS-Massnahmen* werden innerstaatlich dem *Verwaltungsrecht* zugeordnet.¹⁵¹⁵ *Massgebliche Verfahrensordnung* ist das *VwVG*, da dieses nach Art. 1 Abs. 1 Anwendung auf Verfahren in Verwaltungssachen findet, welche in erster Instanz durch Verfügungen von Bundesverwaltungsbehörden¹⁵¹⁶ zu erledigen sind.

¹⁵¹⁰ Nur diesfalls kann die antragsstellende kantonale oder kommunale Behörde den Entscheid über die Nichtanordnung mittels Beschwerde einer nachträglichen gerichtlichen Überprüfung unterziehen. Dadurch wird das sonst allzu weitgehende Ermessen von Fedpol zur Nichtanordnung von BWIS-Massnahmen auf ein vertretbares Mass reduziert werden. Hierfür spricht, dass das Antragsrecht der Kantone der Kompetenzverteilung im Bereich der inneren Sicherheit und dem Subsidiaritätsprinzip Rechnung trägt und diesen Grundsätzen nur dann zu faktischer Geltung verholfen werden kann, wenn der originär zuständigen kantonalen oder kommunalen antragsstellenden Behörde tatsächlich ein Anfechtungsobjekt zur Verfügung steht.

¹⁵¹¹ Hierzu sowie zum nächsten Zitat in diesem Satz BIAGGINI-BV-Kom, Art. 29 Rz 1.

¹⁵¹² Art. 29 BV gehört zusammen mit der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV und den Art. 30-32 BV zu den verfassungsrechtlichen Verfahrensgrundrechten. Die Aufnahme der Verfahrensgrundrechte erfolgte unter Berücksichtigung der Minimalgarantien der EMRK und des UN-Pakts II. Zum Gesagten ausführlicher WALDMANN, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 29 Rz 3, 5; WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Art. 29 Rz 9 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, §40 Rz 1 ff.

¹⁵¹³ Vgl. BGE 129 I 232, 236; BGE 119 Ia 141, 149.

¹⁵¹⁴ Siehe statt Vieler BGE 134 I 159 E. 2.1.1; 129 V 73 E. 4.1.

¹⁵¹⁵ Hierzu ausführlicher weiter hinten §8, IV, 2., A.

¹⁵¹⁶ Fedpol, welches zur Prüfung der Anordnungsvoraussetzungen und der Verfügung von BWIS-Massnahmen zuständig ist, ist eine Behörde i.S.v. Art. 1 Abs. 2 lit. a VwVG. Vgl. dazu auch MOHLER, Zweckerreichung, Rz 48.

B. Der mutmassliche terroristische Gefährder und das rechtliche Gehör

Sowohl Art. 29 Abs. 2 BV als auch Art. 29 VwVG vermitteln den *Parteien* einen Anspruch auf rechtliches Gehör. Als Partei i.S.v. Art. 6 VwVG gelten u.a. Personen, deren Rechte und Pflichten durch in einem Verfahren auf Erlass einer Verfügung berührt werden. Demnach kommt einem terroristischen Gefährder als potentielltem Verfügungsadressaten ab dem Zeitpunkt der Antragsstellung i.S.v. Art. 23i BWIS Parteistellung zu, weshalb Fedpol im Verfahren auf Erlass von BWIS-Massnahmen die *Verfahrensgarantien des VwVG* einzuhalten hat. Eine Verletzung des Gehörsanspruch bzw. seiner Teilgehalte bewirkt «ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst»¹⁵¹⁷ die Kassation der angefochtenen Verfügung. Als Garantie der «verfahrensrechtlichen Kommunikation»¹⁵¹⁸ soll der Gehörsanspruch eine korrekte Sachverhaltsermittlung und Rechtsanwendung begünstigen, indem der betroffenen Person die Möglichkeit zur Überprüfung der «Sachgerechtigkeit»¹⁵¹⁹ und Entscheidungsbegründung eingeräumt wird.¹⁵²⁰ Als «persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht»¹⁵²¹ vermittelt der Gehörsanspruch dem Subjekt eines staatlichen Verfahrens die Möglichkeit, persönliche Standpunkte einzubringen.¹⁵²² Der Anspruch auf rechtliches Gehör beinhaltet verschiedene Teilgehalte, die in unterschiedlichen Bestimmungen des VwVG konkretisiert werden. Diese Teilgehalte werden nachfolgend unter a.)-d.) in Bezug auf das Verfahren auf Erlass von BWIS-Massnahmen besprochen.

¹⁵¹⁷ SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 29 Rz 3. Ähnlich auch KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, §40 Rz 32. Dem Anspruch auf rechtliches Gehör wird daher eine selbstständige bzw. formelle Natur zugesprochen. Vgl. dazu auch BGE 135 I 187 E. 2.2; WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Art. 29 Rz 1. Gemäss ständiger Praxis des Bundesgerichts kann eine Verletzung des Gehörsanspruchs ausnahmsweise auf Ebene der Beschwerdeinstanz aus Gründen der Verfahrensökonomie «geheilt» werden. Vgl. dazu statt vieler BGE 127 V 431 E. 3d; STEINMANN, in: Ehrenzeller et al., Art. 29 Rz 59 ff.

¹⁵¹⁸ MÜLLER/SCHEFER, Art. 29 Abs. 2 S. 846.

¹⁵¹⁹ SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 55 Rz 3.

¹⁵²⁰ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz auch BIAGGINI-BV-Kom, Art. 29 Rz 1; WALDMANN, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 29 Rz 6.

¹⁵²¹ Siehe BGE 127 I 54, 56; BGE 142 I 86, 89 E. 2.2; BGE 140 I 99, 102 E. 3.4; WALDMANN/BICKEL bezeichnen das rechtliche Gehör als «Sammelbegriff für die persönlichkeitsbezogenen Mitwirkungsrechte», WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Art. 29 Rz 1.

¹⁵²² Statt vieler BGE 140 I 99 E. 3.4; WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Art. 29 Rz 1 (m.w.H.).

a.) Recht auf Orientierung und Verfahrensbeteiligung

Aus dem Gehörsanspruch resultierend Mitwirkungsrechte, welche «alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann»¹⁵²³ umfassen. *Grundvoraussetzung* bildet dabei der Anspruch der Parteien «über die Hängigkeit und den Gegenstand eines Verfahrens informiert und über sämtliche entscheiderelevanten tatsächlichen Grundlagen und Vorgänge wenigstens in den groben Zügen orientiert zu werden»¹⁵²⁴. Eine Ausnahme kommt nur für diejenigen Verfahrensschritte in Betracht, welche «unaufschiebbar sind oder von der Natur her eine vorgängige Ankündigung ausschliessen, weil sie diesfalls gar nicht erfolgreich sein könnten»¹⁵²⁵, was gemäss Bundesgericht bspw. bei Überwachungen oder verdeckten Ermittlungen im Strafverfahren der Fall ist.

Die BWIS-Massnahmen stellen *keine geheimen Überwachungsmassnahmen* dar, da sie in Kenntnis der betroffenen Person angeordnet werden und gar Mitwirkungspflichten begründen. Aufgrund von Art. 29 BV i.V.m. Art. 29 VwVG hat Fedpol einen mutmasslichen terroristischen Gefährder daher ab dem Zeitpunkt der Einreichung eines Antrages auf Erlass von BWIS-Massnahmen fortwährend über den wesentlichen Verfahrenslauf zu orientieren.¹⁵²⁶ Im Verwaltungsverfahren kommt diesem gestützt auf die Art. 30 ff. VwVG ein Recht auf Anhörung zu.¹⁵²⁷ Der Gehörsanspruch berechtigt den mutmass-

¹⁵²³ BGE 140 I 99 E. 3.4; 135 II 286 E. 5.1; 144 I 11 E. 5.3; Vgl. dazu statt vieler auch MÜLLER/SCHEFER, Art. 29 Abs. 2 S. 860 (m.w.H.).

¹⁵²⁴ WALDMANN, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 29 Rz 53. Vgl. auch BGE 140 I 99 E. 3.4. «Der Anspruch erstreckt sich insbesondere auf die Kenntnisnahme aller neu ins Verfahren gekommenen Akten wie zum Beispiel Einvernahmeprotokolle, Gutachten, Eingaben und Anträge der Gegenpartei (...), KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, §41 Rz 39.

¹⁵²⁵ BGE 140 I 99 E. 3.4.; WALDMANN, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 29 Rz 53.

¹⁵²⁶ Siehe auch MOHLER, Zweckerreichung, Rz 51. Ebenfalls eher zustimmend zum Anspruch auf rechtliches Gehör ZUMSTEG, Rz 35. Anderer Ansicht ZIMMERLIN, S. 197.

¹⁵²⁷ Dabei ist er «insbesondere mit Aussagen Dritter oder anderer Parteien, die ihren eigenen Aussagen widersprechen, vorgängig zu konfrontieren, um allfällige Erklärungen vorbringen und Missverständnisse beheben zu können». SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 30 Rz 1. Weder aus Art. 29 BV noch aus Art. 30 VwVG resultiert ein Anspruch auf mündliche Anhörung. Das Gesagte gilt jedoch nicht, wenn im Einzelfall eines Verwaltungsverfahrens «der Charakter oder die Persönlichkeit des Betroffenen für die Entscheidungsfindung der Behörde relevant ist»; WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Art. 29 Rz 17 m.H.a. BGE 96 I 321 E. 2c; 117 II 132. Ge-

lichen terroristischen Gefährder auch zur Stellung von Beweisanträgen.¹⁵²⁸ Ferner zur Teilnahme an Zeugeneinvernahmen, zur Stellung von Ergänzungsfragen sowie zur Teilnahme an einem Augenschein.¹⁵²⁹

b.) Das Recht auf Akteneinsicht als besondere Herausforderung

aa) Grundsatz

Das *Akteneinsichtsrecht* ist ein zentraler prozessualer Grundsatz und ein weiterer Teilgehalt des Gehörsanspruchs.¹⁵³⁰ Der *Grundsatz* von Art. 26 Abs. 1 VwVG vermittelt dem mutmasslichen terroristischen Gefährder als Partei ein Recht auf Einsicht in die Eingaben von Parteien und Vernehmlassungen von Behörden (lit. a), in alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke (lit. b) und in Niederschriften eröffneter Verfügungen (lit. c). Umfangmässig erstreckt sich das Einsichtsrecht auf *alle Akten*, welche potentielle als Entscheidungsgrundlage dienen könnten.¹⁵³¹ Der Umfang des Einsichtsrechts ergibt sich aus der «Bedeutung eines Aktenstückes für die verfassungswesentliche Sachverhaltsfeststellung»¹⁵³² und nicht aus der Klassifizierung¹⁵³³ eines Dokumentes. Eine

stützt auf diese Rechtsprechung könnte im Falle von mutmasslichen terroristischen Gefährdern eine mündliche Anhörung m.E. geboten sein.

¹⁵²⁸ Vgl. Art. 33 VwVG. Die Behörde hat «rechtzeitig und formrichtig angebotene erhebliche und taugliche Beweismittel abzunehmen»; siehe hierzu sowie ausführlicher zu Art. 33 VwVG SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33 Rz 1 ff (m.w.H.).

¹⁵²⁹ Zum ganzen Satz siehe Art. 18 VwVG. Zum Augenschein Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 56 Abs. 3 BZP *e contrario*. Soweit in einem Verfahren auf Erlass von BWIS-Massnahmen auf *Gutachten von Sachverständigen* abgestellt wird, resultieren aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör zusätzliche *Mitwirkungsrechte*. Konkret kann sich der mutmassliche terroristische Gefährder nach Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 57 Abs. 2 BZP zu den Fragen an den Sachverständigen äussern, Abänderungs- und Ergänzungsanträge stellen sowie gestützt auf Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 60 Abs. 1 BZP die Erläuterung und Ergänzung eines Gutachtens oder eine neue Begutachtung verlangen. Siehe dazu SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 29 Rz 3.

¹⁵³⁰ Vgl. hierzu sowie zum folgenden Satz WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger, Art. 26 Rz 2; STEINMANN, in: Ehrenzeller et al., Art. 29 Rz 51; BGE 132 II 485 E. 3.2; 129 I 249 E. 3; 126 I 7 E. 2b.

¹⁵³¹ Vgl. BGE 121 I 225 E. 2a; 125 II 473 4 cc.

¹⁵³² Vgl. hierzu sowie zum nächsten Satz BGE 125 II 473 E. 4 cc.

¹⁵³³ Auf Bundesebene werden sensible Informationen des Bundes und der Armee nach Art. 4 ff. ISchV (SR 510.411) in die drei Klassifizierungsstufen geheim (Art. 5), vertraulich (Art. 6) und intern (Art. 7) unterteilt. Vgl. hierzu auch Fn. 1544.

Verweigerung der Akteneinsicht eines mutmasslichen terroristischen Gefährders gestützt auf pauschal geltend gemachte Geheimhaltungsinteressen ist deshalb jedenfalls ausgeschlossen.¹⁵³⁴

ab) Ausnahmen

Die Art. 27 f. VwVG sehen *Ausnahmen vom Grundsatz der Akteneinsicht* vor. Einem verweigerten Einsichtsgesuch hat stets eine nachvollziehbare Interessensabwägung voranzugehen.¹⁵³⁵ Gestützt auf Art. 27 Abs. 1 VwVG könnte Fedpol in einem Verfahren auf Anordnung von BWIS-Massnahmen dem mutmasslichen terroristischen Gefährder die Einsicht in bestimmte Aktenstücke verweigern, weil wesentliche öffentliche Interessen des Bundes oder der Kantone, namentlich die innere oder äussere Sicherheit der Eidgenossenschaft (lit. a)¹⁵³⁶ oder wesentliche private Interessen, insbesondere von Gegenparteien (lit. b)¹⁵³⁷, deren Geheimhaltung erfordern. Nach Auffassung des NDB kommt, nach Vornahme einer Interessensabwägung, eine Verweigerung der Einsicht nur im Falle von nach Art. 4 ff. IschV klassifizierten Akten in Betracht.¹⁵³⁸ Bei nicht klassifizierten Akten (bspw. Amtsberichten) fällt eine Verweigerung der Akteneinsicht demgegenüber auch nach Ansicht des NDB ausser Betracht.¹⁵³⁹

¹⁵³⁴ Vgl. hierzu auch BVGE 2011/37 E. 5.4.1.; BVGer-Vernehmlassung-PMT, S. 2; WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger, Art. 27 Rz 20. Vgl. dazu KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, §41 Rz 63 (m.w.H.).

¹⁵³⁵ Vgl. dazu KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, §41 Rz 66; WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger, Art. 27 Rz 17, welcher zutreffend festhält, dass eine Einsichtsverweigerung ohne Abwägung der im Einzelfall bestehenden Interessen eine formelle Rechtsverweigerung darstellt. So auch MÜLLER/SCHEFER, Art. 29 Abs. 2 S. 881 m.H.a. BGE 110 Ia 83 E. 4b.

¹⁵³⁶ Die Beschränkung des Akteneinsichtsrechts kann u.a. dann zulässig sein, wenn es um den Schutz von Informanten oder die Vermeidung der Offenlegung von Methoden der Terrorismusbekämpfung geht, vgl. BRUNNER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 27 Rz 20 (m.w.H.).

¹⁵³⁷ Hierbei ist wohl insbesondere an die Geheimhaltung von Daten über «Informanten, Auskunftspersonen, Sachverständigen oder anderen Gewährspersonen» zu denken, wobei WALDMANN/OESCHGER richtigerweise erwähnen, dass eine «klare Trennlinie zwischen öffentlichen und privaten Geheimhaltungsinteressen» nur beschränkt möglich ist, da sich diese regelmässig überschneiden; WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger, Art. 27 Rz 16.

¹⁵³⁸ Siehe SFH, Handbuch Asyl- und Wegweisungsverfahren, S. 378 f. m.H.a. das «Merkblatt zur Verwendung von Dokumenten des NDB in Verwaltungsverfahren».

¹⁵³⁹ Siehe SFH, Handbuch Asyl- und Wegweisungsverfahren, S. 378 f. m.H.a. das «Merkblatt zur Verwendung von Dokumenten des NDB in Verwaltungsverfahren».

ac) *Rechtsfolgen verweigerter Akteneinsicht*

Art. 28 VwVG befasst sich mit den Folgen einer rechtmässig verweigerter Akteneinsicht. In Wahrung des Anspruchs auf rechtliches Gehör darf sich eine Behörde nur dann auf geheime Akten abstützen, wenn die betroffene Person über den *wesentlichen Inhalt* des Aktenstückes in Kenntnis gesetzt wurde.¹⁵⁴⁰ Art. 28 VwVG stellt ein nicht einschränkbares *Kerngehaltselement* des verfassungsrechtlichen Gehörsanspruchs dar.¹⁵⁴¹ Die qualitativen Anforderungen an die Wiedergabe des wesentlichen Inhaltes fallen umso höher aus, «je stärker das Verfahrensergebnis von der Stellungnahme der Betroffenen zu einem konkreten Inhalt eines Dokuments abhängt und je stärker darauf bei der Entscheidungsfindung abgestellt wird»¹⁵⁴². Im Einzelfall wird entscheidend sein, ob der betroffene mutmassliche terroristische Gefährder hinreichend in der Lage sein wird, «sich zur Sache zu äussern, Beweisanträge zu stellen und den Entscheid sachgerecht anzufechten».¹⁵⁴³

ad) *Unmöglichkeit zur Mitteilung des wesentlichen Inhaltes*

Im Kontext der Terrorismusbekämpfung und der künftigen Rechtsanwendung des 5. Abschnitts des BWIS sind Konstellationen realistisch, in welchen Fedpol die Einsicht in bestimmte Aktenstücke nach Art. 27 VwVG verweigern wird und es zudem nicht in der Lage sein wird, den terroristischen Gefährder nach Art. 28 VwVG über den wesentlichen Inhalt des Aktenstückes zu informieren. Dies dürfte insbesondere dann von Relevanz sein, wenn das verweigerter Aktenstück nach Art. 5 IschV als *geheim*¹⁵⁴⁴

¹⁵⁴⁰ Siehe dazu SFH, Handbuch Asyl- und Wegweisungsverfahren, S. 378 f.

¹⁵⁴¹ Siehe WALDMANN, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 29 Rz 55 m.H.a. BGER 1C_441/2012 vom 4.3.2013 E. 5.7 ff.; WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger, Art. 27 Rz 4, wonach die Behörde das betreffende Aktenstück im Falle der Unmöglichkeit der Mitteilung des wesentlichen Inhalts unberücksichtigt aus dem Dossier zu weisen habe.

¹⁵⁴² WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger, Art. 27 Rz 4; Ähnlich auch BRUNNER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 28 Rz 5.

¹⁵⁴³ Siehe WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger, Art. 27 Rz 7.

¹⁵⁴⁴ Nach Art. 5 Abs. 1 lit. f IschV (SR 510.411) gelten Informationen u.a. dann als geheim, wenn deren Bekanntwerden «den Quellen- oder den Personenschutz oder die Geheimhaltung von operativen Mitteln und Methoden der Nachrichtendienste schwerwiegend gefährden kann». Zu den einzelnen Klassifizierungsstufen nach den Art. 4 ff. IschV siehe Fn. 1533.

klassifizierte wurde.¹⁵⁴⁵ Die geheime Tatsache wäre bereits dann «gefährdet», wenn der mutmassliche terroristische Gefährder über deren wesentlichen Inhalt in Kenntnis gesetzt wird. Bleiben die geheimen nachrichtendienstlichen Erkenntnisse dahingegen unerwähnt, kann die betroffene Person keine Kenntnis vom wesentlichen Inhalt erlangen und daher die mit Art. 28 VwVG verbundenen Äusserungs- und Beweisantragsrechte nicht ausüben.¹⁵⁴⁶ Liegt im Einzelfall eine derartige *faktisch-rechtliche Unmöglichkeit* zur Mitteilung des wesentlichen Inhaltes eines geheimen Aktenstückes vor, darf Fedpol dieses im Verwaltungsverfahren nicht verwenden.¹⁵⁴⁷

Soweit Fedpol dies dennoch tun würde, läge eine schwere Gehörsverletzung¹⁵⁴⁸ vor, die veranschaulichen würde, wie grundlegend ein mutmasslicher terroristischer Gefährder «prozessual entrechtet» werden darf und soll. Die diesfalls «vorbehaltlose Verwendung von geheimen Aktenstücken ohne Akteneinsicht»¹⁵⁴⁹ würde aufgrund der aktuellen Gesetzeslage¹⁵⁵⁰ regelmässig zur der Aufhebung der angeordneten BWIS-Massnahmen aus formell-rechtlichen Gründen führen.¹⁵⁵¹

¹⁵⁴⁵ Vgl. zum Gesagten sowie zum nächsten Satz auch BVGer-Vernehmlassung-PMT, S. 3. Zum nachrichtendienstlichen Quellenschutz siehe Art. 35 NDG, BGer 1C_522/2018 vom 8.3.2019 E. 3.3 sowie BOLZ, Rz 9, 18 ff. Zum vom NDB ausgearbeiteten «Merkblatt zur Verwendung von Dokumenten des NDB in Verwaltungsverfahren» und dem darin enthaltenen Vorschlag zur Verwertung von klassifizierten Akten des NDB BOLZ, Rz 21 ff. (m.w.H.).

¹⁵⁴⁶ Die Botschaft zum PMT gibt keinerlei Aufschluss darüber, wie Fedpol im Rahmen der Anordnung von BWIS-Massnahmen den nachrichtendienstlichen Quellenschutz mit dem Recht auf Akteneinsicht bzw. Kenntnisnahme des wesentlichen Inhaltes i.S.v. Art. 28 VwVG zu vereinen gedenkt.

¹⁵⁴⁷ Das Bundesverwaltungsgericht regte in der Vernehmlassung «die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die Verwertung von klassifizierten Daten des NDB an, um Kenntnisnahme und Verwertung durch das Gericht in rechtsstaatlich befriedigender Weise» lösen zu können; BOLZ, Rz 18. De lege ferenda schlägt BOLZ u.a. die Schaffung einer (einsichtsberechtigten) Ombudsstelle bzw. eines «Grundrechtsanwaltes» vor. Hierzu ausführlicher sowie für weitere Lösungsvorschläge siehe BOLZ, Rz 18 ff, 50; BVGer-Vernehmlassung-PMT, S. 3.

¹⁵⁴⁸ So auch im Zusammenhang mit einem mutmasslichen islamistischen Gefährder BVGer F-1031/2018 vom 27.11.2019 E. 5.8. Hierzu ausführlicher weiter hinten §9, III., 2., A., a.).

¹⁵⁴⁹ BVGer-Vernehmlassung-PMT, S. 3.

¹⁵⁵⁰ In diesem Sinne regte das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Vernehmlassung zum PMT an, dass die Frage nach der Verwendung geheimer Akten einer Vorinstanz durch das BJ zu behandeln sei, da die «heutige Regelung, dass nicht auf solche Akte abgestellt werden kann», «zu unbefriedigenden Resultaten» führen könne. BVGer-Vernehmlassung-PMT, S. 3.

¹⁵⁵¹ Siehe BVGE 2013/23 E. 6. In diesem Sinne auch das Bundesverwaltungsgericht: «Konsequenz der heutigen Regelung ist, dass in all den Verfahren, in denen für die Entscheidung auf solche

c.) Behördliche Pflichten und Anspruch auf Entscheidungsbegründung

aa) Anforderungen an die Begründungsdichte

Als Gegenstücke zu den Mitwirkungsrechten der Parteien resultieren aus Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 29 VwVG auch «behördliche Pflichten»¹⁵⁵². Herausragende Bedeutung wird dabei im Verwaltungsverfahren auf Erlass von BWIS-Massnahmen der in Art. 35 Abs. 1 VwVG verankerten *behördlichen Begründungspflicht* zukommen. Diese soll dem terroristischen Gefährder einerseits die Kenntnisnahme der entscheidungswesentlichen «Tatsachen und Rechtsnormen»¹⁵⁵³ sowie andererseits eine sachgerechte Anfechtung der Verfügung ermöglichen.¹⁵⁵⁴ Die Anforderungen an die behördliche Begründungsdichte variieren im Einzelfall unter Berücksichtigung der Schwere der drohenden Grundrechtseingriffe, der Komplexität der tatsächlichen und rechtlichen Fragen und des Umfangs an behördlichem Ermessen.¹⁵⁵⁵ Der 5. Abschnitt des BWIS beinhaltet auf Tatbestandsseite zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe, die Fedpol ein weites Rechtsfolgeermessen einräumen. Diese Ausgangslage lässt nach Ansicht des Schreibenden rechtlich komplexe Anwendungsfragen erwarten. Überdies sind BWIS-Massnahmen im Einzelfall geeignet, schwere Grundrechtseingriffe zu bewirken. Aufgrund dieser Ausgangslage sind nach

Akten, (...), die Beschwerden gutzuheissen sind, denn die vorbehaltlose Verwendung ohne Akteneinsicht ist verfassungswidrig»; BVGer-Vernehmlassung-PMT, S. 3.

¹⁵⁵² Neben der behördlichen Orientierungspflicht über die entscheidungswesentlichen Vorgänge und der im Umfang von Art. 33 Abs. 1 VwVG geltenden Beweisabnahmepflicht ist Fedpol gestützt auf Art. 32 VwVG zur hinreichenden Würdigung der vom terroristischen Gefährder gemachten Vorbringen und Beweisanträge verpflichtet. «Als Gegenstück zum Akteneinsichts- und Beweisführungsrecht der Parteien wird aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör zudem eine *allgemeine Aktenführungspflicht der Behörden* abgeleitet, die sich insbesondere als Pflicht zur Protokollierung entscheidungsrelevanter Abklärungen, Einvernahmen und Verhandlungen im Rechtsmittelverfahren manifestiert»; SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 29 Rz 3; STEINMANN, in: Ehrenzeller et al., Art. 29 Rz 16; BVGE 2011/37 E. 5.4.1.

¹⁵⁵³ Zu diesem Zitat sowie zum Ganzen Satz statt vieler UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, in: Waldmann/Weissenberger, Art. 35 Rz 10.

¹⁵⁵⁴ Gemäss Bundesgericht muss die Begründung «so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann»; BGE 141 III 28 E. 3.2.4 (m.w.H.).

¹⁵⁵⁵ Vgl. UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, in: Waldmann/Weissenberger, Art. 35 Rz 18; MÜLLER/SCHEFER, Art. 29 Abs. 2, S. 888 f. (m.w.H.).

Ansicht des Schreibenden im Einzelfall an die *Begründungsdichte* der Verfügung von BWIS-Massnahmen *hohe Anforderungen* zu stellen.

ab) Begründung der Gefährdereigenschaft nach Art. 23e BWIS

Im Einzelfall wird Fedpol unter Berücksichtigung der in Art. 23e BWIS genannten Voraussetzungen zu begründen haben, inwieweit konkrete Anhaltspunkte bestehen und warum diese (noch) aktuell sind.¹⁵⁵⁶ In einem *zweiten Schritt* wird Fedpol ebenso einzelfallweise aufzuzeigen haben, weshalb und inwieweit die in Bezug auf den mutmasslichen terroristischen Gefährder erstellten konkreten und aktuellen Anhaltspunkte die prognostische Annahme rechtfertigen, dass dieser eine terroristische Aktivität i.S.v. Art. 23e BWIS ausüben könnte.¹⁵⁵⁷ Erst nachdem Fedpol die vorstehenden Elemente substantiiert darlegen konnte, kategorisiert ein mutmasslicher terroristischer Gefährder überhaupt als terroristischer Gefährder.

ac) Begründung der Anordnungsvoraussetzungen

Infolgedessen hat Fedpol zu prüfen und gegebenenfalls darzulegen, inwieweit die *allgemeinen*¹⁵⁵⁸ sowie die *spezifischen Anordnungsvoraussetzungen*¹⁵⁵⁹ zum Erlass einer oder mehrerer beantragter Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS erfüllt sind. Dabei wird es auch den mit dem Erlass von BWIS-Massnahmen verbundenen Grundrechtseingriffen Rechnung zu tragen haben und begründen müssen, weshalb im Einzelfall die Eingriffsvoraussetzungen von Art. 36 BV eingehalten sind. Der hinreichenden Begründung der Verhältnismässigkeit der BWIS-Massnahme(n) wird besondere Wichtigkeit zukommen. Fedpol wird jeweils einzelfallweise begründen müssen, weshalb die beantragte(n) BWIS-Massnahme(n) zur Zweckerreichung geeignet ist, warum zur Zweckerreichung keine weniger grundrechtsintensiven, aber gleich geeigneten Mittel

¹⁵⁵⁶ Für die einzelnen Prüfschritte zur grundrechtskonformen Rechtsanwendung von Art. 23e BWIS und die jedem Prüfschritt zugehörigen Anforderungen an die behördliche Begründungspflicht siehe die Prüfschritte gemäss entwickeltem Prüfschema weiter vorne §7, VIII., 3.

¹⁵⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁵⁸ Zu den allgemeinen Anordnungsvoraussetzungen der BWIS-Massnahmen vgl. weiter vorne §8, I.

¹⁵⁵⁹ Zu den spezifischen Anordnungsvoraussetzungen der jeweiligen BWIS-Massnahmen vgl. vorne §8, II.

bestehen und warum sich die zu verfügende(n) BWIS-Massnahme(n) in räumlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht als erforderlich und zumutbar erweisen.

d.) Recht auf Vertretung und Verbeiständung

Als weiterer Teilgehalt resultiert aus dem Gehörsanspruch das Recht der Parteien auf *Vertretung und Verbeiständung*.¹⁵⁶⁰ Gestützt auf Art. 11 Abs. 1 VwVG darf sich ein (mutmasslicher) terroristischer Gefährder auf jeder Stufe des Verfahrens durch eine frei gewählte Person vertreten oder verbeiständen lassen.¹⁵⁶¹ Umgekehrt resultiert aus dem Vertretungsrecht *keine Vertretungspflicht*, weshalb sich ein terroristischer Gefährder auch selbst vertreten darf. Ein *ausnahmsweiser Vertretungszwang* gilt dann, «wenn die Partei nicht in der Lage ist, ihre Interessen im Verfahren selbst wahrzunehmen, und auf Aufforderung hin keine Vertretung bestellt»¹⁵⁶². Unter Berücksichtigung des weiten Ermessens von Fedpol, der rechtlichen Komplexität und der potentiellen Eingriffsschwere der BWIS-Massnahmen wird ein nicht rechtskundiger mutmasslicher terroristischer Gefährder seine Rechte im erstinstanzlichen Verfahren auf Erlass von BWIS-Massnahmen selbständig kaum sachgerecht wahrnehmen können.¹⁵⁶³ Zumindest sollte Fedpol im Einzelfall summarisch abklären, ob der Betroffene in Berücksichtigung der Komplexität des Verfahrens, der sprachlichen und intellektuellen Fähigkeiten des Betroffenen zur eigenen Interessenswahrung überhaupt im Stande ist. Nach Ansicht des Schreibenden sollte Fedpol den mutmasslichen terroristischen Gefährder zur Gewähr-

¹⁵⁶⁰ Vgl. statt vieler BGE 132 V 443 E. 3.3; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 41 Rz 76.

¹⁵⁶¹ Die vertretungsbefugte Person kann eine von der Partei frei bestimmbare natürliche oder juristische Drittperson sein, da das VwVG kein «Anwaltsmonopol» kennt. Vgl. hierzu NYFFENEGGER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 11 Rz 7; MARANTELLI-SONANINI, in: Waldmann/Weissenberger, Art. 11 Rz 13. Art. 11 Abs. 1 VwVG schliesst die (gewillkürte) Vertretung hingegen aus, wenn die Partei persönlich zu handeln hat oder die Dringlichkeit einer Amtshandlung eine Vertretung (oder Verbeiständung) verunmöglicht.

¹⁵⁶² NYFFENEGGER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 11 Rz 7, wonach die zuständige Behörde diesfalls in analoger Anwendung von Art. 41 Abs. 1 BGG zur Interessenswahrung eine amtliche Rechtsvertretung einzubestellen hat.

¹⁵⁶³ Fedpol ist indes gar nicht verpflichtet die betroffene Person auf ihr Vertretungs- und Verbeiständungsrecht hinzuweisen. Vgl. hierzu auch MARANTELLI-SONANINI, in: Waldmann/Weissenberger, Art. 11 Rz 13 m.H.a. Art. 158 Abs. 1 lit. c (i.V.m. Abs. 2) StPO, wonach im Strafprozess Einvernahmen ohne entsprechenden Hinweis einem Verwertungsverbot unterliegen.

leistung eines angemesseneren Rechtsschutzes zu Beginn des Verwaltungsverfahrens auf die Vertretungs- und Verbeiständungsmöglichkeit gar standardmässig hinweisen.¹⁵⁶⁴

C. Mittellose mutmassliche terroristische Gefährder

Das Vertretungs- und Verbeiständungsrecht nach Art. 11 Abs. 1 VwVG ist vom verfassungsmässigen *Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsbeistand* abzugrenzen. Gestützt auf Art. 29 Abs. 3 BV hat jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint.¹⁵⁶⁵ Überdies hat sie, soweit dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig erscheint, auch Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand.¹⁵⁶⁶ Im Verwaltungsverfahren wurden diese Ansprüche in Art. 65 VwVG positiviert. Obwohl der Wortlaut von Art. 65 VwVG diese Ansprüche auf das Beschwerdeverfahren beschränkt, zielt die unentgeltliche Rechtspflege als verfassungsmässige Verfahrensgarantie unbestrittenermassen auf die Gewährleistung von Chancen- und Waffengleichheit

¹⁵⁶⁴ In der Nationalratsdebatte stellte die Minderheit Roth den Antrag, wonach Art. 24g Abs. 1 BWIS um einen zweiten Satz zu ergänzen sei: «Der Beschwerdeführer hat im Rechtsmittelverfahren Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und auf unentgeltlichen Rechtsbeistand, worauf er und allenfalls seine gesetzlichen Vertreter in der Rechtsmittelbelehrung ausdrücklich und in einer ihnen verständlichen Sprache hinzuweisen sind.» Zur Begründung führte sie an: «Für eine betroffene Person beinhaltet die Vorlage nur unzureichende Möglichkeiten, sich gegen diese Massnahmen zu wehren. Gemäss den Artikeln 158 und 143 der Strafprozessordnung hat ein Beschuldigter ab dem Moment, in dem er ins Recht gefasst wird, Anspruch auf eine Rechtsvertretung oder einen Rechtsbeistand. Hier aber befinden wir uns im Vorbereich, in dem es noch gar keine Straftat und Anklage gibt. Darum operiert man hier ja nach Verwaltungsverfahrensgesetz, das in Artikel 65 zwar festlegt, dass eine mittellose Partei Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat, das aber nicht vorschreibt, dass in der Rechtsmittelbelehrung auf die unentgeltliche Rechtspflege hinzuweisen ist. Man kann also nicht per se davon ausgehen, dass eine betroffene Person einen Anwalt hinzuzieht bzw. dass sich dieser, wenn sie es tut, automatisch über die Möglichkeit der unentgeltlichen Rechtspflege informieren wird. Um einen umfassenden und der Schweiz würdigen Rechtsschutz zu garantieren, braucht es diesen Zusatz.» Siehe Wortmeldung Franziska Roth, Nationalrat Sommersession, AB 2020 S. 1124.

¹⁵⁶⁵ Allgemein zu Art. 29 Abs. 3 BV siehe statt vieler MÜLLER/SCHEFER, Art. 29 Abs. 3 S. 893 ff.

¹⁵⁶⁶ Zur Unterscheidung von unentgeltlicher Prozessführung als *Oberbegriff* und den *Teilaspekten* der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung, siehe STEINMANN, in: Ehrenzeller et al., Art. 29 Rz 62.

im gesamten *Verwaltungsverfahren*.¹⁵⁶⁷ Ein mutmasslicher terroristischer Gefährder kann sich bei *ausgewiesener Mittellosigkeit*¹⁵⁶⁸ daher bereits im *Verwaltungsverfahren* auf Art. 65 VwVG berufen.¹⁵⁶⁹

a.) **Zur Aussichtslosigkeit im Verwaltungsverfahren**

Art. 65 Abs. 1 VwVG verlangt, dass das gestellte Gesuch zum Einreichungszeitpunkt *nicht aussichtslos* ist. Aussichtslosigkeit liegt dann vor, wenn die Aussichten auf ein Obsiegen deutlicher geringer erscheinen als die Verlustgefahren.¹⁵⁷⁰ Nicht aussichtslos ist ein Verfahren umgekehrt bereits dann, wenn sich «die Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten»¹⁵⁷¹. Entscheidend ist, «ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde»¹⁵⁷². Zur Beurteilung der Erfolgsaussichten sind die bestehenden Akten zum Gesuchszeitpunkt¹⁵⁷³ einer summarischen Prüfung zu unterziehen, wobei es zwischen dem nichtstreitigen Verwaltungs- und dem Rechtsmittelverfahren zu differenzieren gilt.¹⁵⁷⁴ Soweit ein mutmasslicher terroristischer Gefährder im *erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren* Erlass von BWIS-Massnahmen gestützt auf Art. 65 Abs. 1 VwVG ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellt, sollte «Aussichtslosigkeit insgesamt mit Zurückhaltung bejaht werden, da eine Überprüfung der Rechtmässigkeit durch eine unabhängige Instanz noch nicht vorgenommen wurde»¹⁵⁷⁵.

¹⁵⁶⁷ Siehe dazu STEINMANN, in: Ehrenzeller et al., Art. 29 Rz 16; BIAGGINI-BV-Kom, Art. 29 Rz 1; BGE 131 I 350 E. 3.1; 141 I 124 E. 4.2.

¹⁵⁶⁸ «Mittellos bzw. bedürftig ist, wer die erforderlichen Mittel für ein Verfahren nicht aufbringen kann, ohne dafür Werte beanspruchen zu müssen, die zur Deckung des Grundbedarfs für sich und seine Familie notwendig sind»; KAYSER/ALTMANN, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 65 Rz 4 (m.w.H.). Siehe dazu auch STEINMANN, in: Ehrenzeller et al., Art. 29 Rz 68.

¹⁵⁶⁹ Allgemein zur Anwendbarkeit von Art. 65 VwVG im *Verwaltungsverfahren* siehe KAYSER/ALTMANN, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 65 Rz 4; MAILLARD, in: Waldmann/Weissenberger, Art. 65 Rz 4. In diesem Sinne auch schon BGE 112 Ia 14.

¹⁵⁷⁰ Vgl. BGE 142 II 138 E. 5.1; 139 III 473 E. 2.2; 129 I 129 E. 2.3.1.

¹⁵⁷¹ Statt vieler STEINMANN, in: Ehrenzeller et al., Art. 29 Rz 68.

¹⁵⁷² BGE 142 III 138 E. 5.1; 140 V 521 E. 9.1.

¹⁵⁷³ Vgl. BGE 138 III 217 E. 2.2.4.

¹⁵⁷⁴ KAYSER/ALTMANN, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 65 Rz 33 ff.

¹⁵⁷⁵ KAYSER/ALTMANN, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 65 Rz 34.

b.) Zur Aussichtslosigkeit im Beschwerdeverfahren

Im *Beschwerdeverfahren* sind im Zuge der summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten «nebst der Komplexität der Rechtslage (..) die vorhandenen Akten, die Argumentation in der Rechtsmittelschrift, die angefochtene Verfügung und soweit bereits vorhanden die Beschwerdeantwort»¹⁵⁷⁶ mitzuberoücksichtigen. Bei erstellter Mittellosigkeit sollten die Erfolgsaussichten des terroristischen Gefährders im Sinne einer «Faustregel» bereits dann als nicht aussichtslos erachtet werden, wenn diese «eindeutig über 20 Prozent liegen»¹⁵⁷⁷, was in Anbetracht der Komplexität der Materie und des weiten Ermessens von Fedpol in aller Regel der Fall sein dürfte.

c.) Zur Notwendigkeit der Rechtsvertretung

Soweit die Voraussetzungen der Mittel- und Nichtaussichtslosigkeit im Einzelfall erfüllt sind, kann ein mittelloser (mutmasslicher) terroristischer Gefährder nach Art. 65 Abs. 2 VwVG um die *Beiordnung* einer Anwältin ersuchen, soweit sich dies zur Wahrung seiner Rechte als notwendig erweist.¹⁵⁷⁸ Bei der Beurteilung der *Notwendigkeit* ist massgeblich, «ob die Interessen des Gesuchstellers in schwerwiegender Weise betroffen sind und der Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, die den Beizug eines Rechtsvertreters erforderlich machen»¹⁵⁷⁹. Zur Gewährleistung eines angemessenen Rechtsschutzes im *erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren* auf Anordnung von BWIS-Massnahmen die Notwendigkeit einer Rechtsvertretung in aller Regel bejaht werden. Hierfür spricht insbesondere, dass die BWIS-Massnahmen schwere Grundrechtseingriffe nach sich ziehen können.¹⁵⁸⁰ Zudem ist die unbestimmt gehaltene Norm von Art. 23e BWIS im Hinblick auf ihre Rechtsanwendung als rechtlich komplex zu bezeichnen. Überdies hat Fedpol rund um den Erlass von BWIS-Massnahmen und Art. 36 BV diffizile Interessens- und Verhältnismässigkeitsabwägungen vorzunehmen,

¹⁵⁷⁶ KAYSER/ALTMANN, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 65 Rz 35.

¹⁵⁷⁷ Diese «Faustregel» stammt von KAYSER/ALTMANN, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 65 Rz 33.

¹⁵⁷⁸ Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteistandung verlangt in jeder Verfahrensstufe *ein formelles Gesuch*. Ausnahmsweise kann einem mutmasslichen terroristischen Gefährder zum Zwecke der Verfahrensfairness auch ohne Gesuch ein Rechtsbeistand beigeordnet werden, weil er zur Wahrung seiner Interessen bspw. unfähig oder ungeeignet ist. Vgl. zum Gesagten KAYSER/ALTMANN, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 65 Rz 56 (m.w.H.).

¹⁵⁷⁹ Statt vieler MAILLARD, in: Waldmann/Weissenberger, Art. 65 Rz 38.

¹⁵⁸⁰ Vgl. u.a. BGE 130 I 180 E. 2.2; 128 I 225 E. 2.5.2.

was die grundsätzliche Notwendigkeit der Rechtsvertretung eines mittellosen mutmasslichen terroristischen Gefährders zusätzlich verdeutlicht.¹⁵⁸¹ Im *Beschwerdeverfahren* spricht für die Notwendigkeit einer Rechtsvertretung überdies, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen die aufschiebende Wirkung entzogen wurde.¹⁵⁸² Die Beurteilung der Aussicht einer erhobenen Beschwerde, die allfällige Beantragung der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung oder einer möglichen Staatshaftung im Verweigerungsfalle sind ebenfalls als rechtlich komplex zu bezeichnen und verdeutlichen dadurch zugleich die Notwendigkeit einer (unentgeltlichen) Rechtsvertretung.

d.) Fazit

Bei mutmasslichen terroristischen Gefährdern sollte bei der Beurteilung des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsbeistand nach Art. 65 Abs. 2 VwVG dessen finanzielle Lage resp. eine allfällige Mittellosigkeit *im Vordergrund* stehen. Aussichtslosigkeit sollte im Verfahren auf Anordnung von BWIS-Massnahmen äusserst zurückhaltend angenommen werden, weil die verfahrensrechtliche Situation als komplex¹⁵⁸³, die auf Tatbestandsseite zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe Fedpol bei der (Nicht-) Anordnung von BWIS-Massnahmen weitreichendes Ermessen vermitteln und Fedpol überdies keine gerichtliche Instanz darstellt. Durch eine eher «grosszügige» Auslegung der Aussichtslosigkeit und der Notwendigkeit einer Rechtsvertretung könnte die durch schwache Rechtsschutzposition eines mittellosen mutmasslichen terroristischen Gefährders zumindest im Einzelfall etwas *verbessert* werden kann.

5. Rechtsschutz durch Rechtsbehelfe

A. Aufhebungsgesuch (Wiedererwägung)

a.) Aufhebung von Amtes Wegen

Das *Aufhebungsgesuch* nach Art. 23f Abs. 4 BWIS ist im Zusammenhang mit Art. 23f Abs. 3 BWIS zu verstehen, wonach eine verfügte BWIS-Massnahme von Amtes wegen aufzuheben ist, wenn deren Anordnungsvoraussetzungen «nicht mehr erfüllt» sind.

¹⁵⁸¹ Vgl. BGer 2C_515/2016 vom 22.8.2017 E. 5.3; 1C_339/2008 vom 24.9.2008.

¹⁵⁸² Vgl. Art. 24g Abs. 3 BWIS. Hierzu ausführlicher weiter vorne §8, III., 2. C.

¹⁵⁸³ Vgl. dazu auch BGer 2_112/2016 vom 19.2.2016 E. 2.2.2 (m.w.H.).

Art. 23f Abs. 3 BWIS verlangt *veränderte Tatsachen*, welche die ursprüngliche fehlerfreie Verfügung nachträglich fehlerhaft machen und zu einer wiedererwägungsweisen Aufhebung der Verfügung führen. Der Wortlaut von Art. 23f Abs. 3 BWIS ist allzu eng, da verfügte BWIS-Massnahmen selbstredend auch dann aufzuheben sind, wenn deren Anordnungsvoraussetzungen «gar nie erfüllt» waren und demnach eine ursprünglich fehlerhafte Verfügung erlassen wurde.¹⁵⁸⁴

b.) Offene praktische Aspekte

Art. 23f Abs. 4 BWIS räumt dem terroristischen Gefährder das Recht ein, «jederzeit ein Gesuch um Aufhebung der Massnahme(n)» zu stellen. Art. 23f Abs. 4 BWIS ermöglicht gemäss Bundesrat die «*Erwirkung*» der behördlichen Überprüfung angeordneter BWIS-Massnahmen.¹⁵⁸⁵ Behördlicherseits resultiert demnach aus dem gestellten Aufhebungsgesuch eine Behandlungspflicht. Als möglicher Aufhebungsgrund kommt eine ursprüngliche oder nachträgliche Fehlerhaftigkeit der verfükten BWIS-Massnahme(n) in Betracht. Aus Rechtsschutzoptik ist u.a. unklar¹⁵⁸⁶, innert *welcher Frist* Fedpol seiner Pflicht zur Prüfung des Aufhebungsgesuchs nachzukommen hat. Die potentiell schweren Grundrechtsverletzungen sollte die Prüfung des Gesuchs innert einer kurzen Frist von fünf Arbeitstagen erfolgen. In *welcher Form* der Entscheid über das Aufhebungsgesuch zu ergehen hat, bleibt ebenso unklar, wobei dieser nach Ansicht des Schreibenden zwingend als Verfügung¹⁵⁸⁷ gefällt werden sollte.¹⁵⁸⁸

¹⁵⁸⁴ Nach Ansicht des Schreibenden ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber diesen Aspekt schlichtweg übersehen hat.

¹⁵⁸⁵ Siehe Botschaft PMT, BBl 2019 4787.

¹⁵⁸⁶ Unklar bleibt etwa auch, ob, soweit gegen verfügte BWIS-Massnahmen gestützt auf Art. 24g Abs. 1 BWIS als Rechtsmittel Beschwerde eingelegt wurde parallel dazu der Behandlungsanspruch eines gestellten Aufhebungsgesuchs von Fedpol nach Art. 23f Abs. 4 BWIS fortbesteht oder die alleinige Behandlungszuständigkeit aufgrund des Devolutiveffekts der Beschwerde auf das Bundesverwaltungsgericht übergegangen ist.

¹⁵⁸⁷ Zum Verfügungsbegriff siehe Art. 5 VwVG. Hierzu ausführlicher statt vieler MÜLLER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 5 Rz 1 ff.

¹⁵⁸⁸ Der Entscheid über das Aufhebungsgesuch würde demnach eine Verfügung über Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS darstellen, welche gemäss Art. 24g Abs. 1 BWIS der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht unterliegt. Zudem bedeutet dies auch, dass im Falle der Gutheissung des Aufhebungsgesuchs durch Fedpol die antragsstellende Behörde gestützt auf Art. 24g Abs. 2 lit. a BWIS beschwerdeberechtigt wäre.

B. Unklarheiten rund um das Sistierungsgesuch

Im weitesten Sinne kann auch die in Art. 23j Abs. 3 BWIS vorgesehene Möglichkeit zur *Sistierung von BWIS-Massnahmen* als Rechtsschutzbestimmung verstanden werden. In inhaltlicher Hinsicht verlangt die Sistierung das Vorliegen «wichtiger Gründe»¹⁵⁸⁹. In formaler Hinsicht bedarf die Sistierung nach Art. 23j Abs. 3 BWIS des Einverständnisses¹⁵⁹⁰ der zuständigen kantonalen oder kommunalen Stelle. Grundlegend unklar bleibt dabei, ob der betroffenen kantonalen oder kommunalen Stelle in Bezug auf beabsichtigte Massnahmesistierungen ein *formelles Verweigerungsrecht* zusteht und wie Fedpol im Falle des fehlenden Einverständnisses vorzugehen hätte. Zudem bleibt auch offen, ob Fedpol eine von der zuständigen kantonalen oder kommunalen Stelle beantragte Sistierung (aufgrund einer abweichenden Lageeinschätzung) ignorieren könnte und ob dagegen ein Rechtsmittel¹⁵⁹¹ erhoben werden könnte. Aus Sicht der betroffenen Person stellt sich schliesslich die Frage, ob auch diese zur Stellung eines Sistierungsgesuchs legitimiert ist.¹⁵⁹²

¹⁵⁸⁹ Wichtige Gründe können sich gemäss Botschaft einerseits in Bezug auf die Person des terroristischen Gefährders oder aus anderen Gründen wie bspw. überwiegenden Interessen der Strafverfolgung ergeben. Siehe Botschaft PMT, BBl 2019 4791.

¹⁵⁹⁰ «Mit Blick auf die Vollzugsverantwortung der Kantone sowie die von den betroffenen Personen ausgehenden Gefahren für die Bevölkerung kann Fedpol eine verfügte Massnahme nur im Einvernehmen mit dem betroffenen Kanton bzw. der betroffenen Gemeinde sistieren»; Botschaft PMT, BBl 2019 4791.

¹⁵⁹¹ Nach Ansicht des Schreibenden hätte Fedpol ein verweigertes Sistierungsgesuch zügig in Verfügungsform zu entscheiden. Nur diesfalls würde es sich um eine Verfügung über Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS handeln, welche gemäss Art. 24g Abs. 1 BWIS der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht unterliegt, wobei die den Sistierungsantrag stellende kantonale oder kommunale Behörde gestützt auf Art. 24g Abs. 2 lit. a BWIS beschwerdeberechtigt wäre.

¹⁵⁹² *De facto* kann die betroffene Person ohne weiteres ein Sistierungsgesuch bei Fedpol einreichen. Ein solches könnte bspw. auch als Eventualantrag zu einem Aufhebungsgesuch nach Art. 23f Abs. 4 BWIS gestellt werden. Offen bleibt hingegen die Frage, ob der betroffenen Person in Bezug auf das Sistierungsgesuch ein Behandlungsanspruch zusteht und innert welcher Frist das Gesuch zu behandeln wäre.

6. Schlussfolgerungen zu III.

A. Unzureichende Berücksichtigung der Verfahrensrechte

Die geringe Normdichte der Bestimmungen des 5. Abschnitts des BWIS hätte nach Ansicht des Schreibenden durch eine starke *verfahrensrechtliche Stellung* des terroristischen Gefährders kompensiert werden können. Weder das BWIS noch die Materialien sehe indes verfahrensrechtliche Schutzvorkehrungen zu Gunsten terroristischer Gefährder vor.¹⁵⁹³ De facto wurde die verfahrensrechtliche Position von (mutmasslichen) terroristischen Gefährdern bei der Ausarbeitung des 5. Abschnitts des BWIS sowie der Materialien grundlegend ausser Acht gelassen, was sich u.a. an den nachfolgenden Punkten verdeutlicht. Massgeblich bleibt etwa unklar, ab welchem Zeitpunkt einem mutmasslichen terroristischen Gefährder nach Art. 6 VwVG Parteistellung¹⁵⁹⁴ zukommt, ab wann dieser als terroristischer Gefährder kategorisiert wird und wie Fedpol dessen Anspruch auf rechtliches Gehör im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren gewährleisten will. Besonders heikel ist dabei, dass in der Botschaft auch nicht dargelegt wird, wie Fedpol dem Anspruch des terroristischen Gefährders auf Akteneinsicht im Falle von als geheim klassifizierten (insb. nachrichtendienstlichen) Aktenstücken gerecht werden will.¹⁵⁹⁵ Durch den in Art. 24g Abs. 3 BWIS vorgesehenen *Entzug der aufschiebenden Wirkung* wird die an und für sich bereits schwache Rechtsschutzposition des terroristischen Gefährders zusätzlich geschwächt.

Als *Korrektiv* sollte das Bundesverwaltungsgericht in Vornahme einer Interessensabwägung in jedem Einzelfall wohlwollend prüfen, ob die aufschiebende Wirkung wiederhergestellt werden kann.¹⁵⁹⁶ Die Komplexität der rechtlichen Fragestellungen und die

¹⁵⁹³ So auch ZUMSTEG, Rz 41.

¹⁵⁹⁴ Hierzu ausführlicher weiter vorne §8, III., 3., A., wonach dem mutmasslichen terroristischen Gefährder spätestens zum Zeitpunkt der Antragsstellung nach Art. 23i BWIS Parteistellung zukommt.

¹⁵⁹⁵ Hierzu ausführlicher weiter vorne §8, III., 4., B., b.). Im Zusammenhang mit dem Rechtsschutz ist auch unklar, ab welchem Zeitpunkt eine Person offiziell als terroristischer Gefährder kategorisiert und inwieweit die betroffene Person vor dem Erlass von BWIS-Massnahmen eine allfällige Kategorisierung anfechten könnte. Hierzu kritisch auch die UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. 5

¹⁵⁹⁶ Ausführlicher zur fehlenden aufschiebenden Wirkung der Beschwerde und der nach Ansicht des Schreibenden gebotenen Vorgehensweise weiter vorne §8, III., 2., C.

durch den Erlass von BWIS-Massnahmen potentiell schweren Grundrechtseingriffe machen es zur Stärkung der Rechtsschutzposition von (mutmasslichen) terroristischen Gefährdenden zwingend erforderlich, dass diese auf ihr *Recht auf Vertretung und Verbeiständung* hingewiesen werden und je nach Umständen des Einzelfalls von Fedpol gar die Erforderlichkeit einer (Zwangs-)Vertretung abgeklärt wird.¹⁵⁹⁷ Bei *erwiesener Mittellosigkeit* sollte die schwache Rechtsschutzposition von (mutmasslichen) terroristischen Gefährdenden sowohl im Verwaltungs- als auch im Beschwerdeverfahren durch eine «grosszügige» Bejahung der Nichtaussichtslosigkeit¹⁵⁹⁸ und der Notwendigkeit einer Rechtsvertretung¹⁵⁹⁹ zumindest etwas kompensiert werden. Die verfahrensrechtliche «Unausgegorenheit» bewirkt auch für Fedpol eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit, welche zur Folge haben könnte, dass verhängte BWIS-Massnahmen wegen verletzter Verfahrensgarantien auf Beschwerdestufe regelmässig kassiert werden könnten.

B. Prozessuale Unklarheiten rund um das Antragsrecht

Im *Verhältnis* zwischen der nach Art. 23i BWIS *antragsstellenden Behörde* und Fedpol bleibt auch unter Beizug der Materialien ungeklärt, ob Fedpol im Einzelfall an die beantragten BWIS-Massnahmen «gebunden» ist oder ob es auch vom Antrag abweichende BWIS-Massnahmen verfügen kann. Zudem stellt sich die Frage, ob Fedpol einen Antrag auf Erlass von BWIS-Massnahmen nach Art. 23i BWIS formlos abweisen darf oder ob es eine etwaige Nichtanordnung zu verfügen hat. Nach Ansicht des Schreibenden ist Fedpol grundsätzlich an die beantragten BWIS-Massnahmen gebunden.¹⁶⁰⁰ Jedenfalls scheint es aus Gründen des Rechtsschutzes sachgerecht, dass Fedpol die Nichtanordnung von beantragten BWIS-Massnahmen zu verfügen hat.¹⁶⁰¹ Im Falle einer verfügten Nichtanordnung wäre die antragsstellende kantonale Behörde nach Art. 24g Abs. 2 lit. a BWIS beschwerdeberechtigt, wodurch einerseits die Rechtsschutzposition der im Bereich der inneren Sicherheit originär zuständigen kantonalen Behörde gestärkt und zugleich das

¹⁵⁹⁷ Hierzu ausführlicher weiter vorne §8, III., 4., B., d.).

¹⁵⁹⁸ Vgl. Art. 65 Abs. 1 VwVG. Hierzu ausführlicher weiter vorne §8, III., 4., C., a.) und b.).

¹⁵⁹⁹ Vgl. Art. 65 Abs. 2 VwVG. Hierzu ausführlicher weiter vorne §8, III., 4., C., c.).

¹⁶⁰⁰ Zur Begründung weiter vorne §8, III., 3., B.

¹⁶⁰¹ Hierzu mit ausführlicher Begründung weiter vorne §8, III., 3., B.

Ermessen von Fedpol zur Nichtanordnung von beantragten BWIS-Massnahmen auf ein vertretbares Mass beschränkt würde.¹⁶⁰²

C. Prozessuale Unklarheiten rund um das Anhörungsrecht

Vor dem Erlass von BWIS-Massnahmen hat Fedpol die nicht antragsstellende, aber gemäss Art. 23j Abs. 1 BWIS anhörungsberechtigte Behörde anzuhören. Es bleibt auch unter Beizug der Botschaft unklar, *welche Tragweite und prozessuale Bedeutung* dem Anhörungsrecht nach Art. 23j Abs. 1 BWIS zukommt.¹⁶⁰³ Konkret bleibt offen, wie bei *Uneinigkeiten* zwischen der antragsstellenden und der angehörten Stelle *zu verfahren* ist und ob Fedpol auch dann beantragte BWIS-Massnahmen verfügen kann, wenn sich die anhörungsberechtigte Behörde explizit dagegen ausgesprochen hat. Dem Anhörungsrecht nach Art. 23j Abs. 1 BWIS kommt faktisch nur dann Bedeutung zu, wenn dieses auf einen Konsens zwischen den involvierten Behörden zielt, weshalb die Verfügung von BWIS-Massnahmen gegen den Willen der anhörungsberechtigten Behörde nach Ansicht des Schreibenden ausser Betracht fällt.

IV. BWIS-MASSNAHMEN IM LICHT DER GARANTIEEN VON ART. 6 EMRK

1. Relevanz von Art. 6 EMRK

Im Zusammenhang mit den Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS (nachfolgend: BWIS-Massnahmen) stellt sich die Frage, ob diese eine «strafrechtliche Anklage» i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK darstellen. Art. 6 Abs. 1 EMRK garantiert angeklagten Personen das Recht auf ein faires Verfahren¹⁶⁰⁴. In Bezug auf strafrechtliche Verfahren wird dieser allgemeine Grundsatz in Art. 6 Abs. 2 und 3 EMRK konkretisiert.¹⁶⁰⁵ Zu einem fairen

¹⁶⁰² Hierzu sowie zum nächsten Satz ausführlicher weiter vorne §8, III., 2., B.

¹⁶⁰³ Hierzu sowie zum nächsten Satz ausführlicher weiter vorne §8, I., 1.

¹⁶⁰⁴ Gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK hat jede von einer strafrechtlichen Anklage betroffene Person innerhalb einer angemessenen Frist ein Recht auf eine öffentliche Verhandlung vor einem unabhängigen und unparteiischen Gericht. Vgl. hierzu statt vieler FROWEIN/PEUKERT, Art. 6 Rz 1 ff.

¹⁶⁰⁵ Siehe EGMR, *Krombach v. France*, 29731 (2001), Ziff. 96; MEYER, in: Karpenstein/Mayer, Art. 6 Rz 90.

Verfahren gehört demnach nach Abs. 2 die Beachtung der Unschuldsvermutung¹⁶⁰⁶ sowie andererseits die Wahrung der in Abs. 3 umschriebenen besonderen Rechte¹⁶⁰⁷ einer angeklagten Person. Würden die BWIS-Massnahmen strafrechtlichen Charakter bzw. eine *strafrechtliche Anklage* i.S.v. Art. 6 EMRK darstellen, hätte dies sowohl für die involvierten Behörden als auch den betroffenen terroristischen Gefährder *gewichtige prozessuale Folgen*. Der terroristische Gefährder hätte bspw. bis zum gerichtlichen Beweis seiner strafrechtlichen Schuld als unschuldig zu gelten, wobei er sich diesfalls im Rahmen eines Verfahrens auf Erlass von BWIS-Massnahmen auf sein Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht berufen könnte, was bspw. die Durchführung von Gesprächen nach Art. 23k BWIS beträchtlich erschweren würde, da er sich dabei womöglich selbst belasten würde.¹⁶⁰⁸

2. Qualifikation der BWIS-Massnahmen im Lichte der «Engel-Kriterien»

Ob eine innerstaatliche Massnahme eine «strafrechtliche Anklage» darstellt, wird vom EGMR *autonom beurteilt*.¹⁶⁰⁹ Die massgeblichen Kriterien hat der Gerichtshof im Jahre

¹⁶⁰⁶ Vgl. dazu ausführlicher statt vieler MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Art. 6 Rz 211 ff (m.w.H.). In der Schweiz ist die Unschuldsvermutung als strafprozessuale Maxime in Art. 10 StPO verankert.

¹⁶⁰⁷ Als besondere Rechte erwähnt Art. 6 Abs. 3 EMRK das Recht jeder angeklagten Person, innert kurzer Frist über die Art und den Grund einer erhobenen Beschuldigung unterrichtet zu werden (*lit. a*), ausreichend Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung ihrer Verteidigung zu erhalten (*lit. b*), das Recht sich auf eigene Kosten oder gegebenenfalls durch eine Pflichtverteidigung verteidigen zu lassen (*lit. c*), das Recht Belastungszeugen zu befragen und Entlastungszeugen befragen zu lassen (*lit. d*) sowie, soweit erforderlich, das Recht auf Unterstützung durch eine dolmetschende Person (*lit. e*). Die in den lit. a-e erwähnten Rechte stellen *keine abschliessende Aufzählung* dar, da der EGMR unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls beurteilt, ob das *Verfahren insgesamt als fair* zu erachten war. Siehe MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Art. 6 Rz 211 ff; FROWEIN/PEUKERT, Art. 6 Rz 278 ff.

¹⁶⁰⁸ Das strafprozessuale Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht nach Art. 113 StPO ist in der nicht abschliessenden Aufzählung von Art. 6 Abs. 3 EMRK zwar nicht erwähnt, wurde jedoch durch die Rechtsprechung des EGMR entwickelt und anerkannt. GRABENWARTER/PABEL, § 24 Rz 66 (m.w.H.).

¹⁶⁰⁹ Siehe bereits EGMR, *König v. Germany*, 6232/73 (1978), Ziff. 88; EGMR, *Adolf v. Austria*, 8269/78 (1982), Ziff. 30 ff. Hierzu ausführlicher GRABENWARTER/PABEL, § 24 Rz 27 ff; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 40 Rz 22 ff.

1976 im Zuge des Urteils *Engel v. Netherlands* formuliert.¹⁶¹⁰ Demnach berücksichtigt er die innerstaatliche Zuordnung einer Massnahme im innerstaatlichen Recht (dazu A.), die Natur des Vergehens (dazu B. und C.) sowie den Zweck, die Art und die Schwere der angedrohten Strafe (dazu D.). Nachfolgend sollen die BWIS-Massnahmen unter Berücksichtigung der «Engel-Kriterien» auf ihren tatsächlichen Charakter untersucht werden.

A. Zuordnung im innerstaatlichen Recht

Art. 2 Abs. 1 BWIS sieht vor, dass der Bund gestützt auf das BWIS *vorbeugende polizeiliche Massnahmen* ergreifen kann, um Gefährdungen der inneren Sicherheit frühzeitig abzuwehren. Art. 2 Abs. 2 BWIS enthält einen Katalog an vorbeugenden polizeilichen Massnahmen, welcher mit Inkrafttreten des PMT um lit. d^{bis} ergänzt wurde. Demnach stellen die auf die Verhinderung von terroristischen Aktivitäten gerichteten BWIS-Massnahmen vorbeugende polizeiliche Massnahmen dar. Diese werden daher innerstaatlich *dem Verwaltungsrecht* zugerechnet, was gegen deren strafrechtlichen Charakter spricht.¹⁶¹¹ Das Kriterium der innerstaatlichen Zuordnung ist indes gemäss EGMR für sich nicht ausschlaggebend, da die Garantien von Art. 6 EMRK andernfalls durch formale «Falschdeklarierung» innerstaatlicher Massnahmen allzu leicht umgangen werden könnten.¹⁶¹²

B. Natur des Vergehens (Tatbestandsebene)

Die Natur des Vergehens ist in Würdigung des in der anwendbaren Norm zum Ausdruck gebrachten Inhaltes zu ermitteln.¹⁶¹³ Auf der *Tatbestandsebene* ergeben sich Rückschlüsse auf die Natur des Vergehens in Würdigung des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs der anwendbaren Norm, wobei generell-abstrakte Regeln, welche sich

¹⁶¹⁰ Siehe hierzu und zum nächsten Satz EGMR, *Engel a.o. v. Netherlands*, 5100/71 (1976), Ziff. 83 ff.; Bestätigt u.a. in EGMR, *Jussila v. Finland*, 73053/01 (2006), Ziff. 30 ff. Siehe dazu ausführlicher statt vieler MEYER, in: Karpenstein/Mayer, Art. 6 Rz 23. Für die Schweiz siehe auch BGE 140 I 2 E. 6.3.

¹⁶¹¹ Vgl. dazu ZUMSTEG, Rz 10 f.; LUBISHTANI/MONOD, S. 23.

¹⁶¹² Siehe auch FROWEIN/PEUKERT, Art. 6 Rz 25 ff; MEYER, in: Karpenstein/Mayer, Art. 6 Rz 24.

¹⁶¹³ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz GRABENWARTER/PABEL, § 24 Rz 21.

wenigstens potentiell «an die Allgemeinheit»¹⁶¹⁴ richten, eher für den strafrechtlichen Charakter eines Vergehens sprechen. Demgegenüber verneint der EGMR den strafrechtlichen Charakter eines Vergehens dann, wenn der persönliche Anwendungsbereich einer (disziplinarrechtlichen) Norm auf einen Personenkreis mit einem spezifischen Status beschränkt ist.¹⁶¹⁵ Der *persönliche Anwendungsbereich der BWIS-Massnahmen* ist auf terroristische Gefährder i.S.v. Art. 23e BWIS beschränkt. Die generell-abstrakten BWIS-Massnahmen richten sich folglich eher an die Allgemeinheit, da potentiell jede Person als terroristischer Gefährder kategorisiert werden kann und deren persönlicher Anwendungsbereich nicht zum vornherein auf einen Personenkreis mit einem spezifischen Status beschränkt ist, was zumindest nicht gegen deren möglicherweise strafrechtlichen Charakter i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK spricht.¹⁶¹⁶

C. Natur des Vergehens (Rechtsfolgeebene)

a.) Allgemeines

Auf der *Rechtsfolgeseite* der anwendbaren Norm geben die «Art (“nature”) und das Ziel der Sanktion»¹⁶¹⁷ Aufschluss über den Charakter des Vergehens. Soweit die in der anwendbaren Norm vorgesehene Sanktion «eine abschreckende (*generalpräventive*, deterrent) und ahndende (*repressive*, punitive) Funktion»¹⁶¹⁸ einnimmt, deutet dies auf den strafrechtlichen Charakter des Vergehens hin. Gemäss EGMR stellt strafrechtliche Schuld als Urteilsvoraussetzung ein Indiz für den strafrechtlichen Charakter einer

¹⁶¹⁴ Zu diesem Zitat sowie zum gesamten Satz GRABENWARTER/PABEL, § 24 Rz 21.

¹⁶¹⁵ Vgl. MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Art. 6 Rz 26; EGMR, *Jussila v. Finland*, 73053/01 (2006), Ziff.32; EGMR, *Öztürk v. Germany*, 8544/79 (1987), Ziff. 52 f.

¹⁶¹⁶ Gleicher Ansicht LUBISHTANI/MONOD, S. 22 f. Vgl. auch EGMR, *Weber v. Switzerland*, 14220/88 (1994), Ziff. 33; EGMR, *Öztürk v. Germany*, 8544/79 (1987), Ziff. 50, 53 f., wo der EGMR eine wegen einer «Ordnungswidrigkeit» ergangene Busse von 60 DM, welche innerstaatlich gestützt auf die deutsche Strassenverkehrsordnung als verwaltungsrechtlich qualifiziert wurde, als strafrechtlich definierte, weil sich die Regelung eher an die Allgemeinheit richte.

¹⁶¹⁷ Siehe zu diesem Satz und dem Wortzitat GRABENWARTER/PABEL, § 24 Rz 21

¹⁶¹⁸ MEYER, in: Karpenstein/Mayer, Art. 6 Rz 24 m.H.a. EGMR, *Öztürk v. Germany*, 8544/79 (1987), Ziff. 52 f.; EGMR, *Lutz v. Germany*, 9912/82 (1987), Ziff. 54 ff. Siehe dazu auch BIGLER, in: Gonin/Bigler, Art. 6 CEDH (volet pénal) Rz 17.

Norm dar.¹⁶¹⁹ In Bezug auf die BWIS-Massnahmen spricht deren *präventiver Charakter*, welcher gemäss Botschaft¹⁶²⁰ auf die Abwendung einer polizeilichen Gefahr¹⁶²¹ gerichtet ist und bei welcher die Feststellung strafrechtlicher Schuld nicht erforderlich ist, auf den ersten Blick gegen deren strafrechtlichen Charakter.¹⁶²²

b.) Mangelhafte Begründung des Bundesrates

Ohne jegliche Erwähnung der «Engel-Kriterien» sowie in Ermangelung einer irgendwie gearteten Auseinandersetzung mit den einzelnen BWIS-Massnahmen vertritt der Bundesrat in der Botschaft die pauschale und tautologische Auffassung, dass es sich bei den BWIS-Massnahmen um polizeiliche Massnahmen handle, weshalb diese keine repressiven Komponenten zukommen würden und diesen daher mithin auch kein strafrechtlicher Charakter zukommen würden.¹⁶²³ Zur Begründung des fehlenden strafrechtlichen Charakters verweist die Botschaft bloss in einer Fussnote¹⁶²⁴ auf ein Urteil des Bundesgerichts zum «Hooligan-Konkordat»¹⁶²⁵. Diese pauschale Übertragung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum «Hooligan-Konkordat» auf die BWIS-Massnahmen ist unter Berücksichtigung der «Engel-Kriterien» als nicht sachgerecht abzulehnen. Den Massnahmen zur Verhinderung von Gewalttätigkeiten an Sportveranstaltungen und den BWIS-Massnahmen ist zwar gemeinsam, dass beide präventiv ausgerichtet sind, indem sie auf die Verhinderung der Verwirklichung einer polizeilichen

¹⁶¹⁹ MEYER, in: Karpenstein/Mayer, Art. 6 Rz 24 m.H.a. EGMR, *Benham v. The United Kingdom*, 19380/92 (1996), Ziff. 56.

¹⁶²⁰ Botschaft PMT, BBl 2019 4784.

¹⁶²¹ Zum polizeilichen Gefahrenbegriff weiter vorne §8, I.

¹⁶²² Vgl. LUBISHTANI/MONOD, S. 23. Siehe dazu in Bezug auf Massnahmen zur Bekämpfung von Gewalt an Sportveranstaltungen, BGE 140 I 2 E. 6.1: «Im Vordergrund steht die Prävention, die Verhinderung von Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen. Die Massnahmen sind auf Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit durch Gewalttaten unterschiedlichster Art ausgerichtet».

¹⁶²³ Botschaft PMT, BBl 2019 4784. Die fehlende vertiefte Auseinandersetzung mit dem allenfalls (straf-)rechtlichen Charakter der BWIS-Massnahmen zeigt sich auch in einer pauschalen Wortmeldung von Bundesrätin Keller-Sutter: «Frau Schlatter hat von Strafen gesprochen. Es handelt sich aber nicht um Strafen, es geht um präventiv-polizeiliche Massnahmen.» Wortmeldung Karin Keller-Sutter, Sommersession Nationalrat, AB 2020, S. 1126.

¹⁶²⁴ Botschaft PMT, BBl 2019 4784.

¹⁶²⁵ Vgl. dazu BGE 137 I 31 E. 4.4; 140 I E. 6.1. Ausführlicher zum Hooligan-Konkordat weiter vorne §8, II., 6., E., c.), in Bezug auf Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK.

Gefahr abzielen. Hingegen *unterscheiden* sie sich massgeblich im erforderlichen Grad der *Konturierung der befürchteten Gefahr*, welche durch die jeweiligen Präventivmassnahmen verhindert werden soll:

- Das «Hooligan-Konkordat» zielt auf die Verhinderung der Verwirklichung einer zumindest ansatzweise konkretisierten polizeilichen Gefahr, weshalb die anzuordnenden gefahrenabwehrenden Massnahmen in Bezug auf ihren räumlichen und zeitlichen Geltungsbereich zum Vornherein auf anlässlich von nationalen Sportveranstaltungen befürchtete Gewaltstraftaten *begrenzt* sind.¹⁶²⁶
- Die BWIS-Massnahmen beziehen sich nicht auf spezifische Veranstaltungen, sondern generell auf die Verhinderung von terroristischen Aktivitäten, weshalb diese in zeitlicher und räumlicher Hinsicht weitgreifender und grundrechtsintensiver sind, weshalb der Vergleich mit den Massnahmen des «Hooligan-Konkordats» bereits aus diesem Grund hinkt.
- Zudem wird die «Gefahr» resp. die befürchtete Ausübung terroristischer Aktivitäten im Falle der BWIS-Massnahmen aus konkreten und aktuellen Anhaltspunkte und der unbestimmten Formulierung von Art. 23e BWIS abgeleitet. Insbesondere die dazugehörigen, in der Botschaft erwähnten, inhaltlich weitreichenden, Beispiele für konkrete und aktuelle Anhaltspunkte verdeutlichen, dass die Anordnung von BWIS-Massnahmen auch dann möglich ist, wenn die befürchtete polizeiliche Gefahr resp. die Ausübung einer terroristischen Aktivität noch nicht einmal ansatzweise konturierbar ist.¹⁶²⁷
- Die BWIS-Massnahmen zielen, im Unterschied zu den Massnahmen des «Hooligan-Konkordats», nicht primär auf die Abwehr einer nach Art, Zeit und potenziell Verletzten ansatzweise konturierten Gewaltstraftat, sondern auf die Abwehr eines im Gefahrenvorfeld liegenden diffusen Risikos.¹⁶²⁸
- Im Unterschied zu den Massnahmen des «Hooligan-Konkordats» wird im 5. Abschnitt des BWIS versucht diesem diffusen Risiko mit *generalpräventiven* resp. abschreckenden Elemente beizukommen:

¹⁶²⁶ Vgl. BGE 137 I 31 E. 4.4.; 140 I 2 6.1 f.

¹⁶²⁷ Dazu ausführlicher weiter vorne §6, I. und §7, I.

¹⁶²⁸ Ausführlicher zur Abgrenzung von Gefahr und Risiko weiter vorne §6, I.

- Dies zeigt sich einerseits an der Strafandrohung von Art. 29a BWIS, welche für den Fall der Zuwiderhandlung gegen BWIS-Massnahmen eine maximale Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren vorsieht und der auch (general-)präventive Wirkung¹⁶²⁹ zukommen soll. Überdies dienen die, potentiell mit allen anderen BWIS-Massnahmen kombinierbaren Überwachungsmassnahmen nach Art. 23q BWIS¹⁶³⁰ generalpräventiven Zwecken, was vom Bundesrat in der Botschaft¹⁶³¹ ebenfalls ausdrücklich erwähnt wird.
- Zu berücksichtigen ist ferner, dass nach Ansicht von über 60 universitären Rechtsexpert:innen mit der BWIS-Massnahme der Eingrenzung auf eine Liegenschaft «ein Verstoß gegen eine weniger einschneidende Massnahme sanktioniert (wird), wodurch sie einen strafenden Charakter erhält.»¹⁶³²
- Hervorzuheben ist, dass das «Hooligan-Konkordat» dahingegen *keine entsprechenden generalpräventiven Elemente* aufweist. Namentlich kennt das Konkordat weder eine Strafandrohung i.S.v. Art. 29a BWIS noch sieht es die Möglichkeit zur Anordnung von Überwachungsmassnahmen i.S.v. Art. 23q BWIS vor, was die fehlende Vergleichbarkeit in Bezug auf den Charakter der jeweiligen Präventivmassnahmen verdeutlicht.

Zur Begründung des fehlenden pönalen Charakters der Konkordatsmassnahmen führte das Bundesgericht u.a. auch ins Felde, dass diese nicht auf «die Besserung der betroffenen Person»¹⁶³³ zielen würden. Auch hier zeigt sich wiederum, dass die Sachlage im

¹⁶²⁹ Zu Art. 29a BWIS erwähnt der Bundesrat: «Mit diesem Wechsel in den repressiven Bereich und den dort anwendbaren strafprozessualen Zwangsmassnahmen vermindert sich das Bedürfnis nach weiteren präventiven Massnahmen», Botschaft PMT, BBl 2019 4771. Treffend MOHLER, Zweckerreichung, Rz 35, 50.

¹⁶³⁰ Allgemein zu Art. 23q BWIS weiter vorne §8, II., 7. Zum strafrechtlichen Charakter der Überwachungsmassnahmen nach Art. 23q BWIS siehe auch LUBISHTANI/MONOD, S. 23 f.

¹⁶³¹ Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4799, wonach «bereits das Wissen der Gefährderin oder des Gefährders um die Aufzeichnung des Bewegungsverhaltens nicht ohne präventive Wirkung bleiben» dürfte.

¹⁶³² Siehe zu diesem Satz sowie den darin enthaltenen Wortzitaten den offenen Brief von über 60 universitären Rechtsexpert:innen an das Parlament, S. 3. Abrufbar unter <https://www.amnesty.ch/de/laender/europa-zentralasien/schweiz/dok/2020/antiterror-gesetz-aushoehlung-des-rechtsstaates/pmt-offener-brief.pdf>.

¹⁶³³ BGE 137 I 31 E. 4.3; 140 I 2 6.1.

Bereich der BWIS-Massnahmen zumindest teilweise anders gelagert ist. So weist bspw. die Gesprächsteilnahmepflicht nach Art. 23k BWIS «einen sozialen und integrativen Charakter»¹⁶³⁴ auf.

c.) **Zwischenfazit**

Schliesslich gilt es zu berücksichtigen, dass den BWIS-Massnahmen, je nach Ausgestaltung im Einzelfall, faktisch eine *strafende bzw. repressive Wirkung* zukommen kann. Das Gesagte gilt einerseits dann, wenn die BWIS-Massnahme(n) im Einzelfall zu einem Zeitpunkt angeordnet wurde(n), zu welchem eine Gefahr noch nicht einmal ansatzweise konturierbar war. Andererseits dienen die BWIS-Massnahmen faktisch auch dann repressiven Zwecken, wenn sich diese im Einzelfall zur Abwehr einer Gefahr als nicht geeignet oder nicht erforderlich erweisen würden. Gesagtes gilt etwa für den Fall, wo eine freiheitsentziehende Eingrenzung auf eine Liegenschaft nach Art. 230 f. BWIS zwecks Durchsetzung einer gesetzlichen Verpflichtung resp. einer zuvor nicht befolgten anderen BWIS-Massnahme angeordnet wird,¹⁶³⁵ da die durchzusetzende BWIS-Massnahme gar nicht erfüllt werden kann, weil diese eigentliche Dauerpflichten begründet.¹⁶³⁶ In den vorerwähnten Konstellationen taugen verfügte BWIS-Massnahme(n) und die durch diese bewirkten Grundrechtseinschränkungen resp. Freiheitsentziehungen nicht zur Gefahrenabwehr resp. zur Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung, weshalb diese *de facto* strafend bzw. repressiv auf den betroffenen terroristischen Gefährder einwirken. Die vorstehenden Ausführungen verdeutlichen, dass die BWIS-Massnahmen im Unterschied zu den Massnahmen des «Hooligan-Konkordats» etliche generalpräventive und repressive Elemente enthalten, weshalb die Bejahung des zweiten «Engel-Kriteriums»

¹⁶³⁴ Vgl. dazu Botschaft PMT, BBl 2019 4763. Zur Gesprächsteilnahmepflicht auch weiter vorne §8, II., 2.

¹⁶³⁵ Zur repressiven Ausrichtung der konventionswidrigen Eingrenzung auf eine Liegenschaft weiter vorne §8, II., 6., C. und D.

¹⁶³⁶ So auch die UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. 9: «Les experts tiennent à souligner à cet égard que certaines obligations en vertu des articles 23(k) à 23(n) peuvent ne pas être d'une nature suffisamment « déterminée et concrète », comme l'exige la CEDH. En particulier, les obligations visant à remplir de manière continue ou régulière certaines tâches ou conditions, ou les obligations à long terme exigeant que la personne s'abstienne de certains comportements ont peu de chances de remplir cette condition préalable. Cela conférerait également un caractère punitif à la privation de liberté, ce qui est contraire aux normes de la CEDH».

bzw. des strafrechtlichen Charakters im Falle einer Überprüfung durch den EGMR nicht auszuschliessen ist.

D. Art und Schwere der angedrohten Strafe

a.) Auf dem Spiel stehende Interessen

Das dritte «Engel-Kriterium» nimmt ebenfalls Bezug auf die in der innerstaatlichen Norm vorgesehenen Rechtsfolgen und weist insofern Querbezüge zum zweiten «Engel-Kriterium» auf, wobei es die Vornahme einer *gesamthaften Beurteilung* verlangt, in welcher es die potentiell negativen Auswirkungen der angedrohten Strafe auf die betroffene Person zu beurteilen gilt.¹⁶³⁷ Relevant sind dabei insbesondere die drohende *Art der Strafe* und deren *mögliche Höchstdauer*. Massgeblich ist somit, was für die betroffene Person «zu Beginn und während des Verfahrens auf dem Spiel stand»¹⁶³⁸, weshalb der Schweregrad der angedrohten Strafe unter Berücksichtigung der gesetzlich zulässigen maximalen Strafandrohung zu ermitteln ist.¹⁶³⁹ Gemäss EGMR begründen Freiheitsstrafen in aller Regel einen strafrechtlichen Charakter¹⁶⁴⁰, wobei im Rahmen der Beurteilung der Schwere der angedrohten Sanktion auch mögliche Ersatzfreiheitsstrafen¹⁶⁴¹ zu berücksichtigen sind. Bei Geldstrafen und anderweitig freiheitsbeschränkenden Massnahmen ist die Schwere der Konsequenzen im Einzelfall zu beurteilen.

¹⁶³⁷ Vgl. hierzu und den nächsten beiden Sätzen GRABENWARTER/PABEL, § 24 Rz 22.

¹⁶³⁸ GRABENWARTER/PABEL, § 24 Rz 22 m.H.a. EGMR, *Engel a.o. v. Netherlands*, 5100/71 (1976), Ziff. 85.

¹⁶³⁹ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz auch MEYER, in: Karpenstein/Mayer, Art. 6 Rz 24 m.H.a. EGMR, *Ravnsborg v. Sweden*, 14220/88 (1994), Ziff. 35.

¹⁶⁴⁰ Vgl. etwa EGMR, *Ezeh a. Connors v. The United Kingdom*, Ziff. 126; EGMR, *Kyprianou v. Cyprus*, 73797/01 (2005), Ziff. 61 ff., wo ein strafrechtlicher Charakter im Falle einer 5-tägigen Inhaftierung wegen «Ungebühr» bejaht wurde.

¹⁶⁴¹ Der EGMR bejahte den strafrechtlichen Charakter einer in einer waadtländischen «Gebührenordnung» vorgesehenen Bussenandrohung von max. 500 CHF, welche ersatzweise in Haft umgewandelt werden konnte; EGMR, *Weber v. Switzerland*, 14220/88 (1994), Ziff. 34. Ebenso bzgl. eines Ordnungsgeldes von 400.000 Österreichischen Schilling (ca. 29'000 Euro) mit Möglichkeit der Umwandlung in eine Gefängnisstrafe. EGMR, *T. v. Austria*, 27783/95 (2000), Ziff. 61, 67.

b.) Potentiell schwere Konsequenzen

In Bezug auf die *Art der angedrohten Strafe* lässt sich feststellen, dass alle BWIS-Massnahmen potentiell schwere Grundrechtseingriffe bewirken können.¹⁶⁴²

Weiter gilt es zu berücksichtigen, dass die BWIS-Massnahmen im Einzelfall kombinierbar sind¹⁶⁴³, weshalb dem betroffenen terroristischen Gefährder abstrakt die Kumulation verschiedener Freiheits- und Grundrechtseinschränkungen droht, wodurch die drohende Schwere der Konsequenzen zusätzlich erhöht wird.¹⁶⁴⁴ In diesem Sinne äusserten sich auch die UNO-Sonderberichterstatter kritisch: «Ils souhaitent souligner à cet égard que l'effet punitif de certaines sanctions administratives, en particulier lorsqu'elles sont appliquées de manière cumulative, peut avoir un effet équivalent à celui des sanctions pénales malgré la distinction formelle dans le régime juridique»¹⁶⁴⁵. Denkbar wäre bspw., dass in einem Einzelfall gegen einen terroristischen Gefährder ein Ausreiseverbot, eine Ausgrenzung, eine Gesprächsteilnahmepflicht sowie eine Aufenthaltsüberwachung verfügt würde. Die *mögliche «Höchststrafe»* bzw. die gesetzlich vorgesehene Maximaldauer der kumulierten BWIS-Massnahmen liegt gemäss Art. 23g Abs. 1 BWIS bei 12 Monaten, wobei diese im Falle neuer und konkreter Anhaltspunkte für terroristische Aktivitäten nach Abs. 2 erneut (und wiederholt) für eine maximale Dauer von jeweils 12 Monaten angeordnet werden können.¹⁶⁴⁶ Soweit der betroffene terroristische Gefährder gegen eine der Massnahmen von Art. 23l-23q BWIS¹⁶⁴⁷ verstösst, droht diesem neben einer Eingrenzung auf eine Liegenschaft nach Art. 29a BWIS als «faktische Ersatzstrafe»¹⁶⁴⁸ zusätzlich eine *Freiheitsstrafe von bis zu*

¹⁶⁴² Zu den Grundrechtsingriffen der BWIS-Massnahmen im Einzelnen weiter vorne §8, II.

¹⁶⁴³ Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4785.

¹⁶⁴⁴ Diesfalls lässt sich die konkrete Intensität und genaue Art der angedrohten Strafen lediglich unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles bestimmen.

¹⁶⁴⁵ UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. 4.

¹⁶⁴⁶ Zur freiheitsentziehenden (und diesfalls konventionswidrigen) Eingrenzung auf eine Liegenschaft und deren Dauer siehe Art. 23o Abs. 5 BWIS.

¹⁶⁴⁷ Der Verstoß gegen eine Massnahme nach Art. 23k BWIS ist dahingegen gemäss Art. 29a Abs. 3 BWIS mit Busse bedroht.

¹⁶⁴⁸ Art. 29a Abs. 3 BWIS stellt faktisch eine *Ersatzstrafe* dar, welche bei der Berücksichtigung der abstrakten Schwere der drohenden Strafe und der Beurteilung der Rechtsnatur der BWIS-Massnahmen zu berücksichtigen ist. Die mit der Strafandrohung einhergehende Kriminalisierung

drei Jahren.¹⁶⁴⁹ Bei der Berücksichtigung der abstrakten Schwere der drohenden Strafe und der Beurteilung der Rechtsnatur der BWIS-Massnahmen ist diese Ersatzfreiheitsstrafe in Anlehnung an die Rechtsprechung des EGMR¹⁶⁵⁰ mitzuberücksichtigen. Die Kombination dieser Strafandrohung mit den potentiell schweren, lang andauernden und kombinierbaren Grundrechtseingriffen der BWIS-Massnahmen verdeutlichen, dass rund um deren Anordnung grundlegende Interessen¹⁶⁵¹ des betroffenen terroristischen Gefährders tangiert werden, was für den strafrechtlichen Charakter der Massnahmen spricht.¹⁶⁵²

3. Fazit: Erhebliche Rechtsunsicherheit

A. Ungewisse Ausgangslage

Die BWIS-Massnahmen werden im *innerstaatlichen Recht* dem Polizeirecht zugeordnet, was gegen deren strafrechtlichen Charakter spricht. Der EGMR hat jedoch verschiedentlich betont, dass dem zweiten und dem dritten «Engel-Kriterium» bei

der betroffenen Person ist auch kaum vereinbar mit den Anliegen des NAP. Ausführlicher zum NAP weiter vorne §5, III., 2., A., b.). Ausführlicher zu Art. 29a BWIS weiter vorne §8, I, 6.

¹⁶⁴⁹ Zum Ganzen auch interessant MOHLER, Zweckerreichung, Rz 35.

¹⁶⁵⁰ Siehe dazu die Hinweise in Fn. 1641.

¹⁶⁵¹ Der EGMR erachtete u.a. die Androhung einer dreimonatigen Inhaftierung [EGMR, *Benham v. The United Kingdom*, 19380/92 (1996), Ziff. 56] und die Androhung einer Busse über 500'000 maltesische Lira resp. eine abstrakte maximale Ersatzfreiheitsstrafe von 60 Tagen, als ausreichend schwerwiegende Konsequenzen [siehe EGMR, *Demicoli v. Malta*, 13057/87 (1991), Ziff. 34, wonach]: "The Court notes that in the present case, whilst the House imposed a fine of 250 Maltese liri on the applicant which has not yet been paid or enforced, the maximum penalty he risked was imprisonment for a period not exceeding sixty days or a fine not exceeding 500 Maltese liri or both. What was at stake was thus sufficiently important to warrant classifying the offence with which the applicant was charged as a criminal one under the Convention".

¹⁶⁵² Der aufgrund ihrer Kombinierbarkeit möglicherweise strafrechtliche Charakter der BWIS-Massnahmen wurde anlässlich einer Wortmeldung im Nationalrat ebenfalls betont: «Il faut ajouter que la cumulation des mesures policières, par exemple la séquestration des documents d'identité, l'interdiction de se rendre à tel ou tel endroit, puis l'assignation à résidence, a un caractère punitif qui s'apparente à des sanctions pénales, toujours pour des gens qui ne méritent pour l'heure aucune punition, puisqu'ils n'ont encore rien fait, et ce sans jugement, sans preuve, sans acte répréhensible, simplement parce qu'il y a soupçon.» Siehe Wortmeldung Léonore Porchet, Nationalrat Sommersession, AB 2020, S. 1106.

der Beurteilung des Charakters einer Massnahme mehr Gewicht zukommt.¹⁶⁵³ Im Hinblick auf das zweite «Engel-Kriterium» spricht auf *Tatbestandsebene*¹⁶⁵⁴ der allgemein gehaltene *Adressatenkreis* der BWIS-Massnahmen sowie auf *Rechtsfolgesseite*¹⁶⁵⁵ die zahlreichen abschreckenden resp. generalpräventiven und repressiven Elemente der BWIS-Massnahmen für deren strafrechtlichen Charakter.¹⁶⁵⁶ In Bezug auf das dritte «Engel-Kriterium» lassen sich die Art und die Schwere der abstrakt drohenden Strafe und die aus Sicht des terroristischen Gefährders *auf dem Spiel stehenden Interessen* als *gewichtig* bezeichnen. Dabei fällt insbesondere die Kombinationsmöglichkeit verschiedener BWIS-Massnahmen¹⁶⁵⁷, deren gesetzliche *Maximaldauer*, deren *schwammige Verlängerungsmöglichkeiten* nach Art. 23g BWIS sowie die Möglichkeit der *Verhängung von Ersatzfreiheitsstrafen* von bis zu drei Jahren nach Art. 29a BWIS ins Gewicht.¹⁶⁵⁸ Hinsichtlich der abstrakt drohenden Strafschwere der Strafandrohung ist zudem zu berücksichtigen, dass dem betroffenen terroristischen Gefährder ein Eintrag ins Strafregister droht.¹⁶⁵⁹ Schliesslich stellt die Kategorisierung als terroristischer Gefährder einen Eingriff in die datenschutz- und persönlichkeitsgrundrechtliche Positionen der betroffenen Person dar.¹⁶⁶⁰ Zudem ist die Gefährderkategorisierung geeignet eine Stigmatisierung und eine Erschwerung des Alltagsleben zu bewirken.¹⁶⁶¹

B. Gerichtliche Beurteilung unabdingbar

Der EGMR überprüft im Zusammenhang mit Art. 6 EMRK, ob die spezifischen strafrechtlichen Mindestgarantien des Art. 6 EMRK gewährleistet sind, wobei er darauf

¹⁶⁵³ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz EGMR, *Jussila v. Finland*, 73053/01 (2006), Ziff. 31; EGMR, *Ezeh a. Connors v. The United Kingdom*, 39665/98 (2003), Ziff. 86; EGMR, *Lauko v. Slovenia*, 26138/95 (1998), Ziff. 57.

¹⁶⁵⁴ Hierzu weiter vorne §8, IV., 2., B.

¹⁶⁵⁵ Hierzu weiter vorne §8, IV., 2., C.

¹⁶⁵⁶ Auch in dieser Hinsicht unterscheiden sich die BWIS-Massnahmen massgeblich von den im «Hooligankonkordat» vorgesehenen Präventivmassnahmen. Dazu ausführlicher §8, IV., 2., C.

¹⁶⁵⁷ Im Unterschied dazu sind die Massnahmen des Hooligan-Konkordats aus Gründen der Verhältnismässigkeit kaskadenartig aufgebaut. Vgl. dazu BGE 137 I 31 E. 7.5.2.

¹⁶⁵⁸ Hierzu ausführlicher weiter vorne §8, IV., 2., D.

¹⁶⁵⁹ Vgl. e contrario EGMR, *Ravnsborg v. Sweden*, 14220/88 (1994), Ziff. 35.

¹⁶⁶⁰ Hierzu ausführlicher weiter vorne §7, VII., 1. und 2.

¹⁶⁶¹ Hierzu ausführlicher weiter vorne §7, VII., 4.

abzielt, «den Schutzbereich von Art. 6 EMRK zu festigen, auszubauen und vor nationalstaatlichen Umgehungsversuchen durch Umklassifizierung ihres Sanktionsrechts zu schützen»¹⁶⁶².

Bei Zweifel über die Relevanz des zweiten oder dritten Kriteriums können diese im Zuge einer Gesamtwürdigung auch kumulativ angewandt werden.¹⁶⁶³ In Bezug auf das zweite und dritte «Engel-Kriterium» weisen die BWIS-Massnahmen, wie vorstehend dargelegt, verschiedene Elemente auf, welche den EGMR im konkreten Beschwerdefall zur Bejahung des strafrechtlichen Charakters verfügter BWIS-Massnahmen veranlassen könnte. In diesem Sinne äusserte sich etwa auch die Menschenrechtsabgeordnete des Europarates zu den Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS: «Mes prédécesseurs et moi-même avons pu voir comment, dans toute l'Europe, les États, en adoptant dans le cadre de la lutte contre le terrorisme des mesures administratives qui ont souvent une très grande portée, ont contourné les garanties du contrôle juridictionnel énoncées à l'article 6 de la CEDH ».¹⁶⁶⁴ Der Bundesrat scheint sich der EMRK-Konformität des 5. Abschnitts des BWIS indes gewiss zu sein.¹⁶⁶⁵ Selbst in den Erläuterungen zur eidgenössischen Abstimmung über das PMT wurde ausdrücklich festgehalten, dass gemäss «Bundesrat und Parlament die Vorlage mit den Grund- und Menschenrechten vereinbar» sei.¹⁶⁶⁶ In Anbetracht dieser *ungewissen Ausgangslage* war es aus Sicht des

¹⁶⁶² MEYER, in: Karpenstein/Mayer, Art. 6 Rz 27.

¹⁶⁶³ Siehe MEYER, in: Karpenstein/Mayer, Art. 6 Rz 24 (m.w.H.). Die Rechtsprechung des EGMR zum strafrechtlichen Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK ist kasuistisch geprägt und wird zum Teil als dogmatisch wenig fundiert kritisiert. Siehe FROWEIN/PEUKERT, Art. 6 Rz 44; MEYER, in: Karpenstein/Mayer, Art. 6 Rz 27.

¹⁶⁶⁴ EUROPARAT, Stellungnahme PMT, S. 2. Mit der internationalen Kritik konfrontiert äusserte sich die Bundesrätin Karin Keller-Sutter wie folgt: «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», AB 2020, S. 1111.

¹⁶⁶⁵ Dies exemplifiziert nachfolgende Wortmeldung von Karin Keller-Sutter: «Die vom Bundesrat vorgeschlagenen Massnahmen führen also weder zu einem Verstoß gegen die Bundesverfassung noch gegen die EMRK». Siehe Wortmeldung BR Karin Keller-Sutter, Nationalrat Sommersession, AB 2020, S. 1109.

¹⁶⁶⁶ Sieh dazu «Erläuterungen des Bundesrates – Volksabstimmung vom 13.06.2021», S. 12. Abrufbar unter <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/abstimmungen/20210613/bundesgesetz-uber-polizeiliche-massnahmen-zur-bekampfung-von-terrorismus.html>. In verschiedenen Kantonen wurde gegen die PMT-Vorlage Abstimmungsbeschwerden erhoben. «In der Sache rügen die Beschwerdeführenden eine Verletzung von Art. 34 Abs. 2 BV. Diese sei durch

Gesetzgebers jedenfalls geradezu *riskant*, dass weder in spezifischen Gutachten noch in der Botschaft eine Auseinandersetzung mit den Massnahmen des 5. Abschnitt des BWIS im Lichte der Garantien von Art. 6 EMRK stattgefunden hat. Stattdessen begnügt sich der Bundesrat¹⁶⁶⁷ mit einem pauschalen Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum «Hooligankonkordat», wobei sich die Konkordats- und die BWIS-Massnahmen unter Berücksichtigung des zweiten und dritten «Engel-Kriteriums» wesentlich unterscheiden und daher nur sehr beschränkt vergleichbar sind.¹⁶⁶⁸ In Anbetracht dieser Ausgangslage darf ein künftiges Urteil des Bundesgerichts bzw. des EGMR, welches sich zum (straf-)rechtlichen Charakter der BWIS-Massnahmen äussern wird, mit Interesse erwartet werden.

V. SCHLUSSFOLGERUNGEN ZU § 8

1. Ausreichende Begründung von BWIS-Massnahmen

Die Verfügung von Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS (nachfolgend: BWIS-Massnahmen) setzt voraus, dass Fedpol die betroffene Person als terroristischer Gefährder i.S.v. Art. 23e BWIS kategorisiert hat.¹⁶⁶⁹ In Bezug auf den Erlass von BWIS-Massnahmen gilt es zu berücksichtigen, dass diese im Einzelfall geeignet sind schwere Grundrechtseingriffe zu bewirken. Zudem sind diese verlängerbar und kombinierbar. Hierbei ist insbesondere zu bedenken, dass aufgrund von Art. 23q BWIS an sich sämt-

Mängel der behördlichen Information sowie verschiedene Unregelmässigkeiten im Vorfeld der Volksabstimmung eingetreten. Im Zentrum der Beanstandungen stehen insbesondere die Abstimmungserläuterungen des Bundesrats, dessen inhaltlich gleich lautende Informationen auf dem Internet sowie Aussagen und Handlungen des Bundesrats bzw. seiner Mitglieder im Vorfeld der angefochtenen Abstimmung. Die gerügten Unregelmässigkeiten seien insgesamt geeignet, den Willen der Stimmberechtigten zu verfälschen.» Siehe BGer 1C_308/2021 vom 24.8.2021 E. 4.1. Auf die Abstimmungsbeschwerde ist das Bundesgericht wegen der fehlenden Zuständigkeit zur Überprüfung von Bundesgesetzen nicht eingetreten.

¹⁶⁶⁷ Siehe Botschaft PMT, BBl 2019 4784. Dazu ausführlicher weiter vorne §8, IV., 2., C.

¹⁶⁶⁸ An dieser Stelle sei als einer (unter weiteren) Unterschieden nochmals erwähnt, dass das «Hooligankonkordat» weder eine Strafandrohung i.S.v. Art. 29a BWIS noch die Möglichkeit zur Anordnung von Überwachungsmassnahmen i.S.v. Art. 23q BWIS kennt, womit dieses auf Rechtsfolgeebene tatsächlich weitaus weniger abschreckende bzw. generalpräventive Elemente enthält. Hierzu weiter vorne §8, IV., 2., C.

¹⁶⁶⁹ Zu den Prüfschritten rund um die Rechtsanwendung von Art. 23e BWIS weiter vorne §7, VIII., 3.

liche übrigen BWIS-Massnahmen mit einer Massnahme zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung kombiniert werden könnten, wodurch die Eingriffsschwere insgesamt beträchtlich erhöht wird. Schliesslich können die BWIS-Massnahmen, mit Ausnahme der Eingrenzung auf eine Liegenschaft, ohne gerichtliche Kontrolle und auch gegen *Kinder*¹⁶⁷⁰ angeordnet werden. Würdigt man diese Ausgangslage wird ersichtlich, dass der Gesetzgeber Fedpol in der Rechtsanwendung des 5. Abschnitts des BWIS Fedpol als ermittelnde und verfügende Polizeibehörde ein breites Instrumentarium an grundrechtsintensiven Massnahmen sowie weites Rechtsfolgeermessen eingeräumt hat.¹⁶⁷¹ Dieses weite behördliche Ermessen wird im Einzelfall immerhin durch die Art. 23f Abs. 1 BWIS und Art. 36 BV eingeschränkt, weshalb die Kategorisierung einer Person als terroristischer Gefährder¹⁶⁷² nicht zur «automatischen» Anordnung von BWIS-Massnahmen führen kann. Als i.S.v. Art. 35 Abs. 1 VwVG begründungspflichtige Behörde wird Fedpol daher im Einzelfall rund um den Erlass von BWIS-Massnahmen insbesondere folgenden Aspekten Rechnung zu tragen haben:

- Verfügungspflicht punkto **Nichtanordnung** von BWIS-Massnahme(n):
Im Hinblick auf BWIS-Massnahmen, welche gestützt auf Art. 23i BWIS beantragt wurden, sollte Fedpol auch die Nichtanordnung beantragter BWIS-Massnahmen *in Verfügungsform* zu entscheiden und angemessen zu begründen hat.¹⁶⁷³ Nur diesfalls könnte die *antragsstellende kantonale oder kommunale Behörde* den Entscheid von Fedpol gestützt auf Art. 24g Abs. 2 lit. a BWIS einer gerichtlichen Kontrolle unterziehen. Hierfür spricht insbesondere, dass die antragsberechtigten kantonalen Behörden im Bereich der inneren Sicherheit originär zuständig sind.
- Prüfung und Begründung der **Eignung** des angestrebten **Massnahmezwecks**:
Unter Berücksichtigung der Vorgaben von Art. 36 Abs. 3 BV wird Fedpol in jedem Einzelfall darzulegen haben, weshalb die zu verfügende(n) BWIS-Massnah-

¹⁶⁷⁰ Ausführlicher zur Altersgrenze von Art. 24f BWIS weiter vorne §8, I., 3.

¹⁶⁷¹ Dazu äusserten sich u.a. die UNO-Sonderberichterstatter kritisch: «Toutefois, les mesures pertinentes, à l'exception de l'assignation à une propriété, ne nécessitent pas d'autorisation judiciaire mais sont du ressort de Fedpol. Les pouvoirs étendus conférés à Fedpol sont particulièrement préoccupants au regard des définitions insuffisamment précises soulignés précédemment, qui serviraient à orienter les évaluations et les décisions de cette institution administrative». Siehe UNO-Sonderberichterstatter, Stellungnahme zum PMT, S. 13.

¹⁶⁷² Zu den Prüfschritten rund um die Rechtsanwendung von Art. 23e BWIS weiter vorne §7, VIII., 3.

¹⁶⁷³ Hierzu sowie zum nächsten Satz ausführlicher weiter vorne §8, III., 3., B.

me(n) zur Zweckerreichung geeignet¹⁶⁷⁴ sind. Dabei wird Fedpol auch darlegen müssen, worin der spezifische Zweck der zu verfügenden BWIS-Massnahme im Einzelfall liegt resp. was damit erreicht werden soll.¹⁶⁷⁵

- Prüfung und Begründung der **Erforderlichkeit** von BWIS-Massnahmen: Einerseits wird Fedpol vor dem Erlass von BWIS-Massnahmen unter Berücksichtigung von Art. 23f Abs. 1 BWIS aufzuzeigen haben, welche konkreten Massnahmen, unter Berücksichtigung der Rechtslage des im Einzelfall zuständigen Kantones, potentiell zur Verfügung stehen. Infolgedessen wird es begründen müssen, weshalb die ausgemachten Massnahmen unter Berücksichtigung von Art. 23f Abs. 1 lit. a-c BWIS zur Zweckerreichung nicht gleichermassen geeignet bzw. komplementäre BWIS-Massnahmen im Einzelfall erforderlich sein sollen.¹⁶⁷⁶ Soweit sich die BWIS-Massnahmen im Einzelfall als erforderlich erweisen, wird Fedpol zudem im Erlass von BWIS-Massnahmen zu begründen haben, weshalb die konkrete Ausgestaltung der BWIS-Massnahme(n) in persönlicher, räumlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht erforderlich ist.¹⁶⁷⁷ In zeitlicher Hinsicht sollten die *Anforderungen an die Begründungsdichte* mit zunehmender Dauer der BWIS-Massnahme erhöht werden.¹⁶⁷⁸ Fedpol wird demnach im Einzelfall darzulegen haben, weshalb eine geringere zeitliche Massnahmedauer zur Zielerreichung ungeeignet wäre bzw. weshalb die zu verfügende Massnahmedauer zur Zielerreichung erforderlich sein soll.
- Ausreichende **Klarheit der Verbotsmaterie** in BWIS-Massnahmen: Bei BWIS-Massnahmen, welche für die betroffene Person Verbote oder anderweitige Verpflichtungen begründen, wird Fedpol im Einzelfall den Inhalt der Verbotsmaterie ausreichend *klar zu umschreiben* haben. Nur so ist es dem terroristischen Gefährder möglich, sich rechtskonform verhalten zu können.¹⁶⁷⁹

¹⁶⁷⁴ Allgemein zu den BWIS-Massnahmen und der Eignung nach Art. 36 Abs. 3 BV §8, I., 5., C.

¹⁶⁷⁵ Zum jeweiligen Zweck der einzelnen BWIS-Massnahmen weiter vorne §8, II.

¹⁶⁷⁶ Zu der Anordnungsvoraussetzungen von Art. 23f Abs. 1 BWIS siehe weiter vorne §8, I., 2., B.

¹⁶⁷⁷ Allgemein zur Erforderlichkeit i.S.v. Art. 36 Abs. 3 BV weiter vorne §8, I., 5., C. Zu *spezifischen Vorgaben* an die Erforderlichkeit der einzelnen BWIS-Massnahmen siehe auch die jeweiligen Ausführungen zu den einzelnen Massnahmen weiter vorne §8, II.

¹⁶⁷⁸ Zur Verhältnismässigkeit und Erforderlichkeit in zeitlicher Hinsicht weiter vorne §8, I., 5., C.

¹⁶⁷⁹ In diesem Sinne müsste bspw. im Falle eines Kontaktverbotes nach Art. 231 BWIS, welches eine Personengruppe betrifft, die einzelnen Personen namentlich aufgeführt werden oder in einer

- Prüfung und Begründung der **Zumutbarkeit** von BWIS-Massnahmen:

Vor dem Erlass von BWIS-Massnahmen wird Fedpol auch in jedem Einzelfall die *Zumutbarkeit* der geeigneten und erforderlichen BWIS-Massnahmen prüfen und begründen müssen.¹⁶⁸⁰

Neben der Eingriffsschwere wird es im Einzelfall auch zu berücksichtigen haben, ob durch die anzuordnenden BWIS-Massnahmen in die Grundrechtsposition unbeteiligter Dritter eingegriffen wird, was je nach Umständen des Einzelfalles gegen die Zumutbarkeit der BWIS-Massnahmen sprechen könnte.¹⁶⁸¹

Soweit die Anordnung eines Kontakt- oder Ausreiseverbotes im Raum steht, gilt es deren absolute Geltung, welche sich aus der fehlenden gesetzlichen Ausnahmemöglichkeit ergibt, im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung zu berücksichtigen, da daraus je nach Umständen des Einzelfalles unzumutbare Härten resultieren können.¹⁶⁸²

- **Vertiefte Zumutbarkeitsprüfung** bei BWIS-Massnahmen gegen **Kinder**:

In aller Regel dürften die bestehenden breit gefächerten Kindsschutzmassnahme ausreichend sein und der Erlass von BWIS-Massnahmen gegen Kinder sich im Einzelfall als nicht erforderlich i.S.v. Art. 23f Abs. 1 BWIS resp. mit dem übergeordneten Kindesinteresse unvereinbar erweisen.

Soweit sich der Erlass von BWIS-Massnahmen gegen Kinder in einem spezifischen Einzelfall dennoch als erforderlich erweisen sollte, hätte Fedpol, nach Ansicht des Schreibenden, zudem in stets eine Meldung an die zuständige KESB vorzunehmen und das betroffene Kind über den Anspruch auf Einsetzung einer Rechtsvertretung und/oder Vertrauensperson zu orientieren, da dadurch, analog zu Art. 40 KRK und den Vorgaben für Kinder in Strafverfahren, «das Gefühl des

Ausgrenzungsverfügung gemäss Art. 23m die von der Massnahme erfassten räumlichen Gebiete namentlich genannt sowie unter Beilage einer Karte visualisiert werden. Hierzu ausführlicher weiter vorne §8, II., 3., B., a.).

¹⁶⁸⁰ Allgemein zur Zumutbarkeit nach Art. 36 Abs. 3 BV weiter vorne §8, I., 5., C.

¹⁶⁸¹ Denkbar wäre bspw., dass durch die Anordnung eines Kontaktverbotes in die durch Art. 8 EMRK geschützte Grundrechtsposition der passiv betroffenen Drittperson eingegriffen wird. Hierzu ausführlicher weiter vorne §8, II., 3., B., c.).

¹⁶⁸² Siehe dazu ausführlicher weiter vorne §8, II., 3. und 5.

Kindes für die eigene Würde und den eigenen Wert» sowie die «soziale Wiedereingliederung» gefördert werden könnte.

Schliesslich hätte Fedpol im Einzelfall auch stets zu begründen, inwiefern die angeordnete(n) BWIS-Massnahme mit Art. 3 KRK und Art. 11 BV vereinbaren sind.

- Begründungspflicht punkto der **Verlängerung** von BWIS-Massnahmen: Eine gestützt auf Art. 23g Abs. 2 BWIS erneute Anordnung derselben BWIS-Massnahme(n) setzt voraus, dass diese von Fedpol mit Anhaltspunkten begründet wird, welche *neu* sind, weil sie auf ein Verhalten der betroffenen Person zurückgehen, welches *nach dem Zeitpunkt der ursprünglich verfügten BWIS-Massnahmen* stattgefunden hat und dabei für sich betrachtet einen neuen konkreten und aktuellen Anhaltspunkt i.S.v. Art. 23e BWIS darstellt. Andernfalls droht die gesetzliche Maximaldauer von Art. 23g Abs. 1 BWIS umgangen zu werden.

2. **Fehlendes Bewusstsein für Verfahrensrechte und die EMRK**

Die unbestimmten Normen im 5. Abschnitt des BWIS vermitteln Fedpol einen weiten Ermessens- und Handlungsspielraum. Als Kompensation für die geringe Normdichte wären an sich «verfahrensrechtliche Absicherungen»¹⁶⁸³ gefragt, wobei die drei nachfolgenden Aspekte gegenteilig auf eine eigentliche *verfahrensgrundrechtliche Entrechtung* von terroristischen Gefährdern hindeuten.¹⁶⁸⁴

- Vorab fällt auf, dass die Ausgestaltung der Verfahrensrechte des (mutmasslichen) terroristischen Gefährders im *erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren* im 5. Abschnitt des BWIS nicht mitgedacht wurden. Entsprechend bleibt auch in der Botschaft sowie den übrigen Materialien unerwähnt, dass dem (mutmasslichen) terroristischen Gefährders ab dem Zeitpunkt der Antragsstellung nach Art. 23i BWIS Parteistellung i.S.v. Art. 6 VwVG zukommt. Folglich wird Fedpol diesen u.a. über den wesentlichen Verfahrenslauf orientieren und ihm Gelegenheit zur Einbringung von eigenen Standpunkten und Anträgen bieten müssen. Ob und wie Fedpol diese Verfahrensrechte, insbesondere den Anspruch auf rechtli-

¹⁶⁸³ ZUMSTEG, Rz 30 (m.w.H.).

¹⁶⁸⁴ Ähnlich und interessant dazu auch MOHLER, Zweckerreichung, Rz 51 ff.

ches Gehör sowie dessen Teilgehalte, inskünftig umzusetzen gedenkt, ist völlig offen. Dass die Botschaft zudem nicht aufgreift, wie nachrichtendienstliche Geheimhaltungsinteressen mit dem Recht des terroristischen Gefährders auf Akteneinsicht in Einklang gebracht werden sollen, scheint besonders heikel.¹⁶⁸⁵

In Bezug auf die verfahrensrechtlichen Vorgaben der EMRK verdeutlicht die konkrete Ausgestaltung der BWIS-Massnahmen sowie die fehlende diesbezügliche Auseinandersetzung ein *fragwürdiges Problembewusstsein*:

- Mit der *freiheitsentziehenden Eingrenzung auf eine Liegenschaft* nach Art. 230 f. BWIS hat eine Präventivmassnahme Eingang ins BWIS gefunden, welche aufgrund ihrer Unbestimmtheit und dem Fehlen eines zulässigen Haftgrundes als *mit den Vorgaben von Art. 5 EMRK nicht vereinbar* zu erachten ist.¹⁶⁸⁶ Nach Ansicht des Schreibenden sollte aus diesen Gründen in der künftigen Rechtsanwendung zum Vornherein auf die Anordnung dieser BWIS-Massnahme verzichtet werden.
- Die Botschaft zum PMT ist zudem geprägt von einem grundlegend fehlenden Bewusstsein für die Relevanz der in Art. 6 EMRK vorgesehenen Verfahrensgarantien. Die mögliche Anwendbarkeit der Garantien von Art. 6 EMRK und dessen verfahrensrechtlichen Auswirkungen auf die Position eines terroristischen Gefährders und die Kompetenzen von Fedpol werden in der Botschaft nur 'ungenügend geprüft. Insbesondere bleiben die vom EGMR entwickelten «Engel-Kriterien» unberücksichtigt.¹⁶⁸⁷ Die Botschaft¹⁶⁸⁸ begnügt sich stattdessen mit einem lapidaren Verweis auf die bundesgerichtlichen Ausführungen zum Charakter der Massnahmen des «Hooligan-Konkordates». Mangels Vergleichbarkeit erweist

¹⁶⁸⁵ In diesem Sinne «warnte» das Bundesverwaltungsgericht bereits in seiner Vernehmlassung davor, dass die «vorbehaltlose Verwendung von geheimen Aktenstücken», deren Inhalt dem Betroffenen nicht zur Kenntnis gebracht werde, eine schwere Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör darstelle; Siehe BVGer-Vernehmlassung-PMT, S. 3. Hierzu und zum nächsten Satz ausführlicher weiter vorne §8, III., 4., B., b.).

¹⁶⁸⁶ Ausführlicher zu den (nicht erfüllten) Haftgründen von Art. 5 Abs. 1 lit. b und c EMRK weiter vorne §8, II., 6., D. Überdies dürfte die in Art. 230 Abs. 5 BWIS vorgesehene zulässige Massnahmedauer regelmässig geeignet sein die Unverhältnismässigkeit resp. Willkürlichkeit der mit der Eingrenzung auf eine Liegenschaft verbundene Freiheitsentziehung zu begründen.

¹⁶⁸⁷ Hierzu sowie zum nächsten Satz ausführlicher weiter vorne §8, IV., 2., C. c.) und 3.

¹⁶⁸⁸ Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4784 (Fn. 32). Ausführlicher weiter vorne §8, II., 6., D., a.) und b.).

sich dieser Vergleich bei näherer Betrachtung aus mehreren Gründen als nicht sachgerecht.¹⁶⁸⁹ Der *Verzicht des Bundesrates* auf eine zumindest ansatzweise vertiefte Auseinandersetzung mit dem Charakter der BWIS-Massnahmen kann mit Fug und Recht als *riskant* bezeichnet werden, da keineswegs auszuschliessen ist, dass das Bundesgericht oder der EGMR in einem bestimmten Einzelfall den strafenden Charakter der BWIS-Massnahmen i.S.v. Art. 6 EMRK bejahen könnte¹⁶⁹⁰, was die künftige Rechtsanwendung des 5. Abschnitts des BWIS grundlegend topedieren würde.¹⁶⁹¹

§ 9 HINWEISE ZUM UMGANG MIT «AUSLÄNDISCHEN TERRORISTISCHEN GEFÄHRDERN»

Nach einer Einleitung zum Untersuchungsgegenstand des «ausländischen terroristischen Gefährders» und damit verbundener Begriffsklärungen (I.) werden unter (II.) relevante Abläufe rund um die Feststellung von Gefährdungen der inneren Sicherheit im migrationsrechtlichen Kontext summarisch vorgestellt. Im weiteren Verlauf von §9 werden zentrale ausländer- (III.), asyl- (IV.) und bürgerrechtliche (V.) Bestimmungen summarisch besprochen, welche Rechtfolgen an die Gefährdung der inneren Sicherheit oder äusseren Sicherheit der Schweiz knüpfen. Darin wird das den jeweiligen Bestimmungen zugrundeliegende Begriffsverständnis von «innerer Sicherheit» untersucht und die mit dem PMT in Kraft getretenen gesetzlichen Neuerungen von Art. 81 Abs. 5 und 6 AIG im ausländerrechtlichen Bereich etwas eingehender gewürdigt. Unter II.-V. wird auch auf eine kleine Auswahl an im Terrorismuskontext aktuellen Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts eingegangen. Die nachfolgenden Darstellungen unter II.-V. dienen der Vermittlung einer Übersicht und erster Hinweise zu einem möglichen grundrechtskonformen Umgang mit «ausländischen terroristischen Gefährder», wobei der Schreibende in §9 keinen Anspruch auf eine abschliessende Darstellung der bestehenden Rechtsprechungsentwicklungen erhebt und stattdessen exemplarische einige relevante und aktuelle Urteile bespricht.

¹⁶⁸⁹ Hierzu ausführlicher weiter vorne §8, IV., 2., C., c.) und §8, II., 6., E., b.) und c.).

¹⁶⁹⁰ Es könnten insbesondere das zweite und dritte «Engel-Kriterium» erfüllt sein. Hierzu vorne §8, IV.

¹⁶⁹¹ So wäre bspw. die Unschuldsvermutung und der Grundsatz «nemo tenetur» zu beachten, wobei diese Grundsätze kaum mit den BWIS-Massnahmen zu vereinen wären. Hierzu vorne §8, II., 6., A. und F.

Die unter II. – IV. gesammelten Erkenntnisse werden schliesslich unter **VI.** vom Schreibenden verallgemeinert und zu Empfehlungen im künftigen Umgang mit «ausländischen terroristischen Gefährdern» ausformuliert.

I. EINLEITUNG

1. Migrationsrecht als Mittel zur Terrorismusbekämpfung

Die schweizerische Strategie zur Terrorismusbekämpfung sieht vor, dass im Falle grenzüberschreitender Bewegungen zur Terrorismusbekämpfung migrationsrechtliche Massnahmen eingesetzt werden sollen.¹⁶⁹² Konkret sieht die Strategie vor, dass die Schweiz gegenüber ausländischen Terrorverdächtigen Einreiseverbote verhängt, dass diese die Ausreise von Terrorverdächtigen aus ihrem Staatsgebiet verhindert sowie dass sämtliche Aufenthaltsbewilligungen und Asylverfahren unter besonderer Berücksichtigung von Sicherheitsaspekten von den schweizerischen Migrationsbehörden kritisch geprüft werden.¹⁶⁹³ Dem SEM kommt bei der Erreichung dieser Strategieziele, als Fachbehörde des Bundes in Belangen der Ein- und Auswanderung, des Ausländerrechts, des Asyl- und Flüchtlingsrechts sowie des Schweizer Bürgerrechts, herausragende Bedeutung zu. An dieser Stelle sei überdies nochmals die Feststellung in Erinnerung gerufen, wonach die vorstehende Auswertung der politischen Vorstösse im Kontext der Terrorismusbekämpfung aufgezeigt hat, dass die bürgerliche Ratsmehrheit Terrorismusbekämpfung de facto regelmässig mit ausgeweiteten migrationsrechtlichen Massnahmen betreiben will und diese somit das Migrationsrecht de facto als probates Mittel zur Terrorismusbekämpfung in der Schweiz betrachtet.¹⁶⁹⁴

2. Begriffsdefinition und Untersuchungsgegenstand

In Anlehnung an Art. 23e BWIS wird der «ausländische terroristische Gefährder» nachfolgend im Sinne einer Arbeitsdefinition als natürliche Person definiert, die nicht über die

¹⁶⁹² Hierzu und zum nächsten Satz Strategie Terrorismusbekämpfung, BBl 2015 7492 f. Eingehend zur Strategie weiter vorne §5.

¹⁶⁹³ Siehe dazu Art. 12 Abs. 1 EJPD-VO. Zur Rolle des SEM im Kontext der Terrorismusbekämpfung weiter vorne §5, III., 1., C.

¹⁶⁹⁴ Hierzu ausführlicher weiter vorne §4, III., 5., A. und D.

Schweizerische Staatsbürgerschaft verfügt, sich aber zumindest faktisch in der Schweiz aufhält und in Bezug auf welche konkrete und aktuelle Anhaltspunkte dafür bestehen, dass diese eine terroristische Aktivität i.S.v. Art. 23e Abs. 2 BWIS ausüben könnte. In Bezug auf den Begriff der terroristischen Aktivitäten i.S.v. Art. 23e Abs. 2 BWIS hielt Bundesrätin Keller-Sutter anlässlich der Parlamentsdebatten zum PMT klärend fest: «Es muss sich um Bestrebungen zur Beeinflussung oder Veränderung der staatlichen Ordnung handeln, und damit geht es immer um eine Gefährdung der inneren Sicherheit»¹⁶⁹⁵. Unter §9 wird daher der Frage nachgegangen, ob und falls ja, unter welchen Voraussetzungen, gegen «ausländische terroristische Gefährder» neben Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS (BWIS-Massnahmen) wegen einer angeblichen Gefährdung der inneren Sicherheit ausländer-, asyl- und/oder bürgerrechtliche Massnahmen erlassen werden können.¹⁶⁹⁶ Die Klärung dieser Frage ist auch deshalb relevant, weil Art. 23f BWIS die BWIS-Massnahmen zwar im Verhältnis zu sozialen und therapeutischen Massnahmen (lit. a), zu kantonalen Massnahmen der Gefahrenabwehr (lit. b) sowie zu strafprozessualen Massnahmen (lit. c) für komplementär und subsidiär erklärt.¹⁶⁹⁷ Da aber weder in Art. 23f BWIS noch in den zugehörigen Materialien das Verhältnis zwischen den BWIS-Massnahmen und vom Zweck her vergleichbaren ausländerrechtlichen Massnahmen aufgegriffen wird,¹⁶⁹⁸ ist eine parallele Anwendung von BWIS-Massnahmen und ausländerrechtlichen Massnahmen im Einzelfall de facto nicht ausgeschlossen. In Anlehnung an die vorerwähnte Arbeitsdefinition und zum Zwecke der Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes wird auf die ausländer-, asyl- und bürgerrechtlichen Rechtsfolgen, in welcher eine ausländische Person eine terroristische Aktivität/Straftat bereits verübt hat, lediglich am Rande eingegangen.¹⁶⁹⁹

¹⁶⁹⁵ Wortmeldung Karin Keller-Sutter, Sommersession Nationalrat, AB 2020, S. 1126.

¹⁶⁹⁶ Für ein konkretes Beispiel von gegen einen «jihadistischen Gefährder» verhängten ausländer- und asylrechtlichen Massnahmen siehe die Ausführungen zum «Apotheker Ali J.», §7, VII., 4., A., a.), ac).

¹⁶⁹⁷ Ausführlicher zu Art. 23f BWIS sowie m.w.H. weiter vorne §8, I., 2., A. und B.

¹⁶⁹⁸ Dies erweist sich insbesondere in Bezug auf das Verhältnis zwischen Ein- und Ausgrenzungen nach Art. 23m BWIS sowie Ein- und Ausgrenzungen nach Art. 74 AIG als problematisch. Für vertiefte Ausführungen zur Problematik siehe die Analyse weiter vorne §8, II., 4., C., d.).

¹⁶⁹⁹ Zahlreiche ausländer-, asyl- und bürgerrechtliche Bestimmungen knüpfen Rechtsfolgen an die Nichtbeachtung oder die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Vgl. dazu statt vieler Bolz, Rz 30 (m.w.H.). Wenn eine ausländische Person terroristische Aktivitäten resp. ter-

II. FESTSTELLUNG SICHERHEITSRELEVANTER UMSTÄNDE IM MIGRATIONSBEREICH

Die gemäss Strategie zur Terrorismusbekämpfung bei grenzüberschreitenden Bewegungen erwünschte Feststellung sicherheitsrelevanter Umstände verlangt vorab, dass Letztere von den Migrationsbehörden erkannt und an die zuständigen Sicherheitsbehörden übermittelt werden (dürfen und können).¹⁷⁰⁰ Gestützt auf die mit dem PMT neu in Kraft getretenen Rechtsgrundlagen von Art. 98c AIG und Art. 5a AsylG ist das SEM zur Weiterleitung von sicherheitsrelevanten Informationen an Fedpol ermächtigt.¹⁷⁰¹ Desweiteren wurden mit dem PMT auch die Zugriffsrechte von Fedpol¹⁷⁰² und dem NDB¹⁷⁰³ auf das vom SEM betriebene Informationssystem für den Ausländer- und Asylbereich (IAA) erweitert, womit diese beiden Behörden das vom SEM betriebene IAA auch proaktiv auf sicherheitsrelevante Umstände durchforsten können. Zur Gewährleistung eines hinreichenden Informationsflusses zwischen dem NDB und dem SM ist der NDB

roristische Straftaten tatsächlich verübt hat, stellt dies eine Nichtbeachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dar, denn eine solche liegt gemäss Art. 77a lit. a VZAE u.a. dann vor, wenn die betroffene Person gesetzliche Vorschriften und behördliche Verfügungen missachtet hat. Die Person gilt dann nicht mehr primär als terroristischer Gefährder, da sich die von ihr ausgehende Gefährdung bereits verwirklicht hat. Diesfalls handelt es sich vorwiegend um eine zur Verhaftung ausgeschriebene, bereits inhaftierte oder verurteilte ausländische Person, welche (mutmasslich) eine Straftat begangen hat, weshalb dieser das kriminalpolizeiliche und strafprozessuale Instrumentarium entgegenzuhalten ist. Siehe dazu die Ausführungen zu Art. 23f BWIS weiter vorne §8, I., 2. Freilich kann von einem gesuchten mutmasslichen oder bereits verurteilten Straftäter auch nach Ausübung von terroristischen Aktivitäten nach wie vor eine Gefährdung ausgehen. Unter Berücksichtigung des Wortlautes von Art. 23e BWIS gilt diese Person indes nicht mehr (zwingend) als «terroristischer Gefährder». Anders verhält es sich wiederum, wenn eine wegen einer terroristischen Straftat verurteilte Person aus der Haft entlassen wird und das strafrechtliche Instrumentarium bei fortbestehender Gefährdung «ausgeschöpft» wurde. Vgl. dazu auch Botschaft PMT, BBl 2019 4757.

¹⁷⁰⁰ Siehe Strategie Terrorismusbekämpfung, BBl 2015 7492 f. Spezifisch zur Feststellung von Sicherheitsrisiken im Asylverfahren siehe weiter hinten §9, IV., 2.

¹⁷⁰¹ Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4813.

¹⁷⁰² Vgl. Art 9 Abs. 1 lit. c und p BGIAA.

¹⁷⁰³ Der NDB hat nach Art. 9 Abs. 1 lit. l BGIAA Zugriff auf die Daten zum Zwecke der Personenidentifikation für das frühzeitige Erkennen und Verhindern von Bedrohungen für die innere oder äussere Sicherheit nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a NDG (Ziff. 1), zur Erfüllung der Aufgaben des Nachrichtendienstes bei Überprüfungen im Zusammenhang mit der Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit nach Art. 14 lit. d BüG, nach dem AIG und dem AsylG (Ziff. 2) sowie zur Prüfung von Fernhalte- und Entfernungsmassnahmen nach dem AIG (Ziff. 3).

«zur Wahrung der inneren oder äusseren Sicherheit» gestützt auf Art. 60 Abs. 1 NDG zur Bekanntgabe von Personendaten an das SEM berechtigt. Namentlich zur Behandlung von Einbürgerungsgesuchen, für Massnahmen gegenüber ausländischen Personen, zur Beurteilung von Asylgesuchen sowie zur Lagebeurteilung in den Migrationsorten.¹⁷⁰⁴ Basierend auf den vorstehend vorgestellten behördlichen Informationsmöglichkeiten und -pflichten kann in Bezug auf ausländische Personen eine *potentielle* Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit im Einzelfall insbesondere vom SEM, einer kantonalen (Migrations-) Behörde, von Fedpol und/oder dem NDB ausgemacht werden.

Die vorerwähnten gesetzlichen Grundlagen ermöglichen es dabei, dass die jeweils anderen (Bundes-) Behörden über die sicherheitsrelevanten Informationen in Kenntnis gesetzt werden. Unabhängig davon, welche Behörde die potentiell sicherheitsrelevanten Informationen im Einzelfall zuerst festgestellt hat, liegt die Zuständigkeit zu deren näheren inhaltlichen Beurteilung bei den spezialisierten (Sicherheits-) Polizeibehörden des Bundes, namentlich bei Fedpol und/oder dem NDB.¹⁷⁰⁵ Nach Art. 9 Abs. 1 OV-EJPD verfolgt Fedpol als polizeiliche Fachbehörde des Bundes u.a. das Ziel, den schweizerischen Rechtsstaat und dessen demokratische Grundlagen zu schützen (lit. a) und die innere Sicherheit der Schweiz zu wahren (lit. b). Gemäss Art. 10 Abs. 4 OV-EJPD nimmt Fedpol dabei auch «ausländerrechtliche Aufgaben mit Bezug zur inneren Sicherheit wahr». Soweit das SEM oder kantonale Migrationsbehörden ausländer-, asyl- oder bürgerrechtliche Normen anwenden, welche Rechtsfolgen an eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz anknüpfen, haben sich diese daher mit Erkenntnissen von Fedpol und oder des NDB auseinanderzusetzen, welche im Einzelfall als Stellungnahmen oder Amtsberichte¹⁷⁰⁶ Eingang in das entsprechende Verwaltungsverfahren finden können.¹⁷⁰⁷

¹⁷⁰⁴ Siehe 60 Abs. 1 NDG i.V.m. Anhang 3 Ziff. 9.2 NDV. Zum Ganzen auch SFH, Handbuch Asyl- und Wegweisungsverfahren, S. 378 f. Für die praxisrelevante Übermittlung von Personendaten vom NDB an Fedpol und die gesetzlich vorgesehenen Mitteilungszwecke siehe Art. 60 NDG Abs. 1 NDG i.V.m. Anhang 3 Ziff. 9.3 NDV sowie weiter vorne §5, III., 1. A. und B.

¹⁷⁰⁵ Siehe dazu bspw. BVGE 2013/23 E. 4.1.2. (m.w.H.).

¹⁷⁰⁶ Nachrichtendienstliche Informationen werden vom NDB zwecks Verwendung durch die zuständige Behörde in Straf- oder Verwaltungsverfahren in unklassifizierter Form als Amtsberichte «aufbereitet». Vgl. dazu NDB Lagebericht 2019, S. 90. Interessant zum Akteneinsichtsrecht in Amtsberichte des NDB BOLZ, Rz 25 ff.

¹⁷⁰⁷ Amtsberichte des NDB enthalten neben einer Übersicht über die verwendeten Quellen eine Zusammenfassung der Ergebnisse der nachrichtendienstlichen Nachforschungen. Vgl. BOLZ, Rz 25.

III. GEFÄHRDUNG DER INNEREN UND ÄUSSEREN SICHERHEIT IM AIG

Nachfolgend sollen aufenthaltsbeendende (1.), Wegweisungs- und Fernhalte- (2.) sowie freiheitsentziehende Massnahmen (4.) im AIG vorgestellt werden, welche Rechtsfolgen an die Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz knüpfen und die somit in Bezug auf ausländische terroristische Gefährder zur Anwendung kommen könnten. Ein besonderes Augenmerk sollen den mit dem PMT in Kraft getretenen Änderungen in Art. 81 Abs. 5 und 6 AIG gewidmet werden, weshalb diese eingehend besprochen und gewürdigt werden.

1. Aufenthaltsbeendende Massnahmen

A. Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit als Widerrufsgrund

Die Art. 62 Abs. 1 lit. c und 63 Abs. 1 lit. b AIG sehen als mögliche Widerrufsgründe¹⁷⁰⁸ von ausländerrechtlichen Bewilligungen u.a. eine von der ausländischen Person ausgehende *Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit* der Schweiz vor.¹⁷⁰⁹ «Die Bejahung der genannten Gefährdungen setzt selbstverständlich klare Indizien voraus, andernfalls der Staat in Willkür verfele.»¹⁷¹⁰ Der in diesem Zusammenhang massgebliche Gefährdungsbegriff wird in Art. 77b VZAE näher ausgeführt. Demnach liegt eine *konkrete Bedrohung* der inneren oder äusseren Sicherheit i.S.d. Art. 62 Abs. 1 lit. c

Zu den verschiedenen nachrichtendienstlichen Quellen siehe Art. 15 NDG und 17 NDV. Zur nach Ansicht des Schreibenden erforderlichen selbstständigen migrationsrechtlichen Würdigung von polizeilichen und nachrichtendienstlichen Erkenntnissen weiter hinten §9, VI., 4.

¹⁷⁰⁸ Diese Bestimmungen finden analoge Anwendung auf Konstellationen, in welchen wegen des Bestehens von Widerrufsgründen i.S.v. Art. 62 f. AIG die Erteilung einer erstmals beantragten oder die Verlängerung einer bereits erteilten ausländerrechtlichen Bewilligung verweigert werden. Vgl. hierzu SPESCHA, in: Spescha et al., Art. 62 AIG Rz 12.

¹⁷⁰⁹ Zum Bewilligungswiderruf im Allgemeinen sowie insbesondere im Ausländerrecht siehe SPRING, S. 7 ff., 53 ff. Siehe zu Art. 62 f. AIG auch CARONI et al., S. 236 ff; GONIN, in: Nguyen/Amarelle, Art. 62 Rz 16 ff.; GONIN, in: Nguyen/Amarelle, Art. 63 Rz 8; SPESCHA, in: Spescha et al., Art. 62 AIG Rz 12.

¹⁷¹⁰ SPESCHA, in: Spescha et al., Art. 62 AIG Rz 12.

und 63 Abs. 1 lit. b AIG dann vor, wenn (durch den weiteren Aufenthalt der Person) ein bedeutendes Rechtsgut wie Leib und Leben oder die Freiheit von Personen oder der Bestand und das Funktionieren des Staates an sich bedroht ist.¹⁷¹¹ Inhaltlich nimmt Art. 77b VZAE auf die in Art. 19 Abs. 2 NDG abschliessend¹⁷¹² umschriebenen *konkreten Bedrohungen* der inneren oder äusseren Sicherheit Bezug, wozu auch terroristische Aktivitäten (lit. a) zählen. Da der Wortlaut der Widerrufsgünde der Art. 62 Abs. 1 lit. c und 63 Abs. 1 lit. b AIG eine *Gefährdung* der inneren oder äusseren Sicherheit erwähnt und eine Gefährdung rascher zu bejahen ist als eine *konkrete Bedrohung* lässt sich festhalten, dass die Verordnungsbestimmung von Art. 77b VZAE den Anwendungsbereich der gesetzlichen Widerrufsgünde konkretisierend auf «konkrete Bedrohungen der inneren oder äusseren Sicherheit» einschränkt.¹⁷¹³

B. Anwendbarkeit auf «ausländische terroristische Gefährder»?

Im Falle einer ausländischen Person, die als terroristischer Gefährder kategorisiert wurde, bestehen einzig konkrete und aktuelle Anhaltspunkte, die auf die künftige Ausübung einer terroristischen Aktivität hindeuten. Diese Anhaltspunkte liegen im Vorfeld befürchteter terroristischer Straftaten und stellen für sich noch keine strafbare «terroristische Aktivität» i.S.v. Art. 23e Abs. 2 BWIS dar. Gemäss Bundesrat¹⁷¹⁴ kann bspw. bereits eine Verständnisäusserung für terroristische Taten oder ein einschlägiges «Like» als Anhaltspunkt i.S.v. Art. 23e Abs. 1 BWIS für die künftige Ausübung einer «terroristischen Aktivität» verstanden werden. Solche Anhaltspunkte, die von der Verwirklichung einer «terroristische Aktivität» in kausaler Hinsicht weit entfernt sind, vermögen womöglich in Einzelfällen integrative oder therapeutische Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS gerade noch zu rechtfertigen.

¹⁷¹¹ Vgl. hierzu ausführend sowie m.H.a. die Botschaft SPESCHA, in: Spescha et al., Art. 62 AIG Rz 12.

¹⁷¹² Siehe Botschaft NDG, BBl 2014 2158. Ausführlicher zum in Art. 19 Abs. 2 NDG umschriebenen Begriff der «terroristischen Aktivität» weiter vorne §7, IV., 1.

¹⁷¹³ Die fehlende Kongruenz im Wortlaut zwischen der Gesetzes- und der Verordnungsbestimmung sollte de lege ferenda korrigiert werden, indem die Art. 62 Abs. 1 lit. c und 63 Abs. 1 lit. b AIG an den Wortlaut von Art. 77b VZAE angeglichen würden. Ein Bewilligungswiderruf käme dann nur im Falle einer von einer ausländischen Person konkret ausgehenden Bedrohung für die innere Sicherheit in Betracht.

¹⁷¹⁴ Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4784. Zum Ganzen ausführlicher weiter vorne §7, V.

Der Eintritt folgenschwerer ausländerrechtlicher Konsequenzen, namentlich der Nichterteilung, des Widerrufs oder der Nichtverlängerung einer ausländerrechtlichen Bewilligung, vermag die blossе Kategorisierung einer ausländischen Person als terroristischen Gefährder hingegen nicht zu rechtfertigen, da diese auf Anhaltspunkte abstellt, welche einer «terroristischen Aktivität» weit vorgelagert sein können. Wäre dies gegenteilig der Fall würde der Anwendungsbereich der zum Bewilligungswiderruf erforderlichen *konkreten* Bedrohungen für die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz i.S.d. Art. 77b VZAE i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a NDG auf unzulässige Weise weit ins Vorfeld einer konkreten Bedrohung überdehnt. Aus diesem Grund kann die Kategorisierung einer Person als terroristischer Gefährder i.S.v. Art. 23e BWIS nach Ansicht des Schreibenden nicht zur automatischen Bejahung einer Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit i.S.d. Art. 62 Abs. 1 lit. c und 63 Abs. 1 lit. b AIG führen. Die zuständige Migrationsbehörde hat im Einzelfall viel mehr in eigenständiger Würdigung der bestehenden Anhaltspunkte zu begründen, weshalb in Bezug auf die ausländische Person i.S.v. Art. 77b VZAE i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a NDG von einer konkreten Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz auszugehen sei.

2. Wegweisungs- und Fernhaltemassnahmen

Im Falle einer erstellten Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz sieht das AIG mit dem Einreiseverbot (Art. 67 AIG) und der Ausweisung (Art. 68 AIG) zwei im Kontext von terroristischen Massnahmen besonders relevante Massnahmen vor.¹⁷¹⁵ Der in den Art. 67 f. AIG verwendete Begriff der «Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit» bezieht sich auf «Gefährdungen des Vorrangs der staatlichen Gewalt im militärischen und politischen Bereich»¹⁷¹⁶, wozu auch Terrorismus und gewalttätiger

¹⁷¹⁵ Zu den ausländerrechtlichen Wegweisungs- und Fernhaltemassnahmen vgl. CARONI et al., S. 251 ff.

¹⁷¹⁶ Botschaft AuG, BBl 2002 3814; ACHERMANN, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 121, Rz 31; SAUTHIER, in: Nguyen/Amarelle, Art. 67 Rz 32 ff. Siehe zur Auslegung des Begriffs auch BVGE 2013/3 E. 4.2.1 (Einreiseverbot in Bezug auf ein mutmassliches russisches Mafiamitglied). Ferner auch BVGer F-1031/2018 vom 27.11.2019 E. 6.4. Gemäss Botschaft besteht in diesen Konstellationen «ein grosses und legitimes Interesse des Gemeinwesens an einer Entfernung und Fernhaltung» der betreffenden Personen. Vgl. Botschaft AuG, BBl 2002 3814.

Extremismus zählen.¹⁷¹⁷ Im Jahre 2019 ergingen verschiedene Urteile in Bezug auf Personen, die *terroristischer Aktivitäten* verdächtigt wurden und gegen welche Fedpol zur Wahrung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz Einreiseverbote und/oder Ausweisungen ausgesprochen hat. Auf eine kleine Auswahl solcher Urteile wird nachfolgend unter C. und D. beispielhaft eingegangen. Dabei sollen insbesondere die im Einzelfall relevanten Kriterien herausgearbeitet werden, welche Fedpol und das BVGer zur Beurteilung des Vorliegens einer konkreten Bedrohung für die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz berücksichtigt haben.

A. Einreiseverbote

Im Falle einer ausgemachten Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit kann Fedpol¹⁷¹⁸ nach vorgängiger Anhörung des NDB gestützt auf Art. 67 Abs. 4 AIG gegenüber ausländischen Personen als Fernhaltungsmassnahme Einreiseverbote verfügen.¹⁷¹⁹ In zeitlicher Hinsicht kann Fedpol nach Art. 67 Abs. 4 AIG Einreiseverbote mit einer Dauer von über fünf Jahren oder in schwerwiegenden Fällen zeitlich unbefristete Einreiseverbote verfügen.¹⁷²⁰ Dass es sich bei den Einreiseverboten nach Art. 67 Abs. 4 AIG um im Kontext der Terrorismusbekämpfung verbreitete und praxisrelevante Massnahmen handelt, zeigt ein Blick auf die Statistik. Im Jahre 2016 erliess Fedpol 128 Einreiseverbote, wovon 113 in Verbindung zu Terrorismus standen, im Jahre 2017 wiesen 140 von insge-

¹⁷¹⁷ Diese Definition bestand bereits vor dem Erlass des NDG, wobei diese inhaltlich mit der in Art. 19 Abs. 2 NDG enthaltenen Umschreibung der konkreten Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz übereinstimmt. Ausführlicher zu Art. 19 NDG weiter vorne §7, IV, I.

¹⁷¹⁸ Einreiseverbote nach Art. 67 Abs. 4 AIG zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz fallen in den ausschliesslichen Zuständigkeitsbereich von Fedpol. Das SEM ist dahingegen in allen übrigen, namentlich in den in Art. 67 Abs. 1 und 2 AIG erwähnten, Konstellationen zum Erlass von Einreiseverboten zuständig. Die «Kann-Bestimmung» von Art. 67 Abs. 2 lit. a AIG ermächtigt das SEM Einreiseverbote u.a. gegenüber AusländerInnen zu verfügen, welche in der Schweiz oder im Ausland gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen haben oder diese gefährden. Hierzu ausführlicher TEICHMANN/CAMPRUBI, S. 1 ff.; SEM, Weisungen-AIG, S. 215 ff.; CARONI et al., S. 263.

¹⁷¹⁹ Siehe allgemein zum Einreiseverbot nach Art. 67 AIG TEICHMANN/CAMPRUBI, S. 1 ff.; SAUTHIER, in: Nguyen/Amarelle, Art. 67 Rz 1 ff., 32; SPESCHA, in: Spescha et al., Art. 67 AIG Rz 1 ff., 18; CARONI et al., S. 263 ff.

¹⁷²⁰ Vgl. dazu etwa BVGer F-1116/2018 vom 28.5.2018. Zur Festlegung der verhältnismässigen Dauer eines Einreiseverbotes siehe BVGer F- 1954/2017 vom 8.4.2019 E. 5.1., 9.4 (m.w.H.).

samt 150 von Fedpol ausgesprochenen Einreiseverboten einen Terrorismusbezug auf, im Jahre 2018 deren 78 von insgesamt 106, im Jahre 2019 deren 65 von insgesamt 160, im Jahre 2020 deren 144 von insgesamt 167, im Jahre 2021 deren 92 von insgesamt 187.¹⁷²¹

a.) Gefährdung i.S.v. Art. 67 Abs. 4 AIG verneint

Im Falle¹⁷²² eines von Fedpol erlassenen Einreiseverbotes, welches einen 1983 geborenen Franzosen betraf, der mit seinen die schweizerische Staatsangehörigkeit besitzenden Kindern und seiner Ehefrau in Grenznähe zur Schweiz auf französischem Staatsgebiet lebte, verneinte das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) eine Bedrohung der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz. Der Beschwerdeführer arbeitete seit 2008 bei einer Stiftung in Genf. Im Jahre 2018 setzte Fedpol den Mann nach dem rechtskräftigen Widerruf seiner Grenzgängerbewilligung über die Verhängung eines Einreiseverbotes in Kenntnis. Zur Begründung brachte Fedpol vor, dass er in Frankreich auf einer Gefährderliste («*fiche S*») geführt werde mit dem Hinweis auf nachrichtendienstliche Erkenntnisse, wonach er sich während eines Gefängnisaufenthaltes in den Jahren 2005 bis 2007 durch die Kontaktpflege mit einem verurteilten Terroristen radikalisiert habe. Weiter habe er seit 2012 im Umfeld der grossen Moschee im Genfer Stadtteil «Petit-Saconnex» Kontakte zu Personen gepflegt, deren Radikalisierung erwiesen sei und welche tatsächlich nach Syrien ausgereist seien oder dies versucht hätten. Fedpol kam zum Schluss, dass der Beschwerdeführer ein Anhänger des radikalen Islam sei und dass Anlass zur Annahme bestehe, dass er extremistisches Gedankengut propagiere und dadurch andere Personen radikalisiere und/oder diese für den bewaffneten Jihad zu rekrutieren versuche. Vor dem BVGer war u.a. streitig, ob der Beschwerdeführer tatsächlich eine Gefährdung für die innere Sicherheit der Schweiz darstellt.¹⁷²³ In Gutheissung der Beschwerde kam das

¹⁷²¹ Die erwähnten Zahlen finden sich in den jeweiligen Fedpol-Jahresberichten abrufbar unter <https://www.fedpol.admin.ch/fedpol/de/home/publiservice/publikationen/berichte.html>. Die vorzitierten Zahlen der letzten fünf Jahre sind abrufbar unter <https://fedpol.report/de/fedpol-in-zahlen/zutritt-verweigert>. Zu den niedrigen Anfechtungsquoten von Einreiseverboten TEICHMANN/CAMPRUBI, S. 4 f.

¹⁷²² BVGer F-1031/2018 vom 27.11.2019. Die nachfolgenden zusammenfassenden Ausführungen zum französischsprachigen Urteil beruhen auf MÜLLER/SCHMID/SCHNEIDER/ACHERMANN, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2019/2020, S. 239 ff.

¹⁷²³ Nach Ansicht von Fedpol war dies wegen der erfolgten Inhaftierung, seinen Beziehungen zu nachweislich radikalisierten Personen, der Propagierung von islamistischem Gedankengut und der Verurteilung wegen SVG-Delikten der Fall.

BVGer zum Schluss, dass die von Fedpol vorgebrachten «Befürchtungen» nicht ausreichend seien, um eine *konkrete, aktuelle und schwere Bedrohung der inneren Sicherheit* zu begründen, welche den Erlass eines Einreiseverbots gestützt auf Art. 67 Abs. 4 AIG zu rechtfertigen vermöge.¹⁷²⁴

b.) Gefährdung i.S.v. Art. 67 Abs. 4 AIG bejaht

Im Juni 2017 verhängte Fedpol ein zehnjähriges Einreiseverbot gegen einen französisch-tunesischen Doppelbürger, wogegen dieser Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht (BVGer) führte.¹⁷²⁵ Zur Begründung brachte Fedpol u.a. vor, dass der Beschwerdeführer in den Jahren 2012 bis 2013 als Sicherheitsbeauftragter in der Moschee «Petit-Saconnex» gearbeitet habe, dass er laut «zuverlässigen» nachrichtendienstlichen Quellen Kontakte zu Mitgliedern der salafistischen Szene pflege, welche Gewalt und eine radikale Gesinnungen als legitime Mittel erachten würden. Zudem bestehe das Risiko, dass er Mitglied des «Islamischen Staates» sei und dass er zwecks Vorbereitung oder Durchführung eines terroristischen Anschlages in die Schweiz zurückkehren könnte.¹⁷²⁶ Aus diesen Gründen stelle er eine Gefährdung für die innere Sicherheit der Schweiz dar. Gleichermassen grundlegend wie unkritisch stellte das Gericht fest, dass soweit durch die «fundierte Analyse» der spezialisierten Sicherheitsbehörden eine Gefährdung der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz angenommen werde, die in Art. 67 Abs. 4 vorgesehene Schwelle für ein Einreiseverbot von mindestens fünf Jahren vermutungsweise erreicht sei.¹⁷²⁷ Zudem betonte das BVGer, dass Fedpol und dem NDB bei der Beurteilung dieser Frage ein weiter Ermessensspielraum zukomme. Das BVGer überprüfte alsdann die vom Beschwerdeführer ausgehende Bedrohung für die innere oder äussere Sicherheit, indem es dessen Biographie, nachrichtendienstliche Erkenntnisse sowie

¹⁷²⁴ Zu den Besonderheiten rund um die Verhängung von aufenthaltsbeendenden, Wegweisungs- und Fernhalte-massnahmen gegen Personen mit einer EU-Bürgerschaft sogleich unter C.

¹⁷²⁵ Siehe hierzu BVGer F-4618/2017 vom 11.12.2019. Die nachfolgenden zusammenfassenden Ausführungen zum französischsprachigen Urteil beruhen auf MÜLLER/SCHMID/SCHNEIDER/ACHERMANN, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2019/2020, S. 241 ff.

¹⁷²⁶ Hierzu und zum nächsten Satz BVGer F-4618/2017 vom 11.12.2019 E. 4.3.2.

¹⁷²⁷ Hierzu und zum nächsten Satz BVGer F-4618/2017 vom 11.12.2019 E. 5.4; BVGer F-1954/2017 vom 8.4.2019 E. 5.1., 9.4. (beide m.H.a.) BGer 1C_522/2018 vom 8.3.2019 E. 3.3; wobei sich dieses Urteil primär auf das Einsichtsrecht und den nachrichtendienstlichen Quellenschutz bezieht und der Verweis daher nur bedingt sachgerecht erscheint.

weitere behördliche Informationen würdigte. Der nachrichtendienstliche Bericht nahm etwa Bezug auf einen Rapport der Grenzwaiche, wonach im Rahmen einer Kontrolle ein Gebetsfleck auf der Stirn des Beschwerdeführers festgestellt worden sei und in seinem Fahrzeug ein Kopftuch sowie CD's mit muslimischen Gebeten aufgefunden worden seien. Ebenso bestätigen nachrichtendienstliche Berichte, dass der Beschwerdeführer Kontakt zu Jihad-Reisenden sowie Mitgliedern der, in Tunesien als Terrororganisation eingestuft «Ansar Al-Charia Tunisie», gehabt habe. Schliesslich gingen sowohl der NDB als auch Fedpol davon aus, dass er selbst Mitglied des «Islamischen Staates» sei.¹⁷²⁸ Trotz gegenteiliger Beteuerungen des Beschwerdeführers erachtete es auch das BVGer als erstellt, dass der Beschwerdeführer Kontakte zu *Jihad*-Reisenden pflegte. Zur Begründung operierte das Gericht mit Wahrscheinlichkeiten und der allgemeinen Lebenserfahrung, indem es vorbrachte, dass er in der Moschee «Petit-Saconnex» gearbeitet habe und aus diesem Umfeld verschiedene Personen in das irakisch-syrische Grenzgebiet ausgereist seien, weshalb es «unwahrscheinlich» sei, dass dieser mit diesen Individuen keinen Kontakt gehabt haben soll. In Würdigung aller Indizien stellte das BVGer eine hinreichend konkrete und aktuelle Gefährdung der inneren Sicherheit der Schweiz fest, weshalb es die erhobene Beschwerde abwies und das ausgesprochene zehnjährige Einreiseverbot bestätigte.¹⁷²⁹

B. Ausweisung

a.) Fedpol als zuständige Behörde

Art. 121 Abs. 2 BV sieht vor, dass ausländische Personen, welche die «Sicherheit des Landes» gefährden, aus der Schweiz ausgewiesen werden können. Der Begriff der «Sicherheit des Landes» in Art. 121 Abs. 2 ist gleich zu interpretieren wie der im AIG verwendete Begriff der «inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz».¹⁷³⁰ Obwohl Art. 121 Abs. 2 BV keine ausdrückliche Kompetenzzuweisung vorsieht, spricht die syste-

¹⁷²⁸ Für weitere Indizien, welche im Rahmen des Urteils gewürdigt wurden, vgl. E. 6.

¹⁷²⁹ BVGer F-4618/2017 vom 11.12.2019 E. 8. Dabei berücksichtigte das Gericht zu Ungunsten des Beschwerdeführers auch, dass dieser im Jahre 2010 wegen Körperverletzung und im Jahre 2015 wegen eines SVG-Delikts verurteilt wurde, vgl. E. 8.2.2.

¹⁷³⁰ ACHERMANN, in: Waldmann/Belser/Epiney, Art. 121R Rz 31 (m.w.H.). Zur Auslegung des Begriffs siehe auch BVGE 2018 VI/ 5 E. 3.4.

matische Stellung der Verfassungsbestimmung und deren Sachnähe zur Gesetzgebung im Ausländer- und Asylbereich in Belangen von Ausweisungen für eine Bundeskompetenz.¹⁷³¹ Die Organzuständigkeit liegt bei Fedpol, was vom Bundesverwaltungsgericht damit begründet wurde, dass Fedpol als für die Wahrung der inneren Sicherheit und den Staatsschutz zuständige Behörde¹⁷³² am besten beurteilen könne, ob die im Einzelfall über eine ausländische Person verfügbaren Informationen eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit darstellen könnten, welche die Anordnung einer Ausweisung rechtfertigen könnten.¹⁷³³ In diesem Sinne ermächtigt Art. 68 Abs. 1 AIG Fedpol nach vorgängiger Anhörung des NDB zum Erlass von Ausweisungen gegenüber ausländischen Personen, wobei die Gesamtanzahl¹⁷³⁴ verfügbarer Ausweisungen seit dem Jahre 2017 beträchtlich abgenommen hat.¹⁷³⁵ Die Ausweisung wird nach Art. 68 Abs. 3 AIG mit einem befristeten oder unbefristeten Einreiseverbot verbunden.¹⁷³⁶ Mit Inkrafttreten des PMT wurde überdies die Bestimmung von Art. 83 AIG zur Anordnung der vorläufigen Aufnahme angepasst, wonach das SEM eine vorläufige Aufnahme nur mehr dann verfügt, wenn der Vollzug der Wegweisung nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar ist. Gemäss dem neu eingefügten Art. 83 Abs. 9 AIG sind gestützt

¹⁷³¹ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz interessant BSK BV-ACHERMANN, Art. 121 Rz 28. Die Organkompetenz zum Erlass von politischen Ausweisung lag nach Art. 70 aBV vormals zwingend beim Bundesrat. Der Bundesrat kann auch heute noch gestützt auf Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV politische Ausweisungen oder Einreiseverbote verhängen. Kritisch hierzu aus Sicht eines angemessenen Rechtsschutzes BSK BV-ACHERMANN, Art. 121 Rz 28. Zum Ganzen auch CARONI et al., S. 268 f.

¹⁷³² Vgl. Art. 9 Abs. 1 lit. a und b OV-EJPD. Ausführlicher zur Rolle von Fedpol bei der Terrorismusbekämpfung weiter vorne §5, III., 1., B., a.).

¹⁷³³ Vgl. BVGE 2013/23 E. 4.1.2. In Bezug auf den Wegweisungsvollzug einer Ausweisung wird dagegen wiederum das SEM als zuständige Fachbehörde des Bundes angehört.

¹⁷³⁴ In den Jahren 2021 resp. 2020 wiesen alle der insgesamt zwei resp. drei verfügten Ausweisungen einen Terrorismusbezug auf, wobei jeweils nur eine vollzogen werden konnte. Im Jahre 2019 sprach Fedpol insgesamt vier Ausweisungen aus, wovon zwei einen Terrorismusbezug aufwiesen. Im Jahr 2018 wurden fünf und 2017 insgesamt 13 Ausweisungen verfügt, wobei allesamt einen Bezug zu Terrorismus aufwiesen. Die erwähnten Zahlen finden sich in den jeweiligen Fedpol-Jahresberichten abrufbar unter <https://www.fedpol.report/de/fedpol-in-zahlen/zutritt-verweigert>.

¹⁷³⁵ Siehe zur Ausweisung nach Art. 68 AIG SAUTHIER, in: Nguyen/Amarelle, Art. 68 Rz 1 ff.; SPESCHA, in: Spescha et al., Art. 68 AIG Rz 1 ff., 18; CARONI et al., S. 268 ff.

¹⁷³⁶ Siehe zum Einreiseverbot nach Art. 67 AIG SAUTHIER, in: Nguyen/Amarelle, Art. 67 Rz 1 ff., 32; SPESCHA, in: Spescha et al., Art. 67 AIG Rz 1 ff., 18; CARONI et al., S. 263 ff.

auf Art. 68 AIG ausgewiesene Personen, deren Ausweisung wegen menschenrechtlichen Vollzugshindernissen nicht möglich ist, von der Anordnung einer vorläufigen Aufnahme nach Art. 83 AIG ausgeschlossen.¹⁷³⁷

b.) Ausweisung wegen konkreter Indizien auf Sicherheitsgefährdung

Im Falle¹⁷³⁸ eines 1976 geborenen französisch-tunesischen Doppelbürgers, welcher seit 2009 mit seiner Familie in der Schweiz lebte und hierzulande u.a. als Taxi-Fahrer arbeitete, hatte die Bundesanwaltschaft ein Strafverfahren wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Organisation eröffnet. Er befand sich seit Juni 2017 in Sicherheitshaft, bevor er im Dezember 2017 von Fedpol gestützt auf Art. 68 AIG nach Frankreich ausgewiesen wurde. Das angerufene Bundesverwaltungsgericht (BVGer) hatte die Rechtmässigkeit dieser Ausweisung sowie des damit verbundenen fünfzehnjährigen Einreiseverbotes zu überprüfen.

Inhaltlich hatte sich das Gericht mit der Frage zu befassen, ob der Beschwerdeführer eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz darstellt. In casu gelangte es in Übereinstimmung mit Fedpol zum Schluss, dass ein «*Bündel konkreter Indizien*» dafür spreche.¹⁷³⁹ Es berücksichtigte, dass der Beschwerdeführer zu verschiedenen Personen Kontakt pflegte, welche sich nachfolgend dem «islamischen Staat» in Syrien angeschlossen hätten, dass im Zimmer seiner Töchter ein USB-Stick mit IS-Propaganda gefunden wurde, dass er sich gemäss von anderen Taxifahrern in Medienberichten getätigten Aussagen radikalisiert habe, dass er von anderen Jihad-Reisenden aus Genf als «spiritueller Führer» bezeichnet worden sei, dass er in seinem Mobiltelefon über 7000 Kontakte gespeichert hatte, wozu auch nachweislich *Jihad*-Reisende gehörten, welche dem Beschwerdeführer mitgeteilt hätten, dass sie «gut angekommen seien», dass der Beschwerdeführer mit einem solchen *Jihad*-Reisenden Messer- und Würgetechniken,

¹⁷³⁷ Dazu ausführlicher Botschaft PMT, BBL 2019 4810 ff. Vgl. dazu auch interessant BVGer F-518/2019 vom 2.2.2021 E. 3 ff.

¹⁷³⁸ BVGer F-7061/2017 vom 10.12.2019. Die nachfolgenden zusammenfassenden Ausführungen zum französischsprachigen Urteil beruhen auf MÜLLER/SCHMID/SCHNEIDER/ACHERMANN, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2019/2020, S. 244 ff.

¹⁷³⁹ Ibid. E. 9.6: « Fedpol pouvait se baser sur un faisceau d'indices suffisamment concret pour conclure que le recourant représentait une menace grave pour la sécurité intérieure et extérieure de la Suisse ».

u.a. an seinem Sohn, geübt habe sowie dass er Schiessübungen absolviert habe.¹⁷⁴⁰ Darüber hinaus berücksichtigte das BVGer, dass er sich mutmasslich selbst ins Kriegsgebiet nach Syrien habe begeben wollen, da er sich zwei Mal (einmal davon mit der gesamten Familie) in der Türkei aufgehalten habe und dort jeweils ausgewiesen worden sei. Berücksichtigt wurde auch, dass er Geld an eine Person nach Belgien überwiesen habe, welche Syrienreisen arrangiert habe und er zum Zahlungsgrund widersprüchliche Angaben gemacht habe.¹⁷⁴¹ Aus diesen Gründen bejahte das BVGer eine von ihm ausgehende Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit, bestätigte die Ausweisung und das damit verbundene fünfzehnjährige Einreiseverbot.

Ein «Bündel konkreter Indizien», welches eine konkrete Bedrohung der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz zu rechtfertigen vermochte, machte das BVGer auch im Falle¹⁷⁴² einer zum Ausweisungszeitpunkt minderjährigen französischen Staatsangehörigen aus. Gestützt auf nachrichtendienstliche Berichte und Erkenntnisse von Fedpol berücksichtigte das BVGer, dass diese einschlägige Internetseiten und Foren, welche sich für den jihadistischen Kampf aussprechen, frequentiert hatte, dass diese in den sozialen Netzwerken einen jihadistischen Kampfnamen verwendet habe, dass diese nach ersten Kontakten in den sozialen Netzwerken im März 2016 bereits im April 2016 eine religiöse Trauung mit einem Aktivisten des IS im radikalisierten Umfeld der Moschee «Sevran» vollzogen habe, dass sie für ihren Ehemann ein Gefühl der Bewunderung empfand, dass das Paar im Juli 2016 mit der (erfolglos gebliebenen) Absicht in die Türkei gereist sei, sich dem IS in Syrien anzuschliessen, dass ihre familiäre Situation instabil gewesen sei und sich überdies auch das familiäre Umfeld der Beschwerdeführerin der Sache des IS verschrieben habe.¹⁷⁴³

¹⁷⁴⁰ Ibid. E. 9.

¹⁷⁴¹ Ibid. E. 9.

¹⁷⁴² BVGer F-1954/2017 vom 8.4.2019.

¹⁷⁴³ Vgl. ibid. E. 7.5.4.

C. Exkurs: Die «öffentliche Ordnung» nach FZA

a.) Allgemeines zum FZA

Am 21. Juni 1999 schloss die Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft und deren Mitgliedstaaten ein Abkommen über die Freizügigkeit (FZA)¹⁷⁴⁴. Bei der Anwendung des FZA orientiert sich das Bundesgericht an der Rechtsprechung des EuGH, indem es «von der Auslegung abkommensrelevanter unionsrechtlicher Bestimmungen durch den EuGH nach dem Unterzeichnungsdatum¹⁷⁴⁵ nur bei Vorliegen triftiger Gründe»¹⁷⁴⁶ abweicht. Ganz allgemein sucht das Bundesgericht die Bestimmungen des FZA und die zugehörigen Begriffe des EU-Rechts parallel zum EuGH auszulegen.¹⁷⁴⁷ Eines der Ziele des FZA ist es, den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz ein Recht auf Einreise, Aufenthalt, Zugang zu einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit und Niederlassung als Selbstständiger sowie auf Verbleib im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien zu vermitteln.¹⁷⁴⁸

b.) Zur Einschränkung von Freizügigkeitsrechten

Soweit die Schweiz gegen eine freizügigkeitsberechtigte ausländische Person die vorerwähnten aufenthaltsbeendenden Massnahmen, Wegweisungs- und/oder Fernhalte-massnahmen nach dem AIG verfügt, werden dadurch deren FZA-Freizügigkeitsrechte eingeschränkt. Gemäss Art. 5 Abs. 1 Anhang 1 FZA kann dies nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit und/oder Gesundheit gerechtfertigt

¹⁷⁴⁴ SR 0.142.112.681. Siehe auch EPINEY/BLASER, in: Amarelle/Nguyen, vol. III, (ALCP), Art. 1 Rz 1 ff.; PRIULI, in: Spescha et al., Art. 5 Anhang 1 FZA Rz 1 ff.

¹⁷⁴⁵ Art. 16 Abs. 2 FZA deklariert die EuGH Rechtsprechung *bis* zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens im Hinblick auf unionsrechtliche Begriffe für verbindlich. Siehe dazu SPESCHA, in: Spescha et al., Art. 16 FZA Rz 1. «Le Tribunal fédéral prend de plus également en considération la jurisprudence de la CJUE postérieure à la date de signature de l'Accord, même lorsque la Cour y a modifié sa jurisprudence. Le Tribunal se fonde ici sur l'objectif de l'Accord, qui tend à garantir une situation juridique parallèle.» EPINEY/BLASER, in: Amarelle/Nguyen, vol. III, (ALCP), Art. 1 Rz 9.

¹⁷⁴⁶ BGE 142 II 35 E. 3.1 (m.w.H.); HAEFELI, S. 5.

¹⁷⁴⁷ EPINEY/BLASER, in: Amarelle/Nguyen, vol. III, (ALCP), Art. 1 Rz 9. Siehe auch BGE 131 II 339; 130 II 176, 136 II 65.

¹⁷⁴⁸ Vgl. Art. 1 lit. a FZA. Siehe dazu EPINEY/BLASER, in: Amarelle/Nguyen, vol. III, (ALCP), Art. 1 Rz 13 f. Zum Migrationsrecht in der EU siehe auch CARONI et al., S. 105 ff. (m.w.H.).

sein.¹⁷⁴⁹ Gemäss EuGH sind die unionsrechtlichen Begriffe der «öffentlichen Ordnung» und der «öffentlichen Sicherheit» zur «Rechtfertigung für eine Abweichung vom Aufenthaltsrecht der Unionsbürger oder ihrer Familienangehörigen *eng auszulegen*»¹⁷⁵⁰. Eine *Störung der «öffentlichen Ordnung»* setzt gemäss Gerichtshof voraus, «dass ausser der Störung der sozialen Ordnung, die jeder Gesetzesverstoss darstellt, eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend erhebliche Gefahr vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt»¹⁷⁵¹. Der Begriff der «öffentlichen Sicherheit» umfasst gemäss EuGH «sowohl die innere als auch die äussere Sicherheit eines Mitgliedstaats (..), so dass die Beeinträchtigung des Funktionierens der Einrichtungen des Staates und seiner wichtigen öffentlichen Dienste sowie das Überleben der Bevölkerung ebenso wie die Gefahr einer erheblichen Störung der auswärtigen Beziehungen oder des friedlichen Zusammenlebens der Völker oder eine Beeinträchtigung der militärischen Interessen die öffentliche Sicherheit berühren können»¹⁷⁵². In Anlehnung an die restriktive Rechtsprechung des EuGH verlangt das Bundesgericht zur Einschränkung der Freizügigkeitsrechte eine «gegenwärtige, tatsächliche und hinreichend schwere, ein Grundinteresse der Gesellschaft berührende Gefahr für die öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit»^{1753 1754}.

¹⁷⁴⁹ Siehe allgemein und interessant zu Art. 5 Anhang 1 FZA PRIULI, in: Spescha et al., Art. 5 Anhang 1 FZA Rz 1 ff.; EPINEY/BLASER, in: Amarelle/Nguyen, vol. III, (ALCP), Art. 4 Rz 10 ff.

¹⁷⁵⁰ Siehe EuGH, *Marin*, C-165/14, ECLI: EU:C:2016:675, Rn. 82 (m.w.H.); EPINEY/BLASER, in: Amarelle/Nguyen, vol. III, (ALCP), Art. 4 Rz 10, 14 (m.w.H.).

¹⁷⁵¹ Siehe EuGH, *J.N.*, C-601/15, ECLI:EU:C:2016:84, Rn. 65 (m.w.H.).

¹⁷⁵² EuGH, *J.N.*, C-601/15, ECLI:EU:C:2016:84, Rn. 66 (m.w.H.). Der europarechtliche Begriff der «öffentlichen Sicherheit» i.S.v. Art. 5 Abs. 1 Anhang 1 FZA dürfte sein Pendant in der «inneren oder äusseren Sicherheit» der Schweiz haben.

¹⁷⁵³ PRIULI, in: Spescha et al., Art. 5 Anhang 1 FZA Rz 3. Vgl. BGE 136 II 5 E. 4.2; 145 IV 364 E. 3.5.2. Vgl. auch BVGer F-5360/2019 und F-5363/2019 beide vom 26.5.2020, worin das BVGer die Ausweisung von zwei freizügigkeitsberechtigten italienischen Staatsangehörigen und mutmasslichen Mafiamitgliedern nach Art. 68 AIG als mit den Vorgaben von Art. 5 Abs. 1 Anhang 1 FZA nicht vereinbar erachtete. Siehe zum Gesagten auch die zahlreichen Verweise auf die Rechtsprechung des EuGH bei EPINEY/BLASER, in: Amarelle/Nguyen, vol. III, (ALCP), Art. 4 Rz 15 (m.w.H.).

¹⁷⁵⁴ Erfolgte strafrechtliche Verurteilungen vermögen die Freizügigkeitsrechte einschränkende Massnahmen nur dann zu rechtfertigen, wenn die Umstände «ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt», weshalb rein generalpräventive Massnahmen mit Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA nicht vereinbar sind. Siehe BGE 145 IV 364 E. 3.5.2 (m.w.H.). In Bezug auf ein Einreiseverbot und eine Ausweisung

3. **Zwischenfazit zum «ausländischen terroristischen Gefährder»**

In Bezug auf die vorerwähnten AIG-Massnahmen, welche Rechtsfolgen an eine konkrete Bedrohung der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz anknüpfen, kennt das AIG eine geteilte behördliche Zuständigkeit. Im Falle von aufenthaltsbeendenden Massnahmen¹⁷⁵⁵ hat die *zuständige Migrationsbehörde* die bestehenden nachrichtendienstlichen und polizeilichen Erkenntnisse zu würdigen und eigenständig zu beurteilen, ob eine Gefährdung i.S.v. Art. 77b VZAE vorliegt. Die Verfügung von Ausweisungen nach Art. 68 AIG und Einreiseverboten nach Art. 67 Abs. 4 AIG liegt dahingegen bei *Fedpol*.¹⁷⁵⁶ Der behördlichen Zuständigkeit unbeschadet verlangt eine erstellte konkrete Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit stets eine sorgfältige Würdigung aller verfügbaren Informationen, in welcher die beweisbelastete Behörde die behauptete konkrete Bedrohung durch ein *Bündel konkreter Indizien* substantiiert zu begründen vermag. In Bezug auf «ausländische terroristische Gefährder» können von Fedpol erstellte Anhaltspunkte i.S.v. Art. 23e Abs. 1 BWIS nicht zur automatischen Bejahung einer konkreten Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit i.S.d. jeweiligen AIG-Bestimmungen führen, da die Anhaltspunkte von Art. 23e Abs. 1 BWIS weit gefasst sind und einer terroristischen Aktivität i.S.v. Art. 23e Abs. 2 BWIS i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a NDG in kausaler Hinsicht weit vorgelagert sind.¹⁷⁵⁷ Die zuständige Migrationsbehörde wird sich in Vornahme einer prognostischen Beurteilung der erstellten Anhaltspunkte selbständig dazu zu äussern haben, ob die im Einzelfall erstellten Indizien ausreichend dicht sind, um eine konkrete Bedrohung für die innere oder äussere Sicherheit i.S.d. jeweiligen AIG-Bestimmungen bejahen zu können.

In Auswertung der vorstehend exemplarisch besprochenen Kasuistik¹⁷⁵⁸ wurden vom Schreibenden als massgebliche Indizien zur Beurteilung der von einer ausländischen

zur Wahrung der inneren oder äusseren Sicherheit im Zusammenhang mit Terrorismus siehe BVGer F-1954/2017 vom 8.4.2019 E. 6.2.

¹⁷⁵⁵ Hierzu ausführlicher weiter oben §9, III., 1.

¹⁷⁵⁶ Hierzu ausführlicher weiter oben §9, III., 2.

¹⁷⁵⁷ Hierzu ausführlicher weiter vorne §7, V.

¹⁷⁵⁸ Hierzu und zum folgenden Satz siehe die Kasuistik weiter vorne in §9, III., 1. und 2.

Person ausgehenden Gefährdung insbesondere deren *persönliches Umfeld* (familiäre Verhältnisse, Arbeitsort, Wohnort und -verhältnisse, in der Freizeit aufgesuchte Orte, freiwillig gepflegte Kontakte), deren *Mobilitätsverhalten* (frequentierte Orte, Internetverhalten) und weitere *konkreten Verhaltensweisen* (bspw. im realen Leben oder Internet gemachte Äusserungen, begangene Straftaten bzw. Vorstrafen, Gepflogenheiten, Hobbys) ausgemacht. Selbst wenn die zuständige Behörde in Bezug auf eine ausländische Person, welche von Fedpol als terroristischer Gefährder qualifiziert wurde, eine Gefährdung bzw. konkrete Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit bejahen sollte, folgt daraus nicht die automatische Anordnung der im Raum stehenden AIG-Massnahme(n), da in einem zweiten Schritt zwingend die Verhältnismässigkeit der beabsichtigten ausländerrechtlichen Massnahme zu prüfen ist.¹⁷⁵⁹ Dabei hat die Migrationsbehörde das öffentliche Interesse der Gesellschaft an der Fernhaltung der ausländischen Person gegen deren privates Interesse an der Einreise bzw. am weiteren Aufenthalt in der Schweiz abzuwägen. Je weiter die konkret erstellten Anhaltspunkte im Einzelfall in kausaler Hinsicht von der tatsächlichen Ausübung einer terroristischen Aktivität entfernt sind, umso ungewisser ist auch deren Verwirklichung als konkrete Bedrohung der inneren Sicherheit oder äusseren Sicherheit der Schweiz. Insbesondere bei im Einzelfall von der tatsächlichen Verübung einer terroristischen Aktivität kausal weit entfernten Anhaltspunkten könnte sich eine gegen einen ausländischen terroristischen Gefährder gerichtete AIG-Massnahme nach Ansicht des Schreibenden daher im Einzelfall als unverhältnismässig erweisen.

4. Freiheitsentziehende Massnahmen

Das AIG sieht im Falle einer (erstellten) Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz als Rechtsfolge in verschiedenen Bestimmungen *freiheitsbeschränkende oder –entziehende Massnahmen* vor.¹⁷⁶⁰ In Bezug auf «ausländische terroristische Gefährder» wurden die bestehenden ausländerrechtlichen Haftgründe mit Inkrafttreten

¹⁷⁵⁹ Siehe Art. 96 AIG. Hierzu und zum nächsten Satz SPESCHA, in: Spescha et al., Art. 62 AIG Rz 2. Zur Ermessensausübung im Ausländerrecht siehe auch BIGLER/BUSSY, in: Amarelle/Nguyen, vol. II, (LEI), Art. 96 Rz 15 ff.

¹⁷⁶⁰ Vgl. Art. 59 Abs. 3 AIG; Art. 75 Abs. 1 lit. d AIG. Zur Unterscheidung von Freiheitsentziehung und –beschränkung siehe weiter vorne §8, II., 6., A.

des PMT erweitert, wobei diese nachfolgend summarisch vorgestellt (A.) und alsdann einer Würdigung (B.) unterzogen werden. Unter C. folgen Ausführungen zu den in Bezug auf terroristische Gefährder neu geschaffenen Bestimmungen im ausländerrechtlichen Haftvollzug.

A. Neu geschaffene ausländerrechtliche Haftgründe

Um die Durchführung eines ausländerrechtlichen Weg- oder Ausweisungsverfahrens¹⁷⁶¹ oder eines strafrechtlichen Verfahrens, in welchem eine Landesverweisung¹⁷⁶² droht, sicherzustellen, kann die zuständige kantonale Behörde eine ausländische Person, die keine Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung besitzt, während der Vorbereitung des Entscheids über ihre Aufenthaltsberechtigung für höchstens sechs Monate in *Vorbereitungshaft* nehmen, wenn einer der Haftgründe von Art. 75 Abs. 1 AIG erfüllt ist.¹⁷⁶³

Mit dem PMT wurde Art. 75 Abs. 1 AIG um lit. i ergänzt, womit eine illegal anwesende ausländische Person auch dann in Vorbereitungshaft versetzt werden kann, wenn diese «Erkenntnissen von Fedpol oder des NDB zufolge die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gefährdet».¹⁷⁶⁴ Gemäss Art. 76 Abs. 1 AIG kann die zuständige Behörde eine ausländische Person zum Vollzug einer erstinstanzlich rechtskräftigen ausländerrechtlichen Weg- oder Ausweisung oder einer rechtskräftigen erstinstanzlichen strafrechtlichen Landesverweisung¹⁷⁶⁵ in *Ausschaffungshaft* versetzen, sofern einer der

¹⁷⁶¹ Mit Inkrafttreten des PMT wurde der Wortlaut von Art. 75 Abs. 1 lit. a AIG ausgeweitet, indem die Vorbereitungshaft nicht mehr nur in Wegweisungs-, sondern auch in Ausweisungsverfahren nach Art. 68 AIG angeordnet werden kann. Vgl. dazu Botschaft PMT, BBl 2019 4807 f.

¹⁷⁶² Namentlich eine Landesverweisung nach den Art. 66a und 66a^{bis} StGB oder den Art. 49a und 49a^{bis} MSTG.

¹⁷⁶³ Zur Vorbereitungshaft siehe ZÜND, in: Spescha et al., Art. 75 AIG Rz 1 ff. (m.w.H.); CARONI et al., S. 282 ff., CHATTON/MERZ, in: Amarelle/Nguyen, vol. II, (LEI), Art. 75 Rz 1 ff.

¹⁷⁶⁴ Bereits vor Inkrafttreten des PMT sah der Haftgrund von Art. 75 Abs. 1 lit. d AIG vor, dass Vorbereitungshaft u.a. dann angeordnet werden kann, wenn die Bewilligung einer ausländischen Person wegen der Verletzung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder wegen der Gefährdung der inneren oder der äusseren Sicherheit rechtskräftig widerrufen wurde und diese hernach ein (vermutungsweise missbräuchliches) Asylgesuch eingereicht hat. Vgl. hierzu ZÜND, in: Spescha et al., Art. 75 AIG Rz 8 (m.w.H.).

¹⁷⁶⁵ Vgl. die Art. 66a, 66a^{bis} StGB und die Art. 49a und 49a^{bis} MSTG.

Haftgründe nach Art. 76 Abs. 1 AIG erfüllt ist.¹⁷⁶⁶ Mit dem PMT ist auch eine Ergänzung von Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 AIG in Kraft getreten. Demnach kann Ausschaffungshaft nunmehr auch dann angeordnet werden, wenn die ausländische Person «Erkenntnissen von Fedpol oder des NDB zufolge die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gefährdet». Mit dem PMT wurde auch die *Dublin-Ausschaffungshaft* nach Art 76a AIG angepasst. Art 76a AIG ermöglicht es asylsuchende Personen, zur Sicherstellung ihrer Wegweisung in den gemäss der Dublin-III-Verordnung¹⁷⁶⁷ zuständigen Mitgliedsstaat, zu inhaftieren.¹⁷⁶⁸ Neben weiteren Voraussetzungen verlangt die Dublin-Ausschaffungshaft gemäss Art. 76a Abs. 1 lit. a AIG auch, dass im Einzelfall konkrete Anzeichen bestehen, dass sich die Person der Durchführung der Wegweisung entziehen will, wobei diese Untertauchungsgefahr in Art. 76a Abs. 2 AIG konkretisiert wird. Seit Inkrafttreten des PMT ist Untertauchungsgefahr gemäss Art. 76a Abs. 2 lit. j AIG auch dann anzunehmen, wenn die asylsuchende Person «Erkenntnissen von Fedpol oder des NDB zufolge die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz» gefährdet.

B. Würdigung der neuen Haftgründe

a.) Fragwürdige Notwendigkeit

Eine ausländische Person konnte bereits vor Inkrafttreten des PMT inhaftiert werden, wenn diese «Personen ernsthaft bedroht oder an Leib und Leben erheblich gefährdet und deshalb strafrechtlich verfolgt wird oder verurteilt worden ist»¹⁷⁶⁹. Die angebliche Notwendigkeit der neu geschaffenen Haftgründe basiert auf der vage formulierten Prämisse, wonach von ausländischen Personen auch dann «eine erhebliche und konkrete Gefährdung»¹⁷⁷⁰ ausgehe, wenn diese strafrechtlich noch nicht verfolgt oder verurteilt

¹⁷⁶⁶ Zur Ausschaffungshaft siehe ZÜND, in: Spescha et al., Art. 76 AIG Rz 1 ff. (m.w.H.). Siehe ferner CARONI et al., S. 284 ff., CHATTON/MERZ, in: Amarelle/Nguyen, vol. II, (LEI), Art. 76 Rz 1 ff.

¹⁷⁶⁷ Allgemein zur Dublin-III-Verordnung und dem sog. «Dublin-Verfahren» siehe SFH, Handbuch Asyl- und Wegweisungsverfahren, S. 142 ff. (m.w.H.).

¹⁷⁶⁸ Zur Dublin-Ausschaffungshaft siehe ZÜND, in: Spescha et al., Art. 76a AIG Rz 1 ff. Siehe ferner CARONI et al., S. 287 ff.; CHATTON/MERZ, in: Amarelle/Nguyen, vol. II, (LEI), Art. 76a Rz 1 ff.

¹⁷⁶⁹ Vgl. die Art. 75 Abs. 1 lit. g und h, 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 i. V. m. Art. 75 Abs. 1 lit. g und h, 76a Abs. 2 lit. g und h AIG; Botschaft PMT, BBl 2019 4807.

¹⁷⁷⁰ Botschaft PMT, BBl 2019 4807.

wurden. Die neuen Haftgründe sollen demnach gesetzliche Lücken schliessen, indem «in solch schwerwiegenden Fällen»¹⁷⁷¹ eine ausländerrechtliche Haft «unabhängig vom Vorliegen einer strafrechtlichen Verfolgung oder Verurteilung zulässig sein» soll.¹⁷⁷²

b.) Zu den Begriffen «Gefährdung» und «Erkenntnisse»

Unter einer *Gefährdung* der inneren oder äusseren Sicherheit i.S.d. der vorerwähnten neu geschaffenen Haftgründe wird gemäss Bundesrat die «Gefährdung des Vorrangs der staatlichen Gewalt im militärischen und politischen Bereich, insbesondere durch Terrorismus oder die organisierte Kriminalität»¹⁷⁷³ verstanden. In der Vernehmlassung zum PMT¹⁷⁷⁴ wurden diesbezüglich Präzisierungen auf Gesetzesstufe gefordert, was der Bundesrat als nicht erforderlich erachtete, da «in einer Vielzahl von Bestimmungen auf eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit»¹⁷⁷⁵ Bezug genommen werde, ohne dass diese Begriffe gesetzlich definiert würden. Die Botschaft zum PMT und die Rechtsprechung würden den «Begriffen der inneren und äusseren Sicherheit für das Ausländerrecht hinreichend scharfe Konturen»¹⁷⁷⁶ verleihen. Nicht nachvollziehbar ist, weshalb der Bundesrat rund um die neu geschaffenen Haftgründe nicht auf die in Art. 77b VZAE enthaltene Definition der «konkreten Bedrohung für die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz» zurückgegriffen hat.

Nach Ansicht des Schreibenden ist es als problematisch zu bezeichnen, dass die neu geschaffenen Haftgründe eine Form von Automatismus begünstigen, wonach die ausländerrechtlichen Haftgründe immer dann zu bejahen sind, wenn «Erkenntnissen von Fedpol oder des NDB zufolge die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz» gefährdet

¹⁷⁷¹ Hierzu sowie zum nachfolgenden Zitat Botschaft PMT, BBl 2019 4807.

¹⁷⁷² Der Kanton Graubünden brachte im Rahmen der Vernehmlassung zum PMT nicht unberechtigt vor, dass die neu eingeführten Administrativhaftgründe der Gefährdung der inneren und äusseren Sicherheit als einschneidendste Massnahmen des PMT-Entwurfs zu erachten seien, vgl. FEDPOL, Vernehmlassungsergebnisse-PMT, S. 26.

¹⁷⁷³ Botschaft PMT, BBl 2019 4806.

¹⁷⁷⁴ Der Kanton Zug sowie bestimmte zivilgesellschaftliche Organisationen beantragten etwa, dass der Haftgrund der Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz aufgrund von «Erkenntnissen von Fedpol» auf Gesetzesstufe zu präzisieren sei, vgl. FEDPOL, Vernehmlassungsergebnisse-PMT, S. 26 f.

¹⁷⁷⁵ Botschaft PMT, BBl 2019 4806.

¹⁷⁷⁶ Botschaft PMT, BBl 2019 4806.

sein könnten. Im Hinblick auf die künftige Rechtsanwendung der neu geschaffenen Haftgründe sollten nach Ansicht des Schreibenden strenge Anforderungen an die Auslegung und Würdigung der Erkenntnisse gestellt werden. Gemäss Bundesrat haben sich die *Erkenntnisse*, welche eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit nahelegen, auf in der Vergangenheit liegende Einschätzungen «von Fedpol und des NDB – z.B. im Rahmen einer bereits erlassenen Ausweisungsverfügung oder eines Amtsberichts – zu stützen»¹⁷⁷⁷. Dadurch sei sichergestellt, «dass die Annahme einer Gefährdung im konkreten Einzelfall durch Informationen einer dafür kompetenten Bundesbehörde belegt»¹⁷⁷⁸ sei, wobei diese «hinreichende(n) Anhaltspunkte»¹⁷⁷⁹ für eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit zum Zeitpunkt der Haftanordnung oder –prüfung bereits erstellt sein müssen. In Bezug auf eine ausländische Person, die von Fedpol vorgängig als terroristischer Gefährder kategorisiert wurde, stellt sich die Frage, ob bei dieser gestützt auf die vorgängige Kategorisierung eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit i.S.d. vorgenannten Haftgründe in jedem Fall zu bejahen ist. In Anbetracht der in Art. 23e Abs. 1 BWIS weit gefassten Anhaltspunkte und den mit Freiheitsentziehungen verbundenen schweren Grundrechtseingriffen ist dies nach Ansicht des Schreibenden zu verneinen. Die haftanordnende oder –prüfende kantonale Behörde wird die in jedem Einzelfall von Fedpol oder dem NDB erstellten Erkenntnisse auf ihre Stichhaltigkeit und insbesondere auf *ihre Aktualität* zu überprüfen und in Vornahme einer selbstständigen migrationsrechtlichen Würdigung das Vorliegen einer Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit als Haftgründe¹⁷⁸⁰ zu beurteilen haben.¹⁷⁸¹ Die Verfahrensrechte der betroffenen ausländischen Person sind dabei umfassend zu wahren, indem dieser die Möglichkeit eingeräumt wird die Aktualität der beigezogenen nachrichtendienstlichen Erkenntnisse im Rahmen des

¹⁷⁷⁷ Botschaft PMT, BBl 2019 4806. Die NKVF forderte, dass die «aus Sicht von Fedpol als Erkenntnisse zu bezeichnenden Tatbestände» bzw. die darunterfallenden Handlungen und Tatbestände definiert werden. Vgl. FEDPOL, Vernehmlassungsergebnisse-PMT, S. 2.

¹⁷⁷⁸ Botschaft PMT, BBl 2019 4806.

¹⁷⁷⁹ Botschaft PMT, BBl 2019 4807.

¹⁷⁸⁰ Vgl. die Art. 75 Abs. 1 lit. i, 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1, Art. 76a Abs. 1 i.v.m. Abs. 2 lit. j AIG.

¹⁷⁸¹ Dies verlangt, dass die zuständige Behörde zur Entscheidungsfindung Einsicht in die erforderlichen nachrichtendienstlichen oder polizeilichen Unterlagen haben muss. Zur Akteneinsicht in nachrichtendienstliche Erkenntnisse weiter vorne §8, III., 4., B., b.).

Haftanordnungs- oder -überprüfungsverfahren¹⁷⁸² zu widerlegen.¹⁷⁸³ Die inhaftierte ausländische Person ist nach Art. 31 Abs. 1 BV zudem über ihr Recht, einen (unentgeltlichen) Rechtsbeistand beiziehen zu dürfen, zu informieren.¹⁷⁸⁴

c.) Drohende ausländerrechtlich getarnte Präventivhaft

Der Bundesrat betont die Selbstverständlichkeit, wonach die Inhaftierung einer ausländischen Person gestützt auf die mit dem PMT neu eingefügten AIG-Haftgründe nur dann zulässig ist, wenn diese den ausländerrechtlichen (Vollzugs-)Zwecken der Vorbereitungs-, Ausschaffungshaft oder der Haft im Rahmen des Dublin-Verfahrens dient.¹⁷⁸⁵ Implizit nimmt der Bundesrat dabei Bezug auf den in Art. 5 Abs. 1 lit. f EMRK erwähnten Haftgrund des rechtmässigen Freiheitsentzuges «zur Verhinderung der unerlaubten Einreise sowie bei Personen, gegen die ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren im Gange ist». Weshalb dieser Haftgrund trotz ausdrücklicher Anregung des BJ im Rahmen der Ämterkonsultation keinen Eingang in den Botschaftstext gefunden hat, ist nicht nachvollziehbar.¹⁷⁸⁶ Zweck der Vorbereitungshaft nach Art. 75 AIG ist die *Sicherung der Durchführung* eines erstinstanzlichen ausländerrechtlichen Wegweisungs-

¹⁷⁸² Die Überprüfung der Rechtmässigkeit und Angemessenheit der Vorbereitungshaft nach Art. 75 AIG und der Ausschaffungshaft nach Art. 76 AIG richten sich nach Art. 80 Abs. 2 AIG. Die Überprüfung der Rechtmässigkeit der Haft im Dublin-Verfahren richtet sich demgegenüber nach Art. 80a AIG. Zur Gewährleistung von Verfahrensrechten im Verwaltungsverfahren weiter vorne §8, III., 3.-6.

¹⁷⁸³ Dies ist insbesondere deshalb relevant, da es bspw. denkbar ist, dass sich die Person bspw. von bisherigen Überzeugungen und darauf basierenden Erkenntnissen (mittlerweile) distanziert hat oder dass diese im Rahmen eines anderweitigen Verfahrens erlangten Erkenntnisse mangels erhobenem Rechtsmittel noch gar nie einer gerichtlichen Prüfung unterzogen wurden.

¹⁷⁸⁴ Siehe dazu ZÜND, in Spescha et al., Art. 80 AIG Rz 4. Bei erfüllter Mittellosigkeit dürfte die für die unentgeltliche Rechtsvertretung erforderliche verfahrensrechtliche Komplexität in aller Regel zu bejahen sein. Diese ergibt sich u.a. aufgrund der Würdigung von nachrichtendienstlichen Erkenntnissen (namentlich auf deren Aktualität), der unbestimmten Formulierungen der neuen Haftgründe und der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter. Vgl. BGer 2C_112/2016 vom 19.2.2016 E. 2.2.2.

¹⁷⁸⁵ Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4807.

¹⁷⁸⁶ Der Schreibende erhielt gestützt auf das Öffentlichkeitsprinzip Einsicht in die Ämterkonsultation zum PMT, wo er in den Bemerkungen zu den neuen AIG-Haftgründen auf die Anregung des BJ stiess. Ausführlicher zu Art. 5 EMRK weiter vorne §8, 6.

oder eines strafrechtlichen Verfahrens.¹⁷⁸⁷ Die Haft im Rahmen des Dublin-Verfahrens dient nach Art. 76a Abs. 1 AIG der *Sicherstellung der Wegweisung* einer asylsuchenden Person in den zuständigen Dublin-Staat, während die Ausschaffungshaft nach Art. 76 AIG die *Sicherstellung des Vollzugs* einer erstinstanzlich *rechtskräftig verfügten* Weg- oder Ausweisung oder einer strafrechtlichen Landesverweisung bezweckt.¹⁷⁸⁸ Die Haftanordnung setzt zudem in sämtlichen vorerwähnten Konstellationen voraus, «dass der Vollzug der Entfernungsmassnahme absehbar, d. h. rechtlich und tatsächlich möglich ist»¹⁷⁸⁹. Die zuständige kantonale Behörde wird daher vor der Haftanordnung in jedem Einzelfall neben den spezifischen Haftgründen der Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit auch die in den Art. 75, 76 und 76a AIG vorgesehenen, allgemeinen Voraussetzungen zu prüfen haben. Soweit im Einzelfall in Bezug auf eine ausländische Person zwar eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit bejaht werden kann, jedoch die in den Art. 75, 76 oder 76a AIG vorgesehenen allgemeinen Voraussetzungen nicht erfüllt sind, wäre die Haftanordnung gegen eine ausländische Person im Einzelfall nicht rechtmässig. Das Gesagte gilt auch in denjenigen Fällen, in welchen der Vollzug der Weg- oder Ausweisung der betroffenen ausländischen Person aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich oder nicht absehbar, unzumutbar oder unzulässig ist.¹⁷⁹⁰ In all den vorerwähnten Konstellationen ist der Zweck der angeordneten Haft keine auf den (Wegweisungs-)Vollzug ausgerichtete ausländerrechtliche Haft, sondern de facto eine im Lichte von Art. 5 EMRK unzulässige¹⁷⁹¹ (ausländerrechtliche) Präventivhaft.

¹⁷⁸⁷ Ein «ausländischer terroristischer Gefährder», der über eine, den Aufenthalt in der Schweiz ermöglichende gültige Bewilligung verfügt, kann aufgrund des Wortlautes von Art. 75 Abs. 1 AIG nicht gestützt auf den Haftgrund von lit. i AIG in Vorbereitungshaft versetzt werden.

¹⁷⁸⁸ Vor Eintritt eines erstinstanzlich rechtskräftigen Weg- oder Ausweisungsentscheides oder einer strafrechtlichen Landesverweisung fällt die Anordnung von Ausschaffungshaft gegen einen «ausländischen terroristischen Gefährder» gestützt auf Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 i.V.m. 75 Abs. 1 lit. i AIG demnach ausser Betracht.

¹⁷⁸⁹ Botschaft PMT, BBl 2019 4807. Dazu auch Art. 80 Abs. 6 lit. a AIG sowie BGE 138 I 246 E. 2.1.

¹⁷⁹⁰ Vgl. dazu u.a. BGer 4C_208/2020 vom 21.7.2020 (m.w.H.)

¹⁷⁹¹ Im Ergebnis würde es sich in diesen Konstellationen um eine «gesicherte Unterbringung für ausländische terroristische Gefährder» (GUAG) handeln, welche mit den Vorgaben von Art. 5 EMRK nicht vereinbar wäre. Ausführlicher zur Unzulässigkeit einer Präventivhaft resp. einer «gesicherten Unterbringung von Gefährdern» im Lichte von Art. 5 EMRK weiter vorne §8, II., 6., F.

C. Terroristische Gefährder im ausländerrechtlichen Haftvollzug

a.) Haftbedingungen

Art. 81 AIG enthält Vorgaben zu den ausländerrechtlichen Haftbedingungen.¹⁷⁹² Nach Art. 81 Abs. 1 AIG haben die Kantone dafür zu sorgen, dass eine inhaftierte ausländische Person eine von ihr bezeichnete Person über ihre Inhaftierung in Kenntnis setzen darf sowie dass diese mit ihrer Rechtsvertretung, mit Familienangehörigen und den zuständigen Konsularbehörden mündlich und schriftlich verkehren kann.¹⁷⁹³ Gemäss Art. 81 Abs. 2 AIG ist eine ausländerrechtliche Haft in spezifischen Hafteinrichtungen zu vollziehen, wobei deren Haftbedingungen und bauliche Elemente unterstreichen müssen, dass die Freiheitsentziehung administrativer und nicht strafprozessualer Natur ist.¹⁷⁹⁴ Soweit dies in Ausnahmefällen aus Kapazitätsgründen nicht möglich ist, sind die inhaftierten ausländischen Personen nach Art. 81 Abs. 2 AIG gesondert von Personen in Untersuchungshaft oder im Strafvollzug unterzubringen.¹⁷⁹⁵ Mit dem PMT wurde Art. 81 AIG um die neu geschaffenen Absätze fünf (dazu sogleich b.) und sechs (dazu hernach c.) ergänzt. Nach Absicht des Bundesrates soll durch diese Neuerungen das behördliche Instrumentarium dahingehend erweitert werden, dass Gefährdungen der inneren oder äusseren Sicherheit im ausländerrechtlichen Haftvollzuges besser entgegnet werden können, weshalb diese abschliessend unter d.) gewürdigt werden.¹⁷⁹⁶

b.) Kontaktbeschränkungen

Gestützt auf Art. 81 Abs. 5 AIG kann die zuständige Behörde die Möglichkeiten, einer inhaftierten ausländischen Person mit bestimmten Personen oder Personengruppen

¹⁷⁹² Allgemein zu den Haftbedingungen siehe ZÜND, in: Spescha et al., Art. 81 AIG Rz 1 ff.; CARONI et al., S. 292 ff., CHATTON/MERZ, in: Amarelle/Nguyen, vol. II, (LEI), Art. 81 Rz 1 ff.

¹⁷⁹³ Siehe dazu ZÜND, in: Spescha et al., Art. 81 AIG Rz 2; CHATTON/MERZ, in: Amarelle/Nguyen, vol. II, (LEI), Art. 81 Rz 3 ff.

¹⁷⁹⁴ BGE 146 II 214 E. 6.2.2. Siehe ferner ZÜND, in: Spescha et al., Art. 81 AIG Rz 3; CHATTON/MERZ, in: Amarelle/Nguyen, vol. II, (LEI), Art. 81 Rz 14 f.

¹⁷⁹⁵ BGE 146 II 214 E. 6.2.2. Siehe dazu aktuell in Bezug auf den grundsätzlich unzulässigen ausländerrechtlichen Haftvollzug im Untersuchungs- und Strafgefängnis Stans sowie im Polizeigeängnis Zürich LARS SCHNEIDER / JOËL MÜLLER, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2020/2021, S. 303 f.

¹⁷⁹⁶ Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4808, wonach die neuen Absätze gemäss Botschaft keine ausländerrechtlichen, sondern sicherheitspolizeiliche Zielsetzungen verfolgen würden.

direkt oder über Drittpersonen in *Kontakt* zu treten, beschränken. Vorab erfordert dies nach Art. 81 Abs. 5 lit. AIG *lit. a*, dass die ausländische Person gemäss Erkenntnissen¹⁷⁹⁷ der Polizei- oder Strafverfolgungsbehörden von Bund und Kantonen eine «*konkrete Gefahr* für die innere oder äussere Sicherheit» darstellt. Was unter einer «konkreten Gefahr für die innere und äussere Sicherheit» zu verstehen ist, lässt auch die Botschaft zum PMT unbeantwortet.¹⁷⁹⁸ Immerhin exemplifiziert die Botschaft die konkrete Gefahr. Diese ist bspw. dann gegeben, wenn die inhaftierte ausländische Person mitinhaftierte Personen zu radikalieren versucht, Dritte in der Absicht, terroristische Anschläge, zu begehen bestärkt oder Pläne und Wissen zur Verübung von terroristischen Anschlägen vermittelt.¹⁷⁹⁹ Unberücksichtigt blieb dabei der Umstand, dass der Aktionsradius einer sich im ausländerrechtlichen Haftvollzug befindlichen Person stark eingeschränkt ist, so dass die Entstehung einer *konkreten Gefahr* für die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz kaum wahrscheinlich ist. Denn eine konkrete Gefahr verlangt danach, dass im Rahmen einer Prognose das Wann, Wo und Wie der befürchteten Gefahrenverwirklichung bereits umrissen werden kann.¹⁸⁰⁰

In Anbetracht der mit der erforderlichen «konkreten Gefahr» hoch angesetzten Anwendungsvoraussetzung dürfte (und sollte) Art. 81 Abs. 5 in der künftigen Rechtsanwendung kaum je zur Anwendung kommen, da jegliche im Haftvollzug erfolgten Beeinflussungsversuche der Entstehung einer konkreten Gefahr weit vorgelagert sind.¹⁸⁰¹ Eine Kontaktbeschränkung hat sich gemäss Art. 81 Abs. 5 *lit. b* AIG im Einzelfall überdies als *verhältnismässig* zu erweisen. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung ist in Bezug auf die *Eignung* einer Kontaktbeschränkung zu evaluieren, ob sich im

¹⁷⁹⁷ Namentlich behördliche Feststellungen, welche bspw. im Rahmen einer Ausweisung durch Fedpol oder in einem Amtsbericht erstellt wurden, aus einer laufenden Strafuntersuchung oder aus einer bereits erfolgten Verurteilung wegen terroristisch motivierten Straftaten resultieren können. Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4808.

¹⁷⁹⁸ Es stellt sich die Frage, inwiefern sich diese von der «konkreten Bedrohung für die innere und äussere Sicherheit» i.S.v. Art. 19 Abs. 2 NDG resp. Art. 77b VZAE unterscheidet.

¹⁷⁹⁹ Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4808.

¹⁸⁰⁰ Ausführlicher zum polizeirechtlichen Gefahrenbegriff weiter vorne §7. II., 1 (m.w.H.) und §6, I.

¹⁸⁰¹ Auch aus der Botschaft wird nicht ersichtlich, weshalb im Unterschied zu allen anderen AIG-Bestimmungen in Art. 81 Abs. 5 eine «konkrete Gefahr» für die innere Sicherheit zum Anknüpfungspunkt gemacht wird.

Umfeld und Machtbereich der inhaftierten Person überhaupt für Radikalisierungsversuche «empfindliche Personen» befinden. Weshalb eine Person «empfindlich» sein soll, ist von der zuständigen Behörde nachvollziehbar zu begründen.¹⁸⁰² Unter dem Aspekt der *Erforderlichkeit* gilt es zu prüfen, ob die Vermeidung der potentiellen Beeinflussung «empfindlicher Personen» nicht mit gleichermassen geeigneten, aber weniger grundrechtseinschneidenden Massnahmen erreicht werden könnte. Hierbei liegt es nahe, dass «eine Kontaktbeschränkung» gegenüber der betroffenen Person in einem ersten Schritt lediglich angedroht wird. Ohne vorgängige Androhung hätte die zuständige Behörde zu begründen, weshalb eine angedrohte Kontaktbeschränkung zur Zweckerreichung nicht gleichermassen geeignet ist. Zudem hat die zuständige Behörde zu prüfen, ob der Kontakt nicht unter Aufsicht gepflegt werden kann.¹⁸⁰³ In Bezug auf die sachliche *Erforderlichkeit* einer Kontaktbeschränkung ist zu begründen, weshalb der unerwünschten potentiellen Radikalisierung Dritter im Einzelfall nicht durch organisatorische Vollzugsanpassungen¹⁸⁰⁴ entgegengewirkt werden kann. Schliesslich hat sich eine Kontaktbeschränkung im Einzelfall auch in persönlicher Hinsicht als erforderlich zu erweisen, indem sich diese nur auf Personen beziehen darf, welche für Beeinflussungsversuche potentiell «empfindlich» sein könnten.¹⁸⁰⁵

c.) **Einzelfall**

Der neue Art. 81 Abs. 6 AIG sieht vor, dass soweit sich Kontaktbeschränkungen nach Abs. 5 im Einzelfall als nicht ausreichend erweisen, um der *Gefährdung der inneren*

¹⁸⁰² Die blosse Möglichkeit, dass es zu einer entsprechenden Beeinflussung Dritter kommen könnte, reicht für die Anordnung einer Kontaktbeschränkung nicht aus. Nach Ansicht des Schreibenden braucht es in Bezug auf die potentiell beeinflussbare Person spezifische Anhaltspunkte, welche die erfolgreiche Beeinflussung der Person besonders wahrscheinlich machen. Zu denken wäre bspw. an eine bereits bestehende Radikalisierung oder eine kognitive Einschränkung einer grundsätzlich empfindlichen Person. Vgl. auch Botschaft PMT, BBl 2019 4808.

¹⁸⁰³ Vgl. dazu auch Botschaft PMT, BBl 2019 4808.

¹⁸⁰⁴ Zu denken ist z.B. an einen Kleingruppenvollzug mit Personen, die für Radikalisierungsversuche nicht anfällig sind. Ebenso wäre durch die zuständige Behörde eine Verlegung der potentiell radikalisierten oder besonders empfindlichen Person zu prüfen.

¹⁸⁰⁵ Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4808. Ein umfassendes Kontaktverbot macht auch gemäss Botschaft keinen Sinn, da «Kontakt mit Personen, die keinerlei Bezugspunkte zu radikalisierten Kreisen haben, allenfalls zu einer erwünschten Deradikalisierung führen» könnte. Botschaft PMT, BBl 2019 4809 f. Kritisch zur fehlenden Maximaldauer der Massnahmen sogleich bei e.).

oder äusseren Sicherheit wirksam entgegenzutreten, die zuständige Behörde Einzelhaft anordnen kann.¹⁸⁰⁶ Die Botschaft präzisiert, dass von der inhaftierten ausländischen Person eine «konkrete Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit» ausgehen muss.¹⁸⁰⁷ Was unter einer «konkreten Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit» i.S.v. Art. 81 Abs. 6 AIG zu verstehen ist und weshalb in Anlehnung an den Wortlaut von Art. 81 AIG Abs. 5 nicht auch von einer «konkreten Gefahr» die Rede ist, bleibt auch in Konsultation der Materialien unklar.¹⁸⁰⁸

Als «ultima ratio» setzt die Anordnung von Einzelhaft nach Art. 81 Abs. 6 AIG gemäss Bundesrat jedenfalls voraus, dass sich «die mildere Massnahme einer Kontaktbeschränkung als nicht ausreichend erwiesen (hat), um die Gefährdung – *die negative Einwirkung auf Dritte* – zu unterbinden»¹⁸⁰⁹. Der Bundesrat räumt in Bezug auf Art. 81 Abs. 6 AIG selbst ein, «dass eine Isolierung negative Auswirkungen auf den Einzelnen haben kann»¹⁸¹⁰. In den «Nelson-Mandela-Regeln»¹⁸¹¹ (nachfolgend: NMR), welche Mindestgrundsätze der Vereinten Nationen für die Behandlung von Gefangenen vorsehen, befinden sich Vorgaben zur Zulässigkeit von Einzelhaft. Nach Art. 45 Abs. 1 NMR ist Einzelhaft nur in Ausnahmefällen als letztes Mittel zulässig, jedoch nur «für so kurze Zeit wie möglich, vorbehaltlich einer unabhängigen Überprüfung und nur nach Genehmigung durch eine zuständige Behörde». Nach Art. 45 Abs. 2 NMR ist die Verhängung von Einzelhaft «bei Gefangenen mit psychischen oder körperlichen Behinderungen verboten», «wenn ihr Zustand durch solche Massnahmen verschlimmert würde». Gemäss Art. 43 NMR dürfen Einschränkungen oder Disziplinarstrafen Folter oder anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe

¹⁸⁰⁶ Einzelhaft meint, dass die betroffene ausländische Person in der Haftanstalt ununterbrochen getrennt von allen anderen Mithäftlingen untergebracht ist. Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4809.

¹⁸⁰⁷ Diese Gefährdung muss zudem durch Erkenntnisse von Sicherheits- oder Polizeibehörden gestützt werden. Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4809.

¹⁸⁰⁸ Zu den problematischen Folgen der fehlenden Kongruenz im Wortlaut zwischen den Absätzen 5 und 6 von Art. 81 AIG sogleich bei d.).

¹⁸⁰⁹ Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4809.

¹⁸¹⁰ Botschaft PMT, BBl 2019 4809.

¹⁸¹¹ Siehe UN-Generalversammlung, Mindestgrundsätze der Vereinten Nationen für die Behandlung der Gefangenen (Nelson-Mandela-Regeln), 17.12.2015, A/RES/70/175, Annex.

gleichkommen, wobei als verbotene Praktiken auch unausgesetzte Einzelhaft¹⁸¹² (lit. a) sowie Langzeit-Einzelhaft¹⁸¹³ (lit. b) genannt werden. In Anbetracht der notorisch negativen Auswirkungen von Einzelhaft auf die psychische Gesundheit der betroffenen Personen wird auf internationaler Ebene vermehrt deren Abschaffung gefordert.¹⁸¹⁴ Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass Einzelhaft zwar *geeignet* ist, eine Einwirkung auf Dritte zu unterbinden, dass diese im Kontext von Terrorismus jedoch *nicht geeignet* ist, um das von der radikalisierten Person ausgehende Gedankengut an sich zu bekämpfen.¹⁸¹⁵ Entsprechend erachtet etwa der Europarat Einzelhaft als ungeeignetes

¹⁸¹² Art. 44 der NMR definiert «Einzelhaft» als «die Absonderung eines Gefangenen für mindestens 22 Stunden pro Tag ohne wirklichen zwischenmenschlichen Kontakt.

¹⁸¹³ Art. 44 der NMR definiert «Langzeit-Einzelhaft» als «eine mehr als 15 aufeinanderfolgende Tage währende Einzelhaft». Siehe dazu auch SKMR, Nelson-Mandela-Regeln, Das Regelwerk der UNO für die Behandlung von Gefangenen und seine Bedeutung für die Schweiz, Bern 2020, S. 2 f.: «Eine Pionierleistung stellen die Regeln der NMR zur Einzelhaft dar: (...) Darunter fällt in der Schweiz einerseits die gesetzlich umschriebene Einzelhaft im Sinne von Art. 78 StGB, die bei Antritt der Strafe, zum Schutz von Dritten oder als Disziplinarsanktion angewendet werden kann. Andererseits ist auch die Untersuchungshaft in vielen Kantonen faktisch wie eine Einzelhaft ausgestaltet, mit 23-stündigem Zelleneinschluss und nur einer Stunde Hofgang, auch wenn keine Kollusionsgefahr besteht. Dies erscheint bereits angesichts des Umstandes problematisch, dass die Einzelhaft einzig als ultima ratio und unter strikter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls als zulässig erklärt wird. Materiell bedeutsam wird diese Definition durch ihre Verknüpfung mit den Verboten der sogenannten unausgesetzten Einzelhaft, also einer Einzelhaft von unbestimmter Dauer, und der Langzeit-Einzelhaft, d.h. einer Einzelhaft von über 15 Tagen. Beide Formen der Einzelhaft gelten als unmenschliche und erniedrigende Behandlung und sind daher ausnahmslos verboten. Wenn die Schweiz mit ihrer Haftpraxis nicht gegen dieses völkerrechtliche Verbot verstossen will, muss sie die Einzelhaft im Rahmen der Hochsicherheitshaft und der «traditionellen» Untersuchungshaft neu regeln.»

¹⁸¹⁴ Siehe Revision of the European Prison Rules, S. 123 (abrufbar unter: <https://rm.coe.int/european-prison-rules-978-92-871-5982-3/16806ab9ae>, 21.02.2018); The Istanbul Statement on the Use and Effects of Solitary Confinement, adopted on 9 December 2007 at the International Psychological Trauma Symposium, Annex to the Interim report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment and punishment, A/63/175, 29 July, S. 23; NKVF, Stellungnahme-PMT, S. 3; EGMR, *Piechowicz vs. Poland*, 20071/07 (2012), Ziff. 173; EGMR, *Csüllög vs. Hungary*, 30042/08 (2011), Ziff. 30; EGMR, *Iorgov vs. Bulgaria*, 40653/98 (2004), Ziff. 83.

¹⁸¹⁵ Überdies könnte die Versetzung der beeinflussenden Person in Einzelhaft bei denjenigen Personen, auf welche sie (erfolgreich) eingewirkt hat, eine «Trotzreaktion» auslösen und der Person eine Art «Märtyrerstatus» vermitteln, welcher das Ansehen und den inneren Zuspruch für die Person und die von ihr geäußerten Ansichten tendenziell erhöhen könnte.

Haftregime für gefährliche extremistische Personen.¹⁸¹⁶ Dazu brachte die NKVF vor, «dass Isolation und mangelnde Beschäftigung der Inhaftierten die Radikalisierung deutlich verstärkt» und umgekehrt «durch Normalisierung, insbesondere durch die Einbindung von Inhaftierten in den Anstaltsalltag, in die Betriebe und in sonstige, sinnstiftende Aktivitäten die Sicherheit in der Einrichtung erhöht und ein Beitrag zur Deradikalisierung geleistet» werden könne.¹⁸¹⁷

d.) Würdigung

aa) *Mangelnde begriffliche Kongruenz*

Die neuen Abs. 5 und 6 von Art. 81 AIG vermögen nicht zu überzeugen. Vorab fällt auf, dass der Begriff der «inneren oder äusseren Sicherheit» i.S.d. vorgenannten Bestimmungen in der Botschaft (im Unterschied zu den vorerwähnten AIG-Bestimmungen) nicht definiert wird. Nicht nachvollziehbar ist dabei insbesondere, dass eine Kontaktbeschränkung nach Abs. 5 eine «konkrete Gefahr» verlangt, während dem die grundrechtsintensivere Einzelhaft nach Abs. 6 eine «(konkrete) Gefährdung» der inneren oder äusseren Sicherheit erfordert.

Diese fehlende Kongruenz im Wortlaut könnte dazu führen, dass die zuständige Behörde zwar «eine Gefährdung» i.S.v. Abs. 6 bejaht, jedoch die Hürde der «konkreten Gefahr» für die Anordnung einer Kontaktbeschränkung nach Abs. 5 noch gar nicht erreicht wäre. Als «ultima ratio» darf Einzelhaft indes nur dann angeordnet werden, wenn zuvor vergeblich eine Kontaktbeschränkung angeordnet wurde, welche wiederum das Vorliegen einer «konkreten Gefahr» verlangt. Unter Berücksichtigung der Gesetzessystematik dürfte dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Wortlautes von Abs. 6 ein Versehen unterlaufen sein, da die Anordnung der grundrechtsintensiveren Einzelhaft erst recht eine «konkrete Gefahr» für die innere oder äussere Sicherheit erfordern sollte. Der Wortlaut der Bestimmungen ist überdies nicht kongruent mit dem überzeugenderen Wortlaut des im Zuge des PMT in Kraft getretenen Art. 78 lit. d StGB, wonach Einzelhaft im Strafvollzug u.a. auch «zur Verhinderung der Beeinflussung von Mitgefangenen durch Gedankengut, das die Ausübung von terroristischen Aktivitäten begünstigen

¹⁸¹⁶ Council of Europe Handbook for Prison and Probation Services regarding Radicalisation and Violent Extremism, PC-CP (2016) 2 rev 4, S. 32 f.; NKVF, Stellungnahme-PMT, S. 3.

¹⁸¹⁷ Siehe zu diesem Satz und den darin enthaltenen Wortzitaten NKVF, Stellungnahme-PMT, S. 3.

kann, sofern konkrete Anhaltspunkte¹⁸¹⁸ auf eine solche Beeinflussung vorliegen», angeordnet werden kann.

ab) Unklarheiten in der künftigen Rechtsanwendung

Im Hinblick auf die künftige Rechtsanwendung der Art. 81 Abs. 5 und 6 AIG ergeben sich zahlreiche Unklarheiten, wovon einige nachfolgend Erwähnung finden sollen:

- Eine lang andauernde Einzelhaft unter unangemessenen Bedingungen oder eine zeitlich unbefristete Einzelhaft wurden vom EGMR als Verletzung von Art. 3 EMRK qualifiziert.¹⁸¹⁹ Es ist daher zu kritisieren, dass weder für die Kontaktbeschränkung noch die Einzelhaft eine *gesetzliche Maximaldauer* vorgesehen ist. Die Botschaft hält dazu lediglich fest, dass die Massnahmen aufzuheben sind, wenn «der Grund für die Anordnung weggefallen»¹⁸²⁰ sei, sowie, dass diese «in regelmässigen Abständen zu überprüfen» seien. Dadurch wird der zuständigen Behörde bei der konkreten Ausgestaltung der beiden Massnahmen in Anbetracht einschneidender Grundrechtsverletzungen *allzu weitreichendes Ermessen* eingeräumt. Zudem würde nach 15 Tagen auch eine «Langzeit-Einzelhaft» i.S.v. Art. 44 NMR vorliegen, welche im Lichte der Vorgaben von Art. 43 NMR als andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung verboten ist, was in der künftigen Rechtsanwendung von Art. 81 Abs. 6 AIG ebenfalls Beachtung finden sollte.
- Im Hinblick auf die künftige Rechtsanwendung von Art. 81 Abs. 5 und 6 AIG ist zu fordern, dass die in der Vergangenheit liegenden *Erkenntnisse* von Polizei- oder Strafverfolgungsbehörden, welche auf eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit hindeuten, von der zuständigen Migrationsbehörde selbstständig auf ihre *Aktualität* überprüft werden.¹⁸²¹

¹⁸¹⁸ «Die blosse Möglichkeit solcher Beeinflussungsversuche reicht zur Anordnung einer Einzelhaft nicht aus. In jedem Einzelfall ist zudem zu prüfen, ob allenfalls mildere Mittel bestehen.» Botschaft PMT, BBl 2019 4817 f.

¹⁸¹⁹ EGMR, *Piechowicz v. Poland*, 20071/07 (2012), Ziff. 173; EGMR (Grosse Kammer), *Ilaşcu a. o. v. Moldova and Russia*, 48787/99 (Reports 2004-VII), Ziff. 243, 432 und 428 f.; EGMR, *Csüllög v. Hungary*, 30042/08 (2011), Ziff. 31 und 38; NKVF, Stellungnahme-PMT, S. 3.

¹⁸²⁰ Hierzu und zum nächsten Zitat Botschaft PMT, BBl 2019 4810.

¹⁸²¹ Dabei wird die zuständige Behörde zu begründen haben, weshalb diese zum Zeitpunkt der Anordnung einer Kontaktbeschränkung oder von Einzelhaft noch aktuell sind.

- Aus beweisrechtlicher Sicht bleibt unklar, welcher *Massstab an den Nachweis* eines von der ausländischen Person ausgehenden *beeinflussenden Verhaltens* gilt. Die beweisbelastete und begründungspflichtige Behörde muss dabei in jedem Einzelfall konkret und nachvollziehbar darlegen, inwiefern die betroffene ausländische Person Mitinhaftierte durch Gedankengut beeinflussen wollte, welches die künftige Ausübung von terroristischen Aktivitäten (i.S.v. Art. 19 Abs. 2 lit. a NDG) *begünstigen* könnte.¹⁸²²
- Namentlich wird die *zuständige Behörde zu begründen* haben, zu welchem Zeitpunkt bzw. in welcher Regelmässigkeit, gegenüber welcher Person und mittels welcher konkreter Verhaltensweisen resp. Äusserungen die mutmassliche Beeinflussung erfolgt sein soll, da die betroffene Person die Massnahme(n) andernfalls gar nicht sachgerecht anfechten kann. Da die Anordnung von Massnahmen nach Art. 81 Abs. 5 und 6 AIG überdies nur dann in Betracht kommt, wenn sich die erstellten Beeinflussungsversuche auf Personen beziehen, welche für etwaige Beeinflussungen empfänglich sind, wird die zuständige Behörde im Einzelfall auch zu begründen haben, inwiefern es sich bei der beeinflussten Person um ein «taugliches Beeinflussungssubjekt» handeln soll.
- Eine weitere Herausforderung in der künftigen Rechtsanwendung von Art. 81 Abs. 5 und 6 AIG liegt im Umstand, dass Art. 81 Abs. 3 AIG vorsieht, dass den *Bedürfnissen von Schutzbedürftigen, unbegleiteten Minderjährigen und Familien* mit Minderjährigen bei der Ausgestaltung der Haft Rechnung zu tragen ist.¹⁸²³ Soweit die konkrete Gefahr bzw. der Beeinflussungsversuch von einer (unbegleiteten) minderjährigen Person ausgehen sollte, müsste insbesondere die Anordnung von Einzelhaft von Beginn weg ausser Betracht fallen, da diese mit dem Kindeswohl unvereinbar wäre.¹⁸²⁴ Überdies wird es Art. 45 Abs. 2 NMR

¹⁸²² Diese Definition lehnt sich an den überzeugenderen Wortlaut von Art. 87 lit. d StGB an. Blosser Aussagen von Mitinhaftierten dürften dabei für sich nicht ausreichend sein, da andernfalls die Gefahr des «Anschwärzens» bestehen würde und die Schwelle an den Nachweis der Beeinflussung allzu tief angesetzt würde.

¹⁸²³ Nach Art. 80 Abs. 4 AIG ist die Anordnung einer Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft gegenüber Kindern und Jugendlichen, die das 15. Altersjahr noch nicht zurückgelegt haben, ausgeschlossen.

¹⁸²⁴ Überdies müssen Minderjährige die «Gelegenheit zu altersgerechten Spiel- und Erholungsmöglichkeiten erhalten und je nach Dauer des Aufenthaltes Zugang zu Bildung», Vgl. ZÜND, in: Spe-scha et al., Art. 81 AIG Rz 4.

zu beachten gelten, wonach die Verhängung von Einzelhaft «bei Gefangenen mit psychischen oder körperlichen Behinderungen» in jedem Fall verboten ist, «wenn ihr Zustand durch solche Massnahmen verschlimmert würde».

ac) Unübersichtlicher Rechtsschutz

Der *Rechtsschutz* rund um die Art. 81 Abs. 5 und 6 AIG gestaltet sich aus Sicht der die innere oder äussere Sicherheit angeblich gefährdenden ausländischen Person komplex. Die massgeblichen Hinweise ergeben sich lediglich aus der Botschaft:

- Die Zuständigkeit zur Anordnung von Kontaktbeschränkungen und Einzelhaft liegt bei der zuständigen (kantonalen) Behörde, wobei eine *zum Zeitpunkt der Haftanordnung* verfügte Kontaktbeschränkung der Überprüfung durch das Haftgericht¹⁸²⁵ unterliegt, während dem sich der Rechtsschutz im Falle einer der Haftanordnung *zeitlich nachgelagerten* Kontaktbeschränkung oder Einzelhaft nach dem im Einzelfall anwendbaren (kantonalen) Verfahrensrecht richtet.¹⁸²⁶
- Unklar bleibt, ob Personen, welche passiv von einer Kontaktbeschränkung nach Art. 81 Abs. 5 AIG betroffen sind, indem diese faktisch zur mit dem Kontaktverbot belegten Person keinen Kontakt mehr pflegen dürfen, zur Ergreifung eines Rechtsmittels gegen die verfügte Kontaktbeschränkung aktivlegitimiert sind.¹⁸²⁷
- In Anbetracht drohender schwerer Grundrechtseingriffe und der verfahrens- und materiell-rechtlich komplexen Fragen rund um die Anwendung der Art. 81 Abs. 5 und 6 AIG ist es zwingend geboten, dass die betroffene ausländische Person von der zuständigen Behörde auf ihren Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtsvertretung hingewiesen wird und diese bei erstellter Mittellosigkeit in aller Regel bereits im Verwaltungsverfahren beigeordnet wird.¹⁸²⁸

¹⁸²⁵ Dies ergibt sich aus Art. 80 Abs. 2 i.V.m. Abs. 4 AIG («Umstände des Haftvollzugs»). Vgl. Botschaft PMT, BBl 2019 4810.

¹⁸²⁶ Diesfalls richten sich die Verfahrensrechte der betroffenen ausländischen Person nach dem im Einzelfall anwendbaren kantonalen Verwaltungsverfahrenrecht. Vgl. dazu Botschaft PMT, BBl 2019 4810.

¹⁸²⁷ Die Frage dürfte sich insbesondere dann stellen, wenn zwischen der mit der Kontaktbeschränkung aktiv belegten und der passiv davon betroffenen Person eine durch Art. 8 EMRK geschützte Beziehung besteht. Hierzu auch weiter vorne bei den Ausführungen zum Kontaktverbot nach Art. 231 BWIS, §8, II., 3.

¹⁸²⁸ Hierzu ausführlicher weiter vorne §8, III., 4., C.

e.) Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass von der künftigen Rechtsanwendung von Art. 81 Abs. 5 AIG in Anbetracht der allzu hoch gegriffenen Anwendungsvoraussetzung der «konkreten Gefahr» grundsätzlich abzusehen ist, da diese im geschlossenen Haftregime kaum je erfüllt sein dürfte, da deren Verwirklichung in zeitlich kausaler Hinsicht weit entfernt ist. Daraus folgt auch, dass die Bestimmung von Art. 81 Abs. 6 AIG zur Einzelhaft kaum je zur Anwendung kommen dürfte, da diese wiederum eine vorgängig verfügte und missachtete Kontaktbeschränkung nach Abs. 5 verlangt. Sollte Abs. 5 dessen unbeachtlich dennoch angewendet werden, sind an die behördliche Begründungspflicht punkto der Aktualität der behördlichen Erkenntnisse, des konkreten Inhaltes der Beeinflussungsversuche, der besonderen Beeinflussbarkeit der potentiell beeinflussten Person sowie an die Verhältnismässigkeit der Massnahmen hohe Anforderungen zu stellen, da andernfalls eine sachgerechte Anfechtung der Kontaktbeschränkung verunmöglicht wird. In Anbetracht der damit verbundenen komplexen verfahrens- und materiell-rechtlichen Fragen ist zudem zu fordern, dass betroffene ausländische Personen in jedem Einzelfall auf die Möglichkeit des Beizugs einer Rechtsvertretung im Allgemeinen sowie bei erfüllter Mittellosigkeit auf den Beizug einer unentgeltlichen Rechtsvertretung im Besonderen hingewiesen werden.

IV. GEFÄHRDUNG DER INNEREN UND ÄUSSEREN SICHERHEIT IM ASYLG**1. Flüchtlingsanerkennung und Asyl**

Der Flüchtlingsbegriff von Art. 3 AsylG¹⁸²⁹ beruht auf Art. 1 A Ziff. 2 der Genfer Flüchtlingskonvention (FK)¹⁸³⁰, welche die Voraussetzungen zur Anerkennung einer Person

¹⁸²⁹ Nach Art. 3 Abs. 1 AsylG sind Flüchtlinge «Personen, die in ihrem Heimatstaat oder im Land, in dem sie zuletzt wohnten, wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Anschauungen ernsthaften Nachteilen ausgesetzt sind oder begründete Furcht haben, solchen Nachteilen ausgesetzt zu werden». Siehe hierzu POSSE-OUSMANE/PROGIN-THEUERKAUF, in: Amarelle/Nguyen, vol. IV, (LAsi), Art. 3 Rz 3 ff.; HRUSCHKA, in: Spescha et al., Art. 3 AsylG Rz 2 f.

¹⁸³⁰ SR 0.142.30. Für vertiefte und vergleichende Ausführungen zum internationalen Flüchtlingsbegriff siehe EGBUNA-JOSS, S. 14 ff.

als Flüchtling völkerrechtlich verbindlich festlegt.¹⁸³¹ Ob einer Person, welche die Flüchtlingseigenschaft erfüllt, auch der Asylstatus verliehen wird, beurteilt sich in der Schweiz ausschliesslich nach dem AsylG, da die FK keinen Asylstatus kennt.¹⁸³² Nach Art. 49 AsylG erhält eine Person dann Asyl, wenn diese die Flüchtlingseigenschaft erfüllt und keine Asylausschlussgründe nach Art. 53 f. AsylG vorliegen.¹⁸³³

2. Feststellung von Sicherheitsrisiken im Asylverfahren

Im Rahmen der Terrorismusbekämpfung übermittelt das SEM dem NDB Daten von Asylsuchenden, um «Personen mit einem staatsschutz-relevanten Profil identifizieren zu können»¹⁸³⁴. Diese Identifizierung der Asyldossiers basiert auf einem *zweistufigen Überprüfungsverfahren*.¹⁸³⁵ Vorab unterzieht das SEM die bestehenden Personendaten einer Suchabfrage in den nationalen und internationalen polizeilichen Informationssystemen und befragt die asylsuchende Person. Soweit die Person ein potenzielles Sicherheitsrisiko darstellen könnte, werden die Asyldossiers in einem zweiten Schritt vom NDB überprüft. Asyldossiers von Personen aus sogn. «Risiko-Staaten»¹⁸³⁶, namentlich Staaten, in denen terroristische Zellen agieren, legt das SEM dem NDB standardmässig vor.¹⁸³⁷ Der NDB untersucht ein Asyldossier, indem er die darin enthaltenen Personendaten

¹⁸³¹ Vgl. hierzu sowie zum nächsten Satz Botschaft AsylG, BBl 1996 71.

¹⁸³² «Die Flüchtlingskonvention geht danach in ihrer Dogmatik nicht von einer Asylgewährung aus, sondern umschreibt Mindestrechte für diejenigen Personen, die gemäss Artikel 1A Flüchtlingskonvention die Flüchtlingseigenschaft erfüllen.» Botschaft AsylG, BBl 1996 71. Siehe dazu interessant und teils kritisch NGUYEN, in: Amarelle/Nguyen, vol. IV, (LAsi), Art. 49 Rz 3 ff.

¹⁸³³ Vgl. dazu auch SFH, Handbuch Asyl- und Wegweisungsverfahren, S. 237; NGUYEN, in: Amarelle/Nguyen, vol. IV, (LAsi), Art. 49 Rz 3 ff.

¹⁸³⁴ BOLZ, Rz 2.

¹⁸³⁵ Hierzu und zum nächsten Satz BOLZ, Rz 11 (m.w.H.). Zum Ganzen siehe auch SFH, Handbuch Asyl- und Wegweisungsverfahren, S. 378 f.

¹⁸³⁶ «Welche Länder genau auf dieser vom Bundesrat abgesegneten Liste figurieren, ist geheim. Es ist aber klar, dass etwa Staaten wie Syrien, Irak, Afghanistan, Somalia oder Jemen darauf zu finden sind.» <https://www.blick.ch/politik/wegen-sicherheitsbedenken-geheimdienst-warnt-voor-12-asylsuchenden-id16282063.html>.

¹⁸³⁷ Vgl. hierzu und den nächsten zwei Sätzen BOLZ, Rz 10 ff.; Dritter TETRA-Bericht, S. 11 ff. In den Jahren 2018 resp. 2019 überprüfte der NDB insgesamt 5333 resp. 1196 Asyldossiers auf eine Bedrohung der inneren Sicherheit der Schweiz, wobei er in 25 resp. 21 Fällen auf ein Sicherheitsrisiko hinwies. Im Jahre 2020 wies der NDB in 12 von insgesamt 861 überprüften

einer Suchabfrage in den für diesen zugänglichen¹⁸³⁸ Informationssystemen unterzieht. Soweit der NDB Sicherheitsrisiken feststellt, nimmt er vertiefte Abklärungen vor. Er kann menschliche Quellen ausfindig machen und befragen oder Informationssuchen an Sicherheitsbehörden in- oder ausländischer Nachrichtendienste stellen.¹⁸³⁹ Kommt der NDB zum Schluss, dass eine asylsuchende Person über ein Profil verfügt, welches die Sicherheit der Schweiz gefährden könnte, teilt dieser dem SEM die wesentlichen Erkenntnisse in einem internen Amtsbericht mit.¹⁸⁴⁰ Im Amtsbericht wird die von der asylsuchenden Person ausgehende potentielle Gefährdung für die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz dargestellt und gegebenenfalls die Verweigerung der Erteilung oder der Widerruf eines bereits erteilten Asylgesuchs «empfohlen»¹⁸⁴¹. Der in Anwendung asylrechtlicher Bestimmungen ergehende Entscheid liegt in der sachlichen Zuständigkeit des SEM, da das schweizerische Asylrecht keine Rechtsgrundlage enthält, welche Fedpol oder dem NDB eine bindende Intervention in einem Asylverfahren erlauben würde.¹⁸⁴²

3. Folgen verübter (terroristischer) Straftaten

Verübt eine ausländische Person, die über den Asylstatus und/oder die Flüchtlings-eigenschaft verfügt, eine (terroristische) Straftat, kann dies flüchtlingsrechtliche und asylrechtliche Rechtsfolgen nach sich ziehen.

Fällen auf ein Sicherheitsrisiko hin. Vgl. zum Gesagten NDB Lagebericht 2019, S. 93; NDB Lagebericht 2020, S. 97; NDB Lagebericht 2021, S. 95.

¹⁸³⁸ Vgl. dazu u.a. die Art. 10 Abs. 4 lit. d, 11 Abs. 5 lit. d, 15 Abs. 4 lit. i, 16 Abs. 5 lit. a, Art. 17 Abs. 4 lit. c BPI. Zu den von Fedpol betriebenen Datenbanken und deren Relevanz im Kontext der Terrorismusbekämpfung §7, II., 3., C., b.).

¹⁸³⁹ Siehe Art. 17 NDV. «Um eine Personengefährdung zu vermeiden, werden allerdings keine Anfragen an die Ursprungsländer von zu überprüfenden Asylsuchenden gerichtet.» BOLZ, Rz 12.

¹⁸⁴⁰ Dritter TETRA-Bericht, S. 11 ff.; BOLZ, Rz 13. Zu den Amtsberichten siehe Fn. 1706.

¹⁸⁴¹ Vom NDB oder Fedpol formulierte Berichte haben empfehlenden Charakter und können vom SEM als Beweismittel frei gewürdigt werden. Vgl. BOLZ, Rz 14; EMARK 1998 Nr. 12 E. 6b.

¹⁸⁴² Vgl. BOLZ, Rz 14.

A. Ausschluss aus der Flüchtlingseigenschaft

Art. 1 F FK sieht vor, dass die Bestimmungen der FK auf verschiedene Personenkategorien keine Anwendung finden, wodurch diese Personen¹⁸⁴³ vom Schutz der Konvention ausgeschlossen sind.¹⁸⁴⁴ Dieser Ausschluss bezieht sich namentlich auf Personen, bei welchen «ernsthafte Gründe für den Verdacht bestehen», dass «sie ein Verbrechen gegen den Frieden, ein Kriegsverbrechen oder ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Sinne der internationalen Vertragswerke begangen haben» (lit. a), «dass sie ein schweres Verbrechen des gemeinen Rechtes *ausserhalb des Gastlandes* begangen haben, bevor sie dort als Flüchtling aufgenommen worden sind» (lit. b), oder «dass sie sich Handlungen zuschulden kommen liessen, die gegen die Ziele und Grundsätze der Vereinigten Nationen gerichtet sind» (lit. c)¹⁸⁴⁵.

¹⁸⁴³ Kommt es in einem Einzelfall zur Anwendung von Art. 1 F FK kann der betroffenen Personen zwar implizit die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt werden. Die Flüchtlingsanerkennung ist ihr aber zu verweigern. Vgl. auch SFH, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel D 4, S. 1.

¹⁸⁴⁴ Siehe zu Art. 1 F FK CARONI et al., S. 464 ff. Kommt Art. 1 F FK zur Anwendung kann sich die betroffene Person nicht auf das flüchtlingsrechtliche Rückschiebungsverbot nach Art. 33 Abs. 1 FK berufen, wonach kein Staat einen «Flüchtling in irgendeiner Form in das Gebiet eines Landes ausweisen oder zurückstellen (darf), wo sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder seiner politischen Anschauungen gefährdet wäre». Eine Wegweisung der betroffenen Person in den Heimatstaat ist aber dennoch (nur) dann möglich, wenn dieser dort keine Folter, unmenschliche oder erniedrigenden Behandlung nach Art. 3 EMRK droht. Dazu ausführlicher SFH, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel D 4, S. 5 f.; BGer 2C_108/2018 vom 28.9.2018 E. 3.2 (m.w.H.). In Bezug auf die Ausweisung von Personen mit Flüchtlingseigenschaft wegen terroristischer Delikte siehe *K.I. gegen Frankreich*. Der Beschwerdeführer ist russischer Staatsangehöriger tschetschenischer Ethnie welcher im Jahre 2013 in Frankreich den Flüchtlingsstatus erhielt. «Nachdem er 2015 wegen terroristischer Handlungen – u.a. war ihm vorgeworfen worden, nach Syrien in eine Kampfzone gereist zu sein, um sich dort als dschihadistischer Kämpfer zu betätigen – zu einer fünfjährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden war, wurde sein Flüchtlingsstatus widerrufen und seine Abschiebung nach Russland verfügt». Der EGMR kam zum Schluss, dass die französischen Behörden die Risiken (Anm. einer Verletzung von Art. 3 EMRK) rund um die Ausweisung des Beschwerdeführers nur ungenügend abgeklärt hätten. Vgl. dazu CARONI/PREISIG, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2020/2021, S. 406 m.H.a EGMR, *K.I. v. France*, Nr. 5560/19 (2021). Siehe dazu auch EGMR, *Shikhsaitov v. Slovakia*, 56751/16 und 33762/17 (2020).

¹⁸⁴⁵ Vgl. dazu Art. 1 F lit. c FK sowie EGBUNA-JOSS, S. 25 und 38. In diesem Kontext ist auch EuGH, *Lounani*, C-573/14, ECLI:EU:C:2017:71, interessant. Der Gerichtshof äusserte sich in diesem Urteil zur Frage, «ob eine antragstellende Person von der Anerkennung als Flüchtling ausgeschlossen werden kann, wenn sie zwar selbst nie eine terroristische Handlung begangen hat, aber wegen der Beteiligung an Aktivitäten einer terroristischen Vereinigung strafrechtlich verurteilt wur-

Nach Auffassung des BVGer stellen ausserhalb des Gastlandes¹⁸⁴⁶ verübte *terroristisch motivierte Straftaten* in der Regel ein schweres Verbrechen des gemeinen Rechts und/oder «*Verstösse gegen die Ziele und Grundsätze der UNO*» dar, welche zum Ausschluss aus der Flüchtlingseigenschaft führen könnten.¹⁸⁴⁷ Die *Aberkennung* einer bereits zuerkannten Flüchtlingseigenschaft hat mit *Zurückhaltung* zu erfolgen, da Flüchtlinge im Hinblick auf eine erfolgreiche Integration im Aufenthaltsstaat möglichst grosse Sicherheit haben sollten, dass ihr Status ohne triftigen Grund nicht neu beurteilt wird.¹⁸⁴⁸ Die *Beweislast* für das Vorliegen der Voraussetzungen zur Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft liegt bei den asylrechtlichen Behörden.¹⁸⁴⁹ Diese hat die verdachtsbegründenden «relevanten Tatsachen grundsätzlich zu beweisen»¹⁸⁵⁰. Der ernsthaft begründete Verdacht i.S.v. Art. 1 F FK erfordert demnach keine strafrechtlich festgestellte Schuld, jedoch ein Bündel konkreter Indizien, welches aus Sicht der beweisbelasteten asylrechtlichen Behörde auf einen konkreten Tatbeitrag und eine individuelle Verantwortung der Person im Zusammenhang mit einem Delikt nach Art. 1 F FK hindeutet.¹⁸⁵¹

de». PROGIN-THEUERKAUF, in: Asyl 1/17, S. 28. In diesem zentralen Urteil kam der Gerichtshof u.a. zum Schluss, dass «Handlungen, die den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen zuwiderlaufen», nicht nur die *Begehung* terroristischer Handlungen, sondern auch Hilfstätigkeiten umfassen können, dass eine (rechtskräftige) strafrechtliche Verurteilung nicht notwendig sei, dass der Begriff der Beteiligung an den Aktivitäten einer terroristischen Vereinigung weit zu verstehen sei und dass reine Vermutungen für die Annahme von terroristischen Handlungen für sich nicht ausreichend seien. Siehe dazu PROGIN-THEUERKAUF, in: Asyl 1/17, S. 30 (m.w.H.).

¹⁸⁴⁶ Zur Unzulässigkeit des Widerrufs der Flüchtlingseigenschaft bei Straftaten im Gastland siehe bereits EMARK 2003 Nr. 11 E. 8; BVGer E-4830/2006 vom 30.8.2007 E. 5.2.

¹⁸⁴⁷ Siehe BVGE 2018 VI/5 E. 3.7.5, E. 3.1: «Des actes de nature terroristes équivaudront pratiquement toujours à des crimes graves de droit commun; l'incitation à commettre des actes terroristes constitue une conduite contraire aux buts et principes de l'ONU ». Zur Thematik interessant EGBUNA-JOSS, S. 38 ff.; CARONI et al., S. 464 ff.

¹⁸⁴⁸ Siehe EMARK 2002 Nr. 8; BVGer E-4830/2006 vom 30.8.2007 E. 5.1.

¹⁸⁴⁹ Vgl. dazu EGBUNA-JOSS, S. 38 ff.; CARONI et al., S. 464 ff.; BVGer E-7408/2018 E. 4.2. (m.w.H.).

¹⁸⁵⁰ Hierzu BVGer E-7408/2018 E. 4.2., wonach die Aberkennungsgründe mindestens überwiegend wahrscheinlich gemacht werden müssen.

¹⁸⁵¹ Vgl. BVGE 2011/29 E. 9.2.3 f.; BVGer D-1975/2020 vom 18.9.2020 E. 7.1. Für den Ausschluss aus der Flüchtlingseigenschaft ist es bspw. unzureichend, wenn eine Person einzig einer Behörde angehört hat, welche solche Delikte begangen hat, ohne dass bei dieser hinreichende Anhaltspunkte auf einen individuellen Tatbeitrag bestehen würden. Vgl. dazu BVGer E-4830/2006 vom 30.8.2007 E. 5 (m.w.H.). Zu einem Ausschluss aus der Flüchtlingseigenschaft führte bspw. die

B. Asylausschluss oder –widerruf

Das schweizerische Asylrecht erfasst unter dem Begriff der «verwerflichen Handlungen» nach Art. 53 lit. a AsylG diejenigen Delikte, welche zwar nicht unter die flüchtlingsrechtliche Ausschlussklausel von Art. 1 F FK fallen, die wegen ihrer «Verwerflichkeit» aber die *Asylunwürdigkeit* der betroffenen Person zu rechtfertigen vermögen.¹⁸⁵² Als «verwerfliche Handlungen» gelten Verbrechen.¹⁸⁵³ Eine *nachträgliche Asylunwürdigkeit*, die den Widerruf eines bereits erteilten Asyls zu rechtfertigen vermag, verlangt gemäss Art. 63 Abs. 2 AsylG die Verübung «besonders verwerflicher»¹⁸⁵⁴ strafbarer Handlungen, was zumindest voraussetzt, dass die betroffene Person wegen eines Verbrechens¹⁸⁵⁵ rechtskräftig verurteilt wurde und die strafbare(n) Handlung(en) eine gewisse Intensität aufweist. Zur Beurteilung der Intensität sind die verletzten Rechtsgüter, der Umfang des Schadens und das Verhalten des Täters zu würdigen.¹⁸⁵⁶ Verübte terrorismusspezifische Straftaten¹⁸⁵⁷ qualifizieren in der Schweiz als Verbrechen, weshalb diese zu einem Asylausschluss oder –widerruf führen können.

Tätigkeit eines Irakers, welcher nach Ansicht des BVGer in seiner Tätigkeit in einem irakischen Sicherheitsdienst für Folterungen verantwortlich war. Vgl. BVGE 2010/43 E. 5.3.4.

¹⁸⁵² Hierzu und zum nächsten Satz ausführlicher SEM Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel D 4, S. 11 f. Siehe zu Art. 53 AsylG auch AMARELLE, in: Amarelle/Nguyen, vol. IV, (LAsi), Art. 53 Rz 1 ff.; HRUSCHKA, in: Spescha et al., Art. 53 AsylG Rz 1 ff.

¹⁸⁵³ Vgl. BVGer E-4824/2014 vom 16.2.2016 E. 5.1 (m.w.H.). Zum Verbrechensbegriff siehe Art. 10 Abs. 2 StGB. Ausführlicher zur Verwerflichkeit AMARELLE, in: Amarelle/Nguyen, vol. IV, (LAsi), Art. 53 Rz 6 ff.; HRUSCHKA, in: Spescha et al., Art. 53 AsylG Rz 4; CARONI et al., S. 475 ff..

¹⁸⁵⁴ Hierzu interessant BVGer E-6829/2007 E. 5.2 (m.w.H.). Ausführlicher zur besonderen Verwerflichkeit AMARELLE, in: Amarelle/Nguyen, vol. IV, (LAsi), Art. 63 Rz 28 ff.; HRUSCHKA, in: Spescha et al., Art. 63 AsylG Rz 9; CARONI et al., S. 475 ff..

¹⁸⁵⁵ «Nicht vorausgesetzt ist dagegen eine tatsächlich verhängte Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren. Unerheblich ist im Weiteren, ob die besonders verwerfliche Straftat erst nach der Asylgewährung begangen wurde oder bereits vorher, die Asylbehörden aber erst nachträglich von dieser Kenntnis erlangt haben», SEM Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel E 6, S. 11 (m.w.H.).

¹⁸⁵⁶ Siehe BVGE 2012/20 E. 5.1 f (m.w.H.); AMARELLE, in: Amarelle/Nguyen, vol. IV, (LAsi), Art. 63 Rz 29; HRUSCHKA, in: Spescha et al., Art. 63 AsylG Rz 12; CARONI et al., S. 477 ff.

¹⁸⁵⁷ Vgl. bspw. die Art. 74 Abs. 4 NDG; Art. 260^{ter} StGB, Art. 260^{quinquies} StGB, Art. 260^{sexies} StGB, welche im Zusammenhang mit terroristischen Straftaten maximale Strafandrohung von fünf oder zehn Jahren Freiheitsstrafe vorsehen. Hierzu ausführlicher weiter vorne §6, II.

In Bezug auf das *Beweismass* von Straftaten, die im Ausland begangen wurden, genügt die aus schwerwiegenden Gründen gerechtfertigte Annahme, wonach sich die Person einer (besonders) verwerflichen Straftat schuldig gemacht hat, wobei stets auf den individuellen Tatbeitrag abzustellen ist.¹⁸⁵⁸ Im Rahmen der Beurteilung der (besonderen) Verwerflichkeit einer strafbaren Handlung bzw. den damit verbundenen Rechtsfolgen hat die Asylbehörde im Einzelfall zudem dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit mittels Interessensabwägung¹⁸⁵⁹ Rechnung zu tragen.¹⁸⁶⁰

4. Folgen einer befürchteten Sicherheitsgefährdung

Im Falle von ausländischen Personen, welche über den Asylstatus verfügen und/oder als Flüchtlinge anerkannt wurden und welche von Fedpol als terroristische Gefährder i.S.v. Art. 23e BWIS kategorisiert wurden, bestehen Anhaltspunkte für die künftige Ausübung einer strafbaren terroristischen Aktivität. Dabei stellt sich die Frage, inwieweit diese Anhaltspunkte für sich betrachtet eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit darstellen und welche flüchtlings- und asylrechtlichen Rechtsfolgen gegebenenfalls daran anknüpfen.

¹⁸⁵⁸ Siehe BVGE 2011/29 E. 9.2.3 f. In diesem Zusammenhang ist BVGer D-1975/2020 vom 18.9.2020 interessant, in welchem der Asylausschluss eines LTTE-Mitgliedes zur Debatte stand. Dabei hielt das BVGer fest: «Liegt eine entsprechende Delinquenz vor, vermag die alleinige Tatsache einer Mitgliedschaft bei einer extremistischen Organisation grundsätzlich nicht zur Folgerung der Asylunwürdigkeit führen. Vielmehr ist von einer pauschalen Betrachtungsweise Abstand zu nehmen und, wie erwähnt, der individuelle Tatbeitrag zu welchem die Schwere der Tat und der persönliche Anteil am Tatentscheid wie auch das Motiv des Täters und allfällige Rechtfertigungs- oder Schuld minderungsgründe zu zählen sind, zu ermitteln», siehe E. 7.1. In Gutheissung der Beschwerde verneinte das BVGer aufgrund der Aktenlage einen konkreten und individuellen Tatbeitrag zu verwerflichen Handlungen, vgl. E. 7.2.4. Allgemein zur Problematik der Würdigung von potentiell strafbaren Handlungen durch eine Verwaltungsbehörde FREHNER/MULLIS, S 162.

¹⁸⁵⁹ Darin sind «die seit der Tatbegehung verstrichene Zeit, das Verhalten des Täters (Rückfälle, Reue, Integrationsbemühungen etc.), das ausgesprochene Strafmass (als Gradmesser für die «Intensität» der begangenen Tat) sowie der Umstand, dass der Widerruf des Asyls nicht automatisch zum Verlust des Aufenthaltsrechts in der Schweiz führt», zu berücksichtigen. Siehe hierzu SEM Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel E 6, S. 12 (m.w.H.). Siehe auch BVGer D-2666/2017 vom 27.11.2018 (Verhältnismässigkeit des Asylwiderrufs verneint).

¹⁸⁶⁰ Siehe BVGE 2011/29 E. 9.2.3 f.; BVGE 2012/20 E. 6.1. HRUSCHKA, in: Spescha et al., Art. 63 AsylG Rz 12.

A. Zum Begriff der inneren oder äusseren Sicherheit

Nach Art. 53 lit. b AsylG wird als Flüchtling anerkannten Personen dann kein Asyl gewährt, wenn diese «die innere oder die äussere Sicherheit der Schweiz verletzt haben oder gefährden». Weiter kann das SEM einen bereits gewährten Asylstatus im Falle der Verletzung oder Gefährdung der inneren Sicherheit gestützt auf Art. 63 Abs. 2 lit. a AsylG widerrufen. Dem Begriff der *Verletzung* der inneren oder äusseren Sicherheit kommt nach Ansicht des Schreibenden keine eigenständige Bedeutung zu, da diesem stets eine *Gefährdung* der inneren oder äusseren Sicherheit vorgelagert ist, welche bereits die entsprechenden Rechtsfolgen nach sich zieht.¹⁸⁶¹ Der unbestimmte Rechtsbegriff der «inneren oder äusseren Sicherheit» stimmt in diesen beiden Bestimmungen inhaltlich überein.¹⁸⁶² Er beschlägt die sicherheitspolitischen Interessen der Schweiz und erfasst entsprechend nur potentiell schwerwiegende und staatsgefährdende (Straf-)Taten, welche den Vorrang der staatlichen Gewalt im militärischen und politischen Bereich gefährden, wozu u.a. auch konkrete terroristische Bedrohungen zählen.¹⁸⁶³

B. SEM als beweisbelastete und rechtsanwendende Behörde

Die Prüfung der Rechtsfrage, ob ein bestimmter Sachverhalt eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit i.S.v. Art. 53 lit. b oder Art. 63 Abs. 2 lit. a AsylG darstellt, obliegt dem SEM als zuständige Asylbehörde. Ebenso liegt die diesbezügliche *Beweislast* beim SEM, welches «angesichts einer möglichen Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz nicht dazu gehalten (ist), einen strikten Beweis zu erbringen»¹⁸⁶⁴. Es hat aber, «selbst unter Berücksichtigung des präventiven Charakters der Gesetzesbestimmung», «substantielle Verdachtsmomente» für eine Gefährdung der

¹⁸⁶¹ Hierzu ausführlicher weiter vorne §7, IV., 2., A.

¹⁸⁶² Siehe HRUSCHKA, in: Spescha et al., Art. 63 AsylG Rz 10. So auch BVGE 2013/23 E. 3.2; BVGer D-1922/2018 vom 8.12.2020 E. 4.2. Da ein Asylausschluss oder –widerruf den Flüchtlingsstatus einer Person unberührt belässt und so gesehen für sich bloss beschränkte nachteilige Auswirkungen habe, seien die Begriffe der «Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit» in Art. 53 und 63 AsylG zumindest ebenso streng auszulegen wie in anderen ausländer- oder bürgerrechtlichen Erlassen. Vgl. BVGE 2018 VI/5 E. 3.2; MULLIS/FREHNER, S. 158.

¹⁸⁶³ Vgl. Hierzu statt vieler BVGer E-6829/2007 E. 5.2; Botschaft AsylG BBl 1996 II 1, 72.

¹⁸⁶⁴ BVGer D-1922/2018 vom 8.12.2020 E. 4.3.

inneren oder äusseren Sicherheit darzulegen, die sich auf ein Bündel konkreter Indizien stützen müssen, womit blossе Mutmassungen ungenügend sind.¹⁸⁶⁵

In Bezug auf die Begründung einer Sicherheitsgefährdung i.S.v. Art. 53 lit. b oder Art. 63 Abs. 2 lit. a AsylG kommen nachrichtendienstlichen und polizeilichen Erkenntnisse bzw. deren Verwendung, wie die nachfolgenden Beispiele aus der Kasuistik veranschaulichen werden, grosse praktische Relevanz zu.¹⁸⁶⁶ Ein Asylausschluss oder -widerruf ergeht als Verfügung. Daher hat das SEM vor deren Erlass stets die Verhältnismässigkeit der beabsichtigten Massnahme zu prüfen.¹⁸⁶⁷

C. Ausgewählte Kasuistik

a.) Gefährdung verneint: Anforderungen an NDB-Amtsberichte

Ein interessantes Urteil betraf den Fall¹⁸⁶⁸ eines syrischen Staatsangehörigen (Beschwerdeführer), welcher seit 2009 mit seiner Familie mit Asylstatus als Flüchtling in der Schweiz lebte. Im Jahre 2017 teilte das SEM dem Beschwerdeführer mit, dass es das ihm gewährte Asyl aufgrund einer Gefährdung der inneren und äusseren Sicherheit i.S.v. Art. 63 Abs. 2 lit. a AsylG zu widerrufen gedenke, wogegen er Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) erhob. Das SEM begründete seinen Entscheid mit Erkenntnissen aus einem NDB-Amtsbericht, wonach er streng gläubig sei und eine konservative resp. islamistische Auslegung des Islams befürworte.¹⁸⁶⁹ Zudem habe er «für die internationale Islamische Liga mit Sitz in Mekka gearbeitet», pflege «Kontakte zu Personen mit einer radikal-islamistischen Einstellung», sei ein Anhänger einer jihadistischen Gruppierung und soll sich bei «anderen Personen erkundigt haben, ob sie ihn nach Syrien begleiten würden». Aufgrund seiner Tätigkeit als Imam sei es möglich,

¹⁸⁶⁵ Vgl. zu diesem Satz und den darin enthaltenen Zitaten BVGer D-1922/2018 vom 8.12.2020 E. 4.3. Ferner BVGE 2013/23 E.3.3 (m.w.H.); vgl. auch HRUSCHKA, in: Spescha et al., Art. 63 AsylG Rz 10.

¹⁸⁶⁶ Ausführlicher zur Feststellung sicherheitsrelevanter Umstände im Migrationsbereich weiter vorne §9, II.

¹⁸⁶⁷ BVGE 2013/23 E.3.4. Ausführlicher zur inhaltlich gleichen Verhältnismässigkeitsprüfung im Zusammenhang mit der Asylunwürdigkeit und dem Asylwiderruf wegen begangener (besonders) verwerflicher Straftaten weiter vorne §9, IV., 3., B.

¹⁸⁶⁸ Vgl. Hierzu und zum nächsten Satz BVGer D-1922/2018 vom 8.12.2020 Sachverhalt lit. E.

¹⁸⁶⁹ Vgl. Hierzu und den nächsten drei Sätzen BVGer D-1922/2018 vom 8.12.2020 E. 5.1.

dass er weiteren Personen seine «Sicht des Islams näherbringe und sich diese Personen deswegen radikalalisieren könnten». Nach Ansicht des SEM begründet der Amtsbericht «substantiell verdichtete Verdachtsmomente», «die auf einem Bündel von konkreten Indizien beruhen würden und zum Schluss kommen liessen, dass der Beschwerdeführer eine Gefahr für die innere und äussere Sicherheit der Schweiz darstelle». Das Gericht prüfte, ob der gestützt auf die Informationen des NDB erstellte, Sachverhalt «überhaupt geeignet ist, eine Gefährdung der inneren oder der äusseren Sicherheit der Schweiz»¹⁸⁷⁰ und den Widerruf des Asyls zu begründen. Vorab rief das Gericht in Erinnerung, dass für einen Asylwiderruf im Zusammenhang mit der Gefährdung der inneren oder der äusseren Sicherheit «blosse Mutmassungen» nicht ausreichend seien.¹⁸⁷¹

In casu habe der NDB lediglich erwähnt, dass eine Gefährdung «nicht auszuschliessen» sei. Dabei kritisierte das Gericht, dass «das SEM aus dem Amtsbericht des NDB eine Folgerung ableitete, welche über die vorsichtige Einschätzung des Nachrichtendienstes hinausgeht»¹⁸⁷², indem es die vom Beschwerdeführer ausgehende Gefährdung als «überwiegend wahrscheinlich» erachtete. Zur Begründung verwies das SEM auf eine «Gesamtwürdigung», die sich einerseits auf den Amtsbericht des NDB stützte und andererseits auf Erkenntnissen allgemeiner Natur¹⁸⁷³ basierte, welche sich nicht spezifisch auf die Person des Beschwerdeführers bezogen. In Bezug auf den Aussagegehalt des nachrichtendienstlichen Amtsberichtes stellte das Gericht fest, dass dessen belastender Inhalt lediglich auf den Aussagen einer Privatperson beruhe.¹⁸⁷⁴ Massgeblich berücksichtigte das Gericht, dass der NDB diese Aussagen nicht (mittels anderer Mittel) überprüfte resp. verifizierte sowie dass der NDB aufgrund der Aussagen der Privatperson zwecks «weiterer Abklärungen zur Person des Beschwerdeführers im Zusammenhang

¹⁸⁷⁰ Vgl. hierzu BVGer D-1922/2018 vom 8.12.2020 E. 6.1.

¹⁸⁷¹ Vgl. hierzu und dem nächsten Satz BVGer D-1922/2018 vom 8.12.2020 E. 6.2.1.

¹⁸⁷² Vgl. hierzu und den nächsten zwei Sätzen BVGer D-1922/2018 vom 8.12.2020 E. 6.2.2.

¹⁸⁷³ Das SEM erwähnte u.a.: «die allgemeine Bedrohungslage in Europa, das von Rückkehrern aus dschihadistischen Konfliktgebieten und radikal-islamistischer Propaganda ausgehende Gewaltpotential sowie das gesetzgeberische Anliegen, propagandistische und terroristische Aktivitäten präventiv zu unterbinden und gegebenenfalls zu sanktionieren», BVGer D-1922/2018 vom 8.12.2020 E. 6.2.2.

¹⁸⁷⁴ Hierzu und zum nächsten Satz BVGer D-1922/2018 vom 8.12.2020 E. 6.3.3.

mit dessen Gefährdungsprofil»¹⁸⁷⁵ eine Anfrage an eine schweizerische Polizeibehörde richtete, welche jedoch «keine zusätzlichen sicherheitsrelevanten Informationen über den Beschwerdeführer» an den Tag legte. Folglich ging das Gericht davon aus, «dass eine unabhängige Verifizierung der Angaben der genannten einzigen Quelle nicht möglich war». Das Gericht kritisierte auch, dass nicht nachvollziehbar sei, weshalb sich der Amtsbericht nicht «wie grundsätzlich verlangt, auf mehrere Informationen unterschiedlicher Herkunft» stütze.¹⁸⁷⁶ Das Gericht kam zum Schluss, dass gestützt auf den Amtsbericht und die weiteren aktenkundigen Informationen «keine ausreichenden Erkenntnisse vorliegen» würden, welche eine vom Beschwerdeführer ausgehende Gefährdung der inneren oder der äusseren Sicherheit der Schweiz und einen damit verbunden Asylwiderruf nach Art.63 Abs. 2 lit. a AsylG begründen könnten.¹⁸⁷⁷

b.) Gefährdung bejaht: Vermutung der unrechtmässigen Tätigkeit

aa) Sachverhalt

Ein gleichermassen zentrales¹⁸⁷⁸ wie umstrittenes¹⁸⁷⁹ Urteil im Zusammenhang mit dem Begriff der Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit i.S.v. Art. 53 lit. b AsylG ist BVGE 2018 VI/5. In der Sache ging es um den Asylausschluss eines türkischen Staatsangehörigen mit kurdischer Ethnie (Beschwerdeführer), welcher im April 2012 in der Schweiz um Asyl ersuchte und im April 2014 als Flüchtling anerkannt wurde.¹⁸⁸⁰

¹⁸⁷⁵ Hierzu sowie zum gesamten Satz BVGer D-1922/2018 vom 8.12.2020 E. 6.3.3.

¹⁸⁷⁶ «Viel mehr ist festzustellen, dass keinerlei Hinweise darauf bestehen, der NDB hätte durch den Einsatz sonstiger nachrichtendienstlicher Mittel irgendwelche konkreten Informationen in Bezug auf die Person des Beschwerdeführers erlangen können, welche geeignet wären, ein spezifisches Sicherheitsrisiko im Sinne von Art.63 Abs.2 Bst. a AsylG zu bejahen.» BVGer D-1922/2018 vom 8.12.2020 E. 6.3.3. Das Gericht rügte, dass diese allgemeinen Erkenntnisse bereits im Amtsbericht des NDB Berücksichtigung gefunden hatten.

¹⁸⁷⁷ BVGer D-1922/2018 vom 8.12.2020 E. 6.4, 7.

¹⁸⁷⁸ « Plus généralement, la question de savoir à quelles conditions un réfugié peut se voir exclu de l'asile pour mise en danger de la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse n'a guère fait l'objet de jurisprudence », BVGE 2018 VI/5 E. 4.4. (m.w.H.).

¹⁸⁷⁹ Diesem Urteil kommt die unrühmliche «Ehre» zu, dass es von der rechts- und fachkundigen Jury der Zeitschrift «plädoyer» in der Kategorie «Fehlurteil 2018» auf den zweiten Rang gewählt wurde. Siehe SCHMID, S. 91 f.

¹⁸⁸⁰ Hierzu und den nachfolgenden Ausführungen zum Sachverhalt BVGE 2018 VI/5 Sachverhalt, lit. K und S.

Im Dezember 2012 hielt er sich in den Niederlanden an einer Veranstaltung auf, wo er mit weiteren Teilnehmenden kurzzeitig festgenommen wurde. Die Veranstaltungsteilnahme und seine Festnahme hatten zwar keine strafrechtlichen Folgen. Hingegen führten diese dazu, dass er auf den Radar des NDB gelangte. In einem NDB-Bericht zu Händen des SEM hielt dieser fest, dass der Beschwerdeführer als Kadermitglied der PKK¹⁸⁸¹-Jugendorganisation «Komalên Ciwan»¹⁸⁸² bekannt sei. Dieser Bericht stützte sich auf «eine öffentlich zugängliche Quelle, welche bestätige, dass die niederländische Polizei am 3. Dezember 2012 insgesamt 55 angeblich hochrangige Führungskräfte von <Komalên Ciwan> und der <Yekîtiya Xwendekarên Kurdistan> (YXK)¹⁸⁸³ verhaftet habe»¹⁸⁸⁴. Die PKK wird von der Schweiz nicht als terroristische Organisation beurteilt.¹⁸⁸⁵ Entsprechend stand beim Beschwerdeführer nicht die Beteiligung an einer kriminellen (bzw. terroristischen) Organisation nach Art. 260^{ter} aStGB bzw. eine anderweitig verübte (besonders) verwerfliche Straftat infrage, sondern eine potentielle Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz.¹⁸⁸⁶

ab) Vermutung der unrechtmässigen Tätigkeit

Nach Auffassung des angerufenen Bundesverwaltungsgerichts bedeute das in der Schweiz fehlende Verbot der PKK nicht, dass bestimmte Aktivitäten der PKK oder ihr verwandter Organisationen nicht dennoch eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit

¹⁸⁸¹ «Die im Jahre 1978 in der Türkei von einer Gruppe um Abdullah Öcalan gegründete Arbeiterpartei Kurdistans (PKK) definierte sich als zentralistisch geführte, straff organisierte, den Zielen des Marxismus/Leninismus verpflichtete revolutionäre Kaderorganisation mit dem Ziel, in den von Kurden besiedelten Gebieten im Osten der Türkei und den angrenzenden kurdischen Regionen in Syrien, Iran und Irak einen sozialistischen kurdischen Nationalstaat unter ihrer alleinigen Führung zu gründen.» TPF 2012 114 E. 7.4. (m.w.H.). Zur Geschichte der PKK siehe auch BVGE 2018 VI/5 E. 4.

¹⁸⁸² Die PKK sucht ihre Politik mittels sog. «Massenorganisationen» zu popularisieren, indem sie ihre Anhänger nach sozialen Kriterien und/oder Berufs- und Interessensgruppen organisiert, wobei die Jugendorganisation «Komalên Ciwan» eine solche darstellt. Siehe BUNDESAMT FÜR VERFASSUNGSSCHUTZ, Verfassungsschutzbericht PKK, S. 14.

¹⁸⁸³ Dies ist der «Dachverband der Studierenden aus Kurdistan in Europa», welcher eine andere Massenorganisation der PKK darstellt. Dazu ausführlicher Verfassungsschutzbericht PKK, S. 14.

¹⁸⁸⁴ FREHNER/MULLIS, S. 155.

¹⁸⁸⁵ Dies im Unterschied zur EU, wo die PKK eine verbotene terroristische Organisation darstellt. Vgl. dazu BVGE 2018 VI/5 E. 4.2 (m.w.H.)

¹⁸⁸⁶ Zu Art. 260^{ter} aStGB sowie dessen per 1. Juli 2021 revidierte Fassung weiter vorne §6, II., 2.

der Schweiz i.S.v. Art. 53 lit. b AsylG begründen könnten.¹⁸⁸⁷ Die bewaffneten Zweige der PKK seien als kriminelle (terroristische) Organisation i.S.v. Art. 260ter aStGB zu erachten.¹⁸⁸⁸

Die Frage, ob die PKK als Ganzes sowie die «Komalên Ciwan» im Besonderen unter Art. 260ter aStGB fällt, liess das Gericht offen. In casu differenzierte das Gericht zwischen einfacher politischer Propaganda im öffentlichen Raum und der logistischen¹⁸⁸⁹ Unterstützung der militärischen Fraktionen der PKK, wobei letztere Aktivitäten geeignet seien eine Gefährdung i.S.v. Art. 53 lit. b AsylG zu begründen.¹⁸⁹⁰ Das Gericht erachtete die nachrichtendienstlichen Einschätzung, wonach die Anwesenheit des Beschwerdeführers an der Veranstaltung in den Niederlanden eine Kaderposition des Beschwerdeführers in der «Komalên Ciwan» nahelegen würde als plausibel, da ordentliche Mitglieder nicht zu dieser Art von Veranstaltung eingeladen würden.¹⁸⁹¹ Das Vorliegen von nachrichtendienstlichen Informationen über eine Person, welche konkrete Kontakte resp. eine hinreichende Nähe zu einer radikalen Organisation aufweise, die terroristische oder gewaltextremistische Handlungen unterstütze oder sich daran beteilige, sei geeignet die *Vermutung* zu begründen, dass die betroffene Person *eine unrechtmässige Tätigkeit ausübe*, welche geeignet sei die Sicherheit der Schweiz zu gefährden.¹⁸⁹² Diese Vermutung könne von der betroffenen Person «durch eine hinreichende, erkennbare und glaubhafte Distanzierung von der Ideologie, den Zielen und den Mitteln der be-

¹⁸⁸⁷ Vgl. BVGE 2018 VI/5 E. 4.3. Umgekehrt hält das Bundesverwaltungsgericht im Urteil auch fest, dass die Mitgliedschaft in der PKK nicht automatisch eine den Asylausschluss ermöglichende «verwerfliche Handlung» i.S.v. Art. 53 lit. a AsylG darstelle (vgl. E. 4.5). Dazu weiter vorne §9, IV., 3., B.

¹⁸⁸⁸ Vgl. BVGE 2018 VI/5 E. 2.2.2 m.H.a. TPF 2012 114. Vgl. hierzu auch das später ergangene Urteil BGer 1C_228/2020 vom 12.6.2020.

¹⁸⁸⁹ Das Gericht nennt beispielhaft Propaganda für gewalttätige Aktionen, Rekrutierung von Führungskräften, die Förderung von gewalttätigem Extremismus, die Rekrutierung von Kämpfern oder das Sammeln von Spenden. Vgl. BVGE 2018 VI/5 E. 4.9.

¹⁸⁹⁰ Vgl. BVGE 2018 VI/5 E. 4.9.

¹⁸⁹¹ Vgl. hierzu und zum nächsten Satz BVGE 2018 VI/5 E. 5.1.

¹⁸⁹² BVGE 2018 VI/5 Regeste (2.) und E. 3.9. Diese Vermutung wurde (richtigerweise) im neueren BVGer D-1922/2018 vom 8.12.2020 so nicht übernommen. Ausführlicher zu Letzterem Urteil weiter vorne §9, IV., 4., C., a.).

treffenden radikalen Organisation *widerlegt* werden»¹⁸⁹³. Unter Berücksichtigung des Ziels¹⁸⁹⁴ der «Komalên Ciwan», namentlicher der Rekrutierung junger KämpferInnen für den bewaffneten Flügel der PKK, stelle die Zugehörigkeit des Beschwerdeführers vermutungsweise eine Gefährdung i.S.v. Art. 53 lit. b AsylG dar.

ac) Würdigung

Diese Vermutung stiess u.a. deswegen auf Kritik¹⁸⁹⁵, weil diese zu einer faktischen Beweislastumkehr führen soll, wonach die betroffene Person die (negative) Tatsache zu beweisen habe, dass sie die Asylausschlussgründe nicht erfülle, woraus wiederum ein Spannungsverhältnis zur asylrechtlichen Wahrheits- und Mitwirkungspflicht¹⁸⁹⁶ resultiert. Indem das Gericht den Asylausschluss bestätigte, obwohl dem Betroffenen kein strafrechtlich relevantes Verhalten vorgehalten werden konnte, sei Art. 53 lit. b AsylG überdies zu einem *Auffangtatbestand*¹⁸⁹⁷ ausgedehnt worden.¹⁸⁹⁸ Hierzu passe auch, dass die «Gefährdung der äusseren Sicherheit» im Entscheid einem *extensiven Begriffsverständnis* unterzogen worden sei, wonach «sämtliche Handlungen, welche die Neutralitätspolitik der Schweiz potenziell beeinträchtigen könnten, eine Gefährdung der Sicherheit der Schweiz»¹⁸⁹⁹ bewirken könnten. In Bezug auf den erforderlichen Gefährdungsgrad fällt zudem auf, dass das BVGer eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit in casu bereits deshalb bejahte, weil der Beschwerdeführer eine

¹⁸⁹³ BVGE 2018 VI/5 Regeste (3.) E. 3.11.

¹⁸⁹⁴ Hierzu ausführlicher BVGE 2018 VI/5 E. 4.5, 4.7.

¹⁸⁹⁵ Siehe FREHNER/MULLIS, S. 167; HRUSCHKA/FREHNER, in: ASYL1/19, S. 46.

¹⁸⁹⁶ In diesem Zusammenhang wird auch das Paradox deutlich, wonach eine asylsuchende Person im Asylverfahren einerseits gehalten ist, ihre Fluchtgründe glaubhaft darzulegen, wozu bspw. deren politisches Engagement im Heimatstaat gehören kann und sich die nämliche Person andererseits zur Widerlegung der Vermutung bzw. zur Verhinderung eines Asylausschluss vom vormaligen gelebten politischen Aktivismus vollständig zu distanzieren hätte, selbst wenn diese Organisation in der Schweiz nicht verboten sein sollte. Vgl. dazu humanrights.ch, Asylausschluss; FREHNER/MULLIS, S. 167.

¹⁸⁹⁷ «Durch die Entkoppelung der Asylunwürdigkeit von strafrechtlich relevantem Verhalten und mit einer geradezu ausufernden Auslegung des Begriffs der «Gefährdung» der inneren und äusseren Sicherheit konstruiert das BVGer aus Art. 53 lit. b AsylG einen Auffangtatbestand, dessen Konturen verschwommen bleiben», FREHNER/MULLIS, S. 160 (m.w.H.).

¹⁸⁹⁸ Vgl. dazu BVGE 2018 VI/5 E. 3.6.2.

¹⁸⁹⁹ HRUSCHKA, in: Spescha et al., Art. 53 AsylG Rz 9; BVGE 2018 VI/5 E. 3.6.2.

«minimale potenzielle Bedrohung»¹⁹⁰⁰ derselben darstellen könnte. Die Auslegung, wonach eine «minimale potenzielle Bedrohung» bereits für eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit ausreichend sein solle, geht nach Auffassung des Schreibenden definitiv zu weit. Letztlich beruht diese auf einer abstrakten Gefährdung, ohne dass mutmasslich strafbare Verhaltensweise oder eine konkrete Sicherheitsgefährdung erforderlich wären. Ebenso problematisch ist nach Ansicht des Schreibenden, dass eine «minimale potenzielle Bedrohung» stets dann gegeben sein soll, wenn der NDB im Einzelfall sicherheitsrelevante Vorbehalte gegenüber der betroffenen Person geltend macht.¹⁹⁰¹ Diesfalls würde das Ermessen des SEM zur Beurteilung der Gefährdung im Einzelfall weitestgehend aufgehoben und die zur Verfügung der Asylunwürdigkeit oder des Asylausschlusses zuständige Asylbehörde zum willenslosen Ausführungsgehilfen des NDB.¹⁹⁰²

D. Zwischenfazit zum «ausländischen terroristischen Gefährder»

In Bezug auf ausländische Personen, welche über die Flüchtlingseigenschaft und den Asylstatus verfügen, kann die blossе Qualifikation als terroristischen Gefährder wegen bestehender konkreter und aktueller Anhaltspunkte für die künftige Ausübung von terroristischen Aktivitäten (i.S.v. Art. 23e BWIS) nicht zur automatischen Aberkennung/Nichterteilung der Flüchtlingseigenschaft führen, da diese spezifische und bereits verübte Straftat(en) resp. einen konkreten diesbezüglichen Verdacht verlangen. Mangels ausgeübter (besonders) verwerflicher Handlung fällt auch ein Asylausschluss resp. – widerrufen gestützt auf Art. 53 lit. a resp. Art. 63 Abs. 2 AsylG ausser Betracht. Im Einzelfall

¹⁹⁰⁰ BVGE 2018 VI/5 E. 3.7.5 (m.w.H.).

¹⁹⁰¹ « Il faut toutefois que celle-ci représente un potentiel minimal de menace », BVGE 2018 VI/5 E. 3.7.5., wonach eine solche minimale Bedrohung gemäss Bundesverwaltungsgericht zumindest dann erfüllt ist, wenn die Person Subjekt von nachrichtendienstlichen Überwachungsmaßnahmen oder eines nachrichtendienstlichen Konsultationsverfahrens zwischen SEM und NDB gewesen sei.

¹⁹⁰² Basierend auf dieser Argumentation hätte im neueren BVGer D-1922/2018 vom 8.12.2020 ebenfalls eine Gefährdung bejaht werden müssen. Hierzu ausführlicher weiter vorne §9, IV., 4., C., a.). Tatsächlich gehört es gerade zu den Aufgaben der im Einzelfall zuständigen Migrationsbehörde die bestehenden nachrichtendienstlichen Informationen angemessen zu würdigen. Ausführlicher weiter hinten §9, VI., 4.

wäre es denkbar, dass gegen einen ausländischen terroristischen Gefährder ein Asylausschluss resp. –widerruf wegen Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit nach Art. 53 lit. a resp. Art. 63 Abs. 2 lit. a AsylG ausgesprochen würde. Dabei ist es zentral, dass das SEM nachrichtendienstliche oder polizeiliche Erkenntnisse nicht unbesehen übernimmt, sondern eigenständig würdigt. Je dünner resp. minimaler die Beweislage punkto angeblicher Gefährdung im Einzelfall ausfällt, umso eher könnte sich dabei ein Asylausschluss resp. –widerruf als unverhältnismässig erweisen. Zudem sollten die im Einzelfall erstellten Anhaltspunkte auf möglichst verschiedenen Informationsquellen beruhen. Eine lediglich «minimale potenzielle Bedrohung» der inneren oder äusseren Sicherheit i.S.v. BVGE 2018 VI/6 erinnert an blossе Mutmassungen, welche die Anwendung der Art. 53 lit. a resp. Art. 63 Abs. 2 lit. a AsylG gerade nicht zu rechtfertigen vermögen, da das BVGer grundsätzlich «substantielle Verdachtsmomente» für eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit verlangt, welche sich auf ein Bündel konkreter Indizien stützen müssen.¹⁹⁰³

V. GEFÄHRDUNG DER INNEREN UND ÄUSSEREN SICHERHEIT IM BÜG

In Bezug auf Personen, welche von Fedpol gestützt auf Art. 23e BWIS als terroristische Gefährder kategorisiert wurden und die das schweizerische Bürgerrecht inskünftig erlangen möchten oder dies bereits getan haben, enthält die bürgerrechtliche Gesetzgebung verschiedene Bestimmungen, welche im Einzelfall anwendbar sein könnten. Wie im Bereich der vorbesprochenen ausländer- und asylrechtlichen Bestimmungen differenziert auch das BüG in seinen Rechtsfolgen zwischen einer erfolgten Verletzung der öffentlichen Sicherheit und einer von der Person ausgehenden Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz. Folglich gilt es im Einzelfall einerseits zu unterscheiden, ob die betroffene Person einbürgerungswillig ist oder bereits eingebürgert wurde sowie anderseits, ob diese Person eine Straftat bereits verübt hat (dazu 1.) und/oder ob von dieser eine potentielle Sicherheitsgefährdung (dazu 2.) ausgeht.

¹⁹⁰³ Vgl. zu diesem Satz und den darin enthaltenen Zitaten BVGer D-1922/2018 vom 8.12.2020 E. 4.3. Ferner auch BVGE 2013/23 E.3.3 (m.w.H.).

1. Bereits verübte (terroristische) Straftaten

A. Verweigerung der Einbürgerung

Neben weiteren Einbürgerungsvoraussetzungen verlangt Art. 11 lit. a BüG, dass eine einbürgerungswillige Person in der Schweiz erfolgreich integriert ist.¹⁹⁰⁴ Gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. a BüG zeigt sich eine erfolgreiche Integration u.a. in der Beachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.¹⁹⁰⁵ Gemäss Art. 4 Abs. 1 BÜV liegt eine *Nichtbeachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung* dann vor, wenn die einbürgerungswillige Person gesetzliche Vorschriften und behördliche Verfügungen erheblich oder wiederholt missachtet (lit. a) oder diese nachweislich Verbrechen oder Vergehen gegen den öffentlichen Frieden, Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, oder Kriegsverbrechen öffentlich billigt oder dafür wirbt (lit. c). Art. 4 Abs. 2 lit. a BÜV führt dazu näher aus, dass eine einbürgerungswillige Person u.a. dann als nicht erfolgreich integriert gilt, wenn diese wegen eines begangenen Vergehens oder Verbrechens einen Eintrag im Informationssystem VOSTRA aufweist und gegen diese eine unbedingte oder teilbedingte Freiheitsstrafe ausgesprochen wurde.¹⁹⁰⁶ Da die terroristischen Straftaten¹⁹⁰⁷ in der Schweiz allesamt als Verbrechen ausgestaltet sind, wäre demnach im Falle einer einschlägigen Verurteilung zu einer (zumindest) teilbedingten Freiheitsstrafe die Einbürgerungsvoraussetzung der erfolgreichen Integration i.S.v. Art. 11 lit. a BüG zu verneinen.¹⁹⁰⁸

¹⁹⁰⁴ Vgl. auch Art. 20 Abs. 1 und 26 Abs. 1 BüG.

¹⁹⁰⁵ VON RÜTTE, S. 207. Eingehend zu Art. 12 BüG SOW/MAHON, in: Amarelle/Nguyen, vol. V, (LN), Art. 12 Rz 1 ff.; DE WECK, in: Spescha et al., Art. 12 BüG Rz 1 ff.; CARONI et al., S. 537 ff.

¹⁹⁰⁶ Art. 4 Abs. 2 lit. d BÜV erwähnt zudem, dass eine fehlende Integration bereits dann gegeben ist, wenn die betroffene ausländische Person gemäss Eintrag im Informationssystem VOSTRA zu einer bedingten oder teilbedingten Geldstrafe von mehr als 90 Tagessätzen oder einer gleichwertigen Sanktion (bspw. Freiheitsstrafe, gemeinnützige Arbeit) verurteilt wurde. Vgl. dazu BVGer F-3769/2020 vom 18.11.2020 E. 3.2 (m.w.H.).

¹⁹⁰⁷ Eingehend zu den Strafandrohungen bei terroristischen Straftaten weiter vorne, §6, II., 4.

¹⁹⁰⁸ Ausführlicher zu Art. 11 BüG SOW/MAHON, in: Amarelle/Nguyen, vol. V, (LN), Art. 11 Rz 1 ff.; DE WECK, in: Spescha et al., Art. 11 BüG Rz 1 ff.; CARONI et al., S. 537 ff.

B. Bürgerrechtsentzug

a.) Bürgerrechtsentzug als «ultima ratio»

Mit Zustimmung der Behörde des Heimatkantons kann das SEM gestützt auf Art. 42 BÜG *DoppelbürgerInnen* das Schweizer, Kantons- und Gemeindebürgerrecht entziehen, wenn deren Handlungen dem Interessen oder dem Ansehen der Schweiz erheblich nachteilig sind.¹⁹⁰⁹ Der Bürgerrechtsentzug hat zur Folge, dass die betroffene Person die Schweizer Staatsangehörigkeit verliert.¹⁹¹⁰ Der Bürgerrechtsentzug kommt lediglich als «ultima ratio» in Betracht.¹⁹¹¹ Die gemäss Gesetzeswortlaut notwendige Erheblichkeit des nachteiligen Verhaltens verdeutlicht, dass die Intensität der Gefährdung im Falle von Art. 42 BÜG über eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit hinausgehen hat.¹⁹¹² Der Begriff der erheblichen Beeinträchtigung der Interessen oder des Ansehens der Schweiz wird in der abschliessenden Aufzählung von Straftaten nach Art. 30 Abs. 1 BÜV konkretisiert, wobei lit. b ausdrücklich «schwere Verbrechen» erwähnt, die im Rahmen von terroristischen Aktivitäten, gewalttätigem Extremismus oder der organisierten Kriminalität begangen wurden.¹⁹¹³ Der Entzug des Bürgerrechts verlangt nach Art. 30 Abs. 2 BÜV zudem, dass die betroffene Person für die in Art. 30

¹⁹⁰⁹ Zur völkerrechtlichen Zulässigkeit des Entzuges der Staatsangehörigkeit in Bezug auf die inhaltlich identische Bestimmung von Art. 48 aBÜG siehe bereits interessant ACHERMANN, Gutachten-Bürgerrecht, S. 11 ff; TIEFENTHAL, Ausbürgerung, S. 85 f. Zu Art. 42 BÜG siehe auch GUTZWILER, in: Amarelle/Nguyen, vol. V, (LN), Art. 12 Rz 1 ff.; DE WECK, in: Spescha et al., Art. 12 BÜG Rz 1 ff.; CARONI et al., S. 558 f.

¹⁹¹⁰ Der Bürgerrechtsentzug wird vom SEM im Personenstandsregister Infostar eingetragen, wobei das SEM zudem den Entzug der schweizerischen Ausweispapiere anordnet. Siehe hierzu SEM Handbuch Bürgerrecht, Kapitel 8, 824 (S. 15). Detaillierter zum Entzugsverfahren, der Gewährung des rechtlichen Gehörs, der Entzugsverfügung und der diesbezüglich notwendigen kantonalen Zustimmung SEM Handbuch Bürgerrecht, Kapitel 8, 823 (S. 14 f.); CARONI et al., S. 557 ff.

¹⁹¹¹ Vgl. hierzu Botschaft BÜG, BBl 2011 2865; DE WECK, in: Spescha et al., Art. 42 BÜG Rz 2 (m.w.H.).

¹⁹¹² Vgl. hierzu Botschaft BÜG, BBl 2011 2865; DE WECK, in: Spescha et al., Art. 42 BÜG Rz 2 (m.w.H.), wonach der Art. 42 BÜG insbesondere für «Kriegszeiten» gedacht gewesen sei. «Während Art. 42 BÜG den Inhalt von Art. 48 aBÜG übernommen hat, legt der neu geschaffene Art. 30 BÜV fest, wann eine Person die Interessen oder das Ansehen der Schweiz in erheblicher Weise beeinträchtigt», NIKITIC/MASSARA/VONRÜTTE/ACHERMANN, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2020/2021, S. 233. Art. 30 BÜV ist gemäss BVGer zudem auch für die Auslegung von Art. 48 aBÜG beachtlich. Vgl. BVGer F-5427/2017 E. 4.4.

¹⁹¹³ Vgl. dazu Art. 30 Abs. 1 lit. a BÜV. Siehe hierzu auch TIEFENTHAL, Ausbürgerung, S. 83 f.; DE WECK, in: Spescha et al., Art. 42 BÜG Rz 2 (m.w.H.); VON RÜTTE, S. 211. Die Botschaft BÜG,

Abs. 1 BüV erwähnte Straftat rechtskräftig verurteilt wurde.¹⁹¹⁴ Soweit die vorerwähnten kumulativen Voraussetzungen im Einzelfall erfüllt sind, hat die betroffene Person mit dem Entzug des Schweizerischen Bürgerrechts zu rechnen.¹⁹¹⁵

b.) Kasuistik: Erster Fall eines Bürgerrechtsentzugs

aa) Prozessgeschichte

In der Sache ging es um einen schweizerisch-türkischen Doppelbürger (Beschwerdeführer), welcher im Jahre 1989 mit 5 Jahren gemeinsam mit seinen Eltern in die Schweiz gekommen ist und hierzulande vorläufig als Flüchtling aufgenommen wurde.¹⁹¹⁶ Er erlangte die Berufsmaturität sowie im Jahre 2008 die Schweizer Staatsangehörigkeit. 2017 wurde er wegen Unterstützung der Terrorgruppe «Jabhat Al-Nusra»¹⁹¹⁷ zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt, weil er im Tessin und in Norditalien Propagandaaktionen für «Jabhat Al-Nusra» organisiert und zwei Personen bei der Reise ins syrisch-irakische Konfliktgebiet unterstützt hatte.¹⁹¹⁸ Im Hinblick auf die Beendigung der verhängten Freiheitsstrafe entzog das SEM dem Beschwerdeführer

BBl 2011 2865, erwähnt ausdrücklich, dass Art. 42 BüG bspw. dann zur Anwendung gelangen könnte, «wenn ein Schweizer Bürger einen Terroranschlag verüben sollte».

¹⁹¹⁴ Davon sind nach Art. 30 Abs. 2 BüV Fälle ausgenommen, in denen eine strafrechtliche Verfolgung aussichtslos wäre, da der Staat, in dem die Taten begangen wurden, nicht willens oder nicht in der Lage ist, ein Strafverfahren zum Abschluss zu bringen oder einem ausländischen Rechtshilfersuchen zu entsprechen, namentlich, weil das unabhängige Justizsystem in seiner Gesamtheit oder zu einem erheblichen Teil nicht funktionsfähig ist. Siehe hierzu ausführlicher TIEFENTHAL, Ausbürgerung, S. 83 f. (m.w.H.).

¹⁹¹⁵ Eingehend und plausibel zum möglichen Bürgerrechtsentzug für terroristische Kämpfer in bewaffneten Konflikten und damit verbundenen Anwendungsschwierigkeiten ACHERMANN, Gutachten-Bürgerrecht, S. 17 ff.

¹⁹¹⁶ Die nachfolgenden Ausführungen zum italienischsprachigen Urteil beruhen im Wesentlichen auf den Ausführungen von NIKITIC/MASSARA/VONRÜTTE/ACHERMANN, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2020/2021, S. 233 ff. Zum Ganzen siehe auch <https://www.nzz.ch/schweiz/gerichts-urteil-islamist-wird-schweizer-buergerrecht-entzogen-ld.1629669>.

¹⁹¹⁷ «Jabhat Al-Nusra, auch Al-Nusra-Front genannt, ist eine dschihadistisch-salafistische Organisation in Syrien, die auch im syrischen Bürgerkrieg kämpft. Sie wird vom UN-Sicherheitsrat als Terrororganisation gelistet.» NIKITIC/MASSARA/VONRÜTTE/ACHERMANN, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2020/2021, S. 234 (m.w.H.).

¹⁹¹⁸ BStGer SK.2017.39 vom 18.8.2017.

2019 das Schweizer Bürgerrecht, wogegen dieser Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht (BVGer) erhob.

ab) Erhobene und abgehandelte Vorbringen

Aus formeller Sicht verneinte das angerufene Gericht eine *Verletzung des Gehörsanspruchs* des Beschwerdeführers, weil das SEM diesem ein SEM-internes Dokument über das Gefährdungspotenzial der «Jabhat Al-Nusra» nicht offengelegt haben soll.¹⁹¹⁹ Materiell rügte er, «dass der Entzug das *Diskriminierungsverbot* verletze, da einseitig nur Personen mit Doppelbürgerrecht betroffen seien, nicht jedoch Menschen mit nur einer Staatsangehörigkeit»¹⁹²⁰. Das BVGer verwarf dieses Argument, da die Staaten bei Personen mit einfachem Bürgerrecht zur Vermeidung von Staatenlosigkeit verpflichtet seien und die Differenzierung daher sachlich geboten sei.¹⁹²¹ Zudem brachte es vor, dass Art. 48 aBüG resp. Art. 42 BÜG nicht unterscheide, ob eine Person das Bürgerrecht durch Geburt oder durch Einbürgerung erworben hat.¹⁹²² Schwerpunktmässig prüfte das Gericht, ob der Beschwerdeführer mit seinem Verhalten den Interessen oder dem Ansehen der Schweiz i.S.v. Art. 48 aBüG bzw. 42 BÜG erheblich nachteilig gewesen ist.¹⁹²³ Die nationalen Interessen der Schweiz würden sich «auf die Verteidigung ihrer Souveränität, das Ansehen der Schweiz und auf den guten Ruf der Schweiz in der internationalen Gesellschaft als Ausdruck ihrer Neutralität»¹⁹²⁴ beziehen. Die erstellten Unterstützungshandlungen zu Gunsten von «Jabhat Al-Nusra» würden auf eine Zugehörigkeit des Beschwerdeführers zu dieser terroristischen Organisation hin-

¹⁹¹⁹ BVGer F-5427/2019 vom 31.5.2021 E. 5. Zudem hielt das BVGer auch fest, dass Art. 6 Abs. 1 EMRK im Entzugsverfahren nicht anwendbar sei.

¹⁹²⁰ NIKITIC/MASSARA/VONRÜTTE/ACHERMANN, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2020/2021, S. 235.

¹⁹²¹ BVGer F-5427/2019 vom 31.5.2021 E. 7. Hierzu kritisch NIKITIC/MASSARA/VONRÜTTE/ACHERMANN, wonach das Gericht nicht begründet habe, weshalb «ein völkerrechtliches Prinzip (die Vermeidung der Staatenlosigkeit) den Eingriff in ein anderes völkerrechtliches Prinzip (das Diskriminierungsverbot) rechtfertigen soll(e)». Siehe NIKITIC/MASSARA/VONRÜTTE/ACHERMANN, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2020/2021, S. 235.

¹⁹²² BVGer F-5427/2019 vom 31.5.2021 E. 8.

¹⁹²³ BVGer F-5427/2019 vom 31.5.2021 E. 9 ff.

¹⁹²⁴ BVGer F-5427/2019 vom 31.5.2021 E. 9.4.1 f; NIKITIC/MASSARA/VONRÜTTE/ACHERMANN, in: Alberto Achermann et al., Jahrbuch für Migrationsrecht 2020/2021, S. 235.

deuten.¹⁹²⁵ Die Handlungen des Beschwerdeführers hätten die Souveränität und die Neutralität der Schweiz untergraben.¹⁹²⁶ Die Ausbildung von ausländischen Kämpfern stelle eine schwerwiegende Verletzung des Gewaltmonopols und der Neutralität der Schweiz dar und berühre die Existenz und Kontinuität des Staates an sich. Wer solche Handlungen verübe, sei gegebenenfalls auch bereit, in der Schweiz oder anderswo in Europa terroristische Handlungen auszuüben. Ungeachtet des Umstandes, dass die Handlungen des Beschwerdeführers keine konkret messbaren Auswirkungen gehabt hätten, hätten diese dem Ansehen der Schweiz auf diplomatischer Ebene dauerhaften Schaden zugefügt. Entscheidend sei, dass sich das an den Tag gelegte Verhalten nicht mit dem offiziellen Bild der Schweiz und ihrer innerhalb der Staatengemeinschaft wahrgenommenen Rolle vereinbaren lasse.

ac) *Verhältnismässigkeitsprüfung*

Das Gericht prüfte auch die *Verhältnismässigkeit* des Bürgerrechtsentzuges.¹⁹²⁷ Ein rechtfertigendes *öffentliches Interesse* machte das Gericht allgemein in der Verhinderung der Schädigung von nationalen Interessen und/oder des guten Rufes der Schweiz sowie konkreter im Schutz der Gesellschaft und des Staates vor Terrorismus aus.¹⁹²⁸ Neben vergangenen Handlungen sei darin auch gegenwärtiges und künftiges Verhalten des Beschwerdeführers miteinzubeziehen. Das Gericht brachte auch vor, dass der Beschwerdeführer das Schweizer Bürgerrecht gar nicht erst erhalten hätte, wenn er die fraglichen Handlungen vor der Einbürgerung begangen hätte. Dabei lässt das BVGer jedoch einerseits ausser Acht, dass der zum Einbürgerungszeitpunkt minderjährige Beschwerdeführer in die Einbürgerung seiner Eltern einbezogen wurde und dass andererseits für den Entzug des Bürgerrechts ein strengerer Massstab¹⁹²⁹ gilt als bei der

¹⁹²⁵ Vgl. BVGer F-5427/2019 vom 31.5.2021 E. 15.1.

¹⁹²⁶ Hierzu und den nachfolgenden vier Sätzen BVGer F-5427/2019 vom 31.5.2021 E. 15.3.2; NIKITIC/MASSARA/VONRÜTTE/ACHERMANN, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2020/2021, S. 235. f.

¹⁹²⁷ Vgl. hierzu BVGer F-5427/2019 vom 31.5.2021 E. 16 ff. Die nachfolgenden Ausführungen beruhen auf NIKITIC/MASSARA/VONRÜTTE/ACHERMANN, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2020/2021, S. 236 f.

¹⁹²⁸ Vgl. hierzu und den nächsten zwei Sätzen BVGer F-5427/2019 vom 31.5.2021 E. 16.2.

¹⁹²⁹ Vgl. EJPD, Erläuternder Bericht, Entwurf zur Verordnung zum Bürgerrechtsgesetz, April 2016, S. 33. Siehe hierzu auch die Hinweise in Fn. 1911.

Einbürgerung.¹⁹³⁰ Die *Eignung des Bürgerrechtsentzugs* bejahte das Gericht mit dem Argument, dass diese Massnahme zum Schutz der Interessen und des Ansehens der Schweiz auf Gesetzesstufe ausdrücklich vorgesehen sei.¹⁹³¹ Dem Bürgerrechtsentzug komme im Falle einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der nationalen Interessen und des guten Rufes der Schweiz eine wiedergutmachende und bestenfalls auch abschreckende Wirkung zu. Die *Erforderlichkeit des Bürgerrechtsentzuges* bejahte das Gericht, da es keine weniger einschneidenden gesetzlichen Massnahmen gäbe.¹⁹³² Etwas lapidar hielt es dabei fest, dass die Staatsangehörigkeit nur ganz oder gar nicht entzogen werden könne. Zudem sei auch die *Verhältnismässigkeit im engeren Sinne* gegeben, da das öffentliche Interesse an einer Verhinderung weiterer Schädigungen der Schweiz die Interessen des Beschwerdeführers an der Beibehaltung seiner Staatsangehörigkeit und der daran anknüpfenden Rechte klar überwiege. Die Schwere des Verrats in das Vertrauen, das die Schweizer Behörden in ihn gesetzt hätten, führe dazu, dass der Beschwerdeführer nicht mehr in den Genuss der Schweizer Staatsbürgerschaft und noch weniger der politischen Rechte komme.¹⁹³³ Zusammenfassend erachtete das BVGer den Bürgerrechtsentzug als verhältnismässig, weshalb es die angehobene Beschwerde abwies.

ad) Ausgewählte Kritikpunkte

Das erste Urteil zu einem Bürgerrechtsentzug ist umfangreich ausgefallen, wobei das BVGer den Schwerpunkt auf die Würdigung der Handlungen des Beschwerdeführers und deren Verwerflichkeit legte und zugleich zahlreiche Fragen offenliess.¹⁹³⁴ Nach Ansicht des Schreibenden kann dem Gericht in einigen Punkten nicht gefolgt werden. Das Gesagte gilt einerseits in Bezug auf die Ansicht des BVGer, wonach schwere Verbrechen i.S.v. Art. 30 Abs. 1 lit. b BüV alle jene (Straf-)Taten umfassen würden, welche schwer-

¹⁹³⁰ Siehe NIKITIC/MASSARA/VONRÜTTE/ACHERMANN, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2020/2021, S. 236.

¹⁹³¹ Hierzu und zum nächsten Satz vgl. BVGer F-5427/2019 vom 31.5.2021 E. 17.2. An dieser Stelle verweist das Gericht auf den Umstand, dass der Beschwerdeführer wieder zum Ausländer werde, wobei es für weitere Ausführungen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den Rechtsfolgen der Nichtigerklärung einer Einbürgerung verweist.

¹⁹³² Hierzu und den nächsten zwei Sätzen BVGer F-5427/2019 vom 31.5.2021 E. 17.2.

¹⁹³³ BVGer F-5427/2019 vom 31.5.2021 E. 17.2.

¹⁹³⁴ Siehe hierzu sowie für weitere Kritikpunkte zum besprochenen Urteil NIKITIC/MASSARA/VONRÜTTE/ACHERMANN, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2020/2021, S. 237 f.

wiegende Folgen für die Interessen der Schweiz hätten.¹⁹³⁵ Durch diese Auslegung hat das Gericht den abschliessenden *Anwendungsbereich von Art. 30 lit. b BüV* potentiell weit über die gemäss klarem Wortlaut vorgesehenen schweren Verbrechen im strafrechtlichen Sinne ausgedehnt, was im Hinblick auf eine künftige direkte Anwendung dieser Bestimmung überaus problematisch ist. Die *grundsätzliche* Frage, ob die Neutralität und das gute Ansehen der Schweiz durch die Umgehung der völkerrechtlichen Pflicht zur strafrechtlichen Verfolgung einer Person mit terroristischen Absichten mittels Entzug ihrer Staatsangehörigkeit und der damit verbundenen faktischen Überbindung der Verantwortung auf den anderen Heimatstaat bzw. die internationale Gemeinschaft letztlich nicht eher Schaden nimmt, liess das BVGer hingegen unberührt.¹⁹³⁶ Weiter sind bestimmte Aspekte der gerichtlichen *Verhältnismässigkeitsprüfung* zu hinterfragen. Vorab ist das Argument, wonach die *Eignung* des Bürgerrechtsentzugs deswegen zu bejahen sei, weil das Gesetz diesen Eingriff halt vorsehe, als tautologisch abzulehnen.¹⁹³⁷ Die *Erforderlichkeit* des Bürgerrechtsentzugs wird vom Gericht lediglich oberflächlich geprüft, indem dieses festhält, dass die Staatsangehörigkeit nur ganz oder gar nicht entzogen werden könne, weshalb kein milderes Mittel bestehe. Hierzu geben NIKITIC/MASSARA/VONRÜTTE/ACHERMANN zu bedenken, dass das Gericht nicht erörtere, inwiefern die PMT-Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus nicht mildere Mittel darstellen könnten, zumal diese «in Bezug auf Personen ohne Doppelbürgerrecht gerade angewendet werden müssen»¹⁹³⁸. Letzteres Argument ist nach Ansicht des Schreibenden zu präzisieren, da die Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS nur auf (ausländische) terroristische Gefährder anwendbar sind, bei welchen konkrete und aktuelle Anhaltspunkte für die künftige Ausübung einer terroristischen Aktivität bestehen.

¹⁹³⁵ Hierzu und zum nächsten Satz BVGer F-5427/2019 vom 31.5.2021 E. 15.2; NIKITIC/MASSARA/VONRÜTTE/ACHERMANN, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2020/2021, S. 237.

¹⁹³⁶ So auch NIKITIC/MASSARA/VONRÜTTE/ACHERMANN, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2020/2021, S. 238.

¹⁹³⁷ «Die Tatsache, dass eine Bestimmung einen Eingriff vorsieht, schafft eine gesetzliche Grundlage, begründet aber noch nicht dessen Eignung zur Erreichung eines bestimmten öffentlichen Interesses. Dabei wäre eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob der Entzug des Bürgerrechts die innere und äussere Sicherheit der Schweiz tatsächlich schützt, zentral gewesen.» NIKITIC/MASSARA/VONRÜTTE/ACHERMANN, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2020/2021, S. 237 (m.w.H.).

¹⁹³⁸ So auch NIKITIC/MASSARA/VONRÜTTE/ACHERMANN, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2020/2021, S. 238.

Der Bürgerrechtsentzug setzt dahingegen eine bereits verübte schwere Straftat voraus. Soweit nach Verbüßung der Straftat keine aktuelle Gefährdung von der Person mehr ausgeht, fehlt (auch in Bezug auf Personen ohne Doppelbürgerrecht) die gesetzliche Grundlage für die Anwendung der PMT-Massnahmen. Schliesslich liess das BVGer auch offen, ob im Falle eines Bürgerrechtsentzugs und einer nachfolgend beabsichtigten ausländerrechtlichen Wegweisung das Non-Refoulement-Gebot entgegengehalten werden kann, indem es lediglich festhielt, dass der Entzug des Bürgerrechts nicht automatisch zu einer Wegweisung führe.¹⁹³⁹

2. Bestehende Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit

A. Verweigerung der Einbürgerung

Im Zusammenhang mit einbürgerungswilligen ausländischen Personen, bei welchen gemäss Fedpol Anhaltspunkte auf die künftige Ausübung von terroristischen Aktivitäten bestehen, steht eine potentielle Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz im Raum. Art. 11 lit. c BÜG verlangt als negative Einbürgerungsvoraussetzung, dass die einbürgerungswillige Person keine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz darstellt.¹⁹⁴⁰ Nach Art. 3 BÜV ist eine konkrete Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz dann gegeben, wenn ein bedeutendes Rechtsgut wie Leib und Leben oder die Freiheit von Personen oder der Bestand und das Funktionieren des Staates betroffen ist, indem die betroffene Person eine der in Art. 6 Abs. 1 lit. a Ziff. 1–5 NDG erwähnten Aktivitäten ausübt, unterstützt, fördert oder dazu anwirbt, wobei in dieser Bestimmung auch gewaltextremistische und terroristische

¹⁹³⁹ Siehe dazu auch NIKITIC/MASSARA/VONRÜTTE/ACHERMANN, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2020/2021, S. 238, wonach «noch mehrere Fälle auf Entzug des Bürgerrechts» beim SEM hängig seien und das BVGer in Zukunft die Möglichkeit haben werde die offenen Fragen zu klären.

¹⁹⁴⁰ Vgl. auch Art. 20 Abs. 2 BÜG und 26 Abs. 1 lit. e BÜG. Zum Begriff auch VON RÜTTE, S. 209. Ausführlicher zu Art. 11 BÜG SOW/MAHON, in: Amarelle/Nguyen, vol. V, (LN), Art. 11 Rz 1 ff.; DE WECK, in: Spescha et al., Art. 11 BÜG Rz 1 ff.; CARONI et al., S. 537 ff.

Aktivitäten genannt werden.¹⁹⁴¹ Im Kontext von Einbürgerungen ist es gemäss BVGer¹⁹⁴² erforderlich, «dass die einbürgerungswillige Person das Gewaltmonopol des Staates akzeptiert und dass ihr Verhalten auf das Vorhandensein der in einer Demokratie notwendigen minimalen Diskursbereitschaft schliessen lässt», wobei «Gesuchsteller, deren Haltung Gewalt als Mittel der politischen Auseinandersetzung nicht zweifelsfrei ausschliesst», von der Einbürgerung ausgeschlossen werden können. Bei der Beurteilung der Rechtsfrage, ob eine einbürgerungswillige Person eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz darstellt, hat das SEM das Gesamtbild der vorhandenen Anhaltspunkte zu würdigen.¹⁹⁴³ Obwohl diese das SEM nicht direkt binden, kommen dabei polizeilichen oder nachrichtendienstlichen Erkenntnissen besondere Relevanz zu.¹⁹⁴⁴ Eine Abweichung von diesen Einschätzungen verlangt triftige Gründe, welche u.a. dann vorliegen, wenn die gezogenen Schlüsse nicht nachvollziehbar, nicht hinreichend substantiiert oder unzureichend begründet sind oder wenn diese an inneren Widersprüchen leiden.¹⁹⁴⁵ Das SEM hat folglich das Gesamtbild in jedem Einzelfall selbstständig zu würdigen, da eine «unbesehene Übernahme fremder Amtserkenntnisse» i.d.R. eine rechtsfehlerhafte Sachverhaltsermittlung darstellt. Die Beweislast für das Vorliegen der Einbürgerungsvoraussetzungen obliegt der einbürgerungswilligen Person.¹⁹⁴⁶ Soweit die zuständige Behörde nach einem korrekt durchgeführten Beweisverfahren begründete Zweifel an den erfüllten Einbürgerungsvoraussetzungen hegt, hat diese so zu entscheiden, wie wenn deren Nichtvorliegen erwiesen wäre.¹⁹⁴⁷

¹⁹⁴¹ Diese Definition entspricht den in den Art. 77b VZAE und Art. 19 Abs. 2 NDG erwähnten Kriterien.

¹⁹⁴² Vgl. hierzu und den nachfolgenden Zitaten BVGE 2015/1 E. 3.4 (m.w.H.).

¹⁹⁴³ Vgl. BVGE 2013/34 E. 6.2; BVGer C-1122/2006 vom 11.1.2008 E. 4.2.

¹⁹⁴⁴ Vgl. BVGE 2013/34 E. 3.1; BVGE 2015/1 E. 4.4, wonach das SEM gestützt auf Art. 4 Abs. 2 lit. d aNDV zur Beantwortung der Frage, ob eine Sicherheitsgefährdung vorliegt, eine amtliche Stellungnahme des NDB als Expertenbehörde einzuholen habe. Siehe auch BVGer C-1122/2006 vom 11.1.2008 E. 4.2.

¹⁹⁴⁵ Siehe hierzu und zum nächsten Satz BVGE 2015/1 E. 4.4; BVGer C-563/2011 vom 10.9.2014 E.4.4.

¹⁹⁴⁶ BVGE 2015/1 E. 4.3.

¹⁹⁴⁷ BVGE 2015/1 E. 4.3; BVGer C-563/2011 vom 10.9.2014 E. 4.5 f.

B. Ausgewählte Kasuistik

a.) Sicherheitsgefährdung bejaht

Im Falle¹⁹⁴⁸ von zwei einbürgerungswilligen verheirateten Staatsangehörigen aus Sri Lanka bejahte das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) eine von diesen ausgehende Gefährdung für die innere und äussere Sicherheit der Schweiz. Das SEM begründete als Vorinstanz seinen Entscheid im Wesentlichen mit einem Bericht des NDB, wonach die Eheleute LTTE-Aktivist:innen seien. Einleitend würdigte das Gericht das von der LTTE bzw. von ihren Nachfolgeorganisationen generell ausgehende Gefahrenpotenzial für die Sicherheit der Schweiz.¹⁹⁴⁹ Unter Würdigung öffentlicher Quellen und nachrichtendienstlicher Berichte kam das Gericht zum Schluss, dass «ein Engagement in der tamilischen Emigration nicht per se eine Gefährdung» der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz zu begründen vermöge.¹⁹⁵⁰ Ebenso wenig genüge es, Leute aus dem Umfeld der LTTE zu kennen oder mit diesen zu verkehren. Erforderlich sei vielmehr eine individuelle Beurteilung der persönlichen Aktivitäten der Beschwerdeführer, in welcher zu prüfen sei, ob ausreichende Gründe für die Annahme bestehen, wonach von den Beschwerdeführern aktuell eine relevante Gefahr für die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz ausgehen würde.¹⁹⁵¹ Das BVGer kritisierte, dass das SEM keine selbstständige Prüfung zum Vorliegen einer aktuellen Gefahr vorgenommen habe und stattdessen unbesehen auf die Stellungnahme des NDB abgestellt habe. Letztere war nach Ansicht des Gerichts nicht hinreichend substantiiert, weil sie nicht in konkreter Weise auf spezifische Vorfälle oder auf Handlungen der Beschwerdeführer Bezug nahm

¹⁹⁴⁸ Siehe BVGE 2015/1.

¹⁹⁴⁹ Vgl. dazu eingehend BVGE 2015/1 E. 5.2 ff.

¹⁹⁵⁰ Hierzu und den nachfolgenden zwei Sätzen BVGE 2015/1 E. 5.5.

¹⁹⁵¹ Im Urteil BVGE 2013/34 wurde die einem Einbürgerungskandidaten vom NDB vorgeworfene Involvierung in LTTE-Aktivitäten und die damit verbundene *Sicherheitsgefährdung* vom BVGer *verneint*, weil ihm keine konkreten gewaltbejahenden Verhaltensweisen vorgehalten werden konnten, vgl. E. 7.3 ff. Eine *Sicherheitsgefährdung* wurde dahingegen im Falle eines Einbürgerungskandidaten *bejaht*. Ausschlaggebend war, dass dieser durch die Verwaltung von Spendengeldern in der Schweiz in nicht unbedeutender Funktion für die LTTE tätig gewesen war. «Das EJPD kam zum Schluss, dass es sich bei dessen Tätigkeit um eine mittelbare Unterstützung terroristischer Aktivitäten handle. Auch würden die Geldsammlungen in der Schweiz innerhalb der tamilischen Diaspora ein erhebliches Konflikt- und Gewaltpotenzial beinhalten.» Siehe BVGE 2015/1 m.H.a. unveröffentlichter Entscheid des EJPD E4-0220800 vom 12.10.2006 E.12.

und folglich auch keine sorgfältige und individuelle Beurteilung der persönlichen Aktivitäten ermöglichte.¹⁹⁵² Das SEM hätte zwecks hinreichend sorgfältiger Sachverhaltsabklärung beim NDB um Substantiierung der Stellungnahme ersuchen sollen.¹⁹⁵³ In eigenständiger Würdigung aller nachrichtendienstlicher Informationen kam das BVGer zum Schluss, dass in Bezug auf die beiden Eheleute «nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen» werden könne, dass von diesen eine Sicherheitsgefährdung ausgehen könnte.¹⁹⁵⁴ Nach Ansicht des Gericht bestehen gewichtige Indizien, welche darauf hindeuten, dass die Beschwerdeführer während des Bürgerkriegs in Sri Lanka zumindest mittelbar an der Finanzierung der LTTE-Aktivitäten beteiligt gewesen waren und dadurch den Sicherheitsinteressen der Schweiz zuwidergehandelt haben. Überdies würden Indizien bestehen, dass diese auch nach Kriegsende Geldtransporte¹⁹⁵⁵ nach Sri Lanka organisiert hätten bzw. dies nach wie vor tun würden, was ebenfalls Zweifel hinsichtlich ihrer Beteuerungen begründen würden, dass diese die Sicherheitsinteressen der Schweiz tatsächlich wahren würden.

b.) Sicherheitsgefährdung verneint

In einem anderen Urteil¹⁹⁵⁶ ging es um einen türkischen Staatsangehörigen kurdischer Ethnie (Beschwerdeführer), der 1988 in die Schweiz eingereist ist, wo ihm 1989 die Flüchtlingseigenschaft und der Asylstatus zuerkannt wurden. Im Jahre 2002 stellte er für sich und seine mittlerweile nachgezogenen Familienmitglieder ein Einbürgerungsgesuch. Das Einbürgerungsgesuch wurde zuletzt im Jahre 2006 abgewiesen, wogegen

¹⁹⁵² Hierzu und den nachfolgenden zwei Sätzen BVGE 2015/1 E. 4.4 m.H.a. BVGE 2013/34 E.7.2. Das Gericht kritisierte, dass die Vorinstanz durch ihre Vorgehensweise, namentlich die Übernahme der unsubstantiierten Einschätzung des NDB ohne weitere Prüfung faktisch ihre Zuständigkeit, über die Einbürgerungsvoraussetzung zu entscheiden, an den NDB delegiert habe, ohne dass hierfür eine gesetzliche Grundlage bestanden hätte.

¹⁹⁵³ Entsprechend stellte das BVGer u.a. eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes fest. Vgl. BVGE 2015/1 E. 4.4.

¹⁹⁵⁴ Vgl. BVGE 2015/1 E. 6., 6.5.

¹⁹⁵⁵ Es ist unbestritten, dass der bei der Ausreise am Flughafen Zürich kontrollierte Bargeldkurier am 30. Dezember 2011 im Auftrag des Beschwerdeführers 1 unterwegs war. In der Beschwerde wird dazu vorgebracht, dass der Kurier die transportierten CHF 170'000 einem Geschäft in Dubai als Akontozahlung für in die Schweiz importiertes Gold überbringen sollte. Vgl. BVGE 2015/1 E. 6.3.1.

¹⁹⁵⁶ BVGer C-1122/2006 vom 11.1.2008.

dieser Beschwerde erhob. Aus Sicht der nachrichtendienstlichen Behörden gefährdete der Beschwerdeführer durch seine Verhaltensweisen in den Jahren 1997 bis 2002 die innere und äussere Sicherheit der Schweiz. Er engagierte sich unbestrittenermassen für die «kurdische Sache». In diesem Zusammenhang hielt das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) fest, dass das Engagement in der «kurdischen Emigration, selbst wenn es im Umfeld von Gruppierungen wie der PKK geschieht» nicht per se eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz begründe.¹⁹⁵⁷ Zur Beurteilung des Vorliegens einer Gefährdung nahm das BVGer eine Gesamtwürdigung der vorhandenen Unterlagen und erstellten Handlungen vor.¹⁹⁵⁸ Es berücksichtigte, dass der Beschwerdeführer wiederholt erklärt habe, dass er weder Mitglied noch Sympathisant der PKK sei, dass er Gewalt als Mittel zur Lösung von Problemen seit jeher abgelehnt habe und soweit bekannt nie in irgendwelche Gewaltakte involviert gewesen sei.¹⁹⁵⁹ Zudem berücksichtigte es, dass der Beschwerdeführer im Jahre 1998 Gründungsmitglied des Dachverbandes von in Basel aktiven kurdischen Vereinen, des «Kurdistan Forum Basel», gewesen sei. Dieses Forum zielt auf die Integration der Kurden im Gastland sowie auf die Vernetzung mit anderen Volksgruppen und Behörden.¹⁹⁶⁰ Zu Gunsten des Beschwerdeführers würdigte das Gericht auch, dass er für das «Kurdistan Forum Basel» von 1999 bis 2002 bewilligte Demonstrationen¹⁹⁶¹ organisiert habe und diese «friedlich sowie geordnet über die Bühne» gegangen seien.¹⁹⁶² Die Vorinstanz begründete eine vom Beschwerdeführer ausgehende Gefährdung ferner damit, dass dieser unter dem Einfluss der PKK-nahen Dachorganisation der kurdischen Vereine (FEKAR) stehe, welche ihren lokalen Ableger ebenfalls im Sefkan Kulturzentrum in Basel hat.¹⁹⁶³ Diese Annahme,

¹⁹⁵⁷ BVGer C-1122/2006 vom 11.1.2008 E. 6.

¹⁹⁵⁸ BVGer C-1122/2006 vom 11.1.2008 E. 4.2, 7.

¹⁹⁵⁹ BVGer C-1122/2006 vom 11.1.2008 E. 7.1.

¹⁹⁶⁰ BVGer C-1122/2006 vom 11.1.2008 E. 7.2.

¹⁹⁶¹ Die plakative Bezeichnung dieser Demonstrationen als «Pro-Oecalan-Kundgebungen» durch die Vorinstanz greife zu kurz und werde den an diesen Kundgebungen mit demokratischen Mitteln zum Ausdruck gebrachten Anliegen kaum gerecht. BVGer C-1122/2006 vom 11.1.2008 E. 7.3.

¹⁹⁶² Hierzu und den nachfolgenden drei Sätzen vgl. BVGer C-1122/2006 vom 11.1.2008 E. 7.3. Mit Blick auf öffentliche Sicherheitsbedürfnisse erachtete es das BVGer zudem als von nicht unerheblicher Bedeutung, dass er als Ansprechpartner jeweils eng mit der Polizei zusammenge- arbeitet hatte und dabei offen über die geplanten Aktivitäten informierte.

¹⁹⁶³ Hierzu und dem nachfolgenden Satz vgl. BVGer C-1122/2006 vom 11.1.2008 E. 7.4.

wonach die Tätigkeiten für das «Kurdistan Forum Basel» letztlich ein getarntes Engagement zu Gunsten der PKK gewesen seien, vermochte der Beschwerdeführer mittels Nachweis seiner zahlreichen integrationsfördernden Verdienste zu Gunsten seiner Landsleute und mittels eingereichter Bestätigungs- und Unterstützungsschreiben zu widerlegen. In Würdigung des Gesamtbildes kam das BVGer zum Schluss, dass vom Beschwerdeführer keine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz ausgehe, weshalb es dessen Beschwerde guthiess.

C. Zwischenfazit zum «ausländischen terroristischen Gefährder»

In Bezug auf in der Schweiz einbürgerungswillige ausländische Personen, welche zwar keine (terroristischen) Straftaten verübt haben, jedoch von Fedpol nach Art. 23e BWIS als terroristische Gefährder qualifiziert wurden, kann je nach Umständen des Einzelfalls eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit i.S.d. vorgenannten bürgerrechtlichen Bestimmungen bestehen. Da zur Kategorisierung einer Person als terroristischer Gefährder lediglich Anhaltspunkte für die künftige Ausübung einer terroristischen Aktivität bestehen müssen, kann die alleinige Kategorisierung nicht zu einer automatischen Bejahung einer Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit i.S.d. vorerwähnten bürgerrechtlichen Gesetzgebung führen. Die vorerwähnte Kasuistik¹⁹⁶⁴ verdeutlicht viel mehr, dass das SEM als zuständige Migrationsbehörde im Falle eines einbürgerungswilligen «ausländischen terroristischen Gefährders» stets eine individuelle Beurteilung der erstellten persönlichen Aktivitäten der Person vorzunehmen hat. Dabei hat das SEM selbstständig zu prüfen, ob im Hinblick auf diese Person ausreichende Gründe für die Annahme bestehen, dass diese eine aktuelle und relevante Gefahr für die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz darstellen könnte. Die unbesehene Übernahme von nachrichtendienstlichen oder im Zusammenhang mit Art. 23e BWIS durch Fedpol erstellten Erkenntnissen wird den Anforderungen an eine selbstständige (bürgerrechtliche) Prüfung jedenfalls nicht genügen.

¹⁹⁶⁴ Vgl. unmittelbar vorangehend B.

VI. SCHLUSSFOLGERUNGEN ZU § 9

1. Uneinheitliche Begriffsverwendung

Die Beurteilung der Rechtsfrage, ob eine ausländische Person, die vorgängig nach Art. 23e BWIS von Fedpol als terroristischer Gefährder kategorisiert wurde, eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz i.S.d. vorbesprochenen ausländer-, asyl- oder bürgerrechtlichen Bestimmungen darstellt, beruht auf einer prognostischen Würdigung der im Einzelfall erstellten Anhaltspunkte. Wie vorstehend unter III. aufgezeigt knüpfen im Anwendungsbereich des AIG an den *unbestimmten Rechtsbegriff*¹⁹⁶⁵ der Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit verschiedene Gesetzesbestimmungen als Rechtsfolgen Wegweisungs- und Fernhaltemassnahmen sowie aufenthaltsbeendigende und freiheitsentziehende Massnahmen an.¹⁹⁶⁶ Die im AIG verwendeten Terminologien sind uneinheitlich, was in der künftigen Rechtsanwendung Schwierigkeiten bereiten könnte. So verlangt ein Bewilligungswiderruf nach Art. 62 f. AIG eine «Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit», wo die dazugehörige Verordnungsbestimmung von Art. 77b VZAE eine «konkrete Bedrohung» ebendieser verlangt.¹⁹⁶⁷ Wiederum neue Begrifflichkeiten führen die mit dem PMT in Kraft getretenen Änderungen der Haftbedingungen in Art. 81 Abs. 5 und 6 AIG ein. Als Voraussetzungen für eine Kontaktbeschränkung sehen diese eine «konkrete Gefahr für die innere oder äussere Sicherheit» (Abs. 5) resp. im Falle der Einzelhaft eine «konkrete Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit» vor, ohne dass diese Begrifflichkeiten kongruent wären oder in den Materialien ausreichend präzise umschrieben würden. Im Bereich des AsylG und des BüG knüpfen die Rechtsfolgen einheitlicher an den Begriff der «Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit» an.¹⁹⁶⁸ Auch unter Berücksichtigung der vorerwähnt divergierenden Terminologien setzt eine Gefährdung der

¹⁹⁶⁵ Siehe BVGE 2013/23 E. 3.2; BVGer D-1922/2018 vom 8.12.2020 E. 4.2.

¹⁹⁶⁶ Ausführlicher zu den einzelnen AIG-Massnahmen weiter vorne §9, III.

¹⁹⁶⁷ Hierzu ausführlicher weiter vorne §9, III., 1. Hierzu kritisch und ausführlicher weiter vorne §9, III., 4., D., d.)-g.).

¹⁹⁶⁸ Einzige Ausnahme bildet der Bürgerrechtsentzug nach Art. 2 BüG, welcher voraussetzt, dass die eingebürgerte Person dem Interesse oder dem Ansehen der Schweiz erheblich nachteilig ist. Siehe Fn. 1911.

inneren Sicherheit stets eine qualifizierte Bedrohungslage voraus, die potentiell derart intensiv ist, dass sie die Landessicherheit oder die Grundfesten des Landes an sich erschüttern könnte.¹⁹⁶⁹

2. Ausgebaute Möglichkeiten zur Freiheitsentziehung

A. Neue Haftgründe

Die mit PMT neu geschaffenen ausländerrechtlichen Haftgründe¹⁹⁷⁰ setzen allesamt «Erkenntnisse von Fedpol oder des NDB» voraus, wonach die ausländische Person die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gefährde. Nach Ansicht des Schreibenden ist es problematisch, dass die neu geschaffenen Haftgründe eine Form von Automatismus begünstigen, wonach die neu geschaffenen ausländerrechtlichen Haftgründe immer dann zu bejahen sind, wenn «Erkenntnissen von Fedpol oder des NDB zufolge die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz» gefährdet sein könnte. In Bezug auf eine ausländische Person, die von Fedpol vorgängig als terroristischer Gefährder kategorisiert wurde, stellt sich die Frage, ob bei dieser gestützt auf die vorgängige Kategorisierung eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit i.S.d. vorgenannten Haftgründe in jedem Fall zu bejahen ist. In Anbetracht der in Art. 23e Abs. 1 BWIS weit gefassten Anhaltspunkte und den mit Freiheitsentziehungen verbundenen schweren Grundrechtseingriffen ist dies zu verneinen. Die haftanordnende oder –prüfende kantonale Behörde wird die von Fedpol oder dem NDB erstellten Erkenntnisse auf ihre Stichhaltigkeit und insbesondere auf *ihre Aktualität* zu überprüfen und in Vornahme einer selbstständigen migrationsrechtlichen Würdigung das Vorliegen einer Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit als Haftgrund zu beurteilen haben.¹⁹⁷¹ Die Verfahrensrechte der

¹⁹⁶⁹ Vgl. SCHWEIZER/MOHLER, in: Ehrenzeller et al., Vorb. Art. 57 Rz 9; BIAGGINI-BV-Kom, Vorbemerkungen Art. 57 Rz 4. Siehe zum Ganzen auch interessant BVGE 2018 VI/ 5 E. 3.3. Zur erforderlichen Potentialität der Tathandlung bei terroristischen Aktivitäten weiter vorne §7, IV., 2., B., d.), ab).

¹⁹⁷⁰ Vgl. die Art. 75 Abs. 1 lit. i, 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1, Art. 76a Abs. 1 i.V.m. Abs. 2. Hierzu ausführlicher weiter vorne §9, III., 4.

¹⁹⁷¹ Dies verlangt, dass die zuständige Behörde zur Entscheidungsfindung Einsicht in die erforderlichen nachrichtendienstlichen oder polizeilichen Unterlagen haben muss. Zur Akteneinsicht in nachrichtendienstliche Erkenntnisse weiter vorne §8, III., 4., B., b.).

betroffenen ausländischen Person sind dabei umfassend zu wahren, indem dieser die Möglichkeit eingeräumt wird die Aktualität der beigezogenen nachrichtendienstlichen Erkenntnisse im Rahmen des Haftanordnungs- oder -überprüfungsverfahrens¹⁹⁷² zu widerlegen.

B. Kontaktbeschränkungen und Einzelhaft

Die Ausgestaltung der neu geschaffenen Gesetzesbestimmungen zur Anordnung von Kontaktbeschränkungen (Art. 81 Abs. 5 AIG) und Einzelhaft (Art. 81 Abs. 6 AIG) sind nach Ansicht des Schreibenden wenig geglückt. Als Anwendungsvoraussetzung setzt die Kontaktbeschränkung voraus, dass «die betreffende Person Erkenntnissen der Polizei- oder Strafverfolgungsbehörden von Bund und Kantonen zufolge eine konkrete Gefahr für die innere oder äussere Sicherheit darstellt». Die Anwendungsvoraussetzung der konkreten Gefahr ist allzu hoch gegriffenen, da diese im geschlossenen Haftregime kaum je erfüllt sein dürfte, da während des Haftvollzuges die Gefahrenverwirklichung in zeitlich kausaler Hinsicht weit entfernt liegt. Daraus folgt auch, dass die Bestimmung von Art. 81 Abs. 6 AIG zur Einzelhaft kaum je zur Anwendung kommen dürfte, da diese wiederum eine vorgängig verfügte und missachtete Kontaktbeschränkung nach Abs. 5 verlangt. Sollte eine Kontaktbeschränkung dessen unbeachtlich im Einzelfall verfügt werden, sind an die behördliche Begründungspflicht punkto der Aktualität der behördlichen Erkenntnisse, des konkreten Inhaltes der Beeinflussungsversuche, der besonderen Beeinflussbarkeit der potentiell beeinflussten Person sowie an die Verhältnismässigkeit der Massnahmen hohe Anforderungen zu stellen, da andernfalls eine sachgerechte Anfechtung der Kontaktbeschränkung verunmöglicht wird. Grundsätzlich ist zu kritisieren, dass weder für die Kontaktbeschränkung noch die Einzelhaft eine *gesetzliche Maximaldauer* vorgesehen ist. Die Botschaft hält dazu lediglich fest, dass die Massnahmen aufzuheben sind, wenn «der Grund für die Anordnung weggefallen»¹⁹⁷³

¹⁹⁷² Die Überprüfung der Rechtmässigkeit und Angemessenheit der Vorbereitungshaft nach Art. 75 AIG und der Ausschaffungshaft nach Art. 76 AIG richten sich nach Art. 80 Abs. 2 AIG. Die Überprüfung der Rechtmässigkeit der Haft im Dublin-Verfahren richtet sich demgegenüber nach Art. 80a AIG. Zur Gewährleistung von Verfahrensrechten im Verwaltungsverfahren weiter vorne §8, III., 3.-6.

¹⁹⁷³ Hierzu und zum nächsten Zitat Botschaft PMT, BBl 2019 4810.

sei, sowie, dass diese «in regelmässigen Abständen zu überprüfen» seien. Dadurch wird der zuständigen Behörde bei der konkreten Ausgestaltung der beiden Massnahmen in Anbetracht einschneidender Grundrechtsverletzungen *allzu weitreichendes Ermessen* eingeräumt. Eine lang andauernde Einzelhaft unter unangemessenen Bedingungen oder eine zeitlich unbefristete Einzelhaft wurden vom EGMR sogar als Verletzung von Art. 3 EMRK¹⁹⁷⁴ qualifiziert.¹⁹⁷⁵

3. Beurteilung der Sicherheitsgefährdung im Allgemeinen

Die konkreten und aktuellen Anhaltspunkte und die Gefährderdefinition nach Art. 23e BWIS sind weit gefasst und einer verübten terroristischen Aktivität resp. einer konkreten Gefährdung der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz in kausaler Hinsicht weit vorgelagert. Die Kategorisierung einer Person als terroristischen Gefährder i.S.v. Art. 23e BWIS vermag daher für sich noch keine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit i.S.d. vorbesprochenen asyl-, ausländer- und bürgerrechtlichen Bestimmungen zu begründen.¹⁹⁷⁶ In Berücksichtigung der vorbesprochenen Rechtsprechung¹⁹⁷⁷ wird die im Einzelfall zur Anwendung von ausländer-, asyl- oder bürgerrechtlichen Erlassen zuständige Behörde selbstständig zu beurteilen haben, ob ein eigentliches *Bündel konkreter Indizien* vorliegt, welches «substanzielle Verdachtsmomente» für eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit begründet. Im Zentrum dieser Würdigung haben die erstellten *persönlichen Aktivitäten* der betroffenen Person und nicht allgemeine sicherheitspolitische Erwägungen zu stehen.¹⁹⁷⁸ Eine abstrahierte Betrachtung der vorbesprochenen Urteile¹⁹⁷⁹ verdeutlicht, dass bei der Beurteilung der persönlichen Aktivitäten einer potentiell die innere Sicherheit gefährdenden Person

¹⁹⁷⁴ EGMR, *Piechowicz v. Poland*, 20071/07 (2012), Ziff. 173; EGMR (Grosse Kammer), *Ilaşcu a. o. v. Moldova and Russia*, 48787/99 (Reports 2004-VII), Ziff. 243, 432 und 428 f.; EGMR, *Csüllög v. Hungary*, 30042/08 (2011), Ziff. 31 und 38; NKVF, Stellungnahme-PMT, S. 3. Hierzu weiter vorne §9, III., 4.

¹⁹⁷⁵ Zudem würde nach 15 Tagen auch eine «Langzeit-Einzelhaft» i.S.v. Art. 44 der NMR vorliegen, welche im Lichte der Vorgaben von Art. 43 NMR verboten ist. Hierzu weiter vorne §9, III., 4.

¹⁹⁷⁶ Hierzu ausführlicher weiter vorne §9, III., 3.; §9, IV., 4., D.; §9, V., 2., C.

¹⁹⁷⁷ Im Einzelnen siehe hierzu weiter oben §9, III., 2.; §9, IV., 4., C.; §9, V., 1., C. und 2., B.

¹⁹⁷⁸ So auch BVGE 2015/1 E. 4.4 m. H.a. BVGE 2013/34 E.7.2.

¹⁹⁷⁹ Im Einzelnen siehe hierzu weiter oben §9, III., 2.; §9, IV., 4., C.; §9, V., 1., C. und 2., B.

insbesondere ihr persönliches Umfeld¹⁹⁸⁰, ihr Mobilitätsverhalten¹⁹⁸¹ sowie weitere konkrete Verhaltensweisen¹⁹⁸² gewürdigt werden.

4. Würdigung sicherheitsrelevanter Erkenntnisse im Besonderen

Der Würdigung von Indizien ist im Einzelfall deren Erlangung vorgelagert. Unabhängig davon, welche Behörde sicherheitsrelevante Informationen zuerst feststellt, liegt die Zuständigkeit zur inhaltlichen Beurteilung einer Sicherheitsgefährdung vorab bei den hierfür spezialisierten Behörden Fedpol und NDB.¹⁹⁸³ Daraus folgt, dass soweit das SEM oder kantonale Migrationsbehörden ausländer-, asyl- oder bürgerrechtlichen Normen anwenden, welche Rechtsfolgen an eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz anknüpfen, sich diese gezwungenermassen mit Amtsberichten oder Stellungnahmen von Fedpol oder dem NDB zu befassen haben.¹⁹⁸⁴ Auch in Berücksichtigung der Expertise von NDB und Fedpol hat die im Einzelfall zuständige Migrationsbehörde Erkenntnisse, welche eine angebliche Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit begründen könnten, einer selbstständigen «migrationsrechtlichen» Würdigung zu unterziehen.¹⁹⁸⁵ Die Migrationsbehörde hat insbesondere die Stichhaltigkeit, die Glaubwürdigkeit und die Anzahl der *Informationsquellen* zu berücksichtigen.¹⁹⁸⁶ Der

¹⁹⁸⁰ Bspw. die familiären Verhältnisse, der Arbeitsort, der Wohnort und die Arbeitsverhältnisse, in der Freizeit aufgesuchte Orte, Vereinsmitgliedschaften, andere freiwillig gepflegte Kontakte.

¹⁹⁸¹ Bspw. im Arbeitsalltag und der Freizeit frequentierte Orte, Internetverhalten, beabsichtigte oder erfolgte Ausreisen in Konfliktgebiete.

¹⁹⁸² Bspw. und insbesondere begangene Straftaten resp. bestehende Vorstrafen, im realen Leben oder im Internet gemachte Äusserungen, Gepflogenheiten und Hobbys.

¹⁹⁸³ Vgl. dazu auch interessant die Ausführungen in BVGE 2013/3 E. 4. Ausführlicher weiter vorne §9, II.

¹⁹⁸⁴ Amtsberichte des NDB enthalten neben einer Übersicht über die verwendeten Quellen eine Zusammenfassung der Ergebnisse der nachrichtendienstlichen Nachforschungen. Vgl. BOLZ, Rz 25.

¹⁹⁸⁵ Vgl. dazu bspw. auch BVGE 2015/1. Ausführlicher vorne §9, III., 3.; §9, IV., 4., D.; §9, V., 2., C.

¹⁹⁸⁶ Vgl. dazu bspw. die Ausführungen in BVGer D-1922/2018 vom 8.12.2020 E. 6.3.3. Der durch die Rechtsprechung (vgl. weiter vorne §9, III., 3, §9 IV., 4., C.; §9 V., 2., B.) verschiedentlich bestätigten Pflicht zur selbstständigen Würdigung von nachrichtendienstlichen Erkenntnissen durch die Migrationsbehörden steht (zumindest) im Anwendungsbereich des AsylG BVGE 2018 VI/5 entgegen. Darin wurde einerseits postuliert, dass eine «minimale potenzielle Bedrohung» der inneren oder äusseren Sicherheit bereits eine Gefährdung eben dieser begründe und dass eine

Untersuchungsgrundsatz kann es auch gebieten, dass die Migrationsbehörde zwecks Vornahme einer ausreichenden selbstständigen Würdigung um Substantiierung von sicherheitsrelevanten Erkenntnissen des NDB oder von Fedpol ersucht.¹⁹⁸⁷

5. Notwendigkeit einer (unentgeltlichen) Rechtsvertretung

Soweit bei einer ausländischen Person, welche vorgängig von Fedpol als terroristischer Gefährder qualifiziert wurde, wegen einer angeblichen Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit die Anordnung von zusätzlichen ausländer-, bürger-, asyl- und/ oder flüchtlingsrechtlichen Massnahmen im Raum steht, ist die rechtliche Situation als besonders komplex zu bezeichnen.¹⁹⁸⁸ Aus materiell-rechtlicher Sicht fällt dabei ins Gewicht, dass der im Einzelfall zuständigen Migrationsbehörde im Rahmen der Beurteilung einer Sicherheitsgefährdung weites Ermessen zukommt, da diese in aller Regel Indizien zu würdigen hat.¹⁹⁸⁹ Schliesslich ist bei sämtlichen ausländer-, bürger-, asyl- und flüchtlingsrechtlichen Massnahmen, welche Rechtsfolgen an eine Sicher-

«minimale potenzielle Bedrohung» immer dann vorliege, wenn der NDB im Einzelfall sicherheitsrelevante Vorbehalte gegenüber einer Person geltend mache. Eine «minimale potentielle Bedrohung» verlangt entsprechend keine substantiellen Verdachtsmomente, die auf eine ansatzweise konkretisierte Sicherheitsgefährdung hindeuten, weshalb eine solche rasch bejaht werden kann. Dass immer dann, wenn vom NDB sicherheitsrelevante Vorbehalte gemacht werden, auch eine Sicherheitsgefährdung i.S.d. vorgenannten ausländer-, asyl- und bürgerrechtlichen Bestimmungen zu bejahen wäre, geht nach Ansicht des Schreibenden entschieden zu weit. Dadurch würde die Migrationsbehörde im Einzelfall zum blossen Ausführungsgehilfen der Sicherheitsbehörden.

¹⁹⁸⁷ Die zuständige Migrationsbehörde hat bei der Anwendung von ausländer-, asyl- oder bürgerrechtlichen Erlassen bereits bestehende nachrichtendienstliche Erkenntnisse, welche auf eine Sicherheitsgefährdung hindeuten, zudem stets auf deren Aktualität zu überprüfen.

¹⁹⁸⁸ Zu der verfahrensrechtlichen Komplexität und der Notwendigkeit einer (unentgeltlichen) Rechtsvertretung in Verfahren rund um die Qualifikation einer Person als terroristischen Gefährder und die Anordnung von Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS weiter vorne §8, III., 4, C.

¹⁹⁸⁹ Eine besondere Herausforderung stellt dabei eine durch die im Einzelfall zuständige (Migrations-)behörde selbstständig vorgenommene und qualitativ ausreichende Würdigung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse dar. Hierzu unmittelbar vorangehend 4. Aus Sicht des betroffenen «ausländischen terroristischen Gefährders» wird die Komplexität des Verfahrens zusätzlich dadurch erhöht, dass die Akteneinsicht in nachrichtendienstliche Erkenntnisse nur beschränkt möglich ist. weiter vorne §8, III., 4, B., b.).

heitsgefährdung knüpfen, vor deren Anordnung stets die Verhältnismässigkeit der Massnahme(n) zu prüfen, wodurch die Komplexität dieser Verfahren zusätzlich erhöht wird.¹⁹⁹⁰ In Anbetracht dieser Gemengelage ist es dringend angezeigt, dass die zuständige Migrationsbehörde im Sinne eines *verfahrensrechtlichen Korrektivs* im Einzelfall die betroffene Person unaufgefordert auf das Recht zum Beizug einer Rechtsvertretung hinweist. Soweit die betroffene Person überdies mittellos ist, sollte deren Anspruch auf unentgeltliche Rechtsvertretung in aller Regel bereits im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren bejaht werden.

¹⁹⁹⁰ Im Bereich von AIG-Massnahmen ergibt sich diese Vorgabe ausdrücklich aus Art. 96 AIG. Soweit einer Person bspw. ihre ausländerrechtliche Bewilligung entzogen werden soll, hat die zuständige Behörde die Schwere/Verwerflichkeit der Handlungen, die Aufenthaltsdauer, den Integrationsgrad und die Auswirkungen einer aufenthaltsbeendigenden Massnahme auf allfällige Familienmitglieder in die Verhältnismässigkeitsprüfung miteinzubeziehen. Siehe BGE 135 II 377 E. 4.3 (m.w.H.).

ZUSAMMENFASSENDE ERKENNTNISSE

Nachfolgend werden zusammenfassend wichtige Erkenntnisse der vorliegenden Arbeit in einen Gesamtzusammenhang gestellt. Der Schwerpunkt liegt dabei auf besonders relevanten Aspekten rund um den rechtsstaatlich gebotenen Umgang mit terroristischen Gefährdern. Den nachfolgenden Erkenntnissen kommen im Hinblick auf eine möglichst grundrechtskonforme künftige Rechtsanwendung des 5. Abschnitt des BWIS teilweise auch Empfehlungscharakter zu.¹⁹⁹¹

I. TERRORISMUSBEKÄMPFUNG ALS VERBUNDAUFGABE UNTER FÜHRUNG VON FEDPOL UND NDB

Terrorismus gilt als sicherheitspolitische Bedrohung, wobei dessen Bekämpfung in der Schweiz als *Verbundaufgabe* von Bund und Kantonen gilt, was «ständige Herausforderung(en)»¹⁹⁹² mit sich bringt. Die gemäss Strategie zur Terrorismusbekämpfung vorgesehenen fallweisen Bedrohungsmanagements fungieren auf unterschiedlichen Rechtsgrundlagen und adressieren diverse Bundesbehörden mit polizeilichen Befugnissen, Akteure mit koordinierenden Funktionen sowie unterschiedliche kantonale und kommunale Stellen, wobei Fedpol und dem NDB besondere Relevanz zukommen.

Trotz dieser Ausgangslage und dem in der föderalistischen Schweiz geltenden Subsidiaritätsprinzip lässt sich als Tendenz feststellen, dass polizeiliche Aufgaben im Bereich der inneren Sicherheit, welche ursprünglich in den Kompetenzbereich der Kantone fielen, de facto vermehrt den Gegenstand von *vertikalen Kompetenzverschiebungen* bilden. Dabei masst sich der Bundesgesetzgeber Kompetenzen teilweise gestützt auf zweifelhafte Verfassungsgrundlagen geradezu an.¹⁹⁹³ Eine diesbezüglich klare kantonale Posi-

¹⁹⁹¹ Für detailliertere Ausführungen zu den in den jeweiligen Teilen erlangten Erkenntnisse siehe die in den jeweiligen Teilen enthaltenen Schlussfolgerungen.

¹⁹⁹² Vgl. VBS, Schlussbericht SVÜ- 19, S. 19. Hierzu ausführlicher weiter vorne §5, III., 2., A.

¹⁹⁹³ Art. 4 BWIS sieht vor, dass im Bereich der inneren Sicherheit «in erster Linie» die Kantone zuständig sind. In der Botschaft zum PMT von 2019 wird jedoch erwähnt, dass die Gewährleistung der inneren Sicherheit «keine ausschliessliche Bundesaufgabe» darstelle, was die Vorgaben von Art. 4 BWIS ins Gegenteil verkehrt und von einem problematischen Kompetenzverständnis zeugt. Siehe Botschaft PMT, BBl 2019 4846. Hierzu ausführlicher und kritisch weiter vorne §2, II., 2.

tionsnahme oder die de lege ferenda Schaffung einer expliziten Verfassungsgrundlage ist nach Ansicht des Schreibenden grundsätzlich geboten. Dass sich das «Kompetenz-selbstverständnis» des Bundesgesetzgebers gesteigert und dieser seine Zurückhaltung zur Gesetzgebung im Bereich der inneren Sicherheit immer ungenierter abgestreift hat, lässt sich am PMT als aktueller polizeilicher Bundeserlass gut exemplifizieren.¹⁹⁹⁴

Mit dem PMT wurde u.a. auch das BWIS um die in Art. 23e ff. BWIS neu geschaffenen polizei-präventive Massnahmen ergänzt. Obwohl gemäss ausdrücklichem Wortlaut von Art. 4 BWIS für die innere Sicherheit «in erster Linie» die Kantone zuständig sind, betont der Bundesrat in der Botschaft zum PMT, dass «die Gewährleistung der inneren Sicherheit keine ausschliessliche Bundesaufgabe»¹⁹⁹⁵ darstelle, was den Grundsatz von Art. 4 BWIS in sein Gegenteil verkehrt.¹⁹⁹⁶ Tatsächlich hat der Gesetzgeber durch das PMT weitgehende Fakten geschaffen und dabei im Bereich der operativen Terrorismusbekämpfung insbesondere die Organ- und Führungskompetenz von Fedpol bedeutend ausgebaut.¹⁹⁹⁷ Die mit dem PMT neu geschaffenen Fahndungskompetenzen in Art. 3a f. ZentG und der 5. Abschnitt des BWIS sowie die damit verbundene Kompetenz zum Erlass von Massnahmen zur Verhinderung von terroristischen Aktivitäten stehen beispielhaft für die Bedeutungszunahme der Rolle von Fedpol.

Die in der Kompetenz von Fedpol liegenden Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS sind den verdeckten nachrichtendienstlichen Überwachungsmassnahmen, welche

¹⁹⁹⁴ Ausführlicher zum im Zusammenhang mit der vorliegenden Arbeit besonders relevanten PMT weiter hinten §7 und §8.

¹⁹⁹⁵ Botschaft PMT, BBl 2019 4846. Eingehend zum Inkrafttreten des PMT als Mantelerlass weiter hinten §5, II., 2., C und den präventiven Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS hinten §8 und §9.

¹⁹⁹⁶ Im Vernehmlassungsverfahren zum PMT beurteilten u.a. die Kantone BE, NW, OW, SH, SO und TG die Zuständigkeit des Bundes für die Anordnung von Massnahmen zur Gefahrenabwehr aus verfassungsrechtlicher Sicht als bedenklich. Siehe FEDPOL, Vernehmlassungsergebnisse-PMT, S. 6 f.; MOHLER, Verfassungsgrundlage, S. 65. Gleichermassen kritisch wie überzeugend ZUMSTEG, Rz 24 ff.: «Vorliegend ist bemerkenswert, dass im Gesetzgebungsprozess wiederholt auf das Hooligan-Konkordat verwiesen, aber nicht erklärt wurde, weshalb statt dem PMT nicht ein Konkordat zwischen den Kantonen angestrebt wurde».

¹⁹⁹⁷ Mit dem PMT wurden diverse sicherheits- und kriminalpolizeiliche Aufgaben von Fedpol ausgebaut, so dass dieser Polizeibehörde zentrale Stellung in der schweizerischen Terrorismusbekämpfung zukommt. Ausführlicher zur Rolle von Fedpol in der Terrorismusbekämpfung weiter vorne §5, I, 1., B.

u.a. auf die frühzeitige Erkennung von terroristischen Bedrohungen für die Schweiz sowie auf die Überwachung von «Risikopersonen» abzielen, in aller Regel nachgelagert.¹⁹⁹⁸ Das PMT steht damit auch sinnbildlich für die im Bereich der Terrorismusbekämpfung engen Schnittstellen zwischen den beiden Bundesbehörden NDB und Fedpol. Zwar betont der Bundesrat in der Botschaft zum PMT verschiedentlich, dass «die bisher gewollte Trennung zwischen dem Beschaffen von Informationen über eine Person durch den NDB und der Anordnung polizeilicher Massnahmen gegenüber einer Person»¹⁹⁹⁹ beibehalten werden soll. Berücksichtigt man indes, dass der NDB nach Art. 23i Abs. 1 BWIS zum Erlass von BWIS-Massnahmen antragsberechtigt ist, relativiert sich die betonte Trennung zwischen den beiden Polizeibehörden.²⁰⁰⁰ Neben Fedpol kommt folglich dem NDB im Bereich der Terrorismusbekämpfung als Bundesbehörde eine zentrale Funktion zu, zumal der NDB die terroristische Bedrohungslage in Bezug auf die Schweiz fortlaufend evaluiert.²⁰⁰¹ Die *Terrorbedrohung* wird vom NDB für die Schweiz seit 2015 als «erhöht»²⁰⁰² und massgeblich vom IS geprägt²⁰⁰³ beurteilt. Diese Einschätzung ist nach Ansicht des Schreibenden wenig aussagekräftig, da keinerlei Informationen verfügbar sind, ob und falls ja, welche weiteren Stufen von Terrorbedrohungen bestehen und daher auch nicht beurteilt werden kann «wie hoch» eine erhöhte Terrorbedrohung tatsächlich ist. In Bezug auf die Einschätzung der terroristischen Bedrohungslage durch den NDB ist es nach Ansicht des Schreibenden angezeigt, dass die «erhöhte» Terrorbedrohung kontextualisiert wird, indem nachvollziehbar dargelegt wird, welche Stufen

¹⁹⁹⁸ Ausführlicher zur Rolle des NDB in der Terrorismusbekämpfung weiter vorne §5, I, 1., A.

¹⁹⁹⁹ Siehe Botschaft PMT, BBl 2019 4784, 4764 f.

²⁰⁰⁰ Kommt hinzu, dass die Mitteilungsgründe für die Übermittlung von Personendaten zur Wahrung der inneren Sicherheit vom NDB an Fedpol sehr weit gefasst sind. Die gesetzlich vorgesehenen Mitteilungszwecke für Personendaten sind in Anhang 3 Ziff. 9.3 NDV weit gefasst, wobei die Anordnung von Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS unter den in Ziff. 9.3.13 genannten Mitteilungszweck «zur Bearbeitung von Aufgaben nach dem Bundesgesetz vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit» fällt.

²⁰⁰¹ Diese Einschätzungen finden sich in den NDB-Lageberichten, den Fedpol Jahresberichten sowie in der jährlichen Beurteilung der Bedrohungslage durch den Bundesrat wieder. Ausführlicher zur Beurteilung der terroristischen Bedrohungslage in der Schweiz weiter vorne §4, I.

²⁰⁰² Hierzu kritisch weiter vorne §4, II., 2., B., c.).

²⁰⁰³ Siehe NDB-Lagebericht 2021, S. 37, wonach der IS nach Einschätzung des NDB «derzeit kaum in der Lage (sei), selber Anschläge in europäischen Ländern vorzubereiten oder zu verüben», wobei «die Ideologie als Nährboden und Inspirationsquelle erhalten» geblieben sei.

von Terrorbedrohung überhaupt bestehen und unter welchen Voraussetzungen diese jeweils erfüllt sind. Als wahrscheinlichste *Bedrohungsform* benennt der NDB gegen weiche Ziele verübte «Anschläge mit geringem organisatorischem und logistischem Aufwand» durch autonom agierende Einzelpersonen²⁰⁰⁴.

II. AUFWEICHUNG DER DOGMATIK MITTLES NEUER PRÄVENTIVMASSNAHMEN

Die auf Bundesebene²⁰⁰⁵ erfolgten straf- und polizeirechtlichen Neuerungen zur Terrorismusbekämpfung zielen zwar gemäss Bundesrat nicht auf einen «umfassenden Schutz gegen alle möglichen Bedrohungsformen terroristischer Gewaltanwendung»²⁰⁰⁶. Im Umgang mit terroristischen Bedrohungen wird indes sowohl im Straf- als auch im Polizeirecht ein gesteigertes gesetzgeberisches Bedürfnis nach immer weitreichenderer Gefahrenprävention erkennbar, in der eine möglichst frühzeitige Verminderung von potentiellen terroristischen Gefahrenquellen erreicht werden soll.²⁰⁰⁷ Dieses gesteigerte Sicherheitsbedürfnis zeitigt prägende Auswirkungen auf die althergebrachte polizei- und strafrechtliche Dogmatik.

Das traditionell retrospektiv und repressiv ausgerichtete Strafrecht zielt im Kontext der Terrorismusbekämpfung untypischerweise primär auf die präventive Gewährleistung von Sicherheit. Als Mittel zum Zwecke dienen dabei Vorfeldtatbestände, die Verhaltensweisen unter Strafe stellen, die für sich betrachtet harmlos sind und in zeitlicher und sachlicher Hinsicht einer möglichen künftigen terroristischen Straftat weit vorgelagert sind.²⁰⁰⁸

²⁰⁰⁴ Siehe u.a. NDB-Lagebericht 2021, S. 37. Dabei stellt der NDB fest, dass bei der Täterschaft auch vermehrt persönliche Krisen und/oder psychische Probleme eine Rolle spielen könne.

²⁰⁰⁵ Hierzu eingehend weiter vorne §5, II.

²⁰⁰⁶ Antwort des Bundesrates vom 1.3.2006 auf die Anfrage Nr. 05.1203 Schutzkonzept gegen den Terrorismus vom 16.12.2005.

²⁰⁰⁷ Eine grundlegende Auseinandersetzung damit, welches Mass an verbleibender Unsicherheit im Rahmen der Terrorismusbekämpfung in der Schweiz von der gesetzgebenden Mehrheit als Restrisiko in Kauf genommen wird, lässt sich in den Materialien nirgends finden. Vgl. dazu allgemein auch SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, in: Schweizer, S. 84 (m.w.H.).

²⁰⁰⁸ Vgl. VEST, S. 324 f.; JOSITSCH/POULIKAKOS, Rz 27. Hierzu ausführlicher weiter vorne §6, II.

Soweit eine bestimmte Verhaltensweise im Einzelfall nicht ausreichend konkretisiert ist, um einen Anfangsverdacht für eine terrorismusrelevante strafbare Vorfeldaktivität zu begründen, könnte dieser Verhaltensweise, im Sinne der im Bereich der Terrorismusbekämpfung «spartenübergreifend» immer weitreichenderen Gefahrenprävention, mit den neu geschaffenen polizei-präventiven Massnahmen des 5. Abschnitt des BWIS begegnet werden.

Diese Präventivmassnahmen stehen exemplarisch für den polizeirechtlichen Umgang mit terroristischen Bedrohungen, in welchem sich eine Aufweichung des herkömmlichen Gefahrenbegriffs feststellen lässt, indem die polizeiliche Eingriffsschwelle weg von der Gefahr ins *Gefahrenvorfeld* vorverlagert wurde und die Polizei dadurch nicht mehr primär Gefahrenabwehr betreibt, sondern gestützt auf mehr oder weniger konkrete Anhaltspunkte eigentliches «Risikomanagement».²⁰⁰⁹ Durch diese Kombination von ausgeweiteten strafrechtlichen Vorfeldaktivitäten und einer ins Gefahrenvorfeld vorverlagerten polizeilichen Eingriffsschwelle könnten theoretisch gesehen bereits komplett harmlose Verhaltensweisen eine staatliche «Präventivreaktion» nach sich ziehen. Ebenso exemplarisch verdeutlichen die polizeipräventiven Massnahmen des 5. Abschnitt des BWIS wie potentiell weitreichend diese Reaktion ausfallen kann, da bei diesen im Bedürfnis nach immer weitreichenderer Gefahrenprävention die polizei- und strafrechtlichen Logiken bedürfnisorientiert neu vermengt wurden.²⁰¹⁰ Entstanden sind hybride polizei-präventive Massnahmen, welche die auf vage Gefahrenlagen bezogenen geringen Anordnungsvoraussetzungen von polizeilichen Massnahmen mit der grundrechtlichen Eingriffswirkung von strafprozessualen Zwangsmassnahmen vereinen, ohne dass die betroffenen Personen in den Genuss der strafprozessualen Schutzbehelfe kommen würden.

III. TENDENZ ZUR «GRUNDENTRECHTUNG» VON TERRORISTISCHEN GEFÄHRDERN

In einem Rechtsstaat beschlägt die Frage nach einem angemessenen Umgang mit terroristischen Bedrohungen und mutmasslichen Terrorist:innen stets auch die Ver-

²⁰⁰⁹ Hierzu ausführlicher weiter vorne §6, I.

²⁰¹⁰ Siehe hierzu und zum nächsten Satz CONINX, Terrorismusbekämpfung, S. 198 f.

hältnisbestimmung zwischen individueller Freiheit und kollektiven Sicherheitsinteressen.²⁰¹¹ Nach Ansicht des Schreibenden sollte in dieser Verhältnisbestimmung die faktische *Existenz* eines «Mehrheit-Minderheit-Konfliktes» erkannt und hinreichend mitberücksichtigt werden.²⁰¹² Dabei ist auch anzuerkennen, dass ein bestehender «Mehrheit-Minderheit-Konflikt» die Gefahr birgt, dass eine (vermeintlich) bedrohte gesetzgebende Mehrheit sicherheitssteigernder Gesetzgebung selbst dann zustimmen könnte, wenn diese unverhältnismässige Auswirkungen auf die Rechtsposition der für die angebliche Gefährdung mutmasslich ursächliche Minderheit zeitigen könnte.²⁰¹³

Die Thematik der vorliegenden Arbeit dient hierfür als gutes Anschauungsbeispiel, da die gesetzgebende Mehrheit unter implizitem Hinweis auf überwiegende kollektive Sicherheitsinteressen zur Verhinderung von terroristischen Aktivitäten gegen «terroristische Gefährder»²⁰¹⁴ gerichtete Normen geschaffen und damit erstmals auf Bundesebene als neue Rechtsfigur eine Kategorie von «Gefährdern» eingeführt hat. Diese Konstellation exemplifiziert überdies einen «Mehrheit-Minderheit-Konflikt», dem zudem ein Feind-Freund-Schema²⁰¹⁵ zugrunde liegt, in welchem die gesetzgebende Mehrheit der als feindlich wahrgenommenen Minderheitskategorie der «terroristischen Gefährder» einschneidendes Sonderrecht zugemutet hat.²⁰¹⁶

²⁰¹¹ Hierzu ausführlicher weiter vorne § 1.

²⁰¹² Vgl. hierzu und zum nächsten Satz auch CONINX/MONA, S. 15.

²⁰¹³ Siehe CONINX/MONA, S. 8 f. Siehe hierzu auch BINDER/JACKSON, in: Kulick/Goldhammer, S. 141. Ansätze für einen «Mehrheit-Minderheit-Konflikt» hat der Schreibende im Rahmen der nachfolgenden Auswertung politischer Vorstösse in der Schweiz gemacht, welche zur Bekämpfung von Terrorismus Verschärfungen im Bereich des Ausländer- und Asylrechts forderten. Die bürgerliche gesetzgebende Mehrheit verlangte dabei besonders einschneidende Einschränkungen zu Lasten der ausländischen Minderheit. Hierzu Fn. 512.

²⁰¹⁴ Ausführlich zur Definition des terroristischen Gefährders i.S.v. Art. 23e BWIS weiter hinten § 7.

²⁰¹⁵ Hierzu ausführlicher weiter vorne §1, II., 3.

²⁰¹⁶ JAKOBS selbst begründete bspw. die Notwendigkeit der «ehrlichen Unterscheidung» zwischen Bürger- und Feindstrafrecht u.a. auch damit, dass die Bekämpfung von Terrorismus eine Verlagerung der Strafbarkeit weit ins Vorfeld, mithin eine Erosion des liberalen Strafrechts, bewirke, welche für Bürger nicht zumutbar sei. Indem JAKOBS dem «Bürger» das liberale Strafrecht erhalten und das weitgehende Instrumentarium des Feindstrafrechts ersparen wollte, argumentiert er ausschliesslich aus einer Mehrheitsperspektive und veranschaulicht dadurch implizit die problematischen Folgen eines aus einem Mehrheit-Minderheit-Konflikts resultierenden Denk- und Handlungsmusters. Siehe hierzu JAKOBS, in: HHRS, S. 88 ff.; SAMOUR, in: Kulick/Goldhammer, S. 52; weiter vorne

Unter anerkennender Berücksichtigung der Existenz von «Mehrheit-Minderheit-Konflikten» im Bereich der Terrorismusbekämpfung ist nach Ansicht des Schreibenden in einem Rechtsstaat in einem zweiten Schritt zwingend die rechtliche *Position der betroffenen Minderheit* einzunehmen.²⁰¹⁷ Wie kann sich ein «terroristischer Gefährder» rechtlich gegen eine potentiell überschüssende Gesetzgebung der Mehrheit wehren? Im Rahmen dieses im Verhältnis von individueller Freiheit und kollektiver Sicherheit notwendigen *Perspektivenwechsels* wird der herausragende Wert der, im Zuge der Aufklärung ausgebildeten, subjektiv-grundrechtlichen Abwehransprüche gegen staatliche Eingriffe deutlich. Die Grundrechte binden dabei auch die gesetzgebende Mehrheit normativ zurück und schützen diese letztlich auch vor ihrem eigenen sicherheitspolitischen Übereifer.²⁰¹⁸

In zusammenfassender Würdigung des neuen 5. Abschnitts des BWIS lässt sich indes feststellen, dass die gesetzgebende Mehrheit der grundsätzlichen Grundrechtsberechtigung sowie der verfahrensgrundrechtlichen Position von Personen, welche gestützt auf Art. 23e BWIS als «terroristische Gefährder» kategorisiert wurden, sehr geringe Beachtung geschenkt hat.²⁰¹⁹ Dies zeigen die nachfolgenden Kritikpunkte exemplarisch:

- Keine Beachtung fand der aus Sicht der Minderheitsperspektive relevante Umstand, dass der *alleinige Akt der Kategorisierung* einer Person als «terroristischer Gefährder» für diese stigmatisierend wirkt, Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sowie erhebliche Alltagsschwerungen mit sich bringt.²⁰²⁰ Aus Sicht der betroffenen Minderheit wäre es zudem zwingend notwendig zu wissen, ab welchem Zeitpunkt diese stigmatisierende Kategorisierung überhaupt erfolgen darf. Dessen unbeachtlich lassen sowohl Art. 23e BWIS als auch die Materialien grundlegen offen, ab welchem Zeit-

²⁰¹⁷ Siehe CONINX/MONA, S. 8 f. Einen solchen Perspektivenwechsel legt bereits der in der Präambel zur BV enthaltene Passus, wonach «(..) die Stärke des Volkes sich misst am Wohl der Schwachen», nahe. Hierzu ausführlicher weiter vorne §2.

²⁰¹⁸ Siehe CONINX/MONA, S. 8 f.

²⁰¹⁹ Vgl. dazu auch ähnlich Vest, S. 334 f.

²⁰²⁰ Dazu ausführlicher weiter vorne §7, VII, 1. und 2. Siehe auch Fn. 2021.

punkt eine Person als «terroristischer Gefährder» kategorisiert werden kann.²⁰²¹ Ebenso wurde weder im Gesetz noch in den Materialien aufgegriffen, wie die von einer Datenbearbeitung betroffene Person vor der eigentlichen Kategorisierung von Fedpol bezeichnet wird, welche Datenbearbeitungsgrundlage vor der eigentlichen Kategorisierung zur Anwendung gelangt und ob sowie gegebenenfalls wie die datenschutzrechtlichen Ansprüche von (mutmasslichen) terroristischen Gefährdern in der künftigen Rechtsanwendung umgesetzt werden sollen.²⁰²²

- Weder im 5. Abschnitt des BWIS noch in den Materialien wurde der Umstand berücksichtigt, dass Verfahren auf Erlass von BWIS-Massnahmen in den Anwendungsbereich des VWVG fallen. Damit blieb auch der aus Sicht der Minderheitsperspektive zentrale Umstand unberücksichtigt, wonach mutmasslichen terroristischen Gefährdern ab dem Zeitpunkt der Antragsstellung nach Art. 23i BWIS Parteistellung i.S.v. Art. 6 VwVG zukommen.²⁰²³ Ob und gegebenenfalls wie Fedpol die im VwVG vorgesehenen Verfahrensparteirechte zu wahren gedenkt, bleibt auch unter Beizug der Materialien ungeklärt, obwohl gerade diese Verfahrensgrundrechte betroffene mutmassliche terroristische Gefährder vor einer im Einzelfall allenfalls überschüssenden Anwendung des 5. Abschnitt des BWIS schützen könnten.²⁰²⁴

²⁰²¹ «Les experts notent qu'il n'est pas clair si les personnes désignées comme « terroristes potentiels » sont notifiées de leur désignation en l'absence de mesures administratives d'accompagnement en vertu des articles 23(k)-(o) ou même si la désignation, sans imposer de mesures administratives, est possible» UNO-Sonderberichterstatter, Stellungnahme zum PMT, S. 5. Aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes sollte eine Person vor der rechtskräftigen Kategorisierung lediglich als «mutmasslicher terroristischer Gefährder» kategorisiert werden. Zum Ganzen weiter vorne §7, VII., 1.

²⁰²² Die schwache verfahrensrechtliche Stellung von (mutmasslichen) terroristischen Gefährdern kann durch die hinreichende Beachtung ihrer persönlichkeitsrechtlichen Ansprüche und der datenschutzrechtlichen Vorgaben in der künftigen Rechtsanwendung des 5. Abschnitts des BWIS zumindest etwas verbessert werden. Fedpol wird daher in der künftigen Rechtsanwendung des 5. Abschnitt des BWIS in jedem Einzelfall transparent zu erklären haben, welche Informationen, zu welchen Personen, zu welchem Zwecke und in welchen Informationssystemen bearbeitet wurden, wobei es allenfalls unkorrekt bearbeitete Daten von Amtes wegen zu berichtigen haben wird. Zum Ganzen weiter vorne §7, VII., 2. und 3.

²⁰²³ Dazu ausführlicher und mit Begründung weiter vorne §8, III., 3.

²⁰²⁴ Besonders fragwürdig ist dabei, dass die aus der betroffenen Minderheitsperspektive zentrale Frage offengeblieben ist, wie im Verwaltungsverfahren auf Erlass von BWIS-Massnahmen der Anspruch von betroffenen mutmasslichen terroristischen Gefährder auf rechtliches Gehör um-

- Die unzureichende Berücksichtigung der Grundrechtsstellung von terroristischen Gefährdern wird auch daran deutlich, dass weder im BWIS noch in der Botschaft zum PMT sachdienliche Hinweise zur *Prognosemethodik* und zum *Beweismassstab* enthalten sind, weshalb die künftige Rechtsanwendung von Art. 23e BWIS für die Betroffenen nicht voraussehbar und das Ermessen von Fedpol entsprechend weit ist. Sinnbildlich für die fehlende Berücksichtigung der Minderheitsperspektive von terroristischen Gefährdern hält der Bundesrat zu Art. 23e BWIS fest, dass diese Einschätzungen «erfahrungsgemäss mit prognostischen Unsicherheiten»²⁰²⁵ verbunden seien. Unhaltbar ist hierbei nicht die an eine selbsterfüllende Prophezeiung erinnernde Erwähnung der «prognostischen Unsicherheiten» an sich, sondern deren selbstverständliche Hinnahme als «fait accompli», ohne dass die Rechtsposition des womöglich fälschlicherweise betroffenen terroristischen Gefährders vom Bundesrat auch nur erwähnt oder gar Vorkehren zur möglichst korrekten Prognosestellung aufgezeigt würden.²⁰²⁶
- Ein *fehlendes Problembewusstsein* legte der Bundesrat in Bezug auf die Konformität der Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS mit den Vorgaben der EMRK an den Tag. Mit der *freiheitsentziehenden Eingrenzung auf eine Liegenschaft* nach Art. 230 f. BWIS hat eine Präventivmassnahme Eingang ins BWIS gefunden, welche aufgrund ihrer Unbestimmtheit und dem Fehlen eines zulässigen Haftgrundes mit den Vorgaben von Art. 5 EMRK nicht vereinbar sein könnte.²⁰²⁷ Zudem trug der Bundesrat bei der Ausarbeitung des 5. Abschnitts des BWIS der Relevanz der in Art. 6 EMRK vorgesehenen Verfahrensgarantien nur unzureichend Rechnung. Dass die Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS

gesetzt und hinreichend beachtet werden soll. Dazu ausführlicher und mit konkreten Umsetzungshinweisen für weitere ungeklärte Verfahrensfragen rund um die Anwendung des 5. Abschnitts des BWIS weiter vorne §8, III., 4.

²⁰²⁵ Botschaft PMT, BBl 2019 4784.

²⁰²⁶ Auch unter Beizug der Botschaft bleibt daher völlig unklar, wie die Erstellung von möglichst korrekten Gefährlichkeitsprognosen sichergestellt werden soll, inwieweit (falsch positive) Gefährlichkeitsprognosen einer wirksamen Kontrolle unterliegen und welche Ansprüche und Rechtsfolgen eine (falsch positive) Gefährlichkeitsprognose begründen. Ausführlicher weiter vorne §7, V.

²⁰²⁷ Nach Ansicht des Schreibenden sollte daher auf die Anordnung dieser BWIS-Massnahme in der künftigen Rechtsanwendung des 5. Abschnitts des BWIS verzichtet werden. Zu den (nicht erfüllten) Haftgründen von Art. 5 Abs. 1 lit. b und c EMRK vorne §8, II., 6., D.

vom Bundesrat ohne nähere Begründung dem Verwaltungsrecht zugerechnet werden, hat zur Folge, dass die verfahrensrechtliche Position des terroristischen Gefährder im Vergleich zu einer in einem Strafverfahren beschuldigten Person weitaus schwächer ist.²⁰²⁸ Der faktische Verzicht auf eine zumindest ansatzweise vertiefte Auseinandersetzung mit dem Charakter der BWIS-Massnahmen²⁰²⁹ ist als *riskant* zu bezeichnen, da keineswegs auszuschliessen ist, dass das Bundesgericht oder der EGMR in einem bestimmten Einzelfall den strafenden Charakter der BWIS-Massnahmen i.S.v. Art. 6 EMRK bejahen könnte.²⁰³⁰

- Exemplarisch für die fehlende Einnahme der Perspektive der von BWIS-Massnahmen betroffenen Minderheit steht schliesslich etwa auch, dass die BWIS-Massnahmen auch gegen Kinder verfügt werden können, obwohl dies mit den Vorgaben aus der KRK sowie aus entwicklungspsychologischer Sicht nur schwerlich vereinbar sein dürfte.²⁰³¹

Die vorstehenden Beispiele veranschaulichen, dass die Berücksichtigung der Minderheitsperspektive durch die gesetzgebende Mehrheit in der Ausgestaltung des 5. Abschnitts des BWIS nahezu vollständig unberücksichtigt geblieben ist. In zusammenfassender Würdigung entsteht nach einer vertieften Auseinandersetzung mit dem 5. Abschnitt des BWIS und den dazugehörigen Materialien nach Ansicht des Schreibenden gar der Eindruck, dass terroristische Gefährder zur Wahrung kollektiver Sicherheitsinteressen aus Sicht der gesetzgebenden Mehrheit «*grundentrechtet*»²⁰³² sein dürfen und sein sollen. Unter «Grundentrechtung» versteht der Schreibende die vorerwähnten, von der gesetzgebenden Mehrheit unberücksichtigt gelassenen grundrechtlichen Aspekte, welche in ihrer Tendenz und in ihrer Summe kumuliert zu einer faktischen Relativierung bzw.

²⁰²⁸ Vgl. dazu auch CONINX, Terrorismusbekämpfung, S. 198 f.

²⁰²⁹ Die Botschaft zum PMT enthält als Begründung der verwaltungsrechtlichen Natur der BWIS-Massnahmen lediglich in einer Fussnote einen Verweis auf das «Hooligan-Konkordat», welcher aus verschiedenen Gründen als nicht sachgerecht zu bezeichnen ist. Hierzu weiter vorne §8, II., 6., E., b.), ac).

²⁰³⁰ Nach Ansicht des Schreibenden könnten das zweite und dritte «Engel-Kriterium» erfüllt sein. Hierzu ausführlicher weiter vorne §8, IV. So wäre bspw. die Unschuldsvermutung und der Grundsatz «*nemo tenetur*» zu beachten. Hierzu ausführlicher weiter vorne §8, II., 6., A. und F.

²⁰³¹ Hierzu ausführlicher weiter vorne §8, I., 3.

²⁰³² Siehe dazu weiter vorne §1, II., 3.

«teilweisen Entrechtung» der Grundrechtsposition von (mutmasslichen) terroristischen Gefährdern führen, wobei diese Tendenz an den u.a. von SCHMITT und DEPENHEUER propagierten Umgang mit «Feinden»²⁰³³ erinnert und aus rechtsstaatlicher Sicht problematisch erscheint.

IV. FOLGEN DER FEHLENDEN TERRORISMUSDEFINITION IM 5. ABSCHNITT DES BWIS

Die unzureichende Berücksichtigung der verfahrensrechtlichen Position sowie der Grundrechtsträgerschaft von als terroristische Gefährder kategorisierten Personen zeigt sich überdies in der konkreten Ausgestaltung von Art. 23e BWIS. Als terroristischer Gefährder gilt nach Art. 23e Abs. 1 BWIS eine natürliche Person, bei welcher konkrete und aktuelle Anhaltspunkte²⁰³⁴ die Annahme²⁰³⁵ der künftigen Ausübung einer terroristischen Aktivität²⁰³⁶ rechtfertigen. Art. 23e Abs. 2 BWIS umschreibt *terroristische Aktivitäten* als «Bestrebungen zur Beeinflussung oder Veränderung der staatlichen Ordnung, die durch die Begehung oder Androhung von schweren Straftaten oder mit der Verbreitung von Furcht und Schrecken verwirklicht oder begünstigt werden sollen».

1. Fehlende Definition von «terroristischen» Aktivitäten

Die in Art. 23e BWIS verwendeten Begriffe «terroristischer Gefährder» und «terroristische Aktivität» sind verknüpft: «wer in diesem Zusammenhang als Gefährder gilt, wird durch den Gehalt von <terroristisch> bestimmt»²⁰³⁷. In Anbetracht des Umstandes, dass

²⁰³³ Hierzu ausführlicher weiter vorne §1, II., 3.

²⁰³⁴ Ausführlicher zu den Anhaltspunkten nach Art. 23e BWIS weiter vorne §7, V.

²⁰³⁵ Ausführlicher zur Prognosestellung bei terroristischen Gefährdern weiter vorne §7, VI.

²⁰³⁶ Ausführlicher zu den terroristischen Aktivitäten nach Art. 23e Abs. 2 BWIS weiter vorne §7, IV.

²⁰³⁷ Hierzu und zum nächsten Satz MOHLER, fehlende Konformität, Rz 26. Ähnlich äusserten sich auch die UNO-SONDERBERICHTERSTATTER zu Art. 23e: «Les experts rappellent que la notion de « terroristes potentiels » s'appuie sur celle d' « activités terroristes ». Par conséquent, la définition large et imprécise des « activités terroristes » affecte l'interprétation et l'application de tous les concepts et des mesures connexes et exacerbe les implications négatives potentielles pour les droits de l'homme liées à la mise en œuvre du projet de loi». UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. 6.

weder das BWIS, die übrigen Bestimmungen des PMT noch die zugehörigen Materialien den Begriffsgehalt von «terroristisch» aus einer nachvollziehbaren Terrorismusdefinition ableiten, basiert die «Definition» des terroristischen Gefährders auf einem schwammig-zirkulären Begriffsverständnis von «terroristisch».²⁰³⁸ Exemplarisch hierfür stehen die in der Botschaft zum PMT enthaltenen Beispiele für «konkrete und aktuelle Anhaltspunkte» i.S.v. Art. 23e BWIS, die auf die künftige Ausübung einer terroristischen Aktivität hindeuten sollen. Sämtliche Beispiele referenzieren auf unbestimmte Rechtsbegriffe im Zusammenhang mit dem Adjektiv «terroristisch»²⁰³⁹, ohne dass dem Adjektiv darin auch nur ansatzweise Konturen verliehen würden.²⁰⁴⁰

Zwar besteht auch auf völkerrechtlicher Ebene keine allgemein anerkannte Terrorismusdefinition, da insbesondere die Abgrenzung zwischen legitimem Widerstandskampf und terroristischen Handlungen perspektivisch geprägt ist und dadurch bis dato einen internationalen Konsens verunmöglicht hat.²⁰⁴¹ Das Schweizerische Strafrecht enthält indes in verschiedenen Strafbestimmungen implizite Terrorismusdefinitionen, welche sich an der völkerrechtlich am ehesten mehrheitsfähigen Definition von Terrorismus orientieren.²⁰⁴² Eine Organisation gilt demnach gemäss Art. 260^{ter} Abs. 1 lit. a Ziff. 2 StGB bspw. dann als «terroristisch», wenn diese den Zweck verfolgt, Gewaltverbrechen zu begehen, mit denen die Bevölkerung eingeschüchtert oder ein Staat oder eine internationale Organisation zu einem Tun oder Unterlassen genötigt werden soll. Auf der *Ebene der Tathandlung* erfordert die vorstehende Definition die Absicht zur Begehung von schweren Rechtsgutverletzungen und einen Gewaltbezug. Auf *subjektiver Ebene* ist das Ziel resp. der Zweck massgeblich, welcher der Tathandlung zugrunde liegt. Ent-

²⁰³⁸ So auch MOHLER, fehlende Konformität, Rz 26. Ähnlich auch UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. 2 f.

²⁰³⁹ Bspw. «terroristische Bestrebungen», «terroristischer Inhalt», «terroristische Taten» oder «terroristische Gewalt». Siehe dazu Botschaft PMT, BBl 2019 4784 sowie die ausführlichere Besprechung der Beispiele weiter vorne § 7, V., 3., A.-E.

²⁰⁴⁰ Hierzu und den nachfolgenden Zitaten aus der Botschaft PMT, BBl 2019 4784. Ausdrücklich zu Art. 23e BWIS auch die Menschenrechtsbeauftragte des Europarates: «L'absence de définition claire et précise ouvre la voie à une interprétation large faisant courir le risque d'ingérences excessives et arbitraires dans les droits de l'homme», vgl. EUROPARAT, Stellungnahme PMT, S. 1 f.

²⁰⁴¹ Zu der fehlenden international anerkannten Terrorismusdefinition weiter vorne §3, II., 3. Zur in der Schweiz von der FDP vergeblich geforderten allgemeinen Terrorismusstrafnorm FN 695.

²⁰⁴² Hierzu und zu den folgenden drei Sätzen ausführlicher weiter vorne §6, II.; §3, II., 3., B. und C.

sprechend muss im Einzelfall erstellt sein, dass durch die Tathandlung die Bevölkerung eingeschüchtert oder eine Regierung oder internationale Organisation zu einem Tun oder Unterlassen genötigt werden soll.

In Bezug auf die «terroristischen Aktivitäten» i.S.v. Art. 23e Abs. 2 BWIS behauptet²⁰⁴³ der Bundesrat in der Botschaft zum PMT, dass deren *Definition* unverändert aus Art. 19 Abs. 2 lit. a NDG übernommen worden sei, was als unpräzise abzulehnen ist. Art. 19 Abs. 2 NDG stellt lediglich eine abschliessende Aufzählung an konkreten Bedrohungen für die innere und äussere Sicherheit der Schweiz dar, die in Einschränkung des Rechts auf Privatsphäre der Betroffenen besondere behördliche Auskunftspflichten begründen können, wozu gemäss lit. a. auch «terroristische Aktivitäten» zählen. Art. 19 Abs. 2 lit. a NDG enthält jedoch keine Legaldefinition von «terroristisch», was in der Botschaft zum NDG ausdrücklich so festgehalten wurde.²⁰⁴⁴ Art. 23e Abs. 2 BWIS basiert somit weder auf der «Definition» von Art. 19 Abs. 2 NDG noch auf einer anderweitigen Terrorismusdefinition, sondern auf einer vagen Umschreibung einer konkreten Bedrohung, welche im nachrichtendienstlichen Bereich Informationspflichten zu Gunsten des NDB zu rechtfertigen vermag. Im Unterschied zu Art. 19 NDG sieht der 5. Abschnitt des BWIS jedoch zahlreiche Massnahmen vor, welche aktiv in die Grundrechte von terroristischen Gefährdern eingreifen und auf deren aktive Mitwirkung bauen, weshalb die undifferenzierte Übertragung der im Zusammenhang mit den Auskunftspflichten nach Art. 19 NDG formulierten «terroristischen Aktivität» auf den 5. Abschnitt des BWIS im Hinblick auf dessen künftige Rechtsanwendung zumindest problematisch erscheint.²⁰⁴⁵

²⁰⁴³ Vgl. zur Behauptung Botschaft PMT, BBl 2019 4783.

²⁰⁴⁴ Siehe dazu Botschaft NDG, BBl 2014 2158.

²⁰⁴⁵ Zudem ist im Unterschied zu Art. 19 Abs. 2 NDG im Falle von Art. 23e BWIS keine konkrete Bedrohung der inneren Sicherheit, sondern lediglich konkrete und aktuelle Anhaltspunkte für die künftige Ausübung einer terroristischen Aktivität erforderlich, womit die Anwendungsvoraussetzung im BWIS gegenüber der NDG-Bestimmung herabgesetzt ist. Vgl. dazu auch MOHLER, fehlende Konformität, Rz 36.

2. Allzu weite Umschreibung der «terroristischen» Aktivitäten

Der die terroristischen Aktivitäten umschreibende Wortlaut von Art. 23e Abs. 2 BWIS lässt sich unterteilen in das von den tatbegehenden Personen gewählte *Ziel*²⁰⁴⁶, namentlich die Beeinflussung oder Veränderung der staatlichen Ordnung, und die zur Zielerreichung eingesetzten *Tathandlungen*²⁰⁴⁷, die «Begehung oder Androhung von schweren Straftaten» oder die «Verbreitung von Furcht und Schrecken». Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die konkrete Ausgestaltung von Art. 23e Abs. 2 BWIS weit gefasst ist und dadurch in der künftigen Rechtsanwendung die Anzahl an Verhaltensweisen, welche als «terroristische Aktivitäten» qualifiziert werden können, tendenziell *überhöht* werden könnten, was insbesondere die nachfolgenden Kritikpunkte verdeutlichen.²⁰⁴⁸

Das einer terroristischen Aktivität zugrundeliegende *Ziel* ist insofern weit gefasst, als dass eine «Beeinflussung der staatlichen Ordnung» auch im Falle politischer und zivilgesellschaftlicher Aktivitäten vorliegt, da diese per se auf eine Beeinflussung der staatlichen Ordnung abzielen.²⁰⁴⁹ Die Umschreibung der eine terroristische Aktivität begründenden *Tathandlungen* ist u.a. deswegen weitreichend, da bereits die geplante Androhung von «schweren Straftaten» als solche gilt, zumal «schwere Straftaten» nirgends konturiert werden und daher von der verfügenden Behörde nach Gutdünken ausgelegt werden könnten. Die Auslegung des Begriffs der «schweren Straftat» sollte nach Ansicht des Schreibenden in der künftigen Rechtsanwendung von Art. 23e Abs. 2

²⁰⁴⁶ Dazu ausführlicher weiter vorne §7, IV., 2., A.

²⁰⁴⁷ Dazu ausführlicher weiter vorne §7, IV., 2., B.

²⁰⁴⁸ So könnte bspw. der nachfolgende Post einer Corona-Skeptikerin aus der Schweiz auf Facebook: «Ich glaube, mit friedlichen Demos und Liebe werden wir das nicht stoppen können. Ich bin zwar gegen Gewalt. Aber das Böse wird immer gewinnen, wenn sich das Gute nicht wehrt. Wehren wir uns!» als eine beabsichtigte Beeinflussung der staatlichen Ordnung i.S.v. Art. 23e Abs. 2 BWIS ausgelegt werden. Zum leicht adaptierten Originalbeispiel <https://www.blick.ch/news/schweiz/corona-skeptikerin-melanie-kolic-29-bedraengte-daniel-koch-in-der-kirche-wir-werden-nicht-ernst-genommen-id16082416.html>.

²⁰⁴⁹ Nämliche Bedenken äusserten auch die UNO-SONDERBERICHTERSTATTER: «Les experts signalent en particulier que les actes que cherchent à influencer ou à modifier l'ordre étatique peuvent englober une série de comportements qui ne sont pas de nature terroriste». UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme PMT, S. 4.

BWIS auf Konstellationen beschränkt sein, in denen die erstellten Anhaltspunkte auf die Androhung oder geplante Begehung von sogn. «Gewaltverbrechen»²⁰⁵⁰ hindeuten, wodurch der Anwendungsbereich von Art. 23e BWIS eher auf den Terrorismuskontext beschränkt würde.²⁰⁵¹

Kritisch zu sehen ist auch, dass als Tathandlung die «Verbreitung von Furcht und Schrecken» ausreichend sein soll,²⁰⁵² da dadurch der in straf- und internationalrechtlichen Terrorismusdefinitionen²⁰⁵³ übliche Gewaltbezug wegfällt, wodurch der potentielle Anwendungsbereich von Art. 23e BWIS im Hinblick auf die künftige Rechtsanwendung erheblich ausgeweitet wird.²⁰⁵⁴ Zudem bleibt auch unter Beizug der Materialien unklar, ob bei der Würdigung der Tathandlungen nach Art. 23e Abs. 2 BWIS einzig die subjektiven Absichten der Person massgeblich sind oder ob dabei auch die Potentialität der Tathandlung zur beabsichtigten Beeinflussung der staatlichen Ordnung mitberücksichtigt werden muss. In Beachtung der Materialien zu den Vorgängerbestimmungen von Art. 23e Abs. 2 BWIS sowie zwecks Vermeidung eines allzu weitreichenden Anwendungsbereichs von Art. 23e Abs. 2 BWIS wird Fedpol im Einzelfall unter Vornahme einer objektivierten und prognostischen Betrachtungsweise konkret darzulegen haben, weshalb aufgrund der erstellten Anhaltspunkte Tathandlungen befürchtet werden, die in Berücksichtigung ihrer Potentialität zu einer illegalen Beeinflussung der staatlichen Ordnung bzw. zu einer Gefährdung der inneren Sicherheit der Schweiz geeignet sind.²⁰⁵⁵

Nach Ansicht des Schreibenden sollte sich die die Auslegung des Begriffes «terroristisch» in der künftigen Auslegung von konkreten und aktuellen Anhaltspunkten i.S.v. Art. 23e BWIS de lege lata als Richtschnur an der (impliziten) strafrechtlichen Terroris-

²⁰⁵⁰ «Unter Gewaltverbrechen versteht man mit Freiheitsstrafen von mehr als drei Jahren bedrohte Delikte mit physischen Einwirkungen auf Menschen oder Sachen. Gemeint sind Delikte gegen Leib und Leben, Raub, Erpressung, Freiheitsberaubung, Entführung, Geiselnahmen sowie gemeingefährliche Delikte wie Brandstiftung oder Sprengstoffdelikte.» FIOLKA, in: Niggli/Wiprächtiger, Art. 260^{quinquies} Rz 25 (m.w.H.). Hierzu weiter vorne §7, IV., 2., B., b.).

²⁰⁵¹ Zur fehlenden selbstständigen Anwendbarkeit der Tathandlung der Verbreitung von Furcht und Schrecken weiter vorne §7, IV., 2., B., c.).

²⁰⁵² Hierzu weiter vorne §7, IV., 2., B.

²⁰⁵³ Hierzu ausführlicher weiter vorne § 6, II.

²⁰⁵⁴ Hierzu ausführlicher weiter vorne §7, IV., 2., B.

²⁰⁵⁵ Hierzu ausführlicher weiter vorne §7, IV., 2., B.

musdefinition von Art. 260^{ter} StGB orientieren.²⁰⁵⁶ Zur Eindämmung einer ausufernden Anwendung von Art. 23e BWIS und der Vermeidung einer überhöhten Anzahl an Verhaltensweisen, die als «terroristische Aktivitäten» i.S.v. Art. 23e Abs. 2 BWIS sowie der Überhöhung an «terroristischen Gefährdern» sollte überdies de lege ferenda der nachfolgende, vereinfachte und verbesserte Definitionsvorschlag von terroristischen Aktivitäten zur Anwendung kommen:

Als terroristische Aktivität gelten ernsthafte Bestrebungen zur unrechtmässigen Beeinflussung der staatlichen Ordnung, die durch die Begehung oder Androhung von Gewaltverbrechen begünstigt werden sollen.

V. STRENGE ANFORDERUNGEN AN BEGRÜNDUNGSPFLICHT UND ERMESSENSAUSÜBUNG

Rationale und verhältnismässige Reaktion auf terroristische Bedrohungen stellen für einen Rechtsstaat eine Herausforderung dar, da bereits die Vorstellung terroristischer Attentate «trotz ihrer extremen Seltenheit geradezu archetypische Existenzängste»²⁰⁵⁷ beschwören kann. In Reaktion auf die «erhöhte» Terrorbedrohung in der Schweiz hat sich diese nach Ansicht des Schreibenden zu einer weitreichenden und illiberalen Terrorismusbekämpfung «provizieren» lassen. Die Rechtstaatlichkeit der mit dem 5. Abschnitt des BWIS neu geschaffenen staatlichen Mittel zur präventiv-polizeilichen Terrorismusbekämpfung wurde nicht zuletzt auch von über 60 universitären Rechtsexpert:innen in der Schweiz sowie von namhaften nationalen und internationalen Menschenrechtsorganisationen grundlegend hinterfragt.²⁰⁵⁸

²⁰⁵⁶ Ausführlicher zur impliziten strafrechtlichen Terrorismusdefinition nach Art. 260^{ter} StGB weiter vorne §6, II.

²⁰⁵⁷ Vgl. zu diesem Satz und dem enthaltenen Zitat Vest, S. 335.

²⁰⁵⁸ Siehe dazu u.a. den offenen Brief von über 60 universitären Rechtsexpert:innen an das Parlament, S. 1 ff.; EUROPARAT, Stellungnahme PMT, S. 1 f.; UNO-SONDERBERICHTERSTATTER, Stellungnahme zum PMT, S. 1 ff. Für einen Überblick zu sämtlichen kritischen zivilgesellschaftlichen Vorstössen rund um das PMT siehe die Übersicht von [humanrights.ch](https://www.humanrights.ch/de/ipf/initiativen-parlament/bundesgesetze-zur-terrorbekaempfung/polizeiliche-massnahmen-chronologie/) abrufbar unter <https://www.humanrights.ch/de/ipf/initiativen-parlament/bundesgesetze-zur-terrorbekaempfung/polizeiliche-massnahmen-chronologie/>.

In Anbetracht der fehlenden vorgängigen gerichtlichen Kontrolle, in Ermangelung einer Orientierung des Art. 23e BWIS an völker- oder strafrechtlichen Terrorismusdefinitionen sowie der zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe wird Fedpol rund um die Gefährderkategorisierung und die Anordnung der kumulierbaren und grundrechtsintensiven BWIS-Massnahmen de facto sehr weites Ermessen zugebilligt. Mit dem 5. Abschnitt des BWIS hat die gesetzgebende Mehrheit nach Ansicht des Schreibenden ein ansatzweises Missverhältnis zwischen stark ausgeweiteten behördlichen Handlungs- und Ermessensspielräumen und der unzureichend anerkannten und ausgestalteten grund- und verfahrensrechtlichen Stellung von tendenziell «grundentrechteten» terroristischen Gefährdern geschaffen. Neben der gebotenen konsequenten Beachtung der Verfahrensrechte der Betroffenen sind nach Ansicht des Schreibenden in der künftigen Rechtsanwendung als zusätzliches rechtsstaatliches *Korrektiv* in jedem Einzelfall besonders strenge Anforderungen an die *behördliche Begründungspflicht* von Fedpol zu stellen.²⁰⁵⁹

Im Einzelfall wird Fedpol in Anwendung von Art. 23e BWIS zu begründen haben, welche konkreten Anhaltspunkte bestehen und warum diese (noch) aktuell sind.²⁰⁶⁰ Infolgedessen hat Fedpol zu begründen, weshalb die erstellten konkreten und aktuellen Anhaltspunkte die prognostische Annahme rechtfertigen, dass im Einzelfall ein beachtliches Risiko für die Ausübung einer terroristischen Aktivität innert überschaubarer Zeit besteht.²⁰⁶¹ Erst nachdem Fedpol die vorstehenden Elemente im Einzelfall substantiiert dargelegt hat, kategorisiert ein mutmasslicher terroristischer Gefährder überhaupt als terroristischer Gefährder i.S.v. Art. 23e BWIS.

Der Bestand von konkreten und aktuellen Anhaltspunkten i.S.v. Art. 23e BWIS und die damit verbundene mögliche Gefährderkategorisierung kann indes nicht zur standardmässigen Anordnung von Massnahmen zur Verhinderung von terroristischen Aktivitäten führen. Fedpol wird vielmehr vor dem Erlass von BWIS-Massnahmen im

²⁰⁵⁹ Die behördliche Begründungsdichte variiert im Einzelfall unter Berücksichtigung der Schwere der drohenden Grundrechtseingriffe, der Komplexität der tatsächlichen und rechtlichen Fragen und des Umfanges an behördlichem Ermessen. Vgl. UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, in: Waldmann/Weissenberger, Art. 35 Rz 18; MÜLLER/SCHEFER, Art. 29 Abs. 2, S. 888 f. (m.w.H.).

²⁰⁶⁰ Für die einzelnen Prüfschritte zur grundrechtskonformen Rechtsanwendung von Art. 23e BWIS und die jedem Prüfschritt zugehörigen Anforderungen an die behördliche Begründungspflicht siehe die Prüfschritte weiter vorne §7, VIII., 3.

²⁰⁶¹ Ausführlicher zur Prognosestellung rund um Art. 23e BWIS und weiter vorne §7, V.

jeweiligen Einzelfall zu prüfen und begründen haben, ob die *allgemeinen*²⁰⁶² sowie die *massnahmespezifischen Anordnungsvoraussetzungen*²⁰⁶³ zum Erlass einer oder mehrerer beantragter Massnahmen nach dem 5. Abschnitt des BWIS erfüllt sind. Im Rahmen dieser Prüfung wird Fedpol vor dem Erlass von BWIS-Massnahmen auch den mit diesen einhergehenden Grundrechtseingriffen Rechnung zu tragen haben und hinreichend begründen müssen, weshalb die Eingriffsvoraussetzungen von Art. 36 im jeweiligen Einzelfall erfüllt sind. Der hinreichenden Begründung der Verhältnismässigkeit der anzuordnenden BWIS-Massnahme(n) wird darin besondere Relevanz zukommen.²⁰⁶⁴ Konkret wird Fedpol in jedem Einzelfall zu prüfen und begründen haben, weshalb die beantragte(n) BWIS-Massnahme(n) zur Zweckerreichung geeignet sind, warum zur Zweckerreichung keine gleich geeigneten, aber weniger grundrechtsintensiven Mittel bestehen sowie weshalb sich die zu verfügende(n) BWIS-Massnahme(n) in räumlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht als erforderlich und zumutbar erweisen.

Im Hinblick auf die künftige Rechtsanwendung des 5. Abschnitts des BWIS lässt sich abschliessend resümieren, dass die Verantwortung zur Gewährleistung einer in jedem Einzelfall grundrechtskonforme Anwendung der Bestimmungen des 5. Abschnitts des BWIS vorab bei Fedpol liegen wird. In Anbetracht der weiten behördlichen Handlungs- und Ermessensspielräumen und der unzureichend anerkannten und ausgestalteten grund- und verfahrensrechtlichen Stellung von terroristischen Gefährdern muss man letztlich ein Stück weit auf die künftige grundrechtskonforme Rechtsanwendung des 5. Abschnitts des BWIS durch Fedpol vertrauen. Vertrauen mag auch in einem Rechtsstaat zulässig und gut sein. Im Hinblick auf die künftige Rechtsanwendung des 5. Abschnitts des BWIS ist jedoch Kontrolle durch die Zivilgesellschaft, die Anwaltschaft und die Gerichte aber dringend geboten und daher besser.

²⁰⁶² Zu den allgemeinen Anordnungsvoraussetzungen der BWIS-Massnahmen weiter vorne §8, I.

²⁰⁶³ Zu den spezifischen Anordnungsvoraussetzungen der jeweiligen BWIS-Massnahmen weiter vorne §8, II., 1.-7.

²⁰⁶⁴ Hierzu und zum nächsten Satz ausführlicher und allgemein zur Verhältnismässigkeitsprüfung bei BWIS Massnahmen weiter vorne §8, I., 5. Spezifische Aspekte rund um die Verhältnismässigkeit werden zudem bei der Besprechung der einzelnen Massnahmen in §8, II. besprochen.

Zumindest nicht t vergessen werden sollte dabei, dass selbst die Strategie zur Terrorismusbekämpfung ausdrücklich vorsieht, dass bei der Bekämpfung von Terrorismus in der Schweiz die Balance zwischen Freiheit und Sicherheit stets zu wahren ist und im *Zweifelsfalle* die Freiheit höher gewichtet werden soll.²⁰⁶⁵

²⁰⁶⁵ Vgl. hierzu *Strategie Terrorismusbekämpfung*, BBl 2015 7487.