

*Arbeitsgruppe
„Demokratie und Rechtsstaat“
der Neuen Helvetischen Gesellschaft
Winterthur*

Studie Nr. 3

Zum rechtsstaatlichen Umgang mit „Gefährdern“

Einige nicht nur juristische Überlegungen

Die Sicherheitsbehörden der Bundesrepublik Deutschland haben in jüngster Zeit einen **neuen Begriff** in die Welt gesetzt: jenen des „Gefährders“. Es handelt sich um Personen, die eine deutliche Affinität zu radikalisierten, gewaltbereiten Leuten, insbesondere zu Terrorismusverdächtigen, zeigen und sich in deren Dunstkreis bewegen. **Unter Gefährdern werden Personen verstanden, die mit einiger Wahrscheinlichkeit dazu neigen, zu gefährlichen, gewalttätigen Handlungen überzugehen.** Sie bilden infolgedessen eine potentielle oder latente Gefahr für die öffentliche Sicherheit.

Nach terroristischen Anschlägen ist in Deutschland publik geworden, dass den Sicherheitsorganen Leute bekannt sind, die als solche Gefährder einzustufen sind. Damit wurde in der Öffentlichkeit die Frage laut, **was man vorkehre, um einzuschreiten, bevor ein Gefährder zum Täter, zum aktiven Terroristen, wird.** Die Diskussion darüber ist auch auf die Schweiz übergeschwappt. Denn das Sicherheitsbedürfnis der Bevölkerung ist gross und wächst jeweilen, wenn aussergewöhnliche Ereignisse aufschrecken.

Permanente Observation?

Der erste in der Öffentlichkeit geäusserte Gedanke war jener, dass **die bekannten Gefährder vermehrt – genauer: ständig – überwacht werden müssten.** Diese Idee war jedoch bald vom Tisch. Selbst wesentlich personalintensiver ausgerüstete Polizeikorps als jene, die wir in der Schweiz kennen, mussten bekanntgeben, dass ihnen **das Personal zu einer Überwachung aller in Frage Kommenden und rund um die Uhr fehle.** An eine entsprechende personelle Aufstockung könne wegen des massiven Bedarfs nicht gedacht werden.

Die Schwierigkeit, Gefährder davon abzuhalten, selber Täter zu werden, hängt damit zusammen, dass ihnen bloss mehr oder weniger deutlich sich äussernde Überzeugungen sowie Beziehungen zu bestimmten Personen vorgeworfen werden können. Die genannten Kontaktpersonen sind solche, die bereits zu Tätern geworden sind, oder solche, die einen Aktivismus entwickelt haben, der sie nahe an die Schwelle einer Straftat führt bzw. eine Verdacht erweckende Autorität ausüben, welche Gefolgsleute gefährlich beeinflussen könnte. Die meisten Gefährder erscheinen als Sympathisanten, Mitläufer oder Jünger solcher Schlüsselfiguren. Gefährder können aber auch isolierte Menschen sein, die – ohne dabei in irgendein System eingebunden zu sein – quasi im stillen Kämmerlein, in sich gekehrt, über künftige eigene Gewalttaten brüten. Diese verraten sich bisweilen durch blutrünstige Phantastereien in sozialen Medien. Nicht selten findet man bei ihnen Waffensammlungen. Den typischen islamistischen Gefährder erkennt man dagegen etwa an seinen veränderten Lebensgewohnheiten und daran, dass er sich einen Bart wachsen lässt. Diesen Gefährdern insgesamt ist eigen, dass ihre **Gefährdereigenschaft strafrechtlich nicht ohne weiteres fassbar** ist. Das bedeutet indessen nicht, dass die Polizei darauf verzichten müsste, sie vorbeugend im Auge zu behalten.

Trotz dieser schwierigen Fassbarkeit wird natürlich nach ihrer Neutralisierung gerufen. Der Denkweise von Gefährdern kann bis zu einem gewissen Ausmass mit Gegenpropaganda, mit aufklärend wirkenden Gesprächen, mit **Massnahmen zu besserer gesellschaftlicher Integration** und der Ausschaffung ausländischer Hassprediger usw. entgegengewirkt werden. Es gibt zudem Milieus, die der Rekrutierung von Gefährdern günstig sind und somit saniert werden müssten. Der Erfolg solcher Vorkehren dürfte aber begrenzt bleiben. Manche auf verbesserte Sicherheit bedachte Vorschläge gehen deswegen über erzieherisches und sozialisierendes Vorgehen hinaus. Dabei kann sich die Frage stellen, ob sie rechtsstaatlichen Anforderungen genügen.

Diese Frage ist insbesondere bei jenen Ideen zu stellen, die darauf abzielen, **Gefährder rechtzeitig aus dem Verkehr zu ziehen**. Man kennt in dieser Hinsicht bereits Massnahmen, die allerdings einer gesetzlichen Grundlage bedürfen. So wird etwa bekannten gewalttätigen Hooligans ein Stadionverbot auferlegt. Unter besonderen Umständen kommt für sie während eines Fussballspiels sogar eine kurze **Präventivhaft** als ultima ratio (besser nicht nur auf die Polizeigeneralklausel, sondern auf eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung gestützt) in Frage. Oder gewalttätig gewordenen Ehemännern wird ein **Rayonverbot** mit Bezug auf die Umgebung der Wohnadresse ihres Opfers zugemutet. Es handelt sich dabei um leicht zu missachtende, schwache Auflagen oder um zeitlich nur ganz kurz verhängte, auf die Dauer eines momentanen Anlasses bezogene Sicherungen. Was gegen langfristig als Gefährder Identifizierte gefordert wird, sind strengere, effizientere Vorkehren.

Vorverlegung des strafrechtlichen Erfassens auf blossere Vorbereitungs-handlungen

Geht ein Gefährder zur Ausübung einer strafbaren Tat über, so ist der Fall klar: Es wird sich im Strafrecht ein gesetzlicher Tatbestand finden, der eine Strafe oder eine Massnahme

rechtfertigt. **Das Strafrecht wirkt repressiv, als Antwort auf eine Straftat. Dem Bedürfnis, vorbeugend gegen Gefährder einzuschreiten, vermag es nur sehr bedingt zu genügen.**

Bestrebungen, diesem Bedürfnis zu entsprechen, laufen darauf hinaus, **Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen, die zeitlich vor der befürchteten Haupttat liegen**. Im Allgemeinen sind Vorbereitungshandlungen zu einem Delikt nicht strafbar erklärt. Das Strafrecht pflegt aktiv zu werden, wenn jemand mit seinem Verhalten jene Schwelle überschritten hat, jenseits welcher es für ihn normalerweise kein Zurück mehr gibt.

Italien ist jedoch schon lange, im Kampf gegen die Mafia, beispielgebend dazu übergegangen, bereits die „associazione per delinquere“, **die Vereinigung zum Zwecke der Verbrechensbegehung, strafbar zu erklären**. Die Strafbarkeit tritt dann also ein, bevor diese Vereinigung ihren Zweck erreicht hat. Auf isoliert vor sich hin brütende Gefährder ist dieses Vorgehen freilich nicht anwendbar. Ein dieser Strafverfolgung krimineller Zusammenschlüsse ähnliches Vorgehen des Staates zeigte sich in den bedrohlichen Zeiten des Zweiten Weltkrieges in den damals ausgesprochenen Verboten gewisser extremistischer, subversiver politischer Parteien. Die Strafbarerklärung der Zugehörigkeit zu Terror verbreitenden Gruppierungen ist rechtsstaatlich möglich und gegenüber Al Kaida Tatsache geworden.

Aus rechtsstaatlicher Sicht ist allerdings erforderlich, dass die Umschreibung der in Frage kommenden Gruppierungen umsichtig erfolgt.

Geht es nun darum, nicht nur eine Vereinigung zum Zwecke der Verbrechensbegehung unter Strafe zu stellen, sondern auch Vereinigungen, die nicht eigentlich auf die Begehung gerichtet sind, sondern lediglich solche Verbrechen verherrlichen, rechtfertigen oder radikalisierte Doktrinen verbreiten, so ist aus rechts-

staatlicher Sicht allerdings erforderlich, dass die betreffende Strafbestimmung umsichtig genug und präzise formuliert wird. Denn es handelt sich um eine **Ausnahme von der Vereinigungsfreiheit**, die in Artikel 23 der Bundesverfassung (BV) gewährleistet ist. Die Ausnahmen erlaubenden Kriterien von Art. 36 BV müssen also erfüllt werden. Das heisst, es braucht eine gesetzliche Grundlage, ein überwiegendes öffentliches Interesse und ein den Verhältnissen angemessenes (nicht weiter als nötig reichendes) Vorgehen. Zudem darf der Kerngehalt des Grundrechtes nicht angetastet werden.

Für einen Rechtsstaat beginnt die Schwierigkeit, gegen Gefährder in genügend frühen Stadien vorgehen zu können, wenn die Formulierung eines Straftatbestandes darauf hinaus läuft, eine blossе Gesinnung strafbar zu erklären. Eine solche Gesinnung kann erst erfasst werden, wenn sie geäussert wird. Im Hinblick auf die verfassungsmässig garantierte Freiheit der Meinungsäusserung (Art. 16 BV) und den Umstand, dass in einer Demokratie eine breite Streuung von Meinungen und ihrer Äusserung geradezu eine Grundlage ihres Funktionierens sind, **nimmt man möglichst Umgang davon, Gesinnungsdelikte zu schaffen**, indem man Meinungen strafbar erklärt. Das schliesst freilich nicht aus, nötigenfalls **unter Beachtung von Art. 36 BV staatsgefährliche Propaganda, Hasspredigten und Volksverhetzungen einer Strafe zu unterstellen**. Es handelt sich dabei nicht um ein Vorgehen schlechthin gegen erkennbar gewordene Gesinnungen und Meinungen, die stören. Vielmehr richtet sich die staatliche Intervention einzig gegen in bestimmter Weise qualifizierte Äusserungen: Es geht um solche, die – ohne schon eine direkte Anstiftung zu einer Straftat zu sein – eine ausgesprochen missionarische, militante Tendenz aufweisen, die darauf gerichtet ist, gezielt ein Milieu zu schaffen, das als Nährboden für künftige subversive Taten dienen soll. Bei akuten Gefahrenlagen kann auch ein Rechtsstaat in die Lage kommen, gesinnungsmässig gefährliche Organisationen zu verbieten und die Mitgliedschaft bei solchen

strafbar zu machen. Das zeigen, wie gesagt, in der Schweiz im Zweiten Weltkrieg erlassene Verbote extremistischer Parteien.

Ausser einer gefähderungsträchtigen Mitgliedschaft kann aber **auch durchaus individuelles Verhalten in einen Straftatbestand gekleidet werden**. Man kennt das vom Rassismusartikel des Strafgesetzbuches her.

Gesamthaft besehen, würde es sich um Straftatbestände handeln, die **ein Verhalten erfassen, das noch nicht als Anstiftung zu einem Delikt ohnehin straffällig ist**.

Eines muss man sich indessen vor Augen halten: Verbote bestimmter Aktivitäten, deren Missachtung strafrechtlich sanktioniert wird, mögen auf den einen oder anderen Gefährder abschreckende Wirkung entfalten. Hartgesottene Gefährder werden dadurch jedoch **in vielen Fällen keines Besseren belehrt werden**. Strafen für die Äusserung staatsgefährdender Gesinnungen werden von beschränkter Dauer sein. Schon deshalb werden sie keineswegs in allen Fällen die Gefährdereigenschaft der bestraften Person zum Verschwinden bringen. Wirksamer kann es aber sein, wenn der Gefährder **Ausländer** ist und der Verurteilte sei es richterlich, sei es fremdenpolizeilich aus dem Lande **ausgewiesen** werden kann. Doch auch dies wird nicht bei allen Gefährdern möglich sein. Insofern stösst der Rechtsstaat bei seinen Präventionsversuchen an eine Grenze.

Administrativer Freiheitsentzug?

Dieser Umstand hat schon den Gedanken aufkommen lassen, **Gefährder sollten administrativ „versorgt“ werden**. Die Meinung scheint dahin zu gehen, so könne die Gesellschaft vor terroristischen Aktivitäten abgeschirmt werden. Möglicherweise wurde dabei auch daran gedacht, Gefährder während eines solchen Zwangsaufenthalts „umerziehen“ zu können. Man müsste hierfür geeignete Institutionen schaffen. Eine Internierung solcher

Personen wäre indessen **ein massiver Eingriff in ihre verfassungsmässige persönliche Freiheit** (Art. 10 Abs. 2 BV). Es ist äusserst fraglich, ob ein länger dauernder präventiver Freiheitsentzug zu rechtfertigen wäre. „Besserungsanstalten“ und „Erziehungslager“ haben einen ominösen Beigeschmack. Nähern wir uns mit solchen Vorschlägen Einrichtungen für „Gehirnwäsche“? Könnte solches am Ende auf ein helvetisches Guantanamo hinauslaufen? Es müsste jedenfalls gesetzlich festgehalten werden, wie lange eine solche Internierung aufrechterhalten werden dürfte. Auch die Möglichkeit, ein Gericht dagegen anzurufen, müsste den Betroffenen zugesichert sein. Die Nähe zu Praktiken diktatorischer Staaten oder zu den finsternen Seiten der US-amerikanischen Rechtsordnung empfiehlt, **von solchen Massnahmen in unserem Land Abstand zu nehmen**. Man darf nicht vergessen, dass es um Personen geht, die eine gefährliche Neigung zeigen, aber noch kein Täter sind.

In der Presse wurde jedoch auch das Argument diskutiert, eine Gesetzesbestimmung, welche die Zugehörigkeit zu einer den Terror unterstützenden Organisation und die Unterstützung selbst unter Strafe stellen würde, könnte erlauben, Verdächtige – also auch Gefährder – in **Untersuchungshaft** zu setzen. Über die Wirksamkeit einer solchen Möglichkeit sollte man sich jedoch keine Illusionen machen. Nicht jeder Verdacht führt selbsttätig zur Untersuchungshaft. Die Voraussetzungen einer solchen sind die Gefahr der Beweisverdunkelung (Kollusionsgefahr), die Fluchtgefahr und die Gefahr der (unmittelbaren) Fortsetzung des deliktischen Verhaltens. Es liegt auf der Hand, dass diese Voraussetzungen nicht in jedem Fall erfüllt sind. Ausserdem befindet ein Haft Richter über die (stets begrenzte) Dauer der Untersuchungshaft. Diese **darf nicht länger als nötig dauern**. Sie ist also kaum ein Mittel, um Verdächtige auf längere Sicht festzuhalten. Das hat jene, welche die Möglichkeit der Untersuchungshaft ins Gespräch brachten, denn auch wieder zu Befürwortern einer praktisch unbe-

grenzten Administrativhaft gemacht. Damit verlassen sie jedoch den Bereich der Rechtsstaatlichkeit.

Keine Gesinnungsdelikte!

Über das soeben Festgehaltene hinaus drängt sich jedoch schliesslich das Folgende auf: **Das Hegen gefährlicher Gedanken und die Äusserung solcher von Staats wegen mit Freiheitsentzug zu beantworten, ist aus rechtsstaatlicher Sicht kaum zu rechtfertigen. Insbesondere dürfte eine Internierung auf längere oder unbestimmte Zeit, die ausschliesslich wegen einer geäusserten Gesinnung erfolgt, gegen die Unantastbarkeit des Kerngehalts der Meinungsfreiheit (Art. 16 BV) sowie der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) verstossen.** Diese Unantastbarkeit ist in Art. 36 Abs. 4 BV gewährleistet.

Was der **Kerngehalt eines Grundrechtes** ist, ist nirgends genau festgelegt. Es handelt sich um einen sogenannten unbestimmten Rechtsbegriff. Dessen Präzisierung ergibt sich am ehesten anhand konkreter Fallbeispiele. Wenn etwa eine Einschränkung eines Grundrechtes, die auf Grund der Kriterien von Art. 36 Abs. 1-4 BV versucht wird, das Grundrecht seines Sinnes entleert, muss dessen Kerngehalt als angetastet gelten.

Kurzer Freiheitsentzug dürfte oft keine Wirkung zeitigen. Dies stellt trotz eines möglichen Warnungseffekts seine Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV) in Frage.

Rechtsstaatlich unbedenklich ist dagegen, Personen, die eine Ausreise planen, um sich den Kämpfern des „Islamischen Staates“ anzuschliessen, **den Pass zu beschlagnahmen**. Ein Bundesgesetz, das (in einer etwas unscharfen Formulierung) das Fördern des Dschihad unter Strafe stellt, ist auch auf Personen anwendbar, die sich anschicken, in den Dschihad zu ziehen. Sehr zu begrüssen ist, dass Bund, Kantone und Gemeinden nun an einem Vorhaben arbeiten, mit dem Radikalisierungen und gewalttätigem Extremis-

mus entgegengetreten werden soll. Es ist absehbar, dass Wege zur Früherkennung möglicher Gefährder gesucht werden. Die Vermutung liegt nahe, das im Frühstadium einer Radikalisierung erkannte **Personen zu Aufklärungskursen verpflichtet werden könnten**, Kursen der Art, wie sie etwa zur Resozialisierung von Jugendlichen erteilt werden, die in die Fänge rechtsextremistischer Gruppen oder abschottender Sekten geraten sind. **Die präventive Aufmerksamkeit wird breiter organisiert werden müssen**. Sie wird Eltern, Lehrer, Lehrmeister, Sportvereins-Funktionäre und andere mehr erfassen müssen. Und das Gemeinwesen wird fachkundige **Anlaufstellen** für Personen einrichten, die bei anderen Leuten verdächtige Anzeichen bemerkt haben.

Mit dem Risiko der Freiheit leben

Das Fazit aus alledem, was hier ausgeführt worden ist, stellt sich etwa wie folgt dar. Der Rechtsstaat sichert die Freiheit der Individuen und tut dies grosszügig. **Im Zweifel gilt die Freiheit**. Die Ansatzpunkte, um Gefährdungen auf Grund ihrer erst potentiellen Täterschaft beizukommen, sind deshalb sehr beschränkt. Vom Gesichtspunkt der kollektiven Sicherheit her mag das unbefriedigend sein. Beginnt man aber, Menschen wegen ihrer Meinung, Überzeugung oder Gesinnung einzusperren, so besteht die Gefahr, dass repressive Massnahmen nicht streng dosiert bleiben, sondern auf weitere, ideell unbequeme Bereiche ausgedehnt werden. Man kann dergleichen gerade jetzt in osteuropäischen Staaten und krass in der Türkei beobachten. Ob dem legitimen kollektiven Sicherheitsbedürfnis darf nicht vergessen werden, dass die Gewährung weitgefasster individueller **Freiheit auch die Übernahme von Risiken bedeutet**. Das Abwägen zwischen einschränkenden Sicherheitsvorkehrungen und dem Risiko der Freiheitlichkeit ist letztlich eine politische Aufgabe. Wer auf den freiheitlichen Rechtsstaat setzt, kann nicht zugleich die sehr relative Sicherheit des Überwachungs- oder Polizeistaats haben. Vor allem ist bei der Bekämpfung von Gegnern des freiheitlichen Rechtsstaates, also auch der Gefährder, **von den Trägern dieses Rechts-**

staates darauf zu achten, dass dieser sich mittels der Sicherheitsvorkehrungen nicht selber aufhebt. Das kann bisweilen eine Gratwanderung sein. Freiheit erfordert Mut. Die Aufrechterhaltung des Rechtsstaates hängt mit der Überzeugungskraft zusammen, welche seine Grundsätze und deren Vertretung gegenüber seiner Bevölkerung entfaltet. Im aktiven Bekenntnis der Bürgerschaft zu diesen Grundsätzen liegt die wahre Prävention.

Winterthur, verfasst im 2. Quartal 2017 ausgefertigt Ende 2017
Die Arbeitsgruppe „Demokratie und Rechtsstaat“:
RA Dr. iur. Dr. iur. h.c. Roberto Bernhard, Winterthur
RA Dr. iur. Ulrich Weiss, Winterthur
Dr. oec. publ. Hansrudolf Kübler, Wallisellen.

Die Arbeitsgruppe ist aus eigener Initiative von Mitgliedern der Neuen Helvetischen Gesellschaft Winterthur entstanden. Die Arbeitsgruppe gibt ihre eigene Meinung wieder, welche für die Neue Helvetische Gesellschaft (NHG) nicht verbindlich ist. Die Arbeitsgruppe steht in der Nachfolge der „Nordostschweizerischen NHG-Arbeitsgruppe ‚Direkte Demokratie‘“ (1994/95), „Demokratiereform“ (2004/05) und „Demokratie und Rechtsstaat“ (2010).

Die vorliegende Studie wurde finanziell unterstützt durch die Vereinigung Libertas Winterthur.