

# RISIKO

## GRUNDLAGEN

Kinder und Jugendliche  
im Umfeld von Gewalt –  
Aufgaben und Möglichkeit  
der Jugendstrafrechts-  
pflege

*[Alexandra Ott Müller /  
Sven Zimmerlin]*

## POLIZEI & MILITÄR

Staatshaftung im  
Rahmen der Erfüllung  
sicherheitspolizeilicher  
Aufgaben durch Private  
*[Andrea Selle]*

## TECHNIK & INFRA- STRUKTUR

Rechtmässigkeit von Open  
Source-Ermittlungen  
durch Strafverfolgungs-  
behörden

*[Monika Simmler /  
Giulia Canova]*

**RISIKO & RECHT**

**AUSGABE 01 / 2024**

# RECHT

# RISIKO RECHT

Risiko & Recht macht es sich zur Aufgabe, Rechtsfragen der modernen Risikogesellschaft zu analysieren. Berücksichtigung finden Entwicklungen in verschiedensten Gebieten, von denen Sicherheitsrisiken für Private, die öffentliche Ordnung, staatliche Einrichtungen und kritische Infrastrukturen ausgehen. Zu neuartigen Risiken führt zuvorderst der digitale Transformationsprozess und der damit verbundene Einsatz künstlicher Intelligenz; des Weiteren hat die Covid-Pandemie Risikopotentiale im Gesundheitssektor verdeutlicht und auch der Klimawandel zwingt zu umfassenderen Risikoüberlegungen; schliesslich geben gesellschaftliche Entwicklungen, u.a. Subkulturenbildung mit Gewaltpotential, Anlass zu rechtlichen Überlegungen. Risiko und Recht greift das breite und stets im Wandel befindliche Spektrum neuartiger Risikosituationen auf und beleuchtet mit Expertenbeiträgen die rechtlichen Herausforderungen unserer Zeit.

Editorial 5

## **GRUNDLAGEN**

Kinder und Jugendliche im Umfeld von Gewalt –  
Aufgaben und Möglichkeit der Jugendstrafrechtspflege  
*[Alexandra Ott Müller / Sven Zimmerlin]* 7

## **POLIZEI & MILITÄR**

Staatshaftung im Rahmen der Erfüllung  
sicherheitspolizeilicher Aufgaben durch Private  
*[Andrea Selle]* 33

## **TECHNIK & INFRASTRUKTUR**

Rechtmässigkeit von Open Source-Ermittlungen  
durch Strafverfolgungsbehörden  
*[Monika Simmler / Giulia Canova]* 73

## **TAGUNGS- BERICHT**

7. Fachtagung Bedrohungsmanagement – Reflexion  
zum Stand der Entwicklungen beim Bedrohungsmanagement  
*[Amos Haag / Vivian Stein / Jonathan Zeller]* 109



Sehr geehrte Leserinnen und Leser

Risiko & Recht beginnt das Jahr 2024 mit einem breiten Spektrum aktueller Themen zu Fragen der Risikogesellschaft. Eröffnet wird die Ausgabe von Alexandra Ott Müller und Sven Zimmerlin mit einer Analyse der Aufgaben und Möglichkeiten der Jugendstrafrechtspflege. Die Ausführungen gehen von statistischen Erkenntnissen zur Jugendkriminalität aus und zeigen die umfangreichen Möglichkeiten der Jugendstrafrechtspflege im Umgang mit Kindern und Jugendlichen im Umfeld von Gewalt auf, und zwar mit Fokus auf den Kanton Zürich. Praxisbeispiele veranschaulichen den stark spezialpräventiven und interdisziplinären Charakter des Jugendstrafrechts sowie das Zusammenwirken der Jugendanwaltschaften mit den Jugenddiensten der Polizeikorps, der Jugendforensik und den Zivilbehörden zur Bewältigung dieses Phänomens.

Andrea Selle befasst sich nachfolgend mit der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben durch Private. Der Beitrag setzt sich mit dem Vorgang einer solchen Privatisierung auseinander und analysiert die in diesem Zusammenhang vorgesehenen Staatshaftungsmodelle, und zwar mit Blick auf die Rechtsstellung der geschädigten Person und den schadensgeneigten Bereich, in dem private Sicherheitsunternehmen für den Staat tätig werden.

Monika Simmler und Giulia Canova thematisieren in ihrem Aufsatz die Nutzung öffentlich zugänglicher Informationen durch Strafverfolgungsbehörden. Die Bearbeitung von Personendaten im Rahmen von sog. „Open Source Intelligence“ (OSINT) berührt Art. 13 Abs. 2 BV; hierdurch werden strafprozessuale Fragen aufgeworfen. Bei der Beurteilung der Invasivität von OSINT-Massnahmen sind ihr Zweck, die Art der bearbeiteten Daten und zu überwindende technische Hürden zu bedenken. Die Auseinandersetzung mit den strafprozess-, verfassungs- und konventionsrechtlichen Grundlagen zeigt nach Auffassung der Autorinnen, dass das geltende Recht nur minimalinvasive Open Source-Recherchen, nicht jedoch eingriffsintensivere Massnahmen abdeckt. Eine explizite innerstaatliche Regulierung wäre in Anbetracht der Praxisrelevanz dieser Ermittlungsmethode angezeigt.

Die vorliegende Ausgabe schliesst mit einem Bericht über die Fachtagung Bedrohungsmanagement vom 2. November 2023, in deren Rahmen neue Ansätze der Prävention von Gewalt, Best Practices und Erkenntnisse aus der Wissenschaft thematisiert wurden.

Wir wünschen Ihnen, geschätzte Leserinnen und Leser, eine anregende Lektüre und erlauben uns noch auf die Möglichkeit eines [Print-Abonnements](#) hinzuweisen.

Tilmann Altwicker  
Goran Seferovic  
Franziska Sprecher  
Stefan Vogel  
Sven Zimmerlin

## Kinder und Jugendliche im Umfeld von Gewalt – Aufgaben und Möglichkeit der Jugendstrafrechtspflege\*

Alexandra Ott Müller / Sven Zimmerlin\*\*

*Der Beitrag analysiert die Aufgaben und Möglichkeiten der Jugendstrafrechtspflege. Ausgehend von statistischen Ausführungen zur Jugendkriminalität im Allgemeinen und zur Jugendgewalt im Besonderen skizzieren die Autoren die Kernelemente des Jugendstrafrechts und -strafverfahrens, um diese hernach auf die Gewaltdelinquenz und das Bedrohungsmanagement bei jugendlichen Tätern, Opfern und Gefährdern anzuwenden. Nachfolgend werden die umfangreichen Möglichkeiten der Jugendstrafrechtspflege im Umgang mit Kindern und Jugendlichen im Umfeld von Gewalt aufgezeigt, und zwar mit Fokus auf den Kanton Zürich. Zwei Praxisbeispiele veranschaulichen den stark spezialpräventiven und interdisziplinären Charakter des Jugendstrafrechts sowie das Zusammenwirken der Jugendanwaltschaften mit den Jugenddiensten der Polizeikorps, der Jugendforensik und den Zivilbehörden zur Bewältigung dieses Phänomens.*

---

\* Derselbe Beitrag erscheint auch im Tagungsband zur Fachtagung Bedrohungsmanagement – Reflexion zum Stand der Entwicklungen beim Bedrohungsmanagement, Zürich 2024 (erscheint demnächst).

\*\* SVEN ZIMMERLIN ist ehem. Oberjugendanwalt des Kantons Zürich, ehem. Hauptabteilungsleiter Ermittlungen und Mitglied der Geschäftsleitung der Stadtpolizei Winterthur und Polizeibeamter BBT. Seit 2015 ist er als Lehrbeauftragter für Strafrecht und Strafprozessrecht an der UZH tätig. Ab Sommer 2024 wird er zudem als Dozent für Strafrecht und Strafprozessrecht an der ZHAW beschäftigt sein. Er hat an der UZH studiert und promoviert sowie einen Executive Master Law & Management an der HSG erworben.

Lic. iur. ALEXANDRA OTT MÜLLER ist Leitende Jugendanwältin der Jugendanwaltschaft Winterthur. Seit dem Jahr 2010 ist sie in der Jugendstrafrechtspflege des Kantons Zürich tätig. Zuvor arbeitete Alexandra Ott Müller ab dem Jahr 1995 in der Erwachsenenstrafverfolgung in den Kantonen Schaffhausen und Thurgau als Untersuchungsrichterin. Sie ist ehem. Dozentin Opferhilfegesetz an der Polizeischule Ostschweiz.

# Inhalt

I.	<a href="#">Einleitung</a>	9
II.	<a href="#">Statistiken zur Jugendkriminalität im Hellfeld</a>	9
	1. <a href="#">Jugurteile in der Schweiz 2022</a>	9
	2. <a href="#">Erhebungen im Kanton Zürich 2022</a>	10
	a) <a href="#">Daten der Jugendstrafrechtspflege</a>	10
	b) <a href="#">Polizeiliche Kriminalstatistik</a>	11
III.	<a href="#">Untersuchungen zum Dunkelfeld</a>	11
	1. <a href="#">Studie „Entwicklung von Gewalterfahrungen Jugendlicher im Kanton Zürich 1999–2021“</a>	11
	2. <a href="#">Studie „International Self-Report Delinquency“</a>	12
IV.	<a href="#">Jugendgewalt im Besonderen</a>	13
	1. <a href="#">Generelle Entwicklung</a>	13
	2. <a href="#">Täter- und Tatmerkmale</a>	13
V.	<a href="#">Reaktion der Jugendanwaltschaften</a>	15
	1. <a href="#">Grundzüge des Jugendstraf- und -prozessrechts</a>	15
	a) <a href="#">Jugendstrafrecht</a>	15
	aa) <a href="#">Schutzmassnahmen</a>	16
	bb) <a href="#">Strafen</a>	17
	cc) <a href="#">Zusammentreffen von Schutzmassnahmen und Strafen</a>	19
	b) <a href="#">Jugendstrafverfahren</a>	20
	aa) <a href="#">Örtliche und sachliche Zuständigkeit</a>	20
	bb) <a href="#">Jugendspezifische Besonderheiten des Strafverfahrens</a>	21
	cc) <a href="#">Vorsorgliche Anordnung von Schutzmassnahmen, Untersuchungshaft</a>	22
	dd) <a href="#">Mediation</a>	23
	ee) <a href="#">Vollzug</a>	23
	2. <a href="#">Anwendung auf die Gewaltdelinquenz und das Bedrohungsmanagement</a>	24
	a) <a href="#">Gewaltdelinquenz</a>	24
	b) <a href="#">Die Interprofessionalität in der Fallbearbeitung von Jugenddelikten</a>	24
	c) <a href="#">Bedrohungsmanagement</a>	27
	d) <a href="#">Fallbeispiele</a>	28
VI.	<a href="#">Schluss</a>	31
	<a href="#">Literaturverzeichnis</a>	31



## I. Einleitung

Wenn von Kindern und Jugendlichen im Umfeld von Gewalt die Rede ist, denkt man in erster Linie an minderjährige Opfer von Missbrauch und Gewalt im häuslichen Umfeld. Tatsächlich sind erschreckend viele Kinder von körperlicher, sexueller, psychischer und emotionaler Gewalt betroffen, wie der in Kürze erscheinende Aufsatz von BEYLI und HABERMEYER aufzeigen wird.<sup>1</sup>

Soll freilich der Beitrag der Jugendstrafrechtspflege bei der Bewältigung von Gewaltphänomenen thematisiert werden, so steht die Rolle von Jugendlichen als beschuldigte Personen im Vordergrund. Auf sie fokussieren die nachfolgenden Ausführungen.

## II. Statistiken zur Jugendkriminalität im Hellfeld

### 1. Jugendurteile in der Schweiz 2022

Im Jahre 2022 wurden in der Schweiz 20797 Jugendliche verurteilt; davon betrafen 8171 Urteile Verstösse gegen das StGB (Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0), 4995 solche gegen das SVG (Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958, SR 741.01), während 2891 Straftaten gegen das Betäubungsmittelgesetz (Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe, Betäubungsmittelgesetz vom 3. Oktober 1951, SR 812.121) und 5172 Widerhandlungen gegen das Personenbeförderungsgesetz (Bundesgesetz über die Personenbeförderung vom 20. März 2009, SR 745.1) registriert werden mussten.<sup>2</sup> Delikte gegen Leib und Leben zählte man 1473 (am meisten Einfache Körperverletzungen nach Art. 123 StGB und Tötlichkeiten nach Art. 126 StGB); die Anzahl an Raubstraftaten nach Art. 140 StGB betrug 414, während Straftaten gegen die sexuelle Integrität mit einer Anzahl von 986 (grossmehrheitlich Pornografie nach Art. 197 StGB) zu Buche schlugen.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Ausführlich BEYLI/HABERMEYER, Tagungsband zur Fachtagung Bedrohungsmanagement – Reflexion zum Stand der Entwicklungen beim Bedrohungsmanagement, Zürich 2024 (erscheint demnächst).

<sup>2</sup> Abrufbar unter <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kriminalitaet-strafrecht/strafjustiz/jugendurteile.html>>.

<sup>3</sup> Abrufbar unter <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kriminalitaet-strafrecht/strafjustiz/verurteilte-jugendliche.assetdetail.25585702.html>>.

Die Gesamtbevölkerung in der Schweiz belief sich per Ende 2022 auf ca. 8'718'000 Menschen. Im strafbaren Alter von 10 bis 17 Jahren befanden sich ca. 689'000 Personen.<sup>4</sup>

## 2. Erhebungen im Kanton Zürich 2022

Was den Kanton Zürich anbelangt, so betragen die entsprechenden Zahlen per Ende 2022 für die Gesamtbevölkerung ca. 1'577'000 Menschen. Auch hier machten die Jugendlichen im strafbaren Alter deutlich weniger als einen Zehntel der Bevölkerung aus.

### a) Daten der Jugendstrafrechtspflege

Im Kanton Zürich belief sich die Zahl sämtlicher einer Straftat bei den Jugendanwaltschaften beschuldigten Jugendlichen im Jahr 2022 auf 5994. 884 Jugendliche mit gewöhnlichem Aufenthaltsort im Kanton Zürich wurden wegen einer Gewaltstraftat verzeigt, 209 wegen Raubstraftaten und 334 mit Delikten gegen die sexuelle Integrität.<sup>5</sup>

Sowohl die gesamtschweizerischen als auch die Zürcher Zahlen erhellen, dass eine überwiegende Mehrheit der Jugendlichen nie mit der Jugendstrafrechtspflege in Kontakt kommt. Und von jenen, die es doch einmal so weit bringen, gelingt es den Jugendanwaltschaften erfahrungsgemäss in geschätzten vier Fünfteln der Fälle, dass es beim einmaligen Kontakt bleibt; dieser wiederum beschränkt sich häufig auf schriftliche Verfahren, lassen sich doch gerade Bagatelldelikte – namentlich Übertretungen (Art. 103 StGB) – oft direkt mit Strafbefehl erledigen (zum Strafbefehlsverfahren im Jugendstrafprozess: Art. 32 JStPO; Schweizerische Jugendstrafprozessordnung vom 20. März 2009, SR 312.1).

---

<sup>4</sup> Quelle: Bundesamt für Statistik (BFS, Neuchâtel), STATPOP 2022 (persönlich beim BFS angefordert); abrufbar unter <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/stand-entwicklung/alter.html>>.

<sup>5</sup> Abrufbar unter <<https://www.zh.ch/de/news-uebersicht/medienmitteilungen/2023/04/jugendgewalt-leicht-ruecklaeufig.html>>.

## b) Polizeiliche Kriminalstatistik

Die Anzahl der polizeilich beschuldigten Jugendlichen stieg bis 2021 kontinuierlich an; der Tiefststand war 2016, der Höchststand 2021 zu verzeichnen.<sup>6</sup> Die deutliche Zunahme bei den Delikten gegen die sexuelle Integrität bei Minderjährigen ist auffällig; es handelt sich dabei mehrheitlich um verbotene Pornografie, die oft über Messenger-Apps unter Jugendlichen geteilt wird.<sup>7</sup>

## III. Untersuchungen zum Dunkelfeld

### 1. Studie „Entwicklung von Gewalterfahrungen Jugendlicher im Kanton Zürich 1999–2021“

Im Rahmen der Studie „Entwicklung von Gewalterfahrungen Jugendlicher im Kanton Zürich 1999–2021“<sup>8</sup> wurde vor zwei Jahren die Zürcher Jugendbefragung zum vierten Mal seit 1999 durchgeführt. Befragt wurden ungefähr 4500 Jugendliche aus der Regelschule im Kanton Zürich im Alter von 13–19 Jahren zu ihren Erfahrungen als Opfer und Täter von Gewalt.<sup>9</sup>

Die Opfererfahrungen der Jugendlichen nahmen zwischen 2014 (16,3% aller Jugendlichen) und 2021 (23,9% aller Jugendlichen) um fast die Hälfte zu, während sich bei den Tätern die Anteile nicht bedeutend veränderten. Bei Raub und Erpressung gab es eine erhebliche Zunahme, von der insbesondere männliche Jugendliche betroffen waren. Bei den weiblichen Jugendlichen zeigte sich ein massiv stärkerer Anstieg der sexuellen Gewalt. Diese Dunkelfeldentwicklungen decken sich seit 2014 mit den Beobachtungen im Hellfeld.

Dass seit 1999 ein stetig wachsender Anteil von delinquenten Kindern, also von Personen jünger als 13 Jahre, festzustellen ist, bereitet Sorge; desgleichen der Umstand, dass sich bei jenen ca. 10% der Jugendlichen, die insgesamt am stärksten risikobelastet sind, die Gewaltbelastung in demselben Zeitraum

---

<sup>6</sup> Abrufbar unter <<https://www.zh.ch/de/sicherheit-justiz/delikte-praevention/kriminalstatistik.html>>.

<sup>7</sup> Antrag des Regierungsrates vom 28. Juni 2023, Beschluss des Kantonsrates zum Postulat KR-Nr. 143/2021 betreffend Strategien im Umgang mit Jugendgewalt, Kap. B.1.a.

<sup>8</sup> RIBEAUD/LOHER, 1 ff.

<sup>9</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden die Zusammenfassung der Studie mit dem Titel „Zürcher Jugendbefragung 2021: ausgewählte Ergebnisse und Hintergrundinformation“ abrufbar unter <[https://www.zh.ch/content/dam/zhweb/bilder-dokumente/footer/news/2022/09/jugendgewalt/Factsheet ZYS2021\\_de.pdf](https://www.zh.ch/content/dam/zhweb/bilder-dokumente/footer/news/2022/09/jugendgewalt/Factsheet ZYS2021_de.pdf)>.

mehr als verdoppelt hat. Besonders diese kleine Gruppe von stark risikobelasteten Jugendlichen ist es, welche sich für die Zunahme der Jugendgewalt verantwortlich zeichnet. Sie vereint etliche Risikofaktoren in sich, darunter allgemeine Gewaltbefürwortung, Legal Cynicism (Rechtszynismus), schulische Demotivation, Konsum harter Drogen und Mitgliedschaft in gewalttätigen Gruppen.

Auf der Seite der Opfer verlagern sich die Gewalterfahrungen zunehmend in den öffentlichen Raum; sie halten solche Vorkommnisse vermehrt für unmotiviert und zufällig und bringen sie mit einer Gruppenzugehörigkeit in Verbindung. Auch bei Schulmobbing und Cybermobbing stellte die erwähnte Studie eine Zunahme fest.<sup>10</sup>

## 2. Studie „International Self-Report Delinquency“

Weitere Erkenntnisse zum Dunkelfeld ergeben sich aus der International Self-Report Delinquency Study (ISR), für die im Jahre 2021 schweizweit rund 11'000 Jugendliche aus der Regelschule im Alter von 14–15 Jahren befragt wurden.<sup>11</sup> Es handelt sich um eine Befragung zu selbstberichteter Jugendkriminalität und Viktimisierung.

Im Vergleich zur Vorgänger-Studie aus dem Jahre 2013 haben vor zwei Jahren mehr Jugendliche angegeben, dass sie schon einmal ein Gewaltdelikt verübt hätten und in eine Gruppenschlägerei verwickelt gewesen seien. Zugenommen haben auch die schweren Gewaltdelikte wie Körperverletzungen und Raub. Dem entspricht, dass auch der Anteil von Jugendlichen, die Opfer der erfragten Delikte wurden, in den acht Jahren vor der Erhebung zugenommen hat. Und auch diese Studie stellte fest, dass die Zahlen aus dem Dunkelfeld mit jenen im Hellfeld gemäss der Polizeilichen Kriminalstatistik in der Tendenz gut übereinstimmen. Ferner bestätigte sich die aus der Jugenddelinquenzforschung bekannte Erkenntnis, dass der Prozentsatz der jugendlichen Inten-

---

<sup>10</sup> Eine konzise Zusammenfassung findet sich neben dem in Fn. 9 erwähnten Factsheet auch im ebenfalls bereits hier vorgetragenen Antrag des Regierungsrates vom 28. Juni 2023, Beschluss des Kantonsrates zum Postulat KR-Nr. 143/2021 betreffend Strategien im Umgang mit Jugendgewalt, Kap. B.1.c (vgl. Fn. 7).

<sup>11</sup> Dazu und zum Folgenden ausführlich MANZONI et al. (passim).

siv- und Mehrfachtäterschaft gering ist: 5% der Jugendlichen waren für 76% aller begangenen Delikte verantwortlich.<sup>12</sup>

Als Risikofaktoren für Jugendkriminalität konnten der Umgang mit delinquenten Gleichaltrigen, die Zugehörigkeit zu einer Bande von jugendlichen Straftätern, ein geringes Mass an Selbstkontrolle, mangelnde Kontrolle und Aufsicht der Eltern, elterliche Gewalt gegen Kinder und Wohnen in problembelasteten Quartieren eruiert werden.<sup>13</sup>

## **IV. Jugendgewalt im Besonderen**

### **1. Generelle Entwicklung**

Die Oberjugendanwaltschaft des Kantons Zürich macht seit längerer Zeit eigene Erhebungen zur Jugendgewalt.<sup>14</sup> Nachdem die bei den Jugendanwaltschaften hängig gewordenen Gewaltdelikte von 2009 bis 2015 zurückgingen, stiegen sie von 2016 bis 2021 wieder an, und zwar bei allen Arten von Gewaltstraftaten. Die grösste Zunahme an verzeigten Jugendlichen erfolgte von 2018 bis 2019 mit einem Anstieg von 36%.<sup>15</sup>

### **2. Täter- und Tatmerkmale**

Das Durchschnittsalter der jugendlichen Gewaltstraftäter zum Tatzeitpunkt nimmt kontinuierlich ab; befand sich dieses im Jahre 2017 noch bei 15.6 Jahren, so lag es fünf Jahre später bereits bei 15.3 Jahren. Die Erhebungen bestätigen

---

<sup>12</sup> Die Studie ist online abrufbar unter <https://digitalcollection.zhaw.ch/handle/11475/25746>; vgl. insbesondere S. 39 ff. für eine Zusammenfassung und Diskussion der vorliegend wiedergegebenen Ergebnisse.

<sup>13</sup> Für weitergehende Erläuterungen vgl. die Ausführungen in: Antrag des Regierungsrates vom 28. Juni 2023, Beschluss des Kantonsrates zum Postulat KR-Nr. 143/2021 betreffend Strategien im Umgang mit Jugendgewalt, Kap. B.1.d (vgl. Fn. 7).

<sup>14</sup> Abrufbar unter <https://www.zh.ch/de/news-uebersicht/medienmitteilungen/2023/04/jugendgewalt-leicht-ruecklaeufig.html>; die folgenden statistischen Angaben stammen aus den Analysen der Oberjugendanwaltschaft.

<sup>15</sup> Für die in diesem Abschnitt referierten statistischen Angaben sei wiederum integral verwiesen auf den vom Mitverfasser des vorliegenden Beitrages mitentworfenen Antrag des Regierungsrates vom 28. Juni 2023, Beschluss des Kantonsrates zum Postulat KR-Nr. 143/2021 betreffend Strategien im Umgang mit Jugendgewalt, Kap. B.2 (vgl. Fn. 7).

auch, dass die Zahl der 13- bis 15-jährigen beschuldigten Jugendlichen in der jüngeren Vergangenheit überdurchschnittlich stark angestiegen ist. Der Anteil dieser Alterskategorie bei den Gewaltdelikten betrug 2021 fast die Hälfte.

Jugendgewalt ist vorwiegend ein männliches Phänomen, wobei die Quote inzwischen bei ca. 90% liegt. Zu mehr als der Hälfte besuchten die Täter eine reguläre Schule. Der Anteil an verbeiständeten Jugendlichen ist seit Jahren überdurchschnittlich. Dasselbe trifft auf den Anteil an Jugendlichen in diesem Deliktsbereich zu, die über gar keine oder aber über eine professionelle Tagesstruktur verfügen. Schliesslich ist zu konstatieren, dass sich die Jugendgewalt meist gegen andere Jugendliche richtet, wobei es bei den über 16-Jährigen auf Täter- wie Opferseite vermehrt eine Vermischung mit jungen Erwachsenen gibt.

Das Verhältnis von Einzel- zu Gruppdelikten ist volatil. Bis vor zwei Jahren nahmen Einzeltaten laufend ab. Letztes Jahr (2022) stiegen sie prozentual wieder auf nicht ganz die Hälfte an. 2022 war ohnehin ein besonderes Jahr; hier gingen entgegen dem langjährigen Trend nicht nur die Gewaltstraftaten zurück, was sich 2023 nicht wiederholt hat, vielmehr verschob sich auch der Zeitpunkt der Deliktbegehung 2022 im Vergleich zum Vorjahr prozentual wieder mehr in den Tag hinein (45,2%). Der Anteil an nächtlichen Vorfällen lag bei einem Fünftel. Und wenngleich der öffentliche Raum weiterhin der primäre Tatort (35,2%) ist, stieg im Jahr 2022 der Anteil an Gewalttaten an Schulen mit 12,2% zum ersten Mal seit vier Jahren wieder an.

Zusammenfassend ist als besorgniserregender Trend festzuhalten, dass die Jugendkriminalität im Allgemeinen und die Jugendgewalt im Besonderen seit dem Tiefpunkt im Jahre 2015 mit Ausnahme eines geringfügigen Rückganges im Jahre 2022 wieder zunimmt.<sup>16</sup> Nicht minder zu denken gibt, dass die Täter immer jünger zu werden scheinen.

---

<sup>16</sup> EGE/SIGG, 25.

## V. Reaktion der Jugendanwaltschaften

### 1. Grundzüge des Jugendstraf- und -prozessrechts

#### a) Jugendstrafrecht

Wegleitend für die Anwendung des Jugendstrafgesetzes (Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 20. Juni 2003, JStG, SR 311.1) sind der Schutz und die Erziehung des Jugendlichen. Den Lebens- und Familienverhältnissen des Jugendlichen sowie der Entwicklung seiner Persönlichkeit ist besondere Beachtung zu schenken (Art. 2 JStG).

Straftaten von Jugendlichen sind vor dem Hintergrund ihres Reifezustandes und ihrer bisherigen Entwicklung zu sehen. Jugendliche sind in ihren Einstellungen und ihrem Verhalten nicht gefestigt und deshalb für pädagogische und therapeutische Massnahmen erreichbar.<sup>17</sup> Das täterorientierte Jugendstrafrecht unterscheidet sich insoweit stark vom Erwachsenenstrafrecht. Bei der Beurteilung von Jugendlichen gelten insbesondere, wie noch zu zeigen ist, andere Massstäbe hinsichtlich der Sanktionen (Schutzmassnahmen und Strafen), während die unter Strafe stehenden Taten sowohl im Kernstrafrecht (StGB) als auch im Nebenstrafrecht (z.B. SVG) beide Täterschaftsgruppen die gleichen sind (Art. 1 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 lit. m JStG).

Weder bei den Strafen noch bei den Massnahmen steht ein staatlicher Vergeltungsgedanke im Vordergrund.<sup>18</sup> Vielmehr gilt es, das möglichst Richtige, will heissen: Passgenaue, zu tun, die Jugendlichen also genau dort abzuholen, wo sie aktuell stehen. Jugendliche sind keine „kleinen“ Erwachsenen; sie sind vulnerabel, auch die delinquenten. Die neurobiologische Entwicklung des Menschen dauert bis zur Mitte seiner 20er-Jahre.<sup>19</sup> Nach 25 Altersjahren nimmt die Neigung zu strafbaren Handlungen kontinuierlich ab.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> OFK JStG-RIESEN-KUPPER, Vorbem. Art. 1 ff., N 1.

<sup>18</sup> BSK JStG-HUG/SCHLÄFLI/VALÄR, Vor Art. 1, N 9.

<sup>19</sup> Abrufbar unter <<https://www.spektrum.de/frage/wann-ist-das-gehirn-erwachsen/2201094>>.

<sup>20</sup> RIEDO, N 223 f.

## aa) Schutzmassnahmen

Im Jugendstrafrecht gehen (Schutz-)Massnahmen den Strafen vor (vgl. Art. 10 f. JStG). Alle Massnahmen enden spätestens mit Vollendung des 25. Altersjahres von Gesetzes wegen. Zu einem früheren Zeitpunkt werden Schutzmassnahmen aufgehoben, wenn ihr Zweck erreicht ist oder feststeht, dass sie keine erzieherischen oder therapeutischen Wirkungen mehr entfalten. Es ist jährlich zu prüfen, ob und wann die Massnahme aufgehoben werden kann (Art. 19 Abs. 1 und 2 JStG).

Schutzmassnahmen können nach dem Urteil geändert werden. Auch der Jugendliche und sein gesetzlicher Vertreter dürfen eine solche Änderung beantragen (Art. 18 JStG).

Die Eltern beteiligen sich im Rahmen ihrer zivilrechtlichen Unterhaltspflicht an den Kosten der Schutzmassnahmen (Art. 45 Abs. 5 JStPO). Für den Vollzug von Schutzmassnahmen gibt es staatliche Massnahmezentren, aber auch private Leistungserbringer (Privatpersonen, sozialpädagogische Einrichtungen etc.; vgl. Art. 16 Abs. 4 und Art. 27 Abs. 6 JStG sowie Art. 28 Abs. 3 und Art. 42 Abs. 2 JStPO).<sup>21</sup>

Das Gesetz nennt die Aufsicht, die persönliche Betreuung, die ambulante Behandlung und die Unterbringung sowie das Tätigkeits-, Rayon- und Kontaktverbot als Schutzmassnahmen (Art. 12 ff. JStG). Ihre Anordnung setzt keine schuldhaftige Tatbegehung voraus, wohl aber, dass der Jugendliche einer besonderen erzieherischen Betreuung oder therapeutischen Behandlung bedarf (Art. 10 Abs. 1 JStG).

Obwohl das Gesetz die Kombination von Schutzmassnahmen nur punktuell regelt, ist eine solche mit Blick auf Art. 1 Abs. 2 lit. c JStG i.V.m. Art. 56a Abs. 2 StGB generell zulässig.<sup>22</sup> Sie können also auf die individuellen Bedürfnisse des Jugendlichen zugeschnitten werden. JENNY nennt acht mögliche Arten von denkbaren Kombinationen.<sup>23</sup> Zu beachten ist immerhin, dass die gleichzeitige Anordnung von mehreren Schutzmassnahmen dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen hat.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> Zur Übertragung von Vollzugsaufgaben an Private vgl. für den Kanton Zürich § 17 des Straf- und Justizvollzugsgesetzes des Kantons Zürich vom 19. Juni 2006 (StJVg, LS 331).

<sup>22</sup> RIEDO, N 651; a.M. mit Blick auf Art. 13 Abs. 1 JStG und unter Hinweis auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit DPMIn-GEIGER/REDONDO/TIRELLI, Art. 10, N 41.

<sup>23</sup> JENNY, 529 ff., 541.

<sup>24</sup> AEBERSOLD, N 377.



Die Massnahme der Aufsicht sieht vor, dass eine Person oder Stelle bestimmt wird, der die Eltern Einblick und Auskunft über ihre Vorkehrungen zur Erziehung oder therapeutischen Behandlung der oder des Jugendlichen geben müssen (Art. 12 Abs. 1 JStG). Die Aufsicht richtet sich somit eher an die Eltern, als an die Jugendlichen. Bei der persönlichen Betreuung erhält der Jugendliche eine geeignete Person zugewiesen, welche die Eltern in ihren Erziehungsaufgaben unterstützt und den Jugendlichen persönlich betreut (Art. 13 Abs. 1 JStG). Im Rahmen einer persönlichen Betreuung kann auch eine sozialpädagogische Begleitung oder eine Tagesstruktur angeordnet werden. Leidet der Jugendliche unter psychischen Störungen, ist er in seiner Persönlichkeitsentwicklung beeinträchtigt oder ist er von Suchtstoffen oder in anderer Weise abhängig, so kann eine ambulante Behandlung angeordnet werden (Art. 14 Abs. 1 JStG). Kann die notwendige Erziehung und Behandlung des Jugendlichen nicht anders sichergestellt werden, so wird eine Unterbringung verfügt. Diese erfolgt namentlich bei Privatpersonen oder in Erziehungs- oder Behandlungseinrichtungen, die in der Lage sind, die erforderliche erzieherische oder therapeutische Hilfe zu leisten. Geschlossen erfolgt die Unterbringung, wenn eine solche für den persönlichen Schutz oder für die Behandlung der psychischen Störung des Jugendlichen unumgänglich oder für den Schutz Dritter vor schwer wiegender Gefährdung durch den Jugendlichen notwendig ist (Art. 15 Abs. 1 und 2 JStG).

## *bb) Strafen*

Hat der Jugendliche schuldhaft gehandelt, so wird zusätzlich zu einer Schutzmassnahme oder als einzige Rechtsfolge eine Strafe verhängt (Art. 11 Abs. 1 JStG).<sup>25</sup> Kommt kein Fall der Strafbefreiung in Frage (vgl. den umfangreichen Katalog an Gründen hierfür in Art. 21 JStG), ist der Jugendliche mit einem Verweis, einer Persönlichen Leistung, einer Busse oder einem Freiheitsentzug zu bestrafen, wobei die letzteren beiden Strafen nur für im Tatzeitpunkt über 15-jährige Jugendliche in Frage kommen (vgl. Art. 22 ff. JStG).

Soweit eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Jugendlichen von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten, ist der Vollzug einer Busse, einer persönlichen Leistung oder eines Freiheitsentzuges von höchstens 30 Monaten ganz oder teilweise aufzuschieben (Art. 35 Abs. 1 JStG). Dem Jugendlichen wird eine Probezeit von mindestens sechs Mo-

---

<sup>25</sup> Zur Problematik des Verschuldensbegriffs im Jugendstrafrecht: AEBERSOLD, N 384 ff., insb. N 390 ff. (mit Ausführungen zur Schuldfähigkeit).

naten und höchstens zwei Jahren auferlegt, wobei ihm Weisungen erteilt werden dürfen; diese betreffen insbesondere die Teilnahme an Freizeitveranstaltungen, die Wiedergutmachung des Schadens, den Besuch von Lokalen, das Führen eines Motorfahrzeuges oder die Abstinenz von Stoffen, die das Bewusstsein beeinträchtigen. Die Jugendanwaltschaft bestimmt eine geeignete Person, in der Regel eine bei ihr arbeitenden Sozialarbeiterin, die den Jugendlichen während der Probezeit begleitet und ihr Bericht erstattet (Art. 35 Abs. 2 i.V.m. Art. 29 JStG). Bei Nichtbewährung kann der bedingte Vollzug widerrufen werden; ist trotz Nichtbewährung zu erwarten, dass der Jugendliche keine weiteren Straftaten verüben wird, so ist auf den Widerruf zu verzichten, jedoch kann der Jugendliche verwarnt und die Probezeit um höchstens ein Jahr verlängert werden (Art. 35 Abs. 1 i.V.m. Art. 31 Abs. 1 und 3 JStG).

Das Gesetz erlaubt verschiedene Kombinationen (Art. 33 JStG) und Umwandlungen (Art. 22 Abs. 2, Art. 23 Abs. 6, Art. 24 Abs. 3 und 5 JStG und Art. 26 JStG) von Strafen. JENNY zählt in seiner Abhandlung insgesamt 32 mögliche Arten der Bestrafung auf.<sup>26</sup>

Weil Jugendliche ein anderes Zeitgefühl haben als Erwachsene, diese also Monate und Jahre deutlich länger empfinden als jene, kennt das Gesetz für die Strafen sehr kurze Verjährungsfristen (vgl. Art. 36 f. JStG). Die Verfolgungsverjährung auch für sehr schwere Straftaten dauert fünf Jahre (Art. 36 Abs. 1 lit. a JStG), die Vollstreckungsverjährung auch für die schärfste Sanktion vier Jahre (Art. 37 Abs. 1 lit. a JStG).<sup>27</sup> Der Vollzug jeder nach dem Jugendstrafgesetz ausgesprochenen Strafe endet spätestens, wenn der verurteilte Jugendliche das 25. Altersjahr vollendet (Art. 37 Abs. 2 JStG).

Der Verweis bedeutet eine förmliche Missbilligung der Tat (Art. 22 Abs. 1 JStG) und ist vergleichbar mit einer gelben Karte im Fussballspiel.<sup>28</sup> Bei einer persönlichen Leistung im Sinne von Art. 23 JStG muss der Jugendliche unentgeltlich zugunsten von sozialen Einrichtungen, von Werken im öffentlichen Interesse, von hilfsbedürftigen Personen oder des Geschädigten mit deren Zustimmung tätig werden, wobei die Leistung dem Alter und den Fähigkeiten des Jugendlichen zu entsprechen hat; als persönliche Leistung kann auch die Teilnahme an Kursen oder ähnlichen Veranstaltungen angeordnet werden. Für unter 15-Jährige beträgt die maximale Dauer zehn Tage, für über 15-Jährige

---

<sup>26</sup> JENNY, 529 ff., 541.

<sup>27</sup> Vgl. PPMIn-QUELOZ, Art. 36, N 417, der auch noch auf die Verjährung bei Delikten von Übergangstätern hinweist.

<sup>28</sup> BSK JStG-HUG/SCHLÄFLI/VALÄR, Art. 22, N 6.

drei Monate. Jugendliche, die zur Zeit der Tat das 15. Altersjahr vollendet haben, können mit Busse bestraft werden; diese beträgt höchstens 2000 Franken und ist unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Jugendlichen festzusetzen (Art. 24 Abs. 1 JStG). Begeht ein Jugendlicher nach Vollendung des 15. Altersjahres ein Verbrechen oder ein Vergehen, so kann er mit Freiheitsentzug von einem Tag bis zu einem Jahr bestraft werden (Art. 25 Abs. 1 JStG). Hat er zur Zeit der Tat das 16. Altersjahr vollendet, wird er mit Freiheitsentzug bis zu vier Jahren bestraft, wenn er ein Verbrechen begangen hat, das nach dem für Erwachsene anwendbaren Recht mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren bedroht ist oder eine Tat nach den Artikeln 122 StGB (Schwere Körperverletzung), Art. 140 Ziff. 3 StGB (Bandenmässiger oder besonders gefährlicher Raub) oder Artikel 184 StGB (Qualifizierte Freiheitsberaubung und Entführung) begangen und dabei besonders skrupellos gehandelt hat, namentlich wenn der Beweggrund des Jugendlichen, der Zweck der Tat oder die Art ihrer Ausführung eine besonders verwerfliche Gesinnung offenbaren (Art. 25 Abs. 2 JStG).

### cc) *Zusammentreffen von Schutzmassnahmen und Strafen*

Die Unterbringung geht dem Vollzug eines gleichzeitig ausgesprochenen oder eines wegen Widerruf oder Rückversetzung vollziehbaren Freiheitsentzuges vor. Wird der Freiheitsentzug nach der Unterbringung vollzogen, ist die mit der Unterbringung verbundene Freiheitsbeschränkung anzurechnen (Art. 32 Abs. 1 und 3 JStG). Aufgeschoben werden kann ein gleichzeitig ausgesprochener oder ein wegen Widerruf oder Rückversetzung vollziehbarer Freiheitsentzug zu Gunsten der ambulanten Behandlung, der persönlichen Betreuung oder der Aufsicht (Art. 32 Abs. 4 JStG). Im Verhältnis von Unterbringung und unbedingtem Freiheitsentzug gilt also zwingend ein dualistisch-vikariierender Vollzug; im Verhältnis der anderen Schutzmassnahmen zum unbedingten Freiheitsentzug ist dieser vikariierende Dualismus fakultativ.<sup>29</sup>

Multipliziert man die acht denkbaren Massnahmekombinationen mit den 32 möglichen Arten der Bestrafung<sup>30</sup>, dann ergibt dies eine Gesamtzahl von 256 Sanktionsmöglichkeiten im Jugendstrafrecht. Mit Hinblick auf den streng präventiven Charakter dieses Regimes ist das zwar durchaus zu begrüßen, erlaubt es der Praxis doch, auf den Jugendlichen massgeschneiderte Rechtsfolgen anzuordnen. Aus der Optik des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebotes

---

<sup>29</sup> Sehr schön herausgearbeitet und dargestellt von EGE/SIGG, 87.

<sup>30</sup> Vgl. [Kap. V.1.a\)aa](#)) und [Kap. V.1.a\)bb](#)) hervor.

(Art. 1 StGB) ist diese Vielfalt jedoch nicht unproblematisch.<sup>31</sup> „Es verwundert daher nicht“, halten HUG, SCHLÄFLI und VALÄR zutreffend fest, dass die Sanktionspraxis „in den einzelnen Kantonen enorm auseinanderklafft“<sup>32</sup>.

## b) Jugendstrafverfahren

### aa) Örtliche und sachliche Zuständigkeit

Im Jugendstrafverfahren gilt für den Gerichtsstand die Zuständigkeit des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des tatverdächtigen Jugendlichen (Art. 10 Abs. 1 JStPO), welcher Umstand wiederum der Täterorientierung des Jugendstrafrechts geschuldet ist.<sup>33</sup> Die Behörden in der Nähe des Aufenthaltsortes können, wie JOSITSCH und RIESEN-KUPPER mit Verweis auf die Botschaft festhalten, die Situation und die persönlichen Verhältnisse des Jugendlichen am besten einschätzen und sind am ehesten in der Lage, die erzieherischen und therapeutischen Massnahmen sinnvoll einzusetzen; auch soll der Jugendliche nach Möglichkeit nicht aus seiner gewohnten Umgebung gerissen werden.<sup>34</sup>

Sachlich sind für die Verfolgung und Beurteilung der Straftaten sowie den Vollzug der verhängten Sanktionen nach Jugendstrafgesetz ausschliesslich die Kantone zuständig (Art. 2 JStPO). Demgemäss kennen die Kantone spezialisierte Jugendstrafbehörden, nicht aber der Bund. Das ist bemerkenswert, weil im Erwachsenenstrafprozess gewisse Delikte von Gesetzes wegen in Bundeskompetenz fallen (vgl. Art. 22 ff. StPO), die, wenn sie eben durch Jugendliche verübt werden, nicht von Bundesbehörden verfolgt werden können.<sup>35</sup> Praktische Bedeutung hat dieser Umstand im Kanton Zürich im Bereich der Terrorismusbekämpfung. Mit solchen Fällen ist seit etlichen Jahren eine seiner Jugendanwaltschaften besonders beschäftigt, nämlich diejenige in Winterthur.<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> Vgl. DPMIn-GEIGER/REDONDO/TIRELLI, Art. 10, N 7, welche diesbezüglich zurecht auf den Gleichbehandlungsgrundsatz hinweisen.

<sup>32</sup> BSK JStG-HUG/SCHLÄFLI/VALÄR, Vor Art. 1, N 33.

<sup>33</sup> PPMIn-STETTLER, Art. 10, N 40.

<sup>34</sup> JOSITSCH/RIESEN-KUPPER, Art. 10, N 4.

<sup>35</sup> Vgl. PPMIn-STETTLER, Art. 2, N 6.

<sup>36</sup> Abrufbar unter <<https://www.zh.ch/de/direktion-der-justiz-und-des-innern/jugendstrafrechtspflege/jugendanwaltschaft-winterthur.html>>.

## bb) Jugendspezifische Besonderheiten des Strafverfahrens

Die Strafbehörden achten in allen Verfahrensstadien die Persönlichkeitsrechte der Jugendlichen und ermöglichen ihnen, sich aktiv am Verfahren zu beteiligen, heisst es im Gesetz. Vorbehältlich besonderer Verfahrensvorschriften hören sie die Jugendlichen persönlich an. Sie sorgen dafür, dass das Strafverfahren nicht mehr als nötig in das Privatleben der Jugendlichen und in den Einflussbereich ihrer gesetzlichen Vertretung eingreift (Art. 4 Abs. 2 und 3 JStPO). Die Strafbehörden beziehen, wenn es angezeigt scheint, die gesetzliche Vertretung und die Behörde des Zivilrechts ein. Die gesetzliche Vertretung und die Behörde des Zivilrechts haben im Verfahren mitzuwirken, wenn die Jugendstrafbehörde dies anordnet (Art. 4 Abs. 4 und Art. 12 Abs. 1 JStPO). Bei der Abklärung der persönlichen Verhältnisse des beschuldigten Jugendlichen arbeitet die Untersuchungsbehörde mit allen Instanzen der Straf- und Zivilrechtspflege, mit den Verwaltungsbehörden, mit öffentlichen und privaten Einrichtungen und mit Personen aus dem medizinischen und sozialen Bereich zusammen; sie holt bei ihnen die nötigen Auskünfte ein. Diese Instanzen, Einrichtungen und Personen sind verpflichtet, die verlangten Auskünfte zu erteilen; das Berufsgeheimnis bleibt vorbehalten (Art. 31 JStPO).

Der beschuldigte Jugendliche kann in allen Verfahrensstadien eine Vertrauensperson beiziehen, sofern die Interessen der Untersuchung oder überwiegende private Interessen einem solchen Beizug nicht entgegenstehen (Art. 13 JStPO). Das Strafverfahren findet grundsätzlich unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt. Die Untersuchungsbehörde und die Gerichte können die Öffentlichkeit in geeigneter Weise über den Stand des Verfahrens informieren (Art. 14 Abs. 1 JStPO).

Im Kanton Zürich arbeiten die fünf regionalen Jugendanwaltschaften<sup>37</sup> eng mit den Jugenddiensten der drei grossen Polizeikörpers<sup>38</sup> zusammen. Die dort tätigen Polizistinnen sind mit der Arbeitsweise der Jugendanwaltschaften bestens vertraut und im Umgang mit Jugendlichen versiert. Sie kennen die Betroffenen teilweise von klein auf und finden fast immer den Draht zu ihnen. In besonders

---

<sup>37</sup> § 1 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 und Anhang 1 Ziff. 3 der Organisationsverordnung vom 10. März 2023 der Direktion der Justiz und des Innern (JIOV, LS 172.110.1).

<sup>38</sup> Abrufbar unter <<https://www.zh.ch/de/sicherheitsdirektion/kantonspolizei-zuerich/struktur/praeventionsabteilung.html>>; <[https://www.stadt-zuerich.ch/pd/de/index/stadtpolizei\\_zuerich/kinder\\_jugendliche/jugenddienst.html](https://www.stadt-zuerich.ch/pd/de/index/stadtpolizei_zuerich/kinder_jugendliche/jugenddienst.html)>; <<https://stadt.winterthur.ch/gemeinde/verwaltung/sicherheit-und-umwelt/stadtpolizei/unsere-dienste/jugendpolizei>>.

schweren Fällen, etwa bei Sexualdelikten oder Kapitalverbrechen gegen Leib und Leben, sind die entsprechenden Spezialdienste der Kantonspolizei Zürich die Ansprechpartner der Jugendanwaltschaften.

Gerade in derartigen schweren Fällen kann im Kanton Zürich für vertiefte psychologische und psychiatrische Abklärungen auf das Zentrum für Kinder- und Jugendforensik (ZKJF) der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich (PUK) als wichtige Partnerorganisation gezählt werden.<sup>39</sup> Dieses steht den Jugendanwaltschaften aber nicht nur für die Begutachtung von Jugendlichen zur Verfügung, sondern auch für therapeutische Massnahmen.

### cc) *Vorsorgliche Anordnung von Schutzmassnahmen, Untersuchungshaft*

Den Jugendanwaltschaften geht es immer darum, das für den konkret beschuldigten Jugendlichen möglichst Angemessene zu tun, ihn in seiner Entwicklung positiv zu beeinflussen, damit sich seine Legalprognose verbessert. Dazu gehört oft auch die Veränderung der Lebenssituation durch behördliche Einflussnahme. Diese kann nahezu homöopathisch, aber eben auch sehr intensiv sein. Jugendanwältinnen und Sozialarbeitende holen die Jugendlichen dort ab, wo sie stehen; sie prüfen den Bedarf an Unterstützung eingehend. Die Lebens- und Familienverhältnisse des Jugendlichen werden von Sozialarbeitenden abgeklärt, und zwar strukturiert, nach einer evidenzbasierten und evaluierten, wissenschaftlich abgestützten Methodik.<sup>40</sup> Damit wird der Massnahmebedarf erhoben, um zuhanden der Jugendanwältin Massnahmeempfehlungen abgeben zu können.<sup>41</sup>

Besondere Erwähnung verdient, dass die Jugendanwaltschaft Schutzmassnahmen gebotenenfalls auch vorsorglich anordnen kann (Art. 5 JStG, Art. 26 Abs. 1 lit. c JStPO). Dies ermöglicht sofortiges Handeln bei entsprechend dringlichem Bedarf. Weder muss zuerst das Vorverfahren abgeschlossen noch zunächst ein Gerichtsentscheid abgewartet werden. Das bedeutet, dass der betroffene Jugendliche im äussersten Falle umgehend aus der elterlichen Obhut genommen werden kann (Art. 15 JStG). Ein solches Vorgehen ist selbstredend an strenge Voraussetzungen geknüpft, kommt aber nicht selten vor.

---

<sup>39</sup> Abrufbar unter <<https://www.pukzh.ch/unsere-angebote/forensische-psychiatrie/kinder-und-jugendliche/>>.

<sup>40</sup> Zu dieser Methodik hinten [Kap. V.2.b](#).

<sup>41</sup> Vgl. BSK JStG-HUG/SCHLÄFLI/VALÄR, Art. 10, N 4a.

Die der Jugendanwaltschaft zur Verfügung stehenden strafprozessualen Zwangsmassnahmen unterscheiden sich nicht von jenen des Erwachsenenstrafverfahrens. Einzig die Untersuchungshaft kann von der Jugendanwaltschaft für sieben Tage in eigener Regie angeordnet werden (Art. 27 Abs. 2 JStPO), während die Staatsanwaltschaft deren Anordnung innerhalb von 48 Stunden seit der Festnahme beim Zwangsmassnahmengericht zu beantragen hat (Art. 224 Abs. 2 StPO).<sup>42</sup> Im Kanton Zürich wird die Untersuchungshaft bei Jugendlichen in der Jugendabteilung des Gefängnisses Limmattal vollzogen.<sup>43</sup>

#### *dd) Mediation*

Wiederum anders als der Erwachsenenstrafprozess, ermöglicht die Jugendstrafprozessordnung den Parteien ein Mediationsverfahren (Art. 17 JStPO). Dieses wird im Kanton Zürich oft in Anspruch genommen, indem die ordentlichen Jugendanwaltschaften einen Fall der Mediationsstelle vorlegen.<sup>44</sup> Mediationstauglich sind insbesondere Sachverhalte mit geringen oder mittelschweren Straftaten, bei denen sich Täter und Opfer im gleichen sozialen Nahraum bewegen, z.B. in der Schule oder im familiären Kontext.<sup>45</sup>

Gelingt die Mediation, wird das Verfahren eingestellt (Art. 17 Abs. 2 JStPO). Die Stelle für Mediation im Jugendstrafverfahren des Kantons Zürich hat im Jahr 2023 über 150 Fälle bearbeitet. Die Erfolgsquote ist hoch.

#### *ee) Vollzug*

Die Jugendanwaltschaften führen Strafuntersuchungen, sind aber ebenso zuständig für den Straf- und Massnahmevollzug (Art. 42 Abs. 1 JStPO). Das bedeutet, dass bei den Strafen, die sie per Strafbefehl ausfällt, auch selbst für den Vollzug verantwortlich ist; desgleichen, wenn die Strafe durch ein Jugendgericht ausgefällt wurde. Auch wenn eine Schutzmassnahme angeordnet wurde, obliegt deren Vollzug für die ganze Dauer der Jugendanwaltschaft – dies kann, je nach Fallkonstellation, sehr lange sein.

---

<sup>42</sup> Zu dieser Schlechterstellung krit. BSK JStPO-ENGEL/BÜRGE, Art. 26, N 4.

<sup>43</sup> Abrufbar unter <<https://www.zh.ch/de/direktion-der-justiz-und-des-innern/justizvollzug-wiedereingliederung/untersuchungsgefaengnisse-zuerich/gefaengnis-limmattal.html>>.

<sup>44</sup> Zur disparaten Verbreitung der Mediation im Jugendstrafverfahren in der Schweiz: PP-Min-STETTLER, Art. 17, N 108 f.

<sup>45</sup> Vgl. BSK JStPO-EBERLE ET. AL., Art. 17 N 13 f.; zu weiteren faktischen Voraussetzungen für eine Mediation vgl. JOSITSCH/RIESEN-KUPPER, Art. 17, N 19.

## 2. Anwendung auf die Gewaltdelinquenz und das Bedrohungsmanagement

### a) Gewaltdelinquenz

Um der steigenden Jugendgewalt beizukommen, bestehen im Kanton Zürich gewisse Richtlinien der Oberjugendanwaltschaft für die Untersuchungsführung bei Gewaltdelikten. Diese sehen neben einer prioritären Behandlung von Gewaltvorfällen beispielsweise auch Strafmassempfehlungen sowie die konsequente Zuführung des Jugendlichen durch die Polizei an die Jugendanwaltschaft vor, sofern Haftgründe vorliegen; letztere wiederum befragt den Jugendlichen umgehend.

### b) Die Interprofessionalität in der Fallbearbeitung von Jugenddelikten

Besonders bei der Bearbeitung von Gewaltstraftaten und dem Monitoring potentiell gefährlicher Jugendlicher kommt die für das Jugendstrafrecht charakteristische Interprofessionalität in der Zusammenarbeit mit den Sozialarbeitenden der Jugendanwaltschaften zum Tragen. Die bei der Jugendanwaltschaft tätigen Sozialarbeitenden sind für die umfassenden Abklärungen der persönlichen Verhältnisse der fehlbaren Jugendlichen verantwortlich, zudem für deren Begleitung im Rahmen des Straf- und Massnahmevollzuges. Auch stehen sie den Jugendlichen mit Rat und Tat zur Seite. Wenig erstaunlich, steht dabei meist die Motivierung der Jugendlichen, sich mit ihrem deliktischen Verhalten auseinanderzusetzen, sowie deren Unterstützung bei der Bewältigung von Krisen im Vordergrund. Das verlangt viel Beziehungsarbeit. Jugendstrafrechtliche Schutzmassnahmen sind, um erfolgreich zu sein, auf eine gewisse Dauer angelegt; denn es gilt, den Jugendlichen auch zuweilen mehr als nur eine zweite Chance zu gewähren, um eine langfristige Verhaltensänderung zu erzielen. Das erfordert Training und wird nicht vom einen auf den anderen Tag erreicht.

Die umfassende Abklärung zur Person des Jugendlichen durch die Sozialarbeitenden als Grundlage für die Ermittlung des individuell-konkreten Massnahmebedarfs erfolgt nach der Methodik KORJUS® (Kompetenz- und Risikoorientierung in der Jugendstrafrechtspflege). Diese Methodik wurde in den Jahren 2010 und 2011 von Kompetenzhoch<sup>346</sup> mit der Jugendstrafrechtspflege

---

<sup>46</sup> Abrufbar unter <<https://kompetenzhoch3.ch/>>.



des Kantons Zürich entwickelt. KORJUS® ist ein theoretisch fundiertes Handlungsmodell für die sozialarbeiterische Abklärung persönlicher Verhältnisse, für die Planung und Führung von jugendstrafrechtlichen Schutzmassnahmen sowie für die Evaluation dieser Massnahmen und interner Arbeitsprozesse. Für die theoretische Fundierung wurde neben der Kompetenzorientierung ein weiterer Ansatz beigezogen, um den Ansprüchen einer professionellen Beurteilung des Delinquenz-Risikos gerecht zu werden: die Risikoorientierung. KORJUS® integriert beide Ansätze.<sup>47</sup>

Erst recht bei Gewaltdelinquenten und Straftätern, die besonders viele Delikte auf sich vereinigen und unter Umständen gefährlich sind, ist das vom Jugendstrafrecht geforderte „Massschneidern“ der Interventionen von besonderer Bedeutung, für die Strafuntersuchung ebenso wie für das oft parallel dazu verlaufende (weil vorsorglich angeordnete) Massnahmeverfahren. Bereits am Start eines Verfahrens, etwa bei der vorerwähnten polizeilichen Zuführung des Jugendlichen zur Jugendanwältin, setzt die sozialarbeiterische Tätigkeit ein, durch Interviews mit dem sozialen Umfeld des Jugendlichen, allen voran den gesetzlichen Vertretern, Lehrpersonen, allfälligen Therapeuten und anderen. Eine Abklärung in der verlangten Tiefe und mit dem Anspruch, in einer umsetzbaren Massnahmenempfehlung zu münden, verbrieft im sogenannten Indikationsbericht, braucht allerdings Zeit. Ist das Verleiben des Jugendlichen in seinem aktuellen Umfeld während der Abklärungsphase nicht vertretbar, wird eine stationäre Beobachtung angeordnet, und zwar, bei erhöhtem Risiko, in einem geschlossenen Setting.

Zur Prüfung der Gefährlichkeit eines Jugendlichen gehört auch die Risikoeinschätzung und daher fallweise der Einbezug der Forensischen Psychologie und Psychiatrie, falls der Jugendliche bzw. sein Verhalten Auffälligkeiten aufweist. Neben der hiermit angesprochenen Forensik und den bereits erwähnten Partnerbehörden der Jugendanwaltschaften in der Fallarbeit und damit auch im Rahmen des Bedrohungsmanagements, insbesondere den Polizeikorps mit ihren spezialisierten Jugenddiensten,<sup>48</sup> sind an dieser Stelle zusätzlich die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (KESB) und die Kinder- und Jugendschutzzentren (kjjz) zu erwähnen,<sup>49</sup> desgleichen die Fachleute in den

---

<sup>47</sup> Vgl. zu alledem <<https://kompetenzhoch3.ch/methodiken/korjus/>>.

<sup>48</sup> Vorne [Kap. V.1.b\)bb](#)).

<sup>49</sup> Abrufbar unter <<https://www.zh.ch/de/familie/kindes-und-erwachsenenschutz.html>>; <<https://www.zh.ch/de/familie/angebote-fuer-familien-mit-kindern/kinder-und-jugendhilfezentren.html>>.

Massnahmenzentren sowie den sozialpädagogischen Institutionen,<sup>50</sup> und schliesslich erneut das Jugendgefängnis (Limmattal), bei denen die fehlbaren Jugendlichen untergebracht sind. Auch sie veranschaulichen die Interdisziplinarität des Fallmanagements in der Arbeit mit straffällig gewordenen Jugendlichen.

Die Zusammenarbeit zwischen den Jugendanwaltschaften und der KESB wird im Kanton Zürich durch Empfehlungen der Oberjugendanwaltschaft und der KESB-Präsidiolen-Vereinigung des Kantons Zürich geregelt.<sup>51</sup> Bereits bei der Einleitung einer Strafuntersuchung erkundigt sich daher die Untersuchungsbehörde von Amtes wegen bei den Behörden des zivilrechtlichen Jugendschutzes (KESB, kjz) nach allfällig dort bereits bestehenden Verfahren bzw. Massnahmen und nach Informationen zum familiären Umfeld des Beschuldigten. Dies dient der Vervollständigung der Abklärung zur Person, aber auch der Verhinderung von Doppelspurigkeiten zwischen den Behörden.

Denkbar ist aufgrund der Flexibilität des Jugendstrafrechts etwa auch eine Aufgabenteilung zwischen den zivilen Kinderschutzhörden und den Strafverfolgungsbehörden, namentlich in Fällen, in denen seitens der Zivilbehörden bereits Massnahmen angeordnet wurden, z.B. eine Heimbeschulung. Diesfalls kann die Jugendstrafbehörde bei Bedarf beispielsweise eine zusätzliche Massnahme sprechen, etwa eine Therapie, oder aber sich ausschliesslich auf das Aufarbeiten des deliktischen Verhaltens beschränken. Es existieren zahlreiche Möglichkeiten.

Schliesslich sind die Erhebungen bei den Zivilbehörden relevant für die sogenannte Ersttriage, welche wiederum nach der Methodik von KORJUS® erfolgt. Dies geschieht bei sämtlichen Verfahren nach Akteneingang und stellt die Weichen zur Frage nach dem Umfang einer Abklärung zur Person durch die Sozialarbeitenden. Nicht jedes Bagatellverfahren mündet in einem sogenannten Vollverfahren bzw. in einem Indikationsbericht. Hingegen ist dies gemäss den Vorgaben der Oberjugendanwaltschaft, insbesondere bei Verbrechen gegen die sexuelle oder physische Integrität der Fall, denn hier stellt sich die Frage nach Schutzmassnahmen vordringlich.

---

<sup>50</sup> Namentlich das Massnahmenzentrum Uitikon (MZU): <<https://www.zh.ch/de/direktion-der-justiz-und-des-innern/justizvollzug-wiedereingliederung/massnahmenzentrum-uitikon.html>>.

<sup>51</sup> Abrufbar unter: <<https://kesb-zh.ch/informationen-fuer-fachpersonen/>>.

In eben solchen Fällen, also bei nicht mehr leichter Sexual- und Gewaltdelinquenz, ist auch der Bedarf nach einer deliktorientierten Therapie im Rahmen einer ambulanten Behandlung abzuklären. Kommt man zum Schluss, die Straftat und die Disposition des Jugendlichen würden einen entsprechenden Bedarf an Psychoedukation belegen, erachtet man aber eine Therapie als unverhältnismässig, so bietet das Jugendstrafrecht wiederum eine Palette an sogenannten deliktorientierten Trainings, die im Rahmen einer persönlichen Betreuung durch die Sozialarbeitenden der Jugendanwaltschaften vollzogen oder an geeignete Fachleute aus der Sozialpädagogik delegiert werden können.

### c) Bedrohungsmanagement

Wie die Ausführungen von SIMMLER et al. zeigen, sind gemäss einem Forschungsprojekt der Universität St. Gallen zum Einsatz von Algorithmen im kantonalen Bedrohungsmanagement in den Kantonen St.Gallen, Bern und Zürich nur gerade 2.1% der gefährdenden Personen minderjährig. Die entsprechenden Fälle dürften in der Bearbeitung aber verhältnismässig aufwändig sein, zumal sie sich bei der Polizei an der Schnittstelle zwischen sicherheits- und gerichtspolizeilicher Tätigkeit bewegen. Tatsächlich zeigte die Studie auch, dass die Zusammenarbeit zwischen dem kantonalen Bedrohungsmanagement und der Strafverfolgung anhand der analysierten Akten nicht immer schlüssig nachzuvollziehen ist. Auch sind die Auswirkungen laufender Strafverfahren auf (nicht) ergriffene Massnahmen des Bedrohungsmanagements und umgekehrt nur bedingt nachvollziehbar. Und nicht nur bewegt sich das Fallmanagement im Grenzbereich zwischen sicherheits- und gerichtspolizeilichen Tätigkeiten; vielmehr betrifft es auch gleichermassen – wie soeben ausgeführt – die polizeiliche wie die Sozialarbeit.<sup>52</sup>

Damit taucht die Frage auf, welchen Beitrag eine Jugendanwaltschaft im Bedrohungsmanagement leisten kann. Dass sie einen Jugendlichen mit vorsorglicher Anordnung von Schutzmassnahmen rasch seinem gewohnten Umfeld entziehen kann, wurde bereits gesagt.<sup>53</sup> Dazu gehört nicht nur die ausserfamiliäre Unterbringung (Art. 15 JStG), sondern beispielsweise auch ein vorsorgliches Tätigkeits-, Kontakt und Rayonverbot (Art. 16a JStG). Überdies sieht das

---

<sup>52</sup> Dazu und für weitere Hinweise sei auf die Zusammenfassung des Studienberichts von SIMMLER et. al. verwiesen (dort Seiten II ff.).

<sup>53</sup> Vorne [Kap. V.1.b\)cc](#).

Strafverfahrensrecht auch präventive Haftgründe und Ersatzmassnahmen für Untersuchungshaft vor (Art. 221 Abs. 1 lit. c, Abs. 1bis und Abs 2 StPO, Art. 237 Abs. 2 lit. c, d und g), um Gefährder von Straftaten abzuhalten.

Aus praktischer Sicht ist es keine besonders gewagte Feststellung, dass das Risikoassessment und damit das Bedrohungsmanagement zum permanenten Auftrag einer Jugendanwaltschaft gehört. Gerade bei begangenen oder zu befürchtenden mittelschweren und schweren Delikten im Gewalt- und Sexualbereich ist mit den oft bereits vorsorglich angeordneten Schutzmassnahmen unter Umständen eine intensive sozialarbeiterische sozialpädagogische und therapeutische Begleitung verbunden, und dies nicht selten über Jahre hinweg, womit ein massiver Eingriff in die persönliche Freiheit des Jugendlichen einhergeht. Dabei gehört der Austausch mit den polizeilichen Jugenddiensten auch für das Monitoring des Jugendlichen im Verlauf der Schutzmassnahme zwecks Abschätzung des Gefährlichkeitspotentials zum Alltag der fallführenden Jugendanwältin.

Ergänzend profitieren die Jugendanwaltschaften neben dem bereits erwähnten forensischen Expertenwissen bei der Risikoeinschätzung und allenfalls im Fallmanagement auch von der Unterstützung der Fachstelle Forensic Assessment and Risk Management (FFA) der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich.<sup>54</sup> Sogenannte Konsilien mit Fallverantwortlichen schaffen in diffusen Gefahren- und Bedrohungslagen kurzfristig wichtige Entscheidungsgrundlagen für Polizei und die fallführenden Jugendanwältin, namentlich in Fällen, in denen es um Jugendliche geht, die zum ersten Mal in den Fokus der Strafverfolgungsbehörden geraten.<sup>55</sup>

#### d) Fallbeispiele

Sami war im Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung 14 Jahre alt. Durch eine Meldung des National Center for Missing and Exploited Children (NCMEC) aus den USA gelangte die Anzeige wegen vielfachen Herunterladens, Konsums und Weiterverbreitung von verbotenen Dateien, die unter den Tatbestand der Gewaltdarstellungen (Art. 135bis StGB) fallen, via Bundesamt für Polizei (fedpol) an die Kantonspolizei Zürich und dort an die Abteilung Jugendintervention (JIV). Die zugeteilte Sachbearbeiterin der JIV nahm gleich zu Beginn Kon-

---

<sup>54</sup> Abrufbar unter <<https://www.pukzh.ch/unsere-angebote/forensische-psychiatrie/erwachsene/praevention-und-bedrohungsmanagement/fachstelle-forensic-assessment-risk-management/>>.

<sup>55</sup> Zum interdisziplinären Zusammenwirken vgl. auch vorne [Kap. V.1.b\)bb\)](#).

takt mit der Jugendanwaltschaft zur Besprechung des weiteren Vorgehens auf, denn der Fall war eher ungewöhnlich. Die Dateien, die Sami heruntergeladen, konsumiert und weitergeleitet hatte, waren ausserordentlich zahlreich und von teilweise unerträglichem Inhalt. Die Jugendanwaltschaft eröffnete in der Folge ein Vorverfahren und klärte bei den Zivilbehörden (KESB, kjz) ab, ob bereits Kinderschutzmassnahmen bestanden oder Abklärungen dazu erfolgt waren. Der Austausch mit der JIV, bei der sich die Schule vor einem halben Jahr bereits einmal gemeldet hatte, ergab, dass Sami wegen vielfachen Umzuges und aufgrund von Schwierigkeiten mit Gleichaltrigen bereits einige Schulwechsel hinter sich hatte. Schon bald nach Schuleintritt zog er sich im Unterricht zurück und blieb diesem schliesslich gänzlich fern. Die Integration in die Klasse wollte nicht gelingen, stattdessen begann das Mobbing; er war Aussen-seiter. Die Lehrerschaft war verunsichert, weil er mit zeitweisen Wutausbrüchen mehr und mehr ein auffälliges Verhalten zeigte. Zur Frage der Anordnung von Schutzmassnahmen, die parallel zu den Ermittlungen zu klären war, und weil die Zeit drängte, entschied der Jugendanwalt im Austausch mit der Polizei, dass das ZKJF zwecks Risikoeinschätzung einzubeziehen sei, zumal Sami in einer Turnstunde damit gedroht hatte, ein Wohnhaus oder eine Schule anzuzünden. Die Abklärungen der Sozialarbeiterin der Jugendanwaltschaft im Elternhaus von Sami ergaben, dass der Junge psychisch belastet und auch schon in Therapie war; die alleinerziehende Mutter mit zwei noch jüngeren Kindern war überfordert. Sami zündelte gerne und wies bereits eine entsprechende Vorstrafe auf, da er im Alter von 12 Jahren diverse Abfallkörbe in Brand gesetzt hatte. Sami wurde durch die erfahrene Jugendpolizistin befragt, wobei er die Aussage verweigerte. Schliesslich erfolgte auch eine Einvernahme durch die Jugendanwaltschaft. Ziel war, dass Sami während des Jugendstrafverfahrens weiterhin zur Schule geht, denn daheim ging es laut der Mutter einiger-massen gut. In der Folge wurde aufgrund der Empfehlungen aus der Risiko-einschätzung der Jugendforensik eine Monitoring-Gruppe, bestehend aus der Schulleitung, der Schulsozialarbeit (SSA), der JIV, der Psychologin des ZKJF, Samis Beiständin, dem Sozialarbeiter der Jugendanwaltschaft sowie dem fall-führenden Jugendanwalt zusammengestellt. Das Verfahren gegen Sami wurde circa ein halbes Jahr nach Verfahrenseinleitung mit Strafbefehl der Jugend-anwaltschaft erledigt, in dem er der mehrfachen Gewaltdarstellungen gemäss Art. 135bis StGB sowie Cannabiskonsums gemäss Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig gesprochen und zu persönlicher Leistung (gemeinnützige Arbeit) verurteilt wurde. Im gleichen Entscheid ordnete der Jugendanwalt eine ambulante Be-handlung als Schutzmassnahme an; dies in Form einer forensischen Psycho-therapie, die rund 25 Monate lang andauerte, erst im Einzelsetting, dann in einer Gruppe mit anderen Jugendlichen.

Der 16-jährige Levin lebte schon seit seiner Einschulung in einem Sonderschulheim, als er eines Tages dem gleichaltrigen Josua ein Getränk – bestehend aus einer Mischung aus Wasser, Sirup, drei gepressten Vogelbeeren, Desinfektionsmittel sowie flüssigem WC-Reiniger – vorsetzte und ihn dazu zwang, davon zu trinken. Josua nahm einen Schluck, den er aber sofort wieder ausspuckte. Ein Betreuer bekam den Vorfall mit, und Levin wurde, umgehend zur Schulleitung gebracht sowie zur Rede gestellt. Gegenüber der Institutionsleitung machte er geltend, er habe das getan, weil er Josua hasse und ihn auf diese Weise habe vergiften bzw. umbringen wollen; und es sei ganz schlecht, dass es nicht funktioniert habe. Dieser Vorfall führte noch gleichentags zu einem Polizeieinsatz vor Ort, denn er hatte schulintern für grossen Aufruhr gesorgt. Der mit dem Fall beauftragte Polizist der Jugendintervention kontaktierte nach ersten Gesprächen mit der Schulleitung und Auskunftspersonen die Jugendanwaltschaft. Alsdann entschied die fallführende Jugendanwältin, Levin durch die Polizei erstbefragen zu lassen, aber für die folgende Nacht in einer anderen Institution unterzubringen. Sie eröffnete in der Folge eine Strafuntersuchung wegen versuchter einfacher, eventualiter schwerer Körperverletzung sowie Nötigung. Seitens der Schule stand ab dem erstem Tag die Frage im Vordergrund, wie mit diesem Ereignis umzugehen sei und ob Levin überhaupt je würde zurückkehren können. Man befürchtete eine Gefahrenlage für das Umfeld von Levin, denn dass er Josua „so sehr nicht mochte“, war zuvor niemandem aufgefallen. So wurde früh die FFA in die weiteren Abklärungen einbezogen, die eine aktuelle Risikoeinschätzung vornahm. Da Levin Zeit ab der dritten Primarschulklasse sonderbeschult wurde, lagen bereits Expertenberichte zu seiner Entwicklung bzw. Biografie vor, auf die ebenfalls abgestützt werden konnte. Zur Klärung der Strafbarkeit von Levins Verhalten liess die Jugendanwältin das Getränk, das er Josua zu trinken genötigt hatte, analysieren. Laut Bericht es Forensischen Toxikologie des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Zürich (IRM-UZH) war der inkriminierte Trank nicht ausreichend giftig, um das von Levin angestrebte Ziel zu erreichen, sondern allenfalls geeignet, Übelkeit oder Unwohlsein auszulösen. Daher wurde die „Vergiftungsversuch“ zum Nachteil von Josua als sogenannter untauglicher Versuch im Sinne von Art. 22 Abs. 2 StGB zu den in Frage kommenden Delikten gegen Leib und Leben qualifiziert. Hingegen galt die Nötigung im Sinne von Art. 181 StGB als vollendet. Dank der Abklärungen der FFA war die Schule bereit, sich auf Levin wieder einzulassen, und es wurden diverse innerschulische Massnahmen getroffen, insbesondere die Psychoedukation intensiviert. Die Jugendanwaltschaft verzichtete vor dem Hintergrund der bereits bestehenden zivilrechtlichen Schutzmassnahmen darauf, strafrechtliche zu installieren. Levin wurde daher mit Strafbefehl der Jugendanwaltschaft zu einer persönlichen

Leistung verpflichtet, wobei zu bemerken ist, dass er Einsicht in das Unrecht zeigte und etwas Reue, welcher Umstand in die Risikoeinschätzung einbezogen werden konnte.

## **VI. Schluss**

Den Jugendanwaltschaften stehen eine Vielzahl von Möglichkeiten offen, auf jugendliche Gewaltstraftäter oder Gefährder einzuwirken. Sie sind sich interdisziplinäres Arbeiten in mehrfacher Hinsicht gewohnt: Jugendanwältinnen arbeiten stets unkompliziert mit den polizeilichen Jugenddiensten und kriminalpolizeilichen Spezialdiensten zusammen. Desgleichen sind sie eng mit den Psychologen und Psychiaterinnen der Forensik vernetzt, die sie gegebenenfalls auch sehr rasch um Rat und Unterstützung fragen können. Dass die in der Jugendstrafrechtspflege tätigen Juristinnen mit Sozialarbeitenden umgehen können und die Anforderungen an diese Art von Arbeit kennen müssen, ist nachgerade ein Selektionskriterium bei der Stellenbesetzung; Fälle mit Schutzmassnahmen bedingen ein direktes Zusammenwirken eben dieser beiden Berufsgruppen.

Das Jugendstrafrecht bietet unzählige Optionen, massgeschneidert auch auf ganz besondere Fallkonstellationen und, wenn man so will, „schwierige und sehr schwierige“ Jugendliche einzugehen. Die Statistik zeigt mehr und mehr, dass verhältnismässig wenige Jugendliche für eine grosse Vielzahl von teilweise schweren auch medial prominenten Delikten verantwortlich sind. Es gilt, im Rahmen der Auf- und Bearbeitung dieser Straffälle solchen Jugendlichen besonderes Augenmerk zu schenken, ist doch ihr Verhalten mit einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und mit dem Risiko einer grossen und langfristigen Schädigung von potentiellen Opfern verbunden. Täterarbeit ist vor allem auch Opferschutz. Diese zu schützen ist ein gesamtgesellschaftlicher Auftrag. Auch im Alltag der Jugendstrafverfolgungsbehörden hat er daher die höchste Priorität.

## **Literaturverzeichnis**

AEBERSOLD PETER, Schweizerisches Jugendstrafrecht, 3. Aufl., Bern 2017.

BEYLI MAY/HABERMAYER ELMAR, Kinder und Jugendliche im Umfeld von Gewalt – Erfahrungen und Erkenntnisse aus forensischer Sicht, Fachtagung Bedrohungsmanagement – Reflexion zum Stand der Entwicklungen beim Bedrohungsmanagement, Tagungsband, Zürich 2024, xxx ff.

- DONATSCH ANDREAS (Hrsg.) et al., StGB/JStG Kommentar, Mit weiteren Erlassen und Kommentar zu den Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG/AIG, 21. A., Zürich 2022 (zit. OFK-JStG-BEARBEITER).
- EGE GIAN/SIGG REBECCA, Repetitorium Jugendstrafrecht, Zürich 2023.
- GEIGER MICHAËL/REDONDO EDUARDO/TIRELLI, LUDOVIC-ADRIEN, Petit commentaire DPMIn, Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, Basel 2018.
- JENNY GUIDO, Grundfragen des neuen Jugendstrafrechts, AJP 5/2006, 529 ff.
- JOSITSCH DANIEL/RIESEN-KUPPER MARCEL, Schweizerische Jugendstrafprozessordnung, Kommentar, 2. A., Zürich/St.Gallen 2018.
- MANZONI PATRIK ET AL., Jugenddelinquenz in der Schweiz, Bericht zu den zentralen Ergebnissen der 2. „International Self-Report Delinquency“-Studie (ISR4), ZHAW, Zürich 2022.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung (StPO, JStPO), 3. A., Basel 2023 (zit. BSK JStPO-BEARBEITER).
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht (StGB, JStG), Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, 4. A., Basel 2018 (zit. BSK JStG-BEARBEITER).
- QUELOZ NICOLAS (Hrsg.) Commentaire DPMIn/PPMin Droit pénal et justice des mineurs en Suisse, Droit pénal de mineurs (DPMIn), Procédure pénale applicable aux mineurs (PPMin), 2. A., Genf/Zürich 2023 (zit. PPMIn-BEARBEITER).
- RIBEAUD DENIS/LOHER MICHELLE, Entwicklung von Gewalterfahrungen Jugendlicher im Kanton Zürich 1999–2021. Forschungsbericht, Universität Zürich, Jacobs Center for Productive Youth Development, Zürich 2022.
- RIEDO CHRISTOF, Jugendstrafrecht und Jugendstrafprozessrecht, Basel 2013.
- SIMMLER MONIKA et al., Der Umgang mit gefährdenden Personen im Kantonalen Bedrohungsmanagement, St.Gallen 2023.



## Staatshaftung im Rahmen der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben durch Private

Andrea Selle\*

*Die Haftung des Gemeinwesens für widerrechtliches schädigendes Handeln seiner Organe und Beamten im Rahmen der staatlichen Aufgabenerfüllung ist im Grundsatz unumstritten und in Bund und Kantonen weitgehend gesetzlich verankert. Damit wird der Staat auch für Schäden vermögensrechtlich verantwortlich gemacht, welche die Polizei anlässlich der Ausführung sicherheitspolizeilicher Aufgaben einer Person rechtswidrig verursacht. Handelt jedoch nicht der Staat selbst durch die Polizei, sondern wird in dessen Auftrag an seiner Stelle ein privates Sicherheitsunternehmen tätig, wird die Staatshaftung teilweise in Frage gestellt. Obwohl bei der Erfüllung staatlicher – und insbesondere sicherheitspolizeilicher – Aufgaben durch Private das Prinzip der haftungsrechtlichen Gleichstellung der geschädigten Person zu beachten ist, halten diesem Prinzip die in der Schweiz geltenden Staatshaftungsmodelle nicht immer stand. Ausgehend von der Feststellung, dass Private zunehmend in die Wahrnehmung staatlicher Sicherheitspolizeiaufgaben eingebunden werden, setzt sich der vorliegende Beitrag zum einen mit dem Vorgang einer solchen Privatisierung auseinander. Zum anderen analysiert und hinterfragt er die in diesem Zusammenhang vorgesehenen Staatshaftungsmodelle, und zwar mit Blick auf die Rechtsstellung der geschädigten Person und den schadensgeneigten Bereich, in dem private Sicherheitsunternehmen für den Staat tätig werden.*

---

\* MLaw ANDREA SELLE hat an der Universität Zürich Rechtswissenschaften studiert und war wissenschaftlicher Hilfsassistent von Prof. Dr. iur. Regina Kiener am Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Verfahrensrecht der Universität Zürich. Gegenwärtig ist er Praktikant am Bundesverwaltungsgericht (Abteilung I).

# Inhalt

I.	<a href="#">Einleitung</a>	35
II.	<a href="#">Privatisierung sicherheitspolizeilicher Aufgaben</a>	37
1.	<a href="#">Sicherheitspolizeiliche Aufgaben</a>	37
a)	<a href="#">Sicherheitspolizeiliche Aufgaben als Staatsaufgaben</a>	37
b)	<a href="#">Hoheitliche und nicht-hoheitliche sicherheitspolizeiliche Tätigkeit</a>	38
2.	<a href="#">Privatisierung</a>	38
a)	<a href="#">Begriff</a>	38
b)	<a href="#">Aufgaben- und Erfüllungsprivatisierung insbesondere</a>	39
III.	<a href="#">Erfüllungsprivatisierung sicherheitspolizeilicher Aufgaben</a>	40
1.	<a href="#">Unzulässigkeit der Vollprivatisierung staatlicher Kernaufgaben</a>	40
2.	<a href="#">Übertragbare sicherheitspolizeiliche Aufgaben</a>	41
a)	<a href="#">Umfang der übertragbaren Tätigkeiten</a>	41
b)	<a href="#">Beispiele konkreter Regelungen</a>	42
aa)	<a href="#">Bund</a>	42
bb)	<a href="#">Kantone</a>	43
3.	<a href="#">Voraussetzungen der Erfüllungsprivatisierung im Überblick</a>	44
4.	<a href="#">Konsequenzen der Erfüllungsprivatisierung</a>	44
a)	<a href="#">Grundrechtsbindung</a>	44
b)	<a href="#">Aufsicht</a>	45
c)	<a href="#">Rechtsschutz</a>	45
d)	<a href="#">Haftung</a>	46
IV.	<a href="#">Staatshaftung bei privater Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben</a>	46
1.	<a href="#">Realakte und Staatshaftung</a>	46
a)	<a href="#">Sicherheitspolizeiliches Handeln als Realakt</a>	46
b)	<a href="#">Rechtsschutz gegen Realakte</a>	47
c)	<a href="#">Besondere Bedeutung der Staatshaftung</a>	48
2.	<a href="#">Grundlegendes zur Staatshaftung</a>	49
a)	<a href="#">Begriff</a>	49
b)	<a href="#">Rechtsquellen</a>	50
3.	<a href="#">Haftungsmodelle</a>	50
a)	<a href="#">Ausschliessliche Staatshaftung</a>	51
b)	<a href="#">Subsidiäre Staatshaftung</a>	52
c)	<a href="#">Vollständige Haftungsexternalisierung</a>	52
4.	<a href="#">Regelungen in Bund und Kantonen</a>	54
a)	<a href="#">Bund</a>	54
aa)	<a href="#">Allgemeines</a>	54

bb)	<a href="#">Besonderheiten im sicherheitspolizeilichen Bereich am Beispiel des BGST und des ZAG</a>	55
b)	<a href="#">Kantone</a>	57
aa)	<a href="#">Allgemeines</a>	57
bb)	<a href="#">Besonderheiten im sicherheitspolizeilichen Bereich</a>	59
c)	<a href="#">Fazit</a>	60
5.	<a href="#">Gesamtwürdigung</a>	60
V.	<a href="#">Zusammenfassende Schlussbetrachtung</a>	65
	<a href="#">Literaturverzeichnis</a>	66

## I. Einleitung

Polizeiliche Aufgaben werden in der Schweiz immer öfter vom Staat auf private Sicherheitsunternehmen übertragen.<sup>1</sup> Die Bedeutung privater Sicherheitsunternehmen schlägt sich auch in Zahlen nieder: Laut den aktuellsten Daten des Bundesamts für Statistik (BFS), die sich auf das Jahr 2020 beziehen, sind schweizweit 769 Unternehmen im Sicherheitsbereich tätig, die insgesamt 23'332 Mitarbeitende beschäftigen.<sup>2</sup> Diesen stehen 18'821 staatliche Polizisten<sup>3</sup> auf eidgenössischer, kantonaler und kommunaler Ebene gegenüber.<sup>4</sup>

Private Sicherheitsdienste sind somit heute „fester Bestandteil der Sicherheitsarchitektur“<sup>5</sup> der Schweiz. Im Auftrag des Staats führen sie unzählige Tätigkeiten aus, wie z.B. das Patrouillieren in der Öffentlichkeit, die Durchfüh-

---

<sup>1</sup> Eingehend z.B. BIERI, 63 ff.; zur Aktualität vgl. SCHLITTLER, 4 ff.; SARASIN, 15.

<sup>2</sup> BFS, Statistik der Unternehmensstruktur STATENT 2020, Marktwirtschaftliche Unternehmen nach Wirtschaftsabteilungen und Grössenklasse, Excel-Tabelle (Position 80) vom 25. August 2022, abrufbar unter <<https://dam-api.bfs.admin.ch/hub/api/dam/assets/23145762/master>>.

<sup>3</sup> Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung der Sprachformen männlich, weiblich und divers verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermassen für alle Geschlechter.

<sup>4</sup> Konferenz der Kantonalen Polizeikommandantinnen und -kommandanten der Schweiz (KKPKS), Polizeibestände am 1. Januar 2023, abrufbar unter <[https://www.kkpks.ch/?action=get\\_file&id=548&resource\\_link\\_id=2cla](https://www.kkpks.ch/?action=get_file&id=548&resource_link_id=2cla)>.

<sup>5</sup> BIERI, S. 83. Die Relevanz privater Sicherheitsunternehmen lässt sich auch aufgrund der zunehmenden entsprechenden gesetzlichen Regulierung feststellen, vgl. statt vieler § 57 ff. des Gesetzes des Kantons Aargau über die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit vom 6. Dezember 2005 (PolG-AG; SAR 531.200); § 59a ff. des Polizeigesetzes des Kantons Zürich vom 23. April 2007 (PolG-ZH; LS 550.1).

zung von Kontrollen im öffentlichen Verkehr, die Aufnahme von Personalien, die Verteilung von Parkbussen, den Transport von Inhaftierten, die Vornahme von Zutrittskontrollen bei Grossveranstaltungen oder die Bewachung von Gebäuden. Privates Sicherheitspersonal ist je nach Tätigkeit und Einsatzort mit Handschellen, Schlagstöcken, Pfefferspray oder gar Schusswaffen ausgerüstet.<sup>6</sup>

Wie verhält es sich aber, wenn ein Mitarbeiter eines privaten Sicherheitsunternehmens, das vom Staat mit der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben betraut wurde, eine Drittperson schädigt? Wie präsentiert sich der Rechtsschutz in solchen Fällen und vor allem, trifft den Staat eine Haftungspflicht, die ihn zwingt, den entstandenen Schaden zu ersetzen?

Solche Fragen können in mehreren Konstellationen auftauchen: Wer hat für den materiellen oder immateriellen Schaden aufzukommen, den privates Sicherheitspersonal z.B. infolge einer Körperverletzung anlässlich einer Anhaltung oder wegen einer Persönlichkeitsverletzung aufgrund einer diskriminierenden Kontrolle<sup>7</sup> der betroffenen Person zufügt? Der Staat oder das für ihn effektiv durch sein Personal tätig gewordene Sicherheitsunternehmen?<sup>8</sup>

Der vorliegende Beitrag setzt sich mit ebendieser Thematik – Staatshaftung im Zusammenhang mit der Übertragung der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben auf Private – auseinander. Ausgangspunkt sind einige generelle Ausführungen zu den sicherheitspolizeilichen Aufgaben und zur Möglichkeit ihrer Privatisierung (II), bevor spezifisch auf die Erfüllungsprivatisierung sicherheitspolizeilicher Aufgaben (III) und die Staatshaftung für dabei verursachte Schäden (IV) eingegangen wird. Abschliessend werden die wesentlichen Erkenntnisse in einer Schlussbetrachtung zusammengefasst (V).

---

<sup>6</sup> Zum Ganzen TIEFENTHAL, Sicherheitsdienste, Rz. 1; LIENHARD, Auslagerung, 425; GUERY, 282 ff.

<sup>7</sup> Siehe hierzu aus der jüngsten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) *Wa Baile gegen Schweiz*, Nr. 43868/18, 25883/21, Urteil vom 20. Februar 2024, insbesondere Ziff. 104 ff., wonach eine (allein) aufgrund der Hautfarbe vorgenommene Personenkontrolle durch die Polizei ohne Vorliegen von triftigen und plausiblen, d.h. objektiv nachvollziehbaren, Gründen (*racial profiling*) eine Verletzung von Art. 14 (Diskriminierungsverbot) i.V.m. Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privatlebens) begründet.

<sup>8</sup> Diese Haftungsfragen stellen sich allgemein bei jedem Tätigwerden Privater in Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Im Detail dazu WICHTERMANN, Haftung, 108 ff.

## II. Privatisierung sicherheitspolizeilicher Aufgaben

### 1. Sicherheitspolizeiliche Aufgaben

#### a) Sicherheitspolizeiliche Aufgaben als Staatsaufgaben

Lehre und Rechtsprechung definieren den Begriff „Staatsaufgabe“ (staatliche Aufgabe) uneinheitlich.<sup>9</sup> Darunter werden gemeinhin Tätigkeitsbereiche verstanden, die per Verfassung oder Gesetz dem Gemeinwesen und damit den staatlichen Behörden zugewiesen sind.<sup>10</sup> „Verwaltungsaufgaben“ bilden hingegen als Teilmenge der Staatsaufgaben jene Aufgaben, die von einer Verwaltungsbehörde wahrgenommen werden.<sup>11</sup> Sie werden in der Lehre den Staatsaufgaben gleichgesetzt.<sup>12</sup>

Polizeiaufgaben gehören zu den Staats- bzw. Verwaltungsaufgaben.<sup>13</sup> Sie umfassen u.a. sicherheitspolizeiliche Aufgaben, deren Erfüllung den Kern polizeilicher Tätigkeit bildet.<sup>14</sup> Sicherheitspolizeiliche Aufgaben dienen der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung<sup>15</sup> und können durch hoheitliches oder nicht-hoheitliches Tätigwerden erfüllt werden.<sup>16</sup>

---

<sup>9</sup> Namentlich RÜTSCHKE, Aufgaben, 162. Zu den unterschiedlichen Definitionsansätzen der Literatur WICHTERMANN, Haftung, 109 ff.; zur Kasuistik des Bundesgerichts RÜTSCHKE, Aufgaben, 157 ff.

<sup>10</sup> RÜTSCHKE, Aufsicht, Rz. 20; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 14; GLASER, Rz. 63. Als Synonym für Staatsaufgabe wird oft der Begriff „öffentliche Aufgabe“ verwendet, vgl. z.B. RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, 79; VOGEL, 30; UHLMANN, Staatshandeln, 230; kritisch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 14.

<sup>11</sup> TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 54; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 24; GLASER, Rz. 68.

<sup>12</sup> CAHANNES, 306 f.; vgl. BSK BV-MÜLLER, Art. 178 Rz. 38; TSCHANNEN, Organigramm, 526. Die verwandten Begriffe „Staatsaufgabe“, „öffentliche Aufgabe“ und „Verwaltungsaufgabe“ werden fortan gleichbedeutend verwendet, zumal dies auch in der Lehre häufig vorkommt, vgl. RAUBER, 121.

<sup>13</sup> ZÜND/ERRASS, 167; vgl. Bericht des Bundesrats in Erfüllung des Postulats Malama 10.3045 vom 3. März 2010, Innere Sicherheit, Klärung der Kompetenzen, vom 2. März 2012, BBl 2012, 4459 ff., 4541, 4543.

<sup>14</sup> ZÜND/ERRASS, 167. Im Einzelnen zu den weiteren Polizeiaufgaben z.B. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1464 ff.; TIEFENTHAL, Polizeirecht, § 4 Rz. 12 ff.

<sup>15</sup> Statt vieler JAAG/ZIMMERLIN, 401 f.; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, Sicherheitsunternehmen, 6, je m.w.H.

<sup>16</sup> MAGNIN, 132.

## b) Hoheitliche und nicht-hoheitliche sicherheitspolizeiliche Tätigkeit

Im polizeirechtlichen Sinn bildet jede sicherheitspolizeiliche Tätigkeit im Grundsatz eine hoheitliche, wenn sie von mit Zwangsmitteln ausgerüsteten Organen ausgeführt wird und mit potenzieller Zwangsanwendung oder -androhung verbunden ist.<sup>17</sup> So kann die Polizei Dritten anordnen, eine bestimmte Handlung vorzunehmen, zu dulden oder zu unterlassen, und dies auch rechtlich durchsetzen.<sup>18</sup> Zu den hoheitlichen sicherheitspolizeilichen Massnahmen gehören z.B. Polizeitransporte sowie die polizeilichen Standardmassnahmen.<sup>19</sup>

Nicht-hoheitliche sicherheitspolizeiliche Tätigkeiten greifen dagegen weder in die Rechte des Einzelnen ein noch sind sie mit Zwangsanwendung verbunden.<sup>20</sup> Sie lassen das staatliche Gewaltmonopol unberührt und umfassen z.B. das Patrouillieren in der Öffentlichkeit, die allgemeine Informationstätigkeit und die Verkehrsüberwachung.<sup>21</sup>

## 2. Privatisierung

### a) Begriff

Mit Privatisierung bezeichnet man generell alle Vorgänge einer Entstaatlichung öffentlicher Aufgaben<sup>22</sup> bzw. aus rechtlich-organisatorischer Perspektive die Übertragung solcher Aufgaben auf private Rechtsträger.<sup>23</sup> Je nach Art der Privatisierung variiert der Grad staatlicher Einflussnahme bzw. Restverantwortung und werden Private in unterschiedlichem Umfang in die Aufgabenerfüllung eingebunden.<sup>24</sup> Die Lehre unterscheidet verschiedene Priva-

---

<sup>17</sup> Vgl. GRUNDER, 175 f.; Bericht des Bundesrats zu den privaten Sicherheits- und Militärfirmen (in Beantwortung des Postulats Stähelin 04.3267 vom 1. Juni 2004 „Private Sicherheitsfirmen“), vom 2. Dezember 2005, BBl 2006, 623 ff., 652.

<sup>18</sup> KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, Sicherheitsunternehmen, 6; MOHLER, Polizeiberuf, 50; vgl. explizit § 27 Abs. 1 PolG-AG; Art. 5 Abs. 1 des Gesetzes des Kantons Nidwalden über das Polizeiwesen vom 11. Juni 2014 (PolG-NW; NG 911.1).

<sup>19</sup> Vgl. KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, Auslagerung, 24. Näheres dazu unten [IV.1.a](#).

<sup>20</sup> SCHUPPLI, 52; RAUBER, 66 f.; vgl. GRUNDER, 176.

<sup>21</sup> RAUBER, 66; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, Auslagerung, 22 f.; MAGNIN, 132.

<sup>22</sup> GLASER, Rz. 90.

<sup>23</sup> HANDSCHIN/SIEGENTHALER, 405; UEBERSAX, 398; JAAG, Privatisierung, 26.

<sup>24</sup> Vgl. MAYHALL, Aufsicht, 53; RAUBER, 140 f.

tisierungsformen,<sup>25</sup> namentlich die im Hinblick auf die Übertragung sicherheitspolizeilicher Aufgaben relevanten Formen der Aufgaben- und der Erfüllungprivatisierung.

## b) Aufgaben- und Erfüllungsprivatisierung insbesondere

Von Aufgaben- oder Vollprivatisierung spricht man, wenn der Staat auf die Erfüllung einer Staatsaufgabe ganz verzichtet und diese vollumfänglich Privaten überlässt.<sup>26</sup> Die betreffende Aufgabe scheidet aus dem staatlichen Pflichtenheft aus<sup>27</sup> und das Gemeinwesen wird von jeglicher Verantwortlichkeit diesbezüglich entbunden.<sup>28</sup>

Bei der Erfüllungsprivatisierung wird hingegen die Erfüllung einer Staatsaufgabe mittels Leistungsaufträgen<sup>29</sup> auf Private, d.h. natürliche oder juristische Personen des Privatrechts, an welchen der Staat nicht beteiligt ist, übertragen (Beleihung).<sup>30</sup> Das beigezogene, ausserhalb der Zentralverwaltung stehende Privatrechtssubjekt wird zu einem dezentralen bzw. externen Verwaltungs- oder Aufgabenträger.<sup>31</sup> Die übertragene Staatsaufgabe bleibt als solche erhalten; der Private wird nur mit deren Vollzug betraut.<sup>32</sup> Die Erfüllungsprivatisierung ist im Grundsatz bei allen Verwaltungsaufgaben zulässig.<sup>33</sup>

Der Staat bleibt für die korrekte Aufgabenwahrnehmung durch den privaten Rechtsträger verantwortlich (Gewährleistungsverantwortung)<sup>34</sup> und hat durch die Statuierung bestimmter öffentlich-rechtlicher Haftungsbestimmungen

---

<sup>25</sup> Im Einzelnen etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1867 ff.

<sup>26</sup> Vgl. HANDSCHIN/SIEGENTHALER, 406; ZÜND/ERRASS, 164; FREY, 55.

<sup>27</sup> FREY, 55.

<sup>28</sup> RAUBER, 141 f. mit Beispielen; GUERY, 293. Zur *de iure* bzw. *de facto* (Un-)Zulässigkeit der Vollprivatisierung polizeilicher Aufgaben vgl. BBl 2006, 650; FAVRE, 187; RAUBER, 207.

<sup>29</sup> RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, 79; LIENHARD, Grundlagen, 397 f. Im Einzelnen zu den Rechtsformen der Erfüllungsübertragung RAUBER, 166 ff.

<sup>30</sup> Vgl. FREY, 55; RAUBER, 142 ff.; MAYHALL, Aufsicht, 53; ferner TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 227, 245 ff.; BELLANGER, 52, 62; FAVRE, 153.

<sup>31</sup> BSK BV-MÜLLER, Art. 178 Rz. 54; MÜLLER/LINSI, Rz. 115; ferner SCHMID/TAKEI, 102 f.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 105, 227, 245 ff.; a.M. KARLEN, 164.

<sup>32</sup> RAUBER, 143; GLASER, Rz. 93.

<sup>33</sup> KARLEN, 186 f.; vgl. FAVRE, 187.

<sup>34</sup> Vgl. zum Ganzen MAYHALL, Aufsicht, 89; FREY, 48; RAUBER, 144; LIENHARD, Aufgabenerfüllung, 1163; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 4 Rz. 54, 67; FAVRE, 172.

insbesondere sicherzustellen, dass Personen, die von externen privaten Aufgabenträgern einen Schaden erleiden, angemessen entschädigt werden (vermögensrechtliche Verantwortlichkeit).<sup>35</sup>

### **III. Erfüllungsprivatisierung sicherheitspolizeilicher Aufgaben**

#### **1. Unzulässigkeit der Vollprivatisierung staatlicher Kernaufgaben**

Staatliche Kernaufgaben sind öffentliche Aufgaben, die der Staat selbst wahrzunehmen hat.<sup>36</sup> Damit wird zwar die Übertragung eines gesamten originären Aufgabengebiets ausgeschlossen, nicht aber die Auslagerung gewisser Verwaltungstätigkeiten in bestimmten Teilbereichen.<sup>37</sup> Die Einbindung Privater in die Erfüllung staatlicher Pflichtaufgaben wird folglich vermehrt zugelassen, weshalb das Feld zwingender Staatsaufgaben tatsächlich kleiner ist als oftmals erwartet.<sup>38</sup>

Die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung als Polizeitätigkeit und Teilbereich der inneren Sicherheit (Art. 57 BV<sup>39</sup>) bildet eine staatliche Kernaufgabe.<sup>40</sup> Die Wahrnehmung sicherheitspolizeilicher Aufgaben durch Private erscheint somit als problematisch.<sup>41</sup> Das staatliche Gewaltmonopol als ungeschriebenes Verfassungsprinzip<sup>42</sup> verbietet jedoch eine derartige Erfüllungsprivatisierung nicht.<sup>43</sup> Im Gegenteil ist sie unter engen Bedingungen zulässig.<sup>44</sup>

---

<sup>35</sup> HUBER, 312; ZÜND/ERRASS, 179. Ausführlich unten [III.4.d](#)) und [IV. 2.](#)

<sup>36</sup> Statt vieler LIENHARD, Aufgabenerfüllung, 1163 f.; UEBERSAX, 395.

<sup>37</sup> FREY, 50; LIENHARD, Grundlagen, 407; EICHENBERGER, 527.

<sup>38</sup> LIENHARD, Grundlagen, 407 f.; vgl. HAFNER, 304.

<sup>39</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

<sup>40</sup> Statt vieler RAUBER, 139; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1452 f.; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, Auslagerung, 77; vgl. BBl 2006, 633.

<sup>41</sup> Vgl. z.B. MAGNIN, 174; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1513; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, Auslagerung, 1 f.; OFK BV-BIAGGINI, Art. 57 Rz. 9.

<sup>42</sup> GUERY, 296.

<sup>43</sup> BBl 2012, 4541.

<sup>44</sup> Vgl. z.B. MAGNIN, 176; HAFNER/STÖCKLI/MÜLLER, 142; GUERY, 293; LIENHARD, Auslagerung, 433; SCHUPPLI, 56; UEBERSAX, 395; OFK BV-BIAGGINI, Art. 178 Rz. 23, FAVRE, 155 f.; Vgl. explizit Art. 178 Abs. 3 BV; für die Kantone statt vieler § 14 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Luzern vom 17. Juni 2007 (SRL 1). Vgl. übersichtlich unten [III.3.](#)



## 2. Übertragbare sicherheitspolizeiliche Aufgaben

### a) Umfang übertragbarer Tätigkeiten

Wie weit die Übertragung der Wahrnehmung sicherheitspolizeilicher Aufgaben auf Private im Einzelfall gehen darf, ist nicht restlos geklärt.<sup>45</sup> Ebenso bewertet die Lehre uneinheitlich, welche sicherheitspolizeilichen Tätigkeiten einer Erfüllungsprivatisierung zugänglich sind.

Einerseits wird der Beizug privater Akteure nur bei nicht-hoheitlichem Polizeihandeln als zulässig erachtet.<sup>46</sup> Darüber hinausgehende Kompetenzübertragungen seien nicht verhältnismässig und deshalb weitgehend unzulässig.<sup>47</sup> Vielmehr solle die Ausführung von mit erheblicher Entscheidungsbefugnis verbundenen Handlungen, welche die Rechte Dritter (stark) einschränken können,<sup>48</sup> den Polizeiorganen vorbehalten sein.<sup>49</sup>

Andererseits wird hingegen die Übertragung der Kompetenz zur Ausübung hoheitlicher sicherheitspolizeilicher Massnahmen an sich für nicht unzulässig gehalten.<sup>50</sup> Hoheitliche (Zwangs-)Befugnisse könnten Privaten übertragen werden, sofern deren Umfang und Grenzen in einem formellen Gesetz genau umschrieben und private Aufgabenträger einer strengen staatlichen Aufsicht und Kontrolle unterstellt würden.<sup>51</sup> Dieser Auffassung ist m.E. zuzustimmen, denn der Staat gibt bei der Übertragung begrenzter hoheitlicher (Zwangs-)Befugnisse das Gewaltmonopol nicht auf.<sup>52</sup> Zudem steht eine solche Übertragung im Interesse einer wirksamen Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben durch Private und damit auch der dadurch angestrebten Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit.

---

<sup>45</sup> SCHUPPLI, 56.

<sup>46</sup> Vgl. KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, Auslagerung, 120; zustimmend TIEFENTHAL, Polizeirecht, § 28 Rz. 6; SCHUPPLI, S. 60; in diesem Sinne MAGNIN, 176; besonders zurückhaltend ZÜND/ERRASS, 172.

<sup>47</sup> KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, Auslagerung, 113 m.w.H.

<sup>48</sup> Vgl. beispielhaft KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, Auslagerung, 95, 102 f.

<sup>49</sup> Vgl. MOHLER, Grundzüge, Rz. 1311, 1313; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, Auslagerung, 94 f.; ferner MOHLER, Polizeiberuf, 54, 179; SCHUPPLI, 60.

<sup>50</sup> Vgl. RAUBER, 244; HAFNER/STÖCKLI/MÜLLER, 131; LEUTERT, 80; differenzierend ALBERTINI, 325.

<sup>51</sup> Vgl. FREY, 264; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1513; RAUBER, 243 f.; BBl 2006, 652; BBl 2012, 4544 f. In diesem Sinne BGE 148 II 218 E. 3.3.2 ff., 4.3 S. 223 ff.

<sup>52</sup> Ebenso RAUBER, 244; ähnlich HAFNER/STÖCKLI/MÜLLER, 131.

Immerhin gilt bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Erfüllungsprivatisierung sicherheitspolizeilicher Aufgaben Folgendes: Je stärker die übertragene Tätigkeit (Grund-)Rechte Dritter betrifft, je enger sie mit potentieller Zwangsanwendung verbunden ist und je weniger ausgebaut der Rechtsschutz ist, desto wichtiger ist eine unmittelbare Kontrolle durch die auftraggebende Behörde, desto anspruchsvoller sind die staatlichen Gewährleistungspflichten und desto kleiner erweist sich der verbleibende Spielraum für eine Erfüllungsprivatisierung.<sup>53</sup>

## b) Beispiele konkreter Regelungen

Den divergierenden Lehrmeinungen entsprechend werden Privaten je nach anwendbarer Rechtsgrundlage in unterschiedlichem Umfang sicherheitspolizeiliche Kompetenzen zugewiesen.

### aa) Bund

Im Bereich der inneren Sicherheit verfügt der Bund über punktuelle Kompetenzen. Für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung auf ihrem Territorium sind primär die Kantone zuständig (kantonale Polizeihohheit, vgl. Art. 57 BV).<sup>54</sup> Ist der Bund in einem bestimmten Gebiet gemäss Verfassung für sicherheitspolizeiliche Aufgaben zuständig, sind für die Delegation ihrer Erfüllung auf Private die jeweiligen Spezialgesetze massgeblich.<sup>55</sup>

Mit einer solchen Übertragung befasst sich namentlich im Rahmen der Sicherheitsgewährleistung im öffentlichen Verkehr das BGS<sup>56, 57</sup>. Danach haben Transportunternehmen eine Transportpolizei und/oder einen Sicherheitsdienst, d.h. private Organisationen,<sup>58</sup> als Sicherheitsorgane zu unterhalten

---

<sup>53</sup> KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, Auslagerung, 119 m.w.H.; LIENHARD, Auslagerung, 428 f.; vgl. THIÉBAUD, 515.

<sup>54</sup> Statt vieler BGE 140 I 353 E. 5.1 S. 359 f.; OFK BV-BIAGGINI, Art. 57 Rz. 5. Eingehend MOHLER, Grundzüge, Rz. 194 ff.; MAGNIN, 78 ff.

<sup>55</sup> MAGNIN, 178 f. Übersichtlich zu den wichtigsten Bundeserlassen TIEFENTHAL, Polizeirecht, § 28 Rz. 8 ff.

<sup>56</sup> Bundesgesetz über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr vom 18. Juni 2010 (SR 745.2).

<sup>57</sup> Vgl. SCHUPPLI, 59; ZÜND/ERRASS, 180.

<sup>58</sup> MOHLER, Polizeiberuf, 177; vgl. SCHUPPLI, 58, Fn. 123; betreffend SBB-Transportpolizei a.M. HENSLE, 77; MAGNIN, 90. Vgl. hierzu auch MOHLER, Föderalismus, S. 33, Fn. 276, wonach die SBB-Transportpolizei eine Organisation ohne definierte Rechtsform darstelle, die sich unter kein klares Rechtssubjekt nach schweizerischem Bundesstaatsrecht subsumieren lasse.

(Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 BGST). Insoweit werden Transportunternehmen verpflichtet, private Sicherheitskräfte zur Aufrechterhaltung der Sicherheit im öffentlichen Verkehr beizuziehen.<sup>59</sup>

Gestützt auf das BGST können private Sicherheitsdienste insbesondere Ausweiskontrollen vornehmen, Personen befragen und diese u.U. anhalten, kontrollieren oder wegweisen (Art. 4 Abs. 1 lit. a und b BGST). Hinzu kommt die Befugnis, dabei polizeilichen Zwang nach Massgabe des ZAG<sup>60</sup> auszuüben (Art. 4 Abs. 5 und Abs. 6 BGST). Insoweit findet eine gesetzliche Übertragung der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben samt damit einhergehender (hoheitlicher) Befugnisse auf Private statt.<sup>61</sup>

## bb) Kantone

Die kantonalen Vorgaben in Bezug auf den Umfang der Erfüllungsprivatisierung sicherheitspolizeilicher Aufgaben sind uneinheitlich.<sup>62</sup> Mehrheitlich wird die Übertragung hoheitlicher Polizeibefugnisse – unter Vorbehalt gewisser Ausnahmen<sup>63</sup> – explizit ausgeschlossen.<sup>64</sup> Nach der hier vertretenen Ansicht ebenfalls ausgeschlossen ist der Beizug privater Akteure in denjenigen Kantonen,<sup>65</sup> die eine solche Möglichkeit nicht gesetzlich ausdrücklich verankern, da die Erfüllungsprivatisierung staatlicher Aufgaben eine formell-gesetzliche Grundlage erfordert.<sup>66</sup> Schliesslich lassen einige Kantone die Erfüllungsprivatisierung von Polizeiaufgaben generell zu, und zwar ohne Einschränkungen nach der Art der zu übertragenden Aufgaben.<sup>67</sup>

---

<sup>59</sup> Vgl. MOHLER, BGST, Rz. 8; SCHUPPLI, 59.

<sup>60</sup> Bundesgesetz über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes vom 20. März 2008 (SR 364).

<sup>61</sup> SCHUPPLI, 59; ZÜND/ERRASS, 180 f.; vgl. HUBER, 45 f.; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, Auslagerung, 111 f.

<sup>62</sup> Vgl. auch MAGNIN, 177 f. mit Beispielen.

<sup>63</sup> Vgl. z.B. Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 17 des Polizeigesetzes des Kantons Obwalden vom 11. März 2010 (GDB 510.1); Art. 20 Abs. 2 des Polizeigesetzes des Kantons St. Gallen vom 10. April 1980 (PG-SG; sGS 451.1).

<sup>64</sup> Vgl. statt vieler § 27 Abs. 1 PolG-AG; Art. 59 Abs. 2 des Polizeigesetzes des Kantons Uri vom 30. November 2008 (PolG-UR; URB 3.811); § 3 des Polizeigesetzes des Kantons Zug vom 30. November 2006 (BGS/ZG 512.1).

<sup>65</sup> Namentlich AI, FR, GE, SZ und VD.

<sup>66</sup> Hierzu sogleich unten [III.3.](#)

<sup>67</sup> Vgl. § 68 Abs. 2 des Gesetzes des Kantons Basel-Stadt betreffend die Kantonspolizei des Kantons Basel-Stadt vom 13. November 1996 (PolG-BS; SG 510.100); Art. 34 Abs. 1 des Po-

### 3. Voraussetzungen der Erfüllungsprivatisierung im Überblick

Nach Art. 178 Abs. 3 BV muss die Übertragung der Aufgabenerfüllung auf Private in Bund und Kantonen<sup>68</sup> auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse erfolgen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 BV).<sup>69</sup>

Bei sicherheitspolizeilichen Aufgaben sind an die formell-gesetzliche Grundlage, die nach Lehre und Rechtsprechung ohnehin bei jeder Übertragung von Verwaltungsaufgaben nötig ist,<sup>70</sup> erhöhte Anforderungen zu stellen, weil deren Erfüllung regelmässig hoheitliches Handeln verlangt bzw. verfassungsmässige Rechte tangiert.<sup>71</sup> Das öffentliche Interesse wird sodann meist in der Entlastung des öffentlichen Haushalts erblickt,<sup>72</sup> während die Verhältnismässigkeit im Einzelfall in Bezug auf die konkret zu übertragende Tätigkeit zu prüfen ist.<sup>73</sup>

### 4. Konsequenzen der Erfüllungsprivatisierung

#### a) Grundrechtsbindung

Private, die für den Staat sicherheitspolizeiliche Aufgaben erfüllen, sind an die Grundrechte und die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns gebunden (Art. 35 Abs. 2 BV).<sup>74</sup> Allfällige Grundrechtseingriffe müssen daher Art. 36 BV beachten.<sup>75</sup>

---

lizeigesetzes des Kantons Graubünden vom 20. Oktober 2004 (BR 613.000); Art. 5 Abs. 2 PolG-NW. A.M. betreffend PolG-BS MOHLER, Polizeiberuf, 179.

<sup>68</sup> Vgl. BGE 138 I 196 E. 4.4.3 S. 201 f.; vgl. z.B. Art. 54 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Freiburg vom 16. Mai 2004 (SGF 10.1).

<sup>69</sup> Statt vieler HÄNER, Rz. 28.40; JAAG, Privatisierung, 35; vgl. BBl 2012, 4544 f.; eingehend z.B. RAUBER, 148 ff.

<sup>70</sup> Statt vieler BGE 148 II 218 E. 3.3.1 S. 222; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 252; HAFNER/STÖCKLI/MÜLLER, 128; OFK BV-BIAGGINI, Art. 178 Rz. 26. A.M. LIENHARD, Grundlagen, 396; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, Auslagerung, 60 f., je m.w.H.

<sup>71</sup> BGE 148 II 218 E. 3.3.2 ff., 4.4 S. 223 ff.; ZÜND/ERRASS, 174; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, Auslagerung, 63 f. m.w.H.; FAVRE, 173, 177; BBl 2012, 4544 f. Zu den staatshaftungsrechtlichen Folgen des Fehlens einer genügenden formell-gesetzlichen Grundlage vgl. unten [IV.4.a\)aa](#).

<sup>72</sup> ZÜND/ERRASS, 172; BBl 2012, 4545. Für weitere öffentliche Interesse vgl. GUERY, 275.

<sup>73</sup> BBl 2012, 4545 f.; im Detail RAUBER, 226 f.

<sup>74</sup> BGE 140 I 2 E. 10.2.2 S. 30; BSK BV-MÜLLER, Art. 178 Rz. 54. Eingehend KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 4 Rz. 67 ff.

<sup>75</sup> RAUBER, 235.

## b) Aufsicht

Da private Erfüllungsträger nicht in die staatliche Behördenstruktur eingebunden sind,<sup>76</sup> hat das Gemeinwesen ihre Tätigkeit besonders zu beaufsichtigen, um die gesetzes- und verfassungsmässige Aufgabenerledigung sicherzustellen.<sup>77</sup> Die Aufsicht obliegt der auftraggebenden Behörde, im sicherheitspolizeilichen Bereich oft der Kantonspolizei<sup>78</sup> oder dem zuständigen Polizeikommando<sup>79 80</sup>.

Verletzt der Staat seine Aufsichts- und Kontrollpflichten, kann er im Schadensfall neben dem privaten Aufgabenträger haftbar gemacht werden, und zwar direkt aus eigener Amtspflichtverletzung.<sup>81</sup> Gleiches gilt, wenn der Staat seiner Pflicht zur sorgfältigen Auswahl des privaten Erfüllungsträgers nicht nachkommt.<sup>82</sup>

## c) Rechtsschutz

Die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) ist bei der Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf private Rechtsträger zu gewährleisten.<sup>83</sup> Der Rechtsschutz in Form von Verfahrensgarantien und Beschwerdemöglichkeiten muss demjenigen gleichkommen, der bei der Aufgabenerfüllung durch den Staat selbst gilt.<sup>84</sup> Die Rechtsstellung der betroffenen Person darf somit nicht schlechter sein, als wenn staatliche Polizeiorgane bzw. -beamten gehandelt hätten.<sup>85</sup> Vielmehr sollen bei widerrechtlichen Handlungen privaten Sicherheitspersonals die allgemeinen Beschwerde- und Klagemöglichkeiten zur Verfügung stehen.<sup>86</sup>

---

<sup>76</sup> HUBER, 328.

<sup>77</sup> KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, Auslagerung, 69; vgl. BGE 103 Ia 544 E. 5c S. 551; BELLANGER, 60; GROSS, Staatshaftungsrecht, 275.

<sup>78</sup> Vgl. z.B. § 68 Abs. 2 PolG-BS; Art. 63 PolG-UR.

<sup>79</sup> Vgl. z.B. Art. 20 Abs. 3 PG-SG.

<sup>80</sup> RAUBER, 233 f.; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, Auslagerung, 69 f. m.w.H. auf mögliche Aufsichtsinstrumente.

<sup>81</sup> WICHTERMANN, Staatshaftungsrecht, Rz. 58; SUTTER, 32; RYTER, Rz. 29.144; vgl. MAYHALL, Aufsicht, 259 ff.; GROSS, Staatshaftungsrecht, 275 ff.

<sup>82</sup> SUTTER, 32; MAGNIN, 302.

<sup>83</sup> OFK BV-BIAGGINI, Art. 29a Rz. 4.

<sup>84</sup> MOHLER, Grundzüge, Rz. 1327; WEBER-MANDRIN, 162; RAUBER, 153; JAAG, Privatisierung, 47; FAVRE, 149. Vgl. explizit z.B. Art. 101 Abs. 3 der Verfassung des Kantons Uri vom 28. Oktober 1984 (URB 1.1101).

<sup>85</sup> SCHUPPLI, 57; LIENHARD, Auslagerung, 433.

<sup>86</sup> KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, Auslagerung, 70; GUERY, 294.

## d) Haftung

Durch die Übertragung der Erfüllung staatlicher Aufgaben auf private Akteure darf sich das Gemeinwesen von seiner Haftung nicht befreien.<sup>87</sup> Im Gegenteil gilt das Prinzip, dass die geschädigte Person im Schadensfall haftungsrechtlich nicht schlechter gestellt werden darf, als wenn der Staat selbst die betreffende Aufgabe wahrgenommen hätte. Andernfalls könnte sich das Gemeinwesen seiner vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit entziehen.<sup>88</sup> Verursachen Angestellte privater Sicherheitsunternehmen bei ihrem Tätigwerden in Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben einen Schaden, dürfen somit der geschädigten Person keine haftungsrechtlichen Nachteile erwachsen. Vielmehr ist sie so zu stellen, wie wenn die Polizei selbst gehandelt hätte.<sup>89</sup>

Demnach hat der Staat besondere Haftungsbestimmungen aufzustellen, welche zumindest seine subsidiäre Haftungspflicht für Schäden festlegen, die bei privater Erfüllung öffentlicher – und insbesondere sicherheitspolizeilicher – Aufgaben entstehen.<sup>90</sup>

## IV. Staatshaftung bei privater Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben

### 1. Realakte und Staatshaftung

#### a) Sicherheitspolizeiliches Handeln als Realakt

Realakte, d.h. Verwaltungsmassnahmen, die unmittelbar die Herbeiführung eines Taterfolgs und damit die unmittelbare Gestaltung der Faktenlage bezwecken,<sup>91</sup> bilden die häufigste Erscheinungsform sicherheitspolizeilicher Tätigkeit.<sup>92</sup> Als Realakte gelten insbesondere polizeiliche Standardmassnahmen, d.h. typische polizeiliche (Eingriffs-)Massnahmen, die als standardisierte Re-

---

<sup>87</sup> Namentlich TERLINDEN, 126; WICHTERMANN, Staatshaftungsrecht, Rz. 55.

<sup>88</sup> Zum Ganzen RAUBER, 155; WIEGAND/WICHTERMANN, 12; ZÜND/ERRASS, 179; RÜSSLI, 685; WICHTERMANN, Staatshaftungsrecht, Rz. 55.

<sup>89</sup> KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, Auslagerung, 66 f.; RAUBER, 236.

<sup>90</sup> HUBER, 312; LIENHARD, Auslagerung, 433; ZÜND/ERRASS, 179; KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, Auslagerung, 66 f.

<sup>91</sup> Statt vieler BGE 144 II 233 E. 4.1 S. 235 f. m.w.H. auf die Abgrenzung zu den Rechtsakten; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1061.

<sup>92</sup> MAGNIN, 127; MOHLER, Polizeiberuf, 65; vgl. TIEFENTHAL, Polizeirecht, § 33 Rz. 2.

alakte der allgemeinen Gefahrenabwehr und der Bewältigung des Polizeialltags dienen (z.B. Personenkontrollen, Anhaltungen, Durchsuchungen, Befragungen und Sicherstellungen).<sup>93</sup> Daneben gibt es weitere Realakte, die keinerlei Rechtspositionen tangieren, namentlich die allgemeine überwachende Tätigkeit, die polizeiliche Präsenz im öffentlichen Raum, die Auskunftserteilung und die Durchführung informeller Besprechungen.<sup>94</sup>

Wird nun die Ausführung sicherheitspolizeilicher Tätigkeiten privatem Sicherheitspersonal übertragen, so erfolgt diese weiterhin hauptsächlich in Form von Realakten.

## b) Rechtsschutz gegen Realakte

Sicherheitspolizeiliche Massnahmen können als Realakte nicht präventiv auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüft werden.<sup>95</sup> Der Rechtsschutz wird deshalb nachträglich gewährleistet, indem der durch einen rechtswidrigen Realakt in ihren Rechten beeinträchtigte Person ermöglicht wird, auf Beschwerde oder Klage hin ein verwaltungsrechtliches oder gerichtliches Rechtsschutzverfahren einzuleiten.<sup>96</sup>

Ausgangspunkt des Rechtsschutzverfahrens ist das Vorliegen eines zulässigen Anfechtungsobjekts.<sup>97</sup> Dieses bilden im Regelfall nur Verfügungen, nicht Realakte.<sup>98</sup> Will man die Rechtmässigkeit eines Realakts überprüfen lassen, ist folglich zuerst von der dafür zuständigen Behörde eine entsprechende Verfügung zu verlangen, die dann das Anfechtungsobjekt des Beschwerdeverfahrens bildet.<sup>99</sup>

---

<sup>93</sup> REINHARD, 232; LANGENEGGER, 141; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1525. Im Einzelnen zu den Standardmassnahmen TIEFENTHAL, Polizeirecht, § 7 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1526 ff.; MAGNIN, 135 ff.

<sup>94</sup> MOHLER, Grundzüge, Rz. 859 f.; REINHARD, 211 f.; vgl. MAGNIN, 128.

<sup>95</sup> Vgl. ZÜND/ERRASS, 176; MAGNIN, 269.

<sup>96</sup> MAGNIN, 269; SCHINDLER, 215; vgl. TIEFENTHAL, Polizeirecht, § 33 Rz. 1.

<sup>97</sup> KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz. 1244.

<sup>98</sup> KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz. 425.

<sup>99</sup> KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz. 426, 1251; MÜLLER, Verwaltungsrechtsschutz, 62; vgl. BGE 140 II 315 E. 2.1 S. 319 f. Vgl. für den Bund Art. 25 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021); für die Kantone statt vieler § 44a des Gesetzes des Kantons Luzern über die Verwaltungsrechtspflege vom 3. Juli 1972 (SRL 40); § 10c des Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Zürich vom 24. Mai 1959 (LS 175.2). Ausführlich zu anderen kantonalen Regelungen SCHINDLER, 220 ff.

Die Verfahrensgesetze stellen Private, die öffentliche Aufgaben erfüllen, den Verwaltungsbehörden gleich,<sup>100</sup> oder sie statuieren ihre sinngemässe Anwendbarkeit auf solche Private.<sup>101</sup> Personen, die von rechtswidrigen Realakten privaten Sicherheitspersonals betroffen sind, verfügen demnach im Grundsatz über die gleichen Rechtsmittel wie bei Handlungen von Polizeiorganen.<sup>102</sup> Insofern wird – in Übereinstimmung mit Art. 29a BV – für eine gleichwertige Ausgestaltung des Rechtsschutzverfahrens bei Erfüllungsprivatisierungen gesorgt und damit der nachträgliche Rechtsschutz bei Realakten weitgehend gewährleistet.<sup>103</sup>

### c) Besondere Bedeutung der Staatshaftung

Hat jedoch ein Realakt bereits irreversible Folgen gezeitigt und zum Schaden geführt, kann auch mit dem nachträglichen Rechtsmittelverfahren kein effektiver Rechtsschutz mehr erreicht werden. Da sicherheitspolizeiliche Realakte nicht mehr rückgängig gemacht werden können, bleibt für die betroffene Person bloss die Möglichkeit, die Widerrechtlichkeit der betreffenden Massnahme in einer Verfügung festgestellt zu erhalten, was aber für sie wenig befriedigend sein dürfte.<sup>104</sup> Aus diesem Grund steht es dem Geschädigten frei, staatshaftungsrechtliche Schadenersatz- oder Genugtuungsansprüche alternativ zum nachträglichen Rechtsmittelverfahren geltend zu machen, um dadurch zu effektivem Rechtsschutz zu gelangen.<sup>105</sup>

Obwohl die Staatshaftung einen schädigenden Realakt nicht rückgängig zu machen vermag und insoweit zu keiner vollständigen Restitution im Sinne der Aufhebung desselben führt,<sup>106</sup> ermöglicht sie dem Geschädigten, über die

---

<sup>100</sup> Vgl. für den Bund Art. 1 Abs. 2 lit. e VwVG; für die Kantone z.B. Art. 2 Abs. 1 lit. c des Gesetzes des Kantons Bern über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989 (BSG 155.21); Art. 1 Abs. 2 des Gesetzes des Kantons St. Gallen über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Mai 1965 (sGS 951.1).

<sup>101</sup> Vgl. z.B. § 3 des Gesetzes des Kantons Zug über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (BGS/ZG; 162.1); § 4 des Gesetzes des Kantons Solothurn über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 15. November 1970 (BGS/SO; 124.11).

<sup>102</sup> Vgl. auch KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, Auslagerung, 70.

<sup>103</sup> Vgl. auch MÜLLER, Verwaltungsrechtsschutz, 63.

<sup>104</sup> Zum Ganzen MAGNIN, 275 f.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz. 443; FELLER, 203; GROSS, Staatshaftungsrecht, 134; TIEFENTHAL, Polizeirecht, § 33 Rz. 5.

<sup>105</sup> Vgl. SCHAUB, 462; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz. 436; MAGNIN, 276; ferner GROSS, Staatshaftungsrecht, 346; MOHLER, Grundzüge, N 1590.

<sup>106</sup> GROSS, Staatshaftungsrecht, 354 f.; MÜLLER, Verwaltungsrealakte, 333.



Feststellung der Widerrechtlichkeit der fraglichen Handlung hinaus,<sup>107</sup> einen finanziellen Ausgleich gerichtlich zugesprochen zu erhalten. Damit wird einer Rechtsverletzung dort, wo das (nachträgliche) verwaltungsinterne oder gerichtliche Rechtsschutzverfahren eine entstandene Schädigung nicht abwenden kann, angemessen Rechnung getragen und dem Rechtsschutzbedürfnis der betroffenen Person tatsächlich nachgekommen.<sup>108</sup>

## 2. Grundlegendes zur Staatshaftung

### a) Begriff

Unter Staatshaftung versteht man die „Haftung des Staates für den Ersatz des Schadens, der im Rahmen der staatlichen Aufgabenerfüllung verursacht worden ist“<sup>109</sup>. Als vermögensrechtliche Verantwortlichkeit zwingt die Staatshaftung das Gemeinwesen für den Schaden einzustehen, den seine Organe bzw. Angestellten anlässlich der Aufgabenerfüllung Dritten widerrechtlich zufügen.<sup>110</sup>

Die Staatshaftung beschränkt sich allerdings nicht auf Konstellationen, wo eine öffentliche Aufgabe durch den Staat selbst (durch seine Organe und sein Personal) wahrgenommen wird. Vielmehr dehnt sie auf Schädigungen aus, die von einem ausserhalb der Zentralverwaltung stehenden privaten Rechtssubjekt, dem die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe anvertraut wurde, ausgelöst werden.<sup>111</sup> Doch gilt die Staatshaftung nicht einfach bei jedem Auftrags- oder Werkvertragsverhältnis des Gemeinwesens, sondern nur dann, wenn die Erfüllung einer Staatsaufgabe übertragen wurde.<sup>112</sup>

---

<sup>107</sup> UHLMANN, Staatshaftungsrecht, Rz. 1.

<sup>108</sup> Zum Ganzen SCHAUB, 462; FELLER, 203; PRIBNOW/GROSS, Rz. 3.2; MAGNIN, 276 ff.; MÜLLER, Verwaltungsrealakte, 360 f.; TANQUEREL, responsabilité, 85.

<sup>109</sup> WICHTERMANN, Staatshaftungsrecht, Rz. 28.

<sup>110</sup> Statt vieler TSCHANNEN, Systeme, Rz. 278; AUER, Rz. 1377; vgl. WICHTERMANN, Staatshaftungsrecht, Rz. 1.

<sup>111</sup> Vgl. zum Ganzen GÄHWILER, Rz. 7; BSK BGG-HÄNNI/MEYER, Art. 85 Rz. 11, 13; WICHTERMANN, Staatshaftungsrecht, Rz. 1; ferner BGE 137 V 51 E. 4.1 S. 54 f.; Urteil des BGer 2C\_975/2015 vom 31. März 2016 E. 1.1.

<sup>112</sup> Vgl. Komm. KV-SCHWARZENBACH, Art. 46 Rz. 22 betreffend die subsidiäre Staatshaftung. Dies gilt m.E. ohne Weiteres auch für die ausschliessliche Staatshaftung. Vgl. auch CATENAZZI, 126; Rapporto della Commissione della legislazione n. 3092 R del 9 settembre 1988 sul messaggio del 14 ottobre 1986 concernente la Legge sulla responsabilità civile degli enti pubblici e degli agenti pubblici, Raccolta dei verbali del Gran Consiglio, sessione ordinaria primavera 1988, 1693 ff., 1698.

## b) Rechtsquellen

In Konkretisierung von Art. 146 BV regelt das VG<sup>113</sup> die Haftung des Bundes für Schäden, die im Rahmen der staatlichen Tätigkeit „durch Personen, denen die Ausübung eines öffentlichen Amtes des Bundes übertragen ist“ (Art. 1 Abs. 1 VG), verursacht werden. Die Haftung der Kantone und Gemeinden für schädigende Handlungen ihrer Organe und Mitarbeiter richtet sich dagegen nach den kantonalen Haftungserlassen.<sup>114</sup>

Bund und Kantone können gestützt auf Art. 61 Abs. 1 OR<sup>115</sup> ihr Staatshaftungsrecht grundsätzlich frei ausgestalten,<sup>116</sup> d.h. autonom bestimmen, ob, und falls ja, inwieweit den Staat für Schäden, die externe private Erfüllungsträger bewirken, eine Haftung trifft.<sup>117</sup> Miterfasst ist auch die Befugnis, für unterschiedliche Träger öffentlicher Aufgaben unterschiedliche Haftungsniveaus zu statuieren.<sup>118</sup> Will das Gemeinwesen z.B. eine primäre Haftung des beigezogenen privaten Erfüllungsträgers festlegen, steht es ihm frei, diese als Kausal- oder Verschuldenshaftung auszugestalten.<sup>119</sup> Jedoch darf der Staat seine Haftung durch die Einbindung privater Akteure in die öffentliche Aufgabenerfüllung nicht umgehen,<sup>120</sup> was sich im Schadensfall auf die geschädigte Person nachteilig auswirken würde.

## 3. Haftungsmodelle

Das schweizerische Staatshaftungsrecht kennt im Grundsatz drei Modelle, wonach sich die (Staats-)Haftung richtet, wenn externe private Rechtsträger

---

<sup>113</sup> Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten vom 14. März 1958 (SR 170.32).

<sup>114</sup> Statt vieler TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1705. Eingehend zu den Haftungsvoraussetzungen in Bund und Kantonen UHLMANN, Staatshaftungsrecht, Rz. 54 ff.

<sup>115</sup> Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220).

<sup>116</sup> Vgl. UHLMANN, Staatshaftungsrecht, Rz. 6, 12; GÄHWILER, N 1.

<sup>117</sup> Vgl. Komm. KV-SCHWARZENBACH, Art. 46 Rz. 16; WICHTERMANN, Staatshaftungsrecht, Rz. 4; ACHERMANN, 288 f.; SGK BV-JAAG/HÄNNI, Art. 146 Rz. 15.

<sup>118</sup> WICHTERMANN, Staatshaftungsrecht, Rz. 24.

<sup>119</sup> WICHTERMANN, Haftung, 139.

<sup>120</sup> Vgl. UHLMANN, Staatshaftungsrecht, Rz. 21; WICHTERMANN, Staatshaftungsrecht, Rz. 25, 55; ZÜND/ERRASS, 179. Eingehend WICHTERMANN, Haftung, 136 f. Vgl. oben [III.4.d](#).

im Rahmen der ihnen von Bund, Kantonen und Gemeinden übertragenen Erfüllung öffentlicher Aufgaben eine Drittperson schädigen.<sup>121</sup>

## a) Ausschliessliche Staatshaftung

Bei der ausschliesslichen Staatshaftung (auch: primäre oder originäre Staatshaftung<sup>122</sup>) hat die geschädigte Person, die von einem externen privaten Aufgabenträger einen Schaden erlitten hat, ihre Ersatzansprüche ausschliesslich beim Staat geltend zu machen.<sup>123</sup> Dieser steht im Aussenverhältnis als einziges Haftungssubjekt für das schädigende Verhalten des privaten Erfüllungsträgers unmittelbar ein.<sup>124</sup> Die Belangung des Schädigers ist ausgeschlossen und damit auch unerheblich, wer effektiv gehandelt hat, da der Staat unabhängig davon an dessen Stelle haftet.<sup>125</sup>

Im Sinne einer Organisationshaftung<sup>126</sup> haftet also hier das Gemeinwesen als Organisationsganzes für das schädigende Fehlverhalten seiner Angestellten und anderer Beauftragten, namentlich Privater in Erfüllung staatlicher Aufgaben, direkt einzustehen,<sup>127</sup> und zwar grundsätzlich unabhängig davon, ob die handelnde Person ein Verschulden trifft oder nicht (Kausalhaftung).<sup>128</sup> Im In-

---

<sup>121</sup> WICHTERMANN, Haftung, 130; NAGUIB, Rz. 792; vgl. PRIBNOW/EICHENBERGER, 149; TANQUEREL, droit administratif, Rz. 1594.

<sup>122</sup> Namentlich PRIBNOW/GROSS, Rz. 3.4.

<sup>123</sup> WICHTERMANN, Haftung, 130 f.; vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1695.

<sup>124</sup> WICHTERMANN, Haftung, 130 f.; NAGUIB, Rz. 792; vgl. JAAG, Beamtenhaftung, Rz. 6; BGE 139 IV 137 E. 4.1 S. 140.

<sup>125</sup> Vgl. WICHTERMANN, Haftung, 131; REY/WILDHABER, Rz. 119 f.; GROSS, Staatshaftungsrecht, 4.

<sup>126</sup> Statt vieler BGer 2C.1/2001 vom 3. Juli 2003 E. 6.1.3; MAYHALL, Aufsicht, 253; WICHTERMANN, Staatshaftungsrecht, Rz. 2.

<sup>127</sup> Vgl. z.B. RYTER, Rz. 29.22; GÄHWILER, Rz. 12; ferner Urteil des BGer 2C.4/2000 vom 3. Juli 2003 E. 5.1.3; JAAG, Beamtenhaftung, Rz. 45.

<sup>128</sup> Vgl. für den Bund Art. 3 Abs. 1 VG; für die Kantone statt vieler § 3 Abs. 1 des Gesetzes des Kantons Basel-Stadt über die Haftung des Staates und seines Personals vom 17. November 1999 (HG-BS; SG 161.100); ferner z.B. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2098. Ausnahmsweise gilt im Kanton GE eine Verschuldenshaftung (Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 Abs. 1 des Loi du Canton de Genève sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24 février 1989 [RSG A 2 40]), vgl. dazu TANQUEREL, droit administratif, Rz. 1635, 1681, 1687. Zudem gilt im Kanton LU eine besondere Form der Staatshaftung (§ 4 Abs. 1 des Haftungsgesetzes des Kantons Luzern vom 13. September 1988 [HG-LU; SRL 23]), die das Bundesgericht als Mischform zwischen einer Kausal- und einer Verschuldenshaftung qualifiziert, vgl. Urteil des BGer 2C\_816/2017 vom 8. Juni 2018 E. 3.2.

nenverhältnis kann jedoch der Staat auf den Schädiger Rückgriff nehmen, dies aber in der Regel nur dann, wenn der Schaden vorsätzlich oder grobfahrlässig verursacht wurde.<sup>129</sup>

## b) Subsidiäre Staatshaftung

Bei der subsidiären Staatshaftung (auch: Ausfall-<sup>130</sup> oder Kaskadenhaftung<sup>131</sup>) haftet in erster Linie der private Aufgabenträger für den Schaden, den er einer Drittperson zufügt.<sup>132</sup> Der Staat steht erst dann ein, wenn der primär ins Recht gefasste private externe Verwaltungsträger entweder nicht belangt werden kann (z.B. mangels Verschulden) oder über keine ausreichenden finanziellen Mittel verfügt.<sup>133</sup> Auch in diesem Fall kann das Ersatz leistende Gemeinwesen auf das handelnde Privatrechtssubjekt Rückgriff nehmen.<sup>134</sup>

## c) Vollständige Haftungsexternalisierung

Nach diesem Haftungsmodell ist der Staat für das schädigende Verhalten Privater in Erfüllung öffentlicher Aufgaben nicht haftbar, und zwar weder primär noch subsidiär. Vielmehr hat sich die geschädigte Person für die Schadensdeckung allein an den externen privaten Verwaltungsträger als einziges Haftungssubjekt zu halten.<sup>135</sup>

---

<sup>129</sup> Zum Ganzen WICHTERMANN, Haftung, 131; vgl. GÄHWILER, Rz. 10; REY/WILDHABER, Rz. 122. Vgl. für den Bund Art. 7 VG; für die Kantone z.B. Art. 11 des Loi du Canton de Neuchâtel sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agent du 29 septembre 2020 (LResp-NE; RSN 150.10); Art. 14 f. des Legge del Cantone Ticino sulla responsabilità civile degli enti pubblici e degli agenti pubblici del 24 ottobre 1988 (LResp-TI; RL 166.100).

<sup>130</sup> Statt vieler GÄHWILER, Rz. 28.

<sup>131</sup> Namentlich GROSS, Heilmittelrecht, 141.

<sup>132</sup> WICHTERMANN, Haftung, 131; GÄHWILER, Rz. 28; vgl. KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, Auslagerung, 67.

<sup>133</sup> WICHTERMANN, Haftung, 131; GÄHWILER, Rz. 28; vgl. WICHTERMANN, Staatshaftungsrecht, Rz. 7; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2093; HPK-BERGER, Art. 19 VG Rz. 4.

<sup>134</sup> Vgl. für den Bund Art. 19 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 7 und Art. 9 VG; für die Kantone Art. 102 Abs. 2 des Personalgesetzes des Kantons Bern vom 16. September 2004 (PG-BE; BSG 153.01); § 13 HG-LU; § 12a des Gesetzes des Kantons Schaffhausen über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behördenmitglieder und Arbeitnehmer vom 23. September 1985 (HG-SH; SHR 170.300); § 18 des Haftungsgesetzes des Kantons Zürich vom 14. September 1969 (HG-ZH; LS 170.1).

<sup>135</sup> WICHTERMANN, Haftung, 131.

Dieses Haftungssystem gilt zunächst, wenn der einschlägige Haftungserlass keine ausdrücklichen Vorschriften betreffend die Haftung des Staats für beauftragte externe Privatrechtssubjekte vorsieht. Letztere haften demnach selbstständig für das eigene Fehlverhalten nach privatrechtlichen Regelungen<sup>136 137</sup>. Denn, soweit keine Norm die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Staats festlegt, trifft diesen nach dem auf dem Legalitätsprinzip<sup>138</sup> gründenden Prinzip des Entschädigungspositivismus auch keine Haftung.<sup>139</sup> Dort, wo der Gesetzgeber auf eine explizite Haftungsregelung verzichtet hat, obwohl er eine solche hätte erlassen können,<sup>140</sup> ist von einem bewussten Schweigen auszugehen. Dies wiederum bedeutet m.E., dass der Staat für das schädigende Verhalten privater Erfüllungsträger überhaupt nicht einzustehen hat.<sup>141</sup>

Über das Fehlen einer gesetzlichen Haftungspflicht hinaus gilt die vollständige Haftungsexternalisierung sodann auch, wenn das Gesetz die Staatshaftung für das schädigende Verhalten externer privater Aufgabenträger explizit ausschliesst.<sup>142</sup>

---

<sup>136</sup> Insbesondere Art. 41 ff. OR.

<sup>137</sup> KÄLIN/LIENHARD/WYTENBACH, *Auslagerung*, 67; MAGNIN, 373; BOSCHUNG, Rz. 651; NAGUIB, Rz. 792; a.M. ACHERMANN, 290.

<sup>138</sup> Art. 5 Abs. 1 BV.

<sup>139</sup> Vgl. BGE 144 II 281 E. 4.5.2 S. 292 f. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung, insbesondere auf BGE 118 Ib 241 E. 5d S. 250; GROSS, *Staatshaftungsrecht*, 19 f.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1672; FELLER, 92; SCHAUB, 460; SUTTER, 33; MAYHALL, *Aufsicht*, 207; ZÜND/ERRASS, 179; TANQUEREL, *droit administratif*, Rz. 1603.

<sup>140</sup> Vgl. oben [IV.2.b](#).

<sup>141</sup> Vgl. AUER, Rz. 1390; BOSCHUNG, Rz. 651; UHLMANN, *Staatshaftungsrecht*, Rz. 74, der die Möglichkeit der Ausfallhaftung weiterhin offenlässt, was sich aber m.E. nicht mit dem im Kontext der Staatshaftung geltenden strikten Erfordernis der gesetzlichen Grundlage vereinbaren lässt. Vgl. in diesem Sinne BGE 144 II 281 E. 4.5.2 S. 292 f.

<sup>142</sup> WICHTERMANN, *Haftung*, 131.

## 4. Regelungen in Bund und Kantonen

### a) Bund

#### aa) Allgemeines

Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung, d.h. juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe des Bundes betraut wurden, stehen für den Schaden, den ihre Organe oder Angestellten einem Dritten verursachen, als primäre Haftungssubjekte kausal ein (Art. 19 Abs. 1 lit. a Satz 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 VG). Gegenüber dem Geschädigten tritt der Bund als subsidiäres Haftungssubjekt nur dann auf, wenn die private Organisation die geschuldete Entschädigung nicht leisten kann (Art. 19 Abs. 1 lit. a Satz 2 VG).<sup>143</sup> Damit wird für private externe Aufgabenträger die Ausfallhaftung des Bundes begründet.<sup>144</sup>

Wie aus dem Wortlaut von Art. 19 Abs. 1 VG hervorgeht, gilt die Ausfallhaftung nur insofern, als es sich beim externen Erfüllungsträger um eine öffentlich- oder privatrechtliche juristische Person handelt, deren Organe, Angestellte oder Beauftragte dann die ihr anvertraute Aufgabe tatsächlich erfüllen.<sup>145</sup> Wird indessen eine verwaltungsexterne natürliche Person mit der Wahrnehmung einer öffentlichen Bundesaufgabe betraut, die in keinem Anstellungs- oder Auftragsverhältnis zu einer genannten Organisation steht,<sup>146</sup> trifft den Bund im Schadensfall eine direkte Haftung (Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 lit. f VG).<sup>147</sup>

Dies gilt nach neuemem BGE 148 II 218<sup>148</sup> auch, wenn Angestellte einer Organisation ausserhalb der Bundesverwaltung, die nicht rechtskonform mit der Aufgabenerfüllung betraut wurde, einen Dritten schädigen. Im erwähnten Entscheid hatte das Bundesgericht zu prüfen, ob die Securitas AG (nachfolgend: SAG), die gemäss Sachverhalt vom Bundesamt für Migration (BFM)<sup>149</sup> mit der Erbringung von Sicherheitsdienstleistungen in den Asylunterkünften des Bun-

---

<sup>143</sup> Vgl. zum Ganzen BGE 148 II 218 E. 3.1 S. 221; Urteil des BGE 2C\_809/2018 vom 18. Juni 2019 E. 4.2; JAAG, Beamtenhaftung, Rz. 202, 207; UHLMANN, Staatshaftungsrecht, Rz. 68.

<sup>144</sup> Statt vieler TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1729; HPK-BERGER, Art. 19 VG Rz. 4.

<sup>145</sup> JAAG, Beamtenhaftung, Rz. 72; vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1729.

<sup>146</sup> RYTER, Rz. 29.50.

<sup>147</sup> JAAG, Beamtenhaftung, Rz. 72, 222; RÜSSELI, 684; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1729; vgl. BGE 106 Ib 273 E. 2b S. 275 f.

<sup>148</sup> Ausführlich dazu GAUTSCHI/WANNER, 901 ff.

<sup>149</sup> Seit 1. Januar 2015 Staatssekretariat für Migration (SEM).

des beauftragt wurde, eine Organisation i.S.v. Art. 19 VG darstellte und damit im Schadensfall als primäres Haftungssubjekt galt (E. 2.2). Konkret ging es um Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche eines Asylbewerbers, der von zwei SAG-Mitarbeitern in einem Asylzentrum verletzt wurde.<sup>150</sup>

Laut den Ausführungen des Bundesgerichts wurde die SAG gestützt auf eine entsprechende mit dem BFM abgeschlossene Rahmenvereinbarung mit der Wahrnehmung hoheitlicher sicherheitspolizeilicher Aufgaben betraut. Diese umfassten namentlich die Durchführung von Zutritts- und Austrittskontrollen sowie Personendurchsuchungen und den Umgang mit renitenten Personen (E. 4.2 und 4.3). Diese Übertragung war jedoch unrechtmässig. Die im Zeitpunkt des Abschlusses der Rahmenvereinbarung geltenden Bestimmungen – insbesondere des AsylG<sup>151</sup> und des BWIS<sup>152</sup> – lieferten keine hinreichende formell-gesetzliche Grundlage für eine derart umfassende Übertragung der Erfüllung von Sicherheitsaufgaben (E. 5.5).

Aus diesem Grund fiel die SAG nicht unter Art. 19 VG und galt damit nicht als primäres Haftungssubjekt (E. 6.2). Der Bund durfte sich jedoch seiner Verantwortlichkeit für Schäden nicht entziehen, die anlässlich der Erfüllung unrechtmässig übertragener hoheitlicher Aufgaben entstanden sind. Daher blieb das Verhalten der an der Wahrnehmung einer Staatsaufgabe unmittelbar mitwirkenden SAG-Mitarbeiter dem Bund zurechenbar, weshalb dieser für den Schaden des Asylbewerbers direkt haftbar gemacht wurde (E. 6.3; vgl. auch Art. 1 Abs. 1 lit. f VG).<sup>153</sup>

### *bb) Besonderheiten im sicherheitspolizeilichen Bereich am Beispiel des BGST und des ZAG*

Wie bereits ausgeführt, wird die Wahrnehmung sicherheitspolizeilicher Aufgaben im Bereich des öffentlichen Verkehrs privaten Sicherheitsorganen übertragen.<sup>154</sup> Solche Organisationen erfüllen somit eine öffentliche Bundesauf-

---

<sup>150</sup> Zum Ganzen Urteil des BVGer (Vorinstanz) A-1149/2020 vom 3. Dezember 2020 Sachverhalt S. 2 ff. (aufgehoben durch Urteil des BGer 2C\_69/2021 vom 17. Dezember 2021, publiziert in BGE 148 II 218).

<sup>151</sup> Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (SR 142.31).

<sup>152</sup> Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 21. März 1997 (SR 120).

<sup>153</sup> Siehe auch z.B. BGE 130 IV 27 betreffend die direkte Haftung des Kantons BE für das Verhalten eines Arztes, der bei der Ausschaffung eines Häftlings mitwirkte (insbesondere E. 2.3.3).

<sup>154</sup> Vgl. oben [III.2.b\)aa](#).

gabe, weshalb den Bund im Schadensfall mangels spezifischer Haftungsnormen im BGST grundsätzlich eine (blosse) Ausfallhaftung i.S.v. Art. 19 Abs. 1 lit. a VG trifft.<sup>155</sup>

Kraft des ausdrücklichen Verweises in Art. 4 Abs. 6 BGST gelangt aber bei der Anwendung polizeilicher Massnahmen oder polizeilichen Zwangs durch private Sicherheitsorgane das ZAG zur Anwendung. Dies ist insofern von praktischer Relevanz, als das ZAG eine besondere Haftungsnorm enthält, die den Haftungsregelungen des VG vorgeht (vgl. Art. 3 Abs. 2 VG). Gemäss Art. 31 Abs. 1 lit. b ZAG haftet der Bund nach den Bestimmungen des VG für Schäden, die u.a. Private, die unmittelbar im Auftrag oder unter Leitung der Bundesbehörden tätig sind, widerrechtlich verursachen. So z.B., wenn privaten Sicherheitsunternehmen aufgrund einer – vorliegend gestützt auf das BGST – spezialgesetzlichen Aufgabendelegation (vgl. Art. 7 ZAG) die Befugnis zur Vornahme polizeilicher Massnahmen und Ausübung polizeilichen Zwangs übertragen wird (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. e ZAG).<sup>156</sup>

Im transportpolizeilichen Bereich gilt somit eine verschärfte Staatshaftungsform, da der Bund für Schäden, die aus widerrechtlichen Handlungen des Sicherheitspersonals privater Organisationen (Transportpolizei und Sicherheitsdienste) entstehen, nicht mehr bloss subsidiär nach Art. 19 Abs. 1 lit. a VG, sondern unmittelbar nach Art. 3 Abs. 1 VG haftet.<sup>157</sup> Damit wandelt sich die auf Bundesebene bei der Erfüllungsprivatisierung staatlicher Aufgaben allgemein geltende Ausfallhaftung in eine direkte und ausschliessliche Staatshaftung, und zwar m.E. zu Recht. Denn damit wird dem grundrechtssensiblen und schadensgeneigten Wirkungsbereich privater Sicherheitskräfte besonders Rechnung getragen.

---

<sup>155</sup> Ebenso MAGNIN, 305, 310 f.; ähnlich MOHLER, Grundzüge, Rz. 1609, 1613. Anders Parlamentarische Initiative, Bundesgesetz über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr, Bericht der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Nationalrates vom 3. November 2009, BBl 2010, 891 ff., 900, wo die Tätigkeit von Sicherheitsorganen unter Art. 1 Abs. 1 lit. f VG subsumiert wird, was im Schadensfall eine direkte Haftung des Bundes gemäss Art. 3 Abs. 1 VG begründen würde. Das ist m.E. unzutreffend, denn dabei handelt es sich um verwaltungsexterne private (Sicherheits-)Organisationen, die selbst für das schädigende Verhalten ihres Personals nach Art. 19 Abs. 1 lit. a VG primär einstehen.

<sup>156</sup> Vgl. Botschaft des Bundesrats zu einem Bundesgesetz über die Anwendung von polizeilichem Zwang und polizeilichen Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes vom 18. Januar 2006, BBl 2006, 2489 ff., 2499, 2501 f., 2511.

<sup>157</sup> Vgl. auch BBl 2006, 2511. Die unmittelbare Haftung des Bundes gilt hier also kraft der Sonderregelung in Art. 31 Abs. 1 lit. b ZAG und ergibt sich nicht aus der m.E. unzutreffenden Subsumtion von privaten Sicherheitsorganen unter Art. 1 Abs. 1 lit. f VG, vgl. oben Fn. 155.



## b) Kantone

### aa) Allgemeines

Die Kantone regeln die Staatshaftung für Schäden, die im Rahmen der Erfüllungsprivatisierung staatlicher Aufgaben entstehen, uneinheitlich.<sup>158</sup> Dem jeweilig geltenden Haftungsmodell entsprechend lassen sich die Kantone in drei Gruppen einteilen.<sup>159</sup> Diese werden nachfolgend anhand ausgewählter Beispiele aufgezeigt.

- (i) Die *erste Gruppe* kennt für externe private Erfüllungsträger eine ausschliessliche Staatshaftung. Dabei gründet die direkte Haftungspflicht der öffentlichen Hand darauf, dass die einschlägigen Haftungserlasse möglichst umfassend umschreiben, wer durch eine dem Gemeinwesen zurechenbare Handlung die direkte Haftung desselben auslöst.

So fällt z.B. im Kanton BS unter den weit gefassten Begriff „Personal“, für dessen schädigendes Verhalten der Staat direkt einsteht (§ 3 Abs. 1 HG-BS), jede Person, die „aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Auftrags eine Staatsaufgabe wahrnimmt“ (§ 1 Abs. 2 lit. e HG-BS).<sup>160</sup> Erfasst sind mithin auch Angestellte privater Unternehmen.<sup>161</sup> Weitreichend ist die Staatshaftung für die Tätigkeit externer privater Aufgabenträger auch im Kanton TI. Dort kommt das Gemeinwesen originär für den Schaden auf, den ein „agente pubblico“<sup>162</sup>, d.h. insbesondere „tutte le [...] persone cui sia direttamente affidato un compito di diritto pubblico“<sup>163</sup> (Art. 1 Abs. 1 lit. d i.V.m. Abs. 2 LResp-TI), bewirkt (Art. 4 Abs. 1 LResp-TI).<sup>164</sup> Ähnliches gilt schliesslich im Kanton NE, wo der Staat für Schäden unmittelbar haftet,

---

<sup>158</sup> So auch statt vieler FREY, 60; MAGNIN, 373.

<sup>159</sup> Vgl. etwa UHLMANN, Staatshaftungsrecht, Rz. 74; AUER, Rz. 1388 ff.; BOSCHUNG, Rz. 651; LANDOLT/HERZOG-ZWITTER, Rz. 227 ff.

<sup>160</sup> Vgl. Ratschlag und Entwurf des Regierungsrats des Kantons Basel-Stadt an den Grossen Rat Nr. 8941 vom 7. September 1999 zum Erlass des Gesetzes über die Haftung des Staates und seines Personals, 61 f.; HUBER, 209; SCHMID/TAKEI, 109.

<sup>161</sup> MEYER, 715.

<sup>162</sup> Übersetzt: „öffentlich Beauftragter“.

<sup>163</sup> Übersetzt: „alle [...] Personen, welchen eine öffentlich-rechtliche Aufgabe unmittelbar anvertraut wurde“.

<sup>164</sup> Vgl. Messaggio del Consiglio di Stato del Cantone Ticino al Gran Consiglio n. 3092 del 14 ottobre 1986 concernente la Legge sulla responsabilità civile degli enti pubblici e degli agenti pubblici, Raccolta dei verbali del Gran Consiglio, sessione ordinaria primaverile 1988, 1661 ff., 1664, 1666 f.; Rapporto n. 3092 R (Fn. 112), 1697 f.; ferner CATENAZZI, 126, 128.

die seine „agents“<sup>165</sup>, d.h. namentlich „toute [...] personne chargée de l'accomplissement d'une tâche de droit public“<sup>166</sup> (Art. 3 Abs. 3 LResp-NE), verursachen (Art. 5 Abs. 1 LResp-NE).

Aus diesen exemplarischen<sup>167</sup> Haftungsregelungen folgt, dass das massgebliche Kriterium für die Zurechnung einer Handlung zum Staat und damit für die Begründung seiner originären Haftungspflicht einzig und allein in der Wahrnehmung einer staatlichen Aufgabe besteht.<sup>168</sup> Demnach dehnt sich die Haftung des Gemeinwesens auf einen sehr weiten Kreis von Personen aus, nämlich auf sämtliche Personen, die in dessen Auftrag an seiner Stelle öffentliche Aufgaben erfüllen, und zwar ungeachtet der Natur des Rechtsverhältnisses, in dem sie zum Staat stehen.<sup>169</sup>

- (ii) Die *zweite Gruppe* verankert für externe private Aufgabenträger eine subsidiäre Staatshaftung. Hier wird das schädigende Verhalten des beigezogenen privaten Akteurs, der gegenüber dem Geschädigten in erster Linie haftet, nicht dem delegierenden Gemeinwesen zugerechnet.

Namentlich normiert der Kanton LU die Staatshaftung wie folgt: „Werden Private mit amtlichen Verrichtungen betraut, haftet das Gemeinwesen an deren Stelle [...] für den Schaden, der bei der Ausübung dieser Verrichtungen durch rechtswidriges Handeln entsteht, soweit die Privaten nicht belangt werden können oder die geschuldete Entschädigung nicht zu leisten vermögen“ (§ 5a Abs. 1 HG-LU). Damit wird der Staat im Schadensfall lediglich sekundär zur Rechenschaft gezogen, wenn die Erfüllung

---

<sup>165</sup> Übersetzt: „Beauftragte“.

<sup>166</sup> Übersetzt: „jede [...] Person, die mit der Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe beauftragt wurde“.

<sup>167</sup> Ähnlich statt vieler Art. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes des Kantons Graubünden über die Staatshaftung vom 5. Dezember 2006 (BR 150.050); § 3 i.V.m. Art. 1 Abs. 2 lit. d des Gesetzes des Kantons Schwyz über die Haftung des Gemeinwesens und die Verantwortlichkeit seiner Funktionäre vom 20. Februar 1970 (SHG-SZ; SRSZ 140.100); Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Ziff. 13 des Loi du Canton de Vaud sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents du 16 mai 1961 (RSV 170.11).

<sup>168</sup> Ebenso UHLMANN, Staatshaftungsrecht, Rz. 102.

<sup>169</sup> Vgl. auch UHLMANN, Staatshaftungsrecht, Rz. 74; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2003; ferner Botschaft der Regierung des Kantons Graubünden an den Grossen Rat vom 22. August 2006 zur Totalrevision des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 24. Oktober 1944, Heft Nr. 11/2006–2007, 1347 ff., 1366.

öffentlicher Aufgaben privaten Personen und Organisationen anvertraut wird.<sup>170</sup> Analoge Ausfallhaftungen gelten auch in den Kantonen BE<sup>171</sup>, SH<sup>172</sup> und ZH<sup>173</sup>.

- (iii) In der *dritten Gruppe* (AI, AR, BL, GE, JU, UR, VS und ZG) trifft das Gemeinwesen für das schädigende Verhalten externer privater Aufgabenträger keine Haftung, da die jeweiligen haftungsrechtlichen Erlasse nichts darüber aussagen.<sup>174</sup> Genauso entzieht sich der Staat im Kanton AG seiner vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit aufgrund folgenden in § 1 Abs. 2 HG-AG<sup>175</sup> explizit festgelegten Haftungsausschlusses: „Private, die vom Gemeinwesen übertragene öffentliche Aufgaben erfüllen, haften für dabei verursachte Schäden mit ihrem Vermögen. Eine Ausfallhaftung des Gemeinwesens entfällt.“

## *bb) Besonderheiten im sicherheitspolizeilichen Bereich*

Die kantonalen Haftungsgesetze behalten spezielle Haftungsnormen anderer kantonalen Erlasse regelmässig vor.<sup>176</sup> Sofern die Polizeigesetze besondere Vorschriften zu Verantwortlichkeitsfragen aufstellen, geniessen diese also Vorrang gegenüber den allgemeinen Haftungsbestimmungen.<sup>177</sup>

Soweit ersichtlich sind jedoch den kantonalen Polizeigesetzen kaum Sonderregelungen zu entnehmen, die sich über die Staatshaftung privater Akteure in Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben aussprechen. Folglich gelangen auch im Sicherheitspolizeibereich die allgemein bei Erfüllungsprivatisierungen staatlicher Aufgaben geltenden Haftungsregelungen – soweit überhaupt vor-

---

<sup>170</sup> Botschaft des Regierungsrats des Kantons Luzern an den Kantonsrat B 107 zum Entwurf einer Änderung des Haftungsgesetzes vom 2. Juni 2009, 6.

<sup>171</sup> Vgl. Art. 101 Abs. 2 PG-BE.

<sup>172</sup> Vgl. Art. 2a Abs. 2 HG-SH.

<sup>173</sup> Vgl. § 4a Abs. 2 HG-ZH i.V.m. Art. 46 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (LS 101); ferner Antrag und Weisung des Regierungsrats des Kantons Zürich vom 4. Juli 2007 zum Haftungsgesetz (Änderung; Haftung von Privaten), ABl 2007, 1240 ff., 1241, 1243 f.

<sup>174</sup> Vgl. oben [IV.3.c](#).

<sup>175</sup> Haftungsgesetz des Kantons Aargau vom 24. März 2009 (SAR 150.200).

<sup>176</sup> Vgl. statt vieler § 5 des Gesetzes des Kantons Freiburg über die Haftung der Gemeinwesen und ihrer Amtsträger vom 16. September 1986 (SGF 16.1); § 2 Abs. 2 SHG-SZ; ferner z.B. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1708.

<sup>177</sup> Vgl. z.B. § 69 Abs. 2 PolG-BS; § 56 Abs. 1 PolG-ZH. Vgl. auch MAGNIN, 299 f., 376.

handen – subsidiär zur Anwendung.<sup>178</sup> Im Sinne einer Ausnahme legt immerhin § 56 Abs. 4 PolG-AG fest, dass die Gemeinden „für Schädigungen durch Einsätze von beauftragten privaten Sicherheitsdiensten [...]“ haften (vgl. auch § 1 Abs. 3 HG-AG). Damit wird auf Gemeindeebene die direkte Staatshaftung verankert und teilweise die Haftungslücke gefüllt, die bei privater Aufgabenerfüllung aufgrund von § 1 Abs. 2 HG-AG besteht.<sup>179</sup>

### c) Fazit

Was die Staatshaftung für anlässlich der Erfüllungsprivatisierung sicherheitspolizeilicher Aufgaben entstandene Schäden angeht, weist das schweizerische Staatshaftungsrecht keine einheitliche Lösung auf.<sup>180</sup> Im Gegenteil: Für schädigende Realakte des Personals privater Sicherheitsunternehmen steht der Bund – spezialgesetzliche Haftungsregelungen vorbehalten – subsidiär ein. In den Kantonen trifft hingegen den Staat je nach kantonaler Regelung entweder eine direkte, subsidiäre oder aber gar keine Haftung.

## 5. Würdigung

Fraglich ist, ob die geschilderten Staatshaftungsmodelle dem Prinzip der haftungsrechtlichen Gleichstellung der geschädigten Person angemessen Rechnung tragen.<sup>181</sup> Diese Frage stellt sich insbesondere bei der Erfüllungsprivatisierung sicherheitspolizeilicher Aufgaben, da die Staatshaftung gerade dort an Bedeutung gewinnt, wo der Rechtsschutz schwach ausgestaltet ist, namentlich bei schädigenden Realakten.<sup>182</sup> Nimmt man die einzelnen Haftungsmodelle unter die Lupe, können folgende Überlegungen angestellt werden:

- (i) Für eine vollumfängliche haftungsrechtliche Gleichstellung der geschädigten Person im Falle der Erfüllungsprivatisierung staatlicher Aufgaben sorgt einzig und allein das *Modell der ausschliesslichen Staathaftung*. Hier wird die kausale Haftung des Gemeinwesens an die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe geknüpft und damit die externe Aufgabenerfüllung der unmittelbaren Aufgabenerfüllung durch den Staat selbst gleichge-

---

<sup>178</sup> Ebenso MAGNIN, 376.

<sup>179</sup> Vgl. oben [IV.4.b\)aa](#)) *in fine*.

<sup>180</sup> So auch z.B. WICHTERMANN, Haftung, 108.

<sup>181</sup> Zum Ganzen oben [III.4.d](#)).

<sup>182</sup> Zum Ganzen oben [IV.1](#).

stellt.<sup>183</sup> Diese Gleichstellung ist m.E. sachgerecht: Auch wenn die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verwaltungsexterne Privatrechtssubjekte erfolgt, ist sie immer noch als staatliche Tätigkeit zu betrachten, weil die Aufgabe weiterhin als staatliche gilt und die jeweiligen privaten Akteure im Auftrag des Staats und damit in funktionaler Hinsicht als Organe desselben handeln.<sup>184</sup> Folgerichtig ist das Gemeinwesen im Schadensfall – im Sinne einer Organisationshaftung – vermögensrechtlich direkt zur Rechenschaft zu ziehen.

Richtigerweise wird demnach die ausschliessliche Staatshaftung nicht auf schädigende Handlungen von Polizeibeamten als staatliche Angestellte begrenzt, sondern auch auf solche des Sicherheitspersonals eines beauftragten privaten Sicherheitsunternehmens ausgedehnt. Dies ist aus der Perspektive der geschädigten Person zu begrüssen. Indem der Staat als alleiniges Haftungssubjekt auftritt, ist die Deckung des erlittenen Schadens ohne Weiteres sichergestellt, da er einen solventen und gewöhnlich verständnisvollen Schuldner darstellt.<sup>185</sup> Insofern erweist sich die originäre Staatshaftung als ein sehr geschädigtenfreundliches Haftungsmodell.<sup>186</sup>

- (ii) Gegenstück zu diesem Haftungsmodell bildet die *Variante der vollständigen Haftungsexternalisierung*. Dabei ist der Grundsatz der haftungsrechtlichen Gleichstellung der geschädigten Person nicht verwirklicht. Grund dafür ist, dass sich der Staat jeglicher Haftung entzieht. Der Geschädigte hat sich folglich nur an den vom Staat beauftragten privaten Erfüllungsträger zu halten und kann seine Ersatzansprüche allein gestützt auf privatrechtliche Haftungsnormen geltend machen,<sup>187</sup> was gewisse Unsicherheiten mit sich bringt.

Als Anspruchsgrundlage kommt zunächst Art. 55 Abs. 1 OR in Betracht. Danach kann ein privates Sicherheitsunternehmen als Geschäftsherr für den Schaden, den sein Personal einem Dritten herbeiführt, haftbar gemacht werden, und zwar unabhängig davon, ob das Sicherheitsunterneh-

---

<sup>183</sup> Ebenso SUTTER, 32.

<sup>184</sup> Vgl. auch MAYHALL, Aufsicht, 117; BELLANGER, 66; KARLEN, 186; WICHTERMANN, Staatshaftungsrecht, Rz. 29.

<sup>185</sup> BGE 128 IV 188 E. 2.3 S. 192; TANQUEREL, droit administratif, Rz. 1594.

<sup>186</sup> In diesem Sinne CATENAZZI, 128.

<sup>187</sup> Vgl. den ausdrücklichen Verweis auf das Bundesprivatrechts in § 1 Abs. 2 HG-AG im Fall der gesetzlichen Statuierung einer Haftungsexternalisierung.

men oder den handelnden Mitarbeiter ein Verschulden trifft oder nicht.<sup>188</sup> Das private Sicherheitsunternehmen kann sich aber von der Haftung befreien, indem es den Sorgfaltsbeweis im Hinblick auf die Verhinderung des eingetretenen Schadens erfolgreich erbringt.<sup>189</sup> In diesem Fall fällt seine Haftung dahin und für die geschädigte Person bleibt einzig die Möglichkeit übrig, den einzelnen Sicherheitsangestellten gestützt auf Art. 41 Abs. 1 OR zu belangen. Dieses Vorgehen ist allerdings für den Geschädigten nicht optimal, da er die Beweislast des Verschuldens trägt.<sup>190</sup> Zudem ist der (Zivil-)Prozess, den die geschädigte Person führen muss, in beiden Fällen aufwändiger und dauert beträchtlich länger als im Rahmen einer ausschliesslichen Staatshaftung.<sup>191</sup>

Wird die Schadenersatzklage gerichtlich gutgeheissen und das private Sicherheitsunternehmen bzw. der handelnde Mitarbeiter zur Bezahlung einer Entschädigung verpflichtet, steht zudem damit noch nicht fest, dass der Geschädigte die ihm zugesprochene Entschädigung tatsächlich erhält. Denn im Unterschied zum Staat ist die Zahlungsfähigkeit privater Sicherheitsunternehmen bzw. deren Mitarbeiter nicht zwingend gegeben. Vielmehr können Erstere infolge eines Konkurses ausfallen,<sup>192</sup> Zweitere über kein ausreichendes Vermögen verfügen. Demnach hat die geschädigte Person das Risiko der ausbleibenden Entschädigung auf sich zu nehmen und läuft somit die Gefahr, leer auszugehen.

Nach dem Ausgeführten erleiden potenzielle Geschädigte nicht unerhebliche haftungsrechtliche Nachteile, wenn für erfüllungsprivatisierte Tätigkeiten keine – einem Entlastungsbeweis des Gemeinwesens unzugängliche und verschuldensunabhängige<sup>193</sup> – originäre Staatshaftung besteht, bei der staatliches Vermögen und damit ein solides Haftungssubstrat für die Schadensdeckung beansprucht werden kann.

In rechtsstaatlicher Hinsicht erscheint das Fehlen einer Staatshaftung bei der Erfüllungsprivatisierung öffentlicher Aufgaben als fragwürdig, umso mehr im sicherheitspolizeilichen Bereich.<sup>194</sup> Dort ist nämlich das Risiko von schadensverursachenden Verletzungen grundrechtlich geschützter

---

<sup>188</sup> Vgl. BGE 110 II 456 E. 2 S. 460 f.; BK OR-BREHM, Art. 55 Rz. 31.

<sup>189</sup> Vgl. BK OR-BREHM, Art. 55 Rz. 31 f.

<sup>190</sup> Vgl. BK OR-BREHM, Art. 55 Rz. 41 ff., insbesondere 41c; REY/WILDHABER, Rz. 54.

<sup>191</sup> Vgl. Komm. KV-SCHWARZENBACH, Art. 46 Rz. 5.

<sup>192</sup> GUERY, 294.

<sup>193</sup> JAAG, Beamtenhaftung, Rz. 46; REY/WILDHABER, Rz. 123.

<sup>194</sup> Ähnlich KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, Auslagerung, 67.

Persönlichkeitsrechte<sup>195</sup> deutlich höher als bei sonstigen staatlichen Tätigkeiten.<sup>196</sup> Konsequenterweise darf sich der Staat seiner vermögensrechtlichen Verantwortung nicht vollständig entledigen mit der Folge, dass die geschädigte Person auf die finanzielle Leistungsfähigkeit des privaten Erfüllungsträgers angewiesen bleibt, sondern hat gesetzgeberisch besondere haftungsrechtliche Vorkehrungen zu treffen.

Deswegen wäre es m.E. angezeigt, in die einschlägigen Erlasse Bestimmungen aufzunehmen, die unabhängig davon, wer eine öffentliche Aufgabe tatsächlich wahrnimmt (der Staat selbst oder ein verwaltungsexternes Privatrechtssubjekt), eine möglichst umfassende Haftung für Schäden statuieren, die im Rahmen der privatisierten Aufgabenerfüllung entstehen. Will man die Staatshaftung nicht auf sämtliche externen privaten Aufgabenträger ausdehnen und sie deshalb nicht in den Haftungserlassen verankern, wäre es angebracht, zumindest für private sicherheitspolizeiliche Akteure besondere Haftungsbestimmungen z.B. in die kantonalen Polizeigesetze einzuführen, die eine direkte Haftung des Gemeinwesens festlegen.<sup>197</sup> Nur insoweit würde dem Prinzip der haftungsrechtlichen Gleichstellung der geschädigten Person vollumfänglich Rechnung getragen.

- (iii) Das *Modell der subsidiären Staatshaftung* stellt schliesslich eine Art Zwischenlösung dar. Dieses Haftungskonzept trägt zwar dem Prinzip der haftungsrechtlichen Gleichstellung der geschädigten Person angemessen Rechnung: Mit der gesetzlichen Verankerung der „finanzielle[n] Restverantwortung“<sup>198</sup> des Staats wird in der Tat verhindert, dass dieser seiner vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit ausweicht und wird damit der Gefahr entgegengewirkt, dass der Geschädigte bei Insolvenz des privaten Aufgabenträgers leer ausgeht.<sup>199</sup>

---

<sup>195</sup> Vgl. z.B. Art. 10 Abs. 2 (Recht auf persönliche Freiheit) und Art. 13 Abs. 1 BV (Recht auf Achtung der Privatsphäre).

<sup>196</sup> Vgl. auch KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, *Auslagerung*, 63.

<sup>197</sup> Solche besonderen Haftungsvorschriften sind auf Bundesebene etwa im ZAG aufgestellt worden, vgl. oben [IV.4.a\)bb](#)). Alternativ könnte man z.B. die Übertragung der Aufgabenerfüllung vom Nachweis einer risikogerechten Haftpflichtversicherung seitens des beauftragten Privaten abhängig machen, vgl. für den Bund z.B. Art. 4 Abs. lit. f der Verordnung über den Einsatz von privaten Sicherheitsunternehmen für Schutzaufgaben durch Bundesbehörden (SR 124); für die Kantone z.B. § 1 Abs. 2 HG-AG; § 5a Abs. 2 HG-LU.

<sup>198</sup> RYTER, Rz. 29.147.

<sup>199</sup> So auch GUCKELBERGER, 185; JAAG, *Beamtenhaftung*, Rz. 232.

Um den Schaden ersetzt zu erhalten, muss jedoch der Geschädigte zwei (Staatshaftungs-)Verfahren gegen unterschiedliche Haftungssubjekte anstrengen,<sup>200</sup> was für ihn mehr Last bedeutet.<sup>201</sup> Zuerst hat er sein Schadenersatzbegehren beim privaten Erfüllungsträger (also beim jeweiligen Sicherheitsunternehmen) einzureichen, der darüber mit Verfügung entscheidet.<sup>202</sup> Wird das Begehren gutgeheissen, bleibt aber die Bezahlung des Schadenersatzes aus, ist subsidiär das Gemeinwesen in Anspruch zu nehmen.<sup>203</sup> Wann genau dies zu erfolgen hat, ist unklar, da die Haftungserlasse eine entsprechende Regelung vermissen lassen.<sup>204</sup> Im Lichte des Zwecks der Ausfallhaftung, der geschädigten Person durch die (sekundäre) staatliche Haftungspflicht einen gewissen Rechtsschutz zu gewährleisten, sollte die Möglichkeit der subsidiären Inanspruchnahme des Gemeinwesens nach einem Teil der Lehre bereits dann zur Verfügung stehen, wenn der externe private Verwaltungsträger die Schadenersatzforderung wegen Zahlungsschwierigkeiten in naher Zukunft offenbar nicht erfüllen wird.<sup>205</sup>

Schliesslich gilt es zu beachten, dass der externe private Aufgabenträger bei der Ausfallhaftung nicht immer kausal und verschuldensunabhängig haftet, da Bund und Kantone diesbezüglich ein gewisser Regelungsspielraum zukommt.<sup>206</sup> Soweit die öffentlich-rechtlichen Haftungserlasse auf private Erfüllungsträger keine Anwendung finden, stehen zudem Letztere nach den Vorschriften des Privatrechts ein,<sup>207</sup> was die Durchsetzung des Ersatzanspruchs des Geschädigten erschwert.<sup>208</sup>

---

<sup>200</sup> Namentlich HPK-BERGER, Art. 19 VG Rz. 4.

<sup>201</sup> Ebenso GUCKELBERGER, 185; vgl. UHLMANN, Staatshaftungsrecht, Rz. 68.

<sup>202</sup> Vgl. für den Bund Art. 19 Abs. 3 VG; für die Kantone z.B. Art. 104a Abs. 1 und Abs. 2 PG-BE.

<sup>203</sup> Zum Ganzen HPK-BERGER, Art. 19 VG Rz. 4; GUCKELBERGER, 185.

<sup>204</sup> Vgl. auch SCHMID/TAKEI, 115.

<sup>205</sup> So zu Recht GUCKELBERGER, 185; UHLMANN, Staatshaftungsrecht, Rz. 68; weitergehend HPK-BERGER, Art. 19 VG Rz. 4, der dem Geschädigten das Recht zuerkennt, direkt gegen den Staat vorzugehen, wenn der private Aufgabenträger bereits vor Einreichung der Ersatzforderung nicht mehr belangbar ist. A.M. JAAG, Beamtenhaftung, Rz. 244; RYTER, Rz. 29.147, je m.w.H.

<sup>206</sup> Vgl. oben [IV.2.b](#).

<sup>207</sup> Vgl. § 1 Abs. 2 HG-LU; Art. 2a Abs. 1 HG-SH; WICHTERMANN, Haftung, 141 f. m.w.H.; RÜSSLI, 683.

<sup>208</sup> Im Gegenteil statuieren Art. 19 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 3 Abs. 1 VG sowie Art. 101 Abs. 1 PG-BE und § 4a Abs. 1 HG-ZH eine verschuldensunabhängige und kausale Primärhaftung privater Erfüllungsträger.



Insgesamt ergibt sich, dass die geschädigte Person bei der subsidiären Staatshaftung im Hinblick auf die Schadensdeckung im Endeffekt derjenigen gleichgestellt wird, die den Schaden direkt durch den Staat ersetzt erhält.<sup>209</sup> Der Rechtsweg dazu ist allerdings aufwändiger und mit mehr Unsicherheiten verbunden, was die Ausfallhaftung aus Sicht des Geschädigten zwar zu einer weitgehend befriedigenden, nicht aber bestmöglichen Haftungslösung macht.

## V. Zusammenfassende Schlussbetrachtung

Die Erfüllungsprivatisierung sicherheitspolizeilicher Aufgaben ist unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Dabei hat der Staat insbesondere sicherzustellen, dass allfällige vom privaten Sicherheitspersonal geschädigte Personen im Hinblick auf Rechtsschutz und Haftung nicht schlechter gestellt werden, als wenn der Staat selbst bzw. die Polizei als staatliche Behörde gehandelt hätte.

Die Staatshaftung im Rahmen der Erfüllungsprivatisierung öffentlicher Aufgaben kennt in der Schweiz keine einheitliche Regelung. Im Wesentlichen sind jedoch drei Haftungsmodelle erkennbar, wonach das delegierende Gemeinwesen im Schadensfall entweder ausschliesslich (in vielen Kantonen), subsidiär (in einigen Kantonen und im Bund) oder aber überhaupt nicht (in vielen Kantonen) ersatzpflichtig wird.

Nach diesen Haftungsmodellen richtet sich die Staatshaftung in den meisten Kantonen auch dann, wenn es um die private Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben geht, da die jeweiligen Polizeigesetze in der Regel keine entsprechenden Sonderhaftungsnormen enthalten. Dagegen finden sich im Bund spezielle Haftungsbestimmungen, welche die bei der Erfüllungsprivatisierung von Sicherheitspolizeiaufgaben grundsätzlich geltende subsidiäre Staatshaftung derogieren und den Bund zu einer unmittelbaren Haftung verpflichten, namentlich im Anwendungsbereich des BGST und des ZAG.

Die in der Einleitung aufgeworfene Frage, ob der Staat, der einen Privaten mit der Erfüllung von Sicherheitspolizeiaufgaben betraut, den Schaden zu ersetzen hat, der einer Person infolge des schädigenden Verhaltens privaten Sicherheitspersonals entsteht, ist daher je nach im Einzelfall anwendbaren Haftungsgrundlagen zu beantworten: Wird sie bejaht, so bei der ausschliessli-

---

<sup>209</sup> Vgl. auch SUTTER, 32.

chen und zumindest im Ergebnis bei der subsidiären Staatshaftung, ist das bei der Erfüllungsprivatisierung sicherheitspolizeilicher Aufgaben zu beachtende Prinzip der haftungsrechtlichen Gleichstellung der geschädigten Person verwirklicht. Wird die Frage hingegen verneint, so bei der vollständigen Haftungs-externalisierung, entzieht sich der Staat seiner vermögensrechtlichen Verantwortung mit der Folge, dass dem erwähnten Prinzip nicht nachgekommen wird. Vielmehr wird dem Geschädigten der Weg zu effektivem Rechtsschutz versperrt, weshalb der Staat in diesem Fall von einer Erfüllungsprivatisierung eher abzusehen hätte.<sup>210</sup>

Angesichts der zunehmenden Erfüllungsprivatisierung und der Wichtigkeit der Staatshaftung im grundrechtssensiblen und schadensgeneigten Sicherheitspolizeibereich drängt es sich auf, die (unmittelbare) Haftung des Staats für schädigende Handlungen privater Akteure gesetzlich zu verankern. Das Gemeinwesen, das sich für die Einbindung Privater in die Aufgabenerfüllung entscheidet, darf nicht von deren Tätigkeit auf Kosten allfällig geschädigter Personen profitieren, und zwar ohne den gleichen wirksamen Rechtsschutz zu gewährleisten, den die Betroffenen geniessen würden, wenn der Staat selbst (durch die Polizei) die fragliche Aufgabe erledigt hätte.

Diese Vorgabe wird allerdings in der Schweiz nur teilweise umgesetzt. Aufgrund der aktuellen Staatshaftungsregelungen kann die geschädigte Person den vom staatlich beauftragten privaten Sicherheitspersonal verursachten Schaden nicht immer auf den Staat abwälzen. Um diese Rechtsschutzlücke zu schliessen, sollten die betreffenden Rechtsgrundlagen wo nötig angepasst werden. Unterbleibt dies, ist die Rechtslage für die geschädigte Person nach der hier vertretenen Ansicht weiterhin als unbefriedigend zu bewerten und der Zweck der Staatshaftung, den Staat generell für im Rahmen der Aufgabenerfüllung entstandene Schäden haftbar zu machen, und zwar unabhängig davon, ob eine Staatsaufgabe durch ihn selbst oder einen Privaten erledigt wird, als vereitelt zu betrachten.

## Literaturverzeichnis

ACHERMANN URS, Privatisierung im öffentlichen Verkehr, Voraussetzungen der Privatisierung und Steuerung des privatisierten Vollzugs am Beispiel des öffentlichen Verkehrs, Diss. Zürich 2007, Zürich/Basel/Genf 2008

---

<sup>210</sup> Ebenso KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, Auslagerung, 67.

- ALBERTINI GIANFRANCO, Art. 34 PolG, in: Albertini Gianfranco (Hrsg.), Polizeigesetz und Polizeiverordnung des Kantons Graubünden, Ein Handbuch der Kantonspolizei Graubünden zum Bündner Polizeirecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2022, 322 ff.
- AUER ANDREAS, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016
- BELLANGER FRANÇOIS, Notions, enjeux et limites de la délégation d'activités étatiques, in: Favre Anne-Christine/Martenet Vincent/Poltier Etienne (Hrsg.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Genf/Zürich/Basel 2016, 43 ff.
- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Orell Füssli Kommentar, 2. A., Zürich 2017 (zit. OFK BV-BIAGGINI, Art. XX Rz. YY)
- BIERI MATTHIAS, Beständiger Aufstieg: Private Sicherheitsunternehmen in der Schweiz, in: Nünlist Christian/Thränert Oliver (Hrsg.), Bulletin 2015 zur schweizerischen Sicherheitspolitik, Center for Security Studies (CSS), ETH Zürich, Zürich 2015, 63 ff.
- BOSCHUNG MATHIAS, Der bodengebundene Rettungsdienst, Im Spannungsfeld zwischen Staatsaufgabe und regulierter privatwirtschaftlicher Tätigkeit, Diss. Freiburg 2009, Zürich/Basel/Genf 2010
- BREHM ROLAND, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, 5. A., Bern 2021 (zit. BK OR-BREHM, Art. XX Rz. YY)
- CAHANNES MERENS, Leerverkäufe, Eine rechtsökonomische Betrachtung der Regulierung von Leerverkäufen im Schweizer Finanzmarktrecht unter besonderer Berücksichtigung von Regulierungskonzepten aus der EU und den USA, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2019
- CATENAZZI FRANCESCO, Legge cantonale sulla responsabilità civile degli enti pubblici e degli agenti pubblici: campo di applicazione e procedura, in: Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi (Hrsg.), La responsabilità dello Stato, Atti della giornata di studio del 3 giugno 2013, Lugano/Basel 2014, 117 ff.
- EHRENZELLER BERNHARD ET AL. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. A., Zürich/St. Gallen/Genf 2023 (zit. SGK BV-BEARBEITER/IN, Art. XX Rz. YY)
- EICHENBERGER KURT, Zur Problematik der Aufgabenverteilung zwischen Staat und Privaten, ZBl 91/1990, 517 ff.
- FAVRE ANNE-CHRISTINE, La délégation d'activités non économiques ou „à caractère ministériel“, in: Favre Anne-Christine/Martenet Vincent/Poltier Etienne (Hrsg.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Genf/Zürich/Basel 2016, 145 ff.
- FELLER RETO, Das Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes im Staatshaftungsrecht, Eine Untersuchung zu Art. 12 VG und zur Widerrechtlichkeit im Rahmen der Staatshaftung für Rechtsakte, Diss. Bern 2006, Zürich/St. Gallen 2007
- FISCHER WILLI/LUTERBACHER THIERRY (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2016, (zit. HPK-BEARBEITER/IN, Art. XX Rz. YY)
- FREY ERIKA DIANE, Der Leistungsvertrag und dessen Anwendung auf dem Gebiet des Straf- und Massnahmenvollzugs, Diss. Zürich 2018, Zürich/Basel/Genf 2019

- GÄHWILER FABIAN, Das erstinstanzliche Verfahren im allgemeinen Staatshaftungsrecht, Darstellung und Vergleich der Regelungen von Bund und Kantonen sowie Reformvorschläge de lege ferenda, Diss. Luzern 2020, Zürich/Basel/Genf 2021
- GAUTSCHI OLIVER/WANNER TAMARA CHANTAL, Entscheidbesprechung, Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil 2C\_69/2021 vom 17. Dezember 2021 (zur Publikation vorgesehen), Securitas AG, Schweizerische Bewachungsgesellschaft gegen Eidgenössisches Finanzdepartement, Staatshaftung, die Kostentragung unentgeltlicher Rechtspflege durch besondere Organisationen, die mit den Aufgaben des Bundes betraut worden sind (Art. 19 VG), AJP 2022, 901 ff.
- GLASER ANDREAS, Der moderne Verfassungsstaat, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2021, 23 ff.
- GROSS JOST, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Stand und Entwicklungstendenzen, 2. A., Bern 2001 (zit. GROSS, Staatshaftungsrecht)
- GROSS JOST, Staatshaftung und Heilmittelrecht, LeGes 2003/1, 137 ff. (zit. GROSS, Heilmittelrecht)
- GRUNDER JAN, Fluggast- und Handgepäckkontrollen an Flughäfen, Konzept, Rechtsgrundlagen und Verfassungsmässigkeit der Kontrollen zur Verhinderung von unrechtmässigen Eingriffen in den zivilen Luftverkehr, Diss. Zürich 2016, Zürich/Basel/Genf 2017
- GUCKELBERGER ANNETTE, Die Staatshaftung in der Schweiz, recht 2008, 175 ff.
- GUERY MICHAEL, Die Privatisierung der Sicherheit und ihre rechtlichen Grenzen, ZBJV 142/2006, 273 ff.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., Zürich/St. Gallen 2020
- HAFNER FELIX, Staatsaufgaben und öffentliche Interessen – ein (un)geklärtes Verhältnis, BJM 2004, 281 ff.
- HAFNER FELIX/STÖCKLI ANDREAS/MÜLLER RETO PATRICK, Rechtslage im Kanton Basel-Stadt, in: Hafner Felix/Stöckli Andreas/Müller Reto Patrick (Hrsg.), Schutzanspruch der jüdischen Religionsgemeinschaften, Rechtsgutachten zur Rechtslage im Bund sowie in den Kantonen Zürich, Bern und Basel, Zürich/St. Gallen 2018, 71 ff.
- HANDSCHIN LUKAS/SIEGENTHALER THOMAS, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, SJZ 96/2000, 405 ff.
- HÄNER ISABELLE, Organisationsrecht (ausgewählte Fragen), in: Biaggini Giovanni et al. (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015, 1165 ff.
- HÄNER ISABELLE/RÜSSLI MARKUS/SCHWARZENBACH EVI (Hrsg.), Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. Komm. KV-BEARBEITER/IN, Art. XX Rz. YY)
- HENSLER BEAT, Sicherheitsarchitektur der Schweiz aus der Sicht der Polizei, Sicherheit & Recht 2/2011, 75 ff.
- HUBER ANDREAS, Experten und Expertenkommissionen im Strafprozess und im Straf- und Massnahmenvollzug, Eine kritische Analyse der Mitwirkung von Sachverständigen, Fachrichtern und Fachkommissionen unter Berücksichtigung verwaltungs- und staatsrechtlicher Aspekte, Diss. Basel 2018, Zürich/St. Gallen 2019

- JAAG TOBIAS, Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Formen, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen, in: Jaag Tobias (Hrsg.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Zürich 2000, 23 ff. (zit. JAAG, Privatisierung)
- JAAG TOBIAS, Staats- und Beamtenhaftung, in: Schindler Benjamin et al. (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band I, Organisationsrecht, Teil 3, 3. A., Basel 2017 (zit. JAAG, Beamtenhaftung)
- JAAG TOBIAS/ZIMMERLIN SVEN, Die Polizei zwischen Gefahrenabwehr und Ermittlung von Straftaten, in: Jositsch Daniel/Schwarzenegger Christian/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zürich/Basel/Genf 2017, 399 ff.
- KÄLIN WALTER/LIENHARD ANDREAS/WYTTENBACH JUDITH, Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben auf private Sicherheitsunternehmen, Übersicht über die verfassungsrechtlichen Anforderungen in der Schweiz, format magazine 4/2014, 4 ff. (zit. KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, Sicherheitsunternehmen)
- KÄLIN WALTER/LIENHARD ANDREAS/WYTTENBACH JUDITH, Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben, Basel 2007 (zit. KÄLIN/LIENHARD/WYTTENBACH, Auslagerung)
- KARLEN PETER, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes, Zürich/Basel/Genf 2018
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. A., Bern 2018
- KIENER REGINA/RÜTSCHKE BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. A., Zürich/St. Gallen 2021
- LANDOLT HARDY/HERZOG-ZWITTER IRIS, Arzthaftungsrecht, Handbuch zum Arzthaftungsrecht und elektronische Datenbank mit ca. 1'400 Arzthaftungsentscheiden, frei recherchierbar nach Stichworten, Zürich/St. Gallen 2015
- LANGENEGGER DANIEL, Polizeiliche Befugnisse der Angehörigen der Armee, des Grenzwachtkorps, der kantonalen Polizeikorps und privater Sicherheitsdienste, Sicherheit & Recht 3/2011, 139 ff.
- LEUTERT STEFAN, Polizeikostentragung bei Grossveranstaltungen, Eine Studie unter Berücksichtigung der Grundrechte, des Polizeirechts und des Abgaberechts, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2005
- LIENHARD ANDREAS, Auslagerung von polizeilichen Aufgaben auf private Sicherheitsunternehmen in der Schweiz, LeGes 2008/3, 425 ff. (zit. LIENHARD, Auslagerung)
- LIENHARD ANDREAS, Organisation und Steuerung der ausgelagerten Aufgabenerfüllung, AJP 2002, 1163 ff. (zit. LIENHARD, Aufgabenerfüllung)
- LIENHARD ANDREAS, Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz, Analyse - Anforderungen - Impulse, Bern 2005 (zit. LIENHARD, Grundlagen)
- MAGNIN JOSIANNE, Die Polizei: Aufgaben, rechtsstaatliche Grenzen und Haftung, Diss. Luzern 2016, Zürich/Basel/Genf 2017
- MAYHALL NADINE, Aufsicht und Staatshaftung, Diss. Freiburg 2007, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. MAYHALL, Aufsicht)

- MEYER CHRISTOPH, Staatshaftung, in: Buser Denise (Hrsg.), Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Festgabe zum 125-jährigen Jubiläum der Advokatenkammer in Basel, Basel 2008, 709 ff.
- MOHLER MARKUS H.F., Föderalismus im Sicherheits- und Polizeirecht – Reform dringend!, Newsletter IFF 1/2018 (zit. MOHLER, Föderalismus)
- MOHLER MARKUS H.F., Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012 (zit. MOHLER, Grundzüge)
- MOHLER MARKUS H.F., Kurzkommentar zum Bundesgesetz über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr (BGST) vom 18. Juni 2010, Jusletter 6. September 2010 (zit. MOHLER, BGST)
- MOHLER MARKUS H.F., Polizeiberuf und Polizeirecht im Rechtsstaat, Bern 2020 (zit. MOHLER, Polizeiberuf)
- MÜLLER LUCIEN/LINSI CHRISTIAN, Die Behördenarchitektur des Bundes, in: Kiener Regina/Bühler René/Schindler Benjamin (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band III, Sicherheit- und Ordnungsrecht des Bundes, Teil 2, Besonderer Teil, Basel 2018, 55 ff.
- MÜLLER MARKUS, (Schleich-)Wege zum Verwaltungsrechtsschutz, ZBl 116/2015, 59 ff. (zit. MÜLLER, Verwaltungsrechtsschutz)
- MÜLLER MARKUS, Rechtsschutz gegen Verwaltungsrealakte, in: Tschannen Pierre (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, Tagung vom 19./20. Oktober 2006 an der Universität Bern, Bern 2007, 313 ff. (zit. MÜLLER, Verwaltungsrealakte)
- NAGUIB TAREK, Polizei und Security-Dienste, in: Naguib Tarek et al., Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurist\_innen, Berater\_innen und Diversity-Expert\_innen, Bern 2014, 265 ff.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER ET AL. (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2018 (zit. BSK BGG-BEARBEITER/IN, Art. XX Rz. YY)
- PRIBNOW VOLKER/EICHENBERGER SARAH, Staatshaftung – Das OR als Minimum, in: Fuhrer Stephan/Kieser Ueli/Weber Stephan (Hrsg.), Mehrspuriger Schadensausgleich, Beiträge zum Haftpflicht-, Sozialversicherungs- und Privatversicherungsrecht, Zürich/St. Gallen 2022, 142 ff.
- PRIBNOW VOLKER/GROSS JOST, Staats- und Beamtenhaftung, in: Weber Stephan/Münch Peter (Hrsg.), Haftung und Versicherung, Beraten und Prozessieren im Haftpflicht- und Versicherungsrecht, 2. A., Basel 2015, 99 ff.
- RAUBER PHILIPP, Rechtliche Grundlagen der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben durch Private, Diss. Basel, Basel 2006
- REINHARD HANS, Allgemeines Polizeirecht, Aufgaben, Grundsätze und Handlungen, Diss. Bern, Bern/Stuttgart/Wien 1993
- REY HEINZ/WILDHABER ISABELLE, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2018
- RICHLI PAUL, Staatsaufgaben – Grundlagen, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/ Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001, 851 ff.
- RÜSSLI MARKUS, Das neue Haftungsgesetz des Kantons Aargau – ein Überblick, ZBl 110/2009, 676 ff.

- RÜTSCHÉ BERNHARD, Datenschutzrechtliche Aufsicht über Spitäler, *Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux*, Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. RÜTSCHÉ, Aufsicht)
- RÜTSCHÉ BERNHARD, Staatliche Leistungsaufträge und Rechtsschutz, ZBJV 152/2016, 71 ff. (zit. RÜTSCHÉ, Leistungsaufträge)
- RÜTSCHÉ BERNHARD, Was sind staatliche Aufgaben?, recht 2013, 153 ff. (zit. RÜTSCHÉ, Aufgaben)
- RYTER MARIANNE, Staatshaftungsrecht, in: Biaggini Giovanni et al. (Hrsg.), *Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Expertenwissen für die Praxis*, Zürich/Basel/Genf 2015, 1211 ff.
- SARASIN DAVID, Polizeiaufgaben für private Security-Leute, *Tages-Anzeiger* vom 23. Januar 2023, 15
- SCHAUB LUKAS, Staatshaftungsansprüche aus der Verfassung: ein kurzer (erweiterter) Begründungsversuch, AJP 2015, 459 ff.
- SCHINDLER BENJAMIN, Rechtsschutz im Polizeirecht: Eine Standortbestimmung, *Sicherheit & Recht* 3/2012, 215 ff.
- SCHLITTLER THOMAS, Wenn Private für den Staat nach dem Rechten schauen, *SonntagsBlick* vom 22. Januar 2023, 4 ff.
- SCHMID GERHARD/TAKEI NAOKI D., Haftung von externen Trägern öffentlicher Aufgaben, in: Schaffhauser René/Bertschinger Urs/Polodna Thomas (Hrsg.), *Haftung im Umfeld des wirtschaftenden Staates*, St. Gallen 2003, 97 ff.
- SCHUPPLI ROMAN, Private Sicherheitsdienste im Spannungsfeld von Gewaltmonopol und Grundrechten, *Sicherheit & Recht* 2/2019, 49 ff.
- SUTTER PATRICK, Staatshaftung für polizeiliches Handeln, in: Rüttsche Bernhard/Fellmann Walter (Hrsg.), *Aktuelle Fragen des Staatshaftungsrechts*, Tagung vom 3. Juli 2014 in Luzern, Bern 2014, 23 ff.
- TANQUEREL THIERRY, La responsabilité de l'Etat pour acte licite, in: Favre Anne-Christine/Martenet Vincent/Poltier Etienne (Hrsg.), *La responsabilité de l'Etat*, Genf/Zürich/Basel 2012, 85 ff. (zit. TANQUEREL, responsabilité)
- TANQUEREL THIERRY, *Manuel de droit administratif*, 2. A., Genf/Zürich/Basel 2018 (zit. TANQUEREL, droit administratif)
- TERLINDEN ANDRÉ, *Der Untersuchungsbeauftragte der FINMA als Instrument des Finanzmarktenforcements*, Diss. St. Gallen 2009, Zürich/St. Gallen 2010
- THIÉBAUD ALAIN, Die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf verwaltungsexterne Rechtsträger nach Massgabe der neuen Zürcher Kantonsverfassung, ZBl 109/2008, 509 ff.
- TIEFENTHAL JÜRIG MARCEL, *Kantonales Polizeirecht der Schweiz*, Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. TIEFENTHAL, Polizeirecht)
- TIEFENTHAL JÜRIG MARCEL, Wahrnehmung von Sicherheitsaufgaben im (halb-)öffentlichen Raum durch private Sicherheitsdienste, Eine verworrene Rechtslage verlangt dringend nach einer Bundeslösung, *Jusletter* 12. Dezember 2016 (zit. TIEFENTHAL, Sicherheitsdienste)
- TSCHANNEN PIERRE, *Systeme des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, Bern 2008 (zit. TSCHANNEN, Systeme)

- TSCHANNEN PIERRE, Zentral, dezentral, ausserhalb – oder: Wie zeichne ich das Organigramm der Bundesverwaltung?, in: Rüssli Markus/Hänni Julia/Häggi Furrer Reto (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, 517 ff. (zit. TSCHANNEN, Organigramm)
- TSCHANNEN PIERRE/MÜLLER MARKUS/KERN MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. A., Bern 2022
- UEBERSAX PETER, Privatisierung der Verwaltung, ZBl 102/2001, 393 ff.
- UHLMANN FELIX, Gewinnorientiertes Staatshandeln, Möglichkeiten und Zulässigkeit gewinnorientierter staatlicher Eigenbetätigung aus wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht, Diss. Basel 1996, Basel 1997 (zit. UHLMANN, Staatshandeln)
- UHLMANN FELIX, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. UHLMANN, Staatshaftungsrecht)
- VOGEL STEFAN, Der Staat als Marktteilnehmer, Voraussetzungen der Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten, Diss. Zürich, Zürich 2000
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK BV-BEARBEITER/IN, Art. XX Rz. YY)
- WEBER-MANDRIN MONIQUE, Öffentliche Aufgaben der Kantonsverfassungen, Diss. Zürich, Zürich 2001
- WICHTERMANN JÜRIG, Haftung der mit öffentlichen Aufgaben betrauten Privaten, in: Rüttsche Bernhard/Fellmann Walter (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Staatshaftungsrechts, Tagung vom 3. Juli 2014 in Luzern, Bern 2014, 107 ff. (zit. WICHTERMANN, Haftung)
- WICHTERMANN JÜRIG, Staatshaftungsrecht, in: Müller Markus/Feller Reto (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 3. A., Bern 2021, 109 ff. (zit. WICHTERMANN, Staatshaftungsrecht)
- WIEGAND WOLFGANG/WICHTERMANN JÜRIG, Zur Haftung für privatisierte Staatsbetriebe, recht 1999, 1 ff.
- ZÜND ANDREAS/ERRASS CHRISTOPH, Privatisierung von Polizeiaufgaben, Sicherheit & Recht 3/2012, 162 ff.



## Rechtmässigkeit von Open Source-Ermittlungen durch Strafverfolgungsbehörden

Monika Simmler / Giulia Canova\*

*Die Nutzung öffentlich zugänglicher Informationen („Open Source Information“) durch Strafverfolgungsbehörden mag auf den ersten Blick unproblematisch erscheinen, ist jedoch strafprozessrechtlich nicht unbedenklich. Die Bearbeitung von Personendaten im Rahmen von „Open Source Intelligence“ (OSINT) berührt Art. 13 Abs. 2 BV. Das Vorliegen einer Einwilligung durch die Veröffentlichung der Informationen schliesst die Qualifikation als Grundrechtseingriff nicht aus und lässt das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage nicht entfallen, reduziert die Invasivität der Massnahme aber deutlich. Wie diese Abhandlung darlegt, lässt sich allerdings nicht bei jeder OSINT-Methode auf eine Einwilligung schliessen. Einfaches und generatives Web Crawling sind von Web Scraping oder intelligenten Datenweiterbearbeitungen zu unterscheiden. Bei der Beurteilung der Invasivität von OSINT-Massnahmen sind ferner ihr Zweck, die Art der bearbeiteten Daten und zu überwindende technische Hürden einzubeziehen. Die Auseinandersetzung mit den strafprozess-, verfassungs- und konventionsrechtlichen Grundlagen zeigt, dass das geltende Recht nur minimalinvasive Open Source-Recherchen, nicht jedoch eingriffsintensivere Massnahmen abdeckt. Eine explizite innerstaatliche Regulierung wäre in Anbetracht der Praxisrelevanz dieser Ermittlungsmethode angezeigt.*

---

\* Prof. Dr. MONIKA SIMMLER ist seit April 2021 Assistenzprofessorin für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie sowie Co-Direktorin des Kompetenzzentrums für Strafrecht und Kriminologie an der Universität St. Gallen. Sie hat 2017 an der Universität Zürich promoviert und war von 2016 bis 2018 als Gastforscherin an der Columbia University, der University of Oxford und an der Universität Wien tätig.

GIULIA CANOVA hat Law and Economics an der Universität St. Gallen studiert. Seit 2022 ist sie wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Kompetenzzentrum für Strafrecht und Kriminologie an der Universität St. Gallen. Sie forscht zur strafprozessrechtlichen Regulierung digitaler Ermittlungen.

# Inhalt

I.	<a href="#">Einleitung</a>	75
II.	<a href="#">Open Source Intelligence</a>	76
	1. <a href="#">Begriffe</a>	76
	2. <a href="#">Datenbeschaffung und Datenbekanntgabe</a>	78
III.	<a href="#">Kategorien</a>	80
	1. <a href="#">Methoden</a>	80
	a) <a href="#">Web Crawling</a>	80
	b) <a href="#">Web Scraping</a>	82
	c) <a href="#">Intelligente Datenweiterbearbeitung</a>	83
	2. <a href="#">Weitere Aspekte der Differenzierung</a>	84
	a) <a href="#">Zweck</a>	84
	b) <a href="#">Art der Daten</a>	85
	c) <a href="#">Technische Hürden</a>	86
	3. <a href="#">Synthese</a>	86
IV.	<a href="#">Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage</a>	87
	1. <a href="#">Qualifizierung als Grundrechtseingriff</a>	87
	2. <a href="#">Reichweite der Einwilligung</a>	92
	3. <a href="#">Eingriffsschwere</a>	93
	4. <a href="#">Synthese</a>	95
V.	<a href="#">Rechtmässigkeit</a>	96
	1. <a href="#">Ermittlungsgeneralklausel</a>	96
	2. <a href="#">Übereinkommen über die Cyberkriminalität</a>	100
	3. <a href="#">Innerstaatliche Bestimmungen</a>	101
VI.	<a href="#">Fazit</a>	103
	<a href="#">Literaturverzeichnis</a>	104

## I. Einleitung

Im Jahr 2024 stieg die Zahl aktiver Internet-Nutzerinnen weltweit auf über fünf Milliarden.<sup>1</sup> Sie generieren mit ihrem Online-Verhalten immer mehr Daten, die im Netz brachliegen. Ein Grossteil dieser Daten ist ohne besondere Vorkehrungen zugänglich, womit das Internet für Strafverfolgungsbehörden zu einer potenten Informationsquelle wird.<sup>2</sup> Open Source Information (OSINF), d.h. öffentlich zugängliche Informationen, werden in Ermittlungen regelmässig zur Aufklärung von Straftaten genutzt.<sup>3</sup> OSINF lässt sich über einfache Suchabfragen oder mittels spezifischer Software der Open Source Intelligence (OSINT) nutzbar machen. Mit OSINT werden Informationen automatisiert gesammelt und verarbeitet, insbesondere gestützt auf Web Crawling- und/oder Web Scraping-Methoden. Die Bandbreite existierender Anwendungen ist allerdings gross: Sie reicht von Google- oder ChatGPT-Abfragen über automatisierte Analysen von Social Media-Netzwerken hin zur Bildersuche gestützt auf Gesichtserkennungstechnologie.

Ermittlungen gründen auf Informationsbeschaffung. OSINT ist ein ressourcenschonender Weg, relativ einfach an viele Informationen zu gelangen. Da es sich bei OSINF um (sensible) Personendaten handeln kann, ist deren Bearbeitung mit Blick auf den Grundrechtsschutz nicht per se unproblematisch. Die Beschaffung von Personendaten wie Fotos, E-Mails oder Social Media-Posts sowie die mit der Abfrage einhergehende Datenbekanntgabe berühren den Schutzbereich von Art. 13 Abs. 2 BV<sup>4</sup>, dem sog. „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“. Es ist fraglich, ob die öffentliche Zugänglichkeit der Informationen als Einwilligung in die behördliche Datenbearbeitung zu interpretieren ist, wie sich dies auf die Qualifikation der Massnahme als Grundrechtseingriff auswirkte und ob dennoch eine gesetzliche Grundlage erforderlich wäre.

Die strafprozessrechtliche Einordnung von OSINT ist bis anhin kaum diskutiert. Für die Schweiz existiert – bis dato – nur eine Abhandlung zur Einordnung von Google-Suchen.<sup>5</sup> In Deutschland ist die Diskussion bereits etwas

---

<sup>1</sup> Statista, Number of internet and social media users worldwide as of January 2024, abrufbar unter <https://www.statista.com/statistics/617136/digital-population-world-wide/#:~:text=As%20of%20July%202023%2C%20there.population%2C%20were%20social%20media%20users>.

<sup>2</sup> CARTNER/SCHWEINGRUBER, 990.

<sup>3</sup> RÜCKERT, Online-Streife 302; CARTNER/SCHWEINGRUBER, 990.

<sup>4</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

<sup>5</sup> CARTNER/SCHWEINGRUBER, 990 ff.

ausgereifter.<sup>6</sup> Während die Schweizer Publikation von CARTNER und SCHWEINGRUBER davon ausgeht, dass Strafverfolgungsbehörden ohne weiteres Googeln dürfen,<sup>7</sup> nimmt RÜCKERT für das deutsche Recht an, dass mit gewissen OSINT-Methoden teilweise gar schwere Grundrechtseingriffe einhergehen, die neue gesetzliche Grundlagen erforderlich machen.<sup>8</sup>

Die vorliegende Abhandlung will zunächst klären, ob und inwiefern die strafprozessuale Beschaffung öffentlich zugänglicher Informationen einen Grundrechtseingriff darstellt. Dafür sind die Grundlagen von OSINF und OSINT zu erläutern ([Kap. II](#)) und verschiedene Kategorien zu unterscheiden ([Kap. III](#)). Anschliessend sind diese Methoden grundrechtlich zu qualifizieren und die Wirkung sowie Reichweite mutmasslicher Einwilligungen zu diskutieren ([Kap. IV](#)). Da sich zeigt, dass auf das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage nicht verzichtet werden kann, sind mögliche Rechtsgrundlagen zu analysieren ([Kap. V](#)). Infrage kommen eine allgemeine „Ermittlungsgeneralklausel“, die internationale Convention on Cybercrime (CCC) oder spezifische Zwangsmassnahmen wie die Observation. Ein Fazit rundet den Beitrag ab ([Kap. VI](#)).

## II. Open Source Intelligence

### 1. Begriffe

Open Source Information bedeutet schlicht „öffentlich zugängliche Information“. Der Terminus der Open Source Intelligence hingegen entstammt der Kriminalistik und bezeichnet die (zunächst von Geheimdiensten genutzte) Methode, mit der entsprechende Daten für Ermittlungen gewonnen werden können.<sup>9</sup> Was jedoch unter öffentlich zugänglichen Daten zu verstehen ist, ist weder im Strafprozess- noch im Datenschutzrecht legaldefiniert.<sup>10</sup> Auch aus der

---

<sup>6</sup> Siehe die Beiträge von RÜCKERT, Online-Streife, 302 ff.; RÜCKERT, Verbrecherjagd; WITTMER/PLATZER, 569 ff.; BIERESBORN, 319.

<sup>7</sup> CARTNER/SCHWEINGRUBER, 990 ff.

<sup>8</sup> RÜCKERT, Online-Streife, 302 ff.

<sup>9</sup> LUDEWIG/EPPLE, 457 ff.; WITTMER/PLATZER, 751.

<sup>10</sup> Art. 13 des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst vom 25. September 2015 (Nachrichtendienstgesetz, NDG, SR 121) hält immerhin fest, dass „öffentliche Informationsquellen“ namentlich öffentlich zugängliche Medien, öffentlich zugängliche Register, von Privaten öffentlich zugänglich gemachte Personendaten und in der Öffentlichkeit vorgetragene Äusserungen umfassen.

Literatur ergibt sich nicht eindeutig, wo die Grenze zwischen öffentlich zugänglichen und nicht-öffentlichen Informationen liegt.<sup>11</sup>

CARTNER und SCHWEINGRUBER schlagen zur Konturierung des Begriffs vor, Daten als öffentlich zugänglich anzusehen, wenn diese aus frei verfügbaren, offenen Quellen stammen. Dazu würden den Autorinnen zufolge alle im Internet zugänglichen Informationen gehören, die von der Suchmaschine Google indexiert werden und über einfache Recherchen erhältlich sind. Demgegenüber seien Daten nicht mehr öffentlich, wenn sie einem begrenzten Kreis von Nutzerinnen vorbehalten sind, bspw. wenn es einer „Follower-“ oder „Freundschaftsanfrage“ bedarf.<sup>12</sup>

Nach der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts umfassen öffentlich zugängliche Informationen sämtliche Kommunikationsinhalte, die sich an jede Person oder zumindest an einen nicht weiter abgegrenzten Personenkreis richten.<sup>13</sup> Basierend auf dieser Rechtsprechung sind gemäss RÜCKERT Daten öffentlich zugänglich, wenn sie im Internet für jede Person abrufbar sind.<sup>14</sup> Offensichtlich davon erfasst seien alle Informationen im offenen Teil des Internets (sog. Surface Web), die von Standardsuchmaschinen indexiert und somit von jeder Internetnutzerin ohne Weiteres auffindbar sind. Ebenfalls öffentlich zugänglich seien Daten im sog. Deep Web („unter“ der Schicht des offenen, indexierten Bereich des Internets), die von Suchmaschinen nicht indexiert sind, aber aufgefunden werden können, wenn die genaue Web-Adresse bekannt ist.<sup>15</sup> Aber auch Daten im Dark Web, welche nur über bestimmte Anonymisierungssoftware (wie den Tor-Browser<sup>16</sup>) zugänglich sind, gelten RÜCKERT zufolge als öffentlich, da sie für jede Internetnutzerin zugänglich bleiben.<sup>17</sup> Jenseits dieser Sphäre würden hingegen individuelle Kommunikationsinhalte liegen, die bewusst nur an bestimmte Personen gerichtet sind.<sup>18</sup>

---

<sup>11</sup> CARTNER/SCHWEINGRUBER, 991; vgl. HARASGAMA, 246; vgl. RÜCKERT, Online-Streife, 310 ff.; WITTMER/PLATZER, 571 ff.

<sup>12</sup> Zum Ganzen CARTNER/SCHWEINGRUBER, 991.

<sup>13</sup> BVerfGE, Urteil vom 27. Februar 2008, 120, 274 („Online-Durchsuchung“), Rz. 308 f.

<sup>14</sup> RÜCKERT, Online-Streife, 310.

<sup>15</sup> RÜCKERT, Online-Streife, 310; RÜCKERT, Digitale Daten, 269 f.

<sup>16</sup> Tor ist ein Netzwerk zur Anonymisierung von Verbindungsdaten, bei dem der Datenverkehr über das Netzwerk geleitet und mehrfach verschlüsselt wird; dazu KRAUSE, 647.

<sup>17</sup> RÜCKERT, Online-Streife, 311 f.

<sup>18</sup> RÜCKERT, Online-Streife, 312; BVerfGE 120, 274, Rz. 308.

Wie diese Abgrenzungsversuche zeigen, geht es bei OSINT um die Verarbeitung von Informationen, die online verfügbar sind und über Suchmaschinen oder andere Tools gewonnen werden können. Die Zugänglichkeit bestimmt sich nicht allein über die verwendete Methode, womit grundsätzlich auch schwerer zugängliche Daten erfasst bleiben. Allerdings ist die Grenze einerseits dort auszumachen, wo technische oder faktische Grenzen den Zugang objektiv verunmöglichen (z.B. wenn ein bestimmtes Passwort benötigt wird oder zuerst einer Kontaktanfrage zugestimmt werden muss). Andererseits kann die Grenze subjektiv in der Erwartungshaltung der betroffenen Person begründet liegen, wenn diese berechtigterweise auf die Nichtöffentlichkeit der Information zählt.

## 2. Datenbeschaffung und Datenbekanntgabe

Ungeachtet des genauen Begriffsverständnisses handelt es sich bei OSINT jedenfalls um Vorgänge zur Beschaffung von Daten. Im Strafverfahren folgt die Informationsbeschaffung konkreten Verdachtslagen. Auch wenn die erlangten Informationen aus Sachdaten bestehen können (z.B. bei der Nutzung von Google Maps zur digitalen Inspektion eines Tatorts), weisen die Recherchen meist einen Bezug zu Zielpersonen (wie beschuldigten Personen oder Geschädigten) auf. Mit einer personenbezogenen OSINT-Abfrage (z.B. eine Google-Suche nach „Petra Musterfrau Lebenslauf“) werden Informationen angepeilt, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person beziehen (vgl. Art. 5 lit. a DSGVO<sup>19</sup>). OSINT involviert deshalb i.d.R. die staatliche Bearbeitung von Personendaten.<sup>20</sup> Als solche fällt die Massnahme in den Schutzbereich des Art. 13 BV.<sup>21</sup> Das in Art. 13 Abs. 2 BV verankerte Recht auf Schutz vor Datenmissbrauch gewährt einer Person, grundsätzlich selbst darüber zu bestimmen, wem und wann persönliche Informationen offenbart werden.<sup>22</sup>

Open Source-Ermittlungen gehen nicht nur mit einer Informationsgewinnung einher, sondern stellen im Regelfall ebenso eine Datenbekanntgabe dar. Bereits eine Google-Suche impliziert eine Datenbekanntgabe ins Ausland.<sup>23</sup> Suchmaschinen speichern Daten über getätigte Suchanfragen. Bei einer

---

<sup>19</sup> Bundesgesetz über den Datenschutz vom 25. September 2020 (Datenschutzgesetz, DSGVO, SR 235.1).

<sup>20</sup> CARTNER/SCHWEINGRUBER, 991 und 993; RÜCKERT, Online-Streife, 313 f.

<sup>21</sup> BGE 122 I 360, E. 5a S. 362; BSK BV-EPINEY, Art. 13 Rz. 33; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 14 N 57.

<sup>22</sup> Anstatt vieler MÜLLER/SCHEFER, 167; SGK BV-SCHWEIZER/STRIEGEL, Art. 13 Rz. 79.

<sup>23</sup> BIERESBORN, 319.

Google-Suche bekommt jede Nutzerin standardmässig eine Identifikationsnummer zugewiesen.<sup>24</sup> Die Google-Server protokollieren diese ID bei Suchanfragen ebenso wie die IP-Adresse, den Inhalt der eingegebenen Suchanfrage sowie Datum und Uhrzeit der Anfrage, was zur Personalisierung der Suchergebnisse genutzt wird.<sup>25</sup> Die Datenerhebung impliziert also eine Bekanntgabe dieser Inhalte an Google.<sup>26</sup> Zudem prägen Suchabfragen zukünftige Suchergebnisse. Suchen Behörden im Kanton St. Gallen oft nach einer spezifischen Kombination von Begriffen (z.B. „Peter Mustermann Oster-Krawalle“), erfährt Google nicht nur, dass die Behörden diese Verknüpfung vornehmen, sondern steigt für zukünftige Suchanfragen auch die Wahrscheinlichkeit, dass Google anderen Nutzerinnen diese Kombination vorschlägt. Ähnlich verhält es sich bei einer Recherche mit Tools wie ChatGPT von OpenAI. ChatGPT ist eine Anwendung der sog. generativen Künstlichen Intelligenz (KI). Der Chatbot speichert und verarbeitet die eingegebenen Daten, um das System weiterzuentwickeln und präzisere Ergebnisse zu liefern.<sup>27</sup> Eine Eingabe von Informationen ist daher mit einer Datenbekanntgabe an OpenAI verbunden. Dieser Mechanismus geht mit den meisten OSINT-Anwendungen einher. Da diese Dienste zumeist von ausländischen Unternehmen angeboten werden, erfolgt die Bekanntgabe zudem i.d.R. ins Ausland, was mit spezifischen Persönlichkeitsrisiken einhergeht.<sup>28</sup>

Aufgrund des zweiseitigen Mechanismus aus Beschaffung und Bekanntgabe von Personendaten berühren Open Source-Ermittlungen auf zweierlei Weise den Schutzbereich von Art. 13 Abs. 2 BV. In Anbetracht der öffentlichen Zugänglichkeit der Daten steht allerdings die Frage im Raum, ob nicht in diese Bearbeitung eingewilligt wurde und deshalb kein grundrechtlicher Schutz besteht. Das etwaige Vorliegen einer Einwilligung hängt jedoch massgeblich vom Kontext der Veröffentlichung ab.<sup>29</sup> Nicht bei allen OSINF kann ohne Weiteres vom Vorliegen einer Einwilligung ausgegangen werden. Während dies bei einzelnen, zur Information der Allgemeinheit hochgeladenen Daten (z.B. Angaben in einer „Über mich-Spalte“ einer persönlichen Webseite) der Fall sein mag, ist dies bei der Beschaffung sämtlicher im Netz auffindbarer Gesichtsbilder einer Person (z.B. über „Face Search Engines“ wie PimEyes<sup>30</sup>) kaum mehr anzuneh-

---

<sup>24</sup> VOIGT, 378.

<sup>25</sup> BECKER/BECKER, 351.

<sup>26</sup> Vgl. BIERESBORN, 321.

<sup>27</sup> MOHN, 541; WOERLEIN.

<sup>28</sup> Dazu OFK DSG-GLASS, Art. 5 lit. e Rz. 1.

<sup>29</sup> Vgl. OFK DSG-STEINER/LAUX, Art. 30 Rz. 38.

<sup>30</sup> Dazu KÖVER.

men. Problematisch erweist sich dabei auch, dass sich bei einem Grossteil der Informationen gar nicht beurteilen lässt, ob diese von der betroffenen Person selbst veröffentlicht wurden.<sup>31</sup> Ferner ist zu klären, ob eine Einwilligung solche Eingriffe für sich alleine überhaupt zu rechtfertigen vermag oder als Gesetzessurrogat taugt. Die Bandbreite von OSINT-Methoden lässt die pauschale rechtliche Beurteilung dieser Fragen nicht zu, weshalb es notwendig ist, konkrete Anwendungen zu differenzieren.

### III. Kategorien

#### 1. Methoden

Für die rechtliche Beurteilung ist massgeblich, wie Behörden an OSINF gelangen (Beschaffung) und welche Daten sie dabei preisgeben (Bekanntgabe). Informationen im Internet sind verteilt auf Webseiten, die mittels Web Crawling aufgefunden, indexiert und durchsucht werden können. Der Durchsuchung vorausgehen kann aber auch Web Scraping, mit dem Daten extrahiert und in Datenbanken zusammengefügt werden. Als Steigerungsform können sich Crawling und Scraping „intelligenten“ Methoden bedienen, welche die Daten auf besondere Weise weiterbearbeiten.

##### a) Web Crawling

In erster Linie lässt sich OSINF über Suchmaschinen wie Google, Yahoo oder Bing abrufen. Solche Suchmaschinen basieren auf Datenbanken mit Listen und Zusammenfassungen von Webseiten, die durchsucht werden können.<sup>32</sup> Zu ihrer Erstellung werden Web Crawler eingesetzt, welche das Internet durchforsten und Webseiten indexieren.<sup>33</sup> Die Crawler öffnen dabei automatisiert nach vorgegebenen Kriterien bestimmte Webseiten, durchsuchen die Inhalte und öffnen vorhandene Links auf andere Webseiten, um dann den Inhalt dieser Webseite ebenso zu durchsuchen (*Crawling*).<sup>34</sup> Der Inhalt jeder aufgefundenen Webseite wird analysiert, um die massgeblichen Inhalte in der Datenbank zu speichern, d.h. zu indexieren (*Indexing*). In der Index-Datenbank können die zuvor gecrawelten Webseiten nach bestimmten Suchbegriffen durchsucht wer-

---

<sup>31</sup> BAUER, 115 ff.; RÜCKERT, Digitale Daten, 270.

<sup>32</sup> SCHWARTZ, 974.

<sup>33</sup> KAUSAR/DHAKA/KUMAR SINGH, 31 f.

<sup>34</sup> Web Crawler werden deshalb auch Web Robot oder Web Spider genannt, zur Funktionsweise HEYDON/NAJORK 220; KAUSAR/DHAKA/KUMAR SINGH, 32.



den.<sup>35</sup> Wie die Ergebnisse zusammengestellt werden, bestimmen Algorithmen der Suchmaschine. Der Algorithmus „PageRank“ von Google berechnet z.B. in einem komplexen Verfahren die relevantesten Ergebnisse.<sup>36</sup> Die Suchergebnisse werden zudem anhand bisheriger Aktivitäten und Informationen über die Nutzerin personalisiert.<sup>37</sup> Die Zuhilfenahme von Standard-Suchmaschinen ist die verbreitetste Methode, an OSINF zu gelangen.<sup>38</sup> Sie kann als *einfaches Web Crawling* bezeichnet werden.

Neben Standardsuchmaschinen, die nach bestehenden Webseiten crawlen, lassen sich für OSINT auch Crawling-Systeme einsetzen, die von Webseiteninhalten „lernen“ und neue Inhalte generieren. Dazu gehört das generative KI-System ChatGPT, das u.a. aus gecrawlten Inhalten des Internets neue Textbestandteile erstellt. Das Large Language Modell (LLM) wurde mit einer riesigen Menge an Textdaten trainiert, um möglichst „menschliche“ Texte zu generieren.<sup>39</sup> Die zum Training des Chatbots verwendeten Textdaten stammen (1.) aus OSINF, (2.) von Drittparteien, welche die Informationen zur Verfügung stellen oder (3.) von Nutzerinnen oder Trainingspersonen.<sup>40</sup> Erstere entstammen grösstenteils dem Datenset „Common Crawl“, das derzeit grösste verfügbare Datenset öffentlich zugänglicher Informationen, welches als Trainingsdatenbasis für LLM dient.<sup>41</sup> ChatGPT wurde mit OSINF trainiert, gibt also gewissermassen auch OSINF wieder. Der Chatbot beantwortet von Nutzerinnen eingegebene Fragen oder Anweisungen („Prompts“).<sup>42</sup> Das System generiert daraufhin passende Wortfolgen. Die Generierung basiert auf den Trainingsdaten, wobei das System aus den Konversationen stetig dazulernt.<sup>43</sup> Seit September 2023 verfügt es zudem über eine Online-Browse-Funktion, mit der aktuelle Informationen aus dem Internet wiedergegeben werden.<sup>44</sup> Chatbots wie ChatGPT sind eine Alternative zu gängigen Suchmaschinen. Da dabei die her-

---

<sup>35</sup> Grundsätzlich zu Web Search Engines SEYMOUR/FRANTSVOG/KUMAR, 55.

<sup>36</sup> SEYMOUR/FRANTSVOG/KUMAR, 52.

<sup>37</sup> BIERESBORN, 321.

<sup>38</sup> CARTNER/SCHWEINGRUBER, 991; vgl. RÜCKERT, Online-Streife, 310.

<sup>39</sup> LUCCIONI/VIVIANO, 182.

<sup>40</sup> So die Angaben von OpenAI, abrufbar unter <<https://help.openai.com/en/articles/7842364-how-chatgpt-and-our-language-models-are-developed>>.

<sup>41</sup> LUCCIONI/VIVIANO, 182.

<sup>42</sup> WOERLEIN, 01205.

<sup>43</sup> So die Angaben von OpenAI, abrufbar unter <<https://help.openai.com/en/articles/5722486-how-your-data-is-used-to-improve-model-performance>>.

<sup>44</sup> Medienmitteilung von OpenAI vom 27. September 2023, abrufbar unter <<https://x.com/OpenAI/status/170707710047216095?s=20>>.

kömmliche Abfrage von OSINF mit Methoden der generativen KI kombiniert wird, kann bei der Methode von *generativem Web Crawling* gesprochen werden.

## b) Web Scraping

Ermittlungen können sich auch Web Scraping zu Nutze machen. Beim Scraping werden bestehende Inhalte im Internet nicht bloss indexiert und durchsucht, sondern in einem bestimmten Dateiformat heruntergeladen und in einer eigens dafür zusammengestellten Datenbank mit Daten desselben Formats zusammengetragen.<sup>45</sup> Im Unterschied zum erwähnten Common Crawl-Datenset, das schlicht einen grossen Teil aller verfügbarer Webseiteninhalte enthält, geht es beim Scraping darum, gezielt spezifische Dateitypen von Webseiten zu extrahieren (oder „runterzukratzen“, deshalb „scrapen“). Dabei wird automatisiert der gesamte Inhalt einer Webseite auf vordefinierte Dateninhalte (Textbestandteile, Bilder, E-Mail-Adressen etc.) durchsucht. Die gewünschten Inhalte werden in einem zweiten Schritt in einer Datenbank strukturiert.<sup>46</sup> Mit Web Scraping werden also Inhalte gezielt gesucht, extrahiert, kopiert, gespeichert und in Datenbanken strukturiert, damit sie in der Folge beliebig weiterbearbeitet werden können.<sup>47</sup> Kombiniert mit einer späteren Durchsuchung ebendieser Daten, erweitert das Scraping herkömmliches Crawling um ein weiteres Element.

Diese Methode macht es bspw. möglich, Bilddaten von Facebook oder alle Tweets zu einem bestimmten Thema zu sammeln.<sup>48</sup> Scraping kann aber auch zur Sammlung von Verkaufsangeboten (z.B. mit gefälschten Waren) oder pornographischen Inhalten genutzt werden.<sup>49</sup> Für OSINT ist Scraping ferner dienlich, um online veröffentlichte Bild- und Videoaufnahmen von bestimmten Ereignissen wie Demonstrationen zu sammeln.<sup>50</sup> Bilder werden im Netz aufgespürt und in einem bestimmten, technisch weiterverarbeitbaren Format

---

<sup>45</sup> LOGOS/BREWER/LANGOS/WESTLAKE, 1.

<sup>46</sup> Für eine Übersicht siehe z.B. „WebScraping & OSINT: A Beginners Guide“, abrufbar unter <<https://medium.com/@investigator515/webscraping-osint-a-beginners-guide-bec9ef686dd>>.

<sup>47</sup> KROTOV/SILVA, 2.

<sup>48</sup> Vgl. GIBSON, 78.

<sup>49</sup> LOGOS et al.

<sup>50</sup> Siehe dazu die Beispiele von RÜCKERT, Verbrecherjagd.

heruntergeladen. Die Datenbank der Gesichtserkennungssoftware Clearview bspw. basiert auf über 3 Milliarden Gesichtsbildern, die von Webseiten gescraped wurden.<sup>51</sup>

### c) Intelligente Datenweiterbearbeitung

Schliesslich können zur OSINF-Gewinnung spezialisierte Systeme eingesetzt werden, die auf breiter Basis Informationen im Netz suchen, extrahieren und in der Folge mit intelligenten Methoden auswerten. „Intelligent“ meint dabei, dass avancierte und i.d.R. KI-gestützte Systeme Anwendung finden, die mit grossen Datenmengen trainiert wurden und in der Lage sind, OSINF aus verschiedensten Quellen zu verknüpfen und in den Datensätzen Muster, Trends oder Inhalte wiederzuerkennen.<sup>52</sup> Bei Suchmaschinen-Recherchen werden bestehende Webseiteninhalte anhand bestimmter Begriffe durchsucht und die Ergebnisse einzeln präsentiert oder – bei generativen Systemen – darauf gestützt neue Inhalte produziert. Beim Web Scraping werden Daten darüber hinaus extrahiert und gespeichert. Die hier als dritte Kategorie angesprochenen intelligenten (respektive noch intelligenteren) Methoden sind darauf ausgerichtet, zuvor erlangte grosse Datenmengen miteinander zu verknüpfen und auszuwerten, um dadurch neue, über die einzelnen Daten hinausgehende „Meta-Informationen“ zu erlangen.<sup>53</sup> Die Informationen werden somit nicht bloss beschafft, sondern mit KI-Systemen weiterbearbeitet und aufbereitet. Sie erhalten damit eine neue Datenqualität.

Ein Beispiel einer solchen Datenweiterbearbeitung ist die bereits erwähnte Anwendung PimEyes, die mit Gesichtserkennungstechnologie ausgestattet ist und mit der sich über 900 Millionen gescrapte Gesichtsbilder auf Übereinstimmung mit Bildern einer bestimmten Person durchsuchen lassen.<sup>54</sup> Die Bilder werden biometrisch analysiert und mithilfe von KI ähnliche Gesichter erkannt.<sup>55</sup> Ein weiteres Beispiel sind die Anwendungen von „SocialLinks“, die eine ganze Palette an intelligenten Tools anbieten, die riesige Datenmengen aus über 500 offenen Quellen in den sozialen Medien, in Blockchains und im Darknet sammeln und darin Muster oder bestimmte Objekte erkennen. Konkret können damit z.B. Accounts und Posts aus verschiedenen sozialen Medien

---

<sup>51</sup> REZENDE, 375 ff.

<sup>52</sup> RÜCKERT, Verbrecherjagd.

<sup>53</sup> RÜCKERT, Online-Streife, 328.

<sup>54</sup> HARWELL, 63 ff.

<sup>55</sup> So die Angaben von PimEyes, abrufbar unter <<https://pimeyes.com/en/blog/artificial-intelligence-facial-recognition-and-conspiracy-theories>>.

mit KI analysiert und über die verschiedenen Netzwerke hinweg Beziehungen zwischen Nutzerinnen visualisiert werden.<sup>56</sup> Weitere derartige Anwendungen werden nicht kommerziell angeboten, sondern von Behörden eigens entwickelt, wie bspw. der „Dark Web Monitor“, ein OSINT-Verzeichnis, das kriminelle Aktivitäten im Darknet erfasst, kategorisiert und Zusammenhänge herstellt.<sup>57</sup>

Kennzeichnend für OSINT-Methoden dieser Kategorie ist, dass grosse Datenmengen aus verschiedenen Quellen verknüpft und weiterbearbeitet werden. Diese Art von OSINT nimmt das Crawling und Scraping ebenso als Ausgangspunkt, unterwirft die Daten aber weiteren Datenbearbeitungsschritten und generiert damit zusätzlichen kriminalistischen Wert.

## 2. Weitere Aspekte der Differenzierung

Neben der Methode der Datenbeschaffung können auch deren Zweck, die Art der erlangten Daten sowie die zu überwindenden technischen Hürden der weiteren Unterscheidung verschiedener OSINT-Kategorien dienen. Diese Faktoren prägen das kriminalistische Vorgehen und die rechtliche Einordnung gleichermaßen.

### a) Zweck

Der Zweck der Datenbearbeitung ist entscheidend, um das anwendbare Recht zu bestimmen. Zunächst ist es möglich, dass sich Strafverfolgungsbehörden i.S.e. *Online-Streife* auf Webseiten bewegen und OSINT wahrnehmen, ohne einen im Vorfeld klar umrissenen Ermittlungszweck zu verfolgen.<sup>58</sup> Der Zweck solcher virtueller „Streifenfahrten“ besteht in der Beobachtung bestimmter Webseiten zur präventiven Verhinderung oder der Erkennung von Straftaten.<sup>59</sup> Da sie ohne konkreten Anfangsverdacht erfolgen, handelt es sich um dem Polizeirecht unterliegende rein präventiv-polizeiliche Massnahmen. Im Kontrast dazu kann OSINT dazu dienen, zielgerichtet aufgrund einer konkreten Verdachtslage an Informationen zu gelangen. Bei *gezielten Online-Re-*

---

<sup>56</sup> Siehe die Übersicht von SocialLinks, abrufbar unter <<https://www.maltego.com/transform-hub/social-links-pro/>>.

<sup>57</sup> Bayerisches Staatsministerium der Justiz, „Ein Jahr Dark Web Monitor“, abrufbar unter <<https://www.justiz.bayern.de/presse-und-medien/pressemitteilungen/archiv/2021/118.php>>.

<sup>58</sup> So die Begrifflichkeit bei RÜCKERT, *Online-Streife*, 306.

<sup>59</sup> Zu solchen Beobachtungen im Internet HANSJAKOB, 247.

cherchen liegt der Zweck in der Führung eines Tatnachweises gegenüber tatverdächtigen Personen.<sup>60</sup> Es handelt sich um eine genuin strafprozessuale Massnahme, bei der im Nachgang zu bestimmten, verdachtsauslösenden Ereignissen Informationen im Netz recherchiert werden. Denkbar ist des Weiteren, OSINT für *Online-Rasterfahrungen* zu nutzen, die helfen sollen, den Kreis möglicher Tatverdächtiger überhaupt erst auszumachen oder Spurenansätze zu generieren.<sup>61</sup> Schliesslich kann OSINT zur *Online-Überwachung* von Vorgängen oder Zielpersonen erfolgen.<sup>62</sup> Dabei geht es um die länger andauernde Überwachung von Aktivitäten bestimmter Zielpersonen (z.B. in Webforen,<sup>63</sup> oder auf Social Media). Auch hier handelt es sich nur um eine strafprozessuale Massnahme, wenn die Ermittlung einer konkreten Verdachtslage folgt.

## b) Art der Daten

Die Art der bearbeiteten Daten ist ein weiterer massgeblicher Aspekt einer Kategorisierung. Herangezogen werden kann die datenschutzrechtliche Unterscheidung zwischen Daten ohne Personenbezug (Sachdaten), Personendaten, besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen (Art. 5 lit. a, c und f DSGVO). Je persönlichkeitsnaher die Daten, desto invasiver die Datenbearbeitung.<sup>64</sup> So ist die Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten i.d.R. mit einem schwerwiegenden Eingriff in Art. 13 Abs. 2 BV verbunden.<sup>65</sup> Dabei ist auch die Sensitivität allfälliger bekanntgegebener Daten zu berücksichtigen. OSINT-Methoden können sich also danach unterscheiden, welche Art von Datenbearbeitungen sie involvieren. Werden nur Sachdaten bearbeitet (wie z.B. bei Suchabfragen zu einem Tatmittel), ist dies grundsätzlich unproblematisch. Davon zu unterscheiden sind Abfragen, die sich auf bestimmte oder bestimmbar Personen beziehen (z.B. Eingabe von E-Mail-Adressen). Schliesslich können die Abfragen persönlichkeitsnahe Informationen betreffen, wobei zu beachten ist, dass Informationen, die Rückschlüsse über eine strafrechtliche Verfolgung zulassen, per se als besonders schützenswert gelten (vgl. Art. 5 lit. c Ziff. 5 DSGVO). In diese Kategorie fallen auch biometrische Daten (vgl. Art. 5 lit. c Ziff. 4 DSGVO).

---

<sup>60</sup> Siehe RÜCKERT, *Online-Streife*, 307 zur Gewinnung von Beweisdaten.

<sup>61</sup> RÜCKERT, *Online-Streife*, 307.

<sup>62</sup> RÜCKERT, *Online-Streife*, 308; CARTNER/SCHWEINGRUBER, 992.

<sup>63</sup> CARTNER/SCHWEINGRUBER, 992; RÜCKERT, *Online-Streife*, 308.

<sup>64</sup> MÜLLER, 139; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 14 Rz. 56.

<sup>65</sup> SGK BV-SCHWEIZER/STRIEGEL, Art. 13 Rz. 91; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 14 Rz. 56.

### c) Technische Hürden

Ein weiterer relevanter Gesichtspunkt stellen (technische) Barrieren dar, die für die Informationsgewinnung überwunden werden müssen. Gewisse Informationen im Netz sind nicht über Standardbrowser abrufbar, sondern nur mit spezialisierter Anonymisierungs- und Verschlüsselungssoftware, so z.B. Inhalte im Dark Web, die nur über den TorBrowser zugänglich sind.<sup>66</sup> Davon zu unterscheiden sind Informationen in sozialen Netzwerken, die – nicht immer, aber meistens – nur zugänglich sind, wenn ein Benutzerprofil erstellt oder eine anderweitige Registrierung durchgeführt wird.<sup>67</sup> Dadurch steigt der Aufwand, der betrieben werden muss, um an die Daten zu gelangen. Relevant ist insbesondere, ob mit dem Überwinden von technischen Hürden auf nicht-öffentliche Bereiche der Kommunikation zugegriffen wird. Dies wäre bspw. bei einer Kontaktaufnahme über eine Follower- oder Freundschaftsanfrage der Fall. In solchen Fällen ist, wie erwähnt, nicht mehr von OSINF auszugehen.<sup>68</sup>

## 3. Synthese

Open Source-Ermittlungen können mit verschiedenen Methoden zu verschiedenen Zwecken zur Erlangung verschiedener Arten von Daten und unter Überwindung unterschiedlicher Hürden betrieben werden. Es existiert eine breite Palette an Vorgehensweisen. OSINT erstreckt sich von einzelnen Google-Recherchen nach Adressangaben über automatisierte Rasterfahndungen basierend auf Social-Media-Posts bis hin zu KI-gestütztem Scraping von Gesichtsbildern. Zwischen diesen OSINT-Varianten liegen bedeutsame Unterschiede. Eine pauschale Würdigung, dass alles, was online aufgefunden werden kann, ohne weiteres auf jede erdenkliche Art weiterbearbeitet werden darf, wäre insofern zweifellos verkürzt.

---

<sup>66</sup> RÜCKERT, Online-Streife, 311; der TorBrowser ist jedoch zum (kostenlosen) Download verfügbar unter: <<https://www.torproject.org/de/download/>>.

<sup>67</sup> CARTNER/SCHWEINGRUBER, 991; vgl. HANSJAKOB, 247.

<sup>68</sup> CARTNER/SCHWEINGRUBER, 996.

## IV. Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage

### 1. Qualifizierung als Grundrechtseingriff

In Anbetracht der Vielfalt der Kategorien drängt sich die Frage auf, wie sich dies auf die grundrechtliche und, darauf aufbauend, strafprozessrechtliche Einordnung der Ermittlungsmethode auswirkt. Zunächst ist zu klären, ob OSINT überhaupt mit Grundrechtseingriffen einhergeht. CARTNER und SCHWEINGRUBER halten fest, dass es sich bei OSINT-Recherchen um Grundrechtseingriffe handeln könne. Da die Informationen öffentlich seien, würden diese Ermittlungen die von Art. 13 Abs. 1 BV geschützte Privatsphäre allerdings nicht betreffen. Art. 13 Abs. 2 BV erachten sie hingegen als berührt, sofern mit OSINT Personendaten beschafft werden.<sup>69</sup> Der auch als Anspruch auf „informationelle Selbstbestimmung“ bezeichnete Art. 13 Abs. 2 BV bietet Schutz vor staatlichem Beschaffen, Sammeln, Verbreiten, Aufbewahren oder Weitergeben von Personendaten.<sup>70</sup> Aufgrund der Datenbearbeitung stehen bei Open Source-Ermittlungen mögliche Eingriffe in Art. 13 Abs. 2 BV im Vordergrund und mit ihm der Schutz vor staatlichem Missbrauch persönlicher Daten. Die informationelle Selbstbestimmung ist allerdings Teilgehalt des Grundrechts auf Privatsphäre, Art. 13 Abs. 2 und Abs. 1 sind folglich stets zusammen zu denken. Es ist ferner nicht auszuschliessen, dass die staatliche Kenntnisnahme von Informationen im Netz (zumindest indirekt) Auswirkungen auf die in Art. 16 BV geschützte Meinungsfreiheit hat.<sup>71</sup>

CARTNER und SCHWEINGRUBER nehmen einen Grundrechtseingriff an, wenn eine Bearbeitung von Personendaten erfolgt. Der Eingriff in Art. 13 Abs. 2 BV wiege bei OSINT jedoch „weniger schwer“, insbesondere wenn die betroffene Person mit der Veröffentlichung einverstanden war.<sup>72</sup> Ferner handle es sich bei OSINT-Recherchen nicht um Zwangsmassnahmen, da mit OSINT beschaffte Beweismittel nicht mittels den – in Art. 197 ff. StPO spezifisch normierten – Zwangsmassnahmen erhoben werden.<sup>73</sup> Dem ist entgegenzuhalten, dass sich der Zwangsmassnahmencharakter einer Massnahme aus deren Qualifikation

---

<sup>69</sup> CARTNER/SCHWEINGRUBER, 992.

<sup>70</sup> MÜLLER/SCHEFER, 167; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 14 Rz. 57; BSK BV-EPINEY, Art. 13 Rz. 33.

<sup>71</sup> Indirekte Auswirkungen auf die Meinungsfreiheit i.S.v. „chilling effects“ könnten angenommen werden, wenn Bürger aufgrund des Wissens um die Präsenz von Behörden im Netz von der Veröffentlichung ihrer Meinungen in Online-Medien abgeschreckt werden, weiterführend dazu BÜCHI/FESTI/LATZER.

<sup>72</sup> CARTNER/SCHWEINGRUBER, 993.

<sup>73</sup> CARTNER/SCHWEINGRUBER, 990 und 994 ff.

als Grundrechtseingriff ergibt. Jeder Grundrechtseingriff, welcher der strafprozessualen Ermittlung und damit der Beweisführung dient, stellt eine Zwangsmassnahme dar (vgl. Art. 196 StPO), unabhängig von der Intensität des Eingriffes.<sup>74</sup> Die Frage, ob überhaupt ein Grundrechtseingriff und folglich eine Zwangsmassnahme vorliegt, ist von derjenigen nach der Schwere des Grundrechtseingriffes zu trennen. Nachfolgend ist deshalb in einem ersten Schritt zu klären, ob bzw. ab wann OSINT einen Grundrechtseingriff darstellt und wie sich die Einwilligung auf die Qualifikation als Eingriff auswirkt, bevor die Eingriffsschwere der einzelnen Methoden diskutiert wird.

Involviert OSINT die Bearbeitung von Personendaten, berührt dies grundsätzlich den Schutzbereich von Art. 13 Abs. 2 BV und erfordert eine gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV). Aufgrund der öffentlichen Zugänglichkeit der Informationen könnte allerdings argumentiert werden, dass die Veröffentlichung im Internet einer Einwilligung der betroffenen Person gleichkommt.<sup>75</sup> In der Lehre ist strittig, ob eine Einwilligung die Voraussetzung einer gesetzlichen Grundlage nach Art. 36 BV zu ersetzen vermag.<sup>76</sup> MALACRIDA zufolge kommt eine ausdrückliche Einwilligung einem Grundrechtsverzicht gleich, der eine gesetzliche Grundlage zu substituieren vermag.<sup>77</sup> Andererseits wird angenommen, es bedürfe auch im Falle einer Einwilligung stets einer Rechtsgrundlage, ansonsten würde dies dem Legalitätsprinzip widersprechen.<sup>78</sup> Gemäss EPINEY ist von dieser Frage der Einwilligung als Gesetzesurrogat diejenige nach der Eröffnung des Schutzbereichs eines Grundrechts zu unterscheiden. Eine Einwilligung könne abhängig vom betroffenen Grundrecht implizieren, dass der Schutzbereich gar nicht erst berührt ist. Für sie stellt die Frage nach der Einwilligung deshalb eine Frage nach dem Vorhandensein eines Grundrechtseingriffes schlechthin dar.<sup>79</sup> In der Tat lässt sich verfassungsrechtlich diskutieren, ob die Einwilligung eine tatbestandsausschliessende oder rechtfertigende Wirkung entfaltet. Ersteres wäre anzunehmen, wenn die Einwilligung dazu führte, dass der Eingriffscharakter der Massnahme entfällt. Es bedürfte weder einer Gesetzesgrundlage noch einer Rechtfertigung. Ein Grundrechtseingriff läge gar nicht erst vor.<sup>80</sup> Gegen diese Auffassung spricht gemäss VAN

---

<sup>74</sup> BGE 145 IV 42, E. 4.2, S. 47.

<sup>75</sup> Für den Einwilligungsschwerpunkt der Veröffentlichung CARTNER/SCHWEINGRUBER, 993; vgl. OFK DSG-HELD/BRÖNIMANN, Art. 34 Rz. 29.

<sup>76</sup> Siehe dazu SGK BV-SCHWEIZER/KREBS, Art. 36 Rz. 30 m.w.H.; HÄNER, 57 ff.

<sup>77</sup> MALACRIDA, 140 ff.

<sup>78</sup> Dazu z.B. FASNACHT, 94; BSK BV-EPINEY, Art. 36 Rz. 32.

<sup>79</sup> BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 32.

<sup>80</sup> VAN SPYK, 120; FASNACHT, Fn. 263.



SPYK, dass Grundrechte nicht nur Ausdruck von Individualrechten sind, sondern auch als „Programmsätze“ auf die gesamte Rechts- und Staatsordnung ausstrahlen. Als solche würden sie nicht allein der Verfügungsgewalt der Grundrechtsträger unterliegen. Ein rechtfertigungsbedürftiger Grundrechtseingriff sei nur zu verneinen, wenn ausschliesslich das Selbstbestimmungsrecht der Grundrechtsträger betroffen ist.<sup>81</sup> Ähnlich kommt ZIMMERLIN in Bezug auf den Verzicht auf Verfahrensrechte zum Schluss, dass Grundrechte nicht nur individuelle Schutzansprüche darstellen, sondern als Ordnungs- und Gestaltungsprinzipien der Rechtsordnung ebenfalls objektiv-rechtlichen Gehalt aufweisen.<sup>82</sup>

Wird bei OSINT vom Vorliegen einer Einwilligung ausgegangen, könnte demzufolge je nach Auffassung entweder gar nicht erst ein Eingriff in Art. 13 Abs. 2 BV vorliegen oder die Einwilligung könnte als Rechtfertigung in den Grundrechtseingriff gewertet werden. Für ersteres spricht, dass das meist (aber nicht ohne Kritik<sup>83</sup>) als informationelle Selbstbestimmung bezeichnete Grundrecht gerade darin besteht, über persönliche Informationen frei verfügen zu können. Entscheiden Grundrechtsträger aus freien Stücken, Informationen preiszugeben, machen sie von eben diesem Recht Gebrauch.<sup>84</sup> Gegen diese Auffassung spricht, dass der in Art. 13 Abs. 2 BV festgehaltene „Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten“ dahingehend auszulegen ist, dass er den Staat mitunter programmatisch dazu auffordert, persönliche Daten zurückhaltend und nicht missbräuchlich zu bearbeiten. Es handelt sich um eine verfassungsrechtliche Verankerung des Datenschutzes per se.<sup>85</sup> Daraus leiten sich Pflichten betreffend die Datensicherheit, datenschutzfreundliche Voreinstellungen sowie die automatisierte Datenbearbeitung ab, womit der Norm nicht ausschliesslich individualrechtlicher Charakter zukommt. Für diese Einordnung spricht ferner, dass Art. 34 Abs. 4 lit. b DSGVO vorsieht, dass auf eine gesetzliche Grundlage verzichtet werden kann, wenn die betroffene Person in die staatliche Datenbearbeitung eingewilligt oder ihre Personendaten allgemein zugänglich gemacht hat, ohne eine Bearbeitung ausdrücklich zu untersagen. Die Einwilligung in Kombination mit dieser Rechtsgrundlage legitimiert in diesen Fällen den Grundrechtseingriff.<sup>86</sup> Die Norm führt die

---

<sup>81</sup> VAN SPYK, 121 f.

<sup>82</sup> ZIMMERLIN, Rz. 487 f.

<sup>83</sup> Siehe z.B. GÄCHTER/WERDER, 91 ff.; FLÜCKIGER, 853 ff.

<sup>84</sup> In diesem Sinne Onlinekommentar CCC-GRAF, Art. 32 Rz. 36.

<sup>85</sup> Vgl. OFK BV-BIAGGINI, Art. 13 Rz. 11 ff.

<sup>86</sup> Vgl. OFK DSGVO-HELD/BRÖNNIMANN, Art. 34, Rz. 27 mit Verweis auf GLASS, 235.

Einwilligung als Surrogat einer gesetzlichen Bearbeitungsgrundlage ein. Der Gesetzgeber ging bei deren Schaffung also offenkundig davon aus, dass der Grundrechtseingriff trotzdem erfolgt und einer Rechtsgrundlage bedarf.

In der strafprozessrechtlichen Literatur beschäftigt diese Frage in analogem Sinne und wird anhand der Einwilligung bei Hausdurchsuchungen diskutiert, wobei verschiedene Lehrmeinungen vertreten werden.<sup>87</sup> Einerseits wird angenommen, dass bei Vorliegen einer Einwilligung gar keine Zwangsmassnahme mehr vorliegt, weshalb die strafprozessualen Bestimmungen keine Anwendung fänden.<sup>88</sup> Andererseits wird vertreten – und vom Bundesgericht gestützt –, dass eine Hausdurchsuchung unabhängig einer Einwilligung stets einen Grundrechtseingriff und damit eine Zwangsmassnahme darstellt.<sup>89</sup> Die Einwilligung wird insofern als Grundrechtsverzicht gewertet, ihr zugleich aber keine eingriffsausschliessende Wirkung zuerkannt.<sup>90</sup>

Somit kann festgehalten werden, dass Open Source-Ermittlungen grundsätzlich als Grundrechtseingriffe und konsequenterweise als (der Beweissicherung dienende) Zwangsmassnahmen zu qualifizieren sind,<sup>91</sup> sofern sie die Bearbeitung von Personendaten betreffen. Die Einwilligung schliesst den Grundrechtseingriff nicht aus.<sup>92</sup>

Es stellt sich aber sowohl im Verfassungsrecht<sup>93</sup> als auch im Strafprozessrecht<sup>94</sup> die Frage, ob die Einwilligung die gesetzliche Grundlage ersetzen kann. Die Konsequenzen der Einwilligung sind im Datenschutzrecht in Art. 34 DSGVO, wie erwähnt, explizit gesetzlich festgemacht. Im Falle einer Hausdurchsuchung ist dem Bundesgericht zufolge bei einer Einwilligung bloss deshalb kein Hausdurchsuchungsbefehl erforderlich, da dies in Art. 244 Abs. 1 StPO gesetz-

---

<sup>87</sup> ZHUOLI, 298; BSK StPO 2010-GFELLER/OSWALD, Art. 249 Rz. 6 ff.; im Kontext einer Videoüberwachung hatte das Bundesgericht die Frage noch offengelassen, BGE 145 IV 42 E. 4.4 S. 47.

<sup>88</sup> ZHUOLI, 298 mit Verweis auf BSK StPO 2010-GFELLER/OSWALD, Art. 249 Rz. 6 ff.; BSK StPO 2010-GFELLER, Art. 241 Rz. 4.

<sup>89</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_900/2015 vom 29. Januar 2016, E. 1.4.3; ZHUOLI, 298 mit Verweis auf BSK StPO 2014-GFELLER/OSWALD, Art. 249 N 1c.

<sup>90</sup> MONTERO/SIMON, 100.

<sup>91</sup> Vgl. BGE 145 IV 42 E. 3 und 4.2 S. 47.

<sup>92</sup> Dafür spricht ferner, dass strafprozessuale Massnahmen auch bei Vorliegen einer Einwilligung an einen Tatverdacht geknüpft sind. Der Grundrechtsträger kann mit seiner Einwilligung dieses prozessuale Erfordernis nicht entfallen lassen.

<sup>93</sup> Siehe zur Debatte SGK BV-SCHWEIZER/KREBS, Art. 36 Rz. 30.

<sup>94</sup> MONTERO/SIMON, 100 m.w.H.

lich verankert ist.<sup>95</sup> Auch hier führt also erst das Gesetz die Einwilligung als Rechtfertigung ein. Da die StPO den Umgang mit OSINF nicht gesetzlich reguliert, stellt sich die Frage, ob eine Einwilligung dennoch als Gesetzessurrogat ausreichen würde. In der öffentlich-rechtlichen Literatur wird dies vereinzelt davon abhängig gemacht, ob es sich um einen schweren Grundrechtseingriff handelt.<sup>96</sup> Dem wird richtigerweise entgegengehalten, dass auch für „gewöhnliche“ Grundrechtseingriffe stets eine gesetzliche Grundlage notwendig sei.<sup>97</sup> Es handelt sich bei personenbezogener OSINT um einen Grundrechtseingriff, da Art. 13 Abs. 2 BV als Programmsatz staatliches Handeln reguliert und nicht nur der alleinigen Disposition der Grundrechtsträger unterliegt. Das in Art. 2 Abs. 2 StPO für das Strafprozessrecht verankerte Legalitätsprinzip macht es erforderlich, staatliches Handeln in vom Gesetz vorgesehene Formen zu gießen. Die Einwilligung vermag es für sich allein nicht, diesen Anspruch aufzuheben.

Die Anforderungen an die Bestimmtheit der Normen sind allerdings deutlich tiefer bei leichten Grundrechtseingriffen. Wird angenommen, dass bei Veröffentlichung von Daten durch die betroffene Person nur ein minimalinvasiver Eingriff vorliegt, könnte es folglich ausreichen, dass das Strafprozessrecht in seiner Gesamtheit den Strafverfolgungsbehörden die Ermittlungsarbeit als Aufgabe überträgt, staatliches Handeln hier also zweckgerichtet erfolgt. Die Rechtsgrundlage wäre in den allgemeinen Zweckbestimmungen des Strafprozessrechts zu erblicken, welche die Aufklärung von Straftaten festschreiben und staatliches Handeln binden. Es bedürfte, dieser Annahme folgend, keiner präzise normierten gesetzlichen Grundlage für minimalinvasive OSINT-Massnahmen. Die Einwilligung würde die Anforderung an das Bestehen gesetzlicher Rahmenbedingungen dennoch nicht gänzlich entfallen lassen. Sie rechtfertigt den Grundrechtseingriff nicht für sich allein, vermag dessen Invasivität aber zu senken. Das Vorhandensein der Einwilligung liesse es zu, tiefe Anforderungen an die Bestimmtheit der Norm zu stellen: einerseits aufgrund der minimalen Invasivität, andererseits aufgrund der tiefen Ansprüche an die Vor- und Nachvollziehbarkeit staatlichen Handelns im Falle eben dieser Einwilligung. Auch allgemeine gesetzliche Rahmenordnungen staatlichen Handelns könnten demzufolge bei solchen Konstellationen als ausreichend erachtet werden. Sobald

---

<sup>95</sup> BGer 6B\_900/2015, E. 1.4.3.

<sup>96</sup> Siehe z.B. EICKER/MANGO-MEIER, 664 f.; SGK BV-SCHWEIZER/STRIEGEL, Art. 13 Rz. 128.

<sup>97</sup> BSK BV-EPINEY, Art. 36 Rz. 32.

es sich allerdings nicht mehr um minimalinvasive Massnahmen handelt oder das Vorliegen einer Einwilligung nicht ohne weiteres angenommen werden kann, stösst diese Argumentation an rechtstaatliche Grenzen.

Zur Qualifikation als Grundrechtseingriff lässt sich insgesamt festhalten, dass (1.) OSINT den Schutzbereich von Art. 13 BV berührt. Dabei wirkt sich (2.) die Einwilligung nicht tatbestandsausschliessend aus, weshalb ein Grundrechtseingriff bzw. – bei OSINT zu Ermittlungszwecken – eine Zwangsmassnahme vorliegt. Grundrechtseingriffe bedürfen (3.) auch bei Vorliegen einer Einwilligung einer Rechtsgrundlage; die Einwilligung ist kein Gesetzessurrogat, sondern verringert höchstens die Anforderungen an die Bestimmtheit der Grundlage.

## 2. Reichweite der Einwilligung

Das Vorausgegangene folgte der Annahme, dass bei OSINF, d.h. bei bereits öffentlich zugänglichen Informationen, vom Vorliegen einer Einwilligung der berechtigten Person ausgegangen werden kann. Dies ist nicht ohne weiteres zutreffend. Die Voraussetzungen einer gültigen Einwilligung werden in der konkludenten oder ausdrücklichen Kundgabe der Einwilligung, d.h. der eigentlichen Einwilligungserklärung, sowie in der dieser vorausgehenden freien Willensbildung erblickt.<sup>98</sup> Bei strafprozessualen Zwangsmassnahmen nimmt das Bundesgericht an, dass eine Einwilligung ausdrücklich zu erfolgen hat.<sup>99</sup>

Bei der Bearbeitung von OSINF durch Strafverfolgungsbehörden kann vom Vorliegen einer Einwilligung ausgegangen werden, wenn die betroffene Person selbst Informationen im Wissen um eine mögliche Einsichtnahme durch Behörden preisgibt.<sup>100</sup> Darauf ist zu schliessen, wenn in Anbetracht der gesamten Umstände naheliegt, dass die Person sowohl die Veröffentlichung für einen unbestimmten Kreis von Personen als auch eine mögliche Weiterverwendung im Rahmen behördlicher Verfahren zumindest in Kauf nahm. In der Regel ist dies der Fall, wenn Informationen ohne jegliche technischen Hürden durch die Person selbst veröffentlicht wurden (z.B. auf einem öffentlichen Social Media-Profil). Unterliegen die Informationen Zugangsschranken, kann demgegenüber

---

<sup>98</sup> Ausführlich VAN SPYK, 107 ff.

<sup>99</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_996/2016 vom 11. April 2017, E. 3.4; dazu EICKER/MANGO-MEIER, 661.

<sup>100</sup> Dazu auch BAUER, 116 ff.

nicht mehr ohne weitere Prüfung von einer Einwilligung ausgegangen werden. Im Umgang mit besonders schützenswerten Personendaten ist zudem auf eine ausdrückliche Einwilligung abzustellen (vgl. Art. 6 Abs. 7 lit. a DSGVO).

In der Praxis dürfte sich die Problematik ergeben, dass im Moment der Suchabfrage allenfalls noch unbekannt ist, welche Personendaten überhaupt beschafft werden. Hier ist die Absicht der Ermittlung ausschlaggebend. Impliziert die Methode bereits die Absicht, auf nicht ohne weiteres zugängliche Daten zu stossen, kann nicht auf eine konkludente Einwilligung verwiesen werden.

Ferner stellt sich die Frage, wie weit die Einwilligung greift. Veröffentlichten Grundrechtsträger persönliche Daten im Internet, willigen sie zunächst einmal in diese Veröffentlichung ein. Dies impliziert zwar die Einwilligung in die Kenntnisnahme durch andere Internetnutzerinnen, nicht jedoch eine behördliche Weiterverwendung der Personendaten. Das Aufschalten eines Profilbilds auf Facebook ist nicht dahingehend zu interpretieren, dass in das Scraping der Bilder oder deren biometrische Vermessung zu strafprozessualen Zwecken eingewilligt wird. Dasselbe dürfte für intelligente Methoden, mit denen Daten aus verschiedenen Quellen verknüpft und zu neuen Informationen in Form von personenbezogenen Profilen weiterbearbeitet werden, gelten. Folglich ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Einwilligung tatsächlich die gesamte OSINT-Massnahme abzudecken vermag.

Schliesslich ist anzumerken, dass viele Informationen im Internet nicht durch die datenberechtigte Person selbst zur Verfügung gestellt werden. Auch deshalb bietet sich Zurückhaltung bei der Annahme einer Einwilligung an.

### **3. Eingriffsschwere**

Grundrechtseingriffe können mehr oder weniger invasiv ausfallen.<sup>101</sup> Verfassungsmässig besteht zwar für leichte Eingriffe keine Ausnahme vom Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage,<sup>102</sup> und auch die StPO unterscheidet nicht zwischen „leichten“ und „schweren“ Zwangsmassnahmen.<sup>103</sup> Dennoch ist die Invasivität relevant, weil bei schwerwiegenden Einschränkungen höhere Anforderungen an Normstufe und Normdichte gestellt sind: je schwerer der Ein-

---

<sup>101</sup> BSK BV-EPINEY, Art. 36 Rz. 21.

<sup>102</sup> BSK BV-EPINEY, Art. 36 Rz. 32.

<sup>103</sup> Vgl. BGE 145 IV 42, E. 4.2, S. 47.

griff, desto klarer und präziser muss die gesetzliche Grundlage sein.<sup>104</sup> Darüber hinaus bedürfen eingriffsintensivere Zwangsmassnahmen höhere Tatverdachtsgrade.<sup>105</sup>

Für die Beurteilung der Eingriffsschwere gelten keine allgemeinen, abstrakten Kriterien.<sup>106</sup> Indikatoren für schwerwiegende Eingriffe in Art. 13 Abs. 2 BV sind jedoch u.a. die grosse Persönlichkeitsnähe der Informationen,<sup>107</sup> die Bearbeitung besonders schützenswerter Daten,<sup>108</sup> die Kombination von Daten mit verschiedenen Datenquellen,<sup>109</sup> oder eine grosse Streubreite von Informationsbeschaffungsmassnahmen, welche (im strafprozessualen Kontext) auch eine grosse Anzahl nicht tatverdächtiger Personen umfasst.<sup>110</sup> Für einen leichten Eingriff hingegen spricht, wenn sich die Datenbearbeitung auf einzelne Informationen beschränkt, an welchen die betroffene Person mit der eigenständigen Veröffentlichung ihre Vertraulichkeitserwartung aufgegeben hat.<sup>111</sup>

Wie festgehalten wurde, handelt es sich bei Open Source-Ermittlungen um Grundrechtseingriffe, bei denen – im Falle von leichten Eingriffen – die Einwilligung eine weitgehend (wenn auch nicht vollumfängliche) legitimierende Wirkung entfaltet respektive den Grundrechtseingriff weiter schmälert. Der Schutz vor missbräuchlicher staatlicher Datenbearbeitung wird zwar dennoch berührt und eine gesetzliche Grundlage bleibt erforderlich, die Einwilligung reduziert die Eingriffsschwere der Massnahme allerdings drastisch.<sup>112</sup> Die Rechtsgrundlage könnte, wie bereits angedeutet, in den allgemeinen strafprozessualen Bestimmungen bzw. den prozessrechtlichen Rahmenbedingungen erblickt werden. Die allgemeine Zweckbindung staatlicher Tätigkeit würde demnach dem Legalitätsprinzip Genüge tun und den programmatischen Charakter des Grundrechtsschutzes abdecken, während der individualrechtliche Charakter von der selbstbestimmten Einwilligung gedeckt wäre. Dies vermag für schwere Grundrechtseingriffe hingegen nicht zu überzeugen. Es bedingt

---

<sup>104</sup> BSK BV-Epiney, Art. 36 Rz. 36; SGK BV-SCHWEIZER/KREBS, Art. 36 N 23.

<sup>105</sup> BSK StGB 2023-WEBER, Art. 197 N 8.

<sup>106</sup> BSK BV-Epiney, Art. 36 N 21; MÜLLER, 136.

<sup>107</sup> MÜLLER/SCHEFER, 170; SGK BV-SCHWEIZER/STRIEGEL, Art. 13 Rz. 122; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 14 Rz. 56.

<sup>108</sup> Art. 34 Abs. 2 lit. a DSGVO.

<sup>109</sup> So insbesondere das BGer in Bezug auf die AFV BGE 146 I 11 E. 3.1.2 S. 14.

<sup>110</sup> Dazu BGE 146 I 11 E. 3.1.2 S. 14; MÜLLER, 137 ff.; ebenfalls die Kriterien von RÜCKERT, Online-Streife, 320 ff.

<sup>111</sup> RÜCKERT, Online-Streife, 323 f.

<sup>112</sup> Ähnlich geht auch RÜCKERT für das Deutsche Recht davon aus, dass die eigene Veröffentlichung der Daten die Eingriffsintensität massgeblich reduziert, RÜCKERT, Digitale Daten, 269.

zudem das Bestehen einer Einwilligung, da erst diese die Invasivität der Massnahme abschwächt und die Bestimmtheitsanforderungen an die Rechtsgrundlage senkt. Wie soeben aufgezeigt, kann jedoch nicht bei allen Informationen im Internet davon ausgegangen werden, dass eine solche Einwilligung hinsichtlich aller möglichen Weiterbearbeitungsmassnahmen vorliegt.

Wie im ersten Teil der Abhandlung aufgezeigt, lässt sich OSINT in verschiedener Hinsicht kategorisieren. So konnten Web Crawling, Web Scraping und intelligentere Datenweiterbearbeitungen ebenso wie verschiedene Datenkategorien, Bearbeitungszwecke und technische Hürden differenziert werden. Pauschale Aussagen halten kaum Stand. Trotzdem lässt sich als Ausgangspunkt festhalten, dass schlichtes und generatives Web Crawling öffentlich verfügbarer Personendaten i.d.R. als leichte Eingriffe zu qualifizieren sind. Da die Daten ohne weiteres auffindbar sind und nur beschafft, nicht jedoch qualifiziert weiterbearbeitet werden, kann auf eine mutmassliche konkludente Einwilligung geschlossen werden. Art. 13 Abs. 2 BV ist dann kaum mehr berührt. Web Scraping hingegen, welches das Extrahieren von Daten involviert, kann zwar im Falle einfacher Personendaten nach wie vor als leichter Eingriff qualifiziert werden, hier ist jedoch ohne konkrete gegenteilige Anhaltspunkte nicht mehr von einer weitgehenden Rechtfertigung durch Einwilligung auszugehen. Gleiches gilt für intelligente Weiterbearbeitungen.

Von einem schweren Grundrechtseingriff ist hingegen bei der Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen auszugehen. OSINT-Methoden, welche die biometrische Bearbeitung von Bildmaterial involvieren, automatisiert soziale Beziehungen auswerten oder das Online-Bewegungsverhalten von Nutzerinnen systematisch erfassen, fallen in diese Kategorie. Ebenso sind automatisierte Online-Rasterfahndungen oder Online-Überwachungen mit grosser Streubreite als invasive Massnahmen zu erachten. Die Notwendigkeit, technische Hürden überwinden zu müssen, spricht schliesslich gegen das Vorliegen einer Einwilligung.

#### **4. Synthese**

Die breite Palette an OSINT-Kategorien divergiert nach Eingriffsschwere und liefert zugleich Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Einwilligung. Es können drei Kategorien unterschieden werden: (1.) Massnahmen, die leichte Eingriffe darstellen und für die eine (mutmassliche) Einwilligung vorliegt, (2.) Massnahmen, die leichte Eingriffe darstellen und die Reichweite der Einwilligung (mutmasslich) übersteigen, und (3.) Massnahmen, die schwere Eingriffe darstellen.

Mit Blick auf die Anforderungen an die Gesetzesgrundlage wurde ausgeführt, dass die Einwilligung grundsätzlich weder den Grundrechtseingriff noch das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage entfallen lässt (Art. 36 Abs. 1 BV). Liegen minimalinvasive Eingriffe vor, können gesetzliche Leitplanken i.S. allgemeiner Zweckbestimmungen, wie sie sich in der Strafprozessordnung als Ganzes finden, ausreichen. Liegt keine Einwilligung vor, steigen die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage. Sie hat hinreichend bestimmt zu sein, sodass für die einzelne Person erkennbar ist, unter welchen Voraussetzungen eine Grundrechtseinschränkung erfolgt.<sup>113</sup>

Die unterschiedlichen OSINT-Massnahmen lassen sich nicht pauschal unter eine der drei Eingriffskategorien subsumieren. Sie sind allerdings mehr oder weniger invasiv und deuten auf das Vorliegen oder die Abwesenheit einer mutmasslichen Einwilligung hin. Betreffend die *Methode* steigt die Eingriffsschwere und sinkt die Plausibilität der Einwilligung vom Web Crawling über das Web Scraping bis hin zur intelligenten Datenweiterverarbeitung. Aber auch beim *Zweck* (gezielte Recherche, Rasterfahndung, Überwachung), bei der Art der Daten (Sachdaten, Personendaten, besonders schützenswerte Personendaten und Profile) sowie bei den *technischen Hürden* (keine, Registrierung oder Benutzerprofil, spezialisierte Software) deuten die verschiedenen Kategorien eine höhere Grundrechtsinvasivität an. Im Einzelfall ist die Massnahme einer genaueren Prüfung zu unterziehen. Klar wird aus der bisherigen Analyse jedenfalls, dass OSINT einerseits stets grundrechtsrelevant ist und andererseits bei gewissen OSINT-Methoden nicht ohne weiteres auf eine spezifische Rechtsgrundlage verzichtet werden kann.

## V. Rechtmässigkeit

### 1. Ermittlungsgeneralklausel

OSINT berührt den Schutzbereich von Art. 13 Abs. 2 BV. Verfahrenshandlungen der Strafverfolgungsbehörden, welche für die Betroffenen mit Grundrechtseingriffen einhergehen und der Sicherung von Beweisen, der Anwesenheit von Verfahrensbeteiligten oder der Entscheidvollstreckung dienen, gelten als strafprozessuale Zwangsmassnahmen (Art. 196 lit. a–c StPO).<sup>114</sup> Konstituierend für den Begriff ist einzig die Qualifikation als Grundrechtseingriff sowie der

---

<sup>113</sup> Zuletzt BGE 147 I 478, E. 3.1.2, S. 484 f.

<sup>114</sup> SK StPO-ZIMMERLIN, Art. 196 Rz. 6; BSK StPO 2023-WEBER, Art. 196 Rz. 4; MAEDER/STADLER, 399.



Zweck dieses Eingriffs. Auf die Intensität des Grundrechtseingriffs kommt es hingegen nicht an.<sup>115</sup> Art. 197 Abs. 1 lit. a StPO normiert ausdrücklich, dass jede Zwangsmassnahme gesetzlich vorzusehen ist, wobei die StPO nicht zwischen schweren und leichten Zwangsmassnahmen unterscheidet.<sup>116</sup> Es besteht ein numerus clausus an Zwangsmassnahmen, weshalb gesetzlich nicht vorgesehene Zwangsmassnahmen unzulässig sind.<sup>117</sup> Ergänzendes Verordnungsrecht für leichte Zwangsmassnahmen gibt es nicht.

Für denjenigen Umgang mit OSINF, der als minimalinvasiver Eingriff zu qualifizieren ist und bei dem eine Einwilligung angenommen werden darf, sind keine hohen Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage zu stellen. Die strafprozessuale Gesamtordnung kann bei minimalinvasiven Eingriffen dem Legalitätsprinzip Genüge tun. In Anbetracht des allgemeinen Gesetzeserfordernisses bei Zwangsmassnahmen ist allerdings bereits diese Argumentation nicht unproblematisch. Diese sehr tiefen Anforderungen an die Bestimmtheit können deshalb sicherlich nur überzeugen, wo die Einwilligung den Grundrechtseingriff bereits weitgehend rechtfertigt, die Rechtsgrundlage also nur noch den Zweck staatlichen Handelns vorzugeben hat.

In Ermangelung spezifischer OSINT-Bestimmungen stellt sich nun die Frage, wie bei Vorgehensweisen zu verfahren ist, die von einer Einwilligung nicht mehr gedeckt sind, aber trotzdem noch als leicht zu qualifizieren sind. Auch hier könnte versucht werden, zur Rechtfertigung eine vergleichsweise unbestimmte Grundlage heranzuziehen. Infrage kommt mitunter die Annahme von „Ermittlungsgeneralklauseln“, wie sie im Deutschen Strafprozessrecht bestehen (§§ 161 und 163 DE-StPO). Die Diskussion zur Rechtmässigkeit von OSINT dreht sich in Deutschland im Wesentlichen um die Reichweite der Ermittlungsgeneralklauseln, welche die Staatsanwaltschaft und Polizeibehörden ermächtigen, zum Zweck der Erforschung von Straftaten Ermittlungen jeder Art vorzunehmen, soweit nicht andere gesetzliche Vorschriften die Befugnisse besonders regeln (§ 161 Abs. 1 Satz 1 DE-StPO für die Staatsanwaltschaft, § 163 Abs. 1 Satz 1 DE-StPO für die Polizei). §§ 161 und 163 DE-StPO ermächtigen die Behörden zur Durchführung grundrechtsrelevanter Massnahmen von geringer Eingriffstiefe, für die es noch keiner spezifischen Gesetzesgrundlagen in höherer Bestimmtheit bedarf.<sup>118</sup> Leicht wiegende Massnahmen wie gezielte

---

<sup>115</sup> BGE 145 IV 42 E. 4.2 S. 47; BSK StPO 2023-WEBER, Art. 196 Rz. 8; MAEDER/STADLER, 399.

<sup>116</sup> Vgl. BGE 145 IV 42 E. 4.2 S. 47.

<sup>117</sup> OBERHOLZER, Rz. 1124; BSK StPO 2023-WEBER, Art. 197 Rz. 4.

<sup>118</sup> MüKO StPO-KÖLBEL, § 161 Rz. 6 f.; KK StPO-WEINGARTEN, § 161 Rz. 1; BeckOK StPO-SACKREUTHER, § 161 Rz. 1.

OSINT-Recherchen über Standardsuchmaschinen lassen sich gemäss h.L. auf §§ 161 und 163 ff. DE-StPO stützen.<sup>119</sup> Invasivere Massnahmen wie eine Online-Rasterfahndung können jedoch nicht mehr auf die Ermittlungsgeneralklauseln gestützt werden.<sup>120</sup> Im deutschen Strafprozessrecht bestehen mit den Ermittlungsgeneralklauseln also allgemeine gesetzliche Grundlagen zur Rechtfertigung von „leichten“ Massnahmen.<sup>121</sup>

Fraglich ist, ob das schweizerische Strafprozessrecht ebenfalls über derartige Generalklauseln verfügt. Mit Art. 306 StPO existiert eine allgemeine Bestimmung, welche die Aufgaben der Polizei im Strafverfahren regelt, Ziel und Zweck des Ermittlungsverfahrens normiert und die polizeilichen Ermittlungshandlungen summarisch aufzählt. Art. 306 Abs. 3 StPO hält allerdings fest, dass sich die Polizei an die Vorschriften über die Untersuchung, Beweismittel und Zwangsmassnahmen zu richten hat. Ähnlich ist in Art. 308 Abs. 1 StPO festgehalten, dass die Staatsanwaltschaft in der Untersuchung den Sachverhalt so weit abzuklären hat, dass sie das Vorverfahren abschliessen kann. GALLELLA und RHYNER sehen in Art. 306 StPO eine allgemeine Ermittlungsklausel für nicht speziell geregelte Ermittlungsmassnahmen, soweit diese nicht oder nur geringfügig in Grundrechte eingreifen und nicht als Zwangsmassnahmen zu qualifizieren sind.<sup>122</sup> Dieser Argumentation kann nur bedingt gefolgt werden, handelt es sich doch auch bei nicht schwerwiegenden Eingriffen um Zwangsmassnahmen. Wie bereits dargelegt, erachtet das Bundesgericht die Schwere der Massnahme oder die Ausübung von Zwang nicht als konstitutiv für Zwangsmassnahmen.<sup>123</sup> Es qualifiziert z.B. die erkennungsdienstliche Erfassung (Art. 260 ff. StPO) als leichten Eingriff und dennoch als Zwangsmassnahme.<sup>124</sup>

Im Vergleich zu den §§ 161 und 163 ff. DE-StPO handelt es sich bei Art. 306 StPO um eine beispielhafte Umschreibung der polizeilichen Kompetenzen im Ermittlungsverfahren, nicht aber um eine eigentliche Befugnisnorm zur Rechtfertigung leichter Ermittlungsmassnahmen. Art. 306 StPO befugt die Polizei nicht zur Durchführung von Massnahmen, die nur geringfügig in grundrechtlich geschützte Positionen eingreifen. Im Unterschied zum deutschen

---

<sup>119</sup> RÜCKERT, Online-Streife, 328; MüKO StPO-KÖLBEL, § 161 Rz. 11; SIEBER/BRODOWSKI, Rn. 42.

<sup>120</sup> RÜCKERT, Online-Streife, 332; SIEBER/BRODOWSKI, Rn. 43.

<sup>121</sup> Dazu KK StPO-WEINGARTEN § 161 Rz. 1; MüKO StPO-KÖLBEL, § 161 N 6.

<sup>122</sup> BSK StPO 2023-GALLELLA/RHYNER, Art. 306 Rz. 19a.

<sup>123</sup> BGE 145 IV 42 E. 4.2 S. 47.

<sup>124</sup> BGE 145 IV 263 E. 3.4 S. 267; BGE 144 IV 127 E. 2.1 S. 133; Urteil des Bundesgerichts 1B\_285/2020 vom 22. April 2021, E. 2.2.

Strafprozessrecht, das Ermittlungshandlungen nicht in einem abschliessenden Zwangsmassnahmenkatalog regelt, geht die schweizerische StPO von der Grundkonzeption aus, dass Zwangsmassnahmen gesetzlich vorzusehen sind und erlässt einen entsprechenden Katalog in den Art. 201 ff. StPO. Dies gilt auch für nicht schwerwiegende Massnahmen. Da Art. 306 Abs. 3 StPO selbst die Bestimmungen über Zwangsmassnahmen vorbehält, ist gesetzessystematisch schwerlich zu argumentieren, dass es sich bei Art. 306 StPO um die eine Generalklausel handelt, die jegliche leichte Grundrechtseingriffe zu legitimieren vermag. Nicht zuletzt bliebe die Frage offen, warum für polizeiliche Massnahmen eine solche bestehen sollte, nicht aber für Massnahmen der Staatsanwaltschaft. Im Übrigen kann auch die „Beweisverwertungsgeneralklausel“ von Art. 139 StPO nicht zur Rechtfertigung neuer Zwangsmassnahmen herangezogen werden.<sup>125</sup>

Eine Ermittlungsgeneralklausel lässt sich in der StPO nicht identifizieren. Dennoch erlässt die StPO die Rahmenbedingungen strafprozessualen Handelns. Sie gibt dem Wirken der Strafverfolgungsbehörden einen Rahmen vor und bindet es an einen konkreten Zweck. Eingriffe müssen grundsätzlich auch innerhalb dieser Gesamtordnung auf einer spezifischen Rechtsgrundlage gründen. Das gilt auch für leichte Zwangsmassnahmen. Es ist allerdings zu vertreten, im Bereich speziell leichter Zwangsmassnahmen die Gesamtordnung als gesetzliche Grundlage im Sinne eines „Notankers“ heranzuziehen. In Ermangelung von Generalklauseln kann der Beizug dieses Notankers in Konstellationen gerechtfertigt sein, in denen es für Bürger auch ohne bestimmtere Normierung ausreichend vorhersehbar ist, dass entsprechende Verfahrenshandlungen erfolgen. Bei mit Einwilligung veröffentlichten Informationen dürfte dies der Fall sein. Überzeugender wäre es aber zweifellos – um dies bereits an dieser Stelle zu betonen –, auch derartige minimalinvasive Grundrechtseingriffe expliziter vorzusehen. Insofern kann die StPO in ihrer Gesamtheit als Generalklausel für besonders leichte und durch eine Einwilligung abgedeckte Eingriffe fungieren. Liegt keine Einwilligung vor, ist diese Argumentation allerdings auch für leichte Zwangsmassnahmen kaum zu vertreten.

---

<sup>125</sup> Dass das BStGer im Urteil vom 27. November 2020 (SK.2020.7), E. 1.6.1 der Beschaffung von OSINF den Zwangsmassnahmencharakter abspricht und diese Informationen als notorisch i.S.v. Art. 139 Abs. 2 StPO qualifiziert, überzeugt nicht. Das BGer hat zu Informationen aus dem Online-Wörterbuch „Wiktionary“ festgehalten, dass als allgemein bekannte Tatsachen i.S.v. Art. 139 Abs. 2 StPO nicht sämtliche im Internet auffindbare Informationen gelten, sondern nur solche aus verlässlichen Quellen, denen einen offiziellen Anstrich anhaftet (BGE 143 IV 380 E. 1.2 S. 385). Dies kann bei OSINF in aller Regel gerade nicht angenommen werden.

## 2. Übereinkommen über die Cyberkriminalität

Kann nicht bei allen OSINT-Kategorien auf eine explizite gesetzliche Verankerung verzichtet werden, stellt sich die Frage, wo eine solche zu finden ist. Infrage kommt die Convention on Cybercrime (CCC), die sich mit Cyberkriminalität und der Beschaffung von Daten befasst. Für Datenbeschaffungen im Rahmen strafprozessualer Ermittlungen relevant sind Art. 31–34 CCC, die hinsichtlich des Rechtshilfeverhältnisses self-executing sind, d.h. direkt anwendbares Recht für Ermittlungshandlungen in anderen Staaten erlassen.<sup>126</sup> Art. 32 CCC regelt dabei den grenzüberschreitenden Zugriff auf Daten. Er legt für die Vertragsstaaten verbindlich fest, unter welchen Umständen Ermittlungsbehörden direkt (d.h. ohne förmliches Rechtshilfeverfahren) auf im Ausland befindliche Daten zugreifen dürfen.<sup>127</sup>

Art. 32 lit. a CCC enthält eine spezifische Bestimmung für den Zugriff auf öffentlich zugängliche Daten: Eine Vertragspartei darf ohne die Genehmigung einer anderen Vertragspartei auf öffentlich zugängliche gespeicherte Computerdaten (offene Quellen) zugreifen, unabhängig davon, wo sich die Daten geographisch befinden. Damit wird festgehalten, dass Strafverfolgungsbehörden ohne Rechtshilfeersuchen auf OSINF zugreifen dürfen.<sup>128</sup> Art. 32 lit. a CCC stellt somit eine konventionsrechtliche Grundlage für den grenzüberschreitenden Abruf von OSINF dar und normiert einen Verzicht auf die sonst üblichen Prozesse der förmlichen Rechtshilfe.<sup>129</sup> GRAF vertritt die Meinung, dass die Bestimmung bloss deklaratorischer Natur ist, da mangels Zwangsausübung die Eingriffsqualität von OSINF-Abfragen ohnehin zu verneinen sei.<sup>130</sup> Dem ist, wie bereits dargelegt, zu widersprechen, geht OSINT doch mit einem Grundrechtseingriff einher. Fraglich bleibt allerdings, inwieweit Art. 32 lit. a CCC auch im innerstaatlichen Verhältnis als gesetzliche Grundlage für Open Source-Abfragen taugt.

Die Norm dient dazu, bestimmte Konstellationen des grenzüberschreitenden Zugriffs, die auch bereits vor Erlass der Konvention praktiziert wurden und bezüglich derer alle Vertragsstaaten der Auffassung waren, dass einseitige

---

<sup>126</sup> Onlinekommentar CCC-GRAF, Art. 32 Rz. 17; GRAF, Strafverfolgung 2.0, Rz. 35; vgl. Explanatory Report to the convention on Cybercrime, abrufbar unter <<https://rm.coe.int/16800cce5b>>, Rz. 293 und Rz. 255.

<sup>127</sup> GRAF, Jusletter, Rz. 35; Onlinekommentar CCC-Graf, Art. 32 Rz. 4.

<sup>128</sup> MüKO StPO-RÜCKERT, § 100a Rz. 45; Onlinekommentar CCC-GRAF, Art. 32 Rz. 4.

<sup>129</sup> Vgl. WALDER, 542.

<sup>130</sup> GRAF, Strafverfolgung 2.0, Rz. 29; Onlinekommentar CCC-GRAF, Art. 32 Rz. 35.

Vorgehensweise akzeptierbar sei, auf ein geschriebenes rechtliches Fundament zu stellen.<sup>131</sup> Inländische Strafverfolgungsbehörden können sich unmittelbar auf Art. 32 CCC stützen, um Beweiserhebungen im Ausland zu legitimieren und im Verhältnis zum betroffenen Vertragsstaat sicherzustellen, dass keine Beeinträchtigung ausländischer Souveränität vorliegt. Beim grenzüberschreitenden Datenzugriff haben sie jedoch weiterhin die inländischen prozessualen Regeln einzuhalten. Demzufolge vermag Art. 32 CCC keine originären Zwangsmassnahmen zu begründen, sondern erlaubt Verfahrenshandlungen im Ausland, soweit diese auch im inländischen Prozessrecht zulässig sind.<sup>132</sup>

Art. 32 lit. a CCC kann OSINT nur so weit legitimieren, wie das innerstaatliche Recht den Zugang und die Auswertung öffentlich zugänglicher Daten durch Strafverfolgungsbehörden nicht einschränkt.<sup>133</sup> Die Massnahmen müssen folglich auch im innerstaatlichen Strafprozessrecht rechtmässig sein. Das kann bei minimalinvasiven Sachverhalten bejaht werden. Für Massnahmen, welche die Reichweite der Einwilligung übersteigen sowie für schwerwiegende OSINT-Massnahmen müssten im innerstaatlichen Recht gesetzliche Grundlagen bestehen.

### **3. Innerstaatliche Bestimmungen**

Das Heranziehen der strafprozessualen Gesamtordnung als „Generalklausel“ kann nur für minimalinvasive OSINT-Verfahren überzeugen, die aufgrund der Einwilligung den grundrechtlichen Schutzbereich nur noch hinsichtlich seines programmatischen Charakters berühren. Für alle anderen Verfahren wäre eine Gesetzesnorm heranzuziehen. Infrage kommen im innerstaatlichen Recht die Bestimmungen zur Durchsuchung von Aufzeichnungen (Art. 246 ff. StPO), zur Observation (Art. 282 f. StPO) sowie zur allgemeinen Datenbearbeitung (Art. 95 ff. StPO).

Mit OSINT werden Informationen erhoben, die auf Servern der jeweiligen Online-Dienste gespeichert werden. Server sind eine besondere Form physischer Datenträger, die elektronische Informationen enthalten. Sie unterliegen

---

<sup>131</sup> DOMBROWSKI, 158; zu den Ausführungen im Explanatory Report CCC, Rz. 293.

<sup>132</sup> Onlinekommentar CCC-GRAF, Art. 32 Rz. 17; vgl. ebenfalls WALDER, 542, jedoch in Bezug auf Art. 32 lit. b CCC.

<sup>133</sup> So die Auslegung des Cybercrime Convention Committee von Art. 32 lit. a CCC, siehe Guidance #3, Transborder access to data (Article 32), 4 Fn. 3, abrufbar unter <<https://rm.coe.int/16802e726a>>.

grundsätzlich der Durchsuchung von Aufzeichnungen i.S.v. Art. 246 StPO, welche die Durchsuchung von Datenträgern erlaubt. Sie erstreckt sich jedoch nur auf die körperlichen Gegenstände, auf oder in denen die Informationen aufgezeichnet sind.<sup>134</sup> Open Source-Ermittlungen sind nicht darauf ausgerichtet, physisch verfügbare Datenträger zu durchsuchen, sondern Inhalte im Internet. Aufgrund seiner Beschaffenheit als Netzwerk stellt das Internet kein taugliches Durchsuchungsobjekt i.S.v. Art. 246 StPO dar. OSINT lässt sich deshalb nicht auf Art. 246 ff. StPO stützen.<sup>135</sup> Dass sich der Inhaber der Aufzeichnungen gemäss Art. 247 f. StPO vorgängig zum Inhalt der Aufzeichnungen äussern und die Siegelung beantragen kann, verdeutlicht diese Einordnung. Dies wäre bei OSINT geradezu unmöglich.

Da OSINT mitunter als Beobachtung von Online-Aktivitäten verstanden werden kann, hat das Vorgehen Ähnlichkeit mit einer Observation i.S.v. Art. 282 StPO. Bei einer Observation werden Personen und Sachen an allgemein zugänglichen Orten verdeckt während einer gewissen Dauer beobachtet.<sup>136</sup> Unter allgemein zugänglichen Orten wurden bislang physisch zugängliche Räume wie Strassen, Bahnhöfe oder Parkanlagen gefasst.<sup>137</sup> Auch der öffentliche Teil des Internets kann als allgemein zugänglich verstanden werden, weshalb Observationen im virtuellen Raum denkbar sind. Eine solche Online-Observation kann angenommen werden, wenn das Verhalten von Zielpersonen im Internet laufend, d.h. in Echtzeit beobachtet wird. Dies wäre bspw. bei der Live-Beobachtung des Online-Verhaltens einer Person in einem Webforum der Fall. Nicht auf Art. 282 StPO stützen lassen sich jedoch OSINT-Methoden, mit denen bestehende Inhalte im Netz mittels Web Crawling oder Web Scraping bearbeitet werden, da dies keine virtuelle Beobachtung in Echtzeit darstellt und nicht der Natur der Observation entspricht. Gezieltes Monitoring des aktuellen Online-Verhaltens einer Zielperson findet in Art. 282 StPO jedoch eine Gesetzesgrundlage.

Mit Art. 95 ff. StPO bestehen schliesslich allgemeine Regeln für Datenbearbeitungen durch Strafverfolgungsbehörden. Die Bestimmungen halten allgemeine Grundsätze fest wie bspw. derjenige der Transparenz bei der Beschaf-

---

<sup>134</sup> SK StPO-KELLER, Art. 246 Rz. 6; vgl. BSK StPO 2023-THORMANN/BRECHBÜHL, Art. 246 Rz. 3; PK StPO-JOSITSCH/SCHMID, Art. 246 Rz. 2.

<sup>135</sup> Im Ergebnis ebenso CARTNER/SCHWEINGRUBER, 996.

<sup>136</sup> Botschaft des Bundesrates vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2005 1085 ff., 1252.

<sup>137</sup> Siehe bspw. die Aufzählung von physischen Orten in: PK StPO-JOSITSCH/SCHMID, Art. 282 Rz. 7.

fung von Daten (Art. 95 StPO). Mit diesen Normen sollten gewisse Prinzipien des Datenschutzrechts in die StPO übernommen werden, da hängige Strafverfahren vom Anwendungsbereich des DSGVO ausgeschlossen sind (Art. 2 Abs. 3 DSGVO).<sup>138</sup> Ein Teil der Lehre sieht in Art. 95 StPO eine gesetzliche Grundlage für Datenbeschaffungen.<sup>139</sup> CARTNER und SCHWEINGRUBER<sup>140</sup> sowie GRAF<sup>141</sup> erachten deshalb Art. 95 StPO auch als taugliche gesetzliche Grundlage für Open-Source-Ermittlungen. Bei genauer Betrachtung normiert Art. 95 StPO jedoch bloss den Grundsatz und die Pflicht transparenter Datenbeschaffung, äussert sich aber nicht dazu, zu welchen Zwecken und unter welchen Voraussetzungen Daten beschafft werden dürfen. Auch die gesetzessystematische Einordnung der Norm im 8. Kapitel bei den allgemeinen Verfahrensregeln weist darauf hin, dass die Bestimmungen allein keine Grundrechtseingriffe zu Beweiserhebungszwecken rechtfertigen. Sie sind deshalb auch nicht im 5. Titel der StPO im Katalog der Zwangsmassnahmen zu finden. Wenn überhaupt können die Art. 95 ff. StPO ergänzend herangezogen werden, um OSINT an die datenschutzrechtlichen Prinzipien zu binden.

## VI. Fazit

Öffentlich zugängliche Informationen bergen enormes kriminalistisches Potenzial. So vielfältig die Informationen sind, so divers sind auch die Methoden, an diese zu gelangen. OSINT-Anwendungen im Strafverfahren reichen vom Googeln einzelner Personen über die automatisierte Textinhaltsanalyse von Tweets bis hin zur biometrischen Auswertung von Gesichtsbildern. Mit der Bandbreite an Open Source-Kategorien variiert auch deren rechtliche Bewertung.

Werden mit Open Source-Ermittlungen Personendaten beschafft (und/oder bekanntgegeben), stellt dies eine staatliche Datenbearbeitung dar, die in den Schutzbereich von Art. 13 Abs. 2 BV fällt. Die eigenständige Veröffentlichung der Daten durch betroffene Personen kann in gewissen Fällen als (mutmassliche) Einwilligung in die Einsichtnahme interpretiert werden. Damit wird der Eingriff geradezu minimalinvasiv. Da Grundrechte nicht nur individualrechtlichen, sondern auch programmatischen Charakter haben, entfallen die sich

---

<sup>138</sup> BBl 2005 1159; vgl. BSK StPO 2023-FIOLKA, Vor Art. 95 ff. Rz. 2.

<sup>139</sup> BSK StPO 2023-FIOLKA, Art. 95 N 1; implizit ebenso SK StPO-BRÜSCHWEILER/GRÜNING, Art. 95 Rz. 1.

<sup>140</sup> CARTNER/SCHWEINGRUBER, 994.

<sup>141</sup> Onlinekommentar CCC-GRAF, Art. 32 Rz. 17.

aus dem Legalitätsprinzip ergebenden Ansprüche an gesetzliche Grundlagen trotzdem nicht vollends. Wie die Abhandlung aufzeigte, gibt es zudem zahlreiche OSINT-Kategorien, bei denen nicht ohne Weiteres auf das Vorliegen einer Einwilligung geschlossen werden kann oder die gar schwere Grundrechtseingriffe darstellen.

Vorliegen und Reichweite der Einwilligung sowie Schwere des Eingriffs sind deshalb für jede Methode gesondert zu beurteilen. Bei minimalinvasiven Recherchen, für die eine Einwilligung anzunehmen ist, kann die gesetzliche Grundlage in den allgemeinen rechtlichen Leitplanken der StPO erblickt werden. Leichte Massnahmen, welche eine (mutmassliche) Einwilligung übersteigen sowie schwere Massnahmen bedürften jedoch spezialgesetzlicher Grundlagen.

De lege lata enthält die StPO keine OSINT-Bestimmungen. Die Art. 246 ff. StPO erlauben die Durchsuchung einzelner Gegenstände, nicht aber des gesamten Internets. Die Bestimmungen der Observation (Art. 282 f. StPO) lassen sich in spezifischen Konstellationen der länger andauernden Beobachtung, d.h. eines eigentlichen Online-Monitorings einer Zielperson, heranziehen. Die konventionsrechtliche Grundlage in Art. 32 lit. a CCC rechtfertigt schliesslich Massnahmen nur insoweit, als diese auch im innerstaatlichen Verhältnis rechtmässig sind. Dies ist momentan nur bei minimalinvasiven Eingriffen sowie beim eben genannten Echtzeit-Monitoring der Fall. Für invasivere Massnahmen wie Web Scraping oder intelligente Datenweiterbearbeitungen bestehen im geltenden Recht keine Grundlagen.

Es zeigt sich einmal mehr, dass die StPO nicht auf neue digitale Ermittlungsmassnahmen vorbereitet ist. Auch wenn mit digitalen Ermittlungsmethoden kein physischer Zwang einhergehen mag, handelt es sich bei Datenbearbeitungen zum Zwecke der Strafverfolgung um Zwangsmassnahmen, die hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlagen bedürfen. In Anbetracht der Praxisrelevanz von OSINT wäre es angezeigt, sie explizit zu normieren. Damit würden erkennbare Grenzen gesetzt, welche Formen von Open Source-Ermittlungen zum Einsatz kommen sollen – und welche nicht.

## Literaturverzeichnis

BAERISWYL BRUNO/PÄRLI KURT/BLONSKI DOMINIKA (Hrsg.), Datenschutzgesetz (DSG), Stämpfli Handkommentar, 2. A., Bern 2023 (zit.: SHK DSG-Bearbeiter/in, Art. XX Rz. YY).

BARTHE CHRISTOPH/GERICKE JAN (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 9. A., München 2023 (zit.: KK StPO-Bearbeiter/in, § XX Rz. YY).



- BAUER SEBASTIAN, Soziale Netzwerke und strafprozessuale Ermittlungen, Diss. Berlin 2018.
- BECKER MAXIMILIAN/BECKER FELIX, Die neue Google-Datenschutzerklärung und das Nutzer-Meta-profil, MMR 2012, 351 ff.
- BIAGGINI GIOVANNI (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 2. A., Zürich 2017 (zit.: OFK BV-Bearbeiter/in, Art. XX Rz. YY).
- BIERESBORN DIRK, Unzulässige Drittstaatenübermittlung durch „Googlen“? Zeitschrift für Daten-schutz, ZD 2016, 319 ff.
- BIERI ADRIAN/POWELL JULIAN (Hrsg.), DSG, Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz mit weiteren Erlassen, Zürich 2023 (zit.: OFK DSG-Bearbeiter/in, Art. XX. Rz. YY).
- BÜCHI MORITZ/FESTIC NOEMI/LATZER MICHAEL, The Chilling Effects of Digital Dataveillance: A Theoretical Model and an Empirical Research Agenda, Big Data & Society 2022, abrufbar unter <<https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/20539517211065368>>.
- CARTNER ANNA/SCHWEINGRUBER SANDRA, Strafbehörden dürfen googlen, AJP 2021, 990 ff.
- DOMBROWSKI NADINE, Extraterritoriale Strafrechtsanwendung im Internet, Berlin 2014.
- DONATSCH ANDREAS/LIEBER VIKTOR/SUMMERS SARAH/WOHLERS WOLFGANG (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Schulthess Kommentar, 3. A., Zürich 2020 (zit. SK StPO-Bearbeiter/in, Art. XX Rz. YY).
- EHRENZELLER BERNHARD ET AL. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommen-tar, 3. A., Zürich/St. Gallen 2023 (zit.: SGK BV-Bearbeiter/in, Art. XX Rz. YY).
- EICKER ANDREAS/MANGO-MEIER SONJA, Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil 6B\_996/2016 vom 11. April 2017, X., A. GmbH, B. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen, An-ordnungskompetenz der Polizei und Wirkung der Einwilligung der betroffenen Person, Ent-schädigung und Genugtuung (Einstellung), AJP 2018, 660 ff.
- FASNACHT TOBIAS, Die Einwilligung im Datenschutzrecht, Diss. Fribourg, Zürich 2017.
- FLÜCKIGER ALEXANDRE, L'autodétermination en matière de données personnelles: un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété? AJP 2013, 837 ff.
- GÄCHTER THOMAS/WERDER GREGORI, Einbettung ausgewählter Konzepte in das schweizerische Datenschutzrecht, Forum Europarecht 2013, 87 ff.
- GIBSON HELEN, Acquisition and Preparation of Data for OSINT Investigations, in: Akhgar Babak/Bayerl Saskia P./Sampson Fraser (Hrsg.), Open Source Intelligence Investigation, Cham 2016, 78 ff.
- GLASS PHILIPPE, Die rechtsstaatliche Bearbeitung von Personendaten in der Schweiz, Diss. Basel, Zürich 2016.
- GRAF DAMIAN K. (Hrsg.), Onlinekommentar Übereinkommen über die Cyberkriminalität (Cyber-crime Convention) – Version 26.10.2023, abrufbar unter <<https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/cc32>> (zit. Onlinekommentar CCC-Bearbeiter/in, Art. XX Rz. YY).
- GRAF DAMIAN K., Strafverfolgung 2.0: Direkter Zugriff der Strafbehörden auf im Ausland gespei-cherte Daten? Jusletter IT, 21. September 2017 (zit. Strafverfolgung 2.0).
- GRAF JÜRGEN (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar StPO mit RiStBV und MiStra, 49. Lieferung, München 2023 (zit.: BeckOK StPO-Bearbeiter/in, § XX Rz. YY).

- HÄNER ISABELLE, Die Einwilligung der betroffenen Person als Surrogat der gesetzlichen Grundlage bei individuell-konkreten Staatshandlungen, ZBl 2002, 57 ff.
- HANSJAKOB THOMAS, Verdeckte polizeiliche Tätigkeit im Internet, forumpoenale 2014, 244 ff.
- HARASGAMA REHANA, Erfahren – Wissen – Vergessen, Zur zeitlichen Dimension des staatlichen Informationsanspruches, Diss. St. Gallen, Zürich 2017.
- HARWELL DREW, This Facial Recognition Website Can Turn Anyone into a Cop-or a Stalker, in: Martin Kristen (Hrsg.), Ethics of Data and Analytics, New York 2022, 63 ff.
- HEYDON ALLAN/NAJORK MARC, Mercator: A scalable, extensive Web crawler, World Wide Web 1999, 219 ff.
- Joint Statement on data scraping and the protection of privacy, 24. August 2023, abrufbar unter <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/documents/4026232/joint-statement-data-scraping-202308.pdf>.
- JOSITSCH DANIEL/SCHMID NIKLAUS, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 4. A., Zürich/St. Gallen 2023 (zit.: PK StPO-JOSITSCH/SCHMID, Art. XX Rz. YY).
- KAUSAR ABU MD./DHAKA V.S./KUMAR SINGH SNAJEEV, Web Crawler: A Review, International Journal of Computer Applications 2013, 31 ff.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. A., Bern 2018.
- KNAUER CHRISTOPH/KUDLICH HANS/SCHNEIDER HARTMUT (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, Band 2, München 2016 (zit.: MüKO StPO-Bearbeiter/in, § XX Rz. YY)
- KÖVER CHRIS, Netzpolitik vom 21. November 2022, „PimEyes droht eine Millionenstrafe“, abrufbar unter <https://netzpolitik.org/2022/bussgeldverfahren-aus-dem-laendle-pimeyes-droht-eine-millionenstrafe/>.
- KRAUSE BENJAMIN, Ermittlungen im Darknet – Mythos und Realität, Neue Juristische Wochenschrift, NJW 2018, 657 ff.
- KROTOV VLAD/SILVA LEISER, Legality and Ethics of Web Scraping, American Conference on Information Systems 2018, 1 ff.
- LOGOS KATIE et al., Establishing a framework for the ethical and legal use of web scrapers by cybercrime and cybersecurity researchers: learnings from a systematic review of Australian research, International Journal of Law and Information Technology 2023, abrufbar unter <https://academic.oup.com/ijlit/article/31/3/186/7289618>.
- LUCCIONI ALEXANDRA/VIVIANO JOSEPH, What's in the Box? A Preliminary Analysis of Undesirable Content in the Common Crawl Corpus, Proceedings of the 59th Annual Meeting of the Association for Computational Linguistics 2021, 182 ff.
- LUDEWIG FRANZISKA/EPPLE GÜNTHER, Open Source Intelligence zur Einsatzbewältigung in der Polizei, Kriminalistik 2020, 457 ff.
- MAEDER STEFAN/STADLER MARCUS, Strafprozessuale Videoüberwachung und informationelle Selbstbestimmung – Anmerkungen zu BGE 145 IV 32, forumpoenale 2019, 396 ff.
- MALACRIDA RALPH, Der Grundrechtsverzicht, Diss. Zürich 1992.
- MOHN MATTHIAS, Dürfen Arbeitnehmer ChatGPT zur Erledigung ihrer Aufgaben einsetzen? Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, NZA 2023, 538 ff.

- MONTERO SABRINA/SIMON MANON CÉLINE, Die Rechtmässigkeit der „freiwilligen“ Hausdurchsuchung ohne Durchsuchungsbefehl, *forumpenale* 2017, 99 ff.
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, *Grundrechte in der Schweiz*, 4. A., Bern 2008.
- MÜLLER LUCIEN, *Videouberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen – insbesondere zur Verhütung und Ahndung von Straftaten*, Diss. St. Gallen, Zürich 2011.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), *Schweizerische Strafprozessordnung (StPO), Basler Kommentar*, 1. A., Basel 2010 (zit.: BSK StPO 2010-Bearbeiter/in, Art. XX Rz. YY).
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), *Schweizerische Strafprozessordnung (StPO), Basler Kommentar*, 2. A., Basel 2017 (zit.: BSK StPO 2017-Bearbeiter/in, Art. XX Rz. YY).
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), *Schweizerische Strafprozessordnung (StPO), Basler Kommentar*, 3. A., Basel 2023 (zit.: BSK StPO 2023-Bearbeiter/in, Art. XX Rz. YY).
- OBERHOLZER NIKLAUS, *Grundzüge des Strafprozessrechts*, 4. A., Bern 2020.
- REZENDE ISADORA NERONI, Facial recognition in police hands: Assessing the ‘Clearview case’ from a European perspective, *New Journal of European Criminal Law* 2020, 375 ff.
- RÜCKERT CHRISTIAN, Mit künstlicher Intelligenz auf Verbrecherjagd, 22. Januar 2021, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/ki-verbrecherjagd/> (zit. RÜCKERT, *Verbrecherjagd*).
- RÜCKERT CHRISTIAN, Zwischen Online-Streife und Online-(Raster-)Fahndung – Ein Beitrag zur Verarbeitung öffentlich zugänglicher Daten im Ermittlungsverfahren, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, ZStW 2017, 302 ff. (zit. RÜCKERT, *Online-Streife*).
- RÜCKERT CHRISTIAN, *Digitale Daten als Beweismittel im Strafverfahren*, Habil. Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg 2022, Tübingen 2023 (zit. RÜCKERT, *Digitale Daten*).
- SCHWARTZ CANDY, Web Search Engines, *Journal of the American Society for Information Science* 1998, 973 ff.
- SEYMOUR TOM/FRANTVOG DEAN/KUMAR SATHEESH, *History of Search Engines*, *International Journal of Management & Information Systems* 2011, 47 ff.
- SIEBER ULRICH/BRODOWSKI DOMINIK, Teil 19.3 Strafprozessrecht, in: Hoeren Thomas/Sieber Ulrich/Holznapel Bernd (Hrsg.), *Handbuch Multimedia-Recht*, 59. Lieferung, München 2023.
- VAN SPYK BENEDIKT, *Das Recht auf Selbstbestimmung in der Humanforschung*, Diss. St. Gallen, Zürich 2011.
- VOIGT PAUL, Datenschutz bei Google, *Multimedia und Recht*, *Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung*, MMR 2009, 377 ff.
- WALDER STEPHAN, Grenzüberschreitende Datenerhebung: Ist und Soll, *Kriminalistik* 2020, 540 ff.
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), *Schweizerische Bundesverfassung (BV), Basler Kommentar*, Basel 2015 (zit.: BSK BV-Bearbeiter/in, Art. XX Rz. YY).
- WITTMER SANDRA/PLATZER FLORIAN, Zulässigkeit von Open Source-Ermittlungen zur Strafverfolgung im Darknet, *Informatik* 2022, 569 ff.

- WOERLEIN ANDREAS H., ChatGPT – „Fortschritt“ durch Künstliche Intelligenz auf Kosten des Datenschutzes- und Urheberrechts, Zeitschrift für Datenschutz, ZD-aktuell 2023, 01205.
- ZHUOLI CHEN, Einwilligung als Ersatz des Durchsuchungsbefehls? – Am Beispiel der Hausdurchsuchung ohne Durchsuchungsbefehl, forumpoenale 2015, 298 ff.
- ZIMMERLIN SVEN, Der Verzicht des Beschuldigten auf Verfahrensrechte im Strafprozess: zugleich ein Beitrag zum Grundrechtsverzicht, Diss. Zürich 2008.

## 7. Fachtagung Bedrohungsmanagement – Reflexion zum Stand der Entwicklungen beim Bedrohungsmanagement

Amos Haag / Vivian Stein / Jonathan Zeller\*

*In den letzten Jahren sind die Entwicklungen für den Aufbau von umfassenden, kantonalen Bedrohungsmanagement-Strukturen in der Schweiz vorangeschritten. Qualitätsstandards wurden definiert und auf politischer Ebene zur Umsetzung empfohlen. Die Handlungsfelder der Roadmap gegen Häusliche Gewalt von Bund und Kantonen sowie der Aktionsplan zur Umsetzung der Istanbul-Konvention forcieren diese Anstrengungen. Der Zürcher Regierungsrat legte Gewalt gegen Frauen und Häusliche Gewalt weiterhin als Schwerpunktthemen in der Strafverfolgung für die Legislaturperiode 2023-2026 fest (RRB Nr. 351/2023). Die 7. Fachtagung Bedrohungsmanagement, die am 2. November 2023 in Zürich unter der Leitung von Prof. Dr. Christian Schwarzenegger, Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie an der Universität Zürich, und Dr. iur. Andreas Eckert, leitender Oberstaatsanwalt des Kantons Zürich, stattfand, setzte sich zum Ziel, Einblick in ausgewählte Themen aus diesem Bereich zu geben, sowie neue Ansätze der Prävention von Gewalt, Best Practices und Erkenntnisse aus der Wissenschaft aufzeigen.*

### I. Einleitung

Im Verlauf der letzten Jahre sind die Entwicklungen für den Aufbau von umfassenden Bedrohungsmanagement-Strukturen in den Kantonen schweizweit vorangeschritten. Qualitätsstandards wurden definiert und auf politischer Ebene zur Umsetzung empfohlen. Die Handlungsfelder der Roadmap gegen Häusliche Gewalt von Bund und Kantonen sowie der Aktionsplan zur Um-

---

\* Stud. iur. AMOS HAAG, BLaw VIVIAN STEIN und MLaw JONATHAN ZELLER sind wissenschaftliche Assistierende am Lehrstuhl von Professor Christian Schwarzenegger für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie, Universität Zürich. MLaw Jonathan Zeller promoviert im Fachgebiet Strafrecht.

setzung der Istanbul-Konvention forcieren diese Anstrengungen. Der Regierungsrat des Kantons Zürich legte Gewalt gegen Frauen und Häusliche Gewalt weiterhin als Schwerpunktthemen in der Strafverfolgung für die Legislaturperiode 2023 bis 2026 fest (Regierungsratsbeschluss Nr. 351/2023). Die 7. Fachtagung Bedrohungsmanagement, die am 2. November 2023 in Zürich unter der Leitung von Prof. Dr. CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie an der Universität Zürich, und Dr. iur. ANDREAS EICKERT, leitender Oberstaatsanwalt des Kantons Zürich, stattfand, setzte sich zum Ziel, Einblick in ausgewählte Themen aus diesem Bereich zu geben, sowie neue Ansätze der Prävention von Gewalt, Best Practices und Erkenntnisse aus der Wissenschaft aufzeigen.

## **II. Die Umsetzung der Roadmap Häusliche Gewalt**

Nach der Begrüssung durch Prof. Dr. iur. CHRISTIAN SCHWARZENEGGER und dem Einführungsreferat von Dr. ANDREAS EICKERT, eröffnete Major REINHARD BRUNNER, Chef der Präventionsabteilung der Kantonspolizei Zürich, die Tagung mit seinem Vortrag „Roadmap Häusliche Gewalt: Handlungsfelder Bedrohungsmanagement und technische Mittel mit einem Seitenblick nach Spanien“. Zu Beginn skizzierte BRUNNER die politische Ausgangslage und umriss unter anderem den strategischen Dialog „Häusliche Gewalt“, der zur Unterzeichnung der Roadmap Häusliche Gewalt führte. Die Roadmap umfasst zehn Handlungsfelder, zu deren Umsetzung sich die Kantone verpflichteten, dazu gehört, neben einem gemeinsamen koordinierten Vorgehen und dem Addendum „Sexuelle Gewalt“, auch die Etablierung eines kantonalen Bedrohungsmanagements zur Verbesserung des Opferschutzes. Zudem wurden als Leitlinie für die Kantone Qualitätsstandards entlang des Bedrohungsmanagementprozesses definiert und ein Controlling-Instrument eingeführt, das den kantonalen Polizeikommandanten ermöglicht, ihre eigenen Systeme zu überprüfen und deren Stand zu melden. Die Arbeitsgruppe „Kantonales Bedrohungsmanagement“, zusammengesetzt aus Vertretern aller Polizeikonkordate, Fedpol und den Direktoren der Kurse des Schweizerischen Polizei-Instituts, ist in der Vereinigung der Schweizerischen Kriminalpolizeichefs angesiedelt, und soll dabei unter anderem den interkantonalen Informationsaustausch sicherstellen. Die Roadmap fordert die Kantone auf, auch Erkenntnisse aus externen Studien über elektronische Überwachungsmethoden zur Verbesserung des Opferschutzes zur Kenntnis zu nehmen. Umgesetzt wurde dies bspw. im Rahmen eines Workshops mit spanischen Experten. Parallel zur Roadmap Häusliche Gewalt und inspiriert von diesem Workshop startete Zürich im August 2023 einen Pilotbetrieb mit dem sogenannten dynamischen elektroni-

schen Monitoring (EM). Bei einem Verstoß gegen ein Rayonverbot ist dann die unverzügliche Information des Opfers sowie die Einleitung einer polizeilichen Intervention zu dessen Schutz möglich.

Im Anschluss referierte MLaw MICHAEL BÜHL, Abteilungsleiter Alternativer Strafvollzug der Bewährungs- und Vollzugsdienste des Kantons Zürich, über die Anwendung des Electronic Monitoring in Fällen von Häuslicher Gewalt. Für das Electronic Monitoring (EM) gibt es verschiedene Überwachungstechniken und -ziele. Dabei wird zwischen der kontinuierlichen aktiven Meldungsbearbeitung rund um die Uhr, die ein Überwachungszentrum erfordert, und der passiven, nachträglichen Meldungsbearbeitung, die weniger Ressourcen benötigt, unterschieden. Zudem sind in sechs verschiedenen Bundesgesetzen acht verschiedene Anwendungsformen vorgesehen. Diese werden unterteilt in präventive Massnahmen, die sich auf zivilrechtliche Schutzmassnahmen oder die Verhinderung terroristischer Aktivitäten stützen, und Massnahmen im Strafverfahren, die in Form strafprozessualer Ersatzmassnahmen auftreten. Als dritte Anwendungsform kommt der Sanktionsvollzug in Frage, unter den gerichtlich angeordnete Rayon- und Kontaktverbote sowie die Verbüssung von Freiheitsstrafen und Auflagen, beispielsweise im Rahmen eines Hafturlaubs, fallen. Es fällt auf, dass präventive Massnahmen gemäss Art. 28c Abs. 1 ZGB, die am 1. Januar 2022 eingeführt wurden, bisher noch nicht angeordnet wurden. Zwischen Juni 2020 und 2023 wurde die elektronische Überwachung von Ersatzmassnahmen 33-mal durchgeführt, wovon zwölf Fälle im Kontext häuslicher Gewalt lagen. EM funktioniert durch satellitengestützte Ortung. Bei einem Verstoß durch den Täter gegen bspw. ein Annäherungsverbot, erfolgt eine Meldung durch den an ihm angebrachten Sender über das Mobilfunknetz an die Überwachungszentrale. Diese Meldung durchläuft einen Triage-Prozess und wird, wenn nötig, an die Polizei weitergeleitet. Die Polizei kann dann bspw. eine vordefinierte Intervention durchführen oder der gefährdeten Person Anweisungen erteilen. Die Grenzen des EM ergeben sich insbesondere aus dem Fehlen von GPS- oder Mobilfunksignalen, was eine Ortung unmöglich macht. Zudem ist immer mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung zu rechnen. Obwohl das EM physisch keine Straftaten oder Fluchten verhindern kann, wirkt es sich als Kontrollinstrument auf Grund der 99% Entdeckungswahrscheinlichkeit positiv auf die Einhaltung der behördlichen Auflagen aus. Als Element eines umfassenderen Schutzkonzepts hilft EM zur Steigerung der Lebensqualität der zu schützenden Person. EM in Fällen häuslicher Gewalt bleibt jedoch nach wie vor eine Randerscheinung, und es bleibt die Frage offen, warum schweizweit bisher kaum EM im Rahmen von zivilrechtlichen Schutzmassnahmen gemäss Art. 28c ZGB angeordnet wurde.

In der ersten Diskussionsrunde wurde die Bedeutung des Bedrohungsmanagements und der interkantonalen Zusammenarbeit für den risikoorientierten Strafvollzug betont, insbesondere bei Gewaltschutzfällen, die oft lokal auftreten. Es wurde auch die Frage aufgeworfen, ob ein ähnliches EM-System wie in Spanien in der Schweiz implementiert werden sollte. Allerdings wurde darauf hingewiesen, dass föderale Strukturen dies komplizieren könnten und entsprechende Ressourcen erst zugewiesen werden müssten. Die Diskussion endete mit der Frage, warum elektronische Überwachung im zivilrechtlichen Kontext selten oder gar nicht stattfindet. Unterschiedliche Regelungen in den Kantonen wurden als ein möglicher Grund genannt. Es wurde auch darauf hingewiesen, dass die Gerichte oft über die Anwendung entscheiden und dass eine nähere Untersuchung mit der Vereinigung der Schweizer Richter oder Hochschulen erforderlich sein könnte. Es scheint, dass die Überwachung trotz möglicher Bussandrohungen bei den Gerichten auf Skepsis stösst und eine intensive Auseinandersetzung mit den Interessen von Täterschaft und Opferschaft notwendig ist.

PHILIPPE VOGT, Spezialist und Referent für das Bedrohungsmanagement in der Kantonspolizei Waadt, behandelte in seiner Präsentation „Schlaglichter Bedrohungsmanagement Romandie“ das Bedrohungsmanagement in sechs französischsprachigen Kantonen. In einem ersten Schritt weist er auf die kantonale Kompetenz, selbstständig die polizeiliche Organisation und das Bedrohungsmanagement gestalten zu können und die daraus resultierenden Differenzen, hin. Trotz dieser kantonalen Unterschiede besteht ein gemeinsames Bedürfnis für ein Bedrohungsmanagement. Es werden sodann interessante Einblicke in die rechtlichen Situationen in den Kantonen Genf, Wallis, Neuenburg, Jura, Freiburg und Waadt (inkl. Stadt Lausanne) verschafft. Während die Kantone Genf, Wallis und Waadt noch über keine rechtlichen Grundlagen für das Bedrohungsmanagement verfügen, existieren in den Kantonen Neuenburg, Jura und Freiburg entsprechende gesetzliche Bestimmungen und gewisse Umsetzungsstrukturen, welche sich teilweise noch in Projektphasen befinden. Anschliessend wird anhand eines realen Falles veranschaulicht, wie schnell in der Praxis mehrere kantonale Bedrohungsmanagement-Teams in einem Fall involviert sein können und welche Herausforderungen sich bei der Zusammenarbeit mit mehreren kantonalen Institutionen in der Betreuung der betroffenen Personen ergeben können. Der Vortrag endet mit dem Fazit, dass die kantonalen Ansätze zum Bedrohungsmanagement in der Romandie zwar unterschiedlich entwickelt seien, ein gemeinsames Bestreben zur Verbesserung der Sicherheit und des Bedrohungsmanagements jedoch bestehen



würde. Die interkantonale Zusammenarbeit und der Erfahrungsaustausch würden eine wichtige Rolle in der Bewältigung dieser Herausforderungen einnehmen.

### **III. Gefährdende und besonders gefährdete Personen**

In seinem Vortrag „Soziale Arbeit als integrierter Bestandteil der Polizei“ widmete sich MASSIMO BONATO, Abteilungsleiter des Sozialdienstes der Kantonspolizei Basel-Stadt, der engen Zusammenarbeit zwischen dem Sozialdienst und der Kantonspolizei Basel-Stadt. Auf den ersten Blick scheinen die Berufe sehr unterschiedlich zu sein. Gem. BONATO wirken sie aber beide an Orten, an welchen Menschen in ihren sozialen Umfeldern aufeinandertreffen. Eine Zusammenarbeit zwischen den zwei Berufsgruppen erstreckt sich insbesondere auf die Bereiche der Präventionsarbeit, Gemeinwesenarbeit und Bedrohungsmanagement. Der Sozialdienst ist als operative Funktionseinheit in die Kantonspolizei Basel-Stadt eingegliedert. Dabei spielt er eine wichtige Rolle bei der Unterstützung von Menschen in sozialen Krisensituationen und leistet auf Anfrage Amts- und Vollzugshilfe an Behörden, Ämter und weitere Polizeiorganisationen. Gleichzeitig dient er als Bindeglied zu kantonalen und (inter)nationalen Diensten und Institutionen im sozialen Arbeitsfeld. Sodann wird erklärt, wie der Sozialdienst in die Arbeit des Bedrohungsmanagements integriert ist. Er bietet eine Unterstützung für die Grundinformationsbeschaffung und für das Screening der Risiko- und Schutzfaktoren. In Fällen, welche gerade nicht als Bedrohungsmanagementfälle zu kategorisieren sind, bearbeitet er diese weiter. BONATO schliesst mit dem Fazit ab, dass Basel-Stadt hinsichtlich des Bedrohungsmanagements zwar langsam voranschreite, die Zusammenarbeit zwischen Sozialarbeitenden und der Polizei jedoch seit über 90 Jahren einwandfrei funktioniere.

Die folgende Diskussion beginnt mit der Frage, welche Rolle die basel-städtischen Sozialarbeitenden im Zusammenhang mit dem Hooliganismus im Bedrohungsmanagement spielen. BONATO entgegnet, dass zwar eine Zusammenarbeit mit den Fanorganisationen, Polizei und einem Dialogteam bestünde, die Sozialarbeitenden aber keine spezielle Funktion einnehmen. VOGT wird gefragt, ob die verhältnismässig kleinen Strukturen des Bedrohungsmanagements (in Kanton Waadt sind drei Polizisten und eine Juristin zuständig) aufgrund von Ressourcenproblemen in ihrer Grösse beschränkt seien. VOGT weist darauf hin, dass die Kantone an sich schon eher klein seien, weshalb die Strukturen nicht so ausgebaut sind. Meistens würden private Akteure (bspw. Vires) Fälle von häuslicher Gewalt behandeln und für sozialarbeiterische Aspekte Pri-

vatpersonen beigezogen werden. BONATO wird auf das Verhältnis der Sozialarbeitenden einerseits zur Polizei und andererseits zur Klientel angesprochen. Dieser erwidert, dass die Sozialarbeitenden eng mit der Polizei zusammenarbeiten und über beschränkte polizeiliche Befugnisse (bspw. Polizeiausweis) verfügten. Abschliessend wird die Frage gestellt, ob in den französisch-sprachigen Kantonen mit mangelnden gesetzlichen Regelungen trotzdem Interventionen vorgenommen werden und falls ja, welche Probleme sich hierbei ergeben. VOGT bestätigt, dass Interventionen stattfinden. Sobald die Polizei einen Fall erhält, wird dieser bearbeitet und die betroffene Person vorgeladen. Allerdings besteht keine Pflicht, der Vorladung Folge zu leisten und zu erscheinen. Eine Schwierigkeit ergibt sich hinsichtlich der Amts- und Berufsgeheimnisse. Zunächst besteht eine gewisse Intransparenz zwischen den Akteuren. Meistens werden die entsprechenden Fachpersonen vom Amts- oder Berufsgeheimnis entbunden und mit der Arbeit fortgefahren.

MAY BEYLI, Fachstelle Forensic Assessment & Risk Management der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich, thematisierte in ihrem Referat „Kinder und Jugendliche im Umfeld von Gewalt – Erfahrungen und Erkenntnisse aus forensischer Sicht“ die Auswirkungen von häuslicher Gewalt auf Kinder und Jugendliche. Kinder können sowohl direkt als auch indirekt von Gewalt betroffen sein, wobei zwischen körperlicher, sexualisierter und psychischer Gewalt unterschieden wird. Die Gewalt kann dabei sowohl physische als auch psychische Auswirkungen in Form von physischen Verletzungen, psychischen Störungen bis zu Entwicklungsverzögerungen und Bindungsproblemen auf die betroffenen Kinder haben. Weiter hätten Kinder, welche häusliche Gewalt miterleben, ein höheres Risiko, im Laufe ihres Lebens entweder selbst Opfer von Gewalt zu werden oder sich dann selbst gewalttätig zu verhalten. In der Bewältigung von häuslicher Gewalt sind die Polizei und die KESB sehr wichtig. Nach dem heutigen Stand ist die Interaktion zwischen Polizei und betroffenen Kindern allerdings oft rudimentär, weshalb der Beizug von neutralen Drittpersonen und eine entsprechende Sensibilisierung indiziert ist. Es wird mit der Einsicht geendet, dass betroffene Kinder und Jugendliche eines schützenden und unterstützenden Umfelds bedürfen, in welchem sie u.a. mit liebevollen Bezugspersonen und klaren Rollenmodellen aufwachsen. Weiter seien die Pflege von guten Beziehungen zu Gleichaltrigen, der Schutz vor Distress, Lernerfahrungen, bewältigbare Herausforderungen sowie finanzielle Ressourcen für eine gute Entwicklung wichtig.

Im Anschluss referierte lic. iur. ALEXANDRA OTT MÜLLER, leitende Jugendanwältin, Jugendanwaltschaft Winterthur, zum Thema „Kinder und Jugendliche im Umfeld von Gewalt – Aufgaben und Möglichkeiten der Jugendstrafrechts-

pflege“. Eine Besonderheit des Jugendstrafrechts ist es, dass es sich zum Ziel setzt, den Jugendlichen zu schützen, zu erziehen und auch seine Lebens- und Familienverhältnisse besonders zu berücksichtigen. Das äussert sich beispielsweise dadurch, dass das Alter und der Entwicklungsstand des Jugendlichen auch in der Rechtsanwendung zu seinen Gunsten berücksichtigt werden müssen. Im Kanton Zürich obliegt die Jugendstrafrechtspflege primär den fünf der Oberjugendanwaltschaft unterstellten Jugendanwaltschaften, wobei die Jugendanwaltschaft Winterthur in ihrer Abteilung alle Übertretungen von Ersttättern im Kanton behandelt. Wie auch das Erwachsenenstrafrecht kennt das Jugendstrafrecht ein Vorverfahren, hier bloss unter der Leitung der Jugendstaatsanwaltschaft. Im jugendstrafrechtlichen Untersuchungsverfahren können bereits vor einer Verurteilung Sofortmassnahmen wie eine Fremdplatzierung angeordnet werden, und die Anordnung der Untersuchungshaft ist für sieben Tage ohne Überprüfung durch das Zwangsmassnahmengericht möglich. Die Jugendanwaltschaft arbeitet bei der Aufklärung der Delikte besonders eng mit verschiedenen Stellen, wie der Jugendpolizei, der KESB und Schulen zusammen, um ein ganzheitliches Bild über die Situation des Jugendlichen zu gewinnen. Kommt es zu einer Verurteilung, gibt es verschiedene Optionen: Die Anordnung einer Schutzmassnahme oder einer Strafe. Eine Schutzmassnahme wird dann gewählt, wenn beim Jugendlichen, der die Tat mit oder ohne Schuldfähigkeit begangen hat, ein besonderes Bedürfnis für eine erzieherische Betreuung oder einer therapeutischen Behandlung besteht, wobei diese Massnahmen sowohl ambulant oder stationär durchgeführt werden können. Hat der Jugendliche seine Tat schuldhaft begangen, so kann auch eine Strafe ausgesprochen werden, wobei das Alter des jugendlichen für die zur Verfügung stehenden Sanktionen massgeblich ist. Insbesondere der Freiheitsentzug und die Busse können nur gegenüber über 15-jährigen ausgesprochen werden. Die Fallstatistik der Zürcher Jugendstaatsanwaltschaften zeigt auf, dass sowohl die Anzahl der beschuldigten Jugendlichen als auch die von Jugendlichen begangenen Gewaltstraftaten zunehmen. Die Gewaltstraftaten werden dabei zu 54.4% in Gruppen, primär im öffentlichen Raum, gegenüber einem den Jugendlichen unbekanntem Opfer und tagsüber begangen. Auffällig ist auch, dass der durchschnittliche Gewaltstraftäter etwa 15 Jahre alt, männlich und nicht vorbestraft (52.1%) ist, grundsätzlich zur Schule geht und im Alltag funktioniert.

In der anschliessenden Diskussion wurde insbesondere auf die Vorteile von Electronic Monitoring für das Bedrohungsmanagement gegenüber Jugendlichen hingewiesen, da dadurch dem Jugendlichen Struktur gegeben und ein normaler Schulbesuch ermöglicht werden kann. Es wurde auch die Thematik von Kindern als indirekt Betroffene von Gewalt und ihre Wahrnehmung durch

die Polizei angesprochen. Die Polizei erwähnt die Anwesenheit von Kindern in ihrem Rapport und ggf. werden entsprechende Fachstellen eingeschaltet. Dies sei Teil einer ganzheitlichen Fallbearbeitung.

Im letzten Vortrag der Veranstaltung befasste sich Prof. Dr. iur. NORA MARKWALDER, Professorin für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie unter besonderer Berücksichtigung des Wirtschaftsstrafrechts an der Universität St. Gallen mit dem Thema „Umgang mit gefährdenden Personen im Kantonalen Bedrohungsmanagement – Ergebnisse einer Studie der Universität St. Gallen“. In dieser Studie analysierte MARKWALDER zusammen mit Prof. Dr. MONIKA SIMMLER und zwei weiteren Forschenden die Eigenschaften der gefährdenden Personen, die Organisation der kantonalen Bedrohungsmanagement Fachstellen und wie diese ihre Fälle bearbeiten. Ein besonderer Fokus lag dabei auf der Verwendung und dem Einfluss von algorithmischen Tools im Rahmen der Risikobeurteilung. Gestützt auf die Journaleinträge und Risikobeurteilungsberichte von 293 Fällen in Zürich, Bern und St. Gallen konnten die Forschenden folgende Schlüsse ziehen: Die meisten Gefährdungen (46.5%) treten im Umfeld der häuslichen und sexuellen Gewalt auf. Wie auch in allen anderen Fallgruppen sind die Gefährder mehrheitlich (96% für die häusliche Gewalt) männlich. Ein Grossteil der Täter ist zwischen 26 – 55 Jahre alt. Im Falle der häuslichen Gewalt sind schweizerische Täter zu 38.1% vertreten. Bei allen anderen Formen der Gefährdung machen Schweizer mindestens 50% der Gefährder aus, bei Drohung und Gewalt gegen Behörden sogar bei 71.1%. Mit einer durchschnittlichen Quote von 45.7% über alle Formen der Gefährdung sind Ausländer jedoch im Schnitt leicht überrepräsentiert. Ein auffällig hoher Prozentsatz der Gefährder ist zudem nicht erwerbstätig (38.3% sind arbeitslos, 15.9% beziehen eine Invalidenrente). Psychische Auffälligkeiten wurden in 33.4% der Fälle dokumentiert, diese Personengruppe ist daher ebenfalls überrepräsentiert. Kenntnis von der Gefährdung erhält das kantonale Bedrohungsmanagement auf verschiedene Arten, wobei die häufigsten Formen die Kenntnisnahme durch andere Polizeibehörden (29.2%), eine Meldung durch andere Behörden (19.3%) und eine interne Identifizierung (16.8%) sind. Nur 32.7% der identifizierten Täter waren bereits polizeilich registriert und gegen 45% läuft oder lief mindestens ein dokumentiertes Strafverfahren. Das kantonale Bedrohungsmanagement nahm nach dem ersten Screening nur in 34.5% der Fälle noch eine erweiterte Beurteilung vor. Diese erfolgte grossmehrheitlich (75%) ohne die Verwendung algorithmischer Tools. Wenn Tools verwendet wurden, handelte es sich primär um komplexe Fälle. Hier wurde fast nur Octagon verwendet, das sehr automatisiert und nicht KI-basiert ist. Es wurde weiter festgestellt, dass in den meisten Fällen (94.9%) Massnahmen gegen den Gefährder ergriffen wurden, die meistens jedoch sehr niederschwellig waren. Verbesse-

rungsmöglichkeiten für die Zukunft sahen die Forschenden insbesondere bei der Klärung und Abgrenzung der Zuständigkeiten und der Schaffung klarer Gesetzesgrundlagen, einerseits für die Interaktion innerhalb des Netzwerkes des kantonalen Bedrohungsmanagements und andererseits zur Klärung der Rechtstellung der betroffenen Person.

#### **IV. Podiumsdiskussion und Schlusswort**

In der anschliessenden Podiumsdiskussion wurde unter anderem erneut die Bedeutung einer gesetzlichen Grundlage für das Bedrohungsmanagement betont und festgehalten, dass die polizeiliche Generalklausel, insbesondere mit Blick auf die strafprozessrechtsähnlichen polizeilichen Massnahmen, keine hinreichende Grundlage bilde. Schwierig sei auch das Vorgehen, wenn zwar eine Bedrohung bestehe, aber noch kein Delikt begangen worden sei. Hier gibt es die Untersuchungshaft mit dem Haftgrund der Ausführungsgefahr und bald auch das mobile Electronic Monitoring. Letzterem blicke man zuversichtlich und optimistisch entgegen. Obwohl die Betroffenen über die Durchführungen der Gewaltschutzmassnahmen oft dankbar sind, kann gerade im Umgang mit ihnen eine Verbesserung bspw. durch die Einführung eines forensischen Sozialdienstes erreicht werden.

Im Anschluss fasste Prof. Dr. CHRISTIAN SCHWARZENEGGER die Erkenntnisse der Tagung noch einmal zusammen und betonte die Bedeutung der Zusammenarbeit zwischen Behörden und Kantonen für ein erfolgreiches Bedrohungsmanagement.

# RISIKO RECHT

2. Jahrgang

## HERAUSGEBER

Prof. Dr. Tilmann Altwicker, Universität Zürich;  
PD Dr. Goran Seferovic, Rechtsanwalt, ZHAW School of Management and Law;  
Prof. Dr. Franziska Sprecher, Universität Bern;  
Prof. Dr. Stefan Vogel, Rechtsanwalt, Flughafen Zürich AG/Universität Zürich;  
Dr. Sven Zimmerlin, Oberjurgendanwaltschaft des Kantons Zürich/Universität Zürich.

## WISSENSCHAFTLICHER BEIRAT

Dr. iur. Michael Bütler, Rechtsanwalt, Zürich;  
Dr. iur. Gregor Chatton, Juge au Tribunal administratif fédéral, Chargé de cours à l'Université de Lausanne;  
Prof. Dr. Alexandre Flückiger, Professeur ordinaire de droit public, Université de Genève;  
Prof. Dr. iur. Regina Kiener, em. Ordinaria für Staats-, Verwaltungs- und Verfahrensrecht, Universität Zürich;  
Prof. Dr. iur. Andreas Lienhard, Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Bern;  
Prof. Dr. iur. Markus Müller, Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht sowie öffentliches Verfahrensrecht, Universität Bern;  
Dr. iur. Reto Müller, Dozent ZHAW, Lehrbeauftragter an der Universität Basel und an der ETH Zürich;  
Prof. Dr. iur. Benjamin Schindler, Ordinarius für Öffentliches Recht, Universität St. Gallen;  
Dr. Jürg Marcel Tiefenthal, Richter, Bundesverwaltungsgericht St. Gallen, Lehrbeauftragter an den Universitäten Zürich und St. Gallen.

## REDAKTION

Dr. Tobias Baumgartner, LL.M., Rechtsanwalt /  
MLaw Sophie Tschalèr  
Europa Institut an der Universität Zürich  
Hirschengraben 56  
8001 Zürich  
Schweiz

## URheberrechte

Alle Beiträge in diesem Open Access-Journal werden unter den Creative Commons-Lizenzen CC BY-NC-ND veröffentlicht.

## ERScheinungsweise

R&R – Risiko & Recht erscheint dreimal jährlich online. Die Ausgaben werden zeitgleich im Wege des print on demand veröffentlicht; sie können auf der Verlagswebseite ([www.eizpublishing.ch](http://www.eizpublishing.ch)) sowie im Buchhandel bestellt werden.

## ZITIERweise

R&R, Ausgabe 1/2023, ...

## KONTAKT

EIZ Publishing  
c/o Europa Institut an der Universität Zürich  
Dr. Tobias Baumgartner, LL.M., Rechtsanwalt  
Hirschengraben 56  
8001 Zürich  
Schweiz  
[eiz@eiz.uzh.ch](mailto:eiz@eiz.uzh.ch)

## ISSN

2813-7841 (Print)  
2813-785X (Online)

## ISBN:

978-3-03805-665-2 (Print – Softcover)  
978-3-03805-666-9 (PDF)  
978-3-03805-667-6 (ePub)

## VERSION

1.03-20240319

## DOI

Zeitschrift: <https://doi.org/10.36862/eiz-rrz01>

Ausgabe: <https://doi.org/10.36862/eiz-rr202401>

ALEXANDRA OTT MÜLLER / SVEN ZIMMERLIN, Kinder und Jugendliche im Umfeld von Gewalt – Aufgaben und Möglichkeit der Jugendstrafrechtspflege, <https://doi.org/10.36862/eiz-rr202401-01>

ANDREA SELLE, Staatshaftung im Rahmen der Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben durch Private, <https://doi.org/10.36862/eiz-rr202401-02>

MONIKA SIMMLER / GIULIA CANOVA, Rechtmässigkeit von Open Source-Ermittlungen durch Strafverfolgungsbehörden, <https://doi.org/10.36862/eiz-rr202401-03>

# RISIKO

EIZ  Publishing

**Herausgeber:**

*Prof. Dr. Tilmann Altwicker*  
*PD Dr. Goran Seferovic*  
*Prof. Dr. Franziska Sprecher*  
*Prof. Dr. Stefan Vogel*  
*Dr. Sven Zimmerlin*

**RISIKO & RECHT**

**AUSGABE 01/2024**

# RECHT