

## Der Hausarrest als polizeiliche Massnahme zur Terrorismusbekämpfung aus kinderrechtlicher Sicht

Eine Analyse der Vereinbarkeit der neuen Massnahme des Bundesgesetzes über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT) mit den kinderrechtlichen Garantien im Freiheitsentzug

VIVIEN ALTWEGG

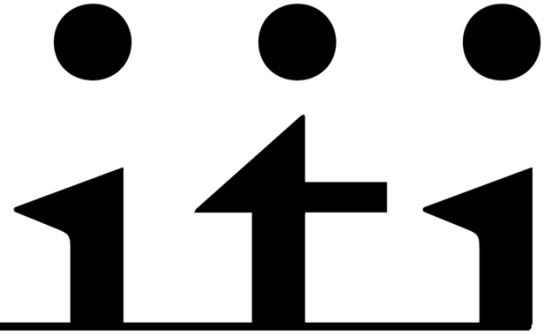
### Zitiervorschlag

ALTWEGG, Der Hausarrest als polizeiliche Massnahme zur Terrorismusbekämpfung aus kinderrechtlicher Sicht, in: cognitio 2021/2.

URL: [cognitio-zeitschrift.ch/2021-2/Altwegg](https://cognitio-zeitschrift.ch/2021-2/Altwegg)

DOI: [10.5281/zenodo.5725300](https://doi.org/10.5281/zenodo.5725300)

ISSN: 2624-8417



## Der Hausarrest als polizeiliche Massnahme zur Terrorismusbekämpfung aus kinderrechtlicher Sicht

Eine Analyse der Vereinbarkeit der neuen Massnahme des Bundesgesetzes über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT) mit den kinderrechtlichen Garantien im Freiheitsentzug

VIVIEN ALTWEGG\*

*Trotz monatelanger Debatten, Konfrontationen und Kritik auf nationaler und internationaler Ebene sowie Widerstand des Referendumkomitees wurde das PMT mit Annahme durch das Schweizer Volk im Juni 2021 zur Tatsache. Kerninhalt des PMT*

\* M.Law, Absolventin der Universität Bern: [vivien\\_altwegg@hotmail.com](mailto:vivien_altwegg@hotmail.com). Bei diesem Beitrag handelt es sich um eine gekürzte Fassung einer Masterarbeit, die von Prof. Dr. Judith Wyttenbach betreut wurde. Die Autorin war im Abstimmungszeitpunkt beim Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA) tätig. Sie äussert sich hier in ihrer persönlichen Eigenschaft. Ihre in diesem Text geäusserten Ansichten sind nicht als offizielle Haltung der Schweiz bzw. des EDA zu verstehen. Es handelt sich nicht um eine Publikation des EDA.

*sind die neuen polizeilichen Massnahmen, die gegen sog. «terroristische Gefährderinnen und Gefährder» angeordnet werden können. Das Gesetz, das neben Erwachsenen auch Kinder ins Visier nimmt, hat zahlreiche menschen- und kinderrechtliche Bedenken hervorgerufen. Nun stellt sich die Frage, wie das PMT in der Praxis völkerrechtskonform umgesetzt werden kann. Dieser Beitrag prüft den Hausarrest als einschneidende Massnahme auf seine Vereinbarkeit mit den kinderrechtlichen Garantien im Freiheitsentzug und schlägt Interpretations- und Revisionsansätze vor, die für eine kinderrechtskonforme Anwendung in der Praxis berücksichtigt werden müssen.*

### Inhaltsübersicht

I. Einleitung	2
II. Das Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT)	3
III. Kinderrechtliches Rahmenwerk	4
A. Kinderrechtliche Verpflichtungen der Schweiz gemäss der UNO-Kinderrechtskonvention	4
B. Kinderrechtliche Garantien im Freiheitsentzug (Art. 37 KRK)	5
IV. Vereinbarkeit des Hausarrests mit den kinderrechtlichen Garantien im Freiheitsentzug und Ansätze für eine konventionskonforme Anwendung	6
A. Rechtmässigkeit	6
B. Willkürverbot	8

1. Vorhersehbarkeit	8
2. Verhältnismässigkeit	8
3. Diskriminierungsverbot	10
C. Letztes Mittel und kürzest angemessene Dauer	10
1. Letztes Mittel	11
2. Kürzest angemessene Dauer	13
CI. Bedingungen an die Behandlung im Freiheitsentzug	14
1. Schutz der Würde und altersbezogenen Bedürfnisse	14
2. Trennung von Erwachsenen	16
3. Kontakt zur Familie	16
CII. Verfahrensgarantien	17
V. Zusammenfassung	18

## I. Einleitung

Terrorismus stellt eine ernsthafte Bedrohung der internationalen Sicherheit und der Menschenrechte dar, dessen Bekämpfung in den letzten Jahrzehnten eine prioritäre Stellung innerhalb der globalen politischen Agenda eingenommen hat.<sup>1</sup> Verschiedene internationale Gremien fordern die Staatengemeinschaft dazu auf, wirksame und erforderliche Massnahmen zur Terrorbekämpfung zu ergreifen.<sup>2</sup> Dabei unterstreichen sie, dass Anti-Terrormassnahmen, die zunehmend auch Kinder anvisieren, stets menschen- und kinderrechtskonform ausgestaltet sein müssen.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Vgl. General Assembly (GA), The United Nations Global Counter-Terrorism Strategy, [A/RES/60/288](#), 2006, Pr.; Human Rights Council (HRC), Terrorism and human rights, [A/HRC/RES/37/27](#), 2018, §1.

<sup>2</sup> Vgl. bspw. [Art. 2 ff. Übereinkommen des Europarats zur Verhütung des Terrorismus](#); GA (Fn. 1), §3(d); Security Council (SC), [S/RES/2178 \(2014\)](#), 2014, §§2, 11-12.

<sup>3</sup> Vgl. bspw. GA, Global study on children deprived of liberty, [A/74/136](#), 2019, §§74 f.; GA, Uniting against terrorism: recommendations for

Vor diesem Hintergrund hat die Schweiz in den letzten Jahren ihr Dispositiv zur Terrorismusbekämpfung verstärkt,<sup>4</sup> jüngst mit der Verabschiedung des Bundesgesetzes über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT)<sup>5</sup> im September 2020. Das PMT ist aufgrund menschen- und kinderrechtlicher Bedenken sowohl auf nationaler wie auch auf internationaler Ebene auf Kritik gestossen.<sup>6</sup> Besonders kontrovers diskutiert wird die Eingrenzung auf eine Liegenschaft (nachfolgend: «Hausarrest»), die bereits gegenüber Jugendlichen ab 15 Jahren verfügt werden kann.<sup>7</sup> Nach der definitiven Annahme des PMT durch das Schweizer Volk im Juni 2021 stellt sich nun die Frage, wie das Gesetz in der Praxis ausgelegt und umgesetzt werden muss, damit die Schweiz ihren menschen- und kinderrechtlichen Verpflichtungen gerecht werden kann.

Im vorliegenden Beitrag wird der Hausarrest als schwerwiegendste Massnahme des PMT auf seine völkerrechtliche Vereinbarkeit mit den Garantien im Freiheitsentzug gemäss der UNO-Kinderrechtskonvention (KRK) geprüft.<sup>8</sup> Einleitend werden Ziel und

---

a global counter-terrorism strategy, [A/60/825](#), 2006, §§32 ff.; GA, Protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, [A/RES/60/158](#), 2005, §1; HRC, Protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism – Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, [A/HRC/40/28](#), 2019, §§1, 52 ff.; HRC (Fn. 1); §§3 ff.; SC (Fn. 2), §§5, 11, 68 ff.; Committee on the Rights of the Child (CRC), General Comment No. 24 (2019) on children's rights in the child justice system, [CRC/C/GC/24](#), 2019, §101; [Art. 2, 3, 12 Übereinkommen des Europarats zur Verhütung des Terrorismus](#).

<sup>4</sup> Bundesrat, Botschaft zum Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus vom 22. Mai 2019, [BBI 2019 4751 ff.](#), S. 4752.

<sup>5</sup> [BBI 2020 7741 ff.](#)

<sup>6</sup> [humanrights.ch, Polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus – Chronologie](#).

<sup>7</sup> [Art. 23o BWIS i.V.m. Art. 24f Abs. 2 BWIS](#).

<sup>8</sup> Nicht eingegangen wird auf die Vereinbarkeit sämtlicher Massnahmen mit

Gegenstand des PMT vorgestellt (Kapitel II.). Anschliessend werden die einschlägigen kinderrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz gemäss der KRK erläutert (Kapitel III.), gefolgt von einer Prüfung der Vereinbarkeit des Hausarrests mit diesen Vorgaben (Kapitel IV.). In diesem Zusammenhang werden Interpretationsansätze und Revisionsvorschläge präsentiert, die als Empfehlungen an die Schweizer rechtsanwendenden Behörden und Gerichte sowie den Gesetzgeber im Hinblick auf eine kinderrechtskonforme Anwendung in der Praxis zu verstehen sind. Die Erörterungen legen nahe, dass durch eine konventionskonforme Auslegung des PMT die kinderrechtlichen Probleme teilweise beseitigt werden könnten. Gewisse Bestimmungen genügen dem kinderrechtlichen Massstab der KRK hingegen nicht und lassen sich nur durch eine partielle Gesetzesrevision vollumfänglich mit der KRK in Einklang bringen.<sup>9</sup>

## II. Das Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT)

Das PMT soll als präventiv-polizeiliches Instrumentarium ausserhalb des Strafrechts ein umfassendes Abwehrdispositiv gegen

den Terrorismus in der Schweiz etablieren.<sup>10</sup> Konkret handelt es sich um eine Revision des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS). Im Zentrum stehen die neuen präventiv-polizeilichen Massnahmen, die auf die Verhinderung terroristischer Straftaten abzielen.<sup>11</sup> Dazu gehören namentlich die Melde- und Gesprächsteilnahmepflicht,<sup>12</sup> das Kontaktverbot,<sup>13</sup> die Ein- und Ausgrenzung,<sup>14</sup> das Ausreiseverbot<sup>15</sup> und schliesslich – als schwerwiegendste Massnahme – der Hausarrest.<sup>16</sup>

Der Hausarrest kann vom Bundesamt für Polizei (Fedpol) gegenüber sog. «terroristischen Gefährderinnen und Gefährdern» angeordnet werden.<sup>17</sup> Dafür müssen «konkrete und aktuelle Anhaltspunkte bestehen, dass von ihr oder ihm eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritter ausgeht, die nicht anders angewendet werden kann».<sup>18</sup> Zudem muss die Person gegen mindestens eine der übrigen polizeilichen Massnahmen verstossen haben.<sup>19</sup> Der Hausarrest soll, wie auch die anderen polizeilichen Massnahmen, vorwiegend ausserhalb eines Strafverfahrens zum Tragen kommen.<sup>20</sup> Ein konkreter Tatverdacht wird nicht vorausgesetzt.<sup>21</sup> Die Eingrenzung kann entweder in der eigenen Wohnung oder in einer sonstigen öffentlichen oder privaten Liegenschaft oder Einrichtung erfolgen.<sup>22</sup> Zeitlich beschränkt sich die Eingrenzungsdauer prinzipiell auf drei Monate, kann jedoch bis auf neun

---

verfassungsrechtlichen und verfahrensrechtlichen Vorgaben oder mit übrigen Menschenrechtsverträgen wie die EMRK. Siehe hierzu bspw. CONINX ANNA, Neue Terrorismusbekämpfung in der Schweiz – Grundlagen und Kritik, in: *ZStrR 2/2021*, S. 183 ff.; MOHLER MARKUS, PMT-Gesetz: Wichtige Bestimmungen sind weder verfassungs- noch EMRK-konform, in: *sui generis 2021*, S. 167 ff.; ZUMSTEG PATRICE MARTIN, Das geplante Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT) – Verfassungsgrundlage und Verfahrensrecht, in: *sui generis 2021*, S. 125 ff.

<sup>9</sup> Siehe Kapitel IV. ff.

---

<sup>10</sup> Bundesrat (Fn. 4), S. 4752, S. 4760 f.

<sup>11</sup> Bundesrat (Fn. 4), S. 4765.

<sup>12</sup> [Art. 23k BWIS](#).

<sup>13</sup> [Art. 23l BWIS](#).

<sup>14</sup> [Art. 23m BWIS](#).

<sup>15</sup> [Art. 23n BWIS](#).

<sup>16</sup> [Art. 23o BWIS](#).

<sup>17</sup> [Art. 23o BWIS i.V.m. Art. 23e BWIS](#).

<sup>18</sup> [Art. 23o Abs. 1 BWIS](#).

<sup>19</sup> [Art. 23o Abs. 2 BWIS](#).

<sup>20</sup> Bundesrat (Fn. 4), S. 4760, S. 4786.

<sup>21</sup> Bundesrat (Fn. 4), S. 4759, S. 4765.

<sup>22</sup> [Art. 23o Abs. 2 BWIS](#).

Monate verlängert werden.<sup>23</sup> Ausnahmen von der Eingrenzung sind nur in bewilligungspflichtigen Einzelfällen möglich.<sup>24</sup> Als Adressaten kommen nicht nur Erwachsene, sondern auch Jugendliche ab 15 Jahren in Frage.<sup>25</sup>

Zur Durchsetzung der polizeilichen Massnahmen besteht zusätzlich die Möglichkeit einer elektronischen Überwachung und Mobilfunklokalisierung.<sup>26</sup> Dies ist möglich, wenn es für den Vollzug aus praktischen oder ressourcentechnischen Gründen unerlässlich ist. Zur Überwachung des Hausarrests können nötigenfalls gar elektronische Vorrichtungen direkt am Körper der Eingegrenzten angebracht werden, etwa am Fuss- oder Handgelenk.<sup>27</sup>

Während der legislative Handlungsbedarf im Rahmen der Vernehmlassung grundsätzlich befürwortet wurde, stiess das Gesetz auf nationaler und auf internationaler Ebene auf Kritik.<sup>28</sup> Beanstandet wurden mitunter die Unvereinbarkeiten der neuen Massnahmen mit den Rechten des Kindes.<sup>29</sup> Nachdem das

PMT im Juni 2021 vom Stimmvolk angenommen wurde, stellt sich in Anbetracht dieser Vorwürfe somit die Frage, wie der Hausarrest in der Praxis kinderrechtskonform angewandt werden kann.

### III. Kinderrechtliches Rahmenwerk

Dieser Beitrag fokussiert sich auf eine völkerrechtliche Prüfung der Konformität des Hausarrests mit den Rechten des Kindes im Freiheitsentzug gemäss der KRK. In diesem Zusammenhang definiert [Art. 37 KRK](#) kinderspezifische Garantien, die im Freiheitsentzug von Minderjährigen zu wahren sind.

#### A. Kinderrechtliche Verpflichtungen der Schweiz gemäss der UNO-Kinderrechtskonvention

Die Schweiz ist als Vertragsstaat an die Normen der KRK gebunden. Die KRK beruht auf einem kinderorientierten Schutzkonzept und sichert Kindern, sprich Personen unter 18 Jahren,<sup>30</sup> einen lückenlosen menschenrechtlichen Schutz zu.<sup>31</sup> Zentrales Leitmotiv ist dabei das Kindeswohl, das bei sämtlichen staatlichen Massnahmen von Amtes wegen vorrangig zu berücksichtigen ist.<sup>32</sup>

Für die Schweiz als monistischer Staat gelten die Normen der KRK unmittelbar und ohne vorgängige Transformation ins nationale

<sup>23</sup> [Art. 23o Abs. 5 BWIS](#).

<sup>24</sup> [Art. 23 Abs. 3 BWIS](#).

<sup>25</sup> [Art. 24 Abs. 2 BWIS](#).

<sup>26</sup> [Art. 23q BWIS](#).

<sup>27</sup> Bundesrat (Fn. 4), S. 4798 f.

<sup>28</sup> Vgl. Fedpol, [Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus – Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens](#), Bern 2018, S. 6 ff; [humanrights.ch](#) (Fn. 6).

<sup>29</sup> Vgl. Netzwerk Kinderrechte Schweiz, [Bundesgesetz über die polizeilichen Massnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus \(PMT\) Änderungen im Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit \(E-BWIS\)](#); NGO-Plattform Menschenrechte Schweiz, [Stellungnahme der NGO-Plattform Menschenrechte Schweiz zum «Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus» \(PMT\) vom 22. Mai 2019](#); Ní AOLÁIN FIONNUALA et al., [Mandats de la Rapporteuse spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste; de la Rapporteuse spéciale sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires; du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'ex-](#)

[pression; du Rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction; et du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants](#), 2020, S. 11 ff.

<sup>30</sup> Soweit die Volljährigkeit nach dem auf das Kind anzuwendenden Recht nicht früher eintritt, vgl. [Art. 1 KRK](#).

<sup>31</sup> [Art. 3 KRK](#); SCHMAHL STEFANIE, in: Schmahl Stefanie (Hrsg.), [Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen – Handkommentar](#), 2. Aufl., Baden-Baden 2017, N 15 zu Einleitung.

<sup>32</sup> Vgl. CRC (Fn. 3) §§6(c), 35; SCHMAHL (Fn. 31), N 28 zu Einleitung.

Recht.<sup>33</sup> Zudem gilt nach Auffassung des Kinderrechtsausschusses (KRA) und des Bundesgerichts, dass zumindest ein Teil der Rechte, darunter die Wahrung des Kindeswohls und die Rechte des Kindes im Freiheitsentzug,<sup>34</sup> von den Schweizer Behörden und Gerichten direkt anwendbar sowie justiziabel sind.<sup>35</sup> Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Völker- und Landesrecht gilt, dass die Schweizer rechtsanwendenden Behörden und Gerichte verpflichtet sind, landesrechtliche Normen völkerrechtskonform auszulegen, um Normkonflikte zu vermeiden.<sup>36</sup>

## B. Kinderrechtliche Garantien im Freiheitsentzug (Art. 37 KRK)

Die kinderrechtlichen Garantien im Freiheitsentzug sind in Art. 37 KRK geregelt. Diese sind sowohl als Zulässigkeitsvoraussetzungen bei der Verhängung freiheitsentziehender Massnahmen wie auch als verfahrens- und materiell-rechtliche Ansprüche jedes betroffenen Kindes zu verstehen.<sup>37</sup> Damit soll den besonderen Schutz- und

Entwicklungsbedürfnissen sowie dem Kindeswohl Rechnung getragen werden.<sup>38</sup> Art. 37 KRK verbietet den Freiheitsentzug von Kindern dabei nicht absolut.<sup>39</sup> Sofern die Anforderungen von Art. 37 KRK erfüllt sind, stellt die freiheitsentziehende Massnahme keine kinderrechtliche Verletzung dar.

Zu beachten ist, dass Art. 37 KRK nicht nur für konventionelle Haftstrafen gilt.<sup>40</sup> Vielmehr stellt jede Form der Festnahme, Inhaftierung oder Unterbringung einer Person in einer öffentlichen oder privaten Einrichtung, die auf Anordnung einer Justiz-, Verwaltungs- oder sonstigen öffentlichen Behörde nicht nach Belieben verlassen werden darf, einen Freiheitsentzug im Sinne der KRK dar.<sup>41</sup> Diese Definition schliesst moderne Erscheinungsformen des Freiheitsentzuges mit ein und gilt inzwischen als internationaler Standard.<sup>42</sup>

Auf den ersten Blick scheint der Hausarrest des PMT dieser Definition zu entsprechen, da demgemäss Fedpol als öffentliche Behörde Betroffenen verbietet, die fragliche Liegenschaft nach freiem Willen zu verlassen. Allerdings kann die Eingrenzung sowohl in der privaten Wohnung wie auch in einer sonstigen Liegenschaft oder

<sup>33</sup> Bundesrat, [Klares Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht - Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 13.3805 vom 12. Juni 2015](#), S. 4.

<sup>34</sup> [Art. 3 KRK](#) und [Art. 37 KRK](#).

<sup>35</sup> [BGE 133 I 286](#), E. 3.2; CRC, General Comment No. 5 (2003), General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42, and 44, para.6), 2003, [CRC/GC/2003/5](#), §§6, 25; CRC, General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, 2013, [CRC/C/GC/14](#), §6(a); Vgl. SCHMAHL (Fn. 31), N 27 zu Einleitung.

<sup>36</sup> Die Pflicht zur völkerrechtskonformen Auslegung lässt sich aus [Art. 5 Abs. 3 und 4 BV](#) ableiten, vgl. TSCHANNEN PIERRE, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2. Aufl., Bern 2007, N 38, S. 175.

<sup>37</sup> TOBIN JOHN/HOBBS HARRY, Article 37. Protection against Torture, Capital Punishment and Arbitrary Deprivation of Liberty, in: Tobin John (Hrsg.), *The UN Convention on the Rights of the Child – A Commentary*, Oxford 2019, S. 1420 ff., S. 1421.

<sup>38</sup> SCHABAS WILLIAM/SAX HELMUT, Art. 37: Prohibition of Torture, Death Penalty, Life Imprisonment and Deprivation of Liberty, in: Alen André et al. (Hrsg.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden 2006, S. 58.

<sup>39</sup> LIEFAARD TON, Deprivation of Liberty of Children, in: Kilkelly Ursula/Liefaard Ton (Hrsg.), *International Human Rights of Children*, Singapore 2019, S. 321 ff.

<sup>40</sup> SCHMAHL (Fn. 31), N 1 zu Art. 37; Vgl. auch DETRICK SHARON, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Den Haag 1999, S. 629; UNICEF, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 3. Aufl., Genf 2007, S. 548.

<sup>41</sup> CRC (Fn. 3), §8; United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty ([Havana Rules](#)), §11b.

<sup>42</sup> Vgl. DETRICK (Fn. 40), S. 629; LIEFAARD (Fn. 39), S. 327.

Einrichtung erfolgen.<sup>43</sup> Während Letzteres dieser Definition entspricht,<sup>44</sup> stellt sich die Frage, ob auch die Eingrenzung auf eine Wohnung oder sonstige Liegenschaft als Freiheitsentzug im Sinne der KRK gilt.

Der KRA hat diesbezüglich noch keine Stellung bezogen, jedoch befürworten ein Teil der Lehre und UNICEF, dass auch der Hausarrest als Freiheitsentzug zu würdigen ist.<sup>45</sup> Mit dem Hausarrest wird die Bewegungsfreiheit durch die Eingrenzung auf einen begrenzten Raum gegen den Willen des Kindes entzogen. Folglich wäre die Einstufung des Hausarrests als Freiheitsentzug die einzig konsequente Würdigung des KRA, insbesondere im Lichte der zentralen Bedeutung der Wahrung des Kindeswohls.<sup>46</sup> Es liesse sich argumentieren, dass der Hausarrest nicht als solcher zu klassifizieren sei, weil Betroffene die Behaglichkeit ihrer eigenen Wohnung geniessen können. Dieses Argument überzeugt indes nicht. Der Hausarrest ist aufgrund des vertrauten Umfelds und höheren Grads an Bewegungsfreiheit und Privatsphäre im Vergleich zur Haft oder Unterbringung in einer Anstalt weniger gravierend. Der freiheitsentziehende Charakter des Hausarrests hat aber ebenso eine stigmatisierende und nachteilige Auswirkung auf die kindliche Entwicklung zur Folge. Zu beachten ist ferner die Tatsache, dass der Hausarrest im Regime der Europäischen Menschenrechtskonvention

(EMRK) als Freiheitsentzug qualifiziert.<sup>47</sup> Es leuchtet nicht ein, weshalb die KRK mit ihrem kinderspezifischen Schutzkonzept in ihrer Definition restriktiver sein sollte als die EMRK. Besonders wenn Kinder betroffen sind, sollte einer möglichst breiten Definition gefolgt werden, um einen umfassenden Schutz zu gewährleisten. Folglich ist denkbar, dass der KRA den Hausarrest künftig als Freiheitsentzug einstufen wird, weshalb die folgende Analyse angezeigt ist.

#### **IV. Vereinbarkeit des Hausarrests mit den kinderrechtlichen Garantien im Freiheitsentzug und Ansätze für eine konventionskonforme Anwendung**

In der Folge wird der Hausarrest auf seine Vereinbarkeit mit den kinderrechtlichen Garantien im Freiheitsentzug gemäss Art. 37 KRK analysiert. Dabei wird geprüft, inwiefern das PMT in diesem Aspekt den kinderrechtlichen Anforderungen gerecht wird. Zudem werden Auslegungs- und Lösungsansätze vorgeschlagen, die im Hinblick auf eine konventionskonforme Umsetzung in der Praxis berücksichtigt werden müssen.

##### **A. Rechtmässigkeit**

Die Rechtmässigkeit als erste allgemeine Voraussetzung gemäss Art. 37 lit. b Satz 1 KRK verlangt eine zugängliche, hinreichend bestimmte Gesetzesgrundlage.<sup>48</sup> Beim Hausarrest ist diese Voraussetzung im

<sup>43</sup> Art. 23o Abs. 2 BWIS.

<sup>44</sup> Der Bundesrat scheint sich dessen ebenfalls bewusst; vgl. Bundesrat (Fn. 4), S. 4795; Fedpol, [Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus \(PMT\) Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens](#), Bern 2017, S. 22.

<sup>45</sup> Vgl. LIEFAARD (Fn. 39), S. 325; NOWAK MANFRED, U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, 2. Aufl., Kehl am Rhein 2005, N 3 zu Art. 9; SCHABAS/SAX (Fn. 38), S. 60; TOBIN/HOBBS (Fn. 37), S. 1468 f.; UNICEF (Fn. 40), S. 557, 560.

<sup>46</sup> G.L.M. TOBIN/HOBBS (Fn. 37), S. 1469, zum analogen Beispiel des Schularrests.

<sup>47</sup> Vgl. bspw. EGMR, [Buzadji v. the Republic of Moldova, 23755/07 \(2016\)](#), §105; Vgl. auch KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 4. Aufl., Basel 2019, S. 542; Human Rights Law Clinic Bern, [Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus, Vernehmlassungsantwort vom 28. März 2018](#), S. 2.

<sup>48</sup> Vgl. TOBIN/HOBBS (Fn. 37), S. 1471.

formellen Sinn erfüllt, denn mit Art. 23o BWIS wird eine zugängliche gesetzliche Grundlage für die Anordnung des Hausarrests als freiheitsentziehende Massnahme geschaffen.

Problematischer erscheinen im materiellen Sinn die vagen Gesetzesbegriffe der «terroristischen Gefährderinnen und Gefährder» sowie der «konkreten und aktuellen Anhaltspunkte» auf eine erhebliche Gefahr von Leib und Leben Dritter.<sup>49</sup> Das Gesetz präzisiert nicht weiter, was mit «konkreten und aktuellen Anhaltspunkten» gemeint ist. Gemäss der Botschaft zum PMT (nachfolgend: «die Botschaft») sind die Anhaltspunkte «konkret», wenn «die Befürchtungen durch das Verhalten der Person begründet und durch Tatsachen erhärtet sind».<sup>50</sup> «Aktuell» sind sie, wenn sie im Zeitpunkt der Anordnung «(noch) vorhanden sind».<sup>51</sup> Als Ergänzung nennt die Botschaft eine beispielhafte Auflistung von möglichen Anhaltspunkten. Diese sind etwa dann gegeben, wenn die Person wegen terroristischen Straftaten vorbestraft ist und offenbar kein Gesinnungswandel stattgefunden hat, wenn diese in der Vergangenheit mit Waffen gedroht hat, sich zu terroristischen Zwecken ins Ausland begeben hat oder mehrfach gewalttätig aufgetreten ist.<sup>52</sup>

Dies deutet darauf hin, dass der Hausarrest als schwerwiegendste polizeiliche Massnahme an einem strikteren Massstab zu bemessen ist.<sup>53</sup> Die Anordnung beruht dennoch auf einer subjektiven Gefahrenabschätzung, die sich auf Vermutungen über die Absichten und potenziellen künftigen Taten der mutmasslichen «Gefährderinnen und

Gefährder» abstützt.<sup>54</sup> Dies ist – wie in der Botschaft selbst erkannt wird – mit «prognostischen Unsicherheiten verbunden».<sup>55</sup> Der genaue Anwendungsbereich wird nicht eindeutig definiert und es bleibt unklar, in welchen konkreten Situationen diese «Anhaltspunkte» gegeben sind. So kann nicht eindeutig ausgeschlossen werden, dass ein «Like» eines Aufrufs zu einem Attentat oder eines gewaltsamen, terroristisch angehauchten Videos auf einer digitalen Plattform als Anhaltspunkt für eine Gefahr von Leib und Leben ausreichen würde.<sup>56</sup> Gerade bei Jugendlichen, die einen unbedachten Umgang mit sozialen Medien haben können, ist dies problematisch. Das PMT leidet somit unter einer begrifflichen Unbestimmtheit.<sup>57</sup> Solche «vagen Gesetzesbestimmungen», die den Freiheitsentzug von Kindern zur Folge haben, sind nach Ansicht des KRA unzureichend.<sup>58</sup> Der Gesetzeswortlaut entspricht somit nicht den Vorgaben der KRK und muss folgendermassen revidiert werden.

Prinzipiell muss der Anordnungsmassstab auf das Vorliegen eines begründeten Tatverdachts erhöht werden, wie es auch für die Anordnung von strafprozessualen Zwangsmassnahmen vorausgesetzt wird.<sup>59</sup>

Der Botschaft zufolge handelt es sich bei den polizeilichen Massnahmen um nicht-

<sup>49</sup> Art. 23o Abs. 1 BWIS; Art. 23e Abs. 1 BWIS.

<sup>50</sup> Bundesrat (Fn. 4), S. 4784.

<sup>51</sup> Bundesrat (Fn. 4), S. 4784.

<sup>52</sup> Bundesrat (Fn. 4), S. 4796.

<sup>53</sup> Vgl. Bundesrat (Fn. 4), S. 4796.

<sup>54</sup> GLM. NGO-Plattform Menschenrechte Schweiz (Fn. 29); gl.M. MOHLER (Fn. 8), S. 135 ff., S. 141.

<sup>55</sup> Bundesrat (Fn. 4), S. 4784; [Offener Brief von universitären Rechtsexpertinnen und Rechtsexperten – Der Entwurf des Bundesgesetzes über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus](#), S. 2.

<sup>56</sup> Vgl. Bundesrat (Fn. 4), S. 4784, wonach die Aktivität auf sozialen Medien für die Anordnung der übrigen polizeilichen Massnahmen ausreichend sein könnte.

<sup>57</sup> GLM. MOHLER (Fn. 8), S. 143; gl.M. ZUMSTEG (Fn. 8), S. 125 ff., S. 127; gl.M. MOHLER (Fn. 8), S. 143.

<sup>58</sup> Vgl. CRC, Concluding Observations: Kazakhstan, 2003, [CRC/C/15/Add. 213](#), §66(c); vgl. auch SCHABAS/SAX (Fn. 38), S. 78.

<sup>59</sup> Vgl. [Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO](#).

pönale Mittel zur Ergänzung des strafprozessualen Instrumentariums, was die Anordnung gegenüber noch nicht straffällig gewordenen Personen rechtfertigt.<sup>60</sup> Der nicht-strafrechtliche Charakter muss jedoch hinterfragt werden. Der Hausarrest ist aufgrund seiner Schwere und den damit verbundenen stigmatisierenden und nachteiligen Auswirkungen auf die kindliche Entwicklung mit einer strafprozessualen Massnahme vergleichbar.<sup>61</sup> Im Übrigen muss der Hausarrest, ebenso wie strafrechtliche Zwangsmassnahmen, vom Zwangsmassnahmengericht genehmigt werden.<sup>62</sup> Es ist aus kinderrechtlicher Sicht nicht vertretbar, eine derart einschneidende Massnahme beruhend auf einer subjektiven Gefahrenprognose anordnen zu können. Mit der Anhebung der Anordnungsschwelle auf einen konkreten Tatverdacht könnte die Gesetzesnorm und damit der Anwendungsbereich konventionsgetreu präzisiert werden.

Alternativ kann die Gesetzesbestimmung mit einem Katalog ergänzt werden, der die rechtfertigenden Anwendungsszenarien abschliessend auflistet.<sup>63</sup> Eine solche Auflistung würde für ein erhöhtes Mass an Rechtssicherheit sorgen und könnte verhindern, dass Hausarrest in unverhältnismässigen Fällen zum Zuge kommt.

## B. Willkürverbot

Als zweite allgemeine Voraussetzung verlangt das Willkürverbot gemäss Art. 37 lit. b Satz 1 KRK, dass die Anordnung eines Freiheitsentzugs vorhersehbar, verhältnismässig und diskriminierungsfrei erfolgt.<sup>64</sup>

<sup>60</sup> Bundesrat (Fn. 4), S. 4765.

<sup>61</sup> GLM. ZUMSTEG (Fn. 8), S. 128.

<sup>62</sup> Art. 23p BWIS.

<sup>63</sup> GLM. MOHLER (Fn. 8), S. 145.

<sup>64</sup> Aufgrund der inhaltlichen Ähnlichkeit von Art. 37 KRK und dem vergleichbaren Art. 9 UNO-

## 1. Vorhersehbarkeit

Mit Blick auf die Vorhersehbarkeit kann auf die Erläuterungen zur Rechtmässigkeit verwiesen werden.<sup>65</sup> Die vorangehenden Erläuterungen führen zum Schluss, dass die Anordnung des Hausarrests aufgrund der Unbestimmtheit der elementaren Gesetzesbegriffe nicht ausreichend vorhersehbar ist.<sup>66</sup> Die geschilderten Lösungsansätze gelten analog im Hinblick auf die Vorhersehbarkeit.

## 2. Verhältnismässigkeit

Im Sinne einer Verhältnismässigkeitsprüfung muss die freiheitsentziehende Massnahme geeignet, erforderlich und angemessen sein, um ein legitimes Ziel zu erreichen.<sup>67</sup> Zunächst stellt sich somit die Frage, ob der Hausarrest ein legitimes Ziel verfolgt. Übergeordnetes Ziel des PMT ist die Gefahrenabwehr und Vorbeugung terroristischer Aktivitäten zum Schutz der Bevölkerung sowie der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundwerte der Schweiz.<sup>68</sup> Unmittelbares Ziel des Hausarrests im Speziellen ist der Schutz der Bevölkerung vor einer terroristischen Gefahr für Leib und Leben.<sup>69</sup> Im Vordergrund steht somit der Schutz der öffentlichen Sicherheit, was gemäss dem KRA einen legitimen Eingriffszweck darstellt.<sup>70</sup> Subsidiär steht der Schutz der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit, was als zulässiges Eingriffsmotiv

---

[Pakt II](#) im Hinblick auf das Willkürverbot, können die Ausführungen zum UNO-Pakt II adhäsionsweise beigezogen werden, vgl. NOWAK (Fn. 45), N 30 zu Art. 9; Human Rights Committee, General Comment No. 35 Article 9 (liberty and security of person), 2014, [CCPR/C/GC/35](#), §12.

<sup>65</sup> Siehe Kapitel IV.A.

<sup>66</sup> GLM. ZUMSTEG (Fn. 8), S. 127; CONINX (Fn. 8), S. 183 ff; S. 193.

<sup>67</sup> TOBIN/HOBBS (Fn. 37), S. 1470.

<sup>68</sup> Vgl. Bundesrat (Fn. 4), S. 4756, S. 4785.

<sup>69</sup> Vgl. Art. 23o Abs. 1 lit. a BWIS.

<sup>70</sup> Vgl. CRC (Fn. 3), §§3, 89.

allgemein anerkannt ist.<sup>71</sup> Ein legitimes Ziel ist folglich gegeben.

Darüber hinaus muss der Hausarrest geeignet sein, dieses Ziel zu erreichen. Geeignet ist eine Massnahme, wenn sie Wirkung auf das angestrebte Ziel entfaltet und dessen Erreichung erleichtert.<sup>72</sup> Mit der Massnahme wird Eingegrenzten verboten, die betroffene Liegenschaft oder Einrichtung zu verlassen, sofern kein Ausnahmegrund vorliegt.<sup>73</sup> Dadurch werden Ausgehmöglichkeiten weitgehend verunmöglicht und Betroffene werden von Orten, an denen sich Menschen versammeln oder kritische Infrastrukturen befinden, ferngehalten. Sofern eine erwiesene Gefahr für Leib und Leben besteht, könnte die Massnahme kurzfristig als geeignet erachtet werden, das unmittelbare Ziel der Verhinderung einer Gefahr gegen Leib und Leben durch ein Terrorattentat zu erreichen.

Um geeignet zu sein, muss dem Hausarrest somit in jedem Fall ein fundierter Verdacht auf eine Gefahr für Leib und Leben Dritter zugrunde liegen. Wo sich die Anhaltspunkte als unbegründet erweisen, ist die Massnahme nicht geeignet, ihren präventiven Zweck zu erfüllen. Vielmehr scheint sie repressiver Natur zu sein und als Bestrafung für die Nichteinhaltung einer der übrigen polizeilichen Massnahmen zu dienen.<sup>74</sup> Somit ist die Einführung eines konkreten Tatverdachts als Anordnungsvoraussetzung des Hausarrests auch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit gefordert.

Zudem ist die Eignung aus Praktikabilitätsgründen nur gegeben, wenn der Hausarrest von einer elektronischen Überwachungsmassnahme begleitet wird, die nötigenfalls die Montage einer

elektronischen Fussfessel vorsieht.<sup>75</sup> Nur so kann die Einhaltung des Hausarrests überprüft werden. Selbst dann kann die Eignung streng genommen in Frage gestellt werden, denn auch mit einer Fussfessel kann sich der oder die Eingegrenzte zum Beispiel in ein Auto begeben und in eine Menschenmenge rasen, bevor die Polizei rechtzeitig eintrifft. Die elektronische Überwachung wirft überdies weitere kinderrechtliche Bedenken auf,<sup>76</sup> welche die Eignung der Massnahme in Frage stellen.

Schliesslich ist wissenschaftlich erwiesen, dass freiheitsentziehende Massnahmen in vielen Fällen nicht zum erhofften Erfolg führen und sich negativ auf die jugendliche Entwicklung auswirken.<sup>77</sup> Mit Blick auf das übergeordnete Ziel der Vorbeugung terroristischer Straftaten kann der Hausarrest somit nur unter Begleitung von sozialen, integrativen oder therapeutischen Massnahmen geeignet sein. Diese müssen zwingend, statt nur «nach Möglichkeit»,<sup>78</sup> vorgesehen sein. Ansonsten könnte die mit der Massnahme verbundene Stigmatisierung vielmehr in einer Radikalisierung der Jugendlichen resultieren, was dem angestrebten Ziel diametral entgegensteht.<sup>79</sup>

Neben der Eignung muss die Massnahme erforderlich sein. Es dürfen mithin keine mildereren Mittel zur Verfügung stehen oder gleichermassen geeignet sein, um das verfolgte Ziel zu erreichen.<sup>80</sup> Zudem muss die Massnahme angemessen sein. Dies setzt eine Interessensabwägung zwischen dem Eingriffsziel und der Schwere des Eingriffs voraus. Hierfür sind zahlreiche Faktoren wie die Dauer, Ausgestaltung und Implikationen der Massnahme sowie die Wahrung der

<sup>71</sup> Vgl. KÄLIN/KÜNZLI, (Fn. 47), S. 116.

<sup>72</sup> Vgl. HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 4. Aufl., Zürich 2002, S. 122.

<sup>73</sup> Vgl. Art. 23o Abs. 1 und 3 BWIS.

<sup>74</sup> Vgl. Art. 23o Abs. 1 lit. b BWIS.

<sup>75</sup> Art. 23q BWIS; Bundesrat (Fn. 4), S. 4776.

<sup>76</sup> Siehe Kapitel IV.D.1.

<sup>77</sup> VAN BUEREN GERALDINE, The International Law on the Rights of the Child, Den Haag 1998, S. 207.

<sup>78</sup> Art. 23f Abs. 2 BWIS.

<sup>79</sup> GLM. Digitale Gesellschaft, in: Fedpol (Fn. 28), S. 13.

<sup>80</sup> Vgl. TOBIN/HOBBS (Fn. 37), S. 1470.

Verfahrensgarantien miteinzubeziehen. Diese Kriterien decken sich inhaltlich mit den kinderspezifischen Voraussetzungen gemäss Art. 37 lit. b-d KRK, die nachfolgend eingehender beurteilt werden.<sup>81</sup>

### 3. Diskriminierungsverbot

Das Willkürverbot verlangt letztlich, dass die Anordnung der freiheitsentziehenden Massnahme diskriminierungsfrei erfolgt. Die Botschaft weist darauf hin, dass eine terroristische, radikale Gesinnung allein die Verfügung des Hausarrests nicht rechtfertigt. Vielmehr brauche es Anhaltspunkte für eine Gefahr für Leib und Leben anderer.<sup>82</sup> Aufgrund der dargelegten Problematik der unklaren Bedeutung dieser «Anhaltspunkte»<sup>83</sup> ist fraglich, ob in der Praxis die diskriminierungsfreie Anwendung ausnahmslos gewährleistet werden kann.<sup>84</sup> Die Anordnung des Hausarrests beruht nicht auf einem konkreten, objektiven Tatverdacht, sondern auf einem subjektiven Generalverdacht gegen eine ganze Gruppe, weshalb das PMT auch als «Gesinnungsstrafrecht» apostrophiert wurde.<sup>85</sup> Für eine konventionskonforme Anwendung dürfen sich die Anhaltspunkte hingegen nicht auf äussere Unterscheidungsmerkmale oder islamophobe Vorurteile stützen. Ansonsten ist dies nicht nur mit dem Willkürverbot unvereinbar, sondern könnte auch auf eine Verletzung des kinderrechtlichen Diskriminierungsverbots hinauslaufen.<sup>86</sup> Sofern dies jedoch in der praktischen Anwendung respektiert wird, ist die Massnahme in dieser Hinsicht

konventionsgerecht. Die vorgeschlagene Einführung eines konkreten Tatverdachts würde der diskriminierungsfreien Anordnung allerdings beisteuern.

### C. Letztes Mittel und kürzest angemessene Dauer

Neben den allgemeinen Bedingungen nennt Art. 37 lit. b Satz 2 KRK weitere kinderspezifische Voraussetzungen. Diese verdeutlichen, dass beim Freiheitsentzug von Kindern Zurückhaltung geboten ist.<sup>87</sup> So darf gemäss der KRK Kindern die Freiheit nur als letztes Mittel und für die kürzest angemessene Dauer entzogen werden.<sup>88</sup>

Die fundamentale Bedeutung dieser Kriterien ist unumstritten.<sup>89</sup> Debattiert wird hingegen deren Reichweite.<sup>90</sup> Ein Teil der Lehre vertritt die restriktive Auffassung, dass diese zusätzlichen Bedingungen ausschliesslich für Freiheitsentzüge im strafrechtlichen Sinne gelten.<sup>91</sup> Dafür spricht, dass der englische Vertragstext im Gegensatz zum restlichen Artikel nicht von Freiheitsentziehung («deprivation of liberty»), sondern von Haft im engeren Sinne («arrest, detention or imprisonment»)

<sup>81</sup> Siehe Kapitel IV.C-IV.E.

<sup>82</sup> Vgl. Bundesrat (Fn. 4), S. 4756, S. 4785; Fedpol (Fn. 44), S. 14.

<sup>83</sup> Siehe Kapitel IV.A.

<sup>84</sup> GLM. Ní AOLÁIN et al., (Fn. 29), S. 12.

<sup>85</sup> Vgl. GLP und GPS, *Justitia et Pax, Privatim, Digitale Gesellschaft*, humanrights.ch, grundrechte.ch, C. Gross, in: Fedpol (Fn. 28), S. 9, S. 11.

<sup>86</sup> Art. 2 KRK.

<sup>87</sup> DETRICK (Fn. 40), S. 630; LIEFAARD (Fn. 39), S. 329; vgl. auch *Havana Rules* (Fn. 41), §2.

<sup>88</sup> SCHMAHL (Fn. 31), N 8 zu Art. 37.

<sup>89</sup> CRC (Fn. 3), §§ 6, 11, 73, 85; CRC, General Comment No. 10 (2007) *Children's rights in juvenile justice*, 2007, CRC/C/GC/10, §§1, 23, 28, 70, 79 f.; LIEFAARD (Fn. 39), S. 327; MANCO EVA, *Detention of the Child in the Light of International Law – A Commentary on Article 37 of the United Nations Convention on the Rights of the Child*, ALF 7 (2015), S. 54 ff., S. 62; SCHABAS/SAX (Fn. 38), S. 82; SCHMAHL (Fn. 31), N 8 zu Art. 37.

<sup>90</sup> LIEFAARD TON, *Deprivation of Liberty of Children in Light of International Human Rights Law and Standards*, Cambridge 2008, S. 85; SCHABAS/SAX (Fn. 38), S. 83.

<sup>91</sup> Vgl. MANCO (Fn. 89), S. 62; SCHMAHL (Fn. 31), N 8 zu Art. 37; VAN BUEREN (Fn. 77), S. 209, S. 214.

spricht.<sup>92</sup> Demgegenüber stehen Stimmen, welche die Anwendbarkeit auf sämtliche Formen des Freiheitsentzuges bejahen.<sup>93</sup> Der KRA hat dazu noch keine Stellung genommen, scheint jedoch dem letztgenannten Ansatz zugeneigt.<sup>94</sup>

Folgt man einer teleologischen Auslegung, wonach die KRK im Lichte des übergeordneten Ziels der Wahrung des Kindeswohls zu interpretieren ist, ist der breite Auslegungsansatz zu befürworten. Zwar ist die Gefängnishaft aufgrund ihrer Schwere an einem strengeren Massstab zu bemessen, jedoch wirken sich andere Erscheinungsformen des Freiheitsentzuges wie der Hausarrest ebenso nachteilig auf die kindliche Entwicklung aus.<sup>95</sup> Es ist schwer nachvollziehbar, weshalb das Schutzniveau ausgerechnet bei den kinderspezifischen Voraussetzungen gemäss Art. 37 lit. b Satz 2 KRK gesenkt werden sollte. Dies stünde dem Sinn und Zweck der KRK, einen lückenlosen Kinderschutz und die Wahrung des Kindeswohls sicherzustellen, entgegen. Es scheint zudem nicht sachgerecht, dass sich der Schweizer Gesetzgeber diesen kinderrechtlichen Verpflichtungen entziehen kann, indem er freiheitsentziehende Massnahmen zur Terrorismusbekämpfung als «nicht-pönal» etikettiert und aus dem Strafrecht hinausverlagert, wie es beim PMT der Fall ist. Folglich muss der Hausarrest auch diesen kinderspezifischen Anforderungen standhalten.

<sup>92</sup> SCHMAHL (Fn. 31), N 8 zu Art. 37; VAN BUEREN (Fn. 77), S. 209.

<sup>93</sup> Vgl. TOBIN/HOBBS (Fn. 37), S. 1473; LIEFAARD (Fn. 39), S. 328; SCHABAS/SAX (Fn. 38), S. 83 ff; VUCKOVIC SAHOVIC NEVENA/DOEK JAAP E./ZERMATTEN JEAN, *The Rights of the Child in International Law*, Bern 2012, S. 151.

<sup>94</sup> Vgl. CRC (Fn. 3), §§8, 85, wo der KRA die Bedeutung der Erfordernisse des letzten Mittels und der kürzest angemessenen Dauer als Grundprinzipien bei der Anordnung von Freiheitsentziehungen betont, ohne Hinweis darauf, dass dies nur im strafrechtlichen Sinne gelte.

<sup>95</sup> Vgl. CRC (Fn. 3), §2.

## 1. Letztes Mittel

Das Erfordernis des letzten Mittels verlangt, dass ein Freiheitsentzug nur verfügt werden darf, wenn sich andere Mittel nicht als geeignet und angemessen erweisen, oder nicht zur Verfügung stehen.<sup>96</sup> Ein Hinweis, dass der Hausarrest als *ultima ratio* konzipiert ist, ergibt sich aus dem Gesetzestext, wonach Anhaltspunkte auf eine «nicht anders abwendbare» Gefahr für Leib und Leben bestehen müssen.<sup>97</sup> Dies wird aber wiederum von den unklaren «Anhaltspunkten» abhängig gemacht, sodass eine voreilige Anordnung nicht ausgeschlossen ist. Zudem gilt der Anordnungsgrundsatz, wonach der Hausarrest erst verfügt werden darf, wenn kantonale Massnahmen der allgemeinen Gefahrenabwehr nicht ausreichend sind.<sup>98</sup> Für eine konventionskonforme Anwendung muss jedoch ausnahmslos sichergestellt werden, dass der Hausarrest subsidiär zu allen alternativen Mitteln zum Tragen kommt.

Als mildere Mittel kommen zum einen die übrigen polizeilichen Massnahmen des PMT infrage. Die Nichteinhaltung einer dieser Massnahmen ist eine notwendige Voraussetzung des Hausarrests.<sup>99</sup> Dies impliziert, dass der Hausarrest erst angeordnet werden kann, wenn zuvor eine andere Massnahme des PMT verhängt wurde. Damit wird das PMT dem Erfordernis des letzten Mittels in gewisser Hinsicht gerecht. Allerdings ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut nicht, dass vorerst sämtliche Massnahmen des PMT auf ihre Wirksamkeit geprüft werden müssen.

Des Weiteren kommen soziale, integrative und therapeutische Massnahmen sowie zivilrechtliche Kinderschutzmassnahmen als

<sup>96</sup> Vgl. LIEFAARD (Fn. 39), S. 331.

<sup>97</sup> Art. 23o Abs. 1 lit. a BWIS.

<sup>98</sup> Art. 23f Abs. 1 lit. b BWIS.

<sup>99</sup> Art. 23o Abs. 1 lit. b BWIS.

mildere Mittel in Betracht.<sup>100</sup> Das Gesetz und die Botschaft betonen den Grundsatz der Subsidiarität, wonach die Massnahmen des PMT erst verfügt werden können, wenn nicht-polizeiliche Massnahmen der terroristischen Gefahr voraussichtlich nicht wirksam begegnen können.<sup>101</sup> Unter welchen konkreten Umständen dies der Fall ist, bleibt dem Ermessensspielraum der Behörden überlassen. Im PMT fehlt mithin eine genaue Umschreibung der Anwendungsschwelle.<sup>102</sup> Anzumerken ist, dass die Botschaft zur Anordnung des Hausarrests gegenüber Kindern präzisiert, dass vorgängig Kinderschutzmassnahmen geprüft werden sollen, die das angestrebte Ziel erreichen könnten.<sup>103</sup> Die Tatsache, dass dies nicht als explizites Erfordernis im Gesetzestext verankert ist, lässt jedoch offen, wie streng dies in der Praxis beachtet wird.

Schliesslich könnten Instrumente des Jugendstrafrechts als alternative Mittel geeignet sein, etwa die Massnahmen nach Art. 12 ff. JStG<sup>104</sup> oder die Untersuchungs- und Sicherheitshaft.<sup>105</sup> Eine polizeiliche Massnahme kann nicht parallel zu einer strafrechtlichen Ersatz- oder Zwangsmassnahme verfügt werden.<sup>106</sup> Das Gesetz schreibt allerdings nicht vor, dass

strafprozessuale Mittel als mildere Alternativen vorab geprüft werden müssen. Im Gegenteil, gerade damit wird die Notwendigkeit der polizeilichen Massnahmen gerechtfertigt, denn gemäss der Botschaft reichen strafprozessuale Mittel nicht aus, um den Terrorismus zu bekämpfen.<sup>107</sup> Dem ist entgegenzuhalten, dass die Untersuchungs- und Sicherheitshaft einen ähnlichen Zweck wie der Hausarrest verfolgt, namentlich die Verhinderung der Ausübungsfahr, wo ein begründeter Tatverdacht besteht.<sup>108</sup> Zwar ist die Haft aufgrund ihres institutionalisierten Charakters nicht milder als der Hausarrest, jedoch beruht sie auf strengeren Anordnungsvoraussetzungen.<sup>109</sup> Somit wäre sie eine geeignete Alternative zum Schutz der Gesellschaft vor terroristischen Gefahren.<sup>110</sup> Der Hausarrest als Präventionsmassnahme soll aber primär ausserhalb des Strafverfahrens zur Anwendung kommen,<sup>111</sup> wo strafprozessuale Mittel keine Option darstellen. Auch die Botschaft befasst sich mit dieser Gegenüberstellung. Demnach sei die Haft jedoch keine ausreichende Alternative, denn dies erfordere eine Drohung. In terroristischen Szenarien sei diese nicht zwingend gegeben, was der Anordnung der Haft im Wege stehen würde.<sup>112</sup> Die Erforderlichkeit der Massnahme mit einer Aushöhlung des rechtsstaatlichen Schutzes zu rechtfertigen, ist jedoch bedenklich.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das PMT gewisse Klauseln enthält, die zumindest eine Anordnung des Hausarrests als Sofortmassnahme verhindern. Sofern das

<sup>100</sup> Vgl. Sicherheitsverbund Schweiz, [Nationale Aktionsplan zur Verhinderung und Bekämpfung von Radikalisierung und gewalttätigem Extremismus vom 4. Dezember 2017](#), S. 13 ff.; Vgl. bspw. [Art. 307 ff. ZGB](#); in Frage käme insbesondere [Art. 314b ZGB](#), der die Unterbringung in einer geschlossenen Einrichtung oder psychiatrischen Klinik unter Wahrung besonderer Vorschriften der fürsorglichen Unterbringung vorsieht.

<sup>101</sup> [Art. 23f Abs. 1 BWIS](#); Bundesrat (Fn. 4), S. 4763, S. 4785.

<sup>102</sup> Siehe Kapitel III.A.

<sup>103</sup> Bundesrat (Fn. 4), S. 4802.

<sup>104</sup> Insb. die persönliche Betreuung nach [Art. 13 JStG](#), die Unterbringung nach [Art. 15 JStG](#) oder das Kontakt- und Rayonverbot nach [Art. 16a JStG](#).

<sup>105</sup> [Art. 27 JStPO](#) i.V.m. [Art. 3 JStPO](#) und [Art. 221 StPO](#).

<sup>106</sup> Vgl. [Art. 23f lit. c BWIS](#).

<sup>107</sup> Bundesrat (Fn. 4), S. 4758, S. 4771.

<sup>108</sup> Vgl. [Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO](#).

<sup>109</sup> Vgl. [Art. 221 Abs. 1 StPO](#), der über blosse «Anhaltspunkte» hinaus einen dringenden Tatverdacht oder ernsthafte Befürchtung voraussetzt, dass eine der in lit. a-c geschilderten Szenarien eintritt.

<sup>110</sup> GLM. SP, vgl. Fedpol (Fn. 28), S. 20.

<sup>111</sup> Bundesrat (Fn. 4), S. 4760.

<sup>112</sup> Bundesrat (Fn. 4), S. 4765.

Erfordernis des letzten Mittels von den rechtsanwendenden Behörden in der Praxis respektiert wird, ist die Anwendung in diesem Punkt konventionskonform. Ein dahingehender Nachdruck lässt sich zwar im erläuternden Bericht erkennen,<sup>113</sup> fehlt jedoch als ausdrücklicher Verweis in der Botschaft und im Gesetzestext. Um die Anwendung des Hausarrests bei Minderjährigen konventionsgetreu ausnahmslos als *ultima ratio* sicherzustellen, empfiehlt es sich, die Bedingung des letzten Mittels explizit als dritte gesetzliche Anordnungsvoraussetzung für den Hausarrest bei Kindern zu verankern.<sup>114</sup>

## 2. Kürzest angemessene Dauer

Mit dem Kriterium der kürzest angemessenen Dauer verlangt die KRK, dass freiheitsentziehende Massnahmen gegenüber Kindern zeitlich auf ein Minimum zu begrenzen sind.<sup>115</sup> In Anlehnung an die Wahrung des Kindeswohls ist mit der kürzest angemessenen Dauer gemeint, dass die Massnahme nur so lange andauern darf, wie es zur Erreichung des Eingriffsziels «notwendig» ist<sup>116</sup> bzw. so «kurz wie möglich» andauert.<sup>117</sup> Es ist dem Ermessen der Vertragsstaaten überlassen, welche Dauer sie als angemessen erachten.<sup>118</sup> Die KRK und der KRA schweigen zur Frage der Höchstdauer.<sup>119</sup> Der KRA betont aber, dass sich das Zeitempfinden von Kindern gegenüber demjenigen Erwachsener unterscheidet und dass sich lange Massnahmen nachteilig auf die kindliche

Entwicklung auswirken.<sup>120</sup> Als zeitlicher Indikator dient die Auffassung des KRA, wonach die Untersuchungshaft von mehreren Monaten als gravierende Verletzung von Art. 37 lit. b KRK zu werten ist.<sup>121</sup>

Mit Blick auf den Hausarrest lässt sich somit keine eindeutige Aussage treffen, welche Dauer «angemessen» und damit aus kinderrechtlicher Sicht zulässig wäre. Die Beurteilung liegt im Ermessensspielraum der Schweizer rechtsanwendenden Behörden und Gerichten und hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Zu berücksichtigen sind hierbei beispielsweise die Gründe und Modalitäten der Eingrenzung und ob parallel soziale, integrative oder therapeutische Massnahmen verfügt werden.

Daraus ergibt sich, dass die Dauer des Hausarrests von mehreren Monaten nicht *per se* konventionswidrig ist, sofern diese den Umständen entsprechend angemessen ist. Ob die Dauer von bis zu neun Monaten als kurzmöglichste Dauer gerechtfertigt werden kann, muss jedoch hinterfragt werden. Die Massnahmendauer von mehreren Monaten ist angesichts des Ziels der *unmittelbaren* Gefahrenabwehr überschüssend, zumal der Hausarrest als Präventionsmassnahme konzipiert ist. Dies gilt erst recht in Anbetracht der Tatsache, dass Betroffene noch keine Straftat angedroht oder begangen haben müssen.<sup>122</sup> Vergleicht man die Massnahme im Übrigen mit der Untersuchungshaft, die in ihren Auswirkungen auf die kindliche Entwicklung und soziale Wiedereingliederung mit dem Hausarrest vergleichbar ist, wird es schwierig, die Eingrenzungsdauer von mehreren Monaten vor dem KRA zu rechtfertigen. Besonders die Eingrenzung von mehr als drei Monaten scheint aus

<sup>113</sup> Fedpol (Fn. 44), S. 22.

<sup>114</sup> Gl.M. zur Notwendigkeit eines zusätzlichen Absatzes, der zur Berücksichtigung einer allfälligen Minderjährigkeit verpflichtet, ZUMSTEG (Fn. 8), S. 134.

<sup>115</sup> Vgl. MANCO (Fn. 89), S. 62.

<sup>116</sup> TOBIN/HOBBS (Fn. 37), S. 1472.

<sup>117</sup> CRC, Concluding Observations: Oman, 2006, CRC/C/OMN/CO/2, §68(c)–(d).

<sup>118</sup> TOBIN/HOBBS (Fn. 37), S. 1472.

<sup>119</sup> Vgl. LIEFAARD (Fn. 90), S. 196, 198.

<sup>120</sup> CRC (Fn. 35), §93.

<sup>121</sup> CRC (Fn. 89), §80; Vgl. LIEFAARD (Fn. 90), S. 198.

<sup>122</sup> Vgl. Bundesrat (Fn. 4), S. 4759, S. 4765.

Verhältnismässigkeitsgründen für eine nicht-straftprozessuale Präventionsmassnahme *prima facie* nicht adäquat.

Folglich müssen die rechtsanwendenden Behörden stets eine sorgfältige Abwägung der Angemessenheit der Massnahmendauer vornehmen, wobei das Kindeswohl stets prioritär berücksichtigt werden muss.<sup>123</sup> Von zu langen Eingrenzungen ist daher grundsätzlich abzusehen. Um zeitlich übermässige Eingrenzungen zu verhindern, empfiehlt sich die Streichung der Verlängerungsmöglichkeit gemäss Art. 23o Abs. 5 BWIS von bis zu neun Monaten, zumindest im Anwendungsfall von Minderjährigen. Zudem sollte auch das Erfordernis der kürzest angemessenen Dauer als explizite Anordnungs-voraussetzung für den Hausarrest bei Jugendlichen festgehalten werden.

#### D. Bedingungen an die Behandlung im Freiheitsentzug

Eine weitere kinderspezifische Voraussetzung, an der die Zulässigkeit des Hausarrests bemessen werden muss, sind die Bedingungen an die Behandlung des Kindes im Freiheitsentzug gemäss Art. 37 lit. c KRK. Im Kern steht die Verpflichtung, jedes der Freiheit beraubte Kind menschlich, würdevoll und entsprechend seinen altersbezogenen Entwicklungs- und Schutzbedürfnissen zu behandeln.<sup>124</sup> Dies ist umso mehr gefordert angesichts des engen Zusammenhangs von Art. 37 lit. c KRK mit anderen Kinderrechten. Zu erwähnen sind insbesondere das Recht auf Privatleben und Familie,<sup>125</sup> das Recht auf Gesundheit,<sup>126</sup> das Recht auf einen angemessenen

Lebensstandard,<sup>127</sup> das Recht auf Bildung<sup>128</sup> und das Recht auf Ruhe und Freizeit.<sup>129</sup>

#### 1. Schutz der Würde und altersbezogener Bedürfnisse

Die erste Schutzkomponente bezieht sich auf die Würde und altersbezogenen Bedürfnisse des Kindes.<sup>130</sup> Dies umfasst Minimalgarantien, etwa eine angemessene Ausstattung der Unterkunft, das Bereitstellen von Freizeit- und Sportaktivitäten sowie Ausbildungs-, Arbeits- und Erholungsmöglichkeiten. Ferner gehören dazu die Gewährleistung medizinischer Versorgung sowie der Schutz der Privatsphäre.<sup>131</sup> Das PMT enthält gewisse dahingehende Bestimmungen. Im Gesetz fehlt hingegen ein individualisierter Ansatz, der zwischen der Behandlung eingegrenzter Jugendlicher und Erwachsener unterscheidet und den kinderspezifischen, altersbezogenen Bedürfnissen besondere Achtung schenkt.

Einerseits sieht das Gesetz Ausnahmen vom Hausarrest vor.<sup>132</sup> Diese unterliegen allerdings einer Bewilligungspflicht und sind nur aus wichtigen medizinischen, bildungs- und erwerbstechnischen, religiösen oder familiären Gründen gestattet. Weder das Gesetz noch die Botschaft präzisieren, wann diese «Wichtigkeit» gegeben ist. Beispielsweise bleibt fraglich, ob medizinische Ausnahmen auch für jährliche Kontrollen gewährt, oder nur in Ernstfällen bewilligt werden. Letzteres würde dem kinderrechtlichen Massstab nicht entsprechen.<sup>133</sup> Zudem ist unklar, inwiefern Ausbildungs- und Arbeitsmöglichkeiten den

<sup>123</sup> Vgl. auch Art. 3 KRK.

<sup>124</sup> SCHMAHL (Fn. 31), N 10 Art. 37; vgl. auch LIEFAARD (Fn. 39), S. 334; CRC (Fn. 35), §55.

<sup>125</sup> Art. 16 KRK.

<sup>126</sup> Art. 24 KRK.

<sup>127</sup> Art. 27 KRK.

<sup>128</sup> Art. 28-29 KRK.

<sup>129</sup> Art. 31 KRK; gl.M. NÍ AOLÁIN et al. (Fn. 29), S. 2; LIEFAARD (Fn. 39), S. 336.

<sup>130</sup> Art. 37 lit. c Satz KRK.

<sup>131</sup> SCHMAHL (Fn. 31), N 10 zu Art. 37; vgl. CRC (Fn. 3), §95; CRC (Fn. 89), §89; Havana Rules (Fn. 41), §§32, 38, 47, 49.

<sup>132</sup> Vgl. Art. 23o Abs. 3 BWIS.

<sup>133</sup> Vgl. CRC (Fn. 3), §95(d).

eingegrenzten Jugendlichen zustehen. Der erläuternde Bericht betonte, dass das Fernhalten schulpflichtiger Kinder vom Unterricht durch die Massnahme nur zulässig sei, wenn dies unentbehrlich sei.<sup>134</sup> Es findet sich aber keine vergleichbare Konkretisierung in der Botschaft oder im PMT. Unklar ist auch, ob die Ausbildung nicht-schulpflichtiger Jugendlicher oder alltägliche berufliche Verpflichtungen als «wichtige» Gründe gelten.<sup>135</sup> Diese offenen Fragen begründen Zweifel an einer ausnahmslosen, kindergerechten Umsetzung in der Praxis.

Andererseits präzisiert das Gesetz für den Hausarrest ausserhalb der privaten Wohnung, dass die Liegenschaft Möglichkeiten zur selbstbestimmten Lebensführung und -gestaltung sowie ein häusliches Umfeld bieten muss.<sup>136</sup> Gemeint sind der Zugang zu Fernsehen, Radio und Internet sowie Möglichkeiten zur selbständigen Nahrungszubereitung und Befriedigung der hygienischen Bedürfnisse sowie der Schutz der Privatsphäre.<sup>137</sup> Damit wird den kinderrechtlichen Anforderungen nur teilweise entsprochen. Für eine Grundausstattung an Verpflegungs- und Freizeitmöglichkeiten wird gesorgt. Allerdings fehlt ein differenzierter Ansatz, wonach Jugendliche Zugang zu altersgerechten Sport- und Freizeitaktivitäten sowie Ausbildungs- und Arbeitsmöglichkeiten haben. Auch der Schutz der Privatsphäre ist unter Umständen nicht gewährleistet, da der Hausarrest aus praktischen Gründen von einer elektronischen Überwachungsmassnahme begleitet werden müsste, um die Einhaltung des Hausarrests zu kontrollieren.<sup>138</sup> Spätestens wenn elektronische Vorrichtungen am Körper angebracht werden und eine Dauerüberwachung

möglich wird, ist der Schutz der Privatsphäre, und darüber hinaus die Wahrung der Kindeswürde, nicht mehr sichergestellt.<sup>139</sup>

Um den Schutz der Würde, der altersbezogenen Bedürfnisse, des Wohls und der Entwicklung des Kindes konventionsgetreu zu gewährleisten, müssen bei der Anwendung des Hausarrests folgende Begleitmassnahmen und Gesetzesanpassungen berücksichtigt werden. Erstens müssen der ordentliche Schulbesuch, sonstige ausbildungs- und arbeitsverwandte Verpflichtungen und reguläre medizinische Abklärungen sämtlicher Minderjähriger als «wichtige» Ausnahmefälle erachtet und gewährt werden. Zweitens sollte der Ausnahmekatalog im Anwendungsfall von Minderjährigen ausgeweitet werden, um Ausnahmen für Freizeit- und Sportaktivitäten vorzusehen. In diesem Zusammenhang muss auch sichergestellt werden, dass die betroffene Liegenschaft, sei es eine öffentliche oder private Einrichtung oder die private Wohnung, über die minimalistischen Möglichkeiten zur selbstbestimmten Lebensführung und -gestaltung hinaus Freizeit- und Sportmöglichkeiten bieten. Ferner ist es aus kinderrechtlicher Sicht gefordert, die Massnahme nicht nur «nach Möglichkeit»,<sup>140</sup> sondern in jedem Fall mit sozialen, integrativen oder therapeutischen Massnahmen zu begleiten, um die Entwicklung des Jugendlichen zu fördern, eine allfällige Radikalisierung vorzubeugen und eine bestmögliche Wiedereingliederung in die Gesellschaft zu ermöglichen. Schliesslich ist mit Blick auf den Schutz der Privatsphäre bei der parallelen Anordnung einer elektronischen Überwachung, besonders beim Anbringen elektronischer Fussfesseln und Armbänder, Zurückhaltung geboten bzw. gänzlich davon abzusehen.

<sup>134</sup> Fedpol (Fn. 44), S. 22.

<sup>135</sup> G.L.M. Ní AOLÁIN et al. (Fn. 29), S. 12.

<sup>136</sup> Art. 23o Abs. 2 lit. b BWIS.

<sup>137</sup> Bundesrat (Fn. 4), S. 4797.

<sup>138</sup> Vgl. Art. 23q Abs. 1 BWIS.

<sup>139</sup> Vgl. Bundesrat (Fn. 4), S. 4798 f.

<sup>140</sup> Art. 23f Abs. 2 BWIS.

Zusammenfassend ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut nicht eindeutig, ob der Schutz der Würde und der altersbezogenen Bedürfnisse eingegrenzter Jugendlicher in jedem Fall gewährleistet ist. Unter Berücksichtigung der geschilderten Empfehlungen, die sich an dem vom KRA geforderten individualisierten und differenzierten Ansatz orientieren,<sup>141</sup> ist eine kinderrechtskonforme Anwendung in der Praxis jedoch denkbar.

## 2. Trennung von Erwachsenen

Als zweite Schutzkomponente verlangt die KRK die Trennung von Erwachsenen im Freiheitsentzug, sofern das Kindeswohl kein anderes Vorgehen fordert.<sup>142</sup> Mit Blick auf eine konventionsgerechte Anwendung des Hausarrests ist dies in zweierlei Hinsicht relevant. Erstens müssen die Schweizer Behörden sicherstellen, dass Jugendliche, die in eine Einrichtung verlegt werden, von Erwachsenen getrennt werden. Zweitens darf das Kindeswohl nicht als Vorwand missbraucht werden, um Jugendliche von ihren Eltern zu trennen. Gemäss der Botschaft ist dies dann vorstellbar, wenn nach Einschätzung der Behörden die Eltern ebenfalls terroristisch gesinnt sind und mit ihrem Gedankengut die Begehung einer terroristischen Straftat durch ihr Kind begünstigen könnten.<sup>143</sup> Aufgrund der bereits dargelegten Problematik zu den unklaren Terrorismusbegriffen<sup>144</sup> ist wiederum fraglich, in welchen Situationen eine Trennung von den Eltern tatsächlich angebracht wäre. Für eine konventionskonforme Anwendung muss jedenfalls eine sorgfältige Abwägung zwischen den ermittelten Umständen, die für eine Trennung sprechen, und dem Kindeswohl vorgenommen werden.

<sup>141</sup> CRC (Fn. 35), §55.

<sup>142</sup> Art. 37 lit. c Satz 2 KRK.

<sup>143</sup> Bundesrat (Fn. 4), S. 4797.

<sup>144</sup> Siehe Kapitel IV.A.

## 3. Kontakt zur Familie

Das dritte Schutzelement begründet ein Recht, mittels Korrespondenz und Besuchsmöglichkeiten den Kontakt zur Familie zu pflegen.<sup>145</sup> Einschränkungen dieses Rechts sind nur zulässig, wenn es das Kindeswohl erfordert.<sup>146</sup> Zudem müssen Kontaktmöglichkeiten zu Gleichaltrigen und zum weiteren sozialen Umfeld ermöglicht werden.<sup>147</sup>

Dieser Anspruch wird im Hinblick auf den Hausarrest vor allem dann relevant, wenn Jugendliche in eine fremde Liegenschaft oder Einrichtung verlegt und von ihrer Familie getrennt werden. Für die rechtsanwendenden Behörden bedeutet das, dass eine Anordnung des Hausarrests gegenüber Minderjährigen nur zulässig wäre, wenn der Kontakt zu den Eltern, Familie und Gleichaltrigen gewährleistet wäre.

Das Gesetz sieht eine Ausnahmemöglichkeit im Falle wichtiger familiärer Verpflichtungen vor.<sup>148</sup> Zudem dürfen der Kontakt zur Aussenwelt und das soziale Umfeld nur insoweit eingeschränkt werden, als es zum Vollzug der Massnahme zwingend notwendig ist.<sup>149</sup> Demnach sollte der Kontakt zur Familie und zu anderen Jugendlichen grundsätzlich möglich sein. Die Bestimmung bleibt aber interpretationsbedürftig und es ist nicht klar, unter welchen konkreten Umständen dem Jugendlichen der Kontakt zum sozialen Umfeld und zur Familie nicht mehr gewährleistet ist.

Folglich müssen für eine konventionsgetreue Umsetzung des Hausarrests in der Praxis die Ausnahmemöglichkeiten bei familiären

<sup>145</sup> Art. 37 lit. c Satz 2 KRK; vgl. CRC (Fn. 3), §94; CRC (Fn. 89), §87; vgl. auch [Havana Rules](#) (Fn. 41), §§59 ff; TOBIN/HOBBS (Fn. 37), S. 1490.

<sup>146</sup> VAN BUEREN (Fn. 77), S. 219.

<sup>147</sup> Vgl. CRC (Fn. 3), §95(e); CRC (Fn. 89), §89; vgl. auch [Havana Rules](#) (Fn. 41), §§59 ff.

<sup>148</sup> Art. 23o Abs. 3 BWIS.

<sup>149</sup> Art. 23o Abs. 4 BWIS.

Verpflichtungen im Anwendungsfall von Minderjährigen grosszügig ausgelegt werden. Demgegenüber muss die Notwendigkeit, den Kontakt zur Aussenwelt und das soziale Leben einzuschränken, restriktiv ausgelegt werden. Gelingt dies nicht, sollte die Möglichkeit, den Jugendlichen auf eine sonstige Liegenschaft oder Einrichtung zu verlegen,<sup>150</sup> im Rahmen einer Gesetzesrevision aufgehoben werden, um den Anforderungen der KRK hinsichtlich des Kontakts zur Familie gerecht zu werden.<sup>151</sup>

### E. Verfahrensgarantien

Schliesslich sichert Art. 37 lit. d KRK Kindern, denen die Freiheit entzogen wird, verfahrensrechtliche Garantien zu. Einerseits besteht ein Recht auf effektiven Rechtsschutz. Dies begründet den Anspruch, die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs von einem Gericht oder einer anderen zuständigen, unabhängigen und unparteiischen Behörde umgehend überprüfen und allenfalls aufheben zu lassen.<sup>152</sup> Gemäss dem KRA hat dies innert 24 Stunden nach Anordnung der Massnahme zu erfolgen,<sup>153</sup> um die kindliche Entwicklung nicht unnötig zu hindern.<sup>154</sup>

Im Falle des Hausarrests kann jederzeit ein Gesuch um Aufhebung bei Fedpol als zuständige Behörde eingereicht werden.<sup>155</sup> Fedpol hat innert drei Tagen über das Gesuch zu entscheiden. Im Falle eines negativen Entscheids wird das Gesuch in

zweiter Instanz an das Zwangsmassnahmengericht weitergeleitet. Dieses hat innert fünf Tagen über die Rechtmässigkeit der Anordnung zu urteilen.<sup>156</sup> In dritter Instanz kann Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben werden.<sup>157</sup> Das PMT stellt Betroffenen somit Rechtsmittel zur Überprüfung der Rechtmässigkeit und Angemessenheit der Anordnung des Hausarrests zur Verfügung und genügt in diesem Aspekt den Anforderungen der KRK.

Probleme lassen sich vielmehr in zeitlicher Hinsicht feststellen. Für die initiale Überprüfung stehen Fedpol über die vom KRA geforderten 24 Stunden hinaus drei Tage zur Verfügung. Ausserdem sind die Überprüfungsfristen für das Zwangsmassnahmengericht relativ lange – vor allem in Anbetracht der Tatsache, dass es sich um Minderjährige handelt, die noch nicht zwingend straffällig geworden sind, und dass die Beschwerden keine aufschiebende Wirkung haben.<sup>158</sup> Aus rechtstaatlicher und kinderrechtlicher Sicht ist nicht nachvollziehbar, weshalb diese Überprüfungsfristen im Vergleich zur Anordnung der Untersuchungshaft länger sind, zumal die Anordnungsschwelle des Hausarrests tiefer liegt als bei den strafprozessualen Massnahmen.<sup>159</sup> Um diese Fristen mit der KRK in Einklang zu bringen, sollten sie somit auf 24 Stunden, mindestens aber auf 48 Stunden, analog zu den Fristen bei der Untersuchungshaft, gekürzt werden.<sup>160</sup>

<sup>150</sup> Art. 23o Abs. 2 BWIS.

<sup>151</sup> Zu beachten wären ferner die Auswirkungen eines simultanen Kontaktverbots gemäss Art. 23i BWIS.

<sup>152</sup> CRC (Fn. 3), §89, vgl. auch SCHMAHL (Fn. 31), N 13 zu Art. 37.

<sup>153</sup> CRC (Fn. 3), §90 f.; Nach dem Wortlaut bezieht sich dies auf Verhaftungen, sinngemäss ist es jedoch auf alle freiheitsentziehenden Massnahmen anwendbar.

<sup>154</sup> MANCO (Fn. 89), S. 75; vgl. auch CRC (Fn. 35), §93.

<sup>155</sup> Art. 23f Abs. 4 BWIS.

<sup>156</sup> Art. 23p Abs. 4 BWIS.

<sup>157</sup> Art. 24g BWIS.

<sup>158</sup> Art. 24 Abs. 3 BWIS.

<sup>159</sup> Vgl. Art. 224 Abs. 2 und Art. 226 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 27 Abs. 2 JStPO und Art. 3 Abs. 1 JStPO; gl.M. Human Rights Law Clinic Bern, (Fn. 47), S. 3.

<sup>160</sup> Vgl. Art. 224 Abs. 2 und Art. 226 Abs. 1 StPO; gl.M. Human Rights Law Clinic Bern (Fn. 47), S. 3.

Des Weiteren haben Kinder ein Recht auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand.<sup>161</sup> Das PMT enthält keine Vorschriften zur zwingenden Einsetzung einer Rechtsvertretung, wenn der Hausarrest gegen Minderjährige verfügt wird.<sup>162</sup> Dadurch entsteht eine Gesetzeslücke, denn die strafrechtlichen Bestimmungen zum Rechtsbeistand sind nicht anwendbar,<sup>163</sup> wenn die Massnahme ausserhalb des Strafverfahrens zum Zuge kommt, wie es für den Hausarrest in den meisten Fällen vorgesehen ist.<sup>164</sup> Folglich sollte die Gesetzesbestimmung revidiert werden und die obligatorische Einsetzung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands ausdrücklich vorsehen,<sup>165</sup> um den Anforderungen von Art. 37 lit. d KRK vollumfänglich zu genügen.

Ein weiterer Aspekt betrifft das Mindestalter bei Freiheitsentziehungen. Während der Vertragstext der KRK diesbezüglich keine Anforderungen stellt, empfiehlt der KRA ein Mindestalter von 16 Jahren.<sup>166</sup> Beim Hausarrest liegt die Altersgrenze bei 15 Jahren und somit leicht unter dem vom KRA akzeptierten Schwellenwert.<sup>167</sup> Folglich sollte das Mindestalter auf mindestens 16 Jahre angehoben werden, was auch im Lichte des Kindeswohls gefordert scheint, sofern die Anwendungsmöglichkeit bei Jugendlichen nicht gänzlich aufgehoben wird.

Um diese kinderrechtlichen Garantien und die besondere Schutzbedürftigkeit von Kindern auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht zu respektieren, empfiehlt sich

<sup>161</sup> CRC (Fn. 3), §89; Vgl. auch SCHMAHL (Fn. 31), N 14 zu Art. 37.

<sup>162</sup> Vgl. Kinderanwaltschaft Schweiz, [Änderung des Bundesgesetzes über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus \(PMT\): Stellungnahme zur Vernehmlassung vom 8. Februar 2018](#).

<sup>163</sup> Art. 23 ff. JStPO und Art. 127 ff. StPO.

<sup>164</sup> Vgl. Bundesrat (Fn. 4), S. 4760, S. 4786.

<sup>165</sup> GLM. ZUMSTEG (Fn. 8), S. 134.

<sup>166</sup> CRC (Fn. 3), §89.

<sup>167</sup> Art. 24f Abs. 2 BWIS.

schliesslich, die Zuständigkeit des Zwangsmassnahmengerichts zu revidieren und stattdessen die Kompetenz einem Jugendgericht zu erteilen.<sup>168</sup>

Zusammenfassend besteht somit auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht ein Revisionsbedarf, um den Hausarrest vollumfänglich mit den kinderrechtlichen Anforderungen in Einklang zu bringen.

## V. Zusammenfassung

Eine abschliessende Beurteilung der kinderrechtlichen Vereinbarkeit des Hausarrests hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Die vorangehenden Erörterungen machen jedoch deutlich, dass der Hausarrest verschiedene kinderrechtliche Probleme aufwirft. Diese lassen sich teilweise im Rahmen einer konventionskonformen Auslegung beseitigen oder zumindest begrenzen. So besteht hinsichtlich der Erfordernisse des letzten Mittels und der kürzest angemessenen Dauer sowie der Behandlung des Kindes im Freiheitsentzug ein gewisser Auslegungsspielraum, wonach eine konventionsgetreue Umsetzung in der Praxis unter diesen Gesichtspunkten nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist.

In anderen Aspekten stösst die völkerrechtskonforme Auslegung jedoch an ihre Grenzen. Insbesondere die unklaren Gesetzesbestimmungen, die Möglichkeit der parallelen elektronischen Überwachung, die verfahrensrechtlichen Bestimmungen und die Altersgrenze entsprechen nicht den kinderrechtlichen Vorgaben. Somit ist das Gesetz aus kinderrechtlicher Sicht kritisch zu beurteilen.<sup>169</sup>

<sup>168</sup> GLM. ZUMSTEG (Fn. 8), S. 134.

<sup>169</sup> GLM. u.a. [Brief der Kommissarin für Menschenrechte an die Sicherheitskommission vom 7. Mai 2020](#); NÍ AOLÁIN et al. (Fn. 29); JAFFÉ PHILIPP D./ZERMATTEN JEAN, «Anti-

Um diese kinderrechtlichen Bedenken gänzlich zu eliminieren, scheint eine partielle Gesetzesrevision unausweichlich.<sup>170</sup> Diese sollte grundsätzlich die Streichung des Hausarrests oder zumindest die Anwendungsmöglichkeit bei Jugendlichen vorsehen.<sup>171</sup> Andernfalls müssen die Schweizer rechtsanwendenden Behörden und Gerichte sicherstellen, dass der Hausarrest in der Praxis entlang den Vorgaben der KRK umgesetzt wird. Die somit notwendigen Auslegungsansätze und Revisionsvorschläge lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Anhebung des Anordnungsmassstabs auf einen begründeten Tatverdacht oder zumindest die Aufnahme eines abschliessenden Anwendungskatalogs, der die «konkreten und aktuellen Anhaltspunkte» konkretisiert;<sup>172</sup>
- Diskriminierungsfreie Anordnung, die sich nicht auf äussere Unterscheidungsmerkmale oder islamophobe Vorurteile stützt;<sup>173</sup>
- Zwingende Begleitung von sozialen, integrativen oder therapeutischen Massnahmen in jedem Fall;<sup>174</sup>
- Anordnung nur als letztes Mittel und Aufnahme dieses Kriteriums als formelle Voraussetzung für die Anordnung des Hausarrests gegenüber Minderjährigen;<sup>175</sup>
- Sorgfältige Prüfung der Angemessenheit der Dauer unter Berücksichtigung des Kindeswohls, Aufnahme dieses Kriteriums als formelle Anordnungsvoraussetzung bei Minderjährigen und Streichung der Verlängerungsmöglichkeit;<sup>176</sup>
- Differenzierte Behandlung von Erwachsenen und Minderjährigen bei der praktischen Anwendung des Hausarrests, unter Wahrung des Kindeswohls;<sup>177</sup>
- Grosszügige Auslegung der «wichtigen» Gründe zur Ausnahme des Hausarrests und Ausweitung dieses Ausnahmekatalogs zur Gewährleistung von Ausbildungs-, Arbeits- und Erholungsmöglichkeiten, Sport- und Freizeitaktivitäten und der medizinischen Versorgung, sowie des Wohls und der Entwicklung des Kindes im Allgemeinen;<sup>178</sup>
- Strengste Zurückhaltung bei der parallelen Verfügung der elektronischen Überwachung zur Sicherstellung des Schutzes der Privatsphäre;<sup>179</sup>
- Trennung von Erwachsenen bei der Eingrenzung auf eine Einrichtung;<sup>180</sup>
- Enge Auslegung der Einschränkungsmöglichkeiten der Kontakte zur Aussenwelt und des sozialen Lebens zur Sicherstellung des Kontakts zum familiären und sozialen Umfeld;<sup>181</sup>
- Streichung der Möglichkeit der Eingrenzung auf eine sonstige private oder öffentliche Liegenschaft, zumindest im Anwendungsfall von Minderjährigen;<sup>182</sup>
- Reduzierung der verfahrensrechtlichen Überprüfungsfristen auf 24 oder max. 48 Stunden;<sup>183</sup>

---

[Terror-Gesetz des Bundesrats: Zu viel Macht für die Polizei](#), in: Tagblatt vom 10.06.2020.

<sup>170</sup> GLM. zur Notwendigkeit einer Teilrevision des PMT, ZUMSTEG (Fn. 8), S. 134.

<sup>171</sup> GLM. Human Rights Law Clinic Bern (Fn. 47), S. 3; Netzwerk Kinderrechte Schweiz (Fn. 29); NGO-Plattform Menschenrechte Schweiz (Fn. 29); ZUMSTEG (Fn. 8), S. 134.

<sup>172</sup> Siehe Kapitel IV.A.

<sup>173</sup> Siehe Kapitel IV.B.3.

<sup>174</sup> Siehe Kapitel IV.B.2

<sup>175</sup> Siehe Kapitel IV.C.1.

---

<sup>176</sup> Siehe Kapitel IV.C.2.

<sup>177</sup> Siehe Kapitel IV.C–IV.E.

<sup>178</sup> Siehe Kapitel IV.D.1.

<sup>179</sup> Siehe Kapitel IV.D.1.

<sup>180</sup> Siehe Kapitel IV.D.2.

<sup>181</sup> Siehe Kapitel IV.D.3.

<sup>182</sup> Siehe Kapitel IV.D.3.

<sup>183</sup> Siehe Kapitel IV.E.

- Einsetzung eines obligatorischen Rechtsbeistandes;<sup>184</sup>
- Zuständigkeit eines Jugendgerichts bei der Anordnung der Massnahmen gegenüber Minderjährigen;<sup>185</sup>
- Anhebung der Altersgrenze auf mindestens 16 Jahre (sofern keine gänzliche Streichung der Anwendungsmöglichkeit bei Minderjährigen).<sup>186</sup>

Alternativ könnte eine Verlagerung des Hausarrests in den strafrechtlichen Bereich geprüft werden.<sup>187</sup> Damit würde die Anordnung nicht mehr von blossen Anhaltspunkten abhängig sein, sondern einen begründeten Straftatverdacht erfordern.<sup>188</sup> Dies würde verhindern, dass der Hausarrest als «Ersatz» für eine strafprozessuale Massnahme missbraucht würde.<sup>189</sup> Zudem müssten in diesem Fall die Massnahmen des Jugendstrafrechts als alternative Mittel geprüft werden. Selbstverständlich müssten auch bei einer Verlagerung ins Strafrecht die dargelegten Ansätze zur konventionskonformen Anwendung beachtet werden. Ferner müsste der Hausarrest an den zusätzlichen Rechten des Kindes im Strafverfahren<sup>190</sup> bemessen werden.

In Abweichung dieser Empfehlungen müsste die Schweiz mit Beschwerden vor den nationalen Gerichten und

internationalen Vertragsüberwachungsorganen rechnen. Zudem wird sich die Schweiz wohl im Rahmen des Staatenberichtverfahrens vor dem KRA für das PMT verantworten müssen.<sup>191</sup>

Abschliessend ist zu betonen, dass Terrorismus zweifellos eine ernstzunehmende Bedrohung darstellt. Die Erkenntnisse dieses Beitrags beabsichtigen nicht, die internationalen Bemühungen im Kampf gegen den Terrorismus zu untergraben und der grundsätzliche legislative Handlungsbedarf in diesem Bereich wird auch nicht in Frage gestellt. Der Schutz der Bevölkerung vor der Terrorgefahr darf jedoch nicht auf Kosten der Rechte des Kindes erfolgen.

<sup>184</sup> Siehe Kapitel IV.E.

<sup>185</sup> Siehe Kapitel IV.E.

<sup>186</sup> Siehe Kapitel IV.E.

<sup>187</sup> GLM. Kantone AR, BL, GL, GR, UR und KKJPD, vgl. Fedpol (Fn. 28), S. 12; Dies wurde auch von der Minderheit Zopfi in der Beratung des Ständerats gefordert, vgl. *Année Politique Suisse, Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT; 19.032)*.

<sup>188</sup> Vgl. Art. 27 JStPO i.V.m. Art. 3 JStPO und Art. 221 StPO.

<sup>189</sup> Vgl. GAGGIOLI GLORIA/SOBOL ILYA, *Counter-terrorism control orders come to Switzerland: is assigned residence for 'potential terrorists' compatible with art. 5 ECHR?*, in: EJIL Talk! vom 06.06.2020, S. 4.

<sup>190</sup> Art. 40 KRK.

<sup>191</sup> Vgl. Art. 44 KRK, wonach die Schweiz dem KRA regelmässig einen Bericht über die Massnahmen, die sie zur Verwirklichung der KRK-Rechte getroffen hat, vorlegen muss.