

MARC FORSTER
Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt
Schweizerisches Bundesgericht
CH-1000 Lausanne 14

Tel.: +41 21 318 91 51
E-Mail: marc.forster@bger.ch
www.marc-forster-strafrecht.com

Gutachten zur Masterarbeit von Herrn René Kühn

I. Thematik, Kurzbeurteilung und Notenantrag

Der Bearbeiter untersucht die technischen Möglichkeiten und rechtsstaatlichen Problemfelder des sogenannten "**Predictive Policing**" (PP), d.h. von IT- und Algorithmen-basierten neuen Möglichkeiten der polizeilich-präventiven (und teilweise auch repressiv heranziehbaren) "*Voraussage*" von *Tatort-* und *Täterschafts-* (bzw. Geschädigten-)Merkmale. Ein Fokus wird auf die Prüfung ausreichender *gesetzlicher Grundlagen* (Legalitätsprinzip) nach schweizerischem (kantonalem) Polizeirecht gelegt. Die Thematik ist neu, aktuell¹ und noch wenig erforscht; der Bearbeiter stützt sich primär auf die europäische kriminologische Literatur und auf Quellen zum (Cyber-)Strafprozess- und Polizeirecht. Es handelt sich um eine sehr fleissige, *inhaltlich gehaltvolle* und auch *formal sorgfältige* Masterarbeit; sie verdient die **Note 5,5** (sehr gut).

II. Arbeitstechnik

Die **wissenschaftliche Arbeitsmethodik** (Verzeichnisse, Fussnotenapparat) ist formal vorbildlich.² Die *Literatur* wurde aufwändig und themenspezifisch recherchiert; hervorzuheben ist neben der Aktualität der Quellen, dass auch viel englischsprachige Literatur Berücksichtigung fand. Die Arbeit ist sprachlich gepflegt und gut lesbar.³

1 Die Schweiz gilt im deutschsprachigen Raum als eine Pionierin insbesondere von "ortsbezogenen" Predictive Policing-Instrumenten (vgl. S. 15).

2 Es finden sich nur minime "Schönheitsfehler": Von STRATENWERTH (AT I) gibt es eine neuere Auflage (4. Aufl. 2011). Bei den *Online-Quellen* (S. XIII ff.) sind sowohl wissenschaftliche als auch journalistische Artikel aufgeführt; entweder hätten Erstere ins wissenschaftliche Literaturverzeichnis übernommen oder von den nichtwissenschaftlichen Online-Quellen getrennt aufgelistet werden können. Im *Abkürzungsverzeichnis* erscheint "RPG" für "Raumplanung" (S. XXIV) nicht ganz glücklich; falls das RP-Gesetz (mit der in der Schweiz üblichen Abkürzung RPG) gemeint gewesen wäre, hätte es im Quellenverzeichnis (detaillierter) genannt werden können.

3 Gelegentlich finden sich Tippfehler und kleinere sprachliche Ungenauigkeiten; zum Beispiel "KILLAIS" im Literaturverzeichnis (der Fehler wird in den Fussnoten nicht weitergetragen). Ein Abschreibfehler bei der Stadtbezeichnung "Pablo Alto" findet sich doppelt (S. 11). Latein-Grammatikfehler ("sine legem") fallen

III. Inhaltliche kritische Bemerkungen

Der **Aufbau** der Arbeit erscheint folgerichtig. Die **Prolegomena (Kap. II)**, insbesondere zur Implementierung von Predictive Policing (PP)-Instrumenten in der Schweizer Polizeipraxis, stützen sich auf eine inhaltlich reichhaltige und dichte Auswertung der kriminologischen und (Cyber-)strafprozessualen Literatur. Bei den *begrifflichen Grundlagen* wird nicht immer deutlich, ob der Bearbeiter verinnerlicht hat, dass das PP in der Praxis nicht nur zur Vorhersage künftiger Delikte (Prävention) eingesetzt wird, sondern auch zur Klärung begangener Straftaten bzw. Ermittlung (retrospektiven "Vorhersage") von noch unbekannter Täterschaft (Repression).⁴ Auch gewisse Informatik-Grundbegriffe werden nicht immer ganz präzise genannt.⁵ Die Analyse zur *Polizeiarbeit* mit PP (S. 13-18) fällt akribisch-deskriptiv und *technisch-abstrakt* aus. Hier wäre (für ein breiteres juristisch-kriminalistisches Publikum) noch das eine oder andere konkretere *Fallbeispiel* hilfreich gewesen.⁶

In **Kap. III** folgt eine differenzierte *juristisch-dogmatische* Einordnung von PP in die Begriffe des **Schweizer Polizeirechts**. Dieser (ebenfalls vorwiegend referierende) Untersuchungsteil stützt sich primär auf die verwaltungsrechtliche Lehre.⁷ Von praktischer strafprozessualer Wichtigkeit ist die Abgrenzung zwischen *kriminal-* und *sicherheitspolizeilichen* Aktivitäten. In diesem Abschnitt wird auch der Bundesgerichtspraxis sachgerecht und fokussiert Rechnung getragen.⁸ Gelegentlich trübt (unter dem Schlagwort "neue Straf-

noch weniger ins Gewicht. Der Autor könnte aber den Interpunktionsregeln noch etwas mehr Beachtung schenken.

- 4 "Vorhersagen über zukünftige Delikte"; "wird die zukünftige Gefährlichkeit eines Individuums ermittelt" (S. 6); "Orte künftiger Straftaten und potenzielle Straftäter vorherzusagen" (S. 7); "durch eine Extrapolation von Daten in die Zukunft vorhergesagt" (S. 8). – Eine "zukünftig ungefährliche" Person, kann ohne weiteres ein gefährlicher Verbrecher gewesen sein, der mit PP ermittelt werden könnte. Beim Spezialfall der repressiven PP handelt es sich eher um eine kriminalpolizeiliche Extrapolation in die Vergangenheit.
- 5 "Boolscher Wert" (S. 8), anstatt boolescher. Der begriffliche Unterschied zwischen "einerseits verwaltungsintern entwickelt und andererseits (...) in Eigenentwicklung zur Verfügung gestellt" (S. 15), erschliesst sich nicht (hier müsste die Alternative wohl Drittentwicklung heissen).
- 6 Bloss cursorische Hinweise ("Mordfälle wie derjenige in Pfäffikon 2011", S. 21) fallen zu vage aus.
- 7 Hinweise auf die Bundesgerichtspraxis erfolgen eher spärlich und sind teilweise wenig aktuell (vgl. Fn. 186), was auch (wie vom Bearbeiter durchaus erkannt; vgl. S. 22) die limitierte Praxisrelevanz der dogmatischen Kategorisierungen ("funktionaler"/"organisatorischer" Polizeibegriff) reflektiert. Gewisse Aussagen fallen *kryptisch* aus, wie etwa, es bestehe "bei personenbezogenem PP die Gefahr, dass (...) Verhaltensweisen (sic!) normiert werden" (S. 19; hier fehlt wohl ein – die Verhältnismässigkeitsproblematik indizierendes – Adjektiv, wie z.B. "*beliebige* oder *nicht unmittelbar sicherheitsrelevante* Verhaltensweisen").
- 8 Etwa dem Urteil 6B_828/2018 vom 5. Juli 2019, das eine PP-Prognosestellung betraf.

tatbestände") eine gewisse *kriminalpolitische Einfärbung* die dogmatische Tiefenschärfe.⁹ Der Bearbeiter scheint der Ansicht zuzuneigen, dass der Einsatz von *personenbezogenem* PP (z.B. Ermittlung und polizeiliche Ansprache von Sicherheitsgefährdern, Gefährlichkeitsprognosen usw.) im Hinblick auf Delikte, bei denen "innere Gedanken" ("Absicht, interne Gemütszustände") tatbeständlich bzw. strafbegründend sind, stets als "*repressives* Instrument des Strafrechts" einzustufen sei (S. 24).¹⁰

Auch **Kap. IV** enthält solide und sauber dokumentierte Hinweise auf die "**Chancen und Risiken**" des PP bzw. die tangierten *grundrechtlichen* Schranken. *Effizienzgewinnen* und *Ressourcenersparnissen* bei der Polizeiarbeit bzw. möglichst frühzeitigen, niederschweligen und objektiv-gezielten Präventionsmöglichkeiten stehen insbesondere daten- und technologiebasierte *Risiken* gegenüber. Zu Letzteren gehören etwa (neben objektiven Daten- und Algorithmenmängeln) sogenannte "Biases" (verzerrte Datenerhebungen und programmatische Gewichtungen) seitens der polizeilichen Anwender und/oder der Programmierer, die sich zum Beispiel in diskriminierendem "Racial Profiling" manifestieren können. Technologisch bedingt sind z.B. Phänomene der mangelnden Transparenz und Überprüfbarkeit der verwendeten Systeme und Software (vgl. S. 26-29).¹¹

9 Wenn ein Teil der Lehre beklagt, es würden zunehmend abstrakte Gefährdungsdelikte, "Vorbereitungshandlungen" oder "Organisationsbestrebungen" in den Straftatenkatalog Eingang finden, handelt es sich dabei um einen *kriminalpolitischen* Standpunkt, der – nach Erlass der betreffenden Norm bzw. "ungünstig" ausgegangener Referendumsabstimmung – zudem verspätet erfolgt. Die Beteiligung an einer terroristischen Organisation z.B. (Art. 260ter StGB) stellt strafrechtsdogmatisch nicht bloss eine "rechtsgutsriskierende Handlung" (S. 24) dar. Der Gesetzgeber hat vielmehr entschieden, dass z.B. schon die Mitgliedschaft in einer *terroristischen Organisation* wertvolle Rechtsgüter eines demokratischen Rechtsstaates auf strafbare und verbrecherische Weise verletzt. Daran ändert nichts, dass andere (noch elementare) Rechtsgüter *nicht zusätzlich* verletzt sein müssen, etwa einem IS-Angehörigen keine eigenen *Mordtaten* nachgewiesen werden müssen. Das Analoge gilt z.B. auch bei *Vorbereitungshandlungen* zu Mord oder anderen Schwerverbrechen (Art. 260bis StGB). Entgegen gewissen zirkelhaften Thesen im Schrifttum handelt es sich bei entsprechenden normativen "Vorverlagungen" der Strafbarkeit *nicht* um Strafnormen ohne geschützte Rechtsgüter.

10 Wieso das offenbar nur bei den "neuen Straftatbeständen" wie Art. 260sexies Abs. 2 StPO gelten sollte, – dafür aber sogar noch bei Anwendung des nichtstrafrechtlichen, polizeilich-präventiven PMT – wird für den Referenten nicht nachvollziehbar erklärt.

11 Als weitere ("organisationale", "systemische" bzw. "Mensch-Technik-Interaktions-bedingte) *Risiken* erläutert der Bearbeiter z.B. die Gefahr der "Übersteuerung" von Ermessens- durch Maschinenentscheide (und umgekehrt) oder die Gefahr einer Hypertrophie von Datenerhebungen bzw. eines Missbrauchs von PP für "Fishing Expeditions" bzw. zur systematischen Generierung von Anfangsverdacht (S. 29-32). Zu diversen *grundrechtlichen* Implikationen (insbesondere unter den Gesichtspunkten des Schutzes der Privatsphäre, des Diskriminierungsverbotes und des Rechtsschutzes) s. S. 32-39. Nicht näher begründet wird, inwiefern die *Unschuldsvermutung* (die primär vor Gericht praktische Bedeutung hat) "in der kriminalpolizeilichen Ermittlung" oder vor strafprozessualen Zwangsmassnahmen "schützen" sollte (S. 39). Im StPO-Vorverfahren genügt ein ausreichender Anfangs- bzw. (je nach Zwangsmassnahme) ein sich ausreichend verdichtender (hinreichender oder dringender) Tatverdacht. Die Unschuldsvermutung erschöpft sich in diesem Verfahrensstadium faktisch im behördlichen Nachweis entsprechender Verdachts-

Die **Kap. V-IX** fokussieren auf das "Herzstück" der Untersuchung.

Zunächst werden in **Kap. V-VI** die **Rechtsgrundlagen** (kantonales und Bundesrecht, inkl. PMT, BPI, DSG) des orts- bzw. personenbezogenen PP einer Analyse unterzogen. Der Bearbeiter gelangt u.a. zum detailreich dokumentierten Zwischenergebnis, dass die kantonalen gesetzlichen Grundlagen, wo vorhanden, sehr *heterogen* ausgestaltet sind. Für den Einsatz des *personenbezogenen* PP besteht insbes. in den Kantonen BS, GR, NW, SH, SG und UR noch *keine* Rechtsgrundlage (S. 44 f.). Bei den Opfer-Präventivinformationen (S. 46) hätte auch noch auf strafprozessuale bundesrechtliche Regelungen (für bereits bekannte Opfer) hingewiesen werden können (Art. 214 Abs. 4, Art. 305 Abs. 1 und 2 StPO).

In den **Kap. VII-IX** wird schliesslich noch geprüft (wiederum aufgeteilt auf orts- bzw. personenbezogenes PP), inwieweit das Schweizer Recht vor dem **Legalitätsprinzip** und anderen *grundrechtlichen* Anforderungen standhält.

Das *ortsbezogene* PP (z.B. automatische Scanner des Verkehrsaufkommens, Bedrohungseinschätzungen für bestimmte Quartiere oder öffentliche Anlagen usw.) wird bisher nur in drei Kantonen eingesetzt; systematische Datenerhebungen oder Verknüpfungen mit Drittdaten erfolgen nicht (S. 50). Das verwendete PP setzt eine Anlassstat voraus; eine Perpetuierung "kriminalitätsgeneigter" Orte wird vermieden, so dass der Einfluss auf die betroffene Bevölkerung als gering eingestuft wird. Zwar liesse sich bei geringer Eingriffsintensität fragen, ob überhaupt eine ausdrückliche Rechtsgrundlage notwendig wäre. Da die Praxis bzw. die angewendeten PP-Instrumente einem raschen Wandel unterliegen, ist jedoch zu begrüssen, dass alle bisher betroffenen Kantone über eine (basale) Rechtsgrundlage verfügen. Der Bearbeiter bedauert allerdings, dass für die computergestützte *Prognoseerstellung* für "Risikogebiete" eine explizite Norm fehle (S. 51). Beim berechtigten Hinweis auf einen grundrechtsrelevanten "Chilling effect" (unangenehmes Gefühl einer anlassfreien "Dauerüberwachung", S. 53) liesse sich auch die Frage stellen, ob das PP, besonders beim *rechtstreuen* Teil der Bevölkerung, nicht auch einen "Warming effect" (Gefühl erhöhter Sicherheit durch präventiv-polizeiliche Aufmerksamkeit) auslösen könnte.

momente. Das häufig vorgebrachte Argument von Verteidiger/-innen, solche Indizien begründeten noch keinen Schuldnachweis bzw. das Abstellen auf Verdachtsgründe verletze die Unschuldsvermutung, ist insofern obsolet.

Beim *personenbezogenen* PP zeigt der Bearbeiter differenziert auf, dass in Kantonen, die sich ausschliesslich auf die polizeiliche *Generalklausel* stützen, rechtsstaatlich bedenkliche *Normlücken* bestehen. Lediglich Präventivmassnahmen im Zusammenhang mit konkretem *Bedrohungsmanagement* (z.B. Grossveranstaltungen mit "Hooliganproblematik", politische Kundgebungen usw.) können hier abgedeckt sein. Bei *Gefährdermassnahmen* und präventiven *Gefährlichkeitsprognosen* ist zu differenzieren, ob es sich um *Terrorismusprävention* (PMT) handelt oder z.B. um Massnahmen gegen Gefährder im Kontext von *häuslicher Gewalt*, die regelmässig kantonalgesetzlich abgedeckt sind. Eine weitere Problematik liegt in der *Vagheit* einzelner verwendeter Rechtsbegriffe. Der Bearbeiter plädiert auch für spezifische neue Rechtsnormen bei jeder (wesentlichen) *Weiterentwicklung* von personenbezogenem PP. Die rechtsstaatlichen Anforderungen, aber auch die zunehmende Datenakkumulation und Technisierung stellen die kantonalen Verwaltungen allerdings vor grosse Herausforderungen (S. 54-56). Hilfreich im Hinblick auf die Beurteilung der *Eingriffsintensität* von PP und die gebotene *Normdeutlichkeit* (vgl. S. 47-49) sind auch die Hinweise auf einschlägige Urteile (S. 55 f.).¹²

In seinem "**Fazit**" (**Kap. X**) fasst der Bearbeiter den sorgfältig hergeleiteten *Hauptbefund* konzise zusammen, wonach die schweizerischen **Rechtsgrundlagen** für **ortsbezogenes** PP *ausreichend* erscheinen, während beim **personenbezogenen** PP teilweise – je nach Kanton – bedenkliche *Normlücken* klaffen (vgl. S. 57 f.).

Bei der Kontext- und Ursachenanalyse "drückt" (wie oben schon angedeutet) eine gewisse Einseitigkeit der *kriminalpolitischen Perspektive* durch: Es ist die noble Aufgabe der "kritischen Lehre" (und auch politischer Einflussträger/-innen), die Arbeit von Polizei und Strafjustiz mit sachlicher Kritik und Skepsis zu begleiten und der institutionellen *Machtballung* bei den staatlichen Behörden ein fundiertes *Gegengewicht* entgegen zu stellen, an dem sich auch Stimmen aus der Anwaltschaft (und nicht selten der Justiz) regelmässig beteiligen. Von rechtswissenschaftlichen Forschungsbeiträgen – nicht nur in Masterarbeiten – muss allerdings erwartet werden, dass sie (bei allem legitimen kriminalpolitischem Engagement und zulässiger persönlicher Sichtweise) möglichst allen wesentlichen Sachaspekten, zumindest kursorisch, Rechnung tragen.

12 BGE 143 I 253 E. 4.8: Führen einer "Watchlist" als schwerer Grundrechtseingriff; in Fn. 539 und 540 hätte darauf hingewiesen werden können, dass das "Urteil Kurt gegen Österreich" vom EGMR stammt.

Vor diesem Hintergrund ist es zwar zweifellos richtig, das "fortschreitende gesellschaftliche Sicherheitsbedürfnis" (S. 57) mehrmals kritisch zu hinterfragen. Um nicht den falschen Eindruck zu erwecken, moderne Entwicklungen in Strafgesetzgebung und Strafjustiz gründeten allein auf "irrationalen" Ängsten und Sicherheitserwartungen, hätte hier jedoch – wenigstens kurz – auch noch auf neue bzw. akzentuierte *Gefahren* hingewiesen werden können (wie z.B. internationaler Terrorismus¹³, neue und zunehmend komplexe Phänomene der Wirtschafts- und der Cyberkriminalität¹⁴ etc.).

Prof. Dr. Marc Forster/13. Juli 2022

13 Etwa am Beispiel der Massaker vom 13. November 2015 in *Paris*, denen – an einem einzigen Tag – 130 barbarisch ermordete (und weitere 683 grossteils schwer verletzte) Menschen zum Opfer vielen.

14 Hinweise darauf hätten sich z.B. auch auf S. 2 f., oder 20-23 angeboten; zum Beispiel mit der Überlegung, dass sich *Polizeiprävention* – gerade bei drohenden *terroristischen* Anschlägen – nicht ausschliesslich auf "die Abwehr konkreter Gefahren" (S. 20) beschränken kann, wie ein Teil der Lehre propagiert, sondern sich, je nach Risikopotential, auch auf *Gefahrenvorsorge* (z.B. Massnahmen gegen schwere Gefährder) erstrecken können muss. Symptomatisch ist hier auch eine gewisse Vermischung des Präventions-Begriffes mit abstrakten Gefährdungsdelikten bzw. mit der gesetzlich normierten *Repression* von kriminellen Organisationsbestrebungen (vgl. S. 22 f.). Zwar kann man solche Strafnormen kriminalpolitisch kritisieren; bei der Behauptung, es folge daraus "die Gewährleistung von Sicherheit als neue Funktion" des Kriminalpolizeirechts, handelt es sich jedoch um einen prozessrechts-dogmatischen Kurzschluss. Wenn die Kriminalpolizei z.B. Mitglieder oder Unterstützer von kriminellen Organisationen verfolgt, handelt es sich dabei begrifflich nicht um blosse "präventive Sicherung" von Rechtsgütern. Auf Seite 21 wird immerhin die gebotene Abwägung zwischen dem "Schadenspotential" und der Verhältnismässigkeit präventiver Polizeiiinterventionen kurz thematisiert; die Abgrenzung zur verpönten polizeilichen "Sozialgestaltung" bleibt aber diffus.