

08.034

**Botschaft  
über die Änderung von Bundesgesetzen zur  
Umsetzung des Römer Statuts des Internationalen  
Strafgerichtshofs**

vom 23. April 2008

---

Sehr geehrter Herr Nationalratspräsident  
Sehr geehrter Herr Ständeratspräsident  
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir unterbreiten Ihnen hiermit, mit dem Antrag auf Zustimmung, die Botschaft mit dem Gesetzesentwurf zur Umsetzung des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs.

Wir versichern Sie, sehr geehrter Herr Nationalratspräsident, sehr geehrter Herr Ständeratspräsident, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

23. April 2008

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Der Bundespräsident: Pascal Couchepin

Die Bundeskanzlerin: Corina Casanova

---

## Übersicht

*Die Umsetzung des Römer Statuts gewährleistet eine transparente und lückenlose gesetzliche Regelung und Strafverfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie von Kriegsverbrechen in der Schweiz. Die Anpassungen beinhalten in erster Linie die Schaffung eines neuen Tatbestandes der Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie die detaillierte Definition von Kriegsverbrechen im Strafgesetzbuch sowie im Militärstrafgesetz. Im Weiteren werden die Zuständigkeiten von Zivil- und Militärjustiz zur Durchführung von Strafverfahren wegen Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen neu festgelegt.*

*Am 17. Juli 1998 wurde die völkerrechtliche Grundlage des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH), das sog. «Römer Statut», von der UNO-Konferenz zur Schaffung eines Internationalen Strafgerichtshofs verabschiedet. Am 1. Juli 2002 trat es in Kraft. 105 Staaten sind dem Statut bisher als Vertragspartei beigetreten, darunter die Schweiz am 12. Oktober 2001.*

*Nach der Verabschiedung des Römer Statuts war es vorrangiges Ziel des Bundesrates, ein entsprechendes Zeichen zu setzen und möglichst früh Vertragsstaat des IStGH zu werden. Deshalb konzentrierte der Bundesrat seine Botschaft über die Ratifikation des Römer Statuts auf jene Gesetzesänderungen, welche für dessen Ratifikation unmittelbar notwendig waren. Dies betraf den Erlass eines spezifischen Gesetzes für die Zusammenarbeit mit dem IStGH sowie eine Anpassung des Strafrechts im Bereich der Delikte gegen die Rechtspflege. Weitere Gesetzesänderungen wurden zugunsten einer schnellen Ratifikation zurückgestellt und auf eine zweite Etappe verschoben.*

*Nun sollen jene Gesetzesänderungen vorgenommen werden, die in der Schweiz eine effiziente, transparente und lückenlose Strafverfolgung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie der Kriegsverbrechen gewährleisten. Die Revision betrifft in erster Linie die Schaffung eines neuen Tatbestandes der Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie die detaillierte Definition der Kriegsverbrechen. Während Verbrechen gegen die Menschlichkeit im schweizerischen Strafrecht noch nicht kodifiziert und damit spezifisch strafbar sind, werden Kriegsverbrechen gegenwärtig im Militärstrafrecht durch einen Pauschalverweis auf das anwendbare Völkerrecht unter Strafe gestellt, was den heutigen Anforderungen an das strafrechtliche Legalitätsprinzip nicht mehr zu genügen vermag. Im Weiteren werden mit der Vorlage die Zuständigkeiten von Zivil- und Militärjustiz zur Durchführung von Strafverfahren wegen Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen neu festgelegt. Kleinere Anpassungen erfolgen bei der Bundesstrafrechtspflege, beim Rechtshilfegesetz, beim Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und beim Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (Ergänzung der Deliktskataloge).*

---

*Mit der Möglichkeit, selbst ein Strafverfahren gegen Verbrecher gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrecher durchführen zu können, stellt die Schweiz sicher, auch weiterhin nicht als «sicherer Hafen» für solche Personen in Frage zu kommen. Des Weiteren kann die Schweiz durch eine explizite Gesetzgebung im Bereich der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Kriegsverbrechen verhindern, dass der ISiGH ein Verfahren an sich zieht, wenn das Delikt auf Schweizer Hoheitsgebiet oder von einem Schweizer begangen wurde.*

# Inhaltsverzeichnis

<b>Übersicht</b>	<b>3864</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	<b>3869</b>
<b>1 Grundzüge der Vorlage</b>	<b>3870</b>
1.1 Der Internationale Strafgerichtshof	3870
1.1.1 Kurzüberblick	3870
1.1.2 Die Schweiz und der Internationale Strafgerichtshof	3871
1.1.2.1 Die erste Etappe: Ratifikation des Römer Statuts und Sicherstellung der Zusammenarbeit	3871
1.1.2.2 Die zweite Etappe: Ergänzende Massnahmen im Bereich des schweizerischen Strafrechts	3871
1.1.2.3 Das Vernehmlassungsverfahren	3872
1.1.2.4 Die Rolle der Schweiz bei den Verhandlungen über die Verbrechenstatbestände des Römer Statuts und die sog. «Verbrechenselemente»	3873
1.2 Völkerstrafrecht	3874
1.2.1 Bedeutung und Entwicklung des Völkerstrafrechts	3874
1.2.2 Völkerstrafrecht und innerstaatliche Gesetzgebung	3876
1.3 Die Vorlage	3879
1.3.1 Einführung neuer Straftatbestände	3879
1.3.1.1 Gründe für eine spezifische Regelung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Kriegsverbrechen im schweizerischen Strafrecht	3879
1.3.1.2 Umfang der Strafrechtsrevision	3883
1.3.1.3 Regelungskonzept: Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes oder Schaffung eines separaten Völkerstrafgesetzes?	3885
1.3.1.4 Regelungstechnik	3888
1.3.2 Zuständigkeit der Schweiz zur Strafverfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen	3892
1.3.2.1 Der Inhalt des völkerrechtlichen Universalitätsprinzips	3892
1.3.2.2 Das Universalitätsprinzip nach geltendem Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches	3893
1.3.2.3 Das Universalitätsprinzip in der Schweiz bei der Verfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen	3895
1.3.2.4 Verzicht auf die Zuständigkeitsvoraussetzung des «engen Bezugs»	3897
1.3.3 Neuverteilung der Zuständigkeit zwischen ziviler und militärischer Gerichtsbarkeit zur Verfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen	3900
1.3.3.1 Zuständigkeit nach geltendem Recht	3900
1.3.3.2 Lösungsmodelle für die künftige Zuständigkeit der zivilen und militärischen Gerichtsbarkeit	3902
1.3.3.3 Entscheid für eine Anknüpfung der Zuständigkeit an die Eigenschaft des Täters (Zivil- oder Militärperson)	3904

1.3.4	Regelung der zivilen Gerichtsbarkeit: Bundesgerichtsbarkeit oder kantonale Gerichtsbarkeit?	3906
1.3.4.1	Geltendes Recht	3906
1.3.4.2	Entscheid für Bundesgerichtsbarkeit	3908
1.3.5	Verhältnis zu den jüngsten Revisionen und Reformprojekten im Bereich des Strafrechts, Strafprozessrechts und des Gerichtsorganisationsrechts	3908
1.4	Organisierte Verbrechen an Kindern als Verbrechen gegen die Menschlichkeit?	3909
1.5	Zeugenschutz	3910
1.6	Rückwirkung der Strafbestimmungen	3910
<b>2</b>	<b>Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln</b>	<b>3912</b>
2.1	Änderung des Strafgesetzbuches	3912
2.1.1	Artikel 101 (Unverjährbarkeit)	3912
2.1.1.1	Unverjährbarkeit gemäss Römer Statut	3912
2.1.1.2	Rechtslage in der Schweiz	3913
2.1.1.3	Exkurs: Übereinkommen der UNO und des Europarates betreffend die Unverjährbarkeit von Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen	3914
2.1.2	Artikel 259 Absatz 1 <sup>bis</sup> (Öffentliche Aufforderung zu Völkermord)	3915
2.1.3	Artikel 260 <sup>bis</sup> (Strafbare Vorbereitungshandlungen)	3916
2.1.4	Zwölfter Titel <sup>bis</sup> (Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit)	3917
2.1.4.1	Artikel 264 (Völkermord)	3917
2.1.4.2	Artikel 264a (Verbrechen gegen die Menschlichkeit)	3920
2.1.5	Zwölfter Titel <sup>ter</sup> (Kriegsverbrechen)	3932
2.1.5.1	Strafbarkeit der Kriegsverbrechen im geltenden und künftigen schweizerischen Recht	3932
2.1.5.2	Die neuen Bestimmungen zur Bestrafung der Verletzungen des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten (Kriegsverbrechen)	3933
2.1.5.3	Strafen	3948
2.1.6	Zwölfter Titel <sup>quater</sup> (Gemeinsame Bestimmungen für den zwölften Titel <sup>bis</sup> und den zwölften Titel <sup>ter</sup> )	3948
2.1.6.1	Artikel 264k (Strafbarkeit des Vorgesetzten)	3948
2.1.6.2	Artikel 264l (Handeln auf Befehl oder Anordnung)	3952
2.1.6.3	Artikel 264m (Auslandtaten)	3953
2.1.6.4	Artikel 264n (Ausschluss der relativen Immunität)	3957
2.1.7	Artikel 336 Ziffer 2 (Bundesgerichtsbarkeit)	3958
2.2	Änderung des Militärstrafgesetzes	3958
2.2.1	Persönlicher Geltungsbereich des Militärstrafgesetzes	3959
2.2.2	Artikel 10 Absatz 1 <sup>bis</sup> , Absatz 1 <sup>ter</sup> und Absatz 1 <sup>quater</sup> E-MStG (Räumliche Geltung)	3959
2.2.3	Artikel 20 Absatz 2 E-MStG (Handeln auf Befehl oder Anordnung)	3960
2.2.4	Artikel 59 E-MStG (Unverjährbarkeit)	3960

2.2.5 Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit	3961
2.2.5.1 Artikel 108 E-MStG (Völkermord)	3961
2.2.5.2 Artikel 109 E-MStG (Verbrechen gegen die Menschlichkeit)	3961
2.2.6 Sechster Abschnitt <sup>bis</sup> E-MStG (Kriegsverbrechen)	3961
2.2.7 Gemeinsame Bestimmungen für den sechsten Abschnitt und den sechsten Abschnitt <sup>bis</sup>	3962
2.2.7.1 Artikel 114a E-MStG (Strafbarkeit des Vorgesetzten)	3962
2.2.7.2 Artikel 114b E-MStG (Ausschluss der relativen Immunität)	3962
2.2.8 Artikel 171a Absatz 1 <sup>bis</sup> E-MStG (Öffentliche Aufforderung zu Völkermord)	3962
2.2.9 Artikel 171b Absatz 1 E-MStG (Strafbare Vorbereitungshandlungen)	3963
2.2.10 Artikel 221a Absätze 1 und 2 E-MStG (Gerichtsbarkeit bei Beteiligung von Zivilpersonen)	3963
2.2.11 Artikel 221a Absatz 3 E-MStG (Gerichtsbarkeit bei Zusammentreffen von strafbaren Handlungen oder Strafbestimmungen)	3963
2.3 Revision weiterer Gesetze	3964
2.3.1 Änderung des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege	3964
2.3.2 Änderung des Bundesgesetzes über internationale Rechtshilfe in Strafsachen	3964
2.3.3 Änderung des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und des Bundesgesetzes betreffend die verdeckte Ermittlung (Ergänzung des Deliktskatalogs)	3965
<b>3 Auswirkungen</b>	<b>3965</b>
3.1 Finanzielle und personelle Auswirkungen auf den Bund	3965
3.2 Volkswirtschaftliche Auswirkungen	3967
3.3 Auswirkungen auf die Informatik	3967
3.4 Auswirkungen auf die Kantone	3968
<b>4 Verhältnis zur Legislaturplanung</b>	<b>3968</b>
<b>5 Rechtliche Aspekte</b>	<b>3968</b>
5.1 Verhältnis zum europäischen Recht	3968
5.1.1 Europäische Union	3968
5.1.2 Europarat	3969
5.2 Verfassungsmässigkeit	3970
<b>Anhang</b>	
Zuständigkeit von Zivil- und Militärjustiz	3971
<b>Bundesgesetz über die Änderung von Bundesgesetzen zur Umsetzung des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (Entwurf)</b>	<b>3973</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angeführten Ort
AB N	Amtliches Bulletin des Nationalrates
AB S	Amtliches Bulletin des Ständerates
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
BBl	Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid
E	Entwurf
GA	Genfer Abkommen vom 12. August 1949, (SR 0.518.12, 0.518.23, 0.518.42, 0.518.51)
ICC	International Criminal Court
ICJ	International Court of Justice (Internationaler Gerichtshof)
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda (Internationales Straftribunal für Ruanda)
ICTY	International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (Internationales Straftribunal für das ehemalige Jugoslawien)
IGH	Internationaler Gerichtshof
IKRK	Internationales Komitee vom Roten Kreuz
ILC	International Law Commission
IMT	International Military Tribunal
IRSG	Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (SR 351.1)
IStGH	Internationaler Strafgerichtshof
i.V.m.	in Verbindung mit
MStG	Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927 (SR 321.0)
MStP	Militärstrafprozess vom 23. März 1979 (SR 322.1)
MStV	Verordnung vom 24. Oktober 1979 über die Militärstrafrechtspflege (SR 322.2)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundesrechts der Schweiz
STE	Série des traités européens (Europarat)
StGB	Strafgesetzbuch (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (BBl 2007 6977)
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
U.N.T.S.	United Nations Treaty Series
Vol.	Volume (Band)
YB	Yearbook
ZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

# Botschaft

## 1 Grundzüge der Vorlage

### 1.1 Der Internationale Strafgerichtshof

#### 1.1.1 Kurzüberblick

Das sog. «Römer Statut» des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH)<sup>1</sup> wurde am 17. Juli 1998 in Rom von der Diplomatischen UNO-Konferenz der Bevollmächtigten zur Schaffung eines internationalen Strafgerichtshofs verabschiedet und ist am 1. Juli 2002 in Kraft getreten. 105 Staaten sind bisher Vertragsparteien geworden<sup>2</sup>, darunter die Schweiz am 12. Oktober 2001. Nach der Wahl der Richterinnen und Richter sowie des Anklägers anfangs 2003 konnte der IStGH in Den Haag seine Arbeit aufnehmen. Bis heute sind von verschiedener Seite bereits über 1000 Mitteilungen aus 80 verschiedenen Staaten über angebliche Verbrechen beim IStGH eingegangen. Der Ankläger des IStGH führt zurzeit mehrere Strafverfahren und Untersuchungen betreffend Vorkommnisse in Uganda, Sudan (Darfur), der Demokratischen Republik Kongo und der Zentralafrikanischen Republik.

Der IStGH ist zuständig für die Verfolgung und Beurteilung von besonders schweren Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes betreffen. Dies sind Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen. Bevor der IStGH auch über das Verbrechen der Aggression seine Zuständigkeit ausüben kann, bedarf es noch der Definition dieses Verbrechens durch die Vertragsparteien.

Das System der Strafverfolgung durch den IStGH beruht auf dem Grundsatz der Komplementarität: Er wird nur dann tätig, wenn die für die Strafverfolgung in erster Linie zuständigen innerstaatlichen Behörden eines Vertragsstaates nicht willens oder nicht in der Lage sind, eines der oben genannten Verbrechen, das auf ihrem Hoheitsgebiet oder von einem ihrer Staatsangehörigen begangen wird, ernsthaft zu verfolgen. Dadurch soll sichergestellt werden, dass die immer wieder auftretenden Lücken bei der strafrechtlichen Verfolgung dieser besonders schweren Verbrechen geschlossen werden können, ohne dass die innerstaatliche Strafgerichtsbarkeit von Anfang an ersetzt würde.

<sup>1</sup> SR **0.312.1**. Vgl. für eine ausführliche Darstellung die Botschaft vom 15. November 2000 über das Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, das Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof und eine Revision des Strafrechts (IStGH-Botschaft), BBl **2001** 391 414 ff.

<sup>2</sup> Stand: Februar 2008.

## **1.1.2 Die Schweiz und der Internationale Strafgerichtshof**

### **1.1.2.1 Die erste Etappe: Ratifikation des Römer Statuts und Sicherstellung der Zusammenarbeit**

Nach der Unterzeichnung des Römer Statuts am 18. Juli 1998 war es vorrangiges Ziel des Bundesrates, ohne Verzug Vertragspartei des IStGH zu werden. Die entsprechenden Arbeiten konzentrierten sich deshalb auf jene Gesetzesänderungen, welche für die Ratifikation des Römer Statuts unmittelbar notwendig waren. Dies betraf den Erlass eines spezifischen Gesetzes für die Zusammenarbeit der schweizerischen Behörden mit dem IStGH<sup>3</sup> sowie eine Ausdehnung schweizerischer Delikte gegen die Rechtspflege auf Verfahren vor internationalen Gerichten<sup>4</sup>. Weitere Gesetzesänderungen, insbesondere die Aufnahme der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und die Definition der Kriegsverbrechen in das schweizerische Strafrecht, wurden zugunsten einer schnellen Ratifikation zurückgestellt und auf eine zweite Etappe verschoben. Am 12. Oktober 2001 hinterlegte die Schweiz am UNO-Hauptsitz in New York als 43. Staat die Urkunde zur Ratifikation des Römer Statuts<sup>5</sup>.

### **1.1.2.2 Die zweite Etappe: Ergänzende Massnahmen im Bereich des schweizerischen Strafrechts**

In der Botschaft zur Ratifikation des Römer Statuts kündigte der Bundesrat an, dass er auch eine Revision des Strafrechts in Bezug auf die Verbrechen, welche der IStGH zu beurteilen hat, beabsichtigt. Da sich gesetzgeberische Massnahmen solcher Art jedoch nicht aus den im Statut enthaltenen unmittelbaren Verpflichtungen ergeben, sollte diese Revision aber erst in einem späteren Zeitpunkt erfolgen, damit die hierfür erforderlichen und umfassenden Gesetzgebungsarbeiten die Ratifikation des Römer Statuts nicht verzögerten.<sup>6</sup>

Im Rahmen der zweiten Etappe zur Umsetzung des Römer Statuts sollen nun jene Gesetzesänderungen vorgenommen werden, die in der Schweiz eine effektive, transparente und vor allem lückenlose Strafverfolgung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen gewährleisten. Neben einigen Präzisierungen im Allgemeinen und im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes betrifft die Revision in erster Linie die Schaffung eines Tatbestandes der Verbrechen gegen die Menschlichkeit. In den Expertenberichten und in der Vernehmlassung zur Botschaft über den Beitritt der Schweiz zum Völkermordübereinkommen sowie zur Botschaft betreffend die Ratifikation des Römer Statuts des IStGH war bereits auf die Notwendigkeit hingewiesen worden, einen solchen Tatbestand möglichst schnell einzuführen. Auch im schweizerischen Schrifttum wird die Schaffung eines Tatbestandes der Verbrechen gegen die Menschlichkeit befür-

<sup>3</sup> Bundesgesetz vom 22. Juni 2001 über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof (ZISG), SR 351.6; vgl. im Einzelnen IStGH-Botschaft, BBl 2001 454 ff.

<sup>4</sup> Vgl. Art. 309 StGB (SR 311.0) und Art. 179b MSTG (SR 321.0)

<sup>5</sup> Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17. Juli 1998, SR 0.312.1, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Juli 2002.

<sup>6</sup> IStGH-Botschaft, BBl 2001 423 und 452.

wortet<sup>7</sup>. Zudem sollen auch die Tatbestände der Kriegsverbrechen detaillierter definiert werden. Diese sind gegenwärtig nur im Militärstrafrecht durch einen Pauschalverweis auf das anwendbare Völkerrecht strafbar<sup>8</sup>, was den heutigen Anforderungen an das strafrechtliche Legalitätsprinzip nicht mehr zu genügen vermag. Des Weiteren sollen durch die Revision die Zuständigkeiten zwischen Zivil- und Militärjustiz neu festgelegt und so die Durchführung von Strafverfahren wegen Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen professionalisiert werden. Kleinere Anpassungen betreffen die Bundesstrafrechtspflege, das Rechtshilfegesetz, das Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs sowie das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (Ergänzung der Deliktskataloge).

Durch diese ergänzenden Massnahmen sollen zwei Ziele erreicht werden: erstens wird sichergestellt, dass die Schweiz auch weiterhin kein «sicherer Hafen» für Verbrecher gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrecher darstellt. Zweitens kann die Schweiz durch eine ausführliche Gesetzgebung im Bereich der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Kriegsverbrechen verhindern, dass der ISTGH ein schweizerisches Verfahren an sich zieht, wenn es sich um ein Verbrechen handelt, das auf schweizerischem Hoheitsgebiet oder von einem Schweizer Täter begangen wurde.

### 1.1.2.3 Das Vernehmlassungsverfahren

Mit Beschluss vom 17. August 2005 hat der Bundesrat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) beauftragt, über den Vorentwurf für ein Bundesgesetz über Änderungen des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes sowie weiterer Bundesgesetze zur Umsetzung des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs sowie über den entsprechenden Bericht ein Vernehmlassungsverfahren durchzuführen. Entsprechend hat das EJPD die Kantone, die in der Bundesversammlung vertretenen Parteien, interessierte Institutionen und Organisationen sowie die eidgenössischen Gerichte zur Stellungnahme bis 31. Dezember 2005 eingeladen. Es gingen 61 Vernehmlassungen ein.

Die Stossrichtung und die Grundzüge der Vorlage wurden von beinahe sämtlichen Vernehmlassungsteilnehmern befürwortet und die Notwendigkeit und Angemessenheit der vorgeschlagenen Bestimmungen bejaht. Eine Ausnahme bildete die im Vorentwurf vorgeschlagene restriktive Regelung des Geltungsbereichs des schweizerischen Strafrechts (Voraussetzung des «engen Bezugs» bei Auslandtaten durch Ausländer), welche auf deutliche Kritik stiess. Die im Vorentwurf vorgeschlagene Form von ausformulierten Gesetzesbestimmungen, im Gegensatz zum Gebrauch von Generalklauseln unter Verweis auf das anwendbare Völkerrecht, erschien den Vernehmlassungsteilnehmern als sachgerecht und angemessen. Bezüglich der Frage des Regelungsortes der Bestimmungen folgten praktisch alle Vernehmlassungsteilnehmer dem Vorschlag des Vorentwurfs, wonach die einzelnen Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Kriegsverbrechen im Strafgesetzbuch und Militärstrafgesetz zu regeln sind. Auf spezifische und detaillierte Ergebnisse des

<sup>7</sup> Vgl. z.B. Peter Popp, Kommentar zum Militärstrafgesetz – Besonderer Teil, St. Gallen 1992, Art. 109, S. 546 N. 2; Hans Vest, Zum Handlungsbedarf auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts – Elemente eines Gesetzgebungsvorschlags, ZStR 121 (2003), S. 54.

<sup>8</sup> Vgl. Art. 109 MStG.

Vernehmlassungsverfahren wird jeweils bei der Erörterung der Grundzüge der Vorlage eingegangen<sup>9</sup>.

Am 28. Februar 2007 hat der Bundesrat von den Ergebnissen des Vernehmlassungsverfahrens Kenntnis genommen und über das weitere Vorgehen entschieden. Das EJPD wurde beauftragt, die Botschaft sowie den Gesetzesentwurf in Anlehnung an den Vernehmlassungsentwurf (insb. Zuständigkeit von Zivil- und Militärjustiz gemäss Vorschlag, Verzicht auf den Beitritt zu zwei internationalen Übereinkommen über die Unverjährbarkeit von Verbrechen) und unter Berücksichtigung der Vernehmlassungsergebnisse auszuarbeiten. Auf das Erfordernis des «engen Bezugs» für die Anwendbarkeit des schweizerischen Strafrechts sei zu verzichten und die Frage des Regelungsortes nochmals zu prüfen.

#### **1.1.2.4 Die Rolle der Schweiz bei den Verhandlungen über die Verbrechenstatbestände des Römer Statuts und die sog. «Verbrechenselemente»**

Die Schweiz ist Gründungsmitglied einer Staatenkoalition, die sich für einen starken und unabhängigen IStGH einsetzt. An der Konferenz in Rom im Jahre 1998 hat die Schweiz wichtige Teile der Arbeiten am Verbrechenkatalog – insbesondere im Bereich der Liste der Kriegsverbrechen – im Rahmen der «Gruppe der Gleichgesinnten» koordiniert. Die Schweiz setzte sich dafür ein, dass das Verbrechen des Völkermordes, die Verbrechen gegen die Menschlichkeit und die Kriegsverbrechen so definiert wurden, dass gegenüber dem damaligen Stand des Völkerrechts kein Rückschritt eintreten würde. Diese Forderung wird durch das Statut weitgehend erfüllt.

In der Vorbereitungscommission des IStGH, welche sich von 1999–2000 mit der Ausarbeitung zusätzlicher «Verbrechenselemente»<sup>10</sup> befasste, prägte die Schweiz das Verhandlungsergebnis ebenfalls mit. Bei den «Verbrechenselementen» handelt es sich um Konkretisierungen der teilweise nur rudimentär formulierten Verbrechenstatbestände des Römer Statuts. Die «Verbrechenselemente» sind indes für den IStGH nicht unmittelbar verbindlich. Der normative Wert der «Verbrechenselemente» beschränkt sich darauf, dem IStGH als Hilfsmittel («check-list») bei der Auslegung und Anwendung der Verbrechenstatbestände des Römer Statuts zu dienen. Sie stellen für die rechtsanwendenden Behörden in der Schweiz eine Unterstützung bei der Ermittlung des Rechts dar. Massgebende Rechtsquellen für die Schweiz sind jedoch einzig die von ihr ratifizierten völkerrechtlichen Verträge und das Völkergewohnheitsrecht, auf deren Basis auch die vorliegenden Änderungen des StGB und des MStG gestützt werden.

Trotz der untergeordneten Bedeutung der «Verbrechenselemente» war vor Verhandlungsbeginn die Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen, dass mit einer unsorgfältigen Umschreibung die im Statut formulierten Tatbestände im Ergebnis ausgehöhlt werden könnten. Aus diesem Grund hatte sich die Schweiz entschlossen, im Rahmen der Vorbereitungscommission darauf hinzuwirken, dass der im Statut und in der Rechtsprechung erreichte Standard des humanitären Völkerrechts nicht durch

<sup>9</sup> Vgl. 1.3.

<sup>10</sup> Vgl. zur Entstehungsgeschichte der «Verbrechenselemente» die IStGH-Botschaft, BBl 2001 391 490 ff.

nachgeordnete «Verbrechenselemente» untergraben wird. Auf der Grundlage von Vorarbeiten des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz hatte die Schweiz Vorschläge für «Verbrechenselemente» im Bereich der Kriegsverbrechen eingebracht, die in der Folge von einem eindrücklichen Mehr der anderen Delegationen unterstützt wurden. In ihrer heutigen Form beruhen die von der Versammlung der IStGH-Vertragsstaaten am 10. September 2002 verabschiedeten «Verbrechenselemente» weitgehend auf den schweizerischen Textvorschlägen<sup>11</sup>.

## **1.2 Völkerstrafrecht**

### **1.2.1 Bedeutung und Entwicklung des Völkerstrafrechts**

#### **Der Strafflosigkeit ein Ende setzen**

Bereits im Jahre 1651 schrieb Thomas Hobbes über das Verhältnis von Verbrechen und Straffreiheit: «Eine Tat, welche zuvor bei anderen ohne Ausnahme bestraft wurde, ist ein grösseres Verbrechen, als wenn sie schon von verschiedenen ohne Strafe verübt worden wäre. Durch jedes Beispiel dieser letzten Art nährt die höchste Gewalt gleichsam die Hoffnung, dass man gleichfalls ungestraft bleiben werde. Wer nun bei jemanden eine solche Hoffnung und Vermutung erregt, hat selbst teil an dessen Verbrechen, welches unmöglich dem Täter allein in einem solchen Fall zur Last gelegt werden kann.»<sup>12</sup>

Es hat sich nach vergangenen kriegesischen Ereignissen sowie nach Morden und Unterdrückung an der Zivilbevölkerung gezeigt, dass ohne eine Bestrafung der Schuldigen langfristig Versöhnung, Friede und Demokratie kaum hergestellt werden können. Kann ein Staat oder eine Region auf Dauer nicht befriedet werden, so hat dies meistens auch Auswirkungen auf die Staatengemeinschaft als Ganze. Regime, welche auf Gewalt und Unterdrückung aufgebaut sind, bilden häufig auch den Nährboden für gewalttätigen Extremismus, Rassismus und den internationalen Terrorismus. Haben sich in früheren Jahrzehnten und Jahrhunderten die Täter ihrer Verantwortlichkeit entziehen können, weil sie den Schutz staatlicher oder quasi-staatlicher Machtapparate erhielten oder keine entsprechende internationale Zusammenarbeit zwischen den Staaten bestand, so bedeutet insbesondere die Schaffung des IStGH einen entscheidenden Schritt in Richtung des Endes der Strafflosigkeit.

Komplementär zur internationalen Strafgerichtsbarkeit sind die Staaten verpflichtet, auch in ihrer Hoheitssphäre Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen zu bestrafen. Der vom französischen Philosophen Baron de Montesquieu vor beinahe 300 Jahren geprägte Satz, dass ein an einem Einzelnen begangenes Unrecht eine Bedrohung für uns alle darstellt, kann sich erst dann von einer moralischen Leerformel zu einem gesetzlichen Imperativ erheben, wenn auch die

<sup>11</sup> Vgl. die «Verbrechenselemente» des IStGH, abrufbar unter der Website des IStGH als «*Éléments des crimes*», [http://www.icc-cpi.int/library/about/officialjournal/Element\\_of\\_Crimes\\_French.pdf](http://www.icc-cpi.int/library/about/officialjournal/Element_of_Crimes_French.pdf); vgl. zu Werdegang, Inhalt und Auslegung der einzelnen «Verbrechenselemente» zu allen Verbrechen in der Zuständigkeit des IStGH den umfassenden Kommentar von Roy Lee (Hrsg.), *The International Criminal Court - Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, Ardsley (2001).

<sup>12</sup> Thomas Hobbes, *Leviathan* (1651), Deutsche Übersetzung bei Reclam (1980), Kapitel 27, S. 253.

einzelnen Staaten ein klares Signal an potenzielle Übeltäter aussenden, dass ihre Taten nicht ungesühnt bleiben.

### **Die internationale Kodifikation des Völkerstrafrechts**

Das klassische Völkerrecht beschränkt sich auf die Regelung von zwischenstaatlichen Angelegenheiten. Aufgrund der Erfahrungen mit totalitären Regimes wird seit dem Zweiten Weltkrieg anerkannt, dass es für den einzelnen Menschen unmittelbar im Völkerrecht begründete Rechte gibt, aber auch, dass ein Einzelner direkt durch das Völkerrecht strafrechtlich verantwortlich gemacht werden kann, wenn er im Völkerrecht verankerte Rechtsnormen verletzt. Die Ahndung der individuellen Verletzung völkerrechtlich geschützter Rechtsgüter ist Gegenstand des Völkerstrafrechts.

Das Völkerstrafrecht ist ein altes, aber noch immer im Entstehen begriffenes Rechtsgebiet. Zu seinem wesentlichen Bestand gehören die in bewaffneten Konflikten anwendbaren Regeln des humanitären Völkerrechts und der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Die Genfer Konvention von 1864 über den Schutz der Verwundeten und Kranken der Heere im Felde war die erste Kodifikation solcher Regeln. Es folgte ein kontinuierlicher Ausbau des Rechtsbereichs<sup>13</sup>, der seit dem Zweiten Weltkrieg als humanitäres Völkerrecht bezeichnet wird. Einen wesentlichen Schritt machte die Entwicklung des Völkerstrafrechts mit den vier Genfer Abkommen von 1949 über den Schutz der Verwundeten, Kranken, Kriegsgefangenen und Zivilpersonen im Fall bewaffneter Konflikte<sup>14</sup>, welche 1977 um zwei Zusatzprotokolle ergänzt wurden<sup>15</sup>.

Die Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, mit welchen schwere Menschenrechtsverletzungen an der Zivilbevölkerung auch in Friedenszeiten geahndet werden, wurden erstmals in der Satzung des Internationalen Militärtribunals von Nürnberg ausdrücklich verankert. Auch das Verbrechen des Völkermords wurde auf internationaler Ebene erst nach dem zweiten Weltkrieg in einem von der UNO-Generalversammlung verabschiedeten Übereinkommen verpönt<sup>16</sup>. Der gewohnheitsrechtliche Charakter des Verbots der Verbrechen gegen die Menschlichkeit wurde in den 1990er-Jahren durch die Aufnahme in die Statute der Internationalen Tribunale für das ehemalige Jugoslawien und für Ruanda sowie 1998 im Römer Statut des IStGH ausdrücklich bekräftigt.

<sup>13</sup> So insbesondere in den Jahren 1899 und 1907 in den sogenannten «Haager Abkommen und Erklärungen» über Schutz der Beteiligten am Landkrieg und des Verbots des Einsatzes bestimmter Waffen.

<sup>14</sup> Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der bewaffneten Kräfte im Felde (GA I), SR **0.518.12**; Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten, Kranken und Schiffbrüchigen der bewaffneten Kräfte zur See (GA II), SR **0.518.23**; Genfer Abkommen über die Behandlung der Kriegsgefangenen (GA III), SR **0.518.42**; Genfer Abkommen über den Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten (GA IV), SR **0.518.51**. Alle Abkommen wurden am 12. Aug. 1949 verabschiedet und sind für die Schweiz am 21. Okt. 1950 in Kraft getreten.

<sup>15</sup> Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. Aug. 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll I), SR **0.518.521**; Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. Aug. 1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll II), SR **0.518.522**. Beide Zusatzprotokolle wurden am 8. Juni 1977 verabschiedet und sind für die Schweiz am 17. Aug. 1982 in Kraft getreten.

<sup>16</sup> Übereinkommen vom 9. Dez. 1948 über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes, SR **03.311.11**, für die Schweiz in Kraft getreten am 6. Dez. 2000.

Der Entwicklungsprozess des Völkerstrafrechts, insbesondere des humanitären Völkerrechts, ist aber mit der Schaffung des Römer Statuts nicht abgeschlossen worden. So wurde nach Verabschiedung des Römer Statuts unter anderem am 26. März 1999 das Zweite Protokoll zum Haager Abkommen von 1954 zum Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten verabschiedet<sup>17</sup>, und am 25. Mai 2000 wurde das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend die Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten<sup>18</sup> angenommen.

### **Die Durchsetzung des Völkerstrafrechts**

Recht will nicht nur kodifiziert, sondern auch durchgesetzt werden. Die rechtsgeschichtliche Erfahrung zeigt, dass die Strafverfolgungsbehörden der Einzelstaaten zuweilen überfordert sind, die Normen im Kernbereich des Völkerstrafrechts wirksam durchzusetzen. Nach Ende des Zweiten Weltkrieges wurden zur Bestrafung der Hauptkriegsverbrecher der Achsenmächte internationale Militärtribunale gebildet. Ausser den traditionellen Kriegsverbrechen hatten sie zwei weitere Arten von völkerrechtswidrigen Akten zu beurteilen: die «Verbrechen gegen den Frieden» (Vorbereitung und Durchführung von Angriffskriegen) und die «Verbrechen gegen die Menschlichkeit» (schwere, systematisch betriebene unmenschliche Akte gegen die Zivilbevölkerung, auch gegen die eigene). Der Völkermord war in den Satzungen der Internationalen Militärgerichtshöfe von Nürnberg und Tokio noch nicht als selbstständiges Delikt vorgesehen. Mit der Errichtung der Internationalen Tribunale für das ehemalige Jugoslawien und für Ruanda ist erstmals seit den Internationalen Militärgerichtshöfen von Nürnberg und Tokio die Möglichkeit geschaffen worden, Einzelpersonen wegen besonders schwerwiegender Verletzungen des humanitären Völkerrechts vor ein internationales Gericht zu stellen. Im Jahre 1998 wurde mit dem Römer Statut eine ständige und unabhängige internationale Gerichtsbehörde geschaffen, die immer dann zum Einsatz kommt, wenn die Staaten ihrer Pflicht nicht nachkommen wollen oder können, Strafgerichtsbarkeit über jene Personen auszuüben, die für die Begehung international geächteter Verbrechen verantwortlich sind. Diesem seit jeher verbreiteten Übel der Straflosigkeit ein Ende zu setzen, ist das ehrgeizige Ziel des Römer Statuts. Das Statut verkörpert ein bedeutendes Instrument zur Durchsetzung des humanitären Völkerrechts und zur Einhaltung fundamentaler Regeln der Menschlichkeit.

## **1.2.2 Völkerstrafrecht und innerstaatliche Gesetzgebung**

### **Völkerstrafrecht als Teil des schweizerischen Landesrechts**

Es steht jedem Staat grundsätzlich frei, wie er seiner Verpflichtung zur innerstaatlichen Umsetzung des Völkerstrafrechts nachkommt. Er kann dies entsprechend seinem Verständnis über die Geltung des Völkerrechts in seinem Landesrecht selbst entscheiden. Aus Sicht des Völkerrechts ist letztlich nur entscheidend, dass die Staaten ihre Pflichten erfüllen. Die Schweiz übernimmt in Anwendung der in der schweizerischen Rechtsordnung vorherrschenden monistischen Auffassung des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und Landesrecht völkerrechtliche Bestrafungs-

<sup>17</sup> SR **0.520.33**, für die Schweiz in Kraft getreten am 9. Okt. 2004; vgl. auch die Botschaft vom 20. Aug. 2003, BBl **2003** 6091.

<sup>18</sup> SR **0.107.1**, von der Schweiz ratifiziert am 26. Juni 2002; vgl. auch die Botschaft vom 5. Sept. 2001, BBl **2001** 6309.

pflichten, ohne dass dabei die völkerrechtliche Norm durch das staatliche Recht neu geschaffen wird. Damit ist es der schweizerischen Rechtsordnung für völkerstrafrechtliche Tatbestände möglich, deren Qualität als Völkerrecht zu bewahren<sup>19</sup>. Sofern jedoch eine völkerrechtliche Strafnorm nur das strafbare Verhalten umschreibt, ohne eine konkrete Strafdrohung vorzusehen, ist ihre unmittelbare Anwendung in einem Strafverfahren nach schweizerischem Recht gleichwohl ausgeschlossen<sup>20</sup>.

### **Gewohnheitsrechtliche Geltung bestimmter Normen des Völkerstrafrechts**

Gewohnheitsrechtliche Geltung einer völkerrechtlichen Norm bedeutet, dass es sich um eine Regel handelt, die unabhängig von ihrer Kodifizierung von der Staatengemeinschaft ohne Weiteres als rechtsverbindlich anerkannt und angewandt wird<sup>21</sup>. Nicht alle Normen des Völkerstrafrechts besitzen diesen gewohnheitsrechtlichen Status. So sind zwar die Bekämpfung des Drogenhandels oder des Terrorismus wichtige Anliegen der Staatengemeinschaft. Die Reichweite des Verbots beziehungsweise die spezifischen Mittel zur Bekämpfung werden jedoch weder von einer allgemeinen Rechtsüberzeugung der Staaten getragen, noch werden sie durch eine uniforme Staatenpraxis bestätigt<sup>22</sup>.

Es wird indes allgemein anerkannt, dass dem Verbot, Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechen zu begehen, gewohnheitsrechtlicher Charakter zukommt<sup>23</sup>. Dies bedeutet insbesondere, dass die Staaten gehalten sind, diese Normen unabhängig von der Existenz und Geltung vertraglicher Regeln zu respektieren. Dabei handelt es sich um Pflichten, welche fundamentale Werte der Menschheit schützen und daher unabhängig vom Verhalten anderer Staaten erfüllt werden müssen (Wirkung «*erga omnes*»). Sofern solche Regeln dem zwingenden Völkerrecht («*ius cogens*») zugeordnet werden, ist jede staatliche Anordnung, welche zur Begehung solcher Verbrechen auffordert oder diese legitimiert, von Anfang an nichtig<sup>24</sup>. Zum nicht abschliessend aufzählbaren Bestand des *ius cogens* gehört

<sup>19</sup> Im Falle von Auslegungsschwierigkeiten ist ein Tatbestand vom Rechtsanwender daher in Anerkennung der autonomen Geltung des völkerrechtlichen Textes völkerrechtskonform auszulegen.

<sup>20</sup> Vgl. hierzu ausführlich den übernächsten Abschnitt zu den Voraussetzungen für eine direkte Anwendbarkeit völkerstrafrechtlicher Bestimmungen im schweizerischen Recht.

<sup>21</sup> Vgl. Botschaft vom 31. März 1999 betreffend das Übereinkommen über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes sowie die entsprechende Revision des Strafrechts, BBl 1999 5332.

<sup>22</sup> Entsprechend wurden terroristische Verbrechen und der Drogenhandel in der Liste der im Römer Statut genannten Verbrechen, für welche der IStGH sachlich zuständig ist, nicht berücksichtigt.

<sup>23</sup> Vgl. u.a. Ziff. 33 des Berichts des UNO-Generalsekretärs vom 3. Mai 1993 zur Errichtung eines internationalen Kriegsverbrechertribunals auf dem Gebiet des ehemaligen Jugoslawiens, U.N. Doc S/25704.

<sup>24</sup> Vgl. z.B. Art. 53 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (SR 0.111, für die Schweiz in Kraft getreten am 6. Juni 1990); Ein Vertrag ist nichtig, wenn er im Zeitpunkt seines Abschlusses im Widerspruch zu einer zwingenden Norm des allgemeinen Völkerrechts steht. Das Übereinkommen definiert eine zwingende Norm als «Norm, die von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt wird als eine Norm, von der nicht abgewichen werden darf und die nur durch eine spätere Norm des allgemeinen Völkerrechts derselben Rechtsnatur geändert werden kann».

insbesondere das Verbot, Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu begehen, sowie die Respektierung des Kerns des humanitären Völkerrechts<sup>25</sup>.

Auch für das Individuum ist dieses Verbot unmittelbar wirksam und nicht davon abhängig, dass eine entsprechende staatliche Regelung besteht. Allerdings kann ohne Festsetzung eines konkreten Strafrahmens dieses völkerergewohnheitsrechtliche Verbot im Strafprozess nicht unmittelbar als Grundlage für eine Verurteilung herangezogen werden.

### **Voraussetzungen für eine direkte Anwendbarkeit völkerstrafrechtlicher Bestimmungen im schweizerischen Recht**

Ein von der Bundesversammlung genehmigter Staatsvertrag wird mit dem Austausch der Ratifikationsurkunden völkerrechtlich verbindlich; er erlangt zusammen mit der völkerrechtlichen auch landesrechtliche Wirkung. Gemäss schweizerischer Praxis kann er vom Bürger vor Gericht angerufen oder von den Behörden als Grundlage einer Entscheidung herangezogen werden, wenn er unmittelbar anwendbar (*self-executing*) ist. Dies setzt voraus, dass die angerufene staatsvertragliche Regelung inhaltlich genügend bestimmt und klar ist, um auf einen konkreten Sachverhalt angewendet zu werden und im Einzelfall Grundlage eines Entscheides bilden zu können. Die Norm muss mithin justiziabel sein, Rechte und Pflichten des Einzelnen zum Inhalt haben, und Adressat der Norm müssen die rechtsanwendenden Behörden sein. Die erforderliche Bestimmtheit geht vor allem blossen Programmartikeln ab. Sie fehlt auch Bestimmungen, die eine Materie nur in Umrissen regeln, dem Vertragsstaat einen beträchtlichen Ermessens- oder Entscheidungsspielraum lassen oder blosser Leitgedanken enthalten, sich also nicht an die Verwaltungs- oder Justizbehörden, sondern an den Gesetzgeber richten<sup>26</sup>.

Soll eine völkerrechtliche Norm in einem Strafverfahren direkte Grundlage einer Anklage und Verurteilung sein, sind an die Bestimmtheit der Norm hohe Anforderungen zu stellen, damit der Täter die Strafbarkeit sowie die Konsequenzen seines Fehlverhaltens vorhersehen kann. So muss es auf Grund des Bestimmtheitsgebots gewährleistet sein, dass sich für die Bürger wenigstens in Umrissen das Risiko einer Bestrafung aus dem völkerrechtlichen Tatbestand herauslesen lässt. Enthält ein völkerrechtlicher Straftatbestand keine verbindliche Festsetzung der Rechtsfolgen des strafbaren Verhaltens bzw. fehlt es an einer innerstaatlichen Inkorporationsnorm, welche für dessen Verletzung eine konkrete Strafdrohung enthält, so kann er im Strafprozess nicht als Grundlage für eine Verurteilung herangezogen werden. Mangels Vorhersehbarkeit der strafrechtlichen Konsequenzen ist die unmittelbare Anwendung der im völkerrechtlichen Gewohnheitsrecht begründeten Straftatbe-

<sup>25</sup> Zum nicht abschliessend aufzählbaren Kern des *ius cogens* zählt die Botschaft vom 20. Nov. 1996 über eine neue Bundesverfassung (BBl 1997 I 362) das Gewaltverbot, das Aggressionsverbot, das Genozid- und das Folterverbot; vgl. auch die Botschaft vom 31. März 1999 betreffend das Übereinkommen über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes sowie die entsprechende Revision des Strafrechts, BBl 1999 5332, die IStGH-Botschaft, BBl 2001 391, 503 sowie die Note der Direktion für Völkerrecht vom 23. März 1998, wonach Handlungen, welche gegen den gemeinsamen Art. 3 der vier Genfer Abkommen von 1949 verstossen, als Verletzungen des zwingenden Völkerrechts (*ius cogens*) zu qualifizieren sind (abgedruckt in SZIER 1999, S. 708 ff.).

<sup>26</sup> Vgl. z.B. Botschaft vom 20. Nov. 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 529; BGE 120 Ia 11; BGE 124 III 90 E.3; BGE 124 IV 23 E.4.

stände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit in einem schweizerischen Strafverfahren prinzipiell nicht möglich<sup>27</sup>.

### **1.3 Die Vorlage**

#### **1.3.1 Einführung neuer Straftatbestände**

##### **1.3.1.1 Gründe für eine spezifische Regelung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Kriegsverbrechen im schweizerischen Strafrecht**

#### **Keine unmittelbare Anwendbarkeit der im Römer Statut genannten Verbrechen im schweizerischen Strafverfahren**

Es ist vorweg die Frage zu beantworten, warum eine Gesetzgebung im Bereich der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Kriegsverbrechen überhaupt notwendig ist, wenn doch das Römer Statut selbst die entsprechenden, völkergewohnheitsrechtlich anerkannten Tatbestände enthält. Zu untersuchen ist, ob die Bestimmungen des Römer Statuts im schweizerischen Recht direkt anwendbar sind oder ob sie der Konkretisierung durch den Gesetzgeber bedürfen. Dabei ist zu beachten, dass es sich hierbei um Normen des Völkerstrafrechts handelt, weshalb an ihre Bestimmtheit besonders hohe Anforderungen zu stellen sind.

Auch wenn das Völkerrecht aufgrund des monistischen Systems der Schweiz ohne besonderen Transformationsakt Teil des Landesrechts wird, sind die im Römer Statut enthaltenen Verbrechenstatbestände nur verbindliche Rechtsgrundlage für die Ausübung der Gerichtsbarkeit durch den ISTGH. So richten sich die Artikel 6–8 des Römer Statuts, welche die Verbrechenstatbestände enthalten, nicht direkt an die Vertragsstaaten. Das Statut enthält keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die Tatbestände des Statuts als solche zu übernehmen oder überhaupt in diesem Bereich gesetzgeberisch tätig zu werden. Die Verbindlichkeit für die Mitgliedstaaten ergibt sich nur indirekt aus dem Risiko, bei ungenügenden Gesetzesgrundlagen die Verfahrenshoheit an den ISTGH zu verlieren.

Eine unmittelbare Anwendung der Verbrechenstatbestände des Statuts in einem schweizerischen Strafverfahren ist auch nicht möglich, weil deren Formulierungen im Statut nicht in jedem Fall den schweizerischen Anforderungen an eine strafrechtliche Gesetzgebung entsprechen<sup>28</sup>. Es fehlt die verbindliche Festsetzung der von den Staaten anzuwendenden konkreten Strafdrohungen.

#### **Verringerung des Risikos einer Verfahrensübernahme durch den Internationalen Strafgerichtshof**

Die Verpflichtung zur Bestrafung der im Römer Statut genannten Verbrechen ergibt sich zunächst aus den von der Schweiz bereits ratifizierten völkerrechtlichen Übereinkommen selbst (z.B. aus dem Völkermordübereinkommen von 1948 oder aus den

<sup>27</sup> Vgl. hierzu bereits die Botschaft vom 31. März 1999 betreffend das Übereinkommen über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes sowie die entsprechende Revision des Strafrechts, BBl 1999 5344. Nach Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 2. Auflage, Bern 1996, S. 87 RZ 24 setzt der Grundsatz «keine Strafe ohne Gesetz» strafrechtlichem Gewohnheitsrecht von vornherein relativ enge Grenzen.

<sup>28</sup> Vgl. Ziff. 1.2.2

vier Genfer Abkommen zum Schutz der Kriegsoffer von 1949 sowie der beiden Zusatzprotokolle aus dem Jahr 1977) sowie aus dem massgeblichen Völkergewohnheitsrecht. Allerdings ergibt sich eine Bestrafungspflicht indirekt auch aus dem in Artikel 17 des Römer Statuts verankerten Grundsatz der Komplementarität. Analoges gilt für die Strafdrohungen. Wenn ein krasses und unerklärliches Missverhältnis zwischen der Strafwürdigkeit eines Verbrechens nach dem Statut und der Behandlung dieses Sachverhalts im innerstaatlichen Recht besteht, könnte der Fall eintreten, dass der IStGH die Zuständigkeit in einer Sache an sich zieht.

Mit der Verankerung des Tatbestandes des Völkermords in Artikel 264 StGB im Jahre 2000 und einer generellen Umschreibung der Strafbarkeit der Kriegsverbrechen im geltenden Militärstrafgesetzbuch ist die Schweiz für zwei der drei Verbrechenskategorien, für die der IStGH sachlich zuständig ist, grundsätzlich gut gerüstet. Ein Verlust der Verfahrenshoheit an den IStGH droht hier nicht. In Bezug auf die Verbrechen gegen die Menschlichkeit gibt es im schweizerischen Recht indes keine spezifische Rechtsgrundlage. Verbrechen gegen die Menschlichkeit können heute im schweizerischen Recht mit den geltenden Strafbestimmungen zu weiten Teilen erfasst werden, indem ein bestimmter Straftatbestand oder eine Kombination von verschiedenen Tatbeständen zur Anwendung gelangen<sup>29</sup>.

### **Erfassung des spezifischen Unrechtsgehalts der Verbrechen gegen die Menschlichkeit**

Der ausgedehnte oder systematische Angriff gegen die Zivilbevölkerung bildet den eigentlichen völkerrechtlichen Unrechtskern der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und gibt den einzelnen Straftaten eine internationale Dimension. Die Einzeltaten werden deshalb als Verbrechen gegen die Menschlichkeit bestraft, weil sie sich in die Gesamttat des Angriffs eingliedern, was einerseits ihre Begehung erleichtert und andererseits ihre besondere Schwere begründet. Den geltenden Straftatbeständen des StGB fehlt durchgehend das Element dieses Angriffs gegen die Zivilbevölkerung, welches die Verbrechen gegen die Menschlichkeit kennzeichnet und im Vergleich zu «gewöhnlichen» Verbrechen als besonders verabscheuenswert erscheinen lässt. Der institutionelle Kontext und der funktionale Zusammenhang der einzelnen Tat innerhalb eines umfassenden Vorgehens gegen die Zivilbevölkerung wird beispielsweise bei Mord, Körperverletzung oder Freiheitsberaubung im Sinne des StGB nicht mitbestraft oder mit einem besonderen Stigma belegt. Eine adäquate gesetzliche Erfassung der schlimmsten Menschenrechtsverletzungen an Zivilpersonen, worunter häufig Frauen und Kinder sowie nationale Minderheiten besonders zu leiden haben, lässt deshalb den Erlass besonderer Vorschriften als angezeigt erscheinen.

<sup>29</sup> Aufgrund der bei einzelnen Verbrechen anwendbarer Strafschärfungsgründe (z.B. wenn sich die Tat gegen viele Menschen richtet oder der Täter das Opfer besonders grausam behandelt) sind in der Regel auch höhere Strafen möglich. Beispiel: Das Verbrechen der Apartheid als institutionalisiertes Regime systematischer Unterdrückung und Diskriminierung einer Rasse durch eine andere Rasse, verbunden mit der Begehung von schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen. Das schweizerische Strafrecht kennt keinen allgemeinen Diskriminierungstatbestand. Der Tatbestand der Rassendiskriminierung (Art. 261<sup>bis</sup> StGB) deckt sich nur zu einem kleinen Teil mit dem Verbrechen der Apartheid.

## Präzise Umschreibung des strafbaren Verhaltens

In Bezug auf die Verbrechen gegen die Menschlichkeit und die Verletzungen des humanitären Völkerrechts ist das aus Artikel 5 der Bundesverfassung<sup>30</sup> fliessende Legalitätsprinzip, welches eine präzise Umschreibung des strafbaren Verhaltens verlangt, in der Schweiz bis anhin nur teilweise realisiert worden.

Wie bereits erwähnt, kennt das geltende schweizerische Recht keinen expliziten Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Bis heute gibt es auch keinen völkerrechtlichen Vertrag, welcher die Verbrechen gegen die Menschlichkeit für die Staaten allgemein und in verbindlicher Weise definiert. Die vereinzelt bestehenden internationalen Übereinkommen, welche sich mit schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen befassen, sind entweder in einen partikulären historischen Kontext eingebettet<sup>31</sup>, definieren den Tatbestand nicht als Verbrechen gegen die Menschlichkeit<sup>32</sup> oder entsprechen aufgrund ihres Entstehungsdatums nicht mehr vollumfänglich den heutigen Bedürfnissen<sup>33</sup>.

Auch kann das Statut des IStGH nicht als Basis für eine Verurteilung dienen. Das Statut sowie die entsprechenden «Verbrechenselemente»<sup>34</sup> nennen zwar die einzelnen Verbrechen gegen die Menschlichkeit und ihre Tatbestandsmerkmale, doch richten sich die Definitionen in erster Linie an den Gerichtshof selbst. Es wird zwar allgemein anerkannt, dass dem Verbot, Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu begehen, gewohnheitsrechtlicher Charakter zukommt. Dies bedeutet indes nur, dass die Begehung solcher Verbrechen unabhängig von einer vertraglichen Regelung verboten ist. Ohne einen hinreichend bestimmten objektiven und subjektiven Tatbestand kann dieses völkergewohnheitsrechtliche Verbot in einem schweizerischen Strafverfahren nicht als Grundlage für eine Verurteilung herangezogen werden. Auch fehlt im Strafgesetzbuch in Bezug auf die Verbrechen gegen die Menschlichkeit eine Inkorporationsnorm, welche für deren Verletzungen einen konkreten Strafrahmen festlegt. Eine Legiferierung ist daher für eine ausdrückliche Bestrafung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit in der Schweiz aus dem Blickwinkel des Legalitätsprinzips (*«nulla poena sine lege»*) unumgänglich.

Verstösse gegen das humanitäre Völkerrecht, das heisst das in bewaffneten Konflikten anwendbare Recht zum Schutz der Kriegsgesetzten, werden im schweizerischen Recht heute im sechsten Abschnitt des Militärstrafgesetzes bestraft. Die Umschreibung der einzelnen strafbaren Handlungen erfolgt jedoch nicht wie sonst bei Straftaten üblich im Gesetz selbst. Sie ergibt sich lediglich aus einem pauschalen Verweis auf anwendbare völkerrechtliche Übereinkommen und das einschlägige Völkergewohnheitsrecht in Artikel 109 MStG, ohne dass die anwendbaren Rechtsquellen im Einzelnen identifiziert werden<sup>35</sup>. Abgesehen von der Frage, welche völkerrechtlichen Normen überhaupt geeignet sind, durch Artikel 109 MStG erfasst zu werden,

30 SR 101

31 Die Internationale Konvention über die Bekämpfung und Bestrafung des Verbrechens der Apartheid vom 30. Nov. 1973 war in erster Linie vor dem Hintergrund der Situation in Südafrika ausgearbeitet worden und enthält keine abstrakte Definition des Verbrechens der Apartheid. Die Konvention wurde von der Schweiz nicht unterzeichnet.

32 Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dez. 1984, SR 0.105, für die Schweiz in Kraft getreten am 26. Juni 1987.

33 Sklavereiabkommen vom 25. Sept. 1926, SR 0.311.37, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Nov. 1930.

34 Vgl. oben, 1.1.2.4

35 In den Artikeln 110–114 MStG werden nur wenige Delikte ausdrücklich umschrieben.

stellt sich das Problem, dass diese Übereinkommen in der Regel keine präzisen Straftatbestände enthalten und das Völkergewohnheitsrecht naturgemäss nicht umfassend kodifiziert ist. Aus rechtsstaatlichen Gründen, insbesondere wegen des im Strafrecht besonders ausgeprägten Legalitätsprinzips, bestanden schon bei der Einführung von Artikel 109 MStG Bedenken, ob durch diese Methode genügend Klarheit über die Strafbarkeit eines Verhaltens im Konfliktfall geschaffen wird<sup>36</sup>. In der schweizerischen Rechtslehre ist diese Situation kritisiert worden, da mit diesem unpräzisen Verweis die Rechtssicherheit und die Garantiefunktion des ausdrücklichen Strafgesetzes unterlaufen werde<sup>37</sup>. Auch wenn mit Artikel 109 MStG im Prinzip die gemäss Römer Statut zu bestrafenden Kriegsverbrechen auch in der Schweiz strafrechtlich erfasst werden können, erscheint es aus den genannten Gründen angebracht, die schwerwiegendsten Verbrechen überhaupt, welche mit hohen Freiheitsstrafen geahndet werden, auf präzisere Gesetzesgrundlagen zu stellen.

### **Transparente und griffige Rechtsgrundlagen für die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte**

Im geltenden Recht ist die Generalklausel gemäss Artikel 109 MStG, abgesehen von den in den Artikeln 110–114 MStG genannten Tatbeständen, die einzige Rechtsgrundlage für die Erhebung einer Anklage und die Bestrafung des Täters für Verletzungen des Völkerrechts in bewaffneten Konflikten. Wie bereits erwähnt, entspricht dieser Zustand nicht vollumfänglich dem heutigen Bedürfnis nach Rechtsklarheit und -sicherheit. Aber auch aus der Sicht der Strafverfolgungsbehörden und der urteilenden Gerichte vermag diese Regelungstechnik und vor allem die mangelnde nationale Regelungsdichte bei der zur Diskussion stehenden komplexen Materie nicht zu genügen. Das humanitäre Völkerrecht besteht nicht aus einem einheitlichen Rechtskodex, sondern vielmehr aus historisch gewachsenen, durch verschiedene Ereignisse geprägten, von den einzelnen Staaten nicht immer einheitlich akzeptierten und in verschiedenen Gremien ausgehandelten Regelungen, welche einander zum Teil ergänzen, zum Teil aber auch überlagern. In Bezug auf die Verbrechen gegen die Menschlichkeit ist die Transparenz der Rechtsgrundlagen noch weniger gegeben, da diese völkervertraglich weitgehend nicht geregelt sind. Eine eigenständige Kodifikation des Völkerstrafrechts im schweizerischen Recht hat den Vorteil, dass die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte eine lesbare und griffige Sammlung der wichtigsten internationalen Verbrechenstatbestände im Strafgesetz zur Hand haben.

### **Förderung und Verbreitung des humanitären Völkerrechts**

Ein grosses Verdienst des Römer Statuts ist es, zum Zweck der Ausübung der Gerichtsbarkeit durch den IStGH das massgebende Völkerrecht (Vertragsrecht und Gewohnheitsrecht) zusammengetragen zu haben. Die Errichtung des IStGH hat

<sup>36</sup> Vgl. Botschaft vom 18. Febr. 1981 über die Zusatzprotokolle zu den Genfer Abkommen, BBl 1981 I 953 1016.

<sup>37</sup> Vgl. Raphaël Barras, *Incidences des dispositions pénales sur Protocole I additionnel aux Conventions de Genève de 1949 sur le système judiciaire national*, Recueils de la Société internationale de droit pénale militaire et droit de guerre, Bruxelles 1982, S. 415 ff.; Marc Henzlin, *La compétence universelle et l'application du droit international pénal en matière de conflit armés – la situation en Suisse*, in: La répression internationale du génocide rwandais, Brüssel 2003, S. 162 ff.; Peter Popp, *Kommentar zum Militärstrafgesetz – Besonderer Teil*, St. Gallen 1992, Art. 109, S. 546 N. 2; Hans Vest, *Zum Handlungsbedarf auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts – Elemente eines Gesetzgebungs-vorschlags*, ZStR 121 (2003), S. 49 f.

daher insbesondere auch eine präventive Wirkung: Nur wenn jene Staaten, die ein Kriegsverbrechen hätten verhindern oder bestrafen sollen, ihren Pflichten nicht nachkommen, kann der IStGH das Verfahren übernehmen. Die Staaten sind daher ebenfalls aufgerufen, in ihren Rechtsordnungen die Durchsetzung des Völkerstrafrechts zu gewährleisten und der Straflosigkeit eine definitive Absage zu erteilen. Dies betrifft neben einer Legiferierung insbesondere auch die Verbreitung des humanitären Völkerrechts in den Reihen der Streitkräfte, aber auch, soweit möglich, in der Zivilbevölkerung. Es müssen alle notwendigen Massnahmen ergriffen werden), damit dieses Recht respektiert und seine Verletzungen bestraft werden. Als Vertrags- und Depositarstaat der Genfer Abkommen von 1949 und ihrer Zusatzprotokolle von 1977 steht die Schweiz auch bei der innerstaatlichen Kodifizierung in einer besonderen Verantwortung.

### **Entwicklung im Ausland**

Vor der Verabschiedung des Römer Statuts im Jahre 1998 kannten erst wenige Staaten ausführliche und ausdrückliche nationale Regelungen des Tatbestandes des Völkermordes, der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Kriegsverbrechen. Erst mit Einsetzung der UNO-Tribunale für das ehemalige Jugoslawien und für Ruanda in den 1990er-Jahren begann ein internationales Umsetzen der strafrechtlichen Abwehrdispositive gegen solche Verbrechen. Insbesondere nach Verabschiedung des Römer Statuts im Jahre 1998 haben zahlreiche Staaten umfassende Gesetzesänderungen vorgenommen<sup>38</sup>.

## **1.3.1.2                    Umfang der Strafrechtsrevision**

### **Die Auswahl der neuen Verbrechenstatbestände**

Gemäss Artikel 5 des Römer Statuts beschränkt sich die Gerichtsbarkeit des IStGH auf die schwersten Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganze berühren. Dazu gehören der Völkermord, die Verbrechen gegen die Menschlichkeit, die Kriegsverbrechen sowie das Verbrechen der Aggression<sup>39</sup>. Eine völkerstrafrechtliche Dimension erhalten diese Verbrechen, weil sie keine singulären Ereignisse darstellen, sondern in einem grösseren Zusammenhang begangen werden und Auswirkungen auf die gesamte Staatengemeinschaft haben. Die Staatenvertreter der Römer Konferenz von 1998, welche das Statut des IStGH verabschiedeten, gingen davon aus, dass es sich bei diesen Verbrechen um solche handle, welche Teil des Völkergewohnheitsrechts sind.

Gleichzeitig setzte sich die Schweizer Delegation bei den Verhandlungen zum Römer Statut massgeblich dafür ein, dass die im Römer Statut enthaltenden Tatbestände das geltende Völkerrecht lediglich konkretisierten, ohne es dabei in Frage zu stellen<sup>40</sup>. In diesem Sinne wurde in Artikel 10 des Statuts festgeschrieben, dass

<sup>38</sup> Vgl. Ziff. 1.3.1.3

<sup>39</sup> Der Gerichtshof kann seine Zuständigkeit in Bezug auf das Verbrechen der Aggression vorerst jedoch nicht ausüben, da sich die Staaten bei der Ausarbeitung des Römer Statuts nicht auf eine Definition des Verbrechens der Aggression einigen konnten. Frühestens sieben Jahre nach Inkrafttreten des Statuts kann an einer Überprüfungskonferenz über die Annahme eines ausformulierten Straftatbestandes der Aggression entschieden werden (vgl. Art. 5 Abs. 2 des Statuts).

<sup>40</sup> Vgl. ausführlich Ziff. 1.1.2.4 sowie IStGH-Botschaft, BBl 2001 391 404.

die Verbrechensdefinitionen des Statuts nicht so auszulegen seien, als beschränken oder berühren sie bestehende oder sich entwickelnde Regeln des Völkerrechts für andere Zwecke als diejenigen dieses Statuts.

Auch nach Auffassung des Bundesrates handelt es sich beim Verbot, diese Verbrechen zu begehen, in den meisten Fällen um Regeln des Völkergewohnheitsrechts<sup>41</sup>, oder die Verbotsnormen ergeben sich, im Bereich des humanitären Völkerrechts, für die Schweiz aus den von ihr ratifizierten Verträgen.

Die Vorlage geht deshalb bei der Auswahl der im schweizerischen Recht zu regelnden Tatbeständen von folgende Kriterien aus: Erstens soll das schweizerische Recht in jedem Fall den Anforderungen des Römer Statuts entsprechen, damit kein Verlust der Verfahrenshoheit an den IStGH droht. Zweitens sollen die Schweizer Rechtsnormen das geltende Völkerrecht getreu wiedergeben und nicht einschränken; sofern das Römer Statut weniger weit geht, sollen sich die schweizerischen Tatbestände insbesondere im Bereich des humanitären Völkerrechts am Inhalt und Wortlaut des Gewohnheits- und Vertragsrechts orientieren<sup>42</sup>. Drittens sollen nur die schwersten Verletzungen des humanitären Völkerrechts ausdrücklich im StGB und MStG für strafbar erklärt werden. Eine umfassende Kodifikation des gesamten Völkerstrafrechts im schweizerischen Recht ist aufgrund der sich ständig weiterentwickelnden Materie nicht abschliessend zu realisieren und würde einen unverhältnismässigen gesetzgeberischen Aufwand zur Folge haben. Mit der ausdrücklichen Bestrafung der schwerwiegendsten Verletzungen des humanitären Völkerrechts wird zum einen dem strafrechtlichen Legalitätsprinzip Rechnung getragen, während weniger gravierende Verletzungen durch einen Auffangtatbestand erfasst werden.

### **Berücksichtigung allgemeiner Grundsätze des Völkerstrafrechts**

Auch der IStGH verfügt über allgemeine Grundsätze des Strafrechts, um den Anforderungen des Legalitätsprinzips (*«nullum crimen sine lege»*) gerecht zu werden. Dazu gehört die Umschreibung voneteiligungsformen wie Anstiftung oder Gehilfenschaft, die Definition des Versuchs, des Irrtums oder die Aufzählung der Gründe, die im Einzelfall zu einem Ausschluss der Strafbarkeit führen können<sup>43</sup>. Die allgemeinen Grundsätze des Statuts gelten nur bezüglich der darin umschriebenen Verbrechen und im Hinblick auf das Verfahren vor dem IStGH, ohne dass die Staaten sie unmittelbar in ihr Recht übernehmen müssten. Diese Aussage ist immerhin so weit zu relativieren, als die gesamte Anwendung unter dem Vorbehalt der Komplementarität von Artikel 17 des Römer Statuts steht. Das bedeutet, dass das nationale Recht keine Strafbarkeitslücken oder Strafausschlussgründe kennen darf, die den IStGH in Anwendung von Artikel 17 zu der Überzeugung führen könnten, dass der betreffende Staat «nicht willens oder nicht fähig» ist, eine ernsthafte Strafverfolgung durchzuführen.

Eine Analyse des schweizerischen Strafrechts ergibt, dass solche Lücken nicht bestehen. Auch auf Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen sind die Bestimmungen des jeweiligen Allgemeinen Teils des StGB und MStG anwendbar. Sonderregelungen sollen daher nur geschaffen werden, wenn sie

<sup>41</sup> IStGH-Botschaft, BBl 2001 391 489.

<sup>42</sup> Beispielsweise die vier Genfer Abkommen zum Schutz der Kriegsofopfer aus dem Jahre 1949 und ihre Zusatzprotokolle aus dem Jahre 1977 sowie das Haager Abkommen von 1954 für den Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten und dessen Zusatzprotokolle.

<sup>43</sup> Vgl. Art. 25 ff. des Römer Statuts.

zur Umsetzung des Römer Statuts besonders angezeigt sind<sup>44</sup>. Eine Klarstellung im schweizerischen Recht erfolgt nur in zwei Fällen, damit eine völkerrechtskonforme Anwendung des Strafgesetzes nicht allein durch Auslegung beziehungsweise direkte Übernahme völkerrechtlicher Grundsätze im schweizerischen Strafverfahren erreicht wird. Eine Aufnahme in die Vorlage erhalten deshalb die teilweise bereits im MStG enthaltene Bestimmung über das Handeln auf Befehl sowie die neue Bestimmung über die Strafbarkeit von militärischen und zivilen Vorgesetzten für Verbrechen ihrer Untergebenen.

## **Strafen**

In Teil 7 des Römer Statuts werden die Strafen umschrieben, die der ISTGH verhängen kann<sup>45</sup>. Artikel 77 sieht als Hauptstrafe eine Freiheitsstrafe von bis zu 30 Jahren vor. Diese Höchststrafe kann ausnahmsweise überschritten und eine lebenslange Freiheitsstrafe verhängt werden, wenn dies durch die aussergewöhnliche Schwere des Verbrechens und die persönlichen Verhältnisse des Verurteilten gerechtfertigt ist. Als Zusatzstrafe kann eine Geldstrafe ausgesprochen und die Einziehung von Vermögenswerten angeordnet werden.

Es stellt sich die Frage, ob das schweizerische Recht<sup>46</sup> mit den Anforderungen des Römer Statuts kompatibel ist. Artikel 80 des Statuts stellt klar, dass Teil 7 des Statuts keinen Einfluss auf die Anwendung der nach dem nationalen Recht vorgesehenen Strafen und Strafarten hat. Diese Bestimmung steht jedoch ihrerseits unter dem allgemeinen Komplementaritätsvorbehalt nach Artikel 17 des Statuts, dass nationale Strafen nicht so weit unter den nach dem Statut vorgesehenen liegen, dass der ISTGH davon ausgehen muss, der betreffende Staat habe den Täter offensichtlich schonen und ihn nicht wirklich zur Rechenschaft ziehen wollen.

Aufgrund der für Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen vorgesehenen hohen Strafen ergibt sich in der Schweiz kein Bedarf, den Strafrahmen des geltenden Systems zu erweitern.

### **1.3.1.3                   Regelungskonzept:                                   Änderung des Strafgesetzbuches und des                                   Militärstrafgesetzes oder Schaffung eines separaten                                   Völkerstrafgesetzes?**

Es bieten sich zwei zu prüfende Möglichkeiten für die gesetzgeberische Umsetzung der völkerrechtlichen Tatbestände in das nationale Recht an.

44 Auch Deutschland und die Niederlande, welche jüngst eigentliche Völkerstrafgesetze erlassen haben, haben auf eine umfassende Regelung der allgemeinen Grundsätze des Völkerstrafrechts verzichtet.

45 Vgl. zum Strafsystem und zur Strafzumessung im Einzelnen die IStGH-Botschaft, BBl 2001 391 546 ff.

46 Gemäss Art. 40 StGB beträgt die höchste Dauer einer Freiheitsstrafe 20 Jahre. Wo es das Gesetz besonders bestimmt, ist sie lebenslänglich. Eine lebenslängliche Strafe dauert grundsätzlich bis zum Ableben des Inhaftierten. Die bedingte Entlassung kann frühestens nach 15 Jahren, ausserordentlicherweise nach zehn Jahren, gewährt werden (Art. 86 Abs. 5 StGB).

## Möglichkeiten der strafrechtlichen Umsetzung

### *Variante 1: Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes*

Nach der ersten Variante würden das geltende Strafgesetzbuch und das Militärstrafrecht partiell ergänzt und abgeändert. Im Zentrum dieser Variante steht die Regelung der Tatbestände des Völkermords, die Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Kriegsverbrechen sowohl im StGB wie auch im MStG. Hinzu kommen allgemeine Bestimmungen unter anderem über die Strafbarkeit des Vorgesetzten für Handlungen von Untergebenen und das Handeln auf Befehl oder Anordnung. Weitere Modifikationen des StGB und des MStG betreffen die Bestimmungen über die Strafbarkeit von Auslandstaten, die Zuständigkeit von Zivil- und Militärjustiz zur Strafverfolgung sowie die Unverjährbarkeit der genannten Straftaten.

### *Variante 2: Erlass eines separaten Völkerstrafgesetzes*

Gemäss dieser Variante würde für die Umsetzung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Kriegsverbrechen ein separates Völkerstrafgesetz geschaffen. Die geltende Regelung des Völkermords würde aus dem StGB herausgelöst und zusammen mit den Verbrechen gegen die Menschlichkeit und den Kriegsverbrechen als themenspezifisches Nebenstrafrecht kodifiziert. Dies hätte zur Folge, dass in diesem Spezialerlass überdies auch alle weiteren Bestimmungen aufgenommen werden müssten, welche spezifisch den Tatbestand des Völkermords, die Verbrechen gegen die Menschlichkeit und die Kriegsverbrechen betreffen. Dazu gehören die Zuständigkeiten von Zivil- und Militärjustiz sowie die allgemeinen Bestimmungen über die Strafbarkeit des Vorgesetzten, das Handeln auf Befehl oder Anordnung und die Strafbarkeit von Auslandstaten. Des Weiteren kämen auch die Vorschriften über die Unverjährbarkeit dieser Straftaten, öffentliche Aufforderung zum Völkermord sowie die strafbare Vorbereitung der genannten Straftaten hinzu. Die Bestimmungen des Allgemeinen Teils des StGB und des MStG blieben anwendbar, soweit das Völkerstrafgesetz keine besonderen Bestimmungen enthält.

## Rechtsvergleichender Überblick

Zahlreiche Staaten haben seit der Verabschiedung des Römer Statuts Gesetzesänderungen im Bereich des Völkerstrafrechts vorgenommen, indem sie ihre Strafgesetze ergänzt oder separate Völkerstrafgesetze erlassen haben. Während die Staaten des angelsächsischen Rechtskreises (*«Common Law»*) in der Regel spezifische Erlasse geschaffen haben (z.B. Australien<sup>47</sup>, Grossbritannien<sup>48</sup>, Irland<sup>49</sup>, Kanada<sup>50</sup>, Neuseeland<sup>51</sup>, Südafrika<sup>52</sup>), präsentiert sich die Situation innerhalb des kontinentaleuropäischen Rechtskreises (*«Civil Law»*) unterschiedlich. So haben z.B. Deutschland<sup>53</sup>,

<sup>47</sup> International Criminal Court (Consequential Amendments) Act 2002 vom 27. Juni 2002.

<sup>48</sup> International Criminal Court Act 2001 vom 11. Mai 2001.

<sup>49</sup> International Criminal Court Bill 2003, Regierungsentwurf Nr. 36/2003 vom 12. August 2003.

<sup>50</sup> Bill C-19, Act respecting genocide, crimes against humanity and war crimes and to implement the Rome Statute of the International Criminal Court, and to make consequential amendments to other Acts: the Crimes Against Humanity Act, in Kraft seit 23. Okt. 2000.

<sup>51</sup> International Crimes and International Criminal Court Act 2000 vom 6. Sept. 2000.

<sup>52</sup> International Criminal Court Bill vom 26. Juni 2002

<sup>53</sup> *Völkerstrafgesetzbuch* (VStGB) vom 26. Juni 2002 (BGBl. I, 2254).

die Niederlande<sup>54</sup>, Portugal<sup>55</sup> und Schweden<sup>56</sup> ebenfalls separate Völkerstrafgesetze geschaffen oder diese Spezialgesetze um die noch nicht vorhandenen Tatbestände des Römer Statuts ergänzt (z.B. Belgien<sup>57</sup>). Spanien hat sein Strafgesetzbuch Ende 2003 an das Römer Statut angepasst und insbesondere um den Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit ergänzt<sup>58</sup>.

### **Entscheid für eine Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes**

Die Frage, in welche Form des Rechtserlasses die Verbrechen gegen die Menschlichkeit und die Kriegsverbrechen einfließen sollen, ist in erster Linie eine Frage der Gesetzgebungsmethodik. Der rechtliche Gehalt der zu erlassenden Strafbestimmungen ist derselbe und nicht davon abhängig, ob die Regelung im StGB und MStG oder in einem neuen Völkerstrafgesetz erfolgt. Der Entscheid über den einzuschlagenden Weg hat daher in erster Linie nach rechtssetzungstechnischen Kriterien zu erfolgen.

Für die Variante 1 «Änderung StGB und MStG» spricht, dass Schwerstverbrechen im Kernstrafrecht, das heisst im Strafgesetzbuch geregelt werden sollten und nicht in einem Nebenstrafgesetz. Dadurch würden die hier zur Diskussion stehenden neuen Verbrechenstatbestände die ihnen gebührende Bedeutung und Verbreitung erlangen, um von den Rechtsunterworfenen und der Staatengemeinschaft entsprechend wahrgenommen zu werden. Für die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte ermöglicht ihre Eingliederung in die bisherige Systematik des StGB und MStG die Anwendung der üblichen Bestimmungen des Allgemeinen Teils dieser Gesetze (z.B. Anstiftung und Versuch). Die Eingliederung dieser Verbrechen ins StGB dürfte überdies ihre Berücksichtigung im Rahmen akademischer Institutionen und in wissenschaftlichen Abhandlungen erhöhen.

Für die Variante 2 «Völkerstrafgesetz» spricht, dass alle Regeln betreffend Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen in einem thematischen Gesetz geregelt würden. Das Strafgesetzbuch würde nicht durch eine Anzahl von Tatbeständen angereichert, welche selten zum Tragen kommen. Nachteilig wirkte sich jedoch aus, dass die Regelung im Nebenstrafrecht mit einer Einbusse an Transparenz einherginge. Auch erschwerte die Regelung in einem separaten Gesetz die Anwendung der allgemeinen und bewährten Regeln des StGB und MStG. Der Hauptgrund gegen ein separates Völkerstrafgesetz liegt jedoch darin, dass die Schweiz – im Gegensatz zu angelsächsischen Ländern – allein für die Regelung einzelner Verbrechen nicht jeweils eigene Gesetze schafft, sondern diese in ihr ordentliches Strafgesetzbuch eingliedert. Die Strafbestimmungen, welche heute in

54 *Wet Internationale Misdriften (Gesetz über internationale Verbrechen)* vom 17. Juni 2003.

55 *Lei penal relativa às violações do Direito Internacional Humanitário (Strafgesetz über die Verletzungen des humanitären Völkerrechts)* N.º 72/IX vom 20. Mai 2003. Der Gesetzesentwurf wird zur Zeit im Parlament behandelt.

56 Gesetz über Völkerstrafrechtstaten, SOU 2002:98.

57 *Loi relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire* vom 10. Febr. 1999, Moniteur Belge vom 23. März 1999, S. 9286. Dieses Gesetz wurde durch die *Loi relative aux violations graves du droit international humanitaire* vom 5. Aug. 2003, publiziert im Moniteur Belge vom 7. Aug. 2003, S. 40506 ff., abgeschafft. Die entsprechenden Tatbestände wurden in Art. 136bis ff. des belgischen Strafgesetzes integriert.

58 Ley Organica 15/2003 vom 25. Nov. 2003.

anderen Gesetzen enthalten sind, stehen jeweils in einem sachlichen Zusammenhang mit einer umfassenden thematischen Materie (z.B. Strassenverkehr oder Betäubungsmittel). Diese Gesetze regeln in erster Linie nicht strafrechtliche Fragen, sondern enthalten technische und administrative Vorschriften. Bei einem Gesetz über Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen handelt es sich naturgemäss nicht um eine regulative Materie, sondern um ein reines Verbotsgesetz, wofür das Strafgesetz als Kernstrafrecht *a priori* bestimmt ist.

Bezüglich der in der Vernehmlassung explizit aufgeworfenen Frage des Regelungsortes der Bestimmungen folgten praktisch alle Stellungnahmen dem Vorschlag gemäss Vorentwurf, wonach die einzelnen Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, der Kriegsverbrechen und des Völkermords im Strafgesetzbuch wie auch im Militärstrafgesetz zu regeln seien.

Aus den genannten Gründen sowie in Anbetracht des Vernehmlassungsergebnisses ist der Regelung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen im StGB und MStG der Vorzug vor dem Erlass eines speziellen Gesetzes zu geben.

### 1.3.1.4 Regelungstechnik

#### Methodik der strafrechtlichen Umsetzung

Unabhängig von der Frage, an welchem Ort die Umsetzung der völkerrechtlichen Straftatbestände erfolgt, ist zu entscheiden, in welchem Umfang diese Tatbestände im schweizerischen Recht wiedergegeben werden sollen. Der Schweizer Gesetzgeber ist frei, mit welcher Ausführlichkeit er die Tatbestandselemente normieren will, solange die Mindestanforderungen an das strafrechtliche Legalitätsprinzip gewahrt bleiben. Allerdings ist zu beachten, dass bei der hier zur Diskussion stehenden Materie klare völkerrechtliche Vorgaben im völkerrechtlichen Gewohnheits- und Vertragsrecht sowie im Römer Statut bestehen.

In Frage kommen grundsätzlich drei verschiedene Optionen zur Formulierung der völkerrechtlichen Tatbestände im schweizerischen Strafrecht, welche auch miteinander kombiniert werden können.

#### *Option 1: Generalklausel mit Verweis auf das anwendbare Völkerrecht*

Die Annahme der Option 1 «Generalklausel» würde bedeuten, dass die Umschreibung der einzelnen strafbaren Handlungen nicht wie sonst bei Straftaten üblich im Gesetz selbst erfolgt. Sie ergibt sich lediglich aus einem pauschalen Verweis auf anwendbare völkerrechtliche Übereinkommen und das einschlägige Völkergewohnheitsrecht, ohne dass die Rechtsquellen im Einzelnen identifiziert werden. In Bezug auf die Verletzungen des humanitären Völkerrechts würde dies bedeuten, dass der *status quo* beibehalten wird. Artikel 109 MStG bestraft bereits heute alle Verletzungen von «Vorschriften internationaler Abkommen über Kriegführung sowie über den Schutz von Personen und Gütern» sowie von anderen anerkannten Gesetzen und Gebräuchen des Krieges. Für diese Option spricht, dass die Schweizer (Militär-)Justiz gestützt auf Artikel 109 MStG bereits einige Erfahrungen gesammelt hat. Ebenso kann für eine Generalklausel ins Feld geführt werden, dass sie naturgemäss umfassend ist. Sie erfasst nicht nur bestehendes Gewohnheits- und Vertragsrecht,

sondern kann auch alle in der Zukunft geschlossenen Verträge sowie sich weiterentwickelndes Gewohnheitsrecht erfassen.

Ein Nachteil dieser Pauschallösung ist jedoch, dass sie keine Differenzierung der Strafe in Bezug auf die Schwere des Verbrechens enthält bzw. allein dem Gericht die diesbezügliche Entscheidung überlässt. So kann der Richter für Verletzungen des humanitären Völkerrechts nach Artikel 109 MStG theoretisch zwischen Strafen von 20 Jahren Freiheitsstrafe und Disziplinarstrafen (z.B. einem Verweis) wählen.

Unzulänglich ist der Rückgriff auf Artikel 109 jedoch auf jeden Fall dann, wenn ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu beurteilen ist. Artikel 109 MStG ist nur auf Verbrechen anwendbar, die in einem bewaffneten Konflikt erfolgen, während Verbrechen gegen die Menschlichkeit (wie auch Völkermord) ebenfalls in Friedenszeiten begangen werden können. Für Verbrechen gegen die Menschlichkeit müsste deshalb ein entsprechender Generaltatbestand neu geschaffen werden. Gegen diese Option spricht, dass Verbrechen gegen die Menschlichkeit weitgehend auf ungeschriebenem Völkergewohnheitsrecht beruhen. Ist aus der Sicht des strafrechtlichen Legalitätsprinzips (*«nullum crimen sine lege»*) schon bei den weitgehend vertraglich normierten Kriegsverbrechen die Begründung der Strafbarkeit mittels an eine Verweisungsnorm geknüpfte Generalklausel fragwürdig, so gilt dies umso mehr, wenn der strafbegründende Tatbestand international nicht kodifiziert ist.

#### *Option 2: Spiegelbildliche Übernahme der Bestimmungen des Römer Statuts ins schweizerische Strafrecht*

Die Annahme der Option 2 «Kopie Römer Statut» würde eine Übernahme des exakten Wortlauts der in den Artikeln 6–8 des Römer Statuts enthaltenden Verbrechenstatbestände beinhalten. Als Variante mit einem minimalen Aufwand zur Umsetzung wäre auch die Lösung denkbar, im StGB und MStG überhaupt keine Tatbestände zu normieren, sondern lediglich auf das Statut zu verweisen. Eine solche Gesetzgebung hätte den Vorteil, dass sie die Sprache des Statuts in perfekter und getreuer Weise wiedergeben respektive zu ihr nicht im Widerspruch stehen würde. Somit bestünde kein Risiko, dass die Schweizer Gesetzgebung nicht in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Statuts steht. Darüber hinaus könnte die Rechtsprechung des IStGH von den schweizerischen Gerichten problemlos übernommen werden, da die internationalen und die nationalen Straftatbestände identisch wären.

Gegen diese Option spricht zunächst, dass der Wortlaut des Statuts, welches in erster Linie für die Zuständigkeit des IStGH geschaffen wurde, nicht in jedem Fall das Völkerrecht wiedergibt, an welches die Schweiz durch Gewohnheits- und Vertragsrecht gebunden ist. Zum Teil verwendet das Statut auch Formulierungen, welche heute überholt und in neueren Verträgen durch modernere Ausdrücke ersetzt wurden. Gegen diese Option spricht im Weiteren, dass eine exklusive Übernahme der Verbrechenstatbestände des Statuts der Weiterentwicklung des Völkerstrafrechts seit 1998 nicht gerecht würde. Neuere völkerrechtliche Tatbestände würden in jedem Fall eine weitere Änderung des StGB und MStG notwendig machen.

Ein weiterer Nachteil dieser Option ist, dass bei einer Beschränkung auf die im Statut enthaltenen Verbrechen all jene Verletzungen insbesondere des humanitären Rechts nicht erfasst würden, welche ebenfalls schwerwiegende Natur sind, für die jedoch an der Römer Konferenz kein Konsens gefunden werden konnte. Dazu gehört zum Beispiel die Verwendung von Waffen, Geschossen, Stoffen und Methoden der Kriegführung, die geeignet sind, überflüssige Verletzungen oder unnötige

Leiden zu verursachen, oder die unter Verstoss gegen das internationale Recht des bewaffneten Konflikts ihrer Natur nach unterschiedslos wirken<sup>59</sup>. Der IStGH kann seine Gerichtsbarkeit erst ausüben, wenn diese Waffen, Geschosse, Stoffe und Methoden der Kriegführung Gegenstand eines umfassenden Verbots sind und die Vertragsstaaten einer Aufnahme ins Römer Statut zugestimmt haben.

Letztlich entspricht aber auch der Wortlaut der Tatbestände des Römer Statuts als Resultat langjähriger internationaler Verhandlungen nicht der Gesetzgebungstechnik, welche die Schweiz in der Regel zur Festsetzung der Strafbarkeit verwendet. In verschiedenen Fällen umschreibt das Statut ein Verbrechen lediglich durch einen einzigen Ausdruck (z.B. «Geiselnahme») oder nur in rudimentärer Weise, während das Schweizer Recht die einzelnen Elemente ausformuliert<sup>60</sup>.

*Option 3: Ausformulierung der im Statut genannten Verbrechen nach Massgabe der bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz und anhand schweizerischer Gesetzgebungsmethodik*

Option 3 «Ausformulierung» würde sich zwar wie Option 2 an den im Statut genannten Verbrechen orientieren, die einzelnen Tatbestände jedoch an die primär für die Schweiz verbindlichen Tatbestände des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts anlehnen. Ebenso würden die verschiedenen Tatbestände im Bereich der Kriegsverbrechen in Kategorien gegliedert, welche sich an den einzelnen Vertragsregimen sowie an den geschützten Rechtsgütern orientieren.

Ein grosses Plus dieser Option liegt darin, dass sie einerseits die Nähe des schweizerischen Gesetzes zum Römer Statut wahrt, andererseits aber durch den Rückgriff auf die schweizerische Gesetzessprache eine einfachere Handhabung der völkerrechtlichen Tatbestände durch die Strafverfolgungsbehörden ermöglicht. Für die Rechtsunterworfenen ist dadurch die Voraussehbarkeit der Strafbarkeit ihres Verhaltens sichergestellt.

Wie Option 2 hat jedoch auch eine abschliessende Aufzählung ausformulierter Tatbestände den Nachteil, dass künftige Entwicklungen im Bereich des Völkerstrafrechts jeweils nur mittels einer Revision des StGB und des MStG im schweizerischen Strafrecht erfasst werden können.

### **Rechtsvergleichender Überblick**

Während die Staaten des angelsächsischen Rechtskreises (z.B. Grossbritannien, Irland, Neuseeland, Südafrika) in der Regel den Wortlaut der Verbrechenstatbestände des Statuts unverändert kopieren oder die Tatbestände mit Kurztiteln umschreiben (z.B. Kanada), tendieren die kontinentaleuropäischen Staaten eher dazu, die Tatbestände in der nationalen Gesetzessprache auszuformulieren (z.B. Belgien, Deutschland, Finnland, Frankreich, Niederlande, Portugal, Schweden, Spanien).

### **Entscheid für eine Kombination der verschiedenen Optionen**

Bei der Wahl der Gesetzesmethodik liegen zwei bereits erwähnte Maximen zu Grunde: So soll erstens die Schweizer Strafrechtsgesetzgebung derart ausgestaltet sein, dass der IStGH das Verfahren nicht wegen ungenügender Rechtsgrundlagen

<sup>59</sup> Vgl. die Ausführungen zu Art. 264h.

<sup>60</sup> Vgl. Art. 185 StGB (Geiselnahme): «Wer jemanden der Freiheit beraubt, entführt oder sich seiner sonstwie bemächtigt, um einen Dritten zu einer Handlung, Unterlassung oder Duldung zu nötigen, (...) wird mit Freiheitsstrafe bestraft».

übernehmen muss. Zweitens soll die Umsetzung auch das geltende Völkerstrafrecht berücksichtigen, an welches die Schweiz unabhängig vom Römer Statut gebunden ist, und dieses für die Rechtsunterworfenen transparenter ausgestalten. Die neuen schweizerischen Tatbestände sollen sich insbesondere dann am Inhalt und Wortlaut des für die Schweiz geltenden Gewohnheits- und Vertragsrechts orientieren, wenn die Formulierungen des Römer Statuts restriktiver sind.

Die oben genannten drei Optionen bezüglich der Umsetzung völkerstrafrechtlicher Tatbestände in der Schweiz besitzen zwar alle auch Unzulänglichkeiten, sie können jedoch jeweils auch einen bestimmten Mehrwert für sich beanspruchen. Da sich diese Optionen gegenseitig nicht ausschliessen, sollen sie miteinander kombiniert werden. Dieses Vorgehen erlaubt, von den jeweiligen Vorteilen zu profitieren und gleichzeitig Nachteile zu neutralisieren.

In Bezug auf die einzelnen Kombinationen ist eine Differenzierung hinsichtlich der verschiedenen Verbrechenskategorien sinnvoll.

### *Völkermord*

Das Schweizerische Strafrecht verfügt bereits seit dem 15. Dezember 2000 über einen Tatbestand des Völkermordes (Art. 264). Dieser entspricht inhaltlich dem Übereinkommen vom 9. Dezember 1948 zur Verhütung und Bestrafung des Völkermordes sowie Artikel 6 des Römer Statuts. Das StGB ist somit mit den internationalen Vorgaben kompatibel. Da in Zukunft auch die Militärjustiz in bestimmten Fällen für die Verfolgung von Völkermord zuständig sein wird<sup>61</sup>, ist eine entsprechende Bestimmung ins MStG einzuführen.

### *Verbrechen gegen die Menschlichkeit*

Verbrechen gegen die Menschlichkeit können bereits heute durch Tatbestände des «gewöhnlichen» Strafrechts erfasst werden. Hier fehlt aber durchwegs das Element des Angriffs gegen die Zivilbevölkerung, welches die Verbrechen gegen die Menschlichkeit kennzeichnet und als besonders verabscheuenswert erscheinen lässt. Ein alleiniger Verweis auf völkerrechtliche Übereinkommen innerhalb einer Generalklausel, wie dies bei Kriegsverbrechen heute der Fall ist, führt bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit ebenfalls nicht zum gewünschten Ziel, da entsprechende Verträge nicht oder nur in unzulänglicher Weise existieren. Die Einführung eines spezifischen Tatbestandes im StGB und MStG ist deshalb notwendig. Dieser kann sich an den Vorgaben von Artikel 7 des Römer Statuts orientieren, soll aber wenn immer möglich der schweizerischen Gesetzsterminologie und -systematik entsprechen.

### *Kriegsverbrechen (bzw. schwere Verletzungen des humanitären Völkerrechts)*

In Artikel 109 MStG ist bereits heute eine Generalklausel enthalten, welche für die Strafbarkeit von Kriegsverbrechen pauschal auf die im humanitären Völkerrecht enthaltenen Tatbestände verweist. Neu sind zusätzlich diejenigen Verletzungen des humanitären Völkerrechts auszuformulieren, welche gemäss Römer Statut und allgemeinem Völkerrecht als Kriegsverbrechen gelten. Da in Zukunft auch die Ziviljustiz für die Verfolgung von Kriegsverbrechen zuständig sein wird<sup>62</sup>, ist die Einführung entsprechender Bestimmungen auch im StGB vorzusehen.

<sup>61</sup> Vgl. ausführlich Ziff. 1.3.3., 2.2.1 und 2.2.2

<sup>62</sup> Vgl. ausführlich Ziff. 1.3.3.3

### 1.3.2

## **Zuständigkeit der Schweiz zur Strafverfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen**

Bereits heute sind die Schweizer Behörden aufgrund des schweizerischen Rechts für die strafrechtliche Verfolgung von Völkermord, Kriegsverbrechen und Folter unabhängig von Begehungsort und Nationalität des Täters zuständig. Dieses sogenannte «Universalitäts»- oder «Weltrechtsprinzip» soll gemäss Vorlage auch für Verbrechen gegen die Menschlichkeit gelten. Die Zuständigkeit der Schweiz zur Strafverfolgung hinsichtlich dieser Tatbestände ist jedoch nicht umfassend, sondern nur gegeben, wenn sich der Täter in der Schweiz befindet und nicht an das Ausland ausgeliefert werden kann. Im Jahr 2003 hat der Gesetzgeber für Kriegsverbrechen das zusätzliche Erfordernis eingefügt, dass der Täter einen «engen Bezug» zur Schweiz haben muss<sup>63</sup>.

#### 1.3.2.1

### **Der Inhalt des völkerrechtlichen Universalitätsprinzips**

Das Universalitätsprinzip besagt, dass ein Land seine Strafhoheit unabhängig davon ausüben kann, ob ein Verbrechen im In- oder Ausland begangen worden ist und welche Nationalität der Täter oder das Opfer besitzt. Während die Vertragsstaaten in einigen Fällen, z.B. bei einer schweren Verletzung der Genfer Abkommen von 1949 oder des Übereinkommens gegen die Folter von 1984, zur Ausübung ihrer Gerichtsbarkeit verpflichtet sind, sind sie aufgrund des Völkerrechts in anderen Fällen nicht immer gehalten, ihre Strafhoheit uneingeschränkt auszuüben und ausserhalb der Landesgrenzen zu ermitteln. Die meisten völkerrechtlichen Verträge kennen die Anknüpfung an das Hoheitsgebiet (Territorialitätsprinzip) oder an die Nationalität des Täters (aktives Personalitätsprinzip) oder des Opfers (passives Personalitätsprinzip). In anderen Fällen, in welchen der Konnex zum betreffenden Staat nicht von derselben Intensität ist, kommt den Staaten *das Recht* zu, ihre Gerichtsbarkeit auf ausländische Sachverhalte ohne oder nur mit geringerem Inlandbezug auszuüben. Die Staaten können die Ausübung der Gerichtsbarkeit auf ausländische Sachverhalte an Bedingungen knüpfen, welche einen näheren Bezug des Täters zum betreffenden Staat verlangen (z.B. Anwesenheit auf dem Hoheitsgebiet).

Gleichzeitig sind die Staaten bei Auslandtaten ohne Inlandbezug auch gehalten, die Strafhoheit anderer Staaten, mithin also deren Souveränität, zu respektieren. Damit keine Strafverfolgungslücken entstehen, sehen jedoch viele völkerrechtliche Verträge im Bereich des internationalen Strafrechts zusätzlich die Verpflichtung vor, dass die Staaten zur Einleitung eines Strafverfahrens verpflichtet sind, wenn sie einen Verdächtigen nicht ausliefern (*aut dedere aut iudicare*). Entsprechend können die Staaten in ihrem internen Recht vorsehen, dass der Strafverfolgung im Herkunftsland des Täters oder am Deliktort Vorrang zukommt und ihre Strafhoheit nur subsidiär zur Anwendung kommt.

Gerade im Bereich des Völkermordes, der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Kriegsverbrechen besteht heute ein ausgeprägtes öffentliches Rechtsbewusstsein, wonach diese Verbrechen nicht straflos bleiben dürfen. Die Täter sollen

<sup>63</sup> Vgl. Ziff. 1.3.2.4

sich nicht an Orte begeben können, wo sie keine Strafverfolgung fürchten müssen, weil die betreffende Regierung sie schützt oder nicht in der Lage ist, sie strafrechtlich zu verfolgen. Nicht in der Lage ist ein Staat beispielsweise dann, wenn sein Strafverfolgungsapparat aufgrund eines Konfliktes zusammengebrochen ist oder er nicht über die entsprechenden Rechtsgrundlagen für die Strafverfolgung verfügt. In Bezug auf eine universelle Verfolgung des Völkermordes hat der Internationale Gerichtshof (IGH)<sup>64</sup> festgestellt, dass die Pflicht eines jeden Staates, Völkermord zu verhindern oder zu bestrafen, völkerrechtlich nicht auf sein Territorium beschränkt ist<sup>65</sup>. Ebenso verpflichten die Genfer Abkommen von 1949 und das Zusatzprotokoll I von 1977 die Vertragsparteien, gegen Personen, die einer «schweren Verletzung» im Sinne eines dieser Abkommen beschuldigt werden, zu ermitteln und diese ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit entweder vor ein eigenes Gericht zu stellen oder an eine an der Verfolgung interessierte Vertragspartei auszuliefern<sup>66</sup>.

Die Ausübung der Strafhoheit ist im Bereich der völkergewohnheitsrechtlich anerkannten Straftatbestände auch nicht an die Strafbarkeit des Völkermordes, der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Kriegsverbrechen im Tatortstaat oder im Heimatstaat des Täters gebunden. Andernfalls bestünde das Risiko, dass die Strafverfolgung vereitelt werden könnte.

### 1.3.2.2 **Das Universalitätsprinzip nach geltendem Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches**

Abgesehen von den Auslandsdaten, bei welchen das Staatsschutzprinzip (Art. 4 StGB) gilt oder eine Verpflichtung zur Ausübung der Strafhoheit aufgrund eines Staatsvertrages (Art. 6 StGB) besteht, ist es nach geltendem Recht nur möglich, den Täter in der Schweiz wegen einer in einem anderen Staat begangenen Tat zu verfolgen, wenn im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 StGB die Voraussetzungen des aktiven oder passiven Personalitätsprinzips erfüllt sind. Hinzu kommen jene spezifischen Tatbestände, für welche aufgrund einer Sonderregelung das Universalitätsprinzip besteht<sup>67</sup>.

In der Botschaft zur Änderung des am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches<sup>68</sup> führte der Bundesrat aus, dass es sich heute nicht mehr rechtfertigen lässt, die schweizerische Gerichtsbarkeit nur für jene im Ausland begangenen Straftaten vorzusehen, bei welchen entweder der Täter oder das Opfer schweizerischer Nationalität ist oder für die wegen einer völkervertragsrechtlichen Verpflichtung die schweizerische Strafrechtshoheit massgeblich ist. Unser Land habe mit Blick auf die unerlässliche Solidarität der Staatengemeinschaft bei der Bekämpfung der Kriminalität die Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts auf Fälle auszuweiten, in welchen eine Auslieferung sich nicht wegen der Art des

<sup>64</sup> SR **0.193.501**

<sup>65</sup> IGH, *Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Urteil vom 11. Juli 1996, ICJ Reports 1996 § 31.

<sup>66</sup> Art. 49 Abs. 2 GA I; Art. 50 Abs. 2 GA II; Art. 129 Abs. 2 GA III; Art. 146 Abs. 2 GA IV; Art. 85 Abs. 1 ZP I.

<sup>67</sup> Vgl. Art. 5 StGB, Art. 182 Abs. 4 StGB, Art. 185 Ziff. 5 StGB.

<sup>68</sup> Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. Sept. 1998, BBl **1999** 1979 1998.

Delikts, sondern aus einem andern Grund als unzulässig erweist. In diesen Fällen muss die Tat in Anwendung des Prinzips der stellvertretenden Strafrechtspflege<sup>69</sup> von demjenigen Staat verfolgt werden, in welchem sich der Täter befindet. Der Bundesrat schlug daher in einem neuen Artikel 7 Absatz 2 StGB eine Regelung vor, wonach – basierend auf dem Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege – das StGB bei Auslandstaten ohne Bezug des Täters oder des Opfers zur Schweiz subsidiär zur Anwendung gelangt, wenn die Schweiz die Auslieferung nicht wegen der Eigenart der Tat verweigert (z.B. aufgrund der Qualifikation als politische, militärische oder fiskalische Tathandlung)<sup>70</sup>, sondern die Auslieferung aus einem Grund abgewiesen wird, welcher nicht die Art der Tat betrifft (z.B. wegen einer drohenden unmenschlichen Behandlung im ersuchenden Staat oder wegen dessen offenkundigen Unwillens, dem Täter nach erfolgter Auslieferung den Prozess zu machen).

Das Parlament ging noch einen Schritt weiter und führte in den neuen Artikel 7 Absatz 2 StGB die Zuständigkeit der Schweiz auch für jene Fälle ein, in denen «der Täter ein besonders schweres Verbrechen begangen hat, das von der internationalen Rechtsgemeinschaft geächtet wird». Diese Zuständigkeit besteht unabhängig von einer staatsvertraglichen Verpflichtung der Schweiz zur Strafverfolgung oder der vorgängigen Abweisung eines ausländischen Auslieferungersuchens. Andernfalls bestünde nach Auffassung des Parlaments das Risiko, dass eine Person, die im Ausland ein abscheuliches Verbrechen begangen hat, die Schweiz als Zufluchtsort missbrauchen könnte und straffrei bliebe<sup>71</sup>.

Diese Neuerung bedeutet hingegen nicht, dass die Schweiz künftig aus der ganzen Welt die Auslieferung von Personen, die solch besonders schwerer Verbrechen verdächtig werden, in die Schweiz verlangen müsste. Der Entscheid des Parlaments lässt den Grundsatz unberührt, wonach die Schweiz grundsätzlich einen Aufenthalts- oder Festnahmestaat nur dann um eine Auslieferung in die Schweiz ersucht, wenn es sich beim Täter oder beim Opfer um einen Schweizer oder eine Schweizerin handelt oder ein Verbrechen auf schweizerischem Hoheitsgebiet begangen wurde. Im Unterschied zu diesen Fällen der primären Zuständigkeit beantragt die Schweiz nie eine Auslieferung in die Schweiz, wenn es sich um Personen handelt, die nicht Schweizer oder Schweizerinnen sind, die eine Tat im Ausland begangen haben, sich im Ausland aufhalten und deren Tat keine schweizerischen Opfer forderte<sup>72</sup>. Voraussetzung der Ausübung der universellen Gerichtsbarkeit ist vielmehr, dass sich der ausländische Täter bereits in der Schweiz befindet. Erst dann werden grundsätzlich die notwendigen Schritte zur Strafverfolgung, wie Ermittlungen und Untersuchungen, aufgenommen.

Eine andere Interpretation würde der Schweiz eine Verantwortung aufbürden, welche mit inakzeptablen Schwierigkeiten verbunden ist. Dies haben die Erfahrungen Belgiens mit dem Kriegsverbrechergesetz aus den Jahren 1993 und 1999 gezeigt, welches das Weltrechtsprinzip, nicht aber die Voraussetzung der Ergreifung des Täters in Belgien statuierte. In der Folge wurden in Belgien Klagen gegen ausländische Machthaber, Politiker und Generäle eingereicht, welche zu schwierigen Zuständigkeitsfragen und Konflikten mit dem Ausland geführt haben. Innert kürzester Zeit musste Belgien diese Regelung wieder rückgängig machen. Das revidierte

<sup>69</sup> Vgl. Art. 85 ff. IRSG.

<sup>70</sup> Vgl. Art. 3 IRSG.

<sup>71</sup> Vgl. AB 2001 N 541 und AB 2002 N 1178; AB 2001 S 1060.

<sup>72</sup> Vgl. Botschaft vom 22. Jan. 2003 zur Änderung des Militärstrafprozesses (Zeugenschutz) und des Militärstrafgesetzes, BBl 2003 767 815.

Gesetz sieht nun eine belgische Zuständigkeit lediglich in den Fällen vor, in denen das Opfer oder der Täter die belgische Staatsangehörigkeit besitzt oder seinen hauptsächlichen Wohnsitz in Belgien hat<sup>73</sup>.

### **1.3.2.3 Das Universalitätsprinzip in der Schweiz bei der Verfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen**

Die Pflicht zur Einführung des Universalitätsprinzips zur Strafverfolgung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit ergibt sich nicht direkt aus dem Römer Statut. Gemäss Artikel 12 Absatz 2 des Römer Statuts kann der IStGH seine Zuständigkeit nur dann begründen, wenn der Staat, auf dessen Hoheitsgebiet ein Völkermord, ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder ein Kriegsverbrechen begangen wurde oder dessen Staatsangehörigkeit der Täter besitzt, Vertragspartei des Römer Statuts ist. Mit anderen Worten ist der IStGH prinzipiell dann nicht zuständig, wenn ein Verbrechen auf dem Territorium eines Nichtvertragsstaates von einem Angehörigen eines Nichtvertragsstaates begangen worden ist. Befindet sich ein solcher Täter in der Schweiz, so ist die Schweiz unter dem Aspekt des im Römer Statut verankerten Grundsatzes der Komplementarität nicht zur universellen Strafverfolgung verpflichtet, da ihr der IStGH keine völkerrechtswidrige Untätigkeit vorwerfen kann.

Gleichwohl hat die Schweiz ein eminentes Interesse, auch bei Auslandtaten ihre gesetzliche Zuständigkeit zu begründen für den Fall, dass sie andernfalls zum Hort für internationale Schwerverbrecher würde. Jedoch kann die Ausweitung der Zuständigkeit Missbräuche und miteinander konkurrierende Strafansprüche verschiedener Staaten nicht ausschliessen. In diesem Sinne gilt deshalb bereits heute für die strafrechtliche Verfolgung von Völkermord<sup>74</sup> und Kriegsverbrechen, welche im Ausland begangen wurden, nur unter nachfolgenden Voraussetzungen das schweizerische Recht.

#### **Erste Voraussetzung: Der Täter befindet sich in der Schweiz**

Erste Voraussetzung für die Zuständigkeit der Schweizer Strafverfolgungsbehörden bei Auslandtaten ist die Anwesenheit des Täters auf schweizerischem Hoheitsgebiet. Dadurch wird ausgeschlossen, dass die Schweiz in Abwesenheit des Täters ein Verfahren eröffnen und durchführen muss.

#### **Zweite Voraussetzung: Auslieferung des Täters ist nicht möglich**

Zweite Voraussetzung ist, dass der Täter nicht an das Ausland ausgeliefert werden kann, obwohl es sich um ein Auslieferungsdelikt<sup>75</sup> handelt. Mit dem Vorbehalt der Auslieferung von Tätern nicht schweizerischer Nationalität wird anerkannt, dass einem Strafverfahren aufgrund des Territorialitätsprinzips im Staat der Tatbegehung oder wegen des Personalitätsprinzips im Heimatstaat des Täters an sich der Vorzug gegeben wird. Dieses Vorgehen dient der Gerechtigkeit im Einzelfall und der Pro-

<sup>73</sup> *Loi relative aux violations graves du droit international humanitaire* vom 5. Aug. 2003, publiziert im *Moniteur Belge* vom 7. Aug. 2003, S. 40506 ff.

<sup>74</sup> Vgl. im Einzelnen die Botschaft vom 31. März 1999 betreffend das Übereinkommen über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes sowie die entsprechende Revision des Strafrechts, BBl 1999 5327 5349 f.

<sup>75</sup> Vgl. Art. 35 Abs. 1 Bst. a IRSG.

zessökonomie. Eine Beweisaufnahme am Tatort verspricht die zuverlässigsten Ergebnisse. Es ist auch nicht zu übersehen, dass die Verfolgung einer solchen Tat in der Schweiz ohne vorherige Abklärung, ob der Tatortstaat um Auslieferung ersucht, unter dem Gesichtspunkt der völkerrechtlichen Souveränität problematisch sein kann. Die schweizerische Gerichtsbarkeit ist deshalb – unter Vorbehalt anderer Auslieferungshindernisse – grundsätzlich erst dann zu bejahen, wenn bei einer möglichen Auslieferung der ausländische Tatortstaat auf Anfrage hin auf eine Strafverfolgung ausdrücklich oder konkludent verzichtet hat<sup>76</sup>.

Eine Auslieferung ist aber auch dann nicht möglich, wenn dem Betroffenen eine unmenschliche Behandlung im Tatortstaat droht<sup>77</sup> oder der Tatortstaat oder der Heimatstaat des Täters von einem Verfolgungersuchen absieht<sup>78</sup>. Bestehen in einem Fall konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der um die Auslieferung ersuchende Staat nicht willens oder nicht in der Lage ist, ein ernsthaftes Strafverfahren durchzuführen bzw. dass der Täter bei einer Auslieferung im Ausland keiner gerechten Strafe zugeführt wird, wird einem Ersuchen ebenfalls nicht entsprochen<sup>79</sup>. Liegt in einem solchen Fall kein Ersuchen vor, kann von einer Anfrage beim Tatortstaat ausnahmsweise abgesehen werden<sup>80</sup>.

Ist die Auslieferung eines ausländischen Täters für ein im Ausland begangenes Verbrechen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht möglich, bleibt sicherzustellen, dass der Täter für die Verübung oder die Beteiligung an solchen Verbrechen nicht straflos bleibt und die Schweiz als «sicheren Hafen» missbraucht.

Vorrang vor der schweizerischen Strafgerichtsbarkeit bei Auslandstaten besitzt auch die Überstellung von Ausländern an ein internationales Strafgericht. Das Parlament hat im Dezember 2003 den damaligen Artikel 9 MStG in Bezug auf Kriegsverbrecher entsprechend präzisiert<sup>81</sup>. Nun soll diese Präzisierung auch in Bezug auf Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit vorgenommen werden. Für eine Überstellung an ein internationales Strafgericht wird vorausgesetzt, dass ein entsprechendes Überstellungersuchen vorliegt und dass das Gericht von der Schweiz anerkannt ist. Ein Gericht wird von der Schweiz nicht anerkannt, wenn es nicht Gewähr für ein faires Verfahren sowie dafür bietet, dass die Bedingungen für eine Auslieferung erfüllt sind und keine Ablehnungsgründe vorliegen<sup>82</sup>.

<sup>76</sup> BGE 121 IV 145 148.

<sup>77</sup> Vgl. insbesondere Art. 2 Bst. a und Art. 37 Abs. 3 IRSG.

<sup>78</sup> In diesem Fall lässt sich auch keine Zuständigkeit nach dem Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege im Sinne von Art. 85 IRSG begründen.

<sup>79</sup> Das Verfahren im Ausland weist in diesen Fällen einen «schweren Mangel» i.S.v. Art. 2 Bst. d IRSG auf.

<sup>80</sup> Vgl. mutatis mutandis BGE 121 IV 145 149. In diesem Sinne hat am 20. Mai 2003 auch das oberste spanische Gericht (Tribunal Supremo) im Fall des «Peruanischen Völkermordes» (Nr. 712/2003) entschieden. Das Tribunal hat die Gerichtsbarkeit der spanischen Gerichte auf jene Fälle beschränkt, in denen die Behörden des Tatortstaates kein effektives Strafverfahren durchführen.

<sup>81</sup> Heute: Art. 10 Abs. 1<sup>bis</sup> MStG.

<sup>82</sup> Vgl. Botschaft zur Änderung des Militärstrafprozesses (Zeugenschutz) und des Militärstrafgesetzes vom 22. Jan. 2003, BBl 2003 767 817.

### 1.3.2.4

## Verzicht auf die Zuständigkeitsvoraussetzung des «engen Bezugs»

### Einführung der Voraussetzung des «engen Bezugs»

Im Jahre 2003 beschlossen die eidgenössischen Räte, in Artikel 9 MStG eine neue Zuständigkeitsvoraussetzung einzufügen<sup>83</sup>. Danach können Personen, welche nicht die Schweizer Staatsangehörigkeit besitzen, für ein im Ausland begangenes Kriegsverbrechen in der Schweiz strafrechtlich nur verfolgt werden, wenn sie sich in der Schweiz befinden, einen «engen Bezug» zur Schweiz haben und nicht an das Ausland ausgeliefert oder an ein internationales Strafgericht überstellt werden können. Die Regelung ist am 1. Juni 2004 in Kraft getreten<sup>84</sup>.

### Was versteht man unter dem Kriterium des «engen Bezugs» des Täters zur Schweiz?

In den Parlamentsdebatten wurde exemplarisch folgenden Personenkategorien ein «enger Bezug» zur Schweiz zugeschrieben: Personen, die ihren Wohnsitz oder ihren Lebensmittelpunkt in der Schweiz haben, Personen, welche aus anderen Gründen in der Schweiz Aufenthalt suchen, wie Flüchtlinge und Asylsuchende, Personen, welche sich für eine stationäre ärztliche Behandlung in der Schweiz aufhalten, Personen, deren nahe Familienangehörige wie Eltern, Partner und Kinder in der Schweiz leben und die regelmässige Kontakte zu diesen unterhalten, oder Personen, die Grundeigentum in der Schweiz haben. Keinen «engen Bezug» zur Schweiz besässen hingegen Personen, die ein Bankkonto bei einer Schweizer Bank besässen, oder Personen, die sich bloss zur Durchreise oder für kürzere Zeit in unserem Land befänden und die Absicht hätten, bald wieder ab- oder weiterzureisen<sup>85</sup>.

Massgebliches Kriterium, welches diesen personellen oder materiellen Bezügen zugrunde liegt, ist ein gesteigertes Verhältnis des Täters zur Schweiz. Dieses beruht nicht auf einem zufälligen oder beliebigen Aufenthalt auf schweizerischem Hoheitsgebiet, bei welchem sich der Täter nur ganz kurzfristig in die Schweiz begeben hat. Vielmehr ist erforderlich, dass der Täter bewusst in die Schweiz eingereist ist, um mittel- oder längerfristig in der Schweiz zu bleiben (objektiv-quantitativer Bezug). Dieser Täterkategorie werden Personen gleichgestellt, deren kürzerer Aufenthalt sich durch eine besondere emotionale Komponente vom Bezug anderer Personen abhebt (subjektiv-qualitativer Bezug). Die in der parlamentarischen Debatte genannten Beispiele sind nicht absolut, sondern im Sinne dieser allgemeinen Erwägungen zu verstehen. Zur Feststellung eines hinreichenden Inlandsbezugs im Einzelfall bedarf es einer Abwägung durch die zuständigen Behörden.

### Kritik am Begriff des «engen Bezugs» und Infragestellen der Erforderlichkeit

Die Unbestimmtheit dieser Gesetzesbestimmung im Hinblick auf die Geltung des Strafgesetzbuches bei Auslandtaten ist aus Sicht des Legalitätsprinzips nicht optimal. Sie wurde jedoch im Sinne des geäusserten Willens des Gesetzgebers umgesetzt. Der Bundesrat hatte in seiner Botschaft vom 22. Januar 2003<sup>86</sup> ursprünglich vorgeschlagen, das geltende Recht nur dahingehend zu präzisieren, dass auch bei der

<sup>83</sup> AB 2003 N 1247, AB 2003 N 2131.

<sup>84</sup> AS 2004 2691

<sup>85</sup> Vgl. AB 2003 N 1987 f.

<sup>86</sup> Botschaft vom 22. Jan. 2003 zur Änderung des Militärstrafprozesses (Zeugenschutz), BBl 2003 767 815 ff.

Verfolgung von Personen nichtschweizerischer Nationalität, welche ein Kriegsverbrechen im Ausland begangen haben, die Voraussetzung der Anwesenheit des Täters in der Schweiz zu gelten hat. Beabsichtigt wurde durch diese Gesetzesänderung die Harmonisierung des MStG mit den Regeln des Allgemeinen Teils und den spezifischen Bestimmungen im Besonderen Teil des StGB sowie der Nachvollzug einer anerkannten Rechtspraxis.

Das Erfordernis eines «engen Bezugs» des Täters zur Schweiz als neue Voraussetzung für die Geltung des schweizerischen Strafrechts stellt einerseits in gewissen Fällen eine Präzisierung der bisherigen Praxis dar. Andererseits handelt es sich um eine Einschränkung der Strafverfolgungsmöglichkeiten, um die Schweiz nicht einer Klageflut auszusetzen, wie dies in gewissem Umfang in Belgien der Fall war<sup>87</sup>. Der Entscheid des Parlaments stiess in der Wissenschaft und bei Nichtregierungsorganisationen teilweise auf Kritik. Die Konformität mit den Verpflichtungen der Schweiz aus den Genfer Konventionen von 1949, dem Ersten Zusatzprotokoll von 1977 und der Antifolterkonvention ist umstritten. Es wurde die Forderung erhoben, auf das im Vergleich mit anderen Staaten Westeuropas restriktive Strafverfolgungserfordernis des «engen Bezugs» zu verzichten und zum ursprünglich vom Bundesrat in der Botschaft unterbreiteten Vorschlag zurückzukehren<sup>88</sup>.

In den vergangenen Jahren ist es nicht nur in Belgien und andern Ländern (etwa in Grossbritannien gegen den ehemaligen chilenischen Staatschef Augusto Pinochet), sondern auch in der Schweiz zu Anzeigen gegen aktive und ehemalige Staatsoberhäupter und Minister gekommen. Im Parlament wurde im Rahmen der Revision des MStP und MStG im Dezember 2003 unter anderem die Befürchtung geäussert, dass solche Anzeigen zu aussenpolitischen Schwierigkeiten und Repressalien führen könnten, insbesondere auch wegen der Rolle Genfs als internationalem Verhandlungsort und bedeutsamer UNO-Stadt.

Es liegt im Interesse der Schweiz, dass ihr eine politische Drucksituation, wie sie Belgien erlebt hat, erspart bleibt. Auch sollen keine aussichtslosen und aufwändigen Verfahren geführt werden müssen, ohne dass vernünftige Aussichten dafür bestehen, dass eine angezeigte Person auch verhaftet, beurteilt oder gegebenenfalls ausgeliefert werden kann.

In Fällen von Anzeigen gegen amtierende Staats- und Regierungschefs, Aussenministern, gegen Mitglieder des diplomatischen Korps, welches in der Schweiz akkreditiert ist, oder gegen Teilnehmer an internationalen Konferenzen ist jedoch hervorzuheben, dass solche Personen aufgrund ihrer völkerrechtlichen Immunität in der Schweiz nicht verhaftet und ins Recht gefasst werden können, sofern nicht ein Haftbefehl eines internationalen Strafgerichts besteht oder die Immunität dieser Personen aufgehoben wird<sup>89</sup>. Auch werden die Strafverfolgungsbehörden Anzeigen keine Folge leisten, wenn diese einer vernünftigen Grundlage entbehren.

<sup>87</sup> Vgl. Ziff. 1.3.2.2

<sup>88</sup> Vgl. den entsprechenden Appell an den Nationalrat von 37 Professoren und Professorinnen der Rechtswissenschaften. Der Text dieses Vorstosses kann unter <http://www.trial-ch.org/> abgerufen werden; vgl. auch die Kritik bei Hans Vest, *Kriegs- und Menschheitsverbrechen – Strafverfolgung «light»?.* AJP (2004) 614 f.

<sup>89</sup> In diesem Fall entscheidet der Bundesrat auf Antrag des EJPD über Immunitätsfragen, Art. 6 des Bundesgesetzes über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof.

Es ist auch hervorzuheben, dass es aufgrund der geltenden Voraussetzung der Anwesenheit des Täters in der Schweiz – eine Voraussetzung, welche das belgische Gesetz nicht enthielt – in den letzten Jahren nicht zu einer Klageflut gekommen ist. Einzelne Verfahren gegen Kriegsverbrecher aus dem ehemaligen Jugoslawien und aus Ruanda konnten vielmehr in vernünftigem Umfang bewältigt werden.

Die Frage des Erfordernisses des «engen Bezugs» des Täters zur Schweiz wurde im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens eingehend thematisiert. Dabei wurde die in der Vernehmlassungsvorlage vorgesehene Einführung des «engen Bezugs» für Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie die Beibehaltung dieses Kriteriums für Kriegsverbrechen von einer klaren Mehrzahl der Vernehmlassungsteilnehmer abgelehnt.

### **Verzicht auf den «engen Bezug»**

Der Bundesrat schlägt in Anbetracht der skizzierten geltenden Rechtslage und in Kenntnis der geltend gemachten Kritik vor, auf die Einführung der Zuständigkeitsvoraussetzung des «engen Bezugs» für Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Völkermord zu verzichten und das Merkmal im Bereich der Kriegsverbrechen zu streichen. Auch aus systematischen sowie praktischen Überlegungen erscheint es dem Bundesrat als fragwürdig, ausgerechnet bei den schwersten strafrechtlichen Delikten den Geltungsbereich des schweizerischen Rechts gegenüber den herkömmlichen Regelungen des Universalitätsprinzips einzuschränken.

Den Bedenken gegen eine auf Zufälligkeiten beruhende schweizerische Zuständigkeit in Abwesenheitsverfahren ist jedoch Rechnung zu tragen. Keine Strafverfolgungsbehörde soll gehalten sein, Abwesenheitsverfahren ohne Anknüpfungspunkt zur Schweiz zu eröffnen oder aufgrund nicht beschaffbarer Beweismittel aussichtslose Prozesse durchzuführen. Der Bundesrat unterbreitet dem Parlament daher einen Vorschlag, welcher sowohl für Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Völkermord wie auch für Kriegsverbrechen einheitliche Kriterien zur Anwendung eines eingeschränkten Universalitätsprinzips festlegt, dabei jedoch auf die Voraussetzung des «engen Bezugs» verzichtet. Einschränkungen des Universalitätsprinzips werden mit flankierenden materiellrechtlichen oder prozessualen Massnahmen sichergestellt.

Zugunsten einer klaren und transparenten gesetzlichen Regelung schlägt der Bundesrat vor, unter den Gemeinsamen Bestimmungen der neuen Titel die Möglichkeit ausdrücklich vorzusehen, dass im Falle von reinen Auslandstaten von der Strafverfolgung abgesehen werden kann, wenn sich ein ausländisches Gericht oder ein von der Schweiz anerkanntes internationales Strafgericht mit dem Sachverhalt befasst oder wenn sich der Täter nicht mehr in der Schweiz befindet. In der ersten Konstellation wird dem Grundsatz der Subsidiarität gegenüber einem vorrangig zuständigen ausländischen oder internationalen Gericht entsprochen. Weitere Ausführungen hierzu finden sich zu Artikel 264*m* (Ziff. 2.1.6.3).

Im Hinblick auf die verschiedentlich geäusserten Bedenken, dass selbst bei Anwesenheit des Beschuldigten in der Schweiz das Beschaffen von genügenden Beweismitteln aufgrund der politischen oder faktischen Situation im betreffenden Staat<sup>90</sup> schwierig oder gar unmöglich sein kann, sei auf die herrschende Gerichtspraxis verwiesen, wonach unerreichbar scheinende Beweismittel nicht im Verfahren ein-

<sup>90</sup> Bspw. fehlende Rechtshilfe oder Bürgerkriegswirren.

gesetzt werden. Im Falle sich widersprechender Beweismittel hingegen ist eine gerichtliche Beurteilung angezeigt<sup>91</sup>.

### **1.3.3 Neuverteilung der Zuständigkeit zwischen ziviler und militärischer Gerichtsbarkeit zur Verfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen**

Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen sind keine «Alltagsverbrechen». Die Geschichte hat gezeigt, dass sie sich jeweils in einen grösseren Kontext einfügen. Häufig beginnt eine Konfliktsituation in einem Land mit der systematischen Unterdrückung einer Minderheit, oder es kommt zur Auseinandersetzung zwischen verschiedenen politischen Gruppierungen, welche in der Folge zu den Waffen greifen. Solche Konflikte können sich dann zu internationalen Konflikten ausweiten, in denen Drittstaaten zugunsten der Unterdrückten oder zur Unterstützung einer Konfliktpartei in das Geschehen eingreifen. Insbesondere die jüngsten ethnischen Konflikte haben gezeigt, dass häufig nicht mehr unterschieden wird, ob es sich bei den angegriffenen Personen um Militärangehörige oder Zivilpersonen handelt. Auch täterseitig greifen immer häufiger Personen ein, welche nicht als ordentliche Kampfverbände konstituiert sind, sondern in mehr oder weniger loser Weise massive Verstösse gegen das in bewaffneten Konflikten anwendbare Völkerrecht begehen.

Die strafrechtliche Aufarbeitung solcher tragischer Ereignisse steht oft vor der Situation, beispielsweise im früheren Jugoslawien oder in Ruanda, dass Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen gleichzeitig begangen werden. Die Vorfälle werden in der Praxis gemeinsam untersucht und angeklagt. Mit der Ergänzung des schweizerischen Strafrechts stellt sich nun die Frage, welche Behörden für die Verfolgung und Beurteilung dieser Verbrechen zuständig sein sollen.

#### **1.3.3.1 Zuständigkeit nach geltendem Recht**

##### **Völkermord**

Das Völkermordübereinkommen von 1948 ist im Unterschied zu den Genfer Abkommen von 1949 auch dann anwendbar, wenn kein bewaffneter Konflikt herrscht. Nach geltendem Recht sind deshalb Zivil- und Militärpersonen für die Begehung von Völkermord der Ziviljustiz unterstellt (Art. 264 und 336 Abs. 2, StGB; Art. 7 und 219 Abs. 1 MStG).

##### **Verbrechen gegen die Menschlichkeit**

Verbrechen gegen die Menschlichkeit werden als solche in der Schweiz durch das Strafgesetz noch nicht explizit erfasst. Sobald die Voraussetzungen für die Anwendung der «gewöhnlichen» Tatbestände des StGB und MStG gegeben sind, werden

<sup>91</sup> Vgl. Botschaft vom 21. Dez. 2005 zur Schweizerischen Strafprozessordnung, BBl 2006 1273.

solche Sachverhalte nach Massgabe der allgemeinen Regeln von der jeweils zuständigen Justizbehörde verfolgt.

### Kriegsverbrechen

Kriegsverbrechen, das heisst Verletzungen des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten (Art. 108–114 MStG) zwischen Staaten, aber auch in innerstaatlichen Konflikten<sup>92</sup>, werden heute von der Militärjustiz<sup>93</sup> unabhängig davon beurteilt, ob sie von Militärpersonen<sup>94</sup> oder von Zivilpersonen<sup>95</sup> begangen worden sind. Diese Zuständigkeit besteht grundsätzlich sowohl für Taten in der Schweiz wie auch im Ausland<sup>96</sup>. Bei Kriegsverbrechen, welche von Nichtschweizern im Ausland begangen wurden, gilt sie jedoch gemäss geltendem Recht nur dann, wenn der Täter sich in der Schweiz befindet, einen «engen Bezug» zur Schweiz hat und nicht an das Ausland ausgeliefert oder an ein internationales Strafgericht überstellt werden kann.

Diese weitreichende Zuständigkeit der militärischen Gerichtsbarkeit für Kriegsverbrechen, die im Ausland von Zivilpersonen schweizerischer Nationalität und Personen nicht schweizerischer Nationalität (mit zivilem oder militärischem Status) begangen worden sind, gilt nur im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt<sup>97</sup>. Strafbar sind in diesem Zusammenhang daher nur Verletzungen des Völkerrechts, welche speziell im Hinblick auf bewaffnete Konflikte zur Anwendung gelangen (sog. «humanitäres Völkerrecht»). Die Verfolgung und Beurteilung von Verletzungen des Völkerrechts im Allgemeinen fällt nicht in die Zuständigkeit der Militärjustiz. Dies gilt auch für das im Völkermord-Übereinkommen statuierte Verbot des Völkermordes, da Völkermord grundsätzlich – auch wenn dies in der Praxis selten vorkommt – unabhängig von bewaffneten Konflikten begangen werden kann<sup>98</sup>.

Ist jemand mehrerer strafbarer Handlungen beschuldigt, die teils der militärischen (z.B. Kriegsverbrechen), teils der zivilen Gerichtsbarkeit (z.B. Völkermord) unterstehen, so kann der Bundesrat oder der Oberauditor deren ausschliessliche Beurteilung dem militärischen oder dem zivilen Gericht übertragen<sup>99</sup>.

Gemäss Absatz 2 von Artikel 221 MStG, welcher durch das Bundesgesetz vom 24. März 2000<sup>100</sup> eingefügt wurde, wird die Verfolgung und Beurteilung von Völkermord ausschliesslich den zivilen Strafverfolgungsbehörden übertragen, wenn eine Handlung unter mehrere Strafbestimmungen fällt, die teils der militärischen, teils der zivilen Gerichtsbarkeit unterstehen, und es sich bei einer der strafbaren Handlungen um Völkermord handelt. Diese Änderung ist bis anhin nicht in Kraft

<sup>92</sup> Vgl. Schweizerisches Militärkassationsgericht, Urteil vom 27. Apr. 2001, Rechtssache *Fulgence Niyonteze*, S. 10.

<sup>93</sup> Vgl. Art. 3 und 218 MStG.

<sup>94</sup> Art. 3 Abs. 1 Ziff. 1, 2, 3, 6 sowie Abs. 2 MStG.

<sup>95</sup> Art. 3 Ziff. 9 MStG.

<sup>96</sup> Vgl. Schweizerisches Militärkassationsgericht, Urteil vom 13. Mai 1996, Rechtssache *M.*, Band 11 Nr. 91 Erw. 2a); Art. 10 Abs. 1 und 218 Abs. 2 MStG.

<sup>97</sup> Angehörige der Schweizer Armee sind hingegen der schweizerischen Militärgerichtsbarkeit auch ausserhalb eines bewaffneten Konflikts unterstellt.

<sup>98</sup> Botschaft vom 31. März 1999 betreffend das Übereinkommen über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes sowie die entsprechende Revision des Strafrechts, BBl 1999 5345 f.

<sup>99</sup> Art. 221 MStG, Art. 46 Abs. 2 MSTV.

<sup>100</sup> BBl 2000 2168

gesetzt worden, da die ergänzenden Massnahmen zur Umsetzung des Römer Statuts des IStGH eine Neuordnung der Zuständigkeit zwischen der zivilen und militärischen Gerichtsbarkeit erfordern.

### **1.3.3.2                    Lösungsmodelle für die künftige Zuständigkeit der zivilen und militärischen Gerichtsbarkeit**

Zur Beantwortung der Frage, ob die drei im Römer Statut definierten Verbrechen-kategorien der zivilen oder der militärischen Gerichtsbarkeit zuzuordnen sind, bieten sich folgende Lösungsmodelle an:

#### **Modell 1: Integrale Zuweisung an die zivile Gerichtsbarkeit**

Die Zuweisung aller drei Verbrechen-kategorien an die zivile Strafjustiz hätte den Vorteil einer einheitlichen Regelung. Zudem stehen seit dem jüngsten Ausbau der Strafverfolgungsbehörden des Bundes im Rahmen der sogenannten «Effizienzvorlage» beschränkte zusätzliche personelle Ressourcen zur Verfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen zur Verfügung. Am 1. April 2004 hat überdies das Bundesstrafgericht seine Arbeit aufgenommen und wird erstinstanzlich allfällige Anklagen wegen Völkermordes beurteilen.

Gegen eine Pauschallösung kann geltend gemacht werden, dass die zivilen Strafverfolgungsbehörden im Bereich der Kriegsverbrechen bisher kaum Erfahrung gesammelt haben und sachlich nicht in gleichem Umfang kompetent sind wie die Militärjustiz.

#### **Modell 2: Integrale Zuweisung an die militärische Gerichtsbarkeit**

Mit den bisher geführten Strafverfahren im Bereich der Verletzungen des humanitären Völkerrechts hat die Militärjustiz im Bereich der Kriegsverbrechen anerkanntermassen Kompetenz erworben. Sie verfügt generell über ein Fachwissen zur Beurteilung spezifischer militärischer Fragestellungen und über praktische Erfahrung in der Verfolgung sowie Beurteilung von Kriegsverbrechen. Ein weiterer Vorteil einer integralen Verfolgung aller drei Verbrechen-kategorien durch die Militärjustiz stellt der Aspekt der Miliz dar, welche im Vergleich zu einem zivilen, professionalisierten Strafverfolgungsapparat kostengünstiger ist.

Andererseits kann auch die Militärjustiz bei aufwendigen und komplexen Fällen nicht über längere Zeit genügend sachkompetente Kapazitäten freimachen, sodass die Militärjustiz mit ihrer Milizstruktur ohne Verstärkung längerfristig nicht in der Lage sein würde, die Verfolgung und Beurteilung von Völkerrechtsverbrechen zu gewährleisten.

Da alle drei Verbrechen-kategorien auch von Zivilpersonen begangen werden können, wäre die Militärjustiz bei der Zuweisung der ausschliesslichen Gerichtsbarkeit auch für Situationen ohne militärischen Bezug zuständig. Dies würde jedoch dem bisherigen Grundsatz des Gesetzgebers widersprechen, dass Zivilpersonen dem militärischen Recht nicht ohne Notwendigkeit zu unterstellen sind. Eine integrale Zuweisung an die Militärjustiz würde deshalb zu einer Zuständigkeit führen, welche in diesem Umfang in der Zivilgesellschaft wenig Akzeptanz erfahren würde. Wesentlich erscheint dabei auch, dass die Militärjustiz aus Milizangehörigen

besteht, welche nur bedingt für solche komplexen und langwierigen Verfahren zur Verfügung stehen.

### **Modell 3: Mischformen: Zuweisung sowohl an die zivile als auch an die militärische Gerichtsbarkeit**

#### *Variante A: Anknüpfung an Verbrechenkategorien*

Nach dieser Variante würden die Tatbestände des Völkermordes und der Verbrechen gegen die Menschlichkeit im StGB, die Kriegsverbrechen im MStG Eingang finden. An der bisherigen Zuständigkeitsverteilung würde sich nichts ändern. Die Verbrechen gegen die Menschlichkeit würden nur im StGB aufgenommen. Probleme mit dieser Variante können jedoch dadurch entstehen, dass in einem Konflikt häufig Völkerrechtsverbrechen begangen werden, deren korrekte Zuordnung zu einem oder mehreren der drei Verbrechenstatbeständen erst durch das Gericht vorgenommen wird. Bei einer Anknüpfung nach Variante A müsste jedoch zu Beginn festgelegt werden, welche Deliktsart verfolgt werden soll. Liegt es aber in der Kompetenz des urteilenden Gerichts, wird es in der Regel nicht möglich sein, die Zuständigkeit schon vor Einleitung des Strafverfahrens festzulegen.

#### *Variante B: Anknüpfung an den Täterkreis*

Nach diesem Modell wären die Militärgerichte für die Aburteilung von Militärpersonen zuständig, die Zivilgerichte für Zivilpersonen. Weil alle drei Tatbestände sowohl von Zivilisten als auch von Militärpersonen begangen werden können, müssten alle drei Tatbestände in beide Strafgesetzbücher aufgenommen werden. Das StGB wäre mit Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen zu ergänzen, das MStG mit Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, wobei auch im MStG die Kriegsverbrechen eine detailliertere Regelung als bisher erfahren würden.

Variante B lässt sich in zwei Untervarianten aufteilen. Gemäss Untervariante B.1. würde die Zuständigkeit der Militärjustiz auf Angehörige der Schweizer Armee beschränkt. Im Sinne einer einheitlichen Behandlung würde die Militärjustiz auch dann zur Anwendung kommen, wenn ein Schweizer Militärangehöriger nicht Täter, sondern Opfer eines solchen Verbrechens wird. Gemäss Untervariante B.2. wäre die Schweizer Militärjustiz zusätzlich für ausländische Militärangehörige zuständig.

Untervariante B.1. kann für sich beanspruchen, von Anfang an klare Zuständigkeiten zu begründen. Untervariante B.2. würde dagegen die Feststellung der Zuständigkeit vor gewisse Schwierigkeiten stellen. Während sich relativ leicht feststellen lässt, ob eine Person eine Schweizer Militärperson ist oder nicht, ist die Unterscheidung zwischen ausländischer Zivil- oder Militärperson nicht immer in gleichem Masse erkennbar. In einem zerfallenden Staatswesen, wo neben den Streitkräften auch Bürgerwehren, Guerillagruppierungen und lose Personenverbindungen mit selbsternannten Führern auftreten, kann es sehr schwer zu ermitteln sein, ob der mutmassliche Täter als echte Militärperson fungiert oder als ziviler, bewaffneter Kämpfer oder als reiner Zivilist am Konflikt teilgenommen hat.

### *Variante C: Anknüpfung am Kriterium des bewaffneten Konflikts*

Gemäss dieser Variante wären die Militärgerichte für alle drei Verbrechen zuständig, soweit sie in einem bewaffneten Konflikt begangen werden. Das MStG wäre mit dem Tatbestand des Völkermords und der Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu ergänzen. Die Zuständigkeit der Militärgerichte müsste jedoch gleichzeitig auf die Begehung dieser Tatbestände im bewaffneten Konflikt beschränkt werden. Das StGB wäre nur mit dem Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu ergänzen, da Kriegsverbrechen nicht ausserhalb eines bewaffneten Konflikts begangen werden können.

Knüpft man an einen bewaffneten Konflikt als Kriterium für die Zuweisung an die zivilen oder militärischen Justizbehörden an, so besteht die praktische Schwierigkeit, dass sich insbesondere bei der Beurteilung von Situationen im Ausland das Vorliegen eines bewaffneten Konflikts nicht immer eindeutig nachweisen lässt und nicht jede innerstaatliche Auseinandersetzung, bei denen Waffen eingesetzt werden, die Anwendung des humanitären Völkerrechts auslöst. Der Entscheid darüber, ob ein bewaffneter Konflikt im Sinne des Völkerrechts vorliegt, kann daher nicht immer eindeutig zum Voraus getroffen werden, sondern obliegt dem urteilenden Gericht. Da in der Rechtsprechung der Gerichte der Begriff des bewaffneten Konflikts eher weit gefasst ist, würde die Ziviljustiz wahrscheinlich nur in sehr wenigen Fällen zuständig sein. Nach heutigem Recht gilt in Bezug auf Kriegsverbrechen zwar auch militärische Gerichtsbarkeit für Zivilisten, doch soll die Geltung des Militärstrafrechts im Prinzip nur so weit über den Kreis der Militärpersonen ausgedehnt werden, als die Landesinteressen in Zeiten eines erhöhten Gefahrenzustandes auch einen verstärkten Schutz der militärischen Interessen gebieten<sup>101</sup>. Dies ist nicht zwingend der Fall, wenn die Tat im Ausland begangen wurde und die Schweiz selbst nicht in den bewaffneten Konflikt involviert ist. In Friedenszeiten ist die Anknüpfung an das Kriterium des bewaffneten Konflikts demnach nicht mehr weiter zu verfolgen.

Angesichts der Tatsache, dass das Kriterium des bewaffneten Konflikts rasch und sicher bestimmbar ist, wenn sich die Schweiz selbst im Krieg befindet, stellt das Kriterium des bewaffneten Konflikts in einem solchen Fall gleichwohl ein pragmatisches und praktikables Abgrenzungselement dar. Im Hinblick auf ein einheitliches Beurteilungsspektrum wären danach die militärischen Behörden zur Beurteilung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen zuständig, unabhängig davon, ob sie von einer Militär- oder Zivilperson begangen worden sind.

### **1.3.3.3                    Entscheid für eine Anknüpfung der Zuständigkeit an die Eigenschaft des Täters (Zivil- oder Militärperson)**

Der Vorschlag erachtet aufgrund der Abwägung der Vor- und Nachteile der oben erwähnten Modelle und Varianten eine gemischte Zuständigkeit (Modell 3) mit einer Zuweisung, welche an die Tätereigenschaft anknüpft (Variante B) und die Zuständigkeit der Militärjustiz in Friedenszeiten auf Angehörige der Schweizer Armee (täter- und opferseitig) beschränkt (Untervariante B.1.), im Krieg die Zuständigkeit jedoch integral an die Militärjustiz überweist (Variante C), als die pragmatischste Lösung. Sie erscheint als klar und sachgerecht.

<sup>101</sup> Kurt Hauri, *Kommentar zum Militärstrafgesetz*, Bern 1983, Art. 3, S. 68 N. 3.

Diese Aufteilung der Zuständigkeit hat mehrere Vorteile: Sie erlaubt erstens der schweizerischen Militärjustiz, sich auf ihre Kernfunktion als Fachgericht zur Beurteilung von Schweizer Militärangehörigen zu konzentrieren. Sofern die zivile Gerichtsbarkeit Kriegsverbrechen von Schweizer Zivilisten und ausländischen Staatsangehörigen zu beurteilen hat, wird sie bei Bedarf für entsprechende Fragen militärische Sachverständige beiziehen. Zweitens werden durch diese Lösung alle drei Verbrechenkategorien der gleichen Gerichtsbarkeit unterstellt. Drittens kann die Ziviljustiz auf einen professionellen und dauernd verfügbaren Strafverfolgungsapparat sowie auf ein Bundesstrafgericht erster Instanz zurückgreifen, während die Militärjustiz zu einem weiten Teil aus Milizangehörigen besteht, welche nur bedingt für solche komplexen und langwierigen Verfahren zur Verfügung stehen. Viertens profitiert diese Aufteilung von den Beziehungen, welche die Bundesanwaltschaft und die Bundeskriminalpolizei mit ausländischen Strafverfolgungsbehörden aufgebaut haben. Fünftens muss durch diese Lösung nicht bereits bei der Feststellung der Zuständigkeit entschieden werden, ob der (ausländische) Täter als Zivil- oder Militärperson gehandelt hat.

Wie erwähnt sollen in der Schweiz ausländische Militärpersonen nur in Friedenszeiten von der zivilen Gerichtsbarkeit beurteilt werden. Sobald die Schweiz in einen bewaffneten Konflikt als Partei eintritt, findet ein integraler Wechsel zur militärischen Gerichtsbarkeit statt<sup>102</sup>.

Im Einzelnen ergibt sich die Zuständigkeit zur Verfolgung von Personen, welche der Begehung von oder der Beteiligung an Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen verdächtigt werden, wie folgt (vgl. auch die tabellarische Übersicht über die Zuständigkeit nach geltendem und künftigem Recht im Anhang):

Die Schweizer Ziviljustiz ist für die Verfolgung und Beurteilung folgender Personen zuständig:

- schweizerische Zivilpersonen
- ausländische Personen (zivile und militärische)

Die Militärgerichtsbarkeit erstreckt sich fortan auf folgende drei Personenkategorien:

- Personen mit schweizerischem militärischen Status (Art. 3 Abs. 1 Ziff. 1, 2, 3, 6 sowie Abs. 2 MStG) bleiben wie bis anhin der Militärjustiz unterstellt, wenn sie im In- oder Ausland ein Kriegsverbrechen begehen. Das Gleiche gilt aufgrund der Vorlage neu auch für Völkermord<sup>103</sup> und Verbrechen gegen die Menschlichkeit.

<sup>102</sup> Dadurch wird auch Art. 84 des Genfer Abkommens (III) vom 12. Aug. 1949 über die Behandlung der Kriegsgefangenen (SR **0.518.42**) Genüge getan, der in Kriegszeiten eine Gleichbehandlung von ausländischen und eigenen Militärangehörigen verlangt.

<sup>103</sup> Die mit dem Bundesgesetz vom 24. März 2004 erlassene (vgl. BBl **2000** 2168), aber bis anhin nicht in Kraft gesetzte Ziffer 2 von Art. 221 MStG wird durch die vorliegende Änderung obsolet.

- Personen (Schweizer und Ausländer, Zivil- oder Militärpersonen), welche gegen einen Angehörigen der Schweizer Armee in Friedens- oder in Kriegszeiten im Ausland Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechen begehen (Art. 10 Abs. 1<sup>ter</sup> E-MStG).
- Drittens werden neu Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen insgesamt der Militärjustiz unterstellt, wenn sich die Schweiz selbst im Krieg<sup>104</sup> befindet (vgl. Art. 5 Ziff. 1 E-MStG i.V.m. Art. 218 MStG).

### 1.3.4 **Regelung der zivilen Gerichtsbarkeit: Bundesgerichtsbarkeit oder kantonale Gerichtsbarkeit?**

Soweit die Zuständigkeit zur Verfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen den Zivilgerichten überlassen wird, ist zu klären, wie die Untersuchung und Bestrafung zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Kantone und des Bundes möglichst effektiv aufgeteilt werden kann.

#### 1.3.4.1 **Geltendes Recht**

##### **Völkermord**

Mit Blick darauf, dass namentlich die organisierte Kriminalität und die Wirtschaftskriminalität zumeist internationale Dimensionen aufweisen und die Strafverfolgungsbehörden vor äusserst schwierige Aufgaben stellen, hat der Gesetzgeber im Jahre 1999 die sog. «Effizienzvorlage»<sup>105</sup> verabschiedet. Diese sieht für die genannten Verbrechensformen, welche im Jahre 2000 durch den Tatbestand des Völkermords ergänzt wurden<sup>106</sup>, eine primäre Bundeskompetenz vor<sup>107</sup>. Zur Entlastung des Bundesgerichts konnte die Bundesanwaltschaft jedoch nach Abschluss der eidgenössischen Untersuchung den Fall einem kantonalen Gericht zur Beurteilung übertragen. Sie vertrat in diesem Fall die Anklage vor dem kantonalen Gericht selber.

<sup>104</sup> Gemäss Art. 6 MStG gelten die für die Kriegszeiten aufgestellten Bestimmungen nicht nur, wenn die Schweiz sich im Kriege befindet, sondern auch wenn der Bundesrat bei unmittelbar drohender Kriegsgefahr ihre Anwendung beschliesst.

<sup>105</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch, Änderung vom 22. Dez. 1999 (Schaffung neuer Verfahrenskompetenzen des Bundes in den Bereichen organisiertes Verbrechen und Wirtschaftskriminalität), BBl **2000** 70.

<sup>106</sup> Bundesgesetz vom 24. März 2000 über die Änderung des Strafgesetzbuches, des Militärstrafgesetzes und der Bundesrechtspflege, BBl **2000** 2168.

<sup>107</sup> Vgl. Art. 340 Ziff. 2 und Art. 340<sup>bis</sup> StGB.

Diese Bestimmungen der «Effizienzvorlage» über die Delegation an die Kantone, die auf den 1. Januar 2002 in Kraft getreten waren<sup>108</sup>, hatten nur übergangsrechtlichen Charakter. Mit dem Inkrafttreten der sog. «Justizreform» schreibt die Bundesverfassung<sup>109</sup> ausdrücklich die Schaffung eines Strafgerichts des Bundes vor, das als erste Instanz Straffälle beurteilt, die der Gerichtsbarkeit des Bundes unterliegen und die früher vom Bundesgericht als erste und einzige Instanz (im Direktprozess) wahrgenommen wurden. Seit dem vollständigen Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das Bundesstrafgericht<sup>110</sup> am 1. April 2004<sup>111</sup> werden heute Fälle betreffend die organisierte Kriminalität, Wirtschaftskriminalität und Völkermord in erster Instanz vom Bundesstrafgericht und auf Rechtsmittel hin vom Bundesgericht behandelt. Das Bundesgericht wird dadurch vor aufwändigen erstinstanzlichen Verfahren mit Auslandbezug entlastet.

Die Delegationsmöglichkeit an die Kantone nach Massgabe der «Effizienzvorlage» verlor mit der Errichtung des Bundesstrafgerichts erster Instanz ihre Daseinsberechtigung und wurde durch das erwähnte Bundesgesetz über das Bundesstrafgericht aufgehoben. Künftig wird grundsätzlich der Bund die Verfahren betreffend Völkermord führen. Eine Ausnahme ist nur noch bei einfachen Fällen vorgesehen, bei denen die Untersuchung und Beurteilung delegiert werden kann. Da es sich bei Straftaten gegen die Interessen der Völkergemeinschaft generell um äusserst komplexe Verfahren handelt, welche Spezialkenntnisse sowie bedeutende Mittel voraussetzen, dürfte eine Delegation sehr unwahrscheinlich sein<sup>112</sup>.

### **Verbrechen gegen die Menschlichkeit**

Verbrechen gegen die Menschlichkeit sind als solche in der Schweiz heute noch nicht im Strafgesetz erfasst. Falls jedoch die Voraussetzungen für die Anwendung der «gewöhnlichen» Tatbestände des StGB und MStG gegeben sind, werden solche Sachverhalte nach Massgabe der allgemeinen Regeln von der jeweils zuständigen Justizbehörde des Bundes oder der Kantone verfolgt.

### **Kriegsverbrechen**

Kriegsverbrechen werden heute ausschliesslich von der Militärjustiz geahndet.

<sup>108</sup> AS **2001** 3071 3315

<sup>109</sup> Art. 191a Absatz 1 BV (Fassung «Justizreform»); vgl. Bundesbeschluss vom 8. Oktober 1999 über die Reform der Justiz (angenommen von Volk und Ständen am 12. März 2000), AS **2002** 3148, in Kraft getreten am 1. April 2003 durch den Bundesbeschluss vom 24. Sept. 2002 über das teilweise Inkrafttreten der Justizreform vom 12. März 2000, AS **2002** 3147.

<sup>110</sup> Bundesgesetz vom 4. Okt. 2002 über das Bundesstrafgericht, AS **2003** 2133.

<sup>111</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 2 der Verordnung über die Inkraftsetzung des Strafgerichtsgesetzes und die teilweise Inkraftsetzung des Bundesgesetzes über den Sitz des Bundesstrafgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. Juni 2003, AS **2003** 2131.

<sup>112</sup> Eine Vertretung der Anklage durch den Bundesanwalt vor dem kantonalen Gericht findet nicht mehr statt; vgl. Art. 18<sup>bis</sup> BStP in der Fassung des Anhangs des Bundesgesetzes vom 4. Okt. 2002 über das Bundesstrafgericht, AS **2003** 2133; vgl. auch Botschaft vom 28. Feb. 2001 zur Totalrevision der Bundesstrafrechtspflege, BBl **2001** 4202 4369.

### **1.3.4.2                    Entscheid für Bundesgerichtsbarkeit**

Angesichts der grossen Dimension der Verbrechen gegen die internationale Gemeinschaft und des Umfangs der Mittel, welche in eine entsprechende Strafuntersuchung zu investieren sind, erscheint es als angemessen und von Vorteil, die Verfolgung dieser Verbrechen auf Bundesebene zu zentralisieren. Da diese Verbrechen in aller Regel im Ausland begangen werden, ist auch kein direkter Anknüpfungspunkt bei einem Kanton gegeben. In der Regel sind komplexe und politisch heikle Sachverhalte und Rechtsfragen zu beurteilen. Durch eine Übertragung der Strafverfolgung auf die Bundesbehörden wird eine einheitliche Betrachtung und Praxis sowie die Nutzung von Synergien und Fachwissen erreicht.

Mit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das Bundesstrafgericht am 1. April 2004 hat das neue Bundesstrafgericht erster Instanz seine Arbeit aufgenommen. Für die Verfolgung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen durch die zivilen Strafverfolgungsbehörden sollen deshalb keine neuartigen Verfahren geschaffen werden. Vielmehr soll an das bereits für die Strafverfolgung von Völkermord geltende Modell von Artikel 18<sup>bis</sup> des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege (BStP) angeknüpft werden. Eine Delegation an Kantone dürfte, wie ausgeführt, bereits aus materiellen Gründen wenig sinnvoll sein. Im Rahmen der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 wird denn auch folgerichtig festgehalten, dass Straftaten des geltenden zwölften Titels<sup>bis</sup> (bei Inkrafttreten beider Vorlagen zu ergänzen durch den zwölften Titel<sup>ter</sup> und Art. 264k) der Bundesgerichtsbarkeit unterstehen und grundsätzlich nicht an kantonale Behörden delegiert werden können<sup>113</sup>. Damit wird insbesondere auch den von einigen Kantonen im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens geäusserten Bedenken sowie dem Bundesratsbeschluss vom 28. Februar 2007 Rechnung getragen.

### **1.3.5                        Verhältnis zu den jüngsten Revisionen und Reformprojekten im Bereich des Strafrechts, Strafprozessrechts und des Gerichtsorganisationsrechts**

In jüngster Zeit sind vom Parlament verschiedene Rechtsetzungsvorhaben behandelt worden, welche Berührungspunkte mit dieser Gesetzesvorlage aufweisen und sich zum Teil mit ihr überschneiden, jedoch noch nicht in Kraft getreten sind. Diese Rechtsetzungsvorhaben betreffen nicht nur das materielle Strafrecht, sondern auch das Strafprozessrecht und das Gerichtsorganisationsrecht. Solche parallelen Gesetzgebungsprozesse lassen sich nicht vermeiden. Die Behandlung aller miteinander verknüpften Fragen in einer grossen materiellen Totalrevision wäre nicht nur nicht sachgerecht, sondern würde auch den rechtlichen Klärungsbedarf bezüglich innerstaatlicher Reformbedürfnisse und neuen internationalen Verpflichtungen zeitlich verzögern.

Von Bedeutung ist insbesondere die durch das Parlament am 5. Oktober 2007 verabschiedete vereinheitlichte Schweizerische Strafprozessordnung (StPO). Im Rahmen der vorliegenden Botschaft wird verschiedentlich auf die StPO verwiesen und die

<sup>113</sup> Art. 23 Abs. 1 Bst. g i.V.m. Art. 25 Abs. 1 letzter Satz der Schweizerischen Strafprozessordnung, BBl 2007 6977 6983 f.

Bedeutung verschiedener Bestimmungen für die Umsetzung des Römer Statuts hervorgehoben. An einer Stelle<sup>114</sup> wird die Notwendigkeit einer redaktionellen Anpassung festgehalten. Zum Zeitpunkt der Verabschiedung der vorliegenden Botschaft durch den Bundesrat an das Parlament wird die genannte prozessuale Vorlage jedoch noch nicht in Kraft getreten sein, so dass eine Abstimmung bei Inkrafttreten der zweiten, späteren Vorlage vorzunehmen ist. Gegebenenfalls ist das gleichzeitige Inkraftsetzen der vorliegenden Gesetzgebung mit der Strafprozessordnung ins Auge zu fassen.

#### **1.4 Organisierte Verbrechen an Kindern als Verbrechen gegen die Menschlichkeit?**

Wiederholt wurde die Frage aufgeworfen, inwieweit das organisierte Verbrechen an Kindern als Verbrechen gegen die Menschlichkeit einzustufen sei<sup>115</sup>. Teilweise Unverjährbarkeit, weitgehende Geltung des Universalitätsprinzips sowie der Ausschluss der relativen Immunität zugunsten der Strafverfolgung wären die Folgen einer solchen Einordnung.

Im Rahmen der vorliegenden Botschaft wird dargelegt, dass die international anerkannten Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch die Rechtsprechung nationaler und internationaler Gerichte sowie durch das Römer Statut nunmehr eine Kodifikation erhalten haben. Die Umsetzung des Römer Statuts in das Schweizer Recht, wie im Gesetzesentwurf vorgesehen, deckt mittels zahlreicher Tatbestände auch Delikte gegen Kinder ab, soweit die völkerrechtlichen Voraussetzungen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen Teile der Bevölkerung gegeben sind. So soll, neben der Vergewaltigung oder jeder anderen schwerwiegenden Form von sexueller Gewalt, auch die Versklavung von oder der Handel mit Kindern oder die Freiheitsberaubung explizit unter Strafe gestellt werden. Diese Verbrechen werden in besonders schweren Fällen als unverjährbar deklariert und mit bis zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe bedroht. Die relative Immunität wird aufgehoben. Schliesslich ist die Schweizer Justiz auch für die Verfolgung und Beurteilung von Ausländern zuständig, wenn der Täter in der Schweiz angehalten und nicht ausgeliefert wird.

Hingegen scheint es, ohne Abweichung von den zurzeit anerkannten Kriterien, kaum möglich, jedes organisierte Verbrechen an Kindern als Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu deklarieren (fehlendes Element einer «Politik» oder eines «Programms» eines Staates oder einer Organisation) und den notwendigen internationalen Nachvollzug eines solchen Schrittes zu gewährleisten.

Auf den 1. Dezember 2006 wurde jedoch für die Verfolgung und Beurteilung bestimmter Straftaten gegen Unmündige im Ausland eine neue Zuständigkeitsregelung und damit das strafrechtliche Universalitätsprinzip eingeführt<sup>116</sup>. Ausländern gegen Kinder werden, unabhängig von der Strafbarkeit am Begehungsort oder der Nationalität des Täters, in der Schweiz verfolgt, wenn der Betreffende hier angehalten und nicht ausgeliefert wird. Ein Standard wie bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit ist gewährleistet. Ein ausgebauter Schutz von Kindern durch das Strafrecht konnte des Weiteren durch die Revision des Tatbestandes gegen Men-

<sup>114</sup> Vgl. Ziff. 2.1.7

<sup>115</sup> Vgl. Palv Glasson (03.430)

<sup>116</sup> Art. 5 StGB

schenhandel<sup>117</sup> erreicht werden. Die Schweizerische Strafprozessordnung sieht einen verbesserten prozessualen Schutz von Kindern als Opfer oder Zeugen von Straftaten vor.

Der weitere Ausbau des Schutzes von Kindern vor Ausbeutung und Gewalt wird auch in Zukunft ein massgebliches Element der schweizerischen Strafrechtspolitik bleiben. Entsprechende Arbeiten in nationalen und internationalen Foren<sup>118</sup> werden verfolgt und mitgetragen. Im Kontext der weiteren Arbeiten in diesem Bereich wird sich insbesondere auch die Frage stellen, inwieweit eine einseitige Schweizer Definitionserweiterung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit einen Mehrwert im Kampf gegen das organisierte Verbrechen an Kindern darzustellen vermag.

## 1.5 Zeugenschutz

Die besondere Bedeutung eines effizienten und wirksamen Zeugenschutzes bei der Verfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen wurde von einigen Vernehmlassungsteilnehmern betont. Entsprechend wurde die Einführung von Bestimmungen, vergleichbar zum Militärstrafrecht<sup>119</sup>, ins bürgerliche Strafgesetzbuch gefordert.

In der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 finden sich im Bereich des prozessualen Zeugenschutzes verschiedene Vorschriften und Regelungen, die die Sicherheit von Zeugen und Opfern<sup>120</sup> im Rahmen des Strafverfahrens gewährleisten sollen. Neben allgemeinen Schutzmassnahmen, besonderen Schutzmassnahmen zugunsten von gefährdeten Zeugen sowie zum Schutze von verdeckten Ermittlern werden auch spezifische Massnahmen zum Schutz von Kindern als Opfer oder zum Schutz von psychisch gestörten Personen vorgesehen<sup>121</sup>. Massnahmen zum Schutz von Personen ausserhalb eines Verfahrens bleiben vorbehalten<sup>122</sup>.

## 1.6 Rückwirkung der Strafbestimmungen

Der geltende Straftatbestand gegen Völkermord ist am 15. Dezember 2000 in Kraft getreten. Auf Völkermorde, welche sich vor diesem Zeitpunkt ereignet haben, ist die Bestimmung nicht anwendbar. Jedoch finden «herkömmliche» Strafbestimmungen wie vorsätzliche Tötung, Mord oder andere Delikte gegen Leib und Leben oder die Freiheit, Eintritt der Verjährung vorbehalten, Anwendung. Kriegsverbrechen sind

<sup>117</sup> Art. 182 StGB, in Kraft getreten am 1. Dezember 2006.

<sup>118</sup> Vgl. die Europaratskonvention über den Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und Missbrauch (der Vertrag wurde am 25. Oktober 2007 zur Unterzeichnung aufgelegt; weitere Information unter <http://www.coe.int>).

<sup>119</sup> Art. 98a ff. MStP

<sup>120</sup> Vgl. hierzu auch das Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG).

<sup>121</sup> Art. 149 ff. StPO

<sup>122</sup> Art. 156 StPO. Zurzeit werden aus verschiedenem Anlass (Bekämpfung des Terrorismus, Bekämpfung des Menschenhandels) die Möglichkeiten der bundesrechtlichen oder kantonalen Regelung des ausserprozessualen Zeugenschutzes analysiert; vgl. auch den Bericht des Bundesrates vom 8.6.2006 zur effizienteren Bekämpfung von Terrorismus und organisiertem Verbrechen, in Erfüllung des Postulates der Sicherheitspolitischen Kommission SR (05.3006) vom 21. Februar 2005, abrufbar unter [www.fedpol.admin.ch](http://www.fedpol.admin.ch).

demgegenüber gestützt auf das Militärstrafgesetz bereits seit dem 1. März 1968 strafbar.

Gemäss Völkergewohnheitsrecht ist das Delikt des Völkermordes seit 1951 generell und umfassend strafbar. Entsprechend stellt sich die – im Rahmen der Einführung der Völkermordbestimmung dannzumal nicht thematisierte – Frage der eventuell einzuführenden Rückwirkung der genannten Bestimmung sowie der neu einzuführenden Bestimmungen gegen Kriegsverbrechen sowie Verbrechen gegen die Menschlichkeit<sup>123</sup>. Artikel 7 Absatz 2 EMRK sowie Artikel 15 Absatz 2 UNO-Pakt II<sup>124</sup> sehen vor, dass dem völkerrechtlichen Grundsatz «keine Strafe ohne Gesetz» auch dann Genüge getan wird, wenn die Tat im Zeitpunkt ihrer Begehung nach den von den zivilisierten Völkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war. Mit Rücksicht auf die Nürnberger Militärgerichtsverfahren aufgenommen, erlaubte es diese Regelung, nach 1945 Gesetze zu erlassen, um während des Zweiten Weltkriegs begangene Kriegsverbrechen oder die Kollaboration mit dem Feind nachträglich unter Strafe zu stellen.

Das Völkerrecht lässt jedoch eine weitergehende nationale Regelung zu: Staaten können das Rückwirkungsverbot ausweiten und einen weiteren Rahmen festlegen<sup>125</sup>. Die Schweiz stellt denn auch der strafrechtlichen Rückwirkung seit Einführung des Strafgesetzbuches eine enge Grenze. Artikel 2 des Strafgesetzbuches (in Verbindung mit Art. 1) statuiert, dass aufgrund einer Strafnorm beurteilt wird, wer nach Inkrafttreten des Strafgesetzbuches (respektive der neuen oder revidierten Norm) ein Verbrechen oder Vergehen verübt. Die Vorschrift verwirklicht einen zentralen Aspekt des Legalitätsprinzips<sup>126</sup>; der Grundsatz hat Verfassungsrang und ist Ausfluss der Artikel 8 und 9 der Bundesverfassung. Eine Rückwirkung von Strafnormen verbietet sich, wenn neues (nationales) Recht die gesetzlichen Folgen zu Lasten des Täters verschärft.

Die Frage, inwieweit das im Schweizer Recht verankerte Legalitätsprinzip im Interesse der Vermeidung der Straflosigkeit für schwerste Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren, auch in einem Sinne ausgelegt werden könnte, dass es die retrospektive Verfolgung und Bestrafung zulässt, ist diskutabel. Die einzuführenden Strafbestimmungen betreffen Verbrechen, die zwar in dieser Form nicht im nationalen Recht, jedoch schon lange im Völkerrecht verankert sind. Allerdings können Strafandrohungen und Verjährungsvorschriften eine nachträglich erhebliche Schlechterstellung des Täters mit sich bringen.

Die Rückwirkung von Strafbestimmungen wird auch durch das Römer Statut nicht gefordert. Sie wurde international betrachtet bloss vereinzelt durch andere Staaten eingeführt. Im Rahmen der Vernehmlassung wurde kein entsprechendes Anliegen geäussert.

<sup>123</sup> In Erwägung zu ziehen wäre z.B. eine Rückwirkung auf 1. März 1968, Datum des Inkrafttretens der militärstrafrechtlichen Generalklausel gegen Kriegsverbrechen.

<sup>124</sup> Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, SR **0.103.2**

<sup>125</sup> Vgl. Meier/Ladewig, EMRK-Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2006, N 12 f. zu Art. 7, wo auf den mittlerweile formell, nicht aber materiell zurückgezogenen Vorbehalt Deutschlands zugunsten der nationalen gesetzlichen Strafbarkeit zum Tatzeitpunkt verwiesen wird.

<sup>126</sup> Art. 1 StGB

Der Bundesrat hält, in Anbetracht der dargestellten Gründe sowie angesichts des erwähnten grundlegenden rechtsstaatlichen Prinzips von Artikel 2 des Strafgesetzbuches, auch bei schwerwiegenden Verbrechen wie Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit am Grundsatz der Nichtrückwirkung fest.

## **2 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln**

### **2.1 Änderung des Strafgesetzbuches<sup>127</sup>**

Im Zentrum der Revision des Strafgesetzbuches steht ein neuer Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Aufgrund der neuen Zuständigkeitsordnung bei der Strafverfolgung<sup>128</sup> sollen auch die Kriegsverbrechen, die bis anhin lediglich mittels eines Generaltatbestands im MStG strafrechtlich erfasst wurden, ins StGB eingeführt und präziser definiert werden.

Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit soll im Anschluss an den bereits vorhandenen Tatbestand des Völkermordes (Art. 264 StGB) als Art. 264a in den bereits bestehenden zwölften Titel<sup>bis</sup> StGB (neu: «Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit») eingefügt werden<sup>129</sup>. Für die Regelung der Kriegsverbrechen (Art. 264b–264f) soll das Strafgesetzbuch um einen neuen zwölften Titel<sup>ter</sup> ergänzt werden. In einem zwölften Titel<sup>quater</sup> sind die gemeinsamen Bestimmungen enthalten. Dies betrifft die Regelungen der Strafbarkeit von militärischen und zivilen Vorgesetzten für Verbrechen ihrer Untergebenen (Art. 264k), das Handeln auf Befehl oder Anordnung (Art. 264l), die Zuständigkeit der Schweiz für Auslandsstaten (Art. 264m) sowie den Ausschluss der relativen parlamentarischen Immunität (Art. 264n). Weitere Modifikationen betreffen die bestehenden Vorschriften über die Unverjährbarkeit von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen (Art. 101), die öffentliche Aufforderung zum Völkermord (Art. 259), die strafbaren Vorbereitungshandlungen (Art. 260<sup>bis</sup>) sowie die Einführung der Bundesgerichtsbarkeit für Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen (Art. 336 Ziff. 2).

#### **2.1.1 Artikel 101 (Unverjährbarkeit)**

##### **2.1.1.1 Unverjährbarkeit gemäss Römer Statut**

Die der Gerichtsbarkeit des ISTGH unterliegenden Verbrechen sind nach Artikel 29 des Römer Statuts unverjährbar. Bei Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen handelt es sich regelmässig um so schwere Straftaten, dass das Strafbedürfnis der internationalen Gemeinschaft auch nach langer Zeit nicht völlig verschwindet. In praktischer Hinsicht zeigt sich zudem, dass die für diese Verbrechen verantwortlichen Haupttäter nicht selten über ein Beziehungsnetz ver-

<sup>127</sup> SR 311.0

<sup>128</sup> Vgl. Ziff. 1.3.3.3

<sup>129</sup> Dieser Titel war bei der Einführung des Tatbestandes des Völkermordes neu geschaffen und so angelegt worden, dass zu einem späteren Zeitpunkt auch eine weitere Bestimmung über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit beigefügt werden kann; vgl. Botschaft vom 31. März 1999 betreffend das Übereinkommen über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes sowie die entsprechende Revision des Strafrechts, BBl 1999 5346.

fügen, das ihnen erlaubt, während langer Zeit unterzutauchen. Ein Strafverfahren wird damit oft erschwert und zuweilen erst nach vielen Jahren überhaupt möglich.

Die erwähnte Bestimmung des Statuts gilt formal betrachtet nur hinsichtlich der Strafverfahren vor dem IStGH selbst. Sie verpflichtet die Vertragsstaaten nicht unmittelbar, Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen auch in ihrer eigenen Rechtsordnung als unverjährbar zu bezeichnen. Aufgrund des Komplementaritätsprinzips (Art. 17 des Römer Statuts) kann der IStGH seine Gerichtsbarkeit allerdings immer dann ausüben, wenn die in erster Linie zuständigen innerstaatlichen Behörden «nicht willens oder nicht in der Lage» sind, solche Verbrechen wirksam zu verfolgen.

Ohne Unverjährbarkeitsvorschriften besteht damit ein Risiko, dass die nationalen Behörden ihre primäre Zuständigkeit an den IStGH verlieren, wenn derartige Verbrechen nach der innerstaatlichen Rechtsordnung als verjährt gelten und auf nationaler Ebene dadurch nicht mehr verfolgt werden können. Der IStGH könnte in einem solchen Fall zur Überzeugung gelangen, die nationalen Behörden seien im Sinne von Artikel 17 nicht mehr «in der Lage», eine Strafverfolgung wirksam durchzuführen. Dabei ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der IStGH lediglich für die Beurteilung von Verbrechen zuständig ist, die nach dem 1. Juli 2002 – Datum des Inkrafttretens des Römer Statuts – begangen wurden. Die Frage eines möglichen Zuständigkeitsverlusts nationaler Behörden aufgrund der Verjährungsproblematik ist deshalb nicht aktuell. Aus den eingangs erwähnten sachlichen Gründen empfiehlt es sich jedoch, die Frage im internen Recht bereits jetzt zu regeln, zumal die Ausgangslage im Schweizer Recht schon seit zwei Jahrzehnten klar vorgezeichnet ist.

### **2.1.1.2 Rechtslage in der Schweiz**

In der Schweiz sind Völkermord und Kriegsverbrechen (sowie qualifizierte terroristische Straftaten) bereits nach geltendem Recht unverjährbar (Art. 101 StGB sowie Art. 59 MStG). Diese Regelungen gelten seit dem 1. Januar 1983 für Taten, deren Verfolgungsverjährung zu jenem Zeitpunkt noch nicht abgelaufen war. Wie der Bundesrat im Jahre 1977 in der Botschaft zur Einführung der entsprechenden Bestimmung ausführte<sup>130</sup>, bezweckt diese Regelung zweierlei: Zum einen sollen Personen, die völkerstrafrechtlicher oder terroristischer Verbrechen beschuldigt werden, an das Ausland ausgeliefert werden können, ohne dass sie sich mit der Berufung auf die Verjährung der Tat einer Auslieferung widersetzen können. Zum andern sollen diese Verbrechen in der Schweiz aber auch selbst – unabhängig vom Zeitablauf nach der Tat – strafrechtlich verfolgt und bestraft werden können. Die Verjährung solcher Verbrechen würde zu untragbaren Ergebnissen führen: Die Verjährung würde den Angeschuldigten dem Zugriff der Justiz entziehen, obwohl Handlungen von kaum zu überbietender Verwerflichkeit in Frage stünden. Der Staat, dessen Recht dies ermöglichte, würde in den Augen der Weltöffentlichkeit zur Freistatt für Urheber solcher Verbrechen.

Es stellt deshalb einen logischen Schritt dar, mit der Einführung des Tatbestandes der Verbrechen gegen die Menschlichkeit ins Schweizer Recht auch gleichzeitig die Unverjährbarkeitsregel von Artikel 101 StGB um diesen Tatbestand in seinen

<sup>130</sup> BBl 1977 II 1247 ff.

schweren und schwersten Begehungsformen zu erweitern. Entsprechendes gilt für das Militärstrafgesetz.

Im Weiteren soll auch die geltende Umschreibung der unverjährbaren Kriegsverbrechen nach Artikel 101 Absatz 1 Buchstabe b an die Vorgaben des Römer Statuts angepasst werden. In Anlehnung an den neuen zwölften Titel<sup>er</sup> sind Kriegsverbrechen der Unverjährbarkeit zu unterstellen, sofern sie nicht als weniger schwer einzu-  
stufen sind.

In Absatz 3 zu Artikel 101 ist die Bestimmung aufzunehmen, wonach die Verjährung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nur dann nicht eintritt, wenn diese Taten im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Vorlage nach dem zu jenem Zeitpunkt geltenden Recht noch nicht verjährt waren.

### **2.1.1.3 Exkurs: Übereinkommen der UNO und des Europarates betreffend die Unverjährbarkeit von Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen**

Im Zusammenhang mit der Umsetzung des Römer Statuts ist auch der Beitritt der Schweiz zur Konvention der Vereinten Nationen über die Nichtanwendbarkeit von Verjährungsvorschriften auf Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit von 1968 und zum Europäischen Übereinkommen über die Unverjährbarkeit von Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen von 1974 zu prüfen. In ihrer Stossrichtung sind die beiden Abkommen zwar zu begrüßen, ein Beitritt der Schweiz erscheint jedoch aus verschiedenen Gründen nicht als angezeigt. So handelt es sich bei den beiden Übereinkommen um ältere Vertragswerke, deren Definitionen der unverjährbaren Tatbestände den aktuellen Stand des Völkerrechts nicht mehr zutreffend wiedergeben. Auch haben nur wenige Staaten die Übereinkommen bis heute ratifiziert<sup>131</sup>. Angesichts dieser Sachlage besteht auch aus ausserpolitischer Perspektive kein Anlass für die Schweiz, den beiden Übereinkommen beizutreten. Ein Beitritt der Schweiz würde auch für die Verbreitung des internationalen Rechts keinen signifikanten Mehrwert bedeuten, hat doch insbesondere das Römer Statut des IStGH die Unverjährbarkeit dieser Verbrechen klar festgehalten.

Andererseits hätte ein Beitritt insbesondere zur UNO-Konvention von 1968 zur Folge, dass die Schweiz Verpflichtungen zur Anwendung der Konvention zu übernehmen hätte, welche mit dem innerstaatlichen Verbot der rückwirkenden Anwendung von Strafgesetzen in Konflikt geraten könnte. Die UNO-Konvention enthält überdies auch keine Bestimmungen über die Kündbarkeit der Konvention, sodass nicht ausgeschlossen werden kann, dass diese Frage dereinst zu Rechtsunsicherheiten führen könnte<sup>132</sup>.

<sup>131</sup> Die UNO-Konvention wurde bis heute von 48 Staaten Ost- und Mitteleuropas, vereinzelt Staaten Zentral- und Südamerikas, Afrikas und Asiens ratifiziert. Darunter befinden sich jedoch keine Staaten aus dem westeuropäischen Rechtskreis.

<sup>132</sup> Dem Übereinkommen des Europarates sind bis heute lediglich drei Staaten beigetreten. Das Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge enthält zwar entsprechende Bestimmungen über die Kündbarkeit, trat jedoch erst nach der hier aufgeführten Konvention der Vereinten Nationen in Kraft und ist demnach auf diese nicht anwendbar (vgl. Art. 4 des Wiener Übereinkommens, SR 0.111).

Diese Einschätzungen werden durch die Resultate des Vernehmlassungsverfahrens bestätigt. Von einem Beitritt der Schweiz zu den genannten Übereinkommen ist demnach abzusehen.

## 2.1.2

### **Artikel 259 Absatz 1<sup>bis</sup> (Öffentliche Aufforderung zu Völkermord)**

Das Übereinkommen über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes bestimmt in Artikel III Buchstabe c, dass die unmittelbare und öffentliche Anreizung zur Begehung von Völkermord zu bestrafen sei. Eine entsprechende Bestimmung kennt auch das Römer Statut (Art. 25 Abs. 3 Bst. e). Der Täter wirkt auf eine unbestimmte Vielzahl von Menschen in einer Weise ein, die geeignet ist, den Vorsatz zur Begehung von Völkermord zu wecken. Es ist nicht notwendig, dass der Täter – wie bei einer Anstiftung – bei einer bestimmten Person den Vorsatz zur Begehung einer konkreten Tathandlung des Völkermordes nach Artikel 264 hervorrufen will. Das Völkermord-Übereinkommen verlangt von den Vertragsstaaten allerdings lediglich die Anwendung des Territorialitätsprinzips, die Person ist dann in der Schweiz zu verfolgen, wenn die Aufreizung in der Schweiz stattfindet. Das Römer Statut erfordert eine Strafverfolgung überdies, wenn es sich beim Täter um einen Schweizer handelt, der im Ausland zum Völkermord aufgerufen hat.

Die Aufreizung zum Völkermord wird im geltenden schweizerischen Recht als selbstständiges Delikt durch Artikel 259 («Öffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder zur Gewalttätigkeit») erfasst. Tatbestandsmässig ist jede öffentliche Aufforderung oder Hetzkampagne, gegen eine bestimmte Gruppe einen Völkermord zu begehen. Unter Artikel 259 StGB fallen Taten, die in der Schweiz begangen werden. Ebenso strafbar macht sich der Schweizer, welcher die Tat im Ausland begeht, sowie der ausländische Täter, wenn seine Tat gegen einen Schweizer gerichtet ist<sup>133</sup>. Zur Umsetzung der Verpflichtungen aus dem Völkermord-Übereinkommen und dem Römer Statut ist eine Änderung des Anwendungsbereichs von Artikel 259 daher nicht erforderlich.

Bereits in der Botschaft betreffend den Beitritt zum Völkermord-Übereinkommen erklärte der Bundesrat hingegen, dass er die Anwendbarkeit des Universalitätsprinzips nicht nur auf die eigentliche Begehung eines Völkermordes ausdehnen wolle, sondern es nur konsequent wäre, dies auch bei den abgeschwächten Verwirklichungsformen nachzuvollziehen<sup>134</sup>. Dementsprechend ist Völkermord auch in die Liste der strafbaren Vorbereitungshandlungen aufgenommen worden, deren Begehung auch dann strafbar ist, wenn die Vorbereitungshandlung im Ausland stattfindet, sofern die beabsichtigten strafbaren Handlungen in der Schweiz verübt werden sollen<sup>135</sup>. Beim Tatbestand der «Öffentlichen Aufforderung zu Verbrechen oder zur Gewalttätigkeit» nach Artikel 259 ist damals allerdings eine entsprechende Ergänzung im Gesetzesentwurf trotz Ankündigung in der Botschaft unterblieben<sup>136</sup>.

<sup>133</sup> Die Auslegung der Überschrift des zwölften Titels des StGB, «...gegen den öffentlichen Frieden», steht der Anwendung des aktiven und passiven Personalitätsprinzips (Täter- und Opferprinzip) hier nicht entgegen.

<sup>134</sup> BBl 1999 5350

<sup>135</sup> Vgl. Art. 260<sup>bis</sup> Abs. 1 und 3 StGB

<sup>136</sup> Vgl. BBl 1999 5350

Im Rahmen dieser Vorlage liegt es nahe, dies anzupassen. In Erweiterung des Territorialitätsprinzips<sup>137</sup> soll sich auch strafbar machen, wer im Ausland zu einem Völkermord auffordert, welcher zumindest teilweise in der Schweiz begangen werden soll. Die räumliche Ausdehnung der Strafbarkeit bleibt auf die Aufreizung zur Begehung von Völkermord beschränkt.

Nicht ausgeschlossen wird, dass ein Täter für eine im Ausland begangene Anstiftung oder Gehilfenschaft zum Völkermord, welcher sich in der Folge im Ausland ereignet hat, in der Schweiz bestraft werden kann. Für die Teilnahmeformen der Anstiftung und der Gehilfenschaft gilt der weitere Anwendungsbereich des geltenden Artikels 264 Absatz 2 beziehungsweise des neuen Artikels 264*m* StGB.

### 2.1.3 Artikel 260<sup>bis</sup> (Strafbare Vorbereitungshandlungen)

Nach Artikel 25 Absatz 3 Buchstabe d des Römer Statuts werden spezifische Vorbereitungshandlungen als strafbar erklärt. Das Statut enthält eine detaillierte Umschreibung der betreffenden Akte: Kennzeichnend ist der vorsätzliche Beitrag eines Einzelnen zur Begehung oder versuchten Begehung eines Verbrechens durch eine Gruppe von Personen, die mit einem gemeinsamen Ziel handeln. Dieser Beitrag muss entweder die kriminelle Tätigkeit oder die strafbare Absicht der Gruppe fördern oder in Kenntnis des Vorsatzes der Gruppe, das Verbrechen zu begehen, geleistet werden.

In der Botschaft betreffend den Beitritt zum Völkermord-Übereinkommen erklärte der Bundesrat, dass für die Bestrafung dieser Handlungen nicht einfach auf die in den Artikeln 24 und 25 vorgesehenen Teilnahmeformen (Anstiftung und Gehilfenschaft) oder auf Artikel 260<sup>ter</sup> (kriminelle Organisation) abstellen liesse. Insbesondere planmässige organisatorische Vorkehren könnten nur mit der Strafbestimmung von Artikel 260<sup>bis</sup> (strafbare Vorbereitungshandlungen) hinreichend erfasst werden. Der Bundesrat schlug deshalb vor, die Aufzählung von Tatbeständen in Artikel 260<sup>bis</sup> Absatz 1 um den Tatbestand des Völkermordes zu ergänzen<sup>138</sup>.

Im Rahmen dieser Vorlage sind dem Katalog der Bezugstaten von Artikel 260<sup>bis</sup> auch der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 264*a* Abs. 1 und 2) sowie Kriegsverbrechen, sofern sie nicht als weniger schwer einzustufen sind<sup>139</sup>, hinzuzufügen.

<sup>137</sup> Die Anwendung des aktiven und passiven Personalitätsprinzips bleibt, s. oben, vorbehalten.

<sup>138</sup> BBl 1999 5351

<sup>139</sup> Art. 264*c* Abs. 3, Art. 264*d* Abs. 2, Art. 264*e* Abs. 2, Art. 264*f* Abs. 2, Art. 264*g* Abs. 2, Art. 264*h* Abs. 2.

## 2.1.4 Zwölfter Titel<sup>bis</sup> (Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit)

### 2.1.4.1 Artikel 264 (Völkermord)

#### Revisionsbedarf

Mit dem Bundesgesetz vom 24. März 2000 über die Änderung des Strafgesetzbuches, des Militärstrafgesetzes und der Bundesstrafrechtspflege<sup>140</sup> hat der Gesetzgeber im Hinblick auf den Beitritt zum Völkermord-Übereinkommen<sup>141</sup> den Tatbestand des Völkermordes ins StGB eingeführt. Artikel 264 Absatz 1 basiert auf Artikel II des Völkermord-Übereinkommens und entspricht auch Artikel 6 des Römer Statuts. Unter dem Aspekt der Kompatibilität drängen sich deshalb in dieser Vorlage keine Änderungen auf.

Allerdings wurde bereits bei der Erarbeitung der Botschaft zum Beitritt zum Völkermord-Übereinkommen von verschiedener Seite<sup>142</sup> sowie nach der Verabschiedung von Artikel 264 StGB von der schweizerischen Rechtslehre Kritik hinsichtlich einzelner Elemente dieser neuen Vorschrift laut. Unter anderem wurde darauf hingewiesen, dass durch die Beschränkung des Schutzobjekts auf bestimmte Gruppen Völkermorde an andern Gruppen nicht erfasst werden<sup>143</sup>. Andererseits werde – im Unterschied zum Übereinkommen und zum Statut – durch die Weglassung der Worte «(Gruppe) als solche» auf die praktisch wichtige Einschränkung verzichtet, dass die Betroffenen gerade um ihrer Zugehörigkeit zu der bestimmten Gruppe willen verfolgt werden<sup>144</sup>. Weiter wurde der einheitlich hohe Mindeststrafen von zehn Jahren Freiheitsstrafe für alle Tatbestandsvarianten in Frage gestellt, welcher keine differenzierte Strafzumessung erlaube<sup>145</sup>. Auch wurde darauf hingewiesen, dass die Anwendbarkeit des Erledigungsprinzips (Art. 264 Abs. 2 i.V.m. Art. 7 Abs. 4 und 5 StGB) die weltweite Bestrafung von Völkermord untergraben könnte, wenn der Täter im Ausland nur zu einer Scheinstrafe verurteilt oder auf andere Weise vor Strafe geschont wurde und dies in der Schweiz nicht berücksichtigt werden könne.

<sup>140</sup> AS 2000 2725, in Kraft seit 15. Dez. 2000.

<sup>141</sup> Übereinkommen vom 9. Dez. 1948 über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes, SR 0.311.11. Die Schweiz ist dem Übereinkommen am 7. Sept. 2000 beigetreten. Das Übereinkommen ist für die Schweiz am 6. Dez. 2000 in Kraft getreten.

<sup>142</sup> Botschaft vom 31. März 1999 betreffend das Übereinkommen über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes sowie die entsprechende Revision des Strafrechts, BBl 1999 5327 5336 f.

<sup>143</sup> Bernard Corboz, *Les Infractions en droit suisse – Vol. II*, Bern 2002, S. 322 RZ 13; Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht – Besonderer Teil II*, 5. Auflage, Bern 2000, S. 214 RZ 2; Hans Vest, *Die bundesrätliche Botschaft zum Beitritt der Schweiz zur Völkermord-Konvention – kritische Überlegungen zum Entwurf eines Tatbestands über Völkermord*, ZStR 117 (1999), S. 357 f.; Stefan Wehrenberg, *Basler Kommentar – StGB II*, Basel 2003, RZ 23 zu Art. 264.

<sup>144</sup> Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht – Besonderer Teil II*, 5. Auflage, Bern 2000, S. 215 RZ 7; Hans Vest, *Die bundesrätliche Botschaft zum Beitritt der Schweiz zur Völkermord-Konvention – kritische Überlegungen zum Entwurf eines Tatbestands über Völkermord*, ZStR 117 (1999), S. 355 ff.; Stefan Wehrenberg, *Basler Kommentar – StGB II*, Basel 2003, RZ 38 zu Art. 264.

<sup>145</sup> Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht – Besonderer Teil II*, 5. Auflage, Bern 2000, S. 215 RZ 8; Hans Vest, *Die bundesrätliche Botschaft zum Beitritt der Schweiz zur Völkermord-Konvention – kritische Überlegungen zum Entwurf eines Tatbestands über Völkermord*, ZStR 117 (1999), S. 360; Stefan Wehrenberg, *Basler Kommentar – StGB II*, Basel 2003, RZ 42 zu Art. 264.

Der Bundesrat ist der Auffassung, dass die in dieser Gesetzesvorlage vorgenommene umfassende Revision der Straftaten gegen die Interessen der Völkergemeinschaft eine gute Gelegenheit bietet, das geltende Recht unter Berücksichtigung der aufgeworfenen Kritikpunkte zu ergänzen.

### Die Änderungen von Artikel 264 im Einzelnen

Gemäss Artikel 264 Absatz 1 wird bestraft, wer bestimmte Tötungshandlungen bzw. einer Tötung im Effekt gleichkommende Handlungen in der Absicht vornimmt, eine durch ihre Staatsangehörigkeit, Rasse, Religion oder ethnische Zugehörigkeit gekennzeichnete Gruppe ganz oder teilweise zu vernichten. Obwohl mehrere Vernehmlassungsteilnehmer beim Beitritt zum Völkermord-Übereinkommen eine Ausdehnung auch auf soziale und politische Gruppen gefordert hatten, lehnte es der Bundesrat damals mit Hinweis auf den engen und schon seit längerem kritisierten<sup>146</sup> Wortlaut von Artikel II des Völkermord-Übereinkommens ab, weitere Kriterien zu berücksichtigen. Allerdings wies er schon damals darauf hin, dass die Botschaft über die Ratifikation des IstGH sich mit diesem Aspekt noch genauer auseinanderzusetzen habe<sup>147</sup>. In der IstGH-Botschaft führte der Bundesrat aus, dass dieses an scheinbar objektive Kriterien anknüpfende Konzept des Völkermord-Übereinkommens, welches in erster Linie stabile und permanente Gruppen schützen wollte, in die man hineingeboren wird und denen man nicht freiwillig beitreten kann, sowohl durch die Wissenschaft wie auch durch Urteile der Straftribunale für das ehemalige Jugoslawien und für Ruanda<sup>148</sup> in Frage gestellt wird. Es wird geltend gemacht, dass es sich bei der Mitgliedschaft in einer bestimmten Gruppe in vielen Fällen eher um ein subjektives denn ein objektives Konzept handelt. Gruppen könnten sich entweder selbst als solche definieren, oder sie würden von Aussenstehenden, insbesondere von den Tätern, als solche bezeichnet. Häufig würden bestimmte Personen zu Opfern eines Völkermordes, weil sie von den Tätern als zu einer bestimmten Gruppe gehörend wahrgenommen werden, auch wenn sie diese Eigenschaften in Tat und Wahrheit nicht besitzen. Insbesondere der angebliche Mangel an Struktur von politischen oder sozialen Gruppen habe deren Verfolger noch nie daran gehindert, die Opfergruppe und ihre Angehörigen zu identifizieren und zu vernichten<sup>149</sup>. Angesichts dieses unpräzisen Konzepts der nationalen, ethnischen, rassischen oder religiösen Gruppen könne die Mitgliedschaft in solchen Gruppen nur im jeweiligen politischen, sozialen und kulturellen Kontext ermittelt werden. Der Bundesrat kam zum Schluss, dass diese Feststellungen bei der Auslegung des geltenden Rechts berücksichtigt werden sollten<sup>150</sup>.

<sup>146</sup> Hans-Heinrich Jescheck, «Genocide», in: R. Bernhardt (Hrsg.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. II (1995), S. 543; Cherif Bassiouni, «Remarks on Genocide: The Convention, Domestic Laws, and State Responsibility», in: *American Society of International Law, Proceedings of the 83rd Annual Meeting* (Chicago, 1989), S. 314 ff.

<sup>147</sup> Botschaft vom 31. März 1999 betreffend das Übereinkommen über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes sowie die entsprechende Revision des Strafrechts, BBl 1999 5347.

<sup>148</sup> Vgl. ICTY, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Goran Jelusic*, IT-95-10, Urteil vom 14. Dez. 1999, § 70; ICTR, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, Urteil vom 21. Mai 1999, § 98; ICTR, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Alfred Musema*, ICTR-96-13-T, Urteil vom 27. Jan. 2000, § 161.

<sup>149</sup> So Hans Vest, *Die bundesrätliche Botschaft zum Beitritt der Schweiz zur Völkermord-Konvention – kritische Überlegungen zum Entwurf eines Tatbestandes über Völkermord*, ZStR 117 (1999), S. 357.

<sup>150</sup> IstGH-Botschaft, BBl 2001 496

Im Rahmen dieser Vorlage erscheint es nun als geboten, diese Entwicklung auch rechtlich nachzuvollziehen. Es kann nicht sein, dass beispielsweise im Rahmen der Verbrechen gegen die Menschlichkeit Gruppen vor schweren Menschenrechtsverletzungen strafrechtlich geschützt werden, denen dieser Schutz jedoch dann versagt wird, wenn es sich um das schwerste Delikt überhaupt handelt, nämlich die Vernichtung der Gruppe. Gerade auch im 20. Jahrhundert wurden diverse soziale und politische Gruppen Opfer eines Völkermordes. Erwähnt werden können hier als ein Beispiel unter anderen die im Dritten Reich praktizierten Massnahmen der so genannten «Rassenhygiene» an «unwertem Leben» («Euthanasie-Programm»)<sup>151</sup>, welches in der systematischen Ermordung aller als unheilbar eingestuften Kranken und Behinderten unter dem Vorwand des «Gnadentodes» bestand. Das Ziel der Euthanasie bestand in der «Reinigung des Volkskörpers» zur Schaffung eines homogenen, geistig und körperlich überlegenen Volkes. Frauen, Männer und Kinder wurden in Heil- und Pflegeanstalten ermordet; sie starben durch Gas, Giftnjektionen oder Medikamente, andere liess man gezielt verhungern. Dieser Massenmord forderte von Januar 1940 bis August 1941 über 70 000 Opfer<sup>152</sup>.

Wie bereits erwähnt, bestimmt über die Mitgliedschaft in einer zu vernichtenden Gruppe in der Regel die Täterperspektive und nicht die Kennzeichnung durch gewisse objektiv-wissenschaftliche Kriterien. Dadurch ist es auch in Bezug auf die bisher aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit, Rasse, Religion oder ethnischen Zugehörigkeit erfassten Gruppen selten möglich, allgemeingültige Kriterien zu definieren. Das Schutzobjekt des Völkermordtatbestandes ist deshalb nicht nur aufgrund scheinbar objektiver Kriterien zu formulieren. Vielmehr ist ebenfalls auf die subjektive Perspektive des Täters abzustellen, welche bestimmt, ob eine grosse Anzahl von Personen getötet oder auf andere Weise misshandelt werden soll, damit dadurch die ihnen zugeschriebene Gruppe vernichtet wird<sup>153</sup>. Eine entsprechende Auslegung wurde von der Internationalen Kommission zur Untersuchung der Verbrechen in Darfur (Sudan) vorgenommen<sup>154</sup>. Mit der Ausdehnung auch auf politische und soziale Gruppen findet im Übrigen eine Angleichung an die geltenden Verjährungsbestimmungen des StGB und des MStG sowie an Artikel 3 IRSG statt, welche Völkermord schon seit den 1980er-Jahren auch als Vernichtung von sozialen und politischen Gruppen definieren.

Die Tötung anderer Personen, die sich der Vernichtung einer bestimmten Gruppe widersetzen, jedoch selbst nicht Mitglied dieser Gruppe waren, fällt nicht in den Anwendungsbereich des Völkermordtatbestandes<sup>155</sup>.

<sup>151</sup> Bereits am 14. Juli 1933 wurde das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses erlassen, welches später die Grundlage für die Zwangssterilisation von etwa 400 000 Menschen von Anfang 1934–1945 bildete.

<sup>152</sup> Weitere Beispiele bei Hans Vest, *Die bundesrätliche Botschaft zum Beitritt der Schweiz zur Völkermord-Konvention – kritische Überlegungen zum Entwurf eines Tatbestandes über Völkermord*, ZStR 117 (1999), S. 357.

<sup>153</sup> Eine vergleichbare Regelung kennt das französische Strafgesetzbuch, Art. 211-1 Code pénal.

<sup>154</sup> Report of the International Commission of Inquiry on Darfur vom 25. Jan. 2005, §§ 498 ff (abrufbar im Internet: [http://www.un.org/News/dh/sudan/com\\_inq\\_darfur.pdf](http://www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf)).

<sup>155</sup> Vgl. die Beispiele bei Hans Vest, *Die bundesrätliche Botschaft zum Beitritt der Schweiz zur Völkermord-Konvention – kritische Überlegungen zum Entwurf eines Tatbestandes über Völkermord*, ZStR 117 (1999), S. 356.

Angesichts der umfassenden Revision der Bestimmungen der Verbrechen gegen die Völkergemeinschaft sowie der Kriegsverbrechen ist es im Weiteren auch angezeigt, die Frage des einheitlichen Straffrahmens neu zu bedenken, welche von den Strafrechtsexperten aufgrund seiner Rigidität kritisiert worden ist. Der geltende Artikel 264 StGB sieht für Völkermord eine lebenslängliche Freiheitsstrafe oder eine solche von nicht unter 10 Jahren vor. Insbesondere in Bezug auf die Tatbestandsvarianten der Geburtenverhinderung innerhalb einer Gruppe (Bst. c) und die Überführung von Kindern von einer Gruppe in eine andere Gruppe (Bst. d) sind jedoch Fälle milderer Schwere denkbar, in denen der Unrechtsgrad der anderen Tatbestandsvarianten des Völkermordes (Tötung, schwere Körperverletzung, vernichtende Lebensbedingungen) nicht erreicht wird und bei denen die Mindeststrafe von 10 Jahren Freiheitsstrafe daher nicht adäquat erscheint. Entsprechend wird die Mindeststrafdrohung von zehn auf fünf Jahre gesenkt.

In Anbetracht des Umstandes, dass im Rahmen der «Gemeinsamen Bestimmungen» des zwölften Titels<sup>quater</sup> die Regelungen über die Strafbarkeit von Auslandtaten und die Aufhebung der relativen parlamentarischen Immunität harmonisiert werden sollen, sind die geltenden Absätze 2 und 3 aufzuheben.

#### **2.1.4.2 Artikel 264a (Verbrechen gegen die Menschlichkeit)**

Wie bereits dargelegt<sup>156</sup>, kennt die schweizerische Rechtsordnung bisher keinen Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Auch wenn die einzelnen Tathandlungen in den meisten Fällen durch die Tatbestände des bisherigen Rechts erfasst werden können, fehlt den geltenden Tatbeständen durchgehend das Element des ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung. Um allfällige Strafbarkeitslücken im schweizerischen Recht im Bereich des materiellen Rechts zu schliessen, sind in einem neuen Artikel 264a die einzelnen Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu regeln.

#### **Anwendungsbereich des Tatbestandes der Verbrechen gegen die Menschlichkeit**

Bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit handelt es sich um schwerste Menschenrechtsverletzungen, welche in ausgedehnter oder systematischer Weise gegen Mitglieder der Zivilbevölkerung begangen werden. Das Delikt kann von jedermann verübt werden, von zivilen staatlichen Vertretern ebenso wie von Militärpersonen oder von Personen ohne Bezug zur Staatsgewalt. Keine Rolle spielt die Nationalität des Opfers; dieses kann dieselbe oder eine andere Nationalität als der Täter besitzen oder staatenlos sein. Ferner sind Verbrechen gegen die Menschlichkeit unabhängig davon strafbar, gegen wen sie sich richten. Geschützt sind gemäss der Rechtsprechung internationaler und nationaler Strafgerichte auch Angehörige der Streitkräfte, welche die Waffen gestreckt haben, sowie alle andern Personen, die sich durch

<sup>156</sup> Vgl. Ziff. 1.3.1.1

Krankheit, Verwundung, Gefangennahme oder eine andere Ursache ausser Gefecht befinden<sup>157</sup>.

Wie das Verbrechen des Völkermordes sind die Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowohl in Friedenszeiten als auch im internationalen oder innerstaatlichen bewaffneten Konflikt strafbar. Überlappungen der zwei Verbrechenkategorien sind im Einzelfall möglich<sup>158</sup>.

Gleichzeitig kann ein bestimmter Sachverhalt sowohl als Verbrechen gegen die Menschlichkeit als auch als Kriegsverbrechen qualifiziert werden, da sich die Anwendungsbereiche und Tatbestandsvoraussetzungen der beiden Verbrechenkategorien unterscheiden können<sup>159</sup>. Der Anwendungsbereich der Verbrechen gegen die Menschlichkeit geht über jenen der Kriegsverbrechen, welche sich im Wesentlichen auf bewaffnete Konflikte beschränken, hinaus. Verbrechen gegen die Menschlichkeit sind auch strafbar, wenn sie in Friedenszeiten begangen werden. Andererseits setzen Kriegsverbrechen keinen ausgedehnten oder systematischen Angriff gegen die Zivilbevölkerung voraus.

### **Grundtatbestand:**

#### **Ausgedehnter oder systematischer Angriff gegen die Zivilbevölkerung**

Die in Artikel 264a Absatz 1 beschriebenen Tatbestandsvarianten qualifizieren sich dadurch als Verbrechen gegen die Menschlichkeit, dass sie «im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung» begangen werden. Ihre Einbettung in einen solchen Angriff gegen die Zivilbevölkerung, dem regelmässig ein planmässiges Vorgehen bzw. die Politik eines Staates oder einer Organisation zu Grunde liegt, wodurch die Begehung der einzelnen Tat erleichtert und die Gegenwehr erschwert wird, macht den besonderen Unrechtsgehalt dieses Verbrechenstyps aus.

Der Angriff gegen die Zivilbevölkerung ist nicht an einen Angriff im Sinne des Kriegsvölkerrechts geknüpft<sup>160</sup>, setzt also keine Gewaltanwendung voraus. Die einzelnen strafbaren Handlungen erfolgen im Kontext des Angriffs. Auch ein absichtliches Nichtverhindern der Begehung der einzelnen Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch einen Staat oder eine Organisation, was als Dulden dieser Straftaten zu qualifizieren ist, kann den Grundtatbestand des Angriffs gegen die

<sup>157</sup> ICTR, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Urteil vom 2. Sept. 1998, § 582; ICTR, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, Urteil vom 21. Mai 1999, §§ 127 f. In der Rechtsprechung wurden auch Personen als Zivilisten bezeichnet, die nicht als typische «Nicht-Kombattanten» qualifiziert werden konnten, (z.B. Mitglieder der französischen Résistance, die aktiv an Auseinandersetzungen beteiligt waren); Vgl. ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-T, Urteil vom 7. Mai 1997, § 639 mit Verweis auf die Rechtsprechung im Fall Barbie.

<sup>158</sup> Z.B. in Bezug auf das Verbrechen gegen die Menschlichkeit der Ausrottung, welches sich durch einen Angriff auf eine Personenmehrheit kennzeichnet, die sich nicht als Gruppe konstituieren muss. Kann dem Täter eine völkermordsspezifische Vernichtungsabsicht nicht nachgewiesen werden, so schliesst dies die Verurteilung wegen eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit nicht aus.

<sup>159</sup> Vgl. ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Mitar Vasiljevic*, IT-98-32, Urteil vom 25. Feb. 2004, § 145; ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Kunarac et al.*, IT-96-23 und IT-96-23/1-A, Urteil vom 12. Juni 2002, § 176; ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Goran Jelusic*, IT-95-10, Urteil vom 5. Juli 2001, § 82;

<sup>160</sup> Vgl. Ziff. 3 der Einleitung zu Art. 7 der «Verbrechenselemente» des IStGH (vgl. 1.1.2.4).

Zivilbevölkerung erfüllen<sup>161</sup>. Vorausgesetzt ist aber in jedem Fall, dass die einzelne Handlung einen inhaltlichen Zusammenhang zu einem ausgedehnten oder systematischen Angriff gegen die Zivilbevölkerung hat. Fehlt ein solcher Zusammenhang<sup>162</sup>, so liegt kein Verbrechen gegen die Menschlichkeit vor<sup>163</sup>.

Der ausgedehnte *oder* systematische Angriff gegen Mitglieder der Zivilbevölkerung ist alternativ durch seinen Umfang (grosse Opferzahl) oder durch seinen hohen Organisationsgrad gekennzeichnet, wobei sich diese Elemente häufig überlappen. Einzelne, isolierte Akte ohne Bezug zu einem Angriff gegen die Zivilbevölkerung sind keine Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Diese im Völkergewohnheitsrecht etablierte Alternative wird in der Rechtsprechung des Nürnberger Tribunals und der *Ad-hoc*-Tribunale für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda bestätigt<sup>164</sup>. Für die Begründung der individuellen Strafbarkeit reicht es jedoch aus, dass der Täter ein in Artikel 264a Absatz 1 genanntes Verbrechen gegenüber einer Person verübt, sofern sich dieses Verbrechen in den Gesamtkontext eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung einfügt; eine mehrfache Tatbegehung gegenüber einer Opfermehrheit ist nicht vorausgesetzt.

In subjektiver Hinsicht muss der Täter «in Kenntnis des Angriffs» gehandelt haben. Dies setzt nicht voraus, dass der Täter alle Details des Angriffs kannte, sondern nur, dass er sich bewusst war, dass die Begehung seines Verbrechens Teil der grösseren Dimension eines Angriffs gegen die Zivilbevölkerung war<sup>165</sup>; das Wissen kann aus den Tatumständen abgeleitet werden<sup>166</sup>.

<sup>161</sup> Vgl. auch Fussnote 6 zu Ziff. 3 der Einleitung zu Art. 7 der «Verbrechenselemente» des IStGH (vgl. I.1.2.4).

<sup>162</sup> Z.B. eine vorsätzliche Tötung aus Eifersucht.

<sup>163</sup> Vgl. ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, Urteil vom 15. Juli 1999, § 271.

<sup>164</sup> Vgl. ICTR, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Urteil vom 2. Sept. 1998, § 579; ICTR, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Georges A.N. Rutaganda*, ICTR-96-3-T, Urteil vom 6. Dez. 1999, § 68. Art. 7 Abs. 1 des Römer Statuts übernimmt diese Alternative im Grundsatz ebenfalls, verlangt jedoch in Art. 7 Abs. 2 Bst. a zusätzlich, in Abweichung vom geltenden Völkergewohnheitsrecht, auf niederschwelliger Ebene, dass neben der mehrfachen Begehung einzelner Verbrechen diese Verbrechen als Unterstützung der Politik eines Staates oder einer Organisation erscheinen müssen. Ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit in der Zuständigkeit des IStGH ist somit gegeben, wenn die einzelnen Verbrechen entweder «ausgedehnt» *oder* «systematisch» begangen werden, sofern sie in jedem Fall aber mindestens «mehrfach» und im Rahmen einer «Politik» erfolgen.

<sup>165</sup> Bei einem Angriff gegen die Zivilbevölkerung, welcher erst im Entstehen begriffen ist, reicht es nach den «Verbrechenselementen» des IStGH aus, wenn der Täter durch sein Verbrechen diesen Angriff vorantreiben will (vgl. Ziff. 2 der Einleitung zu Art. 7, a.a.O. S. 119).

<sup>166</sup> Vgl. Ziff. 2 der Einleitung zu Art. 7 der «Verbrechenselemente» des IStGH, a.a.O., S. 120; vgl. ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Kunarac et al.*, IT-96-23 und IT-96-23/1-A, Urteil vom 12. Juni 2002, § 102; ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Kupreskic et al.*, IT-95-16, Urteil vom 14. Jan. 2000, §§ 556 f. ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, Urteil vom 15. Juli 1999, § 271; ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-T, Urteil vom 7. Mai 1997, §§ 656 ff. mit Verweisen auf die nationale Rechtsprechung, insbesondere aus der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg.

*Art. 264a Abs. 1 Bst. a–j* Die einzelnen Tatbestandsvarianten der Verbrechen gegen die Menschlichkeit

In der Botschaft betreffend die Ratifikation des IStGH-Statuts wurden die Entstehungsgeschichte, die völkerrechtlichen Grundlagen und die Rechtsnatur der Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie ihre jeweilige Definition gemäss Artikel 7 des Römer Statuts bereits ausführlich dargestellt<sup>167</sup>. Da der neue schweizerische Tatbestand auf der Basis des Römer Statuts formuliert werden soll, werden nachfolgend die einzelnen Tatbestandselemente nur noch soweit erörtert, wie dies für das Verständnis der einzelnen Strafbestimmungen erforderlich scheint.

*Bst. a* Vorsätzliche Tötung

Der Tatbestand der vorsätzlichen Tötung gemäss Artikel 264a Absatz 1 Buchstabe a setzt wie Artikel 111 StGB voraus, dass der Täter den Tod eines Menschen vorsätzlich verursacht. Ein zusätzliches, besonders verwerfliches Motiv, wie es beispielsweise Artikel 112 für Mord vorsieht, wird nicht vorausgesetzt.

Das Verbrechen der vorsätzlichen Tötung kann sich gegen mehrere Personen richten. Im Unterschied zum Völkermord müssen die Opfer nicht einer bestimmten Gruppe angehören. Entsprechend muss sich die Absicht des Täters auch nicht auf die Vernichtung der Gruppe beziehen, welcher die Opfer angehören<sup>168</sup>.

*Bst. b* Ausrottung

Das Verbrechen der Ausrottung gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b des Römer Statuts umfasst, neben der vorsätzlichen Tötung gemäss Buchstabe a des Artikels, das vorsätzliche Auferlegen von Lebensbedingungen – unter anderem das Vorenthalten des Zugangs zu Nahrungsmitteln und Medikamenten –, die geeignet sind, die Vernichtung eines Teiles der Bevölkerung herbeizuführen.

*Bst. c* Versklavung

Gemäss der Definition in Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c des Römer Statuts bedeutet Versklavung «die Ausübung aller oder einzelner mit einem Eigentumsrecht an einer Person verbundenen Befugnisse und umfasst die Ausübung dieser Befugnisse im Rahmen des Handels mit Menschen, insbesondere mit Frauen und Kindern». Diese Definition lehnt sich an das Sklavereiabkommen von 1926 an<sup>169</sup>.

Der Kern der Versklavung liegt darin, dass sich der Täter die Ausübung aller oder einzelner höchstpersönlicher Rechte einer Person gegen deren freien Willen anmasset. Dieses Vorgehen impliziert eine Situation der physischen oder psychologischen Kontrolle des Täters über das Opfer, in welcher der Täter durch Ausübung oder Androhung von Gewalt, Zwang, Missbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses oder auf andere Weise den unantastbaren Gehalt des Rechts auf Selbstbestimmung verletzt. Der vom Römer Statut verwendete Begriff der Behandlung des Opfers als «Eigentum» des Täters umschreibt diese schwerwiegende Missachtung des Rechts auf persönliche Selbstbestimmung in zutreffender Weise: Die Versklavung kommt

<sup>167</sup> IStGH-Botschaft, BBl 2001 391 500 ff.

<sup>168</sup> ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Milimir Stakic*, IT-97-24-T, Urteil vom 31. Juli 2003, § 639.

<sup>169</sup> Sklavereiabkommen vom 25. Sept. 1926, SR 0.311.37, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Nov. 1930; Zusatzübereinkommen vom 7. Sept. 1956 über die Abschaffung der Sklaverei, des Sklavenhandels und sklavereiähnlicher Einrichtungen und Praktiken, SR 0.311.371, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. Juli 1964.

in ihrer Wirkung einer Versachlichung der betroffenen Person gleich, da sie die Persönlichkeit des Opfers zerstört und dessen Würde als Mensch negiert.

Der schweizerische Tatbestand der Versklavung folgt der Umschreibung des Tatbestands im Römer Statut. Gestützt darauf sowie auf die «Verbrechenselemente» erwähnt Buchstabe c von Artikel 264a Absatz 1 drei der häufigsten zeitgenössischen Erscheinungsformen der Sklaverei<sup>170</sup>: den Menschenhandel, die sexuelle Ausbeutung und die Zwangsarbeit, die nicht durch besondere Umstände gerechtfertigt ist. In der Rechtsprechung des Nürnberger Tribunals erscheint die Zwangsarbeit als einer der Kerninhalte der Sklaverei<sup>171</sup>. Die genannten Tatvarianten wurde im Jahre 2000 im Protokoll zur Verhinderung und Bestrafung des Menschenhandels auch im Rahmen der transnationalen organisierten Kriminalität weltweit geächtet und die Vertragsstaaten zu ihrer Bestrafung verpflichtet<sup>172</sup>. In diesem Zusammenhang ist am 1. Dezember 2006 der revidierte Straftatbestand gegen Menschenhandel<sup>173</sup> in Kraft getreten. Entscheidend für die Qualifikation ist in all diesen Tatbestandsvarianten, dass sie letztlich als Negierung oder Reduktion des unantastbaren Gehalts der Selbstbestimmungsrechte einer Person erscheinen, weil der Täter sich die Verfügungsgewalt über eine Person gleich einem Eigentumsrecht anmass<sup>174</sup>.

#### *Bst. d* Freiheitsberaubung

Das Verbrechen der Freiheitsberaubung gemäss Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe e des Römer Statuts erfasst im Rahmen der ersten Tatvariante der «Gefangenhaltung» jene Fälle, in denen eine Person auf engem Raum eingesperrt wird. Durch die zweite Tatvariante des «anderen schwerwiegenden Freiheitsentzugs» werden all jene Situationen erfasst, in denen eine Person zwar in ihrer physischen Bewegungsfreiheit stark eingeschränkt wird, sich jedoch weiterhin in einem bestimmten Gebiet bewegen kann (z.B. bei der Einweisung in ein Lager oder Ghetto).

Ein Freiheitsentzug erhält seine besondere Verwerflichkeit als Verbrechen gegen die Menschlichkeit nur dann, wenn er derart schwerwiegend ist, dass er gegen Grundregeln des Völkerrechts verstösst. Durch diese Einschränkung wird sichergestellt, dass nicht jeder unrechtmässige staatliche Freiheitsentzug als Verbrechen gegen die Menschlichkeit eingestuft wird. So sind weniger gravierende Verfahrensverletzungen, beispielsweise eine Verhaftung ohne hinreichenden Haftgrund oder ohne die Gewährung des rechtlichen Gehörs, zwar unter menschenrechtlichen Gesichtspunkten unzulässig. Die Konsequenzen solcher Verletzungen beschränken sich jedoch in der Regel auf eine Besserstellung des Betroffenen im Verfahren, gegebenenfalls auf Schadenersatz, haben jedoch nicht die strafrechtliche Verfolgung des Polizeibeamten wegen eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit zur Folge. Erfasst werden durch den neuen Tatbestand nur jene Situationen, in denen Personen unter Verstoss gegen grundlegendste Rechtsnormen auf willkürliche Weise eingesperrt werden, ohne dass der Betroffene zuvor ein faires Verfahren erhält. Für die Erfüllung des

<sup>170</sup> Vgl. Fussnote 11 zu Ziff. 1 von Art. 7 Abs. 1 Bst. c der «Verbrechenselemente» des IStGH (vgl. 1.1.2.4).

<sup>171</sup> Verfahren gegen von *Schirach und Sauckel*, 22 IMT Trials, S. 565–568.

<sup>172</sup> Das Protokoll vom 15. Nov. 2000 zur Verhinderung und Bestrafung des Menschenhandels ist ein Zusatzprotokoll zum UNO-Übereinkommen gegen transnationale organisierte Kriminalität (SR **0.311.54**). Die Schweiz ist seit 27.10.2006 Mitgliedstaat.

<sup>173</sup> Art. 182 StGB

<sup>174</sup> Vgl. auch ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al.*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Urteil vom 12. Juni 2002, § 117.

Tatbestandes ist es jedoch nicht zwingend notwendig, dass der Freiheitsentzug von langer Dauer ist.

In subjektiver Hinsicht ist nicht erforderlich, dass der Täter die Kenntnis besitzt, durch den Freiheitsentzug eine bestimmte Grundregel des Völkerrechts verletzt zu haben. In Anwendung des in der Schweiz anerkannten Grundsatzes der sogenannten «Parallelwertung in der Laiensphäre» genügt es, wenn der Täter dieses normative Tatbestandsmerkmal so gewertet hat, wie es der landläufigen Anschauung eines Laien entspricht<sup>175</sup>. In Bezug auf das Verbrechen des Freiheitsentzugs genügt es deshalb, wenn sich der Täter bewusst ist, dass aufgrund der Umstände des Freiheitsentzugs für den Betroffenen eine schwere Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit entsteht, für die kein verhältnismässiger Grund ersichtlich ist.

#### *Bst. e* Verschwindenlassen von Personen

Das Verbrechen des Verschwindenlassens von Personen im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe i des Römer Statuts enthält die folgenden Elemente: Erstens den Freiheitsentzug (mit Ermächtigung oder Billigung eines Staates oder einer politischen Organisation), zweitens die Weigerung (mit Ermächtigung eines Staates oder einer politischen Organisation oder entgegen einer Rechtspflicht), über den Verbleib der Personen Aufschluss zu geben, und drittens die Absicht, die Personen für eine längere Zeitdauer dem Schutz des Gesetzes zu entziehen. Als Entzug des gesetzlichen Schutzes gilt beispielsweise die fehlende Möglichkeit des Opfers, den Freiheitsentzug gerichtlich überprüfen zu lassen.

Die Besonderheit dieses Verbrechens liegt darin, dass es wesensmässig nicht von einer, sondern von mehreren Personen gemeinsam begangen wird. In einem ersten Schritt wird eine Person verhaftet oder entführt, in einem zweiten Schritt werden Informationen über deren Verbleib verweigert. Die Wahrscheinlichkeit, dass beide Handlungen von ein und derselben Person begangen werden, ist gering. Das Verschwindenlassen von Personen ist – wie die Beispiele der südamerikanischen Diktaturen der siebziger und frühen achtziger Jahre des 20. Jahrhunderts zeigen – ein Delikt, das als Politik zentral geplant und in grösserem Massstab durchgeführt wird. Leidtragende dieses Verbrechens sind nicht nur die direkten Opfer, das heisst jene Personen, welche verschwinden und in der Vergangenheit häufig ermordet wurden. Es sind auch die Familien der Verschwundenen, welche während Jahren in einer Situation extremer Unsicherheit und Angst leben, hin und her gerissen zwischen Hoffnung und Verzweiflung.

Bei der Formulierung der «Verbrechenselemente» des ISTGH<sup>176</sup> ist man davon ausgegangen, dass für die Erfassung sowohl der Entführer wie auch der Auskunftsverweigerer zwei selbstständige Tatbestandsvarianten zu formulieren seien. Demnach muss der Täter entweder die Freiheitsentziehung begehen, während er von der Informationsverweigerung bloss Kenntnis zu haben braucht, diese aber nicht selbst vorzunehmen hat. Oder er verweigert die Auskunft über das Verbleiben einer Person im Wissen, dass diese Person zuvor ihrer Freiheit beraubt worden ist. Diese Struktur wurde für den schweizerischen Tatbestand übernommen. Sie findet sich auch im neu erarbeiteten, noch nicht in Kraft getretenen internationalen Übereinkommen der

<sup>175</sup> Vgl. BGE 99 IV 59

<sup>176</sup> Vgl. Ziff. 1 zu Art. 7 Abs. 1 Bst. i der «Verbrechenselemente» des ISTGH (vgl. 1.1.2.4).

Vereinten Nationen zum Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen, dessen Unterzeichnung durch die Schweiz zurzeit geprüft und vorbereitet wird<sup>177</sup>.

Im Römer Statut wie auch im genannten Übereinkommen gegen das Verschwindenlassen von Personen wird festgehalten, dass die Freiheitsberaubung oder Entführung durch einen Staat oder eine politische Organisation oder mit Ermächtigung, Unterstützung oder Duldung des Staates oder der Organisation erfolgen muss, wodurch der besondere Unrechtsgehalt und die Schwere der Tat und ihrer Auswirkungen auf die Bevölkerung begründet wird. Entführungshandlungen durch eine autonom handelnde Gruppierung ohne entsprechende «Rückendeckung» durch den Staat fallen demgegenüber unter die herkömmlichen Strafrechtsbestimmungen.

Die Zweiteilung in zwei ebenbürtige Tatbestandsvarianten würde unter Umständen das Risiko einer unverhältnismässig hohen Bestrafung jener Person, welche lediglich als «kleines Rad» die Auskunft verweigert hat, führen. Hat die Person keinen Einfluss auf die Freiheitsentziehung oder die Freilassung des Entführten, sondern verweigert sie lediglich den Angehörigen weitere Auskünfte über dessen Verbleib, kann das Gericht die Strafe nach Artikel 48a StGB mildern.

Die Tatbestandsvariante der Auskunftsverweigerung (Ziff. 2) kann nur begehen, wer mit Ermächtigung eines Staates oder einer politischen Organisation oder entgegen einer Rechtspflicht handelt. Eine solche Rechtspflicht kann sich aus dem innerstaatlichen Recht ergeben und beispielsweise verfahrens- oder organisationsrechtlicher Natur sein oder ihren Ursprung im Völkerrecht haben. Mittels dieser massgeblichen Kriterien soll eine unverhältnismässige Ausweitung des Kreises möglicher Täter verhindert werden.

In Bezug auf die subjektive Seite des Tatbestandes wird in beiden Fällen vorausgesetzt, dass der Täter in der Absicht handelt, den Betroffenen für längere Zeit dem Schutz des Gesetzes zu entziehen.

#### *Bst. f* Folter

Gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe e des Römer Statuts bedeutet Folter, dass einer im Gewahrsam oder unter der Kontrolle des Beschuldigten befindlichen Person vorsätzlich grosse physische oder psychische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden. Im Unterschied zur UNO-Anti-Folterkonvention von 1984<sup>178</sup> setzt der Begriff der Folter gemäss dem Statut nicht voraus, dass die Folter einem bestimmten Zweck gedient hat. Zu den von der Folterkonvention genannten Motiven zählen die Erpressung eines Geständnisses, die Bestrafung, die Einschüchterung, die Nötigung oder jeder andere, auf irgendeiner Art von Diskriminierung beruhende Grund. Auf ein solches Element war bei der Ausarbeitung des Statuts bewusst verzichtet worden. Auch ist nach dem Statut nicht erforderlich, dass der Täter in offizieller Funktion gehandelt hat. Ausgenommen werden vom Folterbegriff nach dem Statut «Schmerzen oder Leiden, die sich lediglich aus gesetzlich zulässigen Sanktionen ergeben, dazu gehören oder damit verbunden sind». Da jedoch unter dem Statut der Massstab der Zulässigkeit einer Handlung in erster Linie das Völkerrecht ist, können

<sup>177</sup> Stand: November 2007. Die Konvention ist am 20. Dezember 2006 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen verabschiedet worden.

<sup>178</sup> Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dez. 1984, SR **0.105**, für die Schweiz in Kraft getreten am 26. Juni 1987.

nach nationalem Recht zulässige Praktiken gleichwohl die Strafbarkeit im Rahmen von Artikel 7 des Statuts begründen.

Das schweizerische Recht kennt bis anhin keinen eigenen Foltertatbestand. Folter erfüllt in der Regel die Tatbestände der Freiheitsberaubung in Kombination mit einer Körperverletzung und einer Nötigung. Ob die im Rahmen der Folter zugefügten grossen körperlichen oder geistigen Schmerzen oder Leiden in jedem Fall die Tatbestände der einfachen oder schweren Körperverletzung gemäss StGB erfüllen, ist aber fraglich. Der Begriff der Folter knüpft, im Gegensatz zu den erwähnten Strafbestimmungen, weniger an eine Lebensgefahr oder eine irreparable Schädigung oder Verstümmelung des Betroffenen an, sondern an die Intensität der Schmerzen und Leiden für dessen Körper und Seele. Letztere können gegebenenfalls unter die qualifizierte Freiheitsberaubung gemäss Artikel 184 StGB subsumiert werden, welche bei einer grausamen Behandlung des Opfers oder bei einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit des Opfers zum Zuge kommt.

Zweck der Folter im Sinne des Statuts muss es nicht in jedem Fall sein, vom Opfer ein Tun, Unterlassen oder Dulden zu erwirken. Das Ziel der Folter kann nämlich bereits durch die Folter selbst erreicht sein, indem das Opfer psychisch geschwächt oder eingeschüchtert wird. Die Summe der verschiedenen Tatbestände des Strafgesetzbuches deckt die einzelnen Begehungsformen der Folter gemäss Römer Statut ab, entspricht jedoch nicht in jedem Fall ihrem Unrechtsgehalt.

Im Zuge der Umsetzung des Römer Statuts wird die Folter als Verbrechen gegen die Menschlichkeit ins schweizerische Recht eingeführt. Die Tathandlung liegt in der Verletzung der körperlichen Unversehrtheit oder der psychischen oder physischen Gesundheit. Die aus der zugefügten Verletzung resultierenden grossen körperlichen oder seelischen Schmerzen oder Leiden stellen nicht bloss die Konsequenz des Handelns des Täters dar, sondern bilden dessen eigentlichen Zweck. Auf ein weitergehendes Motiv, wie es durch die Folterkonvention vorausgesetzt wird, ist in Übereinstimmung mit dem Römer Statut zu verzichten.

#### *Bst. g* Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung

Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe g des Römer Statuts umfasst in einem Paragraphen verschiedene Sexualdelikte: neben Vergewaltigung auch sexuelle Sklaverei, Nötigung zur Prostitution, erzwungene Schwangerschaft, Zwangssterilisation sowie jede andere Form der sexuellen Gewalt von vergleichbarer Schwere. Solche Verbrechen, welche die sexuelle Selbstbestimmung einer Person in eklatanter Weise missachten, werden zunehmend als Mittel zur Unterdrückung von Minderheiten und zur ethnischen Kriegführung eingesetzt.

Das Römer Statut erklärt die *Vergewaltigung* zwar zum Verbrechen gegen die Menschlichkeit, enthält jedoch keine eigene Definition. In der Rechtsprechung der *Ad-hoc*-Tribunale für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda wird die Vergewaltigung als die Penetration gegen den Willen des Opfers umschrieben. Dieser Vorgang wird geschlechtsneutral als «physisches Eindringen in den Körper mit sexuellem Charakter» umschrieben. Als Vergewaltigung gilt nicht nur der erzwungene Geschlechtsverkehr, sondern auch das Eindringen in einen Körperteil des Opfers mit einem Sexualorgan des Täters oder das Eindringen in die anale oder genitale Öffnung des Opfers mit einem Körperteil des Täters oder mit einem Gegenstand. Bei seinem Vorgehen muss der Täter Gewalt ausüben oder androhen, selbst Zwang

ausüben oder von Umständen profitieren, die auf das Opfer Zwang ausüben<sup>179</sup>. Diesen Nötigungsmitteln setzen die «Verbrechenselemente» des IStGH den Fall gleich, in dem der Täter mittels oben genannter Penetrationsformen eine Person missbraucht, welche wegen ihrer natürlichen, zugefügten oder altersbezogenen Urteils- oder Widerstandsunfähigkeit nicht in der Lage ist, ihre freie Zustimmung zu diesem Vorgehen zu geben.

Das schweizerische Recht definiert die Vergewaltigung nach Artikel 190 StGB als den erzwungenen Beischlaf, welcher in der unfreiwilligen Vereinigung des männlichen und des weiblichen Geschlechtsteils besteht. Andere sexuelle Missbräuche einer Person in der oben beschriebenen Art erfüllen den Tatbestand der sexuellen Nötigung i.S.v. Artikel 189 StGB oder den Tatbestand der Schändung nach Artikel 191 StGB. Im Rahmen der Verbrechen gegen die Menschlichkeit werden die genannten Tathandlungen unter einem Tatbestand vereint.

Die *Nötigung zur Prostitution* (vgl. Art. 7 Abs. 1 Bst. g-3 des Römer Statuts) wird in den dazu gehörenden «Verbrechenselementen» dadurch umschrieben, dass der Täter durch sein Handeln das Opfer zur Vornahme von Handlungen sexueller Natur gezwungen hat und dadurch einen Vorteil erreichte oder zu erreichen suchte. Dem Zwang setzen die «Verbrechenselemente» den Fall gleich, in dem der Täter eine Person der Prostitution zuführt, welche wegen ihrer natürlichen, zugefügten oder altersbezogenen Urteils- oder Widerstandsunfähigkeit nicht in der Lage ist, ihre freie Zustimmung zu diesem Vorgehen zu geben<sup>180</sup>. Die Umsetzung ins Schweizer Recht lehnt sich an diese Vorgaben an, sieht jedoch davon ab, das Element des durch den Täter angestrebten Vorteils als Tatbestandsmerkmal aufzunehmen. Strafbar macht sich demnach auch, wer eine Person ohne unmittelbar absehbaren Vorteil zur Prostitution zwingt, etwas zwecks Demoralisierung des Gegners oder aus reinem Hass gegen einen Bevölkerungsteil.

Das Römer Statut umschreibt das Verbrechen der *erzwungenen Schwangerschaft* in Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe f als «die rechtswidrige Gefangenhaltung einer zwangsweise geschwängerten Frau in der Absicht, die ethnische Zusammensetzung einer Bevölkerung zu beeinflussen oder andere schwere Verstösse gegen das Völkerrecht zu begehen»<sup>181</sup>. In jüngerer Zeit ist dieses Verbrechen im Jugoslawienkonflikt an muslimischen Frauen aus Bosnien-Herzegowina begangen worden, welche nach ihrer Vergewaltigung so lange in Lagern festgehalten wurden, bis eine Abtreibung nicht mehr möglich war<sup>182</sup>. Sexuelle Angriffe gegen Frauen stellten Angriffe auf die gesamte Gesellschaft dar und sollen eine demoralisierende Wirkung insbesondere auf deren männliche Mitglieder haben. Als Folge dieses Verbrechens können Vernachlässigung, Diskriminierung und Ächtung sowohl der Mutter als

<sup>179</sup> ICTR, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Urteil vom 2. Sept. 1998, §§ 596 ff.; ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, Urteil vom 10. Dez. 1998, §§ 175 ff., § 185; ICTR, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Alfred Musema*, ICTR-96-13-T, Urteil vom 27. Jan. 2000, §§ 220 ff.; vgl. auch Ziff. 2 von Art. 7 Abs. 1 Bst. g-1 der «Verbrechenselemente» des IStGH (vgl. 1.1.2.4).

<sup>180</sup> Vgl. Ziff. 1 von Art. 7 Abs. 1 Bst. g-3 sowie Fussnote 16 zu Ziff. 2 von Art. 7 Abs. 1 Bst. g-1 der «Verbrechenselemente» des IStGH (vgl. 1.1.2.4).

<sup>181</sup> Die nationalen Regelungen im Bereich des Schwangerschaftsabbruchs sollen durch diese Begriffsbestimmung gemäss Römer Statut ausdrücklich unberührt bleiben.

<sup>182</sup> Vgl. den Schlussbericht der Expertenkommission für das frühere Jugoslawien, U.N. Doc. S/1994/674 vom 5. Mai 1994, §§ 248 und 250.

auch des Kindes innerhalb der eigenen ethnischen Gemeinschaft resultieren<sup>183</sup>. Destabilisierung des sozialen Gefüges und der Gesellschaft kann die Folge sein.

Der schweizerische Tatbestand ist entsprechend den Vorgaben des Römer Statuts definiert. Für die Erfüllung dieses Tatbestandes ist es nicht erforderlich, dass der Täter, welcher eine Frau gefangen hält, diese selbst vergewaltigt oder solches angeordnet hat. Auch ist nicht vorausgesetzt, dass sich das subjektive Absichtselement der Beeinflussung der ethnischen Zusammensetzung oder der schweren Völkerrechtsverletzung<sup>184</sup> für die Vollendung der Straftat verwirklicht. Der Täter macht sich bereits dann strafbar, wenn er bei der vorsätzlichen Gefangenhaltung einer gegen ihren Willen geschwängerten Frau mit der entsprechenden Absicht gehandelt hat.

Das Verbrechen der *Zwangsterilisation* (vgl. Art. 7 Abs. 1 Bst. g-5 des Römer Statuts) erfasst jene Handlungen, durch welche eine Person unter Anwendung von Zwang oder unter Missbrauch ihrer natürlichen, zugefügten oder altersbezogenen Urteils- oder Widerstandsunfähigkeit<sup>185</sup> ihrer Fortpflanzungsfähigkeit beraubt wird. Der Tatbestand findet auf Frauen und Männer Anwendung. Die Sterilisation selbst muss jedoch nicht lebensgefährlich, äusserlich entstellend oder in starkem Masse gesundheitsschädigend sein. Auch wird nicht zwingend eine Körperfunktion ausser Kraft gesetzt, ohne die das Opfer physisch schwer beeinträchtigt wird. Der Kern dieses Verbrechens liegt in der Verunmöglichung einer künftigen Fortpflanzung gegen den Willen der Betroffenen und dem immanenten Element der Reinheit der Rasse oder Rassenhygiene. Die Schwere des Eingriffs liegt somit für den Betroffenen primär auf psychologischer Ebene. Nicht darunter fallen Sterilisationen, die aufgrund medizinischer Indikationen gerechtfertigt sind oder zu denen eine Person ihr Einverständnis gegeben hat.

Das Verbrechen der *sexuellen Sklaverei* (Art. 7 Abs. 1 Bst. g-2 des Römer Statuts) enthält im Grundtatbestand dieselben Elemente wie die Versklavung nach Artikel 264a Absatz 1 Buchstabe c, verbunden mit Handlungen sexueller Art, zu denen das Opfer gezwungen wird. Sie wird deshalb ausdrücklich als Tatbestandsvariante der Versklavung bestraft. Als letztes Verbrechen der Kategorie der Sexualdelikte nennt das Römer Statut *andere Formen sexueller Gewalt von vergleichbarer Schwere* (Art. 7 Abs. 1 Bst. g-6). Darunter fallen gemäss der Rechtsprechung der internationalen Straftribunale auch Angriffe auf die sexuelle Integrität einer Person, die nicht notwendigerweise eine Penetration oder einen physischen Kontakt zum Opfer beinhalten. Diese Straftaten werden durch den vorliegenden Tatbestand ebenfalls erfasst und bedürfen keiner separaten Regelung.

#### *Bst. h* Vertreibung oder zwangsweise Überführung

Das Verbrechen der «Vertreibung» begeht, wer die Zivilbevölkerung eines Staates oder eines besetzten Gebiets gänzlich oder teilweise in einen anderen Staat vertreibt, wobei die Vertreibung sowohl die reine Ausweisung wie auch die Verbringung an einen bestimmten Ort im Ausland (z.B. in ein Konzentrationslager) umfasst. Des Verbrechens der «zwangsweisen Überführung» macht sich strafbar, wer die Zivilbevölkerung eines Staates ganz oder teilweise innerhalb desselben Staates vertreibt

<sup>183</sup> Vgl. zu den gesellschaftlichen Folgen des Verbrechens der erzwungenen Schwangerschaft die Studie des IKRK, «*Women facing war*», Genf 2001, S. 51 ff.

<sup>184</sup> Z.B. rechtswidrige biologische Experimente.

<sup>185</sup> Vgl. Ziff. 2 von Art. 7 Abs. 1 Bst. g-5 sowie Fussnote 16 zu Ziff. 2 von Art. 7 Abs. 1 Bst. g-1 der «Verbrechenselemente» des IstGH (vgl. 1.1.2.4).

oder zwangsweise an einen anderen Ort ebenfalls innerhalb desselben Staates umsiedelt oder verbringt. Wie bei allen Verbrechen gegen die Menschlichkeit genügt es für die Begründung der Strafbarkeit, wenn der Täter auch nur eine Person vertreibt oder zwangsweise überführt, sofern sich das Verbrechen im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung ereignet. Dabei spielt es für den Anwendungsbereich dieses Verbrechens keine Rolle, ob die Opfer dieselbe Nationalität wie der Täter besitzen. Gerade in innerstaatlichen Konflikten der letzten Jahre hat sich gezeigt, dass sogenannte «ethnische Säuberungen» unter Angehörigen der gleichen Nationalität erfolgen.

Der besondere Unrechtsgehalt dieses Verbrechens liegt, neben der Nötigung oder Freiheitsberaubung, welche gegenüber den Betroffenen begangen wird, in der Tatsache, dass die Opfer die eigene Heimat und den angestammten Wohnort verlassen müssen, verbunden mit der temporären oder definitiven Unmöglichkeit der Rückkehr, beispielsweise wenn die Dörfer und Häuser der betreffenden Menschen zerstört werden.

Der Anwendungsbereich von Artikel 264a Absatz 1 Buchstabe h wird im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe d des Römer Statuts auf Personen eingeschränkt, die sich rechtmässig in einem Gebiet aufhalten. Während die Ausweisung eigener Staatsangehöriger grundsätzlich verboten ist, können ausländische Staatsangehörige in bestimmten Fällen in zulässiger Weise ausser Landes gebracht werden, oder es kann ihnen innerhalb eines Landes ein bestimmter Aufenthaltsort zugewiesen werden. Massstab der Zulässigkeit ist in all diesen Fällen das Völkerrecht. Andernfalls würde die Gefahr bestehen, dass eine Regierung die Deportation mit Berufung auf nationales Recht rechtfertigen könnte, welches im Widerspruch zum internationalen Recht steht. Zulässige Gründe sind unter anderem der Schutz der nationalen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung («*ordre public*»), der Volksgesundheit, der öffentlichen Sittlichkeit oder der Rechte und Freiheiten anderer.

#### *Bst. i* Verfolgung und Apartheid

Das Verbrechen der *Verfolgung* wird vom Römer Statut nicht in einem wörtlichen, sondern in einem konzeptuellen Sinne verstanden. Erfasst werden alle Handlungen, durch welche der Täter eine Person in völkerrechtswidriger und schwerwiegender Weise ihrer Grundrechte beraubt, und zwar wegen der Identität der Gruppe, der diese Person angehört (vgl. die Legaldefinition in Art. 7 Abs. 1 Bst. h und Abs. 2 Bst. g des Römer Statuts). Wie auch beim Völkermord ist jedoch nicht entscheidend, dass der Täter sein Opfer aufgrund einer objektiv korrekten Bestimmung einer Gruppe zuordnet. Massgebend ist vielmehr die subjektive Täterperspektive, welche eine Person einer bestimmten Gruppe zuschreibt<sup>186</sup>. Bei der Verfolgung muss es sich nicht um physische Attacken auf die Opfer handeln. In Frage kommen unter anderem auch Verletzungen politischer Rechte (z.B. Entzug des Wahlrechts), ökonomischer Rechte (entschädigungslose Enteignungen) oder rechtsstaatlicher Ansprüche (z.B. die systematische Verweigerung fairer Gerichtsverfahren)<sup>187</sup>. Tatbestandsmäs-

<sup>186</sup> So ausdrücklich auch die Rechtsprechung des *Ad-hoc*-Tribunals für das ehemalige Jugoslawien in ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Milomir Stakic*, IT-97-24-T, Urteil vom 31. Juli 2003, § 734; ICTY, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Naletilic und Martinovic*, IT-98-34-T, Urteil vom 31. März 2003, § 636.

<sup>187</sup> Vgl. ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-T, Urteil vom 7. Mai 1997, § 710; ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Kupreskic et al.*, IT-95-16, Urteil vom 14. Jan. 2000, §§ 596 ff. m.w.H. auf die Rechtsprechung der Nachkriegszeit.

sig ist jegliche Art von diskriminierenden Gründen, sofern sie nach dem Völkerrecht universell als unzulässig anerkannt sind. Hierzu gehören auch die an sozialen Gruppen begangenen Grundrechtsverletzungen, wenn sie gegen das Völkerrecht verstossen. Das Statut listet exemplarisch folgende Gründe als völkerrechtlich unzulässig auf: politische, rassische, nationale, ethnische, kulturelle, religiöse oder geschlechtsspezifische Gründe.

Bis anhin wird das Verbrechen der Verfolgung bestimmter Gruppen durch das schweizerische Recht als solches nicht erfasst. In Artikel 261<sup>bis</sup> StGB werden lediglich bestimmte Handlungen, namentlich diskriminierende Äusserungen, Propaganda oder die Vorenthaltung öffentlich angebotener Leistungen pönalisiert. Im Vergleich zu den im Statut genannten Gründen der Diskriminierung geht das schweizerische Recht ebenfalls weniger weit. Grundsätzlich nicht erfasst werden aufgrund des Wortlauts von Artikel 261<sup>bis</sup> StGB Diskriminierungen wegen der Kultur oder des Geschlechts eines Menschen.

Bei den hier im Rahmen der Verbrechen gegen die Menschlichkeit massgeblichen Grundrechtsverletzungen handelt es sich jedoch nicht um einfache Ungleichbehandlungen, die allenfalls unter verfassungsrechtlichen Aspekten unzulässig sind. Auch nicht erfasst werden vereinzelt diskriminierende Äusserungen oder Handlungen im Sinne von Artikel 261<sup>bis</sup> StGB. Vielmehr sind jene Situationen gemeint, in denen im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs einzelnen Gruppen bzw. ihren Mitgliedern in diskriminierender Weise schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen zugefügt werden.

Im Unterschied zu anderen Statuten internationaler Gerichte stellt gemäss dem Statut des IStGH der oben beschriebene Entzug von Grundrechten allein noch kein Verbrechen gegen die Menschlichkeit dar. Vielmehr verlangt es zusätzlich, dass der Grundrechtsentzug mit einem anderen Verbrechen in der Zuständigkeit des Gerichtshofs in Verbindung steht. In praktischer Hinsicht bedeutet dies, dass die Erfüllung des Tatbestandes einen Zusammenhang mit einer Tat nach dem zwölften Titel<sup>bis</sup> oder zwölften Titel<sup>ter</sup> erfordert. Dieses zusätzliche Delikt muss nicht vom gleichen Täter begangen werden wie jenes der Verfolgung.

Nach Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe h des Römer Statuts bedeutet das Verbrechen der *Apartheid* «unmenschliche Handlungen ähnlicher Art wie die in Absatz 1 genannten Verbrechen gegen die Menschlichkeit, die von einer rassischen Gruppe im Zusammenhang mit einem institutionalisierten Regime der systematischen Unterdrückung und Beherrschung einer oder mehrerer anderer rassischer Gruppen in der Absicht begangen werden, dieses Regime aufrechtzuerhalten». Durch die Beschränkung des Anwendungsbereichs des Statuts auf Handlungen, die entweder nach Artikel 7 Absatz 1 strafbar sind oder deren Unrecht ähnlich schwer wiegt, wird im Statut unter dem Titel der Apartheid letztlich primär der qualifizierende Umstand bestraft, dass die Handlungen des Täters im Zusammenhang mit einem Regime der systematischen Unterdrückung und Beherrschung einer oder mehrerer rassischer Gruppen durch eine andere rassische Gruppe stattfanden und dass der Täter die Absicht hatte, dieses Regime zu errichten oder aufrechtzuerhalten.

Auch die Apartheid als Institut der rassistischen Unterdrückung und Diskriminierung kennt bis anhin kein Pendant im schweizerischen Recht (vgl. die Ausführungen oben); sie soll nunmehr durch Buchstabe i von Artikel 264a abgedeckt werden. Der qualifizierende Zusammenhang mit einem Regime der systematischen Unterdrückung kann im Rahmen der Strafzumessung Berücksichtigung finden.

## *Bst. j*    Andere unmenschliche Handlungen

Es ist – wie die Geschichte gezeigt hat – unmöglich, alle Grausamkeiten, zu denen Menschen fähig sind, in einer abschliessenden Liste von Verbrechen gegen die Menschlichkeit festzuhalten. Beim letzten Verbrechen in der Gruppe der Verbrechen gegen die Menschlichkeit handelt es sich um einen subsidiären Auffangtatbestand, mit dem andere unmenschliche Handlungen von ähnlicher Art und Schwere erfasst werden sollen, sofern der Täter dadurch vorsätzlich grosse Leiden oder eine schwere Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der psychischen oder physischen Gesundheit verursacht (so auch der entsprechende Art. 7 Abs. 1 Bst. k des Römer Statuts). Diese Einengung und Spezifizierung des Tatbestandes dient dem Legalitätsprinzip und verhindert, dass im Rahmen der Verbrechen gegen die Menschlichkeit Handlungen von geringerer Schwere erfasst werden. Auch im schweizerischen Recht ist diese Art von Generalklausel kein Novum. Gerade der im Bereich der Verbrechen gegen die Menschlichkeit einschlägige Tatbestand der schweren Körperverletzung (Art. 122 StGB) enthält ebenfalls eine vergleichbare Generalklausel.

### **Strafen**

Die Verbrechen gegen die Menschlichkeit gehören nach Artikel 5 des Römer Statuts zu den schwersten Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganze berühren. Es wird deshalb für solche Verbrechen eine Freiheitsstrafe von fünf bis zwanzig Jahren vorgeschlagen. In besonders schweren Fällen, namentlich wenn die Tat viele Menschen betrifft oder der Täter eine besondere Grausamkeit an den Tag gelegt hat, kann auf lebenslängliche Freiheitsstrafe erkannt werden. Andererseits wird in durchaus vorstellbaren minder schweren Fällen der Buchstaben c-j, etwa wenn die Schwere der Tat und das Ausmass des verschuldeten Erfolgs oder der eingetretenen Gefährdung solches als gerechtfertigt erscheinen lässt, das Strafminimum auf ein Jahr gesenkt.

Die im Vergleich zum Völkermord tieferen Strafminima sind deshalb vorzusehen, weil der Täter bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit nicht mit der für den Völkermord eigenen Vernichtungsabsicht handelt. Die Strafdrohung in weniger schweren Fällen liegt im Bereich der Mindeststrafdrohungen, welche bei «herkömmlichen» schweren Delikten zur Anwendung gelangen. In diesen Fällen besteht eine lediglich schwache funktionale Verknüpfung der einzelnen Verbrechen mit einem «ausgedehnten oder systematischen Angriff gegen die Zivilbevölkerung», welcher die Möglichkeiten der Opfer zum Widerstand schwächt.

## **2.1.5                    Zwölfter Titel<sup>er</sup> (Kriegsverbrechen)**

### **2.1.5.1                Strafbarkeit der Kriegsverbrechen im geltenden und künftigen schweizerischen Recht**

Die Begehung von Kriegsverbrechen, das heisst von schweren Verletzungen des humanitären Völkerrechts, welche durch das Völkerrecht kriminalisiert werden, ist im schweizerischen Recht bereits seit 1968 vollumfänglich strafbar. Der sechste Abschnitt des MStG enthält in Artikel 109 eine Generalklausel, welche für die Strafbarkeit von Kriegsverbrechen pauschal auf die im humanitären Völkerrecht

enthaltenen Tatbestände verweist. Wie bereits dargelegt wurde<sup>188</sup>, entspricht die alleinige Umschreibung der Strafbarkeit durch Gesetzesverweis dem Legalitätsprinzip nicht in genügender Weise. Damit die rechtlichen Grundlagen für die Verfolgung und Beurteilung von Kriegsverbrechen in der Schweiz transparenter aufscheinen, werden neu all jene Verletzungen des humanitären Völkerrechts ausformuliert, welche Völkerrecht und Römer Statut als schwer qualifizieren und gleichzeitig als strafbar erklären<sup>189</sup>.

Die Gliederung im Gesetz erfolgt nach den Kriterien, wie sie sich innerhalb völkerrechtlicher Vertragsregime bewährt haben (z.B. «Schwere Verletzungen» im Sinne der Genfer Abkommen von 1949) sowie anhand der geschützten Rechtsgüter bzw. der Art der Verletzungshandlungen. Es soll jedoch nicht gänzlich auf die in Artikel 109 MStG enthaltene Generalklausel verzichtet werden. Ein entsprechender Auffangtatbestand soll weiterhin zur Anwendung gelangen, wenn neue Übereinkommen sowie sich weiterentwickelndes Gewohnheitsrecht neue Straftatbestände schaffen. Gleichzeitig soll die Generalklausel in Artikel 264j wie bis anhin die Bestrafung derjenigen Verletzungen des humanitären Völkerrechts ermöglichen, welche zwar strafwürdig sind, jedoch nicht in die Kategorie der schweren Verstösse fallen, welche im Römer Statut enthalten sind und an welchen sich die Auswahl der neuen Strafbestimmungen orientiert. Da in Zukunft auch die Ziviljustiz für die Verfolgung von Kriegsverbrechen zuständig sein wird<sup>190</sup>, sind die entsprechenden Strafbestimmungen nicht nur im Militärstrafgesetz auszuführen, sondern auch ins Strafgesetzbuch aufzunehmen.

### **2.1.5.2 Die neuen Bestimmungen zur Bestrafung der Verletzungen des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten (Kriegsverbrechen)**

In der Botschaft über die Ratifikation des Römer Statuts des IStGH sind die Entstehung, die völkerrechtlichen Rechtsgrundlagen sowie die Rechtsnatur der Kriegsverbrechen bereits ausführlich dargestellt worden, darauf kann hier verwiesen werden<sup>191</sup>. Da die im Gesetz neu aufzunehmenden völkerrechtlichen Tatbestände bereits heute in der Schweiz strafbar sind, werden sie nur so weit erörtert, als hinsichtlich ihrer Anwendung im schweizerischen Recht zusätzlicher Erklärungsbedarf besteht.

#### *Art. 264b* Anwendungsbereich

Kriegsverbrechen sind nach Völkerrecht strafbare Verletzungen des humanitären Völkerrechts *in bewaffneten Konflikten*. Entsprechend wird der Anwendungsbereich des zwölften Titels<sup>ter</sup>, mit einer spezifischen Ausnahme bei schweren Verletzungen der Genfer Konventionen gemäss Artikel 264c<sup>192</sup>, an das Vorliegen eines bewaffneten Konflikts geknüpft. Ein bewaffneter Konflikt liegt prinzipiell dann vor, wenn sich Staaten untereinander bewaffneter Gewalt bedienen oder wenn fortgesetzte

<sup>188</sup> Vgl. Ziff. 1.3.1.1

<sup>189</sup> Der zwölfte Titel<sup>bis</sup> versammelt *nicht* ausnahmslos Straftaten, welche als «Verbrechen» im Sinne von Art. 10 Abs. 2 StGB zu qualifizieren sind. Aufgrund des etablierten Begriffs der «Kriegsverbrechen» wird im Gliederungstitel jedoch daran festgehalten.

<sup>190</sup> Vgl. Ziff. 1.3.3.3

<sup>191</sup> Vgl. IStGH-Botschaft, BBl **2001** 391 517 ff.

<sup>192</sup> Zu den Gründen für diese Regelung vgl. dort.

bewaffnete Auseinandersetzungen zwischen Regierungseinheiten und organisierten bewaffneten Gruppen oder zwischen solchen Gruppen innerhalb eines Staates stattfinden<sup>193</sup>. Keine Rolle spielt, welchen Umfang diese Auseinandersetzungen annehmen. Dem bewaffneten Konflikt gleichgestellt ist eine Besetzung, selbst wenn sie auf keinen bewaffneten Widerstand stösst. Kein bewaffneter Konflikt liegt vor im Falle von Neutralitätsverletzungen ohne Gewaltanwendung oder -androhung.

Zusätzlich setzt der Tatbestand der Kriegsverbrechen voraus, dass das eingeklagte Verbrechen im Zusammenhang mit dem bewaffneten Konflikt erfolgt<sup>194</sup>. Dieser sogenannte «*nexus*» zwischen Verbrechen und Konflikt will sicherstellen, dass die im zwölften Titel<sup>ter</sup> enthaltenen Verbrechen, sofern sie im Ausland begangen werden, nur dann auch in der Schweiz bestraft werden (Art. 264*m*), wenn dies durch den besonderen Umstand des bewaffneten Konflikts gerechtfertigt ist. Nicht erfasst werden daher Verbrechen, welche aus privaten Gründen (Mord aus Eifersucht) während eines bewaffneten Konflikts begangen werden, mit diesem indes nicht in einem inhaltlichen Zusammenhang stehen. Sofern jedoch der Zusammenhang zwischen Verbrechen und Konflikt gegeben ist, können auch Zivilpersonen Täter von Kriegsverbrechen sein. Entsprechend wurde vom Schweizerischen Militärkassationsgericht ein ruandischer Bürgermeister wegen Kriegsverbrechen verurteilt<sup>195</sup>. Der «*nexus*» setzt nicht voraus, dass zeitgleich Kampfhandlungen in der näheren Umgebung der Tat stattgefunden haben; vielmehr genügt es, dass die vorgeworfenen Handlungen in Zusammenhang mit dem bewaffneten Konflikt standen<sup>196</sup>.

Artikel 264*b* statuiert den Grundsatz, dass Kriegsverbrechen unabhängig davon strafbar sind, ob sie in einem internationalen bewaffneten Konflikt zwischen zwei oder mehreren Staaten begangen werden oder in einem bewaffneten Konflikt innerhalb eines Staates. Eine Differenzierung wäre inhaltlich nicht gerechtfertigt. Es ist schwer nachzuvollziehen, weshalb ein bestimmtes Verhalten (Gebrauch biologischer Waffen, Folter, Vergewaltigung) im internationalen bewaffneten Konflikt ein völkerrechtliches Verbrechen darstellen soll, während das gleiche Verhalten im Kontext einer innerstaatlichen Auseinandersetzung kein völkerrechtliches Verbrechen darstellen würde. Für die Betroffenen spielt es keine Rolle, ob sie in einem internationalen oder innerstaatlichen Konflikt einem Giftgasangriff zum Opfer fallen, als menschliche Schutzschilde missbraucht oder als Methode der Konfliktführung ausgehungert werden. In diesem Zusammenhang hat das internationale Straftribunal für das ehemalige Jugoslawien festgehalten, dass es absurd sei, wenn Staaten für Kriege untereinander den Einsatz chemischer Waffen verbieten, hingegen deren Einsatz auf eigenem Territorium gegen die eigenen Staatsbürger zur Niederwerfung einer Rebellion erlaubt wäre<sup>197</sup>.

<sup>193</sup> Vgl. zum Begriff und Umfang des «bewaffneten Konflikts» die gemeinsamen Artikel 2 und 3 der Genfer Konventionen von 1949; Art. 1 des ZP I von 1977; ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Milomir Stakic*, IT-97-24-T, Urteil vom 31. Juli 2003, § 568; IStGH-Botschaft, BBI 2001 522.

<sup>194</sup> Vgl. auch die entsprechenden Absätze zu Art. 8 des Römer Statuts in den «Verbrechens-elementen» des IStGH (vgl. 1.1.2.4).

<sup>195</sup> Vgl. Schweizerisches Militärkassationsgericht, Urteil vom 27. April 2001, Rechtssache *Fulgence Niyonteze*, Erw. 9b), S. 39 ff.

<sup>196</sup> Vgl. ICTY, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Naletilic und Martinovic*, IT-98-34-T, Urteil vom 31. März 2003, § 177.

<sup>197</sup> Vgl. ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Tadic, Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, IT-94-1-AR72, Entscheidung vom 2. Okt. 1995, §§ 119 ff. Vgl. die Ausführungen zu Art. 264*h*.

Seit Ende des Zweiten Weltkriegs war die grosse Mehrzahl der bewaffneten Konflikte innerstaatlicher Art. Trennlinie in diesen Fällen ist oft nicht die Nationalität, sondern die unterschiedliche ethnische, kulturelle, religiöse oder andere Gruppenzugehörigkeit. Das Römer Statut nahm die bereits vor 1998 stark fortgeschrittene und weiter zunehmende völkergewohnheitsrechtliche Angleichung des in internen Konflikten anwendbaren Rechts an jenes der internationalen Konflikte nur teilweise auf. Der Katalog des Römer Statuts der Kriegsverbrechen für internationale Konflikte ist erheblich länger als für interne Konflikte. Diese Differenzierung ist darauf zurückzuführen, dass das auf innerstaatliche Konflikte anwendbare humanitäre Völkerrecht später entwickelt worden ist und dessen völkergewohnheitsrechtliche Geltung bei der Ausarbeitung des Statuts noch nicht im gleichen Umfang anerkannt war wie das Recht des internationalen bewaffneten Konflikts. Das Völkergewohnheitsrecht in Bezug auf innerstaatliche Konflikte ist mittlerweile jedoch weiter fortgeschritten.

Das vorliegende Gesetz folgt daher dort nicht der Konzeption des Römer Statuts, wo neuere Vertragsregeln<sup>198</sup>, das Gewohnheitsrecht oder die internationale Gerichtspraxis eine weitergehende Strafbarkeit von Kriegsverbrechen auch in innerstaatlichen Konflikten vorsehen<sup>199</sup>. Ausnahmen vom Grundsatz der rechtlichen Gleichbehandlung internationaler und innerstaatlicher bewaffneter Konflikte bestehen nur dann, wenn eine Strafbestimmung ihrer Natur nach nicht in innerstaatlichen Konflikten anwendbar ist. So kann etwa eine Bestimmung in Bezug auf Kriegsgefangene in einem innerstaatlichen Konflikt nicht angewandt werden, da es begrifflich in einem innerstaatlichen Konflikt keine Kriegsgefangenen gibt<sup>200</sup>. Als weitere Ausnahme ist auch die Überführung der eigenen Zivilbevölkerung in das besetzte Gebiet durch einen Angehörigen der Besetzungsmacht<sup>201</sup> zu nennen. Ausnahmen sind jedoch eng auszulegen, damit das Hauptanliegen des humanitären Völkerrechts weitmöglichst zur Geltung kommt, nämlich die Auswirkungen auch von innerstaatlichen Konflikten insbesondere auf die Zivilbevölkerung zu mildern und die Kombattanten vor übermässigen Leiden zu bewahren.

Die Gleichstellung von internationalem und innerstaatlichem Konflikt berücksichtigt überdies die Entwicklung, dass der internationale oder nicht internationale Charakter heutiger Konflikte mit vielen unterschiedlichen Akteuren häufig nur schwer zu eruieren ist. So hat sich beispielsweise in der Rechtsprechung des *Ad-hoc*-Tribunals für das ehemalige Jugoslawien der internationale Charakter des Konflikts erst dadurch ergeben, dass die im Innern des Territoriums Bosnien-Herzegowinas aktiven Truppenverbände der bosnischen Serben in einem Mass durch die Bundes-

<sup>198</sup> Vgl. z.B. die Änderung von Art. 1 des Übereinkommens vom 10. Okt. 1980 über das Verbot oder die Beschränkung des Einsatzes bestimmter konventioneller Waffen, die übermässige Leiden verursachen oder unterschiedslos wirken können, vom 21. Dez. 2001 sowie die entsprechende Botschaft vom 16. Apr. 2003, BBl **2003** 3575, das Übereinkommen vom 18. September 1997 über das Verbot des Einsatzes, der Lagerung, der Herstellung und der Weitergabe von Anti-Personenminen und über deren Vernichtung («Ottawavertrag»), Botschaft vom 19. Januar 1998, BBl **1998** 679; von der Schweiz am 24. März 1998 ratifiziert und für die Schweiz am 1. März 1999 in Kraft getreten, sowie das Zweite Protokoll von 26. März 1999 zum Haager Abkommen von 1954 für den Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten, Botschaft vom 20. August 2003, BBl **2003** 6091.

<sup>199</sup> Dies entspricht im Übrigen auch der Konzeption des neuen deutschen Völkerstrafgesetzbuchs vom 26. Juni 2002 (BGBl. I, 2254).

<sup>200</sup> Z.B. die ungerechtfertigte Verzögerung bei der Heimshaftung von Kriegsgefangenen nach Beendigung der aktiven Feindseligkeiten (vgl. Art. 85 Abs. 4 Bst. b ZP I).

<sup>201</sup> Vgl. Art. 85 Abs. 4 Bst. a ZP I.

republik Jugoslawien kontrolliert wurden, dass die von ihren Mitgliedern begangenen Kriegsverbrechen der Bundesrepublik Jugoslawien zuzurechnen waren<sup>202</sup>. Dasselbe galt auch für die Zurechnung der Handlungen der Truppen der bosnischen Kroaten an Kroatien<sup>203</sup>. Durch den Verzicht auf die Differenzierung zwischen internationalen und innerstaatlichen Konflikten als Kriterium für die Strafbarkeit im Gesetz wird die Ausbildung der Soldaten, die Verbreitung und die Respektierung des humanitären Völkerrechts erleichtert.

Die geltende Regelung in Artikel 108 Absatz 1 MStG, welche Neutralitätsverletzungen bzw. deren gewaltsame Zurückweisung bewaffneten Konflikten gleichstellt, wird an dieser Stelle nicht übernommen. Neutralitätsverletzungen, die mit Waffengewalt erfolgen und denen mit Waffengewalt begegnet wird, stellen bewaffnete Konflikte im Sinne des humanitären Völkerrechts dar. Eine Unterstellung entsprechender Verletzungen ohne Gewaltanwendung unter das Kriegsvölkerrecht hingegen wäre sinnwidrig und würde den Anwendungsbereich der vorliegenden Bestimmungen zu stark ausweiten.

#### *Art. 264c* Schwere Verletzungen der Genfer Konventionen

Artikel 264c gibt den Katalog der sogenannten «schweren Verletzungen» der vier Genfer Abkommen vom 12. August 1949 wieder<sup>204</sup>. Dazu zählen unter anderem vorsätzliche Tötung, Folter und unmenschliche Behandlung, unverhältnismässige Zerstörung oder Aneignung von zivilen Gütern, Zwangsrekrutierung von Kriegsgefangenen, Verweigerung eines fairen Verfahrens<sup>205</sup>, Vertreibungen und Überführungen<sup>206</sup> sowie Geiselnahmen<sup>207</sup>. Die «schweren Verletzungen» sind als Kriegsverbrechen strafbar, wenn sie in einem internationalen bewaffneten Konflikt oder in besetzten Gebieten gegen die jeweils geschützten Personenkategorien begangen werden<sup>208</sup>. Der Kreis der geschützten Personen ist je nach Abkommen unterschiedlich:

<sup>202</sup> ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, Urteil vom 15. Juli 1999, §§ 68–171.

<sup>203</sup> ICTY, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, IT-95-14-T, Urteil vom 3. März 2000, §§ 95 ff.

<sup>204</sup> Vgl. die jeweiligen Tatbestände in Art. 50 GA I, Art. 51 GA II, Art. 130 GA III und Art. 147 GA IV.

<sup>205</sup> Der vorsätzliche Entzug des Rechts einer geschützten Person auf ein unparteiisches und ordentliches Gerichtsverfahren (Art. 264c Abs. 1 Bst. g), wie es nach dem III. und IV. Genfer Abkommen sowie nach Art. 8 Abs. 2 Bst. a Ziff. vi des Römer Statuts als Kriegsverbrechen zu ahnden ist, wird durch Art. 8 Abs. 2 Bst. c Ziff. iv des Römer Statuts konkretisiert. Demnach gelten ebenfalls als Kriegsverbrechen insbesondere Verurteilungen und Hinrichtungen, welche ohne vorhergehendes Urteil eines ordentlich bestellten Gerichts, das die allgemein als unerlässlich anerkannten Rechtsgarantien bietet, verhängt oder vollstreckt werden.

<sup>206</sup> Die Vertreibung oder Überführung (Art. 264c Abs. 1 Bst. f) stellt einen Verletzung des IV. Genfer Abkommens dar, wenn eine geschützte Person in einen anderen Staat oder in ein anderes Gebiet innerhalb desselben Staates oder innerhalb eines besetzten Gebietes vertrieben oder zwangsweise umgesiedelt wird.

<sup>207</sup> Für eine nähere Erläuterung des Inhalts der «schweren Verletzungen» wird auf die IStGH-Botschaft, BBl 2001 525 f. verwiesen.

<sup>208</sup> Art. 12, 13 und 24–27 GA I; Art. 12–13 und 36–37 GA II; Art. 4 und 33 GA III, Art. 4 und 13 GA IV.

- Nach dem I. Genfer Abkommen werden in erster Linie verwundete und kranke Militärangehörige sowie das Sanitäts- und Seelsorgepersonal geschützt.
- Das I. Genfer Abkommen ergänzt diese Kategorien um schiffbrüchige Mitglieder der Streitkräfte.
- Das III. Genfer Abkommen schützt Kriegsgefangene und diesen gleichgestellte Personen.
- Das IV. Genfer Abkommen schützt Zivilpersonen in der Gewalt der Gegenpartei, deren Nationalität sie nicht besitzen<sup>209</sup>, sowie staatenlose Personen.

In jüngster Zeit wurde in der Rechtsprechung und Doktrin die Frage kontrovers diskutiert, ob die Tatbestände der «schweren Verletzungen» gemäss Genfer Abkommen auch in bewaffneten Konflikten zur Anwendung kommen sollen, die keinen internationalen Charakter aufweisen. Eine inhaltliche Betrachtung der «schweren Verletzungen» schliesst diese Auslegung nicht aus, sind diese Verbrechen doch auch in innerstaatlichen Konflikten auf der Basis des Völkergewohnheitsrechts, wie es insbesondere im gemeinsamen Artikel 3 aller vier Genfer Abkommen sowie in Artikel 4 Absatz 2 und Artikel 17 ZP II zum Ausdruck kommt, von den Staaten als schwere Verstösse gegen das humanitäre Völkerrecht strafrechtlich zu verfolgen. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass eine formelle Anwendung der Bestimmungen über die «schweren Verletzungen» in innerstaatlichen Konflikten durch den historisch bedingten Wortlaut der Genfer Abkommen nicht gedeckt ist<sup>210</sup>, weil bei ihrer Ausarbeitung im Jahre 1949 eine Ausweitung auf innerstaatliche Konflikte als unzulässige Einmischung in die inneren Angelegenheiten der Staaten verstanden worden wäre. Weiter ist in Betracht zu ziehen, dass einzelne der «schweren Verletzungen» aufgrund ihrer Natur nicht vollständig auf innerstaatliche Konflikte übertragbar sind. Während es beispielsweise einem Staat nach den Genfer Abkommen verboten ist, Kriegsgefangene oder die Zivilbevölkerung in besetzten Gebieten zur Dienstleistung in seinen Streitkräften zu nötigen, hat er auf seinem eigenen Hoheitsgebiet das Recht, seine eigenen Staatsangehörigen für seine Streitkräfte zu rekrutieren.

Aufgrund der gegenwärtigen internationalen Rechtsüberzeugung und Praxis über den Geltungsbereich der «schweren Verletzungen» der Genfer Abkommen von 1949 sollte Artikel 264c nicht automatisch auch bezüglich innerstaatlicher bewaffneter Konflikte Geltung erlangen. Es muss daher eine von Artikel 264b abweichende Regelung des Anwendungsbereichs vorgenommen werden. Nach Absatz 2 von Artikel 264c sind die Tatbestände von Absatz 1 in einem innerstaatlichen bewaffneten Konflikt nur dann anwendbar, sofern sie sich gegen eine nach dem humanitären

<sup>209</sup> Strafbar sind jedoch auch Kriegsverbrechen, wenn Täter und Opfer die gleiche Nationalität besitzen, die Opfer jedoch den Schutz ihres Heimatstaates bzw. der Konfliktpartei, in deren Händen sie sich befinden, nicht mehr geniessen (z.B. ethnische Minderheiten); vgl. ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, Urteil vom 15. Juli 1999, §§ 164 ff.; bestätigt in ICTY, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Naletilic und Martinovic*, IT-98-34-T, Urteil vom 31. März 2003, § 207.

<sup>210</sup> Vgl. auch ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Tadic, Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, IT-94-1-AR72, Entscheidung vom 2. Okt. 1995, §§ 80 ff.

Völkerrecht zu schützende Person<sup>211</sup> oder gegen zu schützendes Gut richten. Es handelt sich dabei nicht um eine mechanische Übertragung des Begriffs der «schweren Verletzungen» auf Situationen innerstaatlicher bewaffneter Konflikte. Vielmehr ist es die Essenz dieser in internationalen Konflikten strafbaren «schweren Verletzungen», welche aus humanitären Gründen auch in innerstaatlichen Konflikten gilt<sup>212</sup> und die auch im gemeinsamen Artikel 3 der vier GA sowie Artikel 4 Absatz 2 und Artikel 17 ZP II enthalten sind.

#### *Art. 264d–264j*    Andere Kriegsverbrechen

Die in den Artikel 264d–264j enthaltenen Verbrechenstatbestände haben ihre völkerrechtliche Grundlage insbesondere in den «Haager Abkommen und Erklärungen» von 1899 und 1907, in den vier Genfer Abkommen vom 12. August 1949 und in deren zwei Zusatzprotokollen vom 8. Juni 1977 sowie im Völkergewohnheitsrecht. Das völkergewohnheitsrechtliche Verbot von Kriegsverbrechen ist insbesondere in innerstaatlichen bewaffneten Konflikten von Bedeutung, weil verschiedene der genannten Abkommen die Anwendung ihrer Bestimmungen in innerstaatlichen Konflikten noch nicht vorgesehen hatten. Im Unterschied zu Artikel 264c gelten nicht nur Zivilisten und Personen, die nicht mehr an den Feindseligkeiten teilnehmen, als Schutzobjekt. Vielmehr schützen einzelne der genannten Bestimmungen auch Kombattanten, die sich weder ergeben haben noch ausser Gefecht befinden.

Die nachfolgende Gliederung erfolgt in verschiedenen Verbrechenkategorien anhand der geschützten Rechtsgüter beziehungsweise der Art der Verletzungshandlungen:

- Angriffe gegen zivile Personen und Objekte (Art. 264d)
- Ungerechtfertigte medizinische Behandlung, Verstösse gegen die sexuelle Selbstbestimmung und die Menschenwürde (Art. 264e)
- Rekrutierung und Verwendung von Kindersoldaten (Art. 264f)
- Verbotene Methoden der Kriegführung (Art. 264g)
- Einsatz verbotener Waffen (Art. 264h)
- Bruch eines Waffenstillstandes oder des Friedens, Vergehen gegen einen Parlamentär, verzögerte Heimschaffung von Kriegsgefangenen (Art. 264i)
- Andere Verstösse gegen das humanitäre Völkerrecht (Art. 264j)

<sup>211</sup> Hierzu gehören die Angehörigen der Streitkräfte und die feindlichen Kombattanten, welche die Waffen gestreckt haben oder die durch Krankheit, Verwundung, Gefangennahme oder eine andere Ursache ausser Gefecht (*«hors de combat»*) gesetzt wurden, sowie die Mitglieder der Zivilbevölkerung und medizinisches und religiöses Personal, welche nicht unmittelbar an den Feindseligkeiten teilnehmen.

<sup>212</sup> Vgl. ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Tadic, Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, IT-94-1-AR72, Entscheidung vom 2. Okt. 1995, § 126.

Oberstes Gebot im Krieg ist der Schutz der Zivilbevölkerung und anderer Personen, welche selbst nicht direkt am bewaffneten Konflikt beteiligt sind. Ebenfalls zu schützen sind zivile Objekte, welche nicht für militärische Zwecke verwendet werden. Absichtliche Angriffe gegen die Zivilbevölkerung (Art. 264d Abs. 1 Bst. a ) und zivile Objekte (Art. 264d Abs. 1 Bst. c) gelten als Kriegsverbrechen. Ein Angriff gegen die Zivilbevölkerung und zivile Objekte kann auch nicht durch die Berufung auf Repressalien gerechtfertigt werden. Solche sind kraft Völkergewohnheitsrecht unzulässig<sup>213</sup>. Bei diesen Tatbeständen (sowie nachfolgend auch bei Art. 264d Abs. 1 Bst. b ) handelt es sich aufgrund der entsprechenden Artikel des Römer Statuts (Art. 8 Abs. 2 Bst. b Ziff. i und ii) sowie der dazugehörigen «Verbrechenselemente» nicht um ein Erfolgs-, sondern um ein Gefährdungsdelikt. Die strafbare Handlung liegt nicht in der Schädigung von Zivilpersonen oder zivilen Objekten, sondern im In-Gang-Setzen eines Angriffs. Der gegen die Zivilbevölkerung oder zivile Objekte ausgeführte, aber fehlgeschlagene Angriff stellt somit nicht lediglich einen Versuch, sondern ein vollendetes Kriegsverbrechen dar.

Als besondere Ausprägung dieses absoluten Schutzes der Zivilbevölkerung und von zivilen Objekten vor absichtlichen Angriffen besteht der Schutz von Personen, Einrichtungen, Material oder Fahrzeugen, die an einer humanitären Hilfsmission oder friedenserhaltenden Mission in Übereinstimmung mit der Charta der Vereinten Nationen beteiligt sind (Art. 264d Abs. 1 Bst. b). Die ausdrückliche Bezeichnung solcher Angriffe als Kriegsverbrechen, welche erstmals durch das Römer Statut erfolgte, ist Spiegelbild der besonderen Anfälligkeit, welcher das Personal humanitärer Hilfsmissionen oder friedenserhaltender Missionen ausgesetzt ist. Diese Personen können in vielen Fällen nicht auf den Schutz durch den Staat, auf dessen Hoheitsgebiet sie tätig sind, oder durch den Besetzungsstaat zählen. Ein jüngeres Beispiel ist der Angriff auf das Hauptquartier der UNO im Irak vom 19. August 2003, welcher unter anderem den Tod des Sondergesandten der UNO, Sergio Vieira de Mello, zur Folge hatte. Vom Schutzbereich dieses Artikels sind jene UNO-Missionen ausgenommen, deren Mandat nicht nur die Erhaltung, sondern auch die Durchsetzung des Friedens mit Gewalt beinhaltet oder deren Mission einen derartigen Charakter angenommen hat. Diesen Einheiten kommt Kombattantenstatus zu und sie fallen nicht mehr in die Kategorie der nach humanitärem Völkerrecht geschützten Personen<sup>214</sup>. Der strafrechtliche Schutz erlischt ebenfalls, wenn eine Hilfsmission in das Kampfgeschehen eingreift und kombattant wird.

Weiter gelten nach Artikel 264d Absatz 1 als Kriegsverbrechen der Angriff gegen unverteidigte Siedlungen, Gebäude oder entmilitarisierte Zonen, welche keine militärischen Ziele<sup>215</sup> darstellen (Bst. c). Strafbar ist auch der Angriff gegen Gebäude, Material, Sanitätseinheiten oder deren Fahrzeuge, die in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht ein Schutzzeichen oder eine andere Identifikationsmethode verwenden, welche einen Schutz unter den Genfer Abkommen und ihren Zusatzprotokollen

<sup>213</sup> ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Kupreskic et al.*, IT-95-16, Urteil vom 14. Jan. 2000, § 515 und §§ 527 ff.; vgl. so auch Art. 51 Abs. 6 und Art. 52 Abs. 1 ZP I.

<sup>214</sup> Peace enforcing missions. Diese Unterscheidung macht auch Art. 2 Abs. 2 der Konvention vom 9. Dezember 1994 über die Sicherheit von Personal der Vereinten Nationen und beigeordnetem Personal, die am 15. Jan. 1999 in Kraft getreten ist.

<sup>215</sup> Vgl. Protokoll II in der am 3. Mai 1996 geänderten Fassung zum Übereinkommen vom 10. Oktober 1980 über das Verbot oder die Beschränkung des Einsatzes bestimmter konventioneller Waffen, Art. 2 Ziff. 6, SR **0.515.091.2**.

gewährt. Das Fehlen einer Kennzeichnung dieser Objekte und Personen ist für die Anwendung des Tatbestandes dann nicht entscheidend, wenn der Gegner ihren geschützten Charakter auch ohne die entsprechende Kennzeichnung erkannt hat. Geschützt sind auch Krankenhäuser und Sammelpätze für Kranke und Verwundete. Buchstabe e erfasst Angriffe gegen Kulturgut, das mit dem Schutz von Kulturgut betraute Personal, Transportmittel, welche der Beförderung von Kulturgut dienen, Gebäude, die religiösen Handlungen, der Erziehung, der Wissenschaft, Kunst oder der Wohltätigkeit dienen. In allen Fällen muss es sich um Angriffe handeln, welche vorsätzlich gegen diese Personen oder Objekte geführt werden. Ein entsprechender Tatbestand ist bereits im geltenden Artikel 111 MStG enthalten.

*Art. 264e* Ungerechtfertigte medizinische Behandlung, Verstöße gegen die sexuelle Selbstbestimmung und die Menschenwürde

Strafbar sind nach Artikel 264e Absatz 1 Buchstabe a Angriffe auf die psychische oder physische Integrität, namentlich die Vornahme von Versuchen medizinischer oder wissenschaftlicher Art an durch das humanitäre Völkerrecht geschützten Personen, die weder medizinischen Standards entsprechen noch medizinisch indiziert sind. So ist beispielsweise strafbar, wer eine nicht erforderliche Operation durchführt, die das Opfer dauerhaft entstellt.

Als «allgemein anerkannt» sind medizinische Grundsätze insbesondere dann zu betrachten, wenn sie auch gegenüber der eigenen Bevölkerung unter ähnlichen Umständen angewendet werden. Zu den Grundsätzen zählen, neben der Berücksichtigung gemeinhin geltender Erkenntnisse betreffend Diagnose und Behandlung, insbesondere auch das Prinzip des Handelns im Interesse und mit (mutmasslicher) Zustimmung des Betroffenen<sup>216</sup>.

Absatz 1 Buchstabe b bestraft im Weiteren schwerwiegende Verstöße gegen das sexuelle Selbstbestimmungsrecht. Dazu gehören die Vergewaltigung, die vergewaltigungsähnliche oder andere sexuelle Handlung von vergleichbarer Schwere, die Zwangsprostitution, die erzwungene Schwangerschaft sowie die Zwangssterilisation. Auf Grund der Identität dieser Tatbestände mit jenen im Rahmen der Verbrechen gegen die Menschlichkeit kann auf die dort gemachten Ausführungen verwiesen werden<sup>217</sup>.

Der Verstoss gegen die Menschenwürde, insbesondere eine entwürdigende oder erniedrigende Behandlung (Abs. 1 Bst. c ), ist nach dem humanitären Völkerrecht ausschliesslich dann als Kriegsverbrechen zu qualifizieren, wenn die Schwere der Tat derart gravierend war, dass sie allgemein von jeder vernünftigen Person als schwerwiegender Angriff auf die Menschenwürde anerkannt wird<sup>218</sup>. Bei der Bestimmung der Schwere der Entwürdigung oder Erniedrigung ist ein objektiv-personalisierter Massstab anzuwenden. Das Opfer muss sich seiner entwürdigenden oder erniedrigenden Behandlung nicht zwangsläufig bewusst werden. Nicht jede Empfindlichkeit einer Person verdient strafrechtlichen Schutz; unter anderem ist der kulturelle Hintergrund des Opfers zu berücksichtigen. Auf jeden Fall ist die Menschenwürde dann verletzt, wenn einer Person ihre Qualität als Mensch schlechthin

<sup>216</sup> Vgl. Roy S. Lee (Hrsg.): *The International Criminal Court: elements of crimes and rules of procedure and evidence*, Ardsley, 2001, S. 164.

<sup>217</sup> Ziff. 2.1.4.2

<sup>218</sup> Vgl. ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Kunarac et al.*, IT-96-23 und IT-96-23/1-A, Urteil vom 12. Juni 2002, §§ 161 f.

abgesprochen wird<sup>219</sup>. In der Rechtsprechung des Ad-hoc-Tribunals für das ehemalige Jugoslawien wurden unter anderem der Zwang gegenüber Gefangenen, nackt auf Tischen zu tanzen oder die Notdurft in ihre Kleider zu verrichten, als Verstoß gegen die Menschenwürde bezeichnet.

#### *Art. 264f* Rekrutierung und Verwendung von Kindersoldaten

Eines Kriegsverbrechens nach Artikel 264f macht sich strafbar, wer Kinder unter 15 Jahren für Streitkräfte oder bewaffnete Gruppen rekrutiert, in diese eingliedert oder zur aktiven Teilnahme an bewaffneten Konflikten oder zur aktiven Unterstützung der am Konflikt beteiligten Truppen verwendet. Der Täter ist auch strafbar, wenn er von einer Überprüfung des Alters absah und in Kauf nahm, dass die rekrutierten Kinder noch nicht 15 Jahre alt waren.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Schweiz anlässlich der Ratifikation des Fakultativprotokolls zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend die Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten<sup>220</sup> erklärt hat, dass das Mindestalter für die Rekrutierung von Freiwilligen in ihre nationalen Streitkräfte 18 Jahre beträgt. Entsprechend wurde auch die Schweizer Rechtsordnung angepasst<sup>221</sup>. Eine Erhöhung des Mindestalters auch im Tatbestand des entsprechenden Kriegsverbrechens erscheint zwar wünschenswert, allerdings ist im heutigen Zeitpunkt davon auszugehen, dass dieses höhere Mindestalter noch nicht den Stand von Völkergewohnheitsrecht erreicht hat. Die Durchsetzung des Schutzalters 18 in einem schweizerischen Strafverfahren für Rekrutierungen von Kindern im Ausland lässt sich deshalb auf der Grundlage des Universalitätsprinzips noch nicht verwirklichen. Vorderhand ist der Tatbestand deshalb nach Massgabe des allgemein anerkannten tieferen Mindestalters in Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe b Ziff. xxvi des Römer Statuts zu formulieren.

Das gesetzlich verankerte Strafminimum kann in weniger schweren Fällen gerechtfertigt sein und Anwendung finden, wo ein Kind nicht in Kampfhandlungen involviert, sondern punktuell, beispielsweise im rückwärtigen Inneren Dienst oder als Meldeläufer, eingesetzt wird.

#### *Art. 264g* Verbotene Methoden der Kriegführung

Gemäss Artikel 264g Absatz 1 Buchstabe a gilt ein Angriff als Kriegsverbrechen, wenn der Täter weiss oder annehmen muss, dass der Angriff den Tod oder die Verwundung von Zivilpersonen, die Beschädigung ziviler Objekte oder weitreichende, langfristige und schwere Schäden an der natürlichen Umwelt verursachen wird, die in keinem Verhältnis zum erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil stehen. Diese Bestimmung gilt auf der Grundlage des Zusatzprotokolls I von 1977<sup>222</sup> insbesondere auch in innerstaatlichen bewaffneten Konflikten.

<sup>219</sup> Botschaft vom 2. März 1992 über den Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und über die entsprechende Strafrechtsrevision, BBl 1992 III 314.

<sup>220</sup> SR 0.107.1. Das Fakultativprotokoll ist für die Schweiz am 26. Juli 2002 in Kraft getreten.

<sup>221</sup> Vgl. Art. 7 Abs. 2 des Militärgesetzes (SR 510.10), Art. 8 der Verordnung über die Rekrutierung (SR 511.11), Art. 45 Verordnung über die Militärdienstplicht (SR 512.21).

<sup>222</sup> SR 0.518.521. Vgl. Art. 35 Ziff. 3, Art. 51 Ziff. 4 und 5, Art. 55 Ziff. 1 sowie Art. 85 Ziff. 3 Bst. b und c ZP I.

Im Unterschied zu Artikel 264d Absatz 1 ist der Angriff nach Artikel 264g nicht absichtlich gegen Zivilpersonen oder zivile Objekte gerichtet, sondern der Täter wird dafür bestraft, dass er ein militärisches Ziel angreifen will, obwohl er weiss oder annehmen muss, dass durch diesen Angriff Zivilpersonen, zivile Objekte oder die Umwelt in unverhältnismässiger Weise Schaden nehmen können (sog. «Kollateralschäden» bei unterschiedslos wirkenden Angriffen). Strafbar ist in diesem Zusammenhang auch ein Angriff gegen Anlagen und Einrichtungen, welche gefährliche Kräfte enthalten und deren Freisetzung Zivilpersonen, zivile Objekte oder die Umwelt in unverhältnismässiger Weise schädigen würde<sup>223</sup>.

Subjektiv muss der Täter im Zeitpunkt des Angriffs Kenntnis von den Tatsachen haben, welche das Missverhältnis zwischen den zu erwartenden zivilen Schäden und dem militärischen Vorteil begründen<sup>224</sup>. Eine falsche Einschätzung aufgrund der objektiv hinreichend vorhandenen Informationen, ob ein Angriff verhältnismässig ist oder nicht, schliesst den Vorsatz jedoch nicht von vornherein aus, sondern beurteilt sich nach den allgemeinen Irrtumsregeln.

Das Kriegsverbrechen der Verlegung von Zivilpersonen oder die Ausnutzung von deren Anwesenheit, um Kampfhandlungen von gewissen Punkten, Gebieten oder Streitkräften fernzuhalten (Abs. 1 Bst. b), betrifft das sogenannte Verbot «menschlicher Schutzschilde». Der Täter macht sich nicht nur strafbar, wenn er die Anwesenheit geschützter Personen, beispielsweise Zivilisten, ausnutzt, sondern auch, wenn er diese Person zu diesem Zweck eigens an einen anderen Ort verlegt. Erfasst wird durch diesen Tatbestand aber auch die umgekehrte Vorgehensweise, wenn militärische Einheiten oder Ausrüstungsgegenstände absichtlich in die Nähe von Zivilisten oder anderer geschützter Personen gebracht werden (z.B. in die Nähe von Flüchtlingskonvois), damit sie dort vor Angriffen geschützt wären. Tatbestandsmässig ist im Weiteren nicht nur die Verwendung eines menschlichen Schutzschildes zum Schutz eines militärischen Ziels vor Angriffen, sondern auch der Missbrauch der Anwesenheit von Zivilpersonen zum Schutz, zur Begünstigung oder zur Behinderung von Kampfhandlungen<sup>225</sup>.

Der Tatbestand der Plünderung (Art. 264g Abs. 1 Bst. c) schützt privates sowie öffentliches Eigentum. Strafbar sind nicht nur individuelle Aktionen einzelner Soldaten, sondern auch die Beschlagnahme von Eigentum im Rahmen einer systematischen ökonomischen Ausbeutung besetzter Gebiete<sup>226</sup>. Strafbar sind nur Plünderungen für den privaten oder persönlichen Gebrauch; die Aneignung von fremdem Eigentum, welche durch die Erfordernisse des bewaffneten Konflikts gerechtfertigt ist, ist zulässig. Der Tatbestand der Plünderung ist bereits nach Artikel 139 des geltenden MStG strafbar und findet in Kriegszeiten auch auf Personen nicht schweizerischer Nationalität Anwendung<sup>227</sup>. Unter den neuen Tatbestand fällt auch der

<sup>223</sup> Vgl. Art. 85 Abs. 3 Bst. c ZP I.

<sup>224</sup> Der schweizerische Vorbehalt zu Art. 57 ZP I sieht ebenfalls eine Anknüpfung an das Wissen des Täters im Zeitpunkt des Angriffs vor. Die Beschränkung der Verantwortlichkeit auf höherrangige militärische Vorgesetzte ist so zu interpretieren, dass sie mit den Verpflichtungen der Schweiz aus dem Römer Statut kompatibel ist. Zurzeit wird ein Rückzug des Vorbehalts geprüft.

<sup>225</sup> Vgl. Ziff. 2 von Art. 8 Abs. 2 Bst. xxiii der «Verbrechenselemente» des IStGH (vgl. 1.1.2.4).

<sup>226</sup> Vgl. ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esad Landzo*, IT-96-21-T, Urteil vom 16. Nov. 1998, §§ 587 ff.

<sup>227</sup> Art. 5 MStG; vgl. hierzu auch Kurt Hauri, *Kommentar zum Militärstrafgesetz*, Bern 1983, Art. 140, S. 406 N. 4.

sogenannte «Kriegsraub» an Verwundeten, Kranken oder Toten auf dem Schlachtfeld, wie er bereits nach Artikel 140 des geltenden MStG strafbar ist. Die weitere Tatbestandsvariante von Artikel 140 MStG sowie der entsprechende Tatbestand des geltenden Artikel 112 Absatz 2 MStG, die Verstümmelung von Gefallenen, wird durch Artikel 264g Absatz 1 Buchstabe e erfasst.

Als verbotene Methode der Kriegführung ist auch die Aushungerung von Zivilpersonen strafbar (wiederum Art. 264g Abs. 1 Bst. c ). Dabei ist der Begriff des «Aushungerens» – im Sinne von Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe b Ziffer xxv des Römer Statuts – nicht nur im wörtlichen Sinn zu verstehen. Vielmehr gilt er im Sinne eines Konzepts, welches das Vorenthalten der für die Bevölkerung lebensnotwendigen Güter wie beispielsweise Medikamente oder die Behinderung von Hilfslieferungen, wie sie im humanitären Völkerrecht vorgesehen sind<sup>228</sup>, erfasst. Dabei ist es zur Erfüllung des Tatbestands nicht notwendig, dass in Folge solcher Aushungerungsaktionen Personen sterben.

Nach Artikel 264g Absatz 1 Buchstabe d ist strafbar, wer einen gegnerischen Kombattanten tötet oder verwundet, der sich ausser Gefecht (*«hors de combat»*) befindet und sich beispielsweise ergeben hat. Dazu gehören auch Kombattanten, die verwundet sind, sowie Kriegsgefangene. Ein entsprechender Tatbestand ist bereits im geltenden Artikel 112 Absatz 1 MStG enthalten. Das Kriegsverbrechen der meuchlerischen oder heimtückischen Tötung oder Verwundung (ebenfalls Abs. 1 Bst. d) erfasst Handlungen, durch die ein Gegner auf perfide Weise dazu verleitet werden soll, sich auf den Schutz des humanitären Völkerrechts zu verlassen. Der besondere Unrechtsgehalt dieses Verbrechens liegt darin, dass durch den Missbrauch der Schutznormen des humanitären Völkerrechts künftig das erhöhte Risiko besteht, dass diese auch durch die gegnerische Seite nicht mehr beachtet werden. Nicht verboten werden hingegen sogenannte «Kriegslisten», die einen Gegner irreführen oder ihn zu unvorsichtigem Handeln veranlassen sollen, die aber keine Regeln des humanitären Völkerrechts verletzen und nicht heimtückisch sind, weil sie den Gegner nicht verleiten sollen, auf den sich aus diesem Recht ergebenden Schutz zu vertrauen<sup>229</sup>.

Das Kriegsverbrechen der Verweigerung des Pardons (Art. 264g Abs. 1 Bst. f) sanktioniert das Verbot, den Befehl zu erteilen, niemanden am Leben zu lassen, oder dies dem Gegner anzudrohen.

Nach Absatz 1 Buchstabe g ist strafbar, wer die Parlamentärflagge, die Flagge, die militärischen Abzeichen oder Uniformen des Feindes oder der Vereinten Nationen, die Schutzzeichen der Genfer Abkommen und ihrer Protokolle (z.B. Rotes Kreuz und Roter Halbmond, Schutzzeichen für Kulturgut) sowie andere Schutzzeichen und -methoden des humanitären Völkerrechts missbraucht. Ein entsprechender Tatbestand ist bereits im geltenden Artikel 110 MStG enthalten. In all diesen Fällen besteht die Absicht des Täters darin, das Vertrauen des Feindes in diese Zeichen und Embleme zu missbrauchen, um dadurch feindselige Akte zu begehen. In Übereinstimmung mit dem geltenden Artikel 110 MStG, aber im Unterschied zu den entsprechenden Bestimmungen des Römer Statuts und des ZP I ist jede rechtswidrige Verwendung dieser Schutzzeichen, Flaggen und Uniformen an sich bereits als Verletzung des humanitären Völkerrechts verboten. Die Strafbarkeit wird nicht

<sup>228</sup> Vgl. auch Art. 54 ZP I.

<sup>229</sup> Als Beispiele für zulässige Kriegslisten nennt Art. 37 Ziff. 2 ZP I folgende Handlungen: Tarnung, Scheinstellungen, Scheinoperationen und irreführende Informationen.

daran geknüpft, dass dadurch der Tod oder die Verletzung eines Menschen eintritt. Bereits der Missbrauch solcher Schutzzeichen birgt die Gefahr, dass diese künftig nicht mehr beachtet werden. Wird durch den Missbrauch solcher Zeichen und Embleme ein Mensch getötet oder verwundet, wird dieser Tatbestand durch Artikel 264g Absatz 1 Buchstabe d konsumiert.

Nach Artikel 264g Absatz 1 Buchstabe h macht sich strafbar, wer als Angehöriger einer Besatzungsmacht einen Teil ihrer Zivilbevölkerung in das von ihr besetzte Gebiet überführt. Dieses Verbot will insbesondere Kolonisierungen besetzter Gebiete verhindern, welche für die angestammte Bevölkerung existenzielle Konsequenzen haben kann.

#### *Art. 264h* Einsatz verbotener Waffen

Der Tatbestand der Verwendung von Gift oder vergifteten Waffen (Art. 264h Abs. 1 Bst. a) betrifft Substanzen oder Waffen, die als Folge ihres Gebrauchs solche Substanzen freisetzen.

Ein weiteres Kriegsverbrechen stellt nach Absatz 1 Buchstabe b die Verwendung von biologischen und chemischen Waffen dar, einschliesslich erstickender oder giftiger Gase, Flüssigkeiten und Stoffe<sup>230</sup>. Das Verbot des Einsatzes solcher Massenvernichtungswaffen beruht auf den grundlegenden Prinzipien des humanitären Völkerrechts, nach welchen es rechtswidrig ist, Waffen sowie Mittel und Methoden der Kriegführung einzusetzen, welche aufgrund ihrer Wirkkraft keinen Unterschied zwischen Zivilisten und Kombattanten machen können, überflüssige Verletzungen und unnötiges Leiden hervorrufen oder langandauernde und schwere Schäden an der Umwelt verursachen können. Das Römer Statut enthält zwar kein umfassendes Verbot des Einsatzes von biologischen oder chemischen Waffen<sup>231</sup>. Hintergrund dieser Lücke bildete die im Zeitpunkt der Verabschiedung des Römer Statuts nicht bezulegende Kontroverse zwischen den Atommächten einerseits, welche nur den Einsatz biologischer und chemischer Waffen kriminalisieren wollten, und einer Gruppe von andern Staaten, welche zwar für ein strafrechtliches Verbot des Einsatzes von Atomwaffen waren, sich jedoch die Möglichkeit vorbehalten wollten, im Kriegsfall auf einen Einsatz von atomaren Waffen mit biologischen und chemischen Waffen reagieren zu können. Um das Römer Statut als Ganzes nicht zu gefährden, bestand der Kompromiss darin, auf die Aufnahme eines ausdrücklichen Verbots von sog. «ABC-Waffen» zu verzichten. Der Einsatz von biologi-

<sup>230</sup> Nicht unter diesen Tatbestand fällt hingegen die Verwendung von toxischen Chemikalien und ihrer Vorprodukte, wie beispielsweise Reizgase, Tränengas oder Pfefferspray, die nicht als Mittel der Kriegführung, sondern bei Polizeieinsätzen oder polizeiähnlichen Einsätzen zum Zwecke der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung im Rahmen von friedenserhaltenden Missionen erfolgt. Der Einsatz solcher Reizgase als Mittel der Kriegführung ist hingegen verboten (vgl. zum Ganzen das Übereinkommen vom 13. Jan. 1993 über das Verbot der Entwicklung, Herstellung, Lagerung und des Einsatzes chemischer Waffen und über die Vernichtung solcher Waffen, SR **0.515.08**, und den Kommentar zu Art. 42 der 3. Genfer Konvention, Commentaire, III La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, CICR, Jean S. Pictet, Genf 1958, S. 262).

<sup>231</sup> Art. 8 Abs. 2 Bst. b Ziff. xviii erfasst lediglich Tatbestände des Genfer Gas-Protokolls von 1925, SR **0.515.105**.

schen und chemischen Waffen wird aber durch einschlägige internationale Übereinkommen verboten<sup>232, 233</sup>.

Der Tatbestand der Verwendung verbotener Geschosse in bewaffneten Konflikten (Art. 264h Abs. 1 Bst. c) betrifft Geschosse, die sich im menschlichen Körper leicht ausdehnen oder flachdrücken und damit unnötige Leiden verursachen (sog. «Dummgeschosse»). Der Bundesrat hat in diesem Zusammenhang die Annahme der Motion Perrin vom 22. März 2006<sup>234</sup> beantragt. Der Motionär führt insbesondere aus, dass sich das völkerrechtliche Verbot solcher Munition auf bewaffnete Konflikte beschränkt und somit eine Verwendung im innerstaatlichen Polizeieinsatz nicht ausgeschlossen sei. Im Rahmen des Bundesgesetzes über die Anwendung von polizeilichem Zwang und polizeilichen Massnahmen<sup>235</sup> soll, in Zusammenarbeit mit den Kantonen, der Einsatz von Schusswaffen und der entsprechenden Munition durch die Organe des Bundes differenziert festgelegt werden. Es werden geeignete Typen leicht deformierender Munition für den ordentlichen Polizeieinsatz bestimmt, welche die notwendigen Voraussetzungen hinsichtlich der Völkerrechtskonformität in Verbindung mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip erfüllen. Am 18. Januar 2006 hat der Bundesrat den Gesetzesentwurf und die entsprechende Botschaft verabschiedet. Seit der St. Petersburger Erklärung von 1868 ist der Gebrauch von Munition gegen Personen, die im Körper des Menschen explodieren, ebenfalls verboten. Mittlerweile hat dieses Verbot völkergewohnheitsrechtliche Geltung<sup>236</sup>. Durch diese Ergänzung von Artikel 264h Absatz 1 Buchstabe c (dasselbe gilt auch bezüglich der nachfolgenden Buchstaben d und e) lässt sich bei der Schaffung neuer Strafbestimmungen über Kriegsverbrechen die Fortentwicklung des humanitären Völkergewohnheitsrechts im Bereich von verbotenen Waffen mit berücksichtigen.

Der einzige Artikel des Zusatzprotokolls I vom 10. Oktober 1980 zum Übereinkommen des gleichen Datums über das Verbot oder die Beschränkung des Einsatzes bestimmter konventioneller Waffen, die übermässige Leiden verursachen oder unterschiedslos wirken können, verbietet es, eine Waffe zu verwenden, deren Hauptwirkung darin besteht, durch Splitter zu verletzen, die im menschlichen Körper durch Röntgenstrahlen nicht entdeckt werden können<sup>237</sup>. Auch dieses Verbot hat

232 Siehe Übereinkommen vom 10. April 1972 über das Verbot der Entwicklung, Herstellung und Lagerung bakteriologischer (biologischer) Waffen und von Toxinwaffen sowie über die Vernichtung solcher Waffen (SR **0.515.07**) und Übereinkommen vom 13. Jan. 1993 über das Verbot der Entwicklung, Herstellung, Lagerung und des Einsatzes chemischer Waffen und über die Vernichtung solcher Waffen (SR **0.515.08**). Vgl. Art. 7 des Bundesgesetzes vom 13. Dez. 1996 über das Kriegsmaterial (Kriegsmaterialgesetz, KMG), SR **514.51**.

233 Gemäss dem vorstehend erwähnten Übereinkommen (SR **0.515.08**) sind Reizgas (irritierende Wirkung der Substanz verschwindet kurze Zeit nach Beendigung der Exposition; Bsp.: Tränengas) erlaubt, sofern sie zum Zweck der innerstaatlichen Bekämpfung von Unruhen oder zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung eingesetzt werden. Der Einsatz von Reizgasen als Mittel der Kriegsführung ist hingegen verboten und fällt unter den Anwendungsbereich von Art. 264h.

234 06.3081: Angemessene Polizeimunition.

235 Zwangsanwendungsgesetz, ZAG, BBl **2006** 2489.

236 SR **0.515.101**; Regel 78 der Gewohnheitsrechtsstudie des IKRK: Jean-Marie Henckaerts/Louise Doswald-Beck/ICRC (Hrsg.), Customary International Humanitarian Law: Volume I: Rules (2005).

237 Protokoll über nichtentdeckbare Splitter (im Anhang zum Übereinkommen über konventionelle Waffen), SR **0.515.091**.

inzwischen völkergewohnheitsrechtliche Geltung<sup>238</sup> und findet sich in Buchstabe d von Artikel 264h Absatz 1 umgesetzt.

Artikel 1 des Zusatzprotokolls IV vom 13. Oktober 1995 zum Übereinkommen von 1980 über das Verbot oder die Beschränkung des Einsatzes bestimmter konventioneller Waffen, die übermässige Leiden verursachen oder unterschiedslos wirken können<sup>239</sup>, verbietet den Einsatz von Laserwaffen, „die eigens dazu entworfen sind, sei es als ihre einzige Kampfaufgabe oder als eine ihrer Kampfaufgaben, die dauerhafte Erblindung des unbewehrten Auges, das heisst des blossen Auges oder des Auges mit Sehhilfe, zu verursachen. Dies ist das erste humanitär-völkerrechtliche Verbot, welches eine Waffe verbietet, bevor diese je in einem bewaffneten Konflikt verwendet wurde. Das Verbot geniesst heute völkergewohnheitsrechtliche Geltung<sup>240</sup> und findet sich in Buchstabe e von Artikel 264h Absatz 1.

Es stellt sich an dieser Stelle die Frage der Einführung einer weiteren Tatbestandsvariante, welche, als Auffangtatbestand, in bewaffneten Konflikten die Verwendung von Geschossen und Stoffen bestraft, die geeignet sind, unter Verstoss gegen das humanitäre Völkerrecht überflüssige Verletzungen oder unnötige Leiden zu verursachen oder ihrer Natur nach ohne Unterschied zwischen Zivilpersonen und Kombattanten zu wirken<sup>241</sup>. In aller Regel verstösst auch der Einsatz von Atomwaffen eindeutig gegen die grundlegenden Prinzipien des humanitären Völkerrechts<sup>242</sup>. Der Gebrauch von Antipersonenminen hingegen unterliegt zumindest gegenwärtig nicht einem umfassenden völkerrechtlichen Verbot, wenn auch eine zunehmende Anzahl von Staaten die Ottawa-Konvention ratifiziert hat und den Gebrauch von Antipersonenminen verbietet<sup>243</sup>.

Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe b Ziffer xx des Römer Statuts hält fest, dass der ISTGH seine diesbezügliche Gerichtsbarkeit erst ausüben kann, wenn diese Waffen, Geschosse, Stoffe und Methoden der Kriegführung Gegenstand eines umfassenden Verbots sind und aufgrund einer Änderung des Statuts in einem Anhang enthalten sein werden. Über einen solchen Anhang kann frühestens an der ersten Konferenz zur Überprüfung des Statuts beschlossen werden, die im ersten Halbjahr des Jahres 2010 durchgeführt wird<sup>244</sup>. Das Römer Statut muss Weiterentwicklungen des humanitären Völkerrechts folgen. Nach Ansicht des Bundesrates sollte eine solche Liste völkerrechtswidriger Waffen, Geschosse, Stoffe und Methoden der Kriegführung deshalb zu gegebener Zeit geschaffen und dann laufend nachgeführt werden. Es scheint jedoch fraglich, ob sich die Vertragsstaaten bereits im Jahr 2010 auf eine solche Liste verständigen können. Der Bundesrat möchte zum heutigen Zeitpunkt von der Aufnahme einer Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe b Ziffer xx des Römer Statuts

<sup>238</sup> Regel 79 der in obiger Fussnote erwähnten Gewohnheitsrechtsstudie des IKRK.

<sup>239</sup> Protokoll über Blendlaserwaffen, SR **0.515.091.1**.

<sup>240</sup> Regel 86 der Gewohnheitsrechtsstudie.

<sup>241</sup> Vgl. zur Bedeutung einer umfassenden Ächtung solcher Waffen auch die Botschaft vom 16. April 2003 betreffend die Änderung von Art. 1 vom 21. Dez. 2001 des Übereinkommens vom 10. Okt. 1980 über das Verbot oder die Beschränkung des Einsatzes bestimmter konventioneller Waffen, die übermässige Leiden verursachen oder unterschiedslos wirken können, BBl **2003** 3575.

<sup>242</sup> Vgl. das Gutachten des Internationalen Gerichtshofs vom 8. Juli 1996 über die Rechtmässigkeit der Drohung mit nuklearen Waffen und des Gebrauchs derselben (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons).

<sup>243</sup> Vgl. das Übereinkommen vom 18. Sept. 1997 über das Verbot des Einsatzes, der Lagerung, der Herstellung und der Weitergabe von Anti-Personenminen und über deren Vernichtung, SR **0.515.092**.

<sup>244</sup> Vgl. Art. 121 und 123 des Römer Statuts.

entsprechenden Strafbestimmung ins Schweizer Recht absehen und die Arbeiten zur Ergänzung des Statuts abwarten.

*Art. 264i* Bruch eines Waffenstillstandes oder des Friedens. Vergehen gegen einen Parlamentär. Verzögerte Heimschaffung von Kriegsgefangenen

Artikel 264i Absatz 1 Buchstabe a entspricht dem geltenden Artikel 113 MStG, Buchstabe b (Vergehen gegen einen Parlamentär) dem geltenden Artikel 114 MStG. Die Bestimmungen basieren auf dem Abkommen vom 18. Oktober 1907 betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs, der sogenannten Haager Landkriegsordnung<sup>245</sup>. Der Tatbestand der Verzögerung bei der Heimschaffung von Kriegsgefangenen nach Beendigung der aktiven Feindseligkeiten (Bst. c) gilt als eine Verletzung des Zusatzprotokolls I von 1977 der Genfer Abkommen von 1949<sup>246</sup> und ist ebenfalls als Kriegsverbrechen strafbar.

*Art. 264j* Andere Verstösse gegen das humanitäre Völkerrecht

Wie oben bereits dargelegt wurde<sup>247</sup>, beruht das Konzept der Vorlage bei der landesrechtlichen Umsetzung des für die Schweiz verbindlichen Völkerstrafrechts auf zwei Pfeilern: Einerseits soll das strafrechtliche Legalitätsprinzip möglichst optimal verwirklicht werden, das heisst die strafbaren Völkerrechtsverletzungen für den Einzelnen ersichtlich sein. Entsprechend wurden insbesondere Kriegsverbrechen ausdrücklich ins Gesetz aufgenommen, für deren Beurteilung auch der ISTGH eine subsidiäre Zuständigkeit besitzt. Andererseits soll sichergestellt werden, dass neue, seltenere oder weniger schwer wiegende Kriegsverbrechen gleichwohl unter schweizerischem Recht strafbar sind, auch wenn sie nicht ausdrücklich im Gesetz, sondern im Völkerrecht geregelt sind<sup>248</sup>.

Nach der Generalklausel von Artikel 264j, welche weitgehend jener des geltenden Artikels 109 MStG entspricht, sind deshalb auch andere Verstösse gegen das humanitäre Völkerrecht, welche nicht durch die Artikel 264c–264i erfasst werden, in der Schweiz strafbar. Bedingung hierfür ist, dass die Verletzung der entsprechenden Verbotsnormen in einem für die Schweiz verbindlichen völkerrechtlichen Vertrag oder durch Völkergewohnheitsrecht für strafbar erklärt wird.

Mit der Einführung eines solchen Auffangtatbestandes ins StGB und mit dessen Beibehaltung im MStG werden zwei Ziele erreicht. Erstens wird sichergestellt, dass völkerrechtswidrige Handlungen im bewaffneten Konflikt, welche nicht denselben Unrechtsgehalt wie die oben erläuterten Strafartikel aufweisen, in der Schweiz strafbar bleiben, ohne dass das Strafgesetz in übermässigem Umfang durch diese Tatbestände ausgedehnt wird. Eine umfassende bzw. abschliessende Kodifikation

<sup>245</sup> LKO, SR **0.515.112**, Art. 32 ff. Angesichts von Art. 8 des Römer Statuts gehören beide Verstösse nicht mehr zum modernen Verständnis der Kriegsverbrechen. In Anbetracht der nach wie vor bestehenden Geltungskraft der LKO für die Schweiz wird an den Bestimmungen jedoch festgehalten.

<sup>246</sup> Vgl. Art. 85 Abs. 4 Bst. b ZP I

<sup>247</sup> Vgl. Ziff. 1.3.1.2

<sup>248</sup> So wurde beispielsweise darauf verzichtet, Art. 8 Abs. 2 Bst. b Ziffer xiv des Statuts, welcher auf eine ältere Formulierung in Art. 23 Bst. h des Reglements des Haager Abkommens IV von 1907 zurückgeht, ausdrücklich ins StGB und MStG aufzunehmen (Rechte und Forderungen gegnerischer Staatsangehöriger generell als gerichtlich nicht durchsetzbar erklären).

der Verbotsnormen des humanitären Völkerrechts wäre überdies enorm aufwendig, könnte zu Doppelspurigkeiten führen und würde dennoch nicht garantieren, dass alle strafbaren Verhaltensweisen hinreichend erfasst würden.

Zweitens kann Artikel 264j auch alle in der Zukunft geschlossenen Verträge sowie sich weiterentwickelndes Gewohnheitsrecht erfassen, ohne dass in jedem Einzelfall eine umgehende Gesetzesänderung notwendig wird. Damit wird bei der Anwendung völkerstrafrechtlicher Normen in der Schweiz eine gewisse Flexibilität gewahrt.

### **2.1.5.3 Strafen**

Die Kriegsverbrechen, die im Römer Statut genannt werden, gehören zu den schwersten Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganze berühren. Für solche Verbrechen werden deshalb in der Regel Freiheitsstrafen von bis zu zwanzig Jahren vorgeschlagen. In besonders schweren Fällen, namentlich wenn die Tat viele Menschen betrifft oder der Täter eine besondere Grausamkeit an den Tag gelegt hat, kann vielerorts auf lebenslängliche Freiheitsstrafe erkannt werden. Andererseits wird für minder schwere Fälle das Strafminimum gesenkt. Die Strafdrohung in minder schweren Fällen liegt im Bereich der Strafdrohungen, welche bei «gewöhnlichen» Delikten zur Anwendung gelangen. In diesen Fällen besteht eine lediglich schwache funktionale Verknüpfung der einzelnen Verbrechen mit einer Tatbegehung im Kollektiv und dem Element des bewaffneten Konflikts.

### **2.1.6 Zwölfter Titel<sup>quater</sup> (Gemeinsame Bestimmungen für den zwölften Titel<sup>bis</sup> und den zwölften Titel<sup>er</sup>)**

Die Kapitalverbrechen des Völkermords sowie der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen besitzen verschiedene Gemeinsamkeiten, die einer spezifischen Regelung bedürfen. Da solche spezifischen Regelungen jedoch nicht oder nur bedingt auch auf andere Delikte anwendbar sind, drängt sich anstelle einer Regelung im Allgemeinen Teil des StGB eine Normierung in einem gemeinsamen Titel im Anschluss an diese besonderen Tatbestände auf. Diese Technik hat sich bewährt und kommt heute bei einer Reihe von anderen Deliktskategorien zum Zug<sup>249</sup>.

#### **2.1.6.1 Artikel 264k (Strafbarkeit des Vorgesetzten)**

##### **Völkerrechtliche Grundlagen**

Der gemeinsame Artikel 1 der vier Genfer Abkommen zum Schutz der Kriegsgesopfer aus dem Jahre 1949 verpflichtet die Vertragsstaaten, das humanitäre Völkerrecht einzuhalten und durchzusetzen. Die praktische Umsetzung dieser Verpflichtungen obliegt den militärischen Kommandanten. Die Kommandanten müssen die Truppen,

<sup>249</sup> Vgl. Art. 172, 200 oder 322<sup>octies</sup> StGB

die sich unter ihrer effektiven Kontrolle befinden, überwachen und dafür sorgen, dass diese die Regeln des humanitären Völkerrechts einhalten<sup>250</sup>.

Seit 1949 hat sich das Völkerrecht weiterentwickelt und beschränkt die Verantwortlichkeit nicht mehr nur auf militärische Kommandanten im eigentlichen Sinne. Jede Person, unabhängig von ihrem zivilen oder militärischen Status, kann für Verletzungen des humanitären Völkerrechts durch Untergebene verantwortlich werden, wenn zwischen ihr und den betreffenden Untergebenen ein tatsächliches Über- bzw. Unterordnungsverhältnis besteht, bei welchem der Vorgesetzte tatsächliche Befehls- bzw. Führungsgewalt und Kontrolle ausübt.

Der Rechtsgrundsatz der Strafbarkeit des Vorgesetzten ist, zum Teil ausdrücklich, in den Genfer Abkommen von 1949<sup>251</sup> und dem Zusatzprotokoll I von 1977<sup>252</sup> enthalten. Er wird heute als Teil des Völkergewohnheitsrechts anerkannt<sup>253</sup>. Seine gewohnheitsrechtliche Geltung wird durch die Aufnahme in Artikel 28 des Römer Statuts bestätigt, das die Verantwortlichkeit von Vorgesetzten nicht nur in Bezug auf Kriegsverbrechen, sondern auch in Bezug auf Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit etabliert. Auch die internationalen Ad-hoc-Tribunale für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda haben die Bedeutung des erwähnten Grundsatzes in mehreren Urteilen unterstrichen und die verschiedenen Facetten seines Anwendungsbereichs nuanciert.

### **Die Verantwortung von militärischen Kommandanten und Zivilpersonen**

Gemäss Artikel 28 des Römer Statuts ist zwischen vier Arten von Vorgesetzten zu unterscheiden:

- Militärische Kommandanten mit tatsächlicher Befehls- bzw. Führungsgewalt und Kontrolle über Truppen (Art. 28 Bst. a).
- Zivilpersonen, welche tatsächlich als militärische Befehlshaber handeln, d.h. welche die Befehlsgewalt über die Truppen haben (Art. 28 Bst. a)<sup>254</sup>.
- Zivile Vorgesetzte mit tatsächlicher Führungsgewalt und Kontrolle über nichtmilitärische Einheiten (Art. 28 Bst. b). Zu diesen Einheiten können z.B. die zivilen Behörden, politische Parteien oder Wirtschaftsbetriebe gezählt werden. Als Vorgesetzte dieser Kategorie kommen beispielsweise politische Leitfiguren, wirtschaftliche Führungspersonen sowie höhere Beamte in Frage. Diese Personen können jedoch nur für Verbrechen verantwortlich gemacht werden, welche einen Konnex zu den spezifischen Aufgaben der

<sup>250</sup> Vgl. Art. 87 des Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen vom 12. Aug. 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (ZP I), SR **0.518.521**.

<sup>251</sup> Art. 1 der vier Genfer Abkommen (GA) von 1949, Artikel 4 Abs. 2 GA III und Art. 1 ZP I

<sup>252</sup> Art. 86 und 87 ZP I

<sup>253</sup> ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Zejnir Delalic et. al.*, IT-96-21-T, Urteil vom 16. Nov. 1998, §§ 333 ff. Gemäss Art. 6 Abs. 3 des Statuts des Ad-hoc-Tribunals für Ruanda erstreckt sich seine gewohnheitsrechtliche Geltung auch auf nicht internationale Konflikte. Auch Art. 7 Abs. 3 des Statuts des Ad-hoc-Tribunals für das ehemalige Jugoslawien enthält eine Bestimmung über die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten.

<sup>254</sup> Vgl. auch ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Zejnir Delalic et. al.*, IT-96-21-T, Urteil vom 16. Nov. 1998, §§ 354 ff.; Trial Chamber III, *The Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, IT-95-14/2-T, Urteil vom 26. Feb. 2001, §§ 416.

entsprechenden Organisationen, Betriebe und Behörden aufweisen<sup>255</sup>. Verbrechen, die aus privaten Motiven ausserhalb dieser Einheiten verübt werden, können dem Vorgesetzten nicht zugerechnet werden.

- Vorgesetzte, die einen militärischen Rang bekleiden, aber nicht mit militärischer Kommandogewalt, sondern mit ziviler Führungsgewalt und Kontrolle führen (Art. 28 Bst. b). Dazu zählen zum Beispiel Sektionschefs oder Kreiscommandanten in der zivilen Militärverwaltung.

Entscheidend für die Bejahung der Verantwortlichkeit von Vorgesetzten ist in allen Fällen die tatsächliche Befehls- oder Führungsgewalt und Kontrolle einer Person über andere Personen und nicht ein bestimmter militärischer Rang. Mit anderen Worten kann allein wegen des Fehlens formalrechtlicher Autorität oder Befehlsgewalt die Verantwortlichkeit als Vorgesetzter nicht ausgeschlossen werden<sup>256</sup>.

Während das Römer Statut die ersten zwei Kategorien gleich behandelt, gilt für zivile Vorgesetzte, welche die Führungsgewalt und Kontrolle über nicht militärische Untergebene führen, eine höhere Schwelle zur Begründung der Verantwortlichkeit. Dies deshalb, weil sie sich – im Gegensatz zu militärischen Commandanten und diesen gleichgestellten Personen – für die Informationsbeschaffung nicht auf eine hierarchische Struktur verlassen können, welche ihnen leichteren Zugang zu Informationen verschafft. Für die Verantwortlichkeit der dritten Kategorie von Vorgesetzten ist deshalb nachzuweisen, dass ihnen Informationen vorlagen, die eindeutig auf ein erhebliches Risiko hinwiesen, dass Untergebene Verbrechen begingen oder zu begehen im Begriff waren, sie solche Informationen jedoch bewusst ausser Acht liessen. Dasselbe gilt für diejenigen militärischen Vorgesetzten, die in einer zivilen Kommandostruktur führen.

### **Die Strafbarkeit von Vorgesetzten gemäss geltendem schweizerischen Recht**

Das zivile Strafgesetzbuch enthält keine ausdrückliche Bestimmung über die Verantwortlichkeit von Vorgesetzten. Ähnliche Rechtsfiguren bei Unterlassungen, sog. «Garantenstellungen», finden sich im schweizerischen Recht unter anderem bei der Verantwortlichkeit der Eltern für ihre Kinder sowie bei der sogenannten «Geschäftsherrenhaftung» für die im Betrieb begangenen und mit dem Betrieb zusammenhängenden Straftaten. Diesen Konstellationen ist gemein, dass eine Person dafür strafrechtlich verantwortlich wird, dass eine andere Person, die von ihr zu kontrollieren und überwachen gewesen wäre, Straftaten verübt, die sie kraft ihrer Autoritätsstellung und Führungsgewalt hätte verhindern können und müssen<sup>257</sup>. Die ungeschriebene Rechtsfigur der bereits erwähnten «Geschäftsherrenhaftung», deren Konturen im Einzelnen noch nicht endgültig geklärt sind, ist jedoch insbesondere nicht auf die Fälle zugeschnitten, in denen ein Vorgesetzter Truppen nicht gehörig beaufsichtigt.

<sup>255</sup> Auch die Verantwortlichkeit des Unternehmens, Art. 102 StGB, knüpft an Straftaten an, welche in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks begangen werden.

<sup>256</sup> ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Zejnir Delalic et. al*, IT-96-21-T, Urteil vom 16. Nov. 1998, § 354.

<sup>257</sup> Vgl. Peter Popp, *Anwendungsfragen strafrechtlicher so genannter Geschäftsherrenhaftung*, recht 2003, S. 21 ff.; Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 2. Auflage, Bern 1996, S. 416 RZ 28 m.w.H.; Stefan Trechsel/Peter Noll, *Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 6. Auflage (2004), S. 264; vgl. auch BGE 122 IV 103.

Auch das MStG erfasst nicht alle gemäss Römer Statut zu erfassenden Pflichtverletzungen von Vorgesetzten. Es bestraft in Artikel 20 den militärischen Vorgesetzten, der einen Befehl zu einer strafbaren Handlung gibt, wozu auch Verstösse gegen das humanitäre Völkerrecht zählen. Die Unterlassung des Vorgesetzten<sup>258</sup>, das heisst seine Pflichtverletzung im Zusammenhang mit den von seinen Untergebenen begangenen Kriegsverbrechen, wird auch im MStG nicht ausdrücklich geregelt<sup>259</sup>. Eine solche Verantwortlichkeit kann derzeit lediglich mittels Pauschalverweis auf Verletzungen des humanitären Völkerrechts in Artikel 109 MStG begründet werden, was angesichts des strafrechtlichen Legalitätsprinzips nicht zu befriedigen vermag<sup>260</sup>. Nicht erfasst durch Artikel 109 MStG werden allerdings Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit. In Bezug auf die Verantwortung, ein strafrechtliches Vergehen zu bestrafen oder den zuständigen Behörden zu melden, enthalten die Artikel 204 und 207 MStG lediglich Vorschriften zur Ahndung von Disziplinarfehlern.

### **Der Rechtsgrundsatz der Verantwortlichkeit des Vorgesetzten nach Artikel 264k**

Der Rechtsgrundsatz der Verantwortlichkeit des Vorgesetzten will sicherstellen, dass die Staaten strafrechtliche Sanktionen für den Fall vorsehen, dass ein Vorgesetzter die Verpflichtung zur Durchsetzung des humanitären Völkerrechts verletzt. Die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten ist nicht kausal bei jedem von einem Untergebenen begangenen Verbrechen gegeben, sondern folgt dem strafrechtlichen Verschuldensprinzip. In jedem einzelnen Fall ist der Nachweis zu erbringen, dass der Vorgesetzte die notwendige Sorgfalt bei der Erfüllung seiner Pflichten nicht erbracht hat, obwohl er in der Lage gewesen wäre, sie anzuwenden. Die entsprechenden Handlungspflichten, wie sie im Völkerrecht umschrieben werden, ergeben sich aus seiner Stellung als Vorgesetzter über die ihm tatsächlich unterstellten Personen. Bei der Bemessung der objektiven Sorgfaltspflichten ist insbesondere zu berücksichtigen, welcher Art das Unterstellungsverhältnis war und welcher Kategorie von Vorgesetzten der Beschuldigte zuzuordnen ist.

Nach Artikel 264k Absatz 1 wird ein militärischer Kommandant oder jemand, der tatsächlich ähnliche Funktionen ausübt, strafrechtlich verantwortlich, wenn er es vorsätzlich unterlassen hat, Personen unter seiner effektiven Kontrolle an der Ausübung von Straftaten zu hindern oder, wenn mit der Ausführung bereits begonnen wurde, diese zu unterbinden. Dabei wird subjektiv vorausgesetzt, dass der Kommandant weiss, dass seine Untergebenen Straftaten begehen oder begehen werden, die er hätte verhindern müssen und können. Bei Fahrlässigkeit ist aufgrund des geringeren Verschuldens eine niedrigere Strafe vorgesehen. Im Weiteren kann ein Kommandant dafür verantwortlich werden, dass er es vorsätzlich unterlassen hat, die Täter zu bestrafen oder geeignete Massnahmen zu treffen, um für deren Bestrafung zu sorgen (z.B. Meldung an die zuständigen Vorgesetzten oder Behörden), wenn er selbst keine Strafkompetenzen besitzt (Art. 264k Abs. 2)<sup>261</sup>. Diese Tatbestandsvari-

<sup>258</sup> Hierzu gehören gemäss geltendem Art. 3 Abs. 1 Ziff. 9 MStG auch zivile Vorgesetzte.

<sup>259</sup> Lediglich Art. 139 MStG sieht für den Tatbestand der Plünderung eine vergleichbare Verantwortlichkeit des Vorgesetzten vor.

<sup>260</sup> Vgl. Ziff. 1.3.1.1

<sup>261</sup> Vgl. auch ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Zejnir Delalic et. al*, IT-96-21-T, Urteil vom 16. Nov. 1998, § 346.

ante ist aufgrund des geringeren Unrechtsgehalts mit einer weniger hohen Strafe versehen.

Nach den Vorgaben des Völkerrechts ist auch eine fahrlässige Pflichtverletzung des Vorgesetzten in Bezug auf die Nichtverhinderung des vom Untergebenen vorsätzlich begangenen Hauptverbrechens strafbar. Subjektiv wird vorausgesetzt, dass der Vorgesetzte aufgrund der ihm zur Verfügung stehenden Informationen und der Umstände hätte wissen müssen, dass seine Untergebenen Straftaten begingen oder begehen würden, die er hätte verhindern können<sup>262</sup>. Dieser Fall liegt zum Beispiel vor, wenn eindeutig auf die Straftaten hinweisende Informationen durch den Vorgesetzten ausser acht gelassen wurden.

### **Abgrenzung zu andern Haftungsformen der direkten Täterschaft**

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorgesetzten auf der Basis seiner Autoritätsstellung ist zu unterscheiden von anderen Formen der direkten strafrechtlichen Verantwortlichkeit. Ein Vorgesetzter kann für einen Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen auch als Mittäter (z.B. als Befehlsgeber, Planer und Organisator des Verbrechens), als mittelbarer Täter (durch Nötigung der Untergebenen, deren Irreführung z.B. in Bezug auf die Völkerrechtswidrigkeit der zu verwendenden Waffen, oder als sogenannter «Schreibtischtäter» bei einem durch einen Machtapparat organisierten Verbrechen<sup>263</sup>), als Anstifter oder Gehilfe in Betracht kommen.

#### **2.1.6.2 Artikel 264/ (Handeln auf Befehl oder Anordnung)**

Gemäss Artikel 33 des Römer Statuts schliesst das Handeln auf Anordnung einer Regierungsstelle, eines zivilen oder militärischen Vorgesetzten die Verantwortlichkeit der handelnden Person nur bei Vorliegen von drei kumulativ erforderlichen Voraussetzungen aus: Die Person musste sich unter einer Rechtspflicht befinden, den Anordnungen der betreffenden Stelle Folge zu leisten, die Person wusste nicht um die Rechtswidrigkeit der Anordnung und die Anordnung war nicht offensichtlich rechtswidrig. Die letzte Voraussetzung wird insofern weiter präzisiert, als Anordnungen zur Begehung von Völkermord oder von Verbrechen gegen die Menschlichkeit in jedem Fall für offensichtlich rechtswidrig erklärt werden, während in Bezug auf Kriegsverbrechen kumulativ eine gesetzliche Handlungspflicht des Untergebenen und Unkenntnis der in diesem konkreten Fall nicht als offensichtlich zu wertenden Rechtswidrigkeit der Anordnung zum Ausschluss seiner Verantwortlichkeit genügt.

<sup>262</sup> Vgl. zur Strafbarkeit der fahrlässigen Mitwirkung am Vorsatzdelikt auch Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 2. Auflage, Bern 1996, S. 455 RZ 53 ff.

<sup>263</sup> Vgl. hierzu Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 2. Auflage, Bern 1996, S. 346 RZ 34 m.w.H., welcher als Beispiel die durch das nationalsozialistische Regime bürokratisch geplanten und durchgeführten Massentötungen nennt; vgl. zur Verflechtung persönlicher Verantwortlichkeit im Netzwerk von Unrechtssystemen Hans Vest, *Genozid durch organisierte Machtapparate*, Baden-Baden 2002.

Die Strafbarkeit des Handelns auf Befehl ist heute bereits in Artikel 20 Absatz 2 MStG verwirklicht, trägt dem Schuldprinzip Rechnung und sieht eine Strafmilderung des Untergebenen vor. Der mit dieser Vorlage auch ins StGB einzuführende Artikel 264I präzisiert die Strafbarkeit dahingehend, dass neben dem Vorliegen eines (militärischen) Befehls oder einer (zivilen) Anordnung mit vergleichbarer Bindungswirkung Kenntnis des Täters über die Rechtswidrigkeit des Befehls oder der Anordnung verlangt wird. Analog den Grundsätzen bei der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums sind auch hier die Anforderungen an die Unkenntnis von Seiten des Täters hoch zu halten, werden doch durch den Täter Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechen begangen. Hingegen wird, aus Gründen des Schuldprinzips, darauf verzichtet, im Gesetz festzuschreiben, dass die offensichtliche Rechtswidrigkeit ohne Bewusstsein des Befehlsempfängers ebenfalls Strafbarkeit begründet.

### 2.1.6.3 Artikel 264m (Auslandtaten)

#### *Abs. 1*

Das schweizerische Strafrecht gilt bereits heute für Völkermord (vgl. Art. 264 Abs. 2 StGB) und Kriegsverbrechen<sup>264</sup>, welche im Ausland begangen worden sind. In beiden Fällen setzt die Begründung der schweizerischen Zuständigkeit bei Taten ohne Bezug zur Schweiz voraus, dass sich die verdächtigen Personen in der Schweiz befinden und nicht an das Ausland ausgeliefert werden können. Seit Juni 2004 gilt zudem für die Verfolgung von Kriegsverbrechen im MStG das Erfordernis des «engen Bezugs» des Täters zur Schweiz<sup>265</sup>.

Die Zuständigkeit der Schweiz zur Strafverfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen soll zukünftig in Fällen, wo die Tatbegehung im Ausland erfolgte und weder der Täter noch das Opfer Schweizer sind, auf den gleichen Voraussetzungen beruhen: Der Täter muss in der Schweiz anwesend sein und nicht an das Ausland ausgeliefert werden können<sup>266</sup>. Der Möglichkeit der Auslieferung an einen anderen Staat wird die Überstellung an ein internationales Strafgericht gleichgestellt<sup>267</sup>. Zu denken ist hier insbesondere an den IStGH, die Ad-hoc-Tribunale für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda<sup>268</sup> sowie den Spezialgerichtshof von Sierra Leone<sup>269</sup>. Für die Überstellung an ein solches Gericht ist vorausgesetzt, dass ein entsprechendes Überstellungsersuchen vorliegt und dass das Gericht von der Schweiz anerkannt wird. Von der Schweiz nicht anerkannt würde ein Gericht, welches nicht grundsätzlich Gewähr für ein faires Verfah-

<sup>264</sup> Vgl. hierzu Ziff. 2.2.2

<sup>265</sup> Vgl. im Einzelnen Ziff. 1.3.2.4

<sup>266</sup> Von einer Auslieferung und einem damit einhergehenden Verzicht auf die Strafverfolgung durch die Schweiz ist jedoch abzusehen, wenn das Auslieferungsersuchen den offensichtlichen Zweck verfolgt, den mutmasslichen Täter vor strafrechtlicher Verantwortlichkeit zu schützen; vgl. auch Abs. 3 von Art. 264m.

<sup>267</sup> Änderung des MStP und des MStG vom 19. Dez. 2003 (BBl 2003 8237).

<sup>268</sup> Vgl. den Bundesbeschluss vom 21. Dez. 1995 über die Zusammenarbeit mit den Internationalen Gerichten zur Verfolgung von schwerwiegenden Verletzungen des humanitären Völkerrechts, SR 351.20.

<sup>269</sup> Vgl. die Verordnung vom 12. Febr. 2003 über die Ausdehnung des Geltungsbereichs des Bundesbeschlusses über die Zusammenarbeit mit den Internationalen Gerichten zur Verfolgung von schwerwiegenden Verletzungen des humanitären Völkerrechts auf den Spezialgerichtshof für Sierra Leone, SR 351.201.11

ren sowie dafür bieten würde, dass die Bedingungen für eine Auslieferung erfüllt sind und keine Ablehnungsgründe vorliegen<sup>270</sup>.

Die Zuständigkeit zur Verfolgung von Völkermord, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit lässt sich grundsätzlich auch auf Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b StGB stützen, der vom Parlament im Rahmen der Änderungen des StGB vom 13. Dezember 2002 eingefügt worden ist<sup>271</sup>. Dieser Artikel ermöglicht auf der Basis des subsidiären Universalitätsprinzips, die besonders schweren Verbrechen, welche von der internationalen Rechtsgemeinschaft geächtet werden, auch in der Schweiz zu bestrafen. Hierzu gehören die Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Tatbestand des Völkergewohnheitsrechts. Allerdings sieht Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b in Verbindung mit Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a vor, dass diese Verbrechen auch am Begehungsort strafbar sein müssen. Auch würden bei der Beurteilung dieser Verbrechen der Grundsatz des mildereren Rechts (Art. 7 Abs. 3 StGB) sowie das Erledigungsprinzip (Art. 7 Abs. 4 StGB) zur Anwendung kommen. Die uneingeschränkte Anwendung dieser allgemeinen Regeln auf die hier zur Diskussion stehenden schwerwiegendsten Verbrechen ist jedoch nicht sachgerecht (vgl. nachfolgend Abs. 3). Daher ist auch für die Verbrechen gegen die Menschlichkeit wie bereits beim Völkermord und den Kriegsverbrechen eine spezifische Regelung zu treffen.

#### *Abs. 2*

Mit Beschluss vom 28. Februar 2007 hat der Bundesrat entschieden, dass im Rahmen der Vorlage und angesichts der eindeutigen Vernehmlassungsergebnisse auf die Einführung der Zuständigkeitsvoraussetzung des «engen Bezugs» des Täters zur Schweiz zu verzichten und dieses Element aus dem Militärstrafgesetz wieder zu streichen sei (vgl. hierzu die Ausführungen zum «engen Bezug», Ziff. 1.3.2 und insb. 1.3.2.4). Stattdessen sei mittels anderer materiellrechtlicher und prozessualer Massnahmen sicherzustellen, dass Untersuchungsbehörden nicht gehalten sind, aufwändige und wenig aussichtsreiche Abwesenheitsverfahren ohne Bezug zu unserem Land<sup>272</sup> zu führen.

Die Anwesenheit des Täters ist, wie bereits ausgeführt, Grundvoraussetzung für die Durchführung eines Verfahrens und Verfolgung einer Auslandtat in der Schweiz. Absatz 2 von Artikel 264*m* hält, in Anlehnung an die bisherige Praxis und Rechtsprechung<sup>273</sup> sowie in Weiterführung derselben, zusätzlich fest, dass die hängige Strafverfolgung eingestellt oder von einer solchen abgesehen werden kann, wenn sich eine ausländische Behörde oder ein von der Schweiz anerkanntes internationales Strafgericht bereits mit dem Fall befasst und der Täter überstellt oder ausgeliefert wird (Bst. a) oder wenn der Täter sich nicht mehr in der Schweiz aufhält und seine Rückkehr nicht zu erwarten ist (Bst. b). Diese prozessrechtliche Bestimmung kann mithin auch Anwendung finden auf den Fall einer während des Verfahrens eintretenden Abwesenheit des Angeschuldigten. Es wird diesfalls in der Kompetenz der zuständigen Behörde liegen, über die Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit einer

<sup>270</sup> Vgl. Botschaft vom 22. Jan. 2003 zur Änderung des Militärstrafprozesses (Zeugenschutz), BBl 2003 767 817.

<sup>271</sup> Vgl. Ziff. 1.3.2.2

<sup>272</sup> Tatbegehung im Ausland, Täter und Opfer nicht Schweizer.

<sup>273</sup> Vgl. BGE 108 IV 145: Die Voraussetzung der Anwesenheit des Täters erstreckt sich über alle Verfahrensstadien, muss jedoch nicht permanent sein.

Rückkehr des Täters in die Schweiz eine Einschätzung vorzunehmen und das Verfahren entsprechend hängig zu belassen, es zu sistieren oder gänzlich einzustellen.

Buchstabe b von Absatz 2 hat nicht zum Ziel, dem Angeschuldigten, der sich während eines hängigen Verfahrens der Strafverfolgung durch Flucht entzieht, einen gesetzlichen Vorteil im Verfahren zu verschaffen. Besteht nach Einleitung eines Verfahrens der genügende Verdacht auf die Täterschaft einer in der Schweiz anwesenden Person und wird eine ernsthafte Fluchtgefahr festgestellt, kann die zuständige Behörde Untersuchungshaft anordnen<sup>274</sup> oder die Anwesenheit des Betroffenen für die Dauer des Verfahrens auf andere Weise sicherstellen. Die vorgeschlagene Möglichkeit der Verfahrenseinstellung ist vielmehr in Fällen gegeben, wo beispielsweise der auf der Durchreise befindliche Tatverdächtige sich während eines frühen Verfahrensstadiums bereits wieder ausser Landes befindet, mit einer Rückkehr nicht zu rechnen ist und eine Festnahme vor der Ausreise in rechtsstaatlicher Hinsicht nicht zu bewerkstelligen oder aufgrund des festgestellten Sachverhaltes (noch) unverantwortlich war. In diesem Fall soll der zuständigen Untersuchungsbehörde die Möglichkeit eröffnet werden, auf eine festgestellte Aussichtslosigkeit des Verfahrens zu reagieren und von der Vornahme weiterer aufwändiger Verfahrenshandlungen absehen zu können. Die Strafuntersuchung ist insbesondere dann nicht aussichtslos, wenn aufgrund der Umstände mit einer Rückkehr des Betroffenen in die Schweiz gerechnet werden kann oder eine solche zumindest nicht unwahrscheinlich erscheint.

Die Behörde soll jedoch je nach Verfahrensstadium trotzdem in der Lage sein, Beweise oder Erkenntnisse zu sammeln, damit diese gegebenenfalls zu einem späteren Zeitpunkt oder zugunsten einer anderen, ausländischen Behörde eingesetzt werden können. Entsprechende Beweissicherungsmassnahmen finden sich bereits heute im geltenden Bundesgesetz vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege sowie verschiedenen kantonalen Strafprozessordnungen. Die Möglichkeit zur Sicherung von Beweismitteln<sup>275</sup> oder, ausserhalb von Verfahren, von formlosen Ermittlungsergebnissen, findet sich auch in der vereinheitlichten Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007<sup>276</sup> und wird in Absatz 2 von Artikel 264m ausdrücklich verankert. Eine entsprechende Ergänzung der militärprozessualen Regelungen, auf welche die neue Strafprozessordnung keine Anwendung finden wird, wird im Rahmen von Artikel 10 Absatz 1<sup>ter</sup> E-MStG vorgenommen.

Der gemeinhin geltende prozessuale Grundsatz, wonach nicht beschaffbare, unerreichbare Beweismittel nicht im Verfahren eingesetzt werden, ist im Strafgesetzbuch mit spezifischem Bezug auf die Strafverfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen nicht zu wiederholen. Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Artikel 137 StPO, wurde auch dort auf die explizite Nennung dieses Grundsatzes verzichtet. Jedoch wird er in das Militärstrafgesetz<sup>277</sup> aufgenommen. Der Mangel an Beweisen (unerreichbar scheinende oder nicht existente) führt im Übrigen regelmässig zur Einstellung des Verfahrens oder zu einem Freispruch.

<sup>274</sup> Vgl. auch Art. 221 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Okt. 2007 (BB1 2007 6977 7041).

<sup>275</sup> Bspw. im Fall, wo mit der Einreise eines im Ausland weilenden Angeschuldigten zu rechnen ist.

<sup>276</sup> Art. 306 Abs. 2 Bst. a (durch die Polizei), Art. 311, Art. 314 Abs. 3 (vor Sistierung).

<sup>277</sup> Art. 10 Abs. 1<sup>ter</sup> Bst. c

In Absatz 3 von Artikel 264<sup>m</sup> wird, entsprechend der aktuellen Regelung für den Völkermord, die Geltung des Erledigungs- und Anrechnungsprinzips bejaht. Allerdings enthält das Gesetz den zusätzlichen Vorbehalt, dass Artikel 7 Absätze 4 und 5 nicht anwendbar ist, wenn der Freispruch oder Erlass oder die Verjährung der Strafe im Ausland das Ziel hatte, den Täter dadurch in ungerechtfertigter Weise vor Strafe zu verschonen. Auch im Rahmen der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches hatte das Parlament diese Frage bei der Diskussion von Artikel 7 bereits erörtert. Um zu verhindern, dass der Täter aufgrund eines ausländischen Scheinurteils oder eines ungerechtfertigten Erlasses der Strafe in der Schweiz nicht mehr verfolgt werden kann, fügte es in Artikel 7 Absatz 4 den Passus ein, wonach die Schweiz auf eine Strafverfolgung nur verzichtet, wenn einem ausländischen Urteil oder einem Straferlass nicht ein krasser Verstoss gegen die Grundsätze der Bundesverfassung (BV) und der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)<sup>278</sup> zugrunde liegt. Das Parlament wollte mit dieser Formel den Vorbehalt des schweizerischen «*ordre public*» bei der Anerkennung ausländischer Urteile zum Ausdruck bringen<sup>279</sup>. Allerdings versuchen die BV und die EMRK, das Individuum vor Übergriffen des Staates zu schützen, und haben weniger das Ziel, dass Straftäter angemessen bestraft werden. Ein Anspruch auf eine bestimmte Schwere der Bestrafung kann aus der BV und der EMRK nicht direkt abgeleitet werden. Als generelles Rechtsprinzip gelangt der «*ordre public*» jedoch in jedem Fall unabhängig von einer gesetzlichen Erwähnung zur Anwendung.

Wie bei den geltenden Bestimmungen zum Völkermord und den Kriegsverbrechen ist es wegen der Schwere der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nicht sachgerecht, wenn die schweizerischen Behörden ein Verfahren nur deshalb nicht durchführen können, weil der Tatortstaat die entsprechende Strafbarkeit nicht kennt. Es kommt hinzu, dass nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, dass künftig eine Person schweizerischer Nationalität ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit in einem Land begeht, in welchem besagte Tat nicht strafbar ist. Es soll daher das Risiko ausgeschlossen werden, dass es zu einer Unfähigkeitserklärung der Schweiz nach Artikel 17 des Römer Statuts kommt und der IStGH selber ein Verfahren gegen einen verdächtigen Schweizer führt, nur weil die lückenhafte Gesetzgebung am ausländischen Begehungsort ein Strafverfahren in der Schweiz verunmöglicht. Daher ist auf die Voraussetzung der beidseitigen Strafbarkeit auch bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu verzichten<sup>280</sup>.

Bei der Beurteilung eines im Ausland begangenen Verbrechens gegen die Menschlichkeit soll, wie bei den Tatbeständen des Völkermords und der Kriegsverbrechen, die Bestimmung über die Geltung des allfällig milderen Rechts am Tatortstaat keine Anwendung finden. Bei diesen Tatbeständen handelt es sich um die Kernverbrechen des Völkerrechts, deren angemessene Bestrafung in der Schweiz nicht durch eine zu milde Strafdrohung am ausländischen Begehungsort unterlaufen werden soll.

<sup>278</sup> SR 0.101.

<sup>279</sup> Vgl. AB 2001 N 540; AB 2001 S 507.

<sup>280</sup> Auch bei Geiselnahme nach Art. 185 Ziff. 5 und bei sexuellem Kindsmisbrauch (Art. 5 StGB) verzichtet das StGB auf das Prinzip der beidseitigen Strafbarkeit.

#### 2.1.6.4

#### Artikel 264n (Ausschluss der relativen Immunität)

Im Zusammenhang mit dem Beitritt der Schweiz zum Völkermord-Übereinkommen hat der Gesetzgeber eine Regelung vorgenommen, wonach die Regeln über die relative Immunität von Parlamentsmitgliedern, Magistratspersonen und Bundesbeamten auf den Tatbestand des Völkermordes nicht anwendbar sind (vgl. den geltenden Art. 264 Abs. 3 StGB). Der Bundesrat führte damals in der Botschaft aus, dass es sich angesichts des klaren völkerrechtlichen Strafanspruchs, den das Völkermord-Übereinkommen (Art. IV) gerade gegen «regierende Personen und öffentliche Beamte» stellt, nicht rechtfertigen lässt, die Verfolgung von Völkermord von einer Ermächtigung abhängig zu machen, die von nichtrichterlichen Behörden nach Massgabe der politischen Opportunität erteilt würde<sup>281</sup>.

Auch Artikel 27 des Römer Statuts kennt keine nationalen oder internationalen Immunitäten oder Indemnitäten als Hinderungsgründe für eine Bestrafung. In dieser Bestimmung wird festgelegt, dass das Statut auf alle Personen gleichermaßen Anwendung findet, unabhängig davon, ob sie in amtlicher Eigenschaft gehandelt haben oder nicht. Insbesondere spielt es keine Rolle, ob es sich bei der betreffenden Person um ein Staats- oder Regierungsoberhaupt, ein Mitglied der Regierung oder des Parlaments, um einen gewählten Vertreter oder um einen Amtsträger einer Regierung handelt. Dadurch inkorporiert das Römer Statut den Gedanken des wegweisenden Urteils des Militärtribunals von Nürnberg gegen die grössten Kriegsverbrecher, welches festgehalten hatte, dass Verbrechen nicht von Staaten, sondern von Individuen begangen werden und sich diese nicht auf ihre Immunität berufen und hinter ihrer staatlichen Funktion verbergen können<sup>282</sup>.

Ersucht der IStGH die Schweiz um die Überstellung einer Person nicht schweizerischer Nationalität, bei welcher die Erledigung dieses Ersuchens die Staatenimmunität oder die diplomatische Immunität verletzen könnte (Art. 98 i.V.m. Art. 27 des Römer Statuts), so entscheidet gemäss Artikel 6 des Bundesgesetzes über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof<sup>283</sup> der Bundesrat auf Antrag des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, nach erfolgter Konsultation des IStGH durch die Zentralstelle des Bundesamtes für Justiz<sup>284</sup>, über die Frage der Immunität<sup>285</sup>. Bei der Beantwortung der Frage, ob und in welchem Umfang im Bereich völkerrechtlicher Kernverbrechen Immunitäten bestehen, berücksichtigt der Bundesrat die verschiedenen Quellen des Völkerrechts.

Geht es um die strafrechtliche Verfolgung von Parlamentsmitgliedern, Magistratspersonen und Bundesbeamten in der Schweiz für Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen<sup>286</sup>, so soll die Verfolgung nicht von einer vorgängigen Ermächtigung durch eine politische Instanz abhängig gemacht werden. Die relative Immunität ist deshalb auch für diese Fälle aufzuheben. Hingegen wird wie bereits beim Völkermord darauf verzichtet, die verfassungsrechtlich garantierte

<sup>281</sup> Vgl. Botschaft vom 31. März 1999 betreffend das Übereinkommen über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes sowie die entsprechende Revision des Strafrechts, BBl 1999 5350 f.

<sup>282</sup> Internationales Militärtribunal von Nürnberg, Urteil vom 30. Sept.–1. Okt. 1946, Vol. I, S. 235.

<sup>283</sup> ZISG, SR 351.6

<sup>284</sup> Vgl. Art. 4 Bst. d ZISG

<sup>285</sup> Vgl. hierzu im Einzelnen die IStGH-Botschaft, BBl 2001 458.

<sup>286</sup> Dies schliesst neben der täterschaftlichen Begehung nach den allgemeinen Regeln des Strafrechts insbesondere auch die direkte und öffentliche Anstiftung mit ein.

absolute Immunität der Mitglieder des Parlaments und des Bundesrates für Äusserungen in der Bundesversammlung und in ihren Kommissionen<sup>287</sup> ausdrücklich aufzuheben.

Eine entsprechende Bestimmung wird als Artikel 114*b* ins MStG eingefügt.

### **2.1.7 Artikel 336 Ziffer 2 (Bundesgerichtsbarkeit)**

Wie bereits heute der Völkermord, so sollen auch Verbrechen gegen die Menschlichkeit und die Kriegsverbrechen der Bundesgerichtsbarkeit unterstehen<sup>288</sup>. Dies macht eine entsprechende Anpassung von Artikel 336 Ziffer 2 StGB notwendig<sup>289</sup>.

Die Bestimmung von Artikel 336 wird bei Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung<sup>290</sup> durch Artikel 23 StPO ersetzt. Entsprechend ist Absatz 1 Buchstabe g von Artikel 23 mit dem Verweis auf den zwölften Titel<sup>ter</sup> sowie Artikel 264k StGB zu ergänzen.

### **2.2 Änderung des Militärstrafgesetzes<sup>291</sup>**

Parallel zur Änderung des StGB wird auch das Militärstrafgesetz (MStG) geändert. Der sechste Abschnitt des MStG regelt neu die Tatbestände des Völkermordes (Art. 108 E-MStG) und der Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 109 E-MStG). Kriegsverbrechen (Art. 110–114 E-MStG) werden neu im sechsten Abschnitt<sup>bis</sup> E-MStG geregelt. Darüber hinaus soll die Formulierung von Artikel 139 angepasst und Artikel 140 aufgehoben werden. Die gemeinsamen Bestimmungen für den sechsten Abschnitt und den sechsten Abschnitt<sup>bis</sup> betreffend die Strafbarkeit des Vorgesetzten (Art. 114*a* E-MStG) sind im neuen sechsten Abschnitt<sup>ter</sup> E-MStG enthalten. Weitere Änderungen betreffen den persönlichen Geltungsbereich des MStG beziehungsweise die Neuregelung der Zuständigkeit von Zivil- und Militärjustiz (Art. 3, 5, 7, 220 und 221*a* E-MStG), den räumlichen Geltungsbereich (Art. 10 Abs. 1<sup>bis</sup>, 1<sup>ter</sup> und 1<sup>quater</sup> E-MStG), das Handeln auf Befehl oder Anordnung (Art. 20 Abs. 2 E-MStG), die Unverjährbarkeitsvorschriften (Art. 59 E-MStG), die öffentliche Aufforderung zum Völkermord (Art. 171*a* Abs. 1<sup>bis</sup> E-MStG) und die strafbaren Vorbereitungshandlungen (Art. 171*b* Abs. 1 E-MStG).

<sup>287</sup> Nach Art. 162 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 2 Abs. 2 VG ist es unmöglich, die Mitglieder der Bundesversammlung und des Bundesrates für ihre Äusserungen in den Räten und Kommissionen überhaupt strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen.

<sup>288</sup> Siehe für die Gründe, weshalb Bundesgerichtsbarkeit einzuführen ist, ausführlich Ziff. 1.3.4.

<sup>289</sup> Die Zuweisung der Zuständigkeit an den Bund betrifft nur die Strafverfahren, welche von den zivilen Behörden geführt werden. Zur Zuständigkeit der Militärjustiz vgl. Ziff. 1.3.3.3.

<sup>290</sup> Geplant auf 1.1.2010; vgl. hierzu die Ausführungen unter 1.3.4.2.

<sup>291</sup> SR 321.0

## 2.2.1 **Persönlicher Geltungsbereich des Militärstrafgesetzes**

Gemäss Vorlage sind der militärischen Gerichtsbarkeit in Friedens- und in Kriegszeiten wie bis anhin die Angehörigen der Schweizer Armee unterworfen. Dies gilt nicht nur für die Begehung von Kriegsverbrechen, sondern auch für Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Ebenfalls dem Militärstrafrecht unterstellt sind nach geltendem Artikel 3 Absatz 1 MStG in Friedens- und in Kriegszeiten in der Schweiz Dienstpflichtige während ihres Militärdienstes (Ziff. 1) oder ausserhalb ihres Dienstes, wenn sie in Uniform auftreten und ein Kriegsverbrechen begehen (Ziff. 3). Weiter fallen darunter die Beamten, Angestellten und Arbeiter der Militärverwaltung des Bundes und der Kantone für Handlungen, welche die Landesverteidigung betreffen, oder wenn sie in Uniform auftreten (Ziff. 2), Berufs- und Zeitmilitärs, die Angehörigen des Grenzwachkorps sowie Personen, die nach Artikel 66 des Militärgesetzes vom 3. Februar 1995 Friedensförderungsdienst leisten, während der Ausübung des Dienstes oder ausserhalb des Dienstes, wenn sie die Uniform tragen (Ziff. 6). Gemäss neuem Artikel 3 Absatz 2 MStG, welcher seit 1. März 2004 in Kraft ist<sup>292</sup>, wird klargestellt, dass die Personen nach Absatz 1 Ziffern 1, 2, 6 sowie 8 für die ganze Dauer ihres Auslandseinsatzes dem Militärstrafrecht unterstehen, wenn sie im Ausland eine nach diesem Gesetz strafbare Handlung begehen.

In allen anderen Situation sollen künftig Zivilpersonen (Schweizer und Ausländer) sowie ausländische Militärpersonen für die Begehung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen der zivilen Gerichtsbarkeit unterstehen<sup>293</sup>. Entsprechend sind die zurzeit geltenden Bestimmungen, welche Zivilpersonen (inkl. ausländische Militärangehörige) für die Begehung von Kriegsverbrechen der militärische Gerichtsbarkeit unterstellen (Art. 7, Art. 220 MStG) anzupassen. Die Militärjustiz bleibt einzig dann zuständig, wenn sich das Verbrechen gegen einen Angehörigen der Schweizer Armee im Ausland richtet (Art. 3 Ziff. 9 E-MStG).

Artikel 5 schreibt in Kriegszeiten die Ausdehnung des Militärstrafrechts auf Zivilisten, Kriegsgefangene und feindliche Parlamentäre vor, welche bestimmte Verbrechen begehen. Diese Liste von Personen soll nun dahingehend ergänzt werden, dass in Kriegszeiten auch Zivilpersonen und ausländische Militärpersonen dem Militärstrafrecht unterstellt sind, welche Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechen begehen. Diese integrale Zuständigkeit der Militärjustiz soll in Kriegszeiten die Anwendung einheitlicher Kriterien ermöglichen.

## 2.2.2 **Artikel 10 Absatz 1<sup>bis</sup>, 1<sup>ter</sup> und 1<sup>quater</sup> E-MStG (Räumliche Geltung)**

Die schweizerischen Militärgerichte können heute Kriegsverbrechen nach den Artikeln 108 ff. MStG unabhängig davon beurteilen, ob das Verbrechen auf schweizerischem Hoheitsgebiet oder im Ausland begangen worden ist (Art. 10 MStG). Bundesrat, Bundesgericht und Lehre gingen indes davon aus, dass die Pflicht, ausländische Personen zu verfolgen, welche sich im Ausland eines Kriegsverbrechens

<sup>292</sup> Militärstrafgesetz (Revision der Disziplinarstrafordnung), Änderung vom 3. Oktober 2003 (BBl 2003 6747), in Kraft getreten am 1. März 2004 (AS 2004 921).

<sup>293</sup> Vgl. auch die Ausführungen unter Ziff. 1.3.3.3.

schuldig gemacht haben, stets voraussetzt, dass sich die beschuldigte Person freiwillig in der Schweiz befindet und in der Schweiz ergriffen wird. Eine entsprechende Voraussetzung findet sich auch in verschiedenen Bestimmungen des StGB verankert und ist beispielsweise in Artikel 7 Absatz 2 StGB in Form der stellvertretenden Strafrechtspflege vorgesehen. Zur Klärung der Rechtslage veranlassten der Bundesrat und in der Folge das Parlament im Jahre 2003 angesichts der problematischen Erfahrungen Belgiens mit einem weiter reichenden Kriegsverbrechergesetz eine ausdrückliche Klarstellung der schweizerischen Rechtslage<sup>294</sup>. Als weitere Voraussetzung für die Strafverfolgung von Ausländern in der Schweiz fügte das Parlament das Kriterium des «engen Bezugs» ein<sup>295</sup>.

Da die Zuständigkeit der Militärjustiz in Friedenszeiten gemäss Vorlage jedoch auf Schweizer Militärangehörige beschränkt ist, ist diese Änderung nur von Bedeutung, wenn sich die Schweiz selbst im Krieg befindet<sup>296</sup>.

Gemäss dem neuen Absatz 1<sup>quater</sup> von Artikel 10 E-MStG ist im Weiteren die Zuständigkeit der Militärjustiz immer dann vorgesehen, wenn ein Angehöriger der Schweizer Armee im Ausland Opfer eines Völkermordes, Verbrechens gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechens wird, sich der Täter in der Schweiz befindet oder ihr wegen dieser Tat ausgeliefert wird und nicht an das Ausland ausgeliefert oder an ein internationales Strafgericht überstellt werden kann.

### **2.2.3 Artikel 20 Absatz 2 E-MStG (Handeln auf Befehl oder Anordnung)**

Der Schuldauausschlussgrund des Handelns auf Befehl ist bereits in Artikel 20 Absatz 2 des geltenden MStG enthalten. Er erfährt jedoch durch diese Gesetzesvorlage die Änderungen, welche der parallelen Bestimmung von Artikel 264/ entsprechen<sup>297</sup>: Dem Befehl werden Anordnungen von vergleichbarer Bindungswirkung gleichgestellt.

### **2.2.4 Artikel 59 E-MStG (Unverjährbarkeit)**

Die Änderungen von Artikel 59 E-MStG sind materiell identisch mit den Änderungen von Artikel 101 StGB. Es wird auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen<sup>298</sup>.

<sup>294</sup> BBl 2003 767 811 ff. sowie BBl 2003 8237.

<sup>295</sup> Vgl. hierzu ausführlich Ziff. 1.3.2.4 mit Diskussion und Begründung der Streichung der Zuständigkeitsvoraussetzung des «engen Bezugs».

<sup>296</sup> In den übrigen Fällen ist die Ziviljustiz zuständig (vgl. Ziff. 1.3.3.3). Die Voraussetzungen der Zuständigkeit entsprechen jedoch jener der Militärjustiz (vgl. Ziff. 2.1.6.3).

<sup>297</sup> Vgl. die entsprechenden Ausführungen unter Ziff. 2.1.6.2.

<sup>298</sup> Vgl. Ziff. 2.1.1

## **2.2.5 Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit**

### **2.2.5.1 Artikel 108 E-MStG (Völkermord)**

Artikel 108 E-MStG ist materiell identisch mit Artikel 264 StGB. In Bezug auf die in dieser Vorlage vorgenommenen Änderungen in Absatz 1 (Definition der Gruppe) wird auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen<sup>299</sup>. In Bezug auf die einzelnen Tathandlungen und die Absicht des Täters wird auf die Ausführungen in den Botschaften betreffend den Beitritt zum Völkermord-Übereinkommen sowie die Ratifikation des Römer Statuts des IStGH verwiesen<sup>300</sup>. In Friedenszeiten unterstehen schweizerische Militärangehörige der Militärgerichtsbarkeit für Völkermord, unabhängig ob er im Ausland oder Inland begangen wurde. In Bezug auf den Geltungsbereich dieser Norm bei Auslandsdaten sowie während Kriegszeiten wird auf die Regelung in Artikel 3 Ziffer 9, Artikel 10 Absatz 1<sup>bis</sup> und Artikel 5 Ziffern 1 und 5 E-MStG verwiesen<sup>301</sup>.

### **2.2.5.2 Artikel 109 E-MStG (Verbrechen gegen die Menschlichkeit)**

Artikel 109 E-MStG ist materiell identisch mit Artikel 264a. Es wird auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen<sup>302</sup>.

## **2.2.6 Sechster Abschnitt<sup>bis</sup> E-MStG (Kriegsverbrechen)**

Die Artikel 110–114 E-MStG sind materiell identisch mit den Artikeln 264b–264j StGB. Es wird auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen<sup>303</sup>. Sofern im Rahmen der Generalklausel von Artikel 114 E-MStG auf Verletzungen des humanitären Völkerrechts verwiesen wird, welche als leicht einzustufen sind, kann im Unterschied zum StGB auch eine disziplinarische Bestrafung erfolgen. Allerdings kann ein wirklich leichter Fall praktisch wohl nur im Falle von Unkorrektheiten bei der Behandlung internierter Kriegsgefangener oder Zivilisten, die sonst nach den gemeinen Tatbeständen mit Übertretungsstrafe geahndet würden, vorliegen<sup>304</sup>.

<sup>299</sup> Vgl. Ziff. 2.1.4.1

<sup>300</sup> Vgl. Botschaft vom 31. März 1999 betreffend das Übereinkommen über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes sowie die entsprechende Revision des Strafrechts, BBl 1999 5338 f. sowie IStGH-Botschaft, BBl 2001 391 496 ff.

<sup>301</sup> Vgl. Ziff. 2.2.1

<sup>302</sup> Vgl. Ziff. 2.1.4.2

<sup>303</sup> Vgl. Ziff. 2.1.

<sup>304</sup> Peter Popp, *Kommentar zum Militärstrafgesetz – Besonderer Teil*, St. Gallen 1992, Art. 109, S. 562 N. 45.

Redaktionelle Änderungen des MStG ergeben sich in Bezug auf die Artikel 110–114 und 140, deren Regelungen in die neuen Bestimmungen dieser Gesetzesvorlage eingegliedert wurden<sup>305</sup>. Dies hat zur Folge, dass die Artikel 110–114 zugunsten von neuen Bestimmungen verwendet werden konnten, während der Artikel 140 MStG zurzeit frei bleibt. Die Formulierung von Artikel 139 wurde derjenigen in Artikel 112c Absatz 1 Buchstabe c angepasst; die im geltenden Recht an dieser Stelle geregelte Strafbarkeit des Vorgesetzten wird neu durch Artikel 114a erfasst. Artikel 139 bleibt entsprechend abgeändert auf die Plünderung im aktiven Dienst anwendbar.

## **2.2.7                    Gemeinsame Bestimmungen für den sechsten Abschnitt und den sechsten Abschnitt<sup>bis</sup>**

### **2.2.7.1                Artikel 114a E-MStG (Strafbarkeit des Vorgesetzten)**

Artikel 114a E-MStG ist materiell identisch mit Artikel 264k. Es wird auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen<sup>306</sup>. Es ist darauf hinzuweisen, dass aufgrund der allgemeinen Regeln über die Zuständigkeit von Zivil- und Militärjustiz<sup>307</sup> zivile schweizerische Vorgesetzte und vorgesetzte Personen nicht schweizerischer Nationalität (Zivil- und Militärpersonen) nur im Krieg von der Militärjustiz verfolgt und beurteilt werden.

### **2.2.7.2                Artikel 114b E-MStG (Ausschluss der relativen Immunität)**

Artikel 114b E-MStG ist materiell weitgehend identisch mit Artikel 264n, verzichtet jedoch auf den Verweis auf die Bestimmungen des Strafgesetzbuches respektive der Schweizerischen Strafprozessordnung<sup>308</sup>. Es wird auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen.

## **2.2.8                    Artikel 171a Absatz 1<sup>bis</sup> E-MStG (Öffentliche Aufforderung zu Völkermord)**

Die Neuerungen in Artikel 171a Absatz 1<sup>bis</sup> E-MStG sind materiell identisch mit den Neuerungen in Artikel 259 Absatz 1<sup>bis</sup>. Es wird auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen<sup>309</sup>.

<sup>305</sup> Art. 110 MStG entspricht Art. 112c Abs. 1 Bst. g E-MStG; Art. 111 MStG entspricht Art. 112 Abs. 1 BSt. e E-MStG; Art. 112 MStG entspricht Art. 112c Abs. 1 Bst. d und e E-MStG; Art. 113 MStG entspricht Art. 113 Abs. 1 Bst. a E-MStG; Art. 114 MStG entspricht Art. 113 Abs. 1 Bst. b E-MStG; Art. 140 MStG entspricht Art. 112c Abs. 1 Bst. e E-MStG.

<sup>306</sup> Vgl. Ziff. 2.1.6.1

<sup>307</sup> Vgl. Ziff. 1.3.3.3

<sup>308</sup> Bst. a von Art. 264n StGB

<sup>309</sup> Vgl. Ziff. 2.1.2

### **2.2.9 Artikel 171b Absatz 1 E-MStG (Strafbare Vorbereitungshandlungen)**

Die Neuerung in Artikel 171b Absatz 1 E-MStG sind materiell identisch mit den Neuerungen in Artikel 260<sup>bis</sup> Absatz 1. Es wird auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen<sup>310</sup>.

### **2.2.10 Artikel 221a Absätze 1 und 2 E-MStG (Gerichtsbarkeit bei Beteiligung von Zivilpersonen)**

Die geltende Ziffer 1 von Artikel 220 MStG sieht generell Zuständigkeit der Militärjustiz vor, wenn sich ein Verfahren wegen Kriegsverbrechen gegen mehrere Personen richtet, die teils der militärischen, teils der zivilen Gerichtsbarkeit unterstehen. Da mit der Vorlage die Tatbestände des Völkermords, der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Kriegsverbrechen ins StGB und ins MStG eingeführt werden und sich die Zuständigkeit der Militärjustiz auf Angehörige der Schweizer Armee beschränkt<sup>311</sup>, ist diese Regelung anzupassen. In einem neuen Artikel 221a Absatz 1 wird dem Bundesrat die Möglichkeit zuerkannt, auf Antrag des Obergerichtspräsidenten oder des Bundesanwalts die Verfahren zu vereinigen und alle Personen entweder der Zivil- oder der Militärjustiz zu unterstellen. Dasselbe gilt, wenn ein ziviles oder ein militärisches Strafverfahren bereits hängig ist und die betroffenen Sachverhalte zusammenhängen (Abs. 2).

### **2.2.11 Artikel 221a Absatz 3 E-MStG (Gerichtsbarkeit bei Zusammentreffen von strafbaren Handlungen oder Strafbestimmungen)**

Mit Bundesgesetz vom 24. März 2000<sup>312</sup> wurde die Verfolgung und Beurteilung von Völkermord exklusiv den zivilen Strafverfolgungsbehörden übertragen (vgl. Art. 221 Abs. 2 MStG), wenn die strafbaren Handlungen unter mehrere Strafbestimmungen fallen, die teils der militärischen, teils der zivilen Gerichtsbarkeit unterstehen. Allerdings ist diese Bestimmung nicht in Kraft gesetzt worden, da im Rahmen der ergänzenden Massnahmen zur Umsetzung des Römer Statuts des ISTGH eine Neuordnung der Zuständigkeit der zivilen und militärischen Gerichtsbarkeit bei der strafrechtlichen Verfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen vorgenommen werden soll. Nach dem vorliegenden Konzept erfolgt die Aufteilung der Zuständigkeit zwischen ziviler und militärischer Gerichtsbarkeit nicht mehr anhand des jeweiligen Delikts; massgebend ist die Tätereigenschaft. Die Zuständigkeit der Militärjustiz in Friedenszeiten soll auf Angehörige der Schweizer Armee beschränkt werden<sup>313</sup>, während sie sich im Krieg auf alle

<sup>310</sup> Vgl. Ziff. 2.1.3

<sup>311</sup> Vgl. im Einzelnen Ziff. 1.3.3.3

<sup>312</sup> BBl 2000 2168

<sup>313</sup> Die Zuständigkeit der Militärjustiz ist überdies dann gegeben, wenn ein Angehöriger der Schweizer Armee im Ausland Opfer eines Völkermordes, Verbrechens gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechens geworden ist (vgl. Art. 10 Abs. 1<sup>ter</sup> E-MStG).

Personen erstreckt<sup>314</sup>. Aus diesem Grund wird die entsprechende Regelung in einen neuen Artikel 221a Absatz 3 MStG eingefügt<sup>315</sup>.

## **2.3 Revision weiterer Gesetze**

### **2.3.1 Änderung des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege**

Es ist nicht auszuschliessen, dass zwischen Bund und Kantonen Kompetenzkonflikte entstehen können, wenn sich zum Beispiel ein Kanton für die Eröffnung eines Strafverfahrens wegen Mordes, Vergewaltigung oder Entführung als zuständig erachtet, während die Bundesanwaltschaft der Auffassung ist, dass der Täter wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch den Bund zu verfolgen ist. Da über Kompetenzstreitigkeiten zwischen Bund und Kantonen nach Artikel 28 Absatz 1 Buchstabe g des Strafgerichtsgesetzes<sup>316</sup> die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts entscheidet, ist eine entsprechende Ergänzung von Artikel 260 BStP erforderlich. Bei Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 wird Artikel 260 durch Artikel 28 StPO ersetzt. Eine Anpassung des neuen Gesetzesartikels ist nicht notwendig. Sofern ein Kompetenzkonflikt zwischen Zivil- und Militärjustiz besteht, entscheidet bereits nach geltendem Recht das Bundesstrafgericht (Art. 223 MStG).

### **2.3.2 Änderung des Bundesgesetzes über internationale Rechtshilfe in Strafsachen**

Es gibt Straftaten, die von einer derartigen Schwere sind, dass deren Urheber nicht von der in der Rechtshilfe in Strafsachen statuierten Privilegierung politischer Delikte profitieren können sollen<sup>317</sup>. Bestimmten schwersten Verbrechen wird von vornherein die Qualifikation als politische Tat abgesprochen. In der Schweiz sind Völkermord, die Unterdrückung einer Bevölkerungsgruppe aus Gründen ihrer Staatsangehörigkeit, Rasse, Religion oder ihrer ethnischen, sozialen oder politischen Zugehörigkeit, bestimmte Kriegsverbrechen sowie qualifizierte terroristische Straftaten bereits nach geltendem Recht «entpolitisiert» (vgl. Art. 3 Abs. 2 IRSG).

Die Beschränkung auf diese Verbrechen erweist sich nicht als angebracht. Abgesehen von der Signalwirkung, die einer Ergänzung um weitere Schwerstverbrechen zukommt, ist die praktische Relevanz für das IRSG unbestritten. Auch in diesem Bereich verfügen nämlich nach wie vor die einzelnen Staaten über die primäre

<sup>314</sup> Vgl. zu den Gründen im Einzelnen Ziff. 1.3.3.

<sup>315</sup> Da Artikel 221a Absätze 2 und 3 E-MStG den Artikel 221 konkretisieren und die Zuweisung an die Zivil- oder Militärjustiz definitiv entscheiden, entfällt für diese Straftaten das Entscheidungsermessen des Bundesrates (bzw. des Ombudsmanns nach Art. 46 Absatz 2 MStV) bei der Zuweisung der Zuständigkeit. Dies entspricht dem Konzept, wie es bereits im Bundesgesetz vom 24. März 2000 betreffend Änderung von Art. 221 Abs. 2 MStG (Völkermord) angewendet wurde.

<sup>316</sup> SGG, SR 173.71

<sup>317</sup> Die Zusammenarbeit für Ermittlungen oder Verfahren wegen einer Straftat, welcher nach Auffassung der Schweiz ein vorwiegend politischer Charakter zukommt, wird grundsätzlich verweigert; Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG; SR 351.1).

Gerichtbarkeit<sup>318</sup>, sodass bei einem an die Schweiz gestellten Rechtshilfeersuchen, vorbehaltlich bilateraler Verträge, in erster Linie das IRSG zum Tragen kommt. Aus diesem Grund sollen die im Strafgesetzbuch in einem neuen Artikel 264a umfassend definierten Verbrechen gegen die Menschlichkeit die Unterdrückung einer Bevölkerungsgruppe in der Liste «entpolitisierte Verbrechen» ersetzen (Bst. b)<sup>319</sup>. Die Bestimmung betreffend Kriegsverbrechen wird sodann weiter formuliert als bis anhin. Über die Genfer Abkommen und deren Zusatzprotokolle hinaus sollen generell schwere Verletzungen des Völkerrechts im Fall bewaffneter Konflikte erfasst werden (Bst. c)<sup>320</sup>.

### 2.3.3 **Änderung des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und des Bundesgesetzes betreffend die verdeckte Ermittlung (Ergänzung des Deliktskatalogs)**

Das Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF<sup>321</sup>) enthält in Artikel 3 Absatz 2 Buchstaben a und b Listen von strafbaren Handlungen, bei welchen die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs angeordnet werden darf. Auch Artikel 4 Absatz 2 Buchstaben a und b des Bundesgesetzes betreffend die verdeckte Ermittlung<sup>322</sup> enthält eine Liste von strafbaren Handlungen, zu deren Verfolgung die verdeckte Ermittlung eingesetzt werden darf.

Bereits heute sind in diesen Listen der Völkermord (Art. 264 StGB)<sup>323</sup> und die Kriegsverbrechen (Art. 108–113 MStG) enthalten. Mit dieser Revision sind nun auch die Verbrechen gegen die Menschlichkeit als gravierende Verbrechen in den Katalog der überwachungsfähigen Delikte und der Delikte, für welche die verdeckte Ermittlung zulässig ist, aufzunehmen.

## 3 **Auswirkungen**

### 3.1 **Finanzielle und personelle Auswirkungen auf den Bund**

Es ist nicht auszuschliessen, dass sich künftig Personen in der Schweiz aufhalten, welche im Ausland einen Völkermord, ein Kriegsverbrechen oder ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit begangen haben. Denkbar ist auch, dass eine schweizerische Zivilperson im Ausland Opfer eines solchen Verbrechens wird. In diesen Fällen

<sup>318</sup> Vgl. Präambel sowie Art. 1 des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (Römer Statut; SR **0.312.1**).

<sup>319</sup> Nach geltendem Art. 3 Abs. 2 Bst. a IRSG wird neben der Ausrottung auch die der Versklavung gleichkommende Unterdrückung bestimmter Gruppen «entpolitisiert». Dadurch werden lediglich einzelne Verbrechen gegen die Menschlichkeit erfasst.

<sup>320</sup> Dies soll es ermöglichen, auch den diversen Haager Abkommen in diesem Bereich sowie neueren Konventionen im Bereich Methoden der Kriegführung und des Einsatzes unzulässiger Waffen Rechnung zu tragen. Für Details vgl. IStGH-Botschaft, BBl **2001** 391 517 ff. Vgl. in diesem Zusammenhang die Bestimmungen im StGB (neuer zwölfter Titel<sup>ter</sup>) sowie im MStG; sechster Abschnitt<sup>bis</sup>.

<sup>321</sup> BÜPF, SR **780.1**

<sup>322</sup> BVE, SR **312.8**. Das BVE trat am 1. Jan. 2005 in Kraft.

<sup>323</sup> Gemäss Änderung des BÜPF vom 21. März 2003, in Kraft seit 1. Okt. 2003.

soll gemäss Gesetzesentwurf die Ziviljustiz für die Verfolgung und Beurteilung zuständig sein. Diese Zuständigkeit ist jedoch nicht nur an die Anwesenheit des Täters in der Schweiz geknüpft, sondern setzt auch voraus, dass der Täter nicht an einen anderen Staat ausgeliefert oder an ein internationales Strafgericht überstellt werden kann. Aufgrund dieser engen Voraussetzungen und der wachsenden Bedeutung des IStGH ist es schwierig abzuschätzen, ob und bezüglich wie vieler Personen die Strafverfolgungsbehörden des Bundes Verfahren führen werden und welcher finanzielle Aufwand sich daraus ergibt. Bis anhin ist es in der Schweiz, abgesehen vom Fall des Ruanders F.N.<sup>324</sup>, nicht zu grösseren Untersuchungen und Gerichtsverfahren wegen solcher Verbrechen gekommen.

Die bisherigen Erfahrungen im nationalen und internationalen Kontext haben gezeigt, dass solche Ermittlungen und Untersuchungen wegen Kriegsverbrechen zeitintensiv, anspruchsvoll und teuer sein können. Angesichts der häufig nur ungenügenden oder zeitweise gänzlich fehlenden Unterstützung durch die lokalen ausländischen Behörden, die durch einen Konflikt desorganisiert oder vollständig aufgelöst wurden, müssen die mit der Untersuchung betrauten Personen über genügend logistisches Material verfügen, welches ihnen erlaubt, in autonomer Weise zu agieren. Zu den wichtigsten Ausrüstungsgegenständen gehören Übermittlungsgeräte, Mittel zur Aufzeichnung der Anhörungen von Verdächtigen und Zeugen sowie Vorrichtungen für den eigenen Schutz. Das Personal, welches der Bundesanwaltschaft und der Bundeskriminalpolizei im Rahmen der «Effizienzvorlage»<sup>325</sup> zugesprochen wurde, reicht aus, um ein oder zwei umfangreiche Ermittlungsverfahren wegen Völkermordes<sup>326</sup>, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechen gleichzeitig zu führen.

Kommen weitere Verfahren dazu, ist dies mit den heute zur Verfügung stehenden Ressourcen kaum zu bewältigen. Tatsächlich ins Gewicht fallende finanzielle und personelle Auswirkungen ergeben sich aus dieser Vorlage deshalb erst, wenn Untersuchungen (im Ausland) und Gerichtsverhandlungen (in der Schweiz) bedeutend zunehmen würden. Da sich der Umfang der anfallenden Mehrkosten für eine solche Untersuchung im heutigen Zeitpunkt kaum abschätzen lässt, werden neue Stellen erst bei ausgewiesenem Bedarf beim Bundesrat beantragt<sup>327</sup>.

Daneben soll die Schweizer Militärjustiz alle Verfahren führen, in denen ein Angehöriger der Schweizer Armee Täter oder Opfer eines Völkermordes, Verbrechens gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechens wird. Dabei dürfte es sich jedoch um seltene Fälle handeln, sodass der damit verbundene Aufwand aller Voraussicht nach im Rahmen der verfügbaren Mittel aufgefangen werden und die Militärjustiz solche Verfahren im Rahmen besoldeter Dienstage bearbeiten kann. In Kriegszeiten wird die Schweizer Militärjustiz auch für die Verfolgung und Beurteilung von Zivilpersonen und ausländischen Militärangehörigen zuständig sein<sup>328</sup>. Angesichts

<sup>324</sup> Vgl. Urteil des Divisionsgerichts 2 vom 30. Apr. 1999, Urteil des Militärappellationsgerichts 1 vom 26. Mai 2000, Urteil des Schweizerischen Militärkassationsgerichts vom 27. Apr. 2001.

<sup>325</sup> Bundesgesetz vom 22. Dez. 1999 (Schaffung neuer Verfahrenskompetenzen des Bundes in den Bereichen organisiertes Verbrechen und Wirtschaftskriminalität), BBl 2000 70, in Kraft seit dem 1. Jan. 2002.

<sup>326</sup> Die Zuständigkeit der Bundesbehörden zur Verfolgung und Beurteilung von Völkermord besteht bereits seit dem 15. Dez. 2000.

<sup>327</sup> Hierbei ist eine entsprechende Vorlaufzeit zu berücksichtigen, innert welcher genügend spezialisierte Ermittler auf einen Fall angesetzt werden können.

<sup>328</sup> Vgl. im Einzelnen Ziff. 1.3.3.3

der geringen militärischen Bedrohung der Schweiz<sup>329</sup> entstehen auch aus dieser Zuständigkeitsbestimmung zurzeit keine Mehrkosten. Die Militärjustiz wird im Bereich Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen künftig höchstens in geringem Umfang betroffen sein.

Wesentliche finanzielle und personelle Aufwendungen ergäben sich bei stark steigenden Fallzahlen auch im Bereich des *prozessualen Zeugenschutzes*. Die Erfahrungen aus dem genannten Fall F.N. haben gezeigt, dass Zeugen- und Opferschutzmassnahmen im betreffenden Bereich mit grossen Aufwendungen verbunden sein können. Angesichts der geringen bisherigen Fallzahl ist vorderhand auch hier nicht mit Mehrkosten zu rechnen<sup>330</sup>. Zurzeit wird im Zusammenhang mit dem Bericht des Bundesrates vom 9. Juni 2006 zur effizienten Bekämpfung von Terrorismus und organisiertem Verbrechen die Einführung von *ausserprozessualen Zeugenschutzmassnahmen* geprüft. Es lassen sich noch keine Aussagen zur Realisierung, Ausgestaltung oder zu den Kosten des Vorhabens machen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorlage keine finanziellen oder personellen Auswirkungen für den Bund hat. Die Wahrscheinlichkeit, dass es in der Schweiz zu einem starken Anstieg von Gerichtsverfahren oder Untersuchungen kommen wird, ist gering und wird mit der gesteigerten Universalität des Internationalen Strafgerichtshofs weiter abnehmen. Sollten in Zukunft zusätzliche Ressourcen benötigt werden, werden diese dem Bundesrat separat beantragt.

## **3.2 Volkswirtschaftliche Auswirkungen**

Die Umsetzung des Römer Statuts des IStGH lässt keine volkswirtschaftlichen Auswirkungen erwarten.

## **3.3 Auswirkungen auf die Informatik**

Die Umsetzung des Römer Statuts des IStGH lässt keine Auswirkungen auf die Informatik erwarten. Die bestehende Ausrüstung der Strafverfolgungsbehörden des Bundes und des Bundesgerichts und des Bundesstrafgerichts im Bereich der Informatik sind ausreichend, um die Verfolgung und Beurteilung in diesem Bereich sicherzustellen.

<sup>329</sup> Vgl. den Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Sicherheitspolitik der Schweiz (SIPOL B 2000) vom 7. Juni 1999 (BBl 1999 7665).

<sup>330</sup> Gemäss Art. 98a Asylgesetz (SR 142.31), in Kraft getreten am 1.1.2008, liefern das Bundesamt für Migration und das Bundesverwaltungsgericht den zuständigen Strafverfolgungsbehörden Informationen und Beweismittel über Asylsuchende, bei denen der Verdacht besteht, dass sie Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Völkermord begangen haben. Ein eventuell anfallender behördlicher Mehraufwand kann zurzeit nicht abgeschätzt werden.

### **3.4 Auswirkungen auf die Kantone**

Die Umsetzung des Römer Statuts des IStGH lässt kaum Auswirkungen auf die Kantone erwarten. So untersteht die Strafverfolgung von Völkermord bereits heute der Bundesgerichtsbarkeit; Kriegsverbrechen werden durch die Militärjustiz verfolgt. Mit dieser Revision findet lediglich eine horizontale Verlagerung zwischen Ziviljustiz (im Bereich der Bundeskompetenzen) und Militärjustiz statt. Es ist deshalb vielmehr davon auszugehen, dass aufgrund der neuen Zuständigkeit der Bundesbehörden für die Strafverfolgung und Beurteilung von Verbrechen unter dem neuen Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit eine Entlastung der Kantone eintreten wird, zumal auch keine Delegation an die Kantone möglich sein wird.

## **4 Verhältnis zur Legislaturplanung**

Die Vorlage ist in der Botschaft über die Legislaturplanung 2007–2011 angekündigt<sup>331</sup>. Sie figuriert in den Zielen des Bundesrates im Jahr 2008 unter den wichtigsten geplanten Parlamentsgeschäften<sup>332</sup>.

## **5 Rechtliche Aspekte**

### **5.1 Verhältnis zum europäischen Recht**

#### **5.1.1 Europäische Union**

Die Umsetzung des Römer Statuts des IStGH stellt hinsichtlich der Vereinbarkeit des Schweizer Rechts mit dem Recht der Europäischen Union (EU) keine Probleme dar. Beinahe alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union haben das Römer Statut ratifiziert, und die meisten haben bereits ähnliche Reformen ihres Strafrechts vollzogen oder veranlasst. Im Weiteren arbeiten die Mitgliedstaaten der EU bei der Verfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen eng zusammen<sup>333</sup> und haben zu diesem Zweck u.a. ein Informationsnetzwerk etabliert<sup>334</sup>. Auch zählen Verbrechen, die in die Zuständigkeit des IStGH fallen, zu denjenigen Delikten, für welche das erleichterte Auslieferungsverfahren des Europäischen Haftbefehls Anwendung findet<sup>335</sup>. In einem Gemeinsamen Standpunkt vom 16. Juni 2003 hat die EU zudem ihr Engagement und ihre Unterstützung

<sup>331</sup> BBl 2008 822

<sup>332</sup> Bundesratsbeschluss vom 14. November 2007, abrufbar im Internet : <http://www.bk.admin.ch/dokumentation/publikationen> .

<sup>333</sup> Vgl. Beschluss 2003/335/JI des Rates vom 8. Mai 2003 betreffend die Ermittlung und Strafverfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen, Amtsblatt der EU L 118 vom 14. Mai 2003, S. 12 ff.

<sup>334</sup> Vgl. Beschluss des Rates vom 13. Juni 2003 zur Einrichtung eines Europäischen Netzes von Anlaufstellen betreffend Personen, die für Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen verantwortlich sind, Amtsblatt der Europäischen Union L 167 vom 26. Juni 2002, S. 1 f.

<sup>335</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. L 190 vom 18.7.2002, S. 1.

für einen starken und effektiven IStGH bekräftigt<sup>336</sup>. Am 4. Februar 2004 hat die EU einen entsprechenden Aktionsplan verabschiedet<sup>337</sup>. Dieser fordert die Mitgliedstaaten unter anderem dazu auf, so schnell wie möglich die entsprechende nationale Gesetzgebung zur Umsetzung des Römer Statuts zu erlassen. Am 10. April 2006 wurde zwischen der EU und dem IStGH ein Abkommen abgeschlossen, welches die Zusammenarbeit und gegenseitige Unterstützung sicherstellen soll<sup>338</sup>.

### 5.1.2 Europarat

Der Europarat unterstützt seine Mitgliedstaaten und die Staaten mit Beobachterstatus in ihren Bemühungen, das Römer Statut zu ratifizieren und die erforderlichen Anpassungen im jeweiligen Landesrecht vorzunehmen. Gleichzeitig setzt sich der Europarat für einen starken IStGH ein und fordert die Staaten auf, die Integrität des IStGH zu wahren.

In seiner Erklärung vom 18. April 2002 hielt das Ministerkomitee des Europarates fest, dass der IStGH ein fundamentaler Faktor der Versöhnung, der Gerechtigkeit, des Friedens und der Sicherheit ist und zur Stärkung der Rechtsstaatlichkeit, des internationalen Schutzes und Respekts der Menschenrechte sowie des humanitären Völkerrechts beitragen wird. In diesem Zusammenhang werden die Mitglieds- und Beobachterstaaten aufgefordert, auch die notwendige Umsetzungsgesetzgebung zu schaffen, um einerseits mit dem IStGH zusammenarbeiten zu können, andererseits aber auch um in der Lage zu sein, innerstaatliche Strafverfahren gegen Personen zu führen, welche des Völkermords, der Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechen verdächtigt werden<sup>339</sup>. Auch die Parlamentarische Versammlung des Europarates hat in verschiedenen Resolutionen die Notwendigkeit nationaler Gesetzgebung zur Umsetzung des Römer Statuts betont. Ebenfalls hat sie die Mitglieds- und Beobachterstaaten aufgefordert, die Integrität des Römer Statuts wo immer möglich zu verteidigen<sup>340</sup>.

<sup>336</sup> Gemeinsamer Standpunkt 2003/444/GASP des Rates vom 16. Juni 2003 zum Internationalen Strafgerichtshof, Amtsblatt der Europäischen Union L 150 vom 18. Juni 2003, S. 67 ff..

<sup>337</sup> Action Plan to follow-up on the Common Position on the International Criminal Court vom 4. Februar 2004, EU Doc. 5742/04.

<sup>338</sup> Beschluss 2006/313/GASP des Rates vom 10. April 2006, ABl. L 115 vom 28.4.2006, S. 49.

<sup>339</sup> Vgl. auch die Erklärung des Ministerkomitees über den Internationalen Strafgerichtshof, angenommen am 10. Okt. 2001.

<sup>340</sup> Resolution 1336 (2003) vom 25. Juni 2003, Bedrohungen des Internationalen Strafgerichtshofs; Resolution 1300 (2002) vom 25. Sept. 2002, Risiken für die Integrität des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs; Empfehlung 1408 (1999) vom 26. Mai 1999 zum Internationalen Strafgerichtshof.

## 5.2

### Verfassungsmässigkeit

Nach Artikel 123 Absatz 1 der Bundesverfassung (BV) ist der Bund zur Gesetzgebung im Gebiet des Strafrechts befugt. Die Verfassungsmässigkeit des vorliegenden Entwurfs für die notwendigen Änderungen des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes als Folge des Beitritts der Schweiz zum Römer Statut des internationalen IStGH ist gegeben. Das gilt auch für die notwendigen Änderungen des Bundesstrafprozesses, des Bundesgesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen und des Bundesgesetzes betreffend die verdeckte Ermittlung. Die Anpassungen des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs stützen sich neben Artikel 123 Absatz 1 BV auch auf die Zuständigkeit des Bundes nach Artikel 92 Absatz 1 BV zur Regelung des Post- und Fernmeldewesens.

# Zuständigkeit von Zivil- und Militärjustiz

Anhang

	In Friedenszeiten in der Schweiz			In Kriegszeiten in der Schweiz				
	Völkermord	Verbrechen gegen die Menschlichkeit	Kriegsverbrechen	Völkermord	Verbrechen gegen die Menschlichkeit	Kriegsverbrechen		
Zivilpersonen (Schweizer oder Ausländer)	264, 336 Ziff. 2 StGB	–	3 Abs. 1 Ziff. 9, 108–114 MSiG	264, 336 Ziff. 2 StGB	–	3 Abs. 1 Ziff. 9, 108–114 MSiG		
	Heute	Entwurf	Entwurf	5 Ziff. 1 Bst. d. 10 Abs. 1 <sup>bis</sup> , 108 MSiG	5 Ziff. 1 Bst. d. 10 Abs. 1 <sup>bis</sup> , 109 MSiG	5 Ziff. 1 Bst. d. 10 Abs. 1 <sup>bis</sup> , MSiG		
Militärpersonen (Schweizer)	264, 336 Ziff. 2 StGB	264a, 336 Ziff. 2 StGB	Titel 12 <sup>ter</sup> , 336 Ziff. 2 StGB	3, 7, 219 MSiG 264, 336 Ziff. 2 StGB	–	3, 108–114 MSiG		
	Entwurf	Entwurf	Entwurf	3, 108 MSiG	3, 109 MSiG	3, 108–114 MSiG		
Militärpersonen (Ausländer)	264, 336 Ziff. 2 StGB	–	3 Abs. 1 Ziff. 9, 108–114 MSiG	264, 336 Ziff. 2 StGB	–	3 Abs. 1 Ziff. 9, 108–114 MSiG		
	Heute	Entwurf	Entwurf	5 Ziff. 5, 10 Abs. 1 <sup>bis</sup> , 108 MSiG	5 Ziff. 5, 10 Abs. 1 <sup>bis</sup> , 109 MSiG	5 Ziff. 5, 10 Abs. 1 <sup>bis</sup> , MSiG		
Schweizer Militärperson wird Opfer im Ausland	264, 336 Ziff. 2 StGB	–	3 Abs. 1 Ziff. 9, 108–114 MSiG	264, 336 Ziff. 2 StGB	–	3 Abs. 1 Ziff. 9, 108–114 MSiG		
	Heute	Entwurf	Entwurf	5 Ziff. 1 Bst. d oder Ziff. 5, 10 Abs. 1 <sup>ter</sup> , 108 MSiG	5 Ziff. 1 Bst. d oder Ziff. 5, 10 Abs. 1 <sup>ter</sup> , 109 MSiG	5 Ziff. 1 Bst. d oder Ziff. 5, 10 Abs. 1 <sup>ter</sup> , MSiG		
Gerichtsbarkeit: des Bundes/zivil/orientlich			Gerichtsbarkeit: des Bundes/zivil/orientlich			Gerichtsbarkeit: des Bundes/zivil/orientlich		

